كلية الحقوق

الإطار القانوني لعقود إعداد البرامج الإلكترونية

دراسة في أحكام القانون المدني والقوانين النموذجية

رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من الباحث
محمد موسى خلف

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة :

الأستاذ الدكتور / أحمد السعيد شرف الدين
أستاذ القانون المدني –كلية الحقوق – جامعة عين شمس
"رئيسـًا ومشرفـًا "

الأستاذ الدكتور/ محمد المرسي زهرة
أستاذ ورئيس قسم القانون المدني –كلية الحقوق – جامعة عين شمس
"عضـــــــوًا "

الأستاذ الدكتور/ أحمد السعيد الزقرد
أستاذ ورئيس قسم القانون المدني –كلية الحقوق – جامعة المنصورة
"عضـــــــوًا "

٢٠٠٩

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ قَالُواْ سُبْحَانَكَ لاَ عِلْمَ لَنَا إِلاَّ مَا عَلَّمْتَنَا

إِنَّكَ أَنتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ﴾

سورة البقرة : آية ٣١

إلى من بدعائهما المتواصل أضاءا لي دروب العلم والمعرفة ..

أبي وأمي أطال الله في عمرهما

إلى من تحملت معي عبء هذا البحث من جهد وعناء ..

زوجتي ورفيقة عمري

إلى ولدي الصغير موسى عله يكبر محبا للعلم والعلماء ..

إلى أخي وأختي العزيزين ..

وإلى كل من أسدى إلي يدا في هذا المشوار ..

أهدي هذا الجهد

الباحث

شكر وتقدير

قال عليه الصلاة والسلام: (من أوتي معروفا فليذكره، فمن ذكره فقد شكره، ومن كتمه فقد كفره).

وبعد أن أحمد الله وأشكر فضله العظيم على عونه لي في إتمام هذا البحث ، بهذا الشكل المتواضع ، فإن واجب الوفاء يحتم عليّ أن أتقدم بأسمى آيات الشكر والتقدير لأستاذي الفاضل **الأستاذ الدكتور/ أحمد السعيد شرف الدين** ، الذي تفضل وقبل الإشراف على هذه الرسالة ، فكان لي نعم المعلم والموجه والناصح والمرشد ، ولما بذله من جهد مخلص وصبر جميل رغم مشاغله الجمة ، فقد أتاح لي أن انهل من بحر علمه الكثير ، كما شملني بكرمه فأمدني ببحوثه المتخصصة وأعطاني من مكتبته الخاصة الكثير من كتبه وأوراقه البحثية ، مما كان له اكبر الأثر في نفسي للمضي قدما في طرق أبواب هذا الموضوع حتى خرج إلى النور.

كما أتوجه بجزيل الشكر والعرفان إلى **الأستاذ الدكتور / أحمد السعيد الزقرد** ، أستاذ ورئيس قسم القانون المدني في جامعة المنصورة لما كان لملاحظاته القيمة من فضل في تقويم هذه الأطروحة ولتفضله بالموافقة على أن يكون عضوا في لجنة الحكم فجزاه الله عني كل خير.

كما وأتوجه بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى **الأستاذ الدكتور/ محمد المرسي زهرة** على ملاحظاته القيمة وعلى تحمله عناء الموافقة على عضوية لجنة الحكم رغم مشاغله الجمة ومسئولياته الكبيرة فأسمى آيات الشكر أقدمها لسيادته.

كما ولا يفوتني أن أتوجه ببالغ معاني الشكر والتقدير إلى **الأستاذ الدكتور محمد الشلالدة** ، عميد كلية الحقوق في جامعة القدس / فلسطين وإلى **الأستاذ**

الدكتور سري نسيبة ، رئيس الجامعة لمساهمتهما الجمة والقيمة في تشجيعنا على مواصلة البحث العلمي وتسهيل العقبات والعثرات التي صادفتنا .
وأخيرًا أتوجه بخالص تحياتي وعرفاني إلى كل من أسدى إلي يدا حتى أنهيت هذا البحث فخرج في هذه الصورة التي هي عليها الآن.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

الباحث

مقدمة

إذا كانت القاعدة القانونية إنما هي قاعدة اجتماعية تعبر عن المجتمع وتتطور بتطوره، فان ذلك يدعونا إلى التفكير بالعقد الحاصل في مجال المعلوماتية. إذ لا يخفى أن ظهور الحاسوب وما لحقه من تطورات أحدث تغيرا جوهريا في نقل المعلومات يكاد يرقى إلى الثورة، ونعتقد جازمين إن ثورة المعلومات إنما سميت كذلك لان الحاسوب اختصر الزمن في نقل المعلومات من حيث النوع والسرعة والكمية.

فاتاح للإنسان الحصول على ما يريد من المعلومات بسرعة زمنية لم يسبقه إليها أحد، لا بل يمكنه الآن أن يحصل على الصوت والصورة والنص ، وبقد غير متناه من المعلومات في كل فروع ونواحي العلوم والآداب.[١]

وقد عرفت أولى محاولات تسجيل المعلومات في التاريخ على أيدي قدماء المصريين الذين سجلوا حضارتهم على جدران المقابر والمعابد وعلى أوراق البردى، وهذا هو السبب في خلود حضارتهم وبقاؤها، حيث يقال ان حضارات عظيمة قد اندثرت ولم يذكرها التاريخ بشيء لعدم تسجيلها[٢]. أضف الى ذلك ان المؤرخين والفلاسفة قد أطلقوا على حقب مختلفة من التاريخ مسميات معينة مثل العصور الوسطى او عصر النهضة .....الخ وهاهم اليوم يطلقون على هذا العصر عصر المعلومات وذلك قبل ان تكتمل ولادته[٣] ، وذلك لان العالم اليوم يجتاز عصرا جديدا يشهد استخداما موسعا للحاسبات بما لها من قدرات هائلة على الحفظ والتخزين والاستظهار والاسترجاع للبيانات والمعلومات .

والقانون لم يكن بعيدا عن هذه الثورة فقد استفاد منها أعظم فائدة ،إن كان في نقل المعلومات القانونية الى المهتمين به ، مثل الفقهاء والباحثين والعاملين عليه من قضاة وإداريين ومحامين ، او في استخدام هذه الوسائط لتسجيل معاملات الناس وتجارتهم وبيعهم وشرائهم ، بالإضافة الى محاولة حمايتهم قدر المستطاع .

---

(١) د/ حسن عبد الباسط جميعي ، عقود إعداد برامج الحسب الآلي _دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٩٨ص٤

(٢) حسين بركات ويحيى إبراهيم –الفيروس جرثومة الكمبيوتر _مؤسسة جمال الجاسم للالكترونيات ١٩٩٠ ص ١٠

(١) د- محمد الرميحي –انتبهوا أيها السادة لم يعد في المعمورة مكان يغمره الظلام – مجلة العربي ،حيث الشهر العدد رقم ٤٦٠ تصدر عن وزارة الأعلام الكويتية ص٢ وما بعدها .

إذ لا يخفى أن أي تاجر أو شخص آخر يستطيع إن يبرم عقد عن طريق نظام المعلومات ويتبادل المعلومات مع غيره ، ويمكن ان يطلب عن طريق هذا النظام أموالا وخدمات أوان يقوم بدفع اوسحب أية مبالغ نقدية .[١]

هذه الأمور سالفة الذكر جعلت نظام المعلوماتية محل اهتمام الباحثين القانونيين والمشرعين والقضاة لان استخدامه بهذا الشكل الواسع يؤدي حتما إلى ظهور نزاعات قانونية تستحق العلاج والاهتمام فكانت محل اهتمامهم فسعوا الى محاولة تحديد حماية قانونية لهذا النظام وللأفراد الذين يتعاملون به ، وكذلك إلى اؤلئك الذين يمس النظام حقوقهم الشخصية ، وكذلك دراسة حماية المبدعين الذين يقومون بإعداد النظام وتطويره[٢] .

ولاشك أن أهميته تبرز كثيرا الآن في مجال التعامل فيما بين الشركات، فاغلب الشركات ورجال الأعمال يلجئون ألان إلى إدارة شؤون أعمالهم ومصارفهم ومتاجرهم عن طريق نظام المعلومات الذي يسهل عليهم الإدارة وينظمها بشكل اقل ما يقال عنه انه يقلص نفقات العمل .

توضيح / ....

يتألف نظام المعلوماتية من عدة عناصر أبرزها جهاز الحاسوب والبرنامج[٣]، أما الحاسوب فلا داعي لتعريفه لان أمره أصبح من البديهيات، وأما البرنامج فهو عبارة عن (مجموعة من الأوامر والإرشادات المكتوبة بإحدى اللغات التي تحدد للحاسب العمليات التي يقوم بتنفيذها عبر تسلسل منطقي معين وخطوات متتابعة، وعند تصميم البرنامج يوضع له كود او شفرة للأوامر وذلك عبر لغة مبرمجة بطريقة يستطيع فهمها) والغة هي التي تحدد شكل الأوامر والقواعد المستخدمة ثم تبدأ مرحلة بناء البرنامج حيث يتم تلافي وتصحيح الأخطاء ويلي ذلك مرحلة إعداد الوثائق الخاصة بالبرنامج (document) حيث يتم خلالها

---

(٢) القاضي حازم الصمادي /المسؤولية في العمليات المصرفية _ رسالة ماجستير مقدمة الى معهد الدراسات والبحوث العربية / القاهرة / ٢٠٠٢ ص٦

(١)د- شحاتة غريب شلقامي –برامج الحاسب الآلي والقانون – دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٣-الفصل الأول ص ٦

(٢) أول ظهور للحاسب كان في الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٤٤ وكان يطلق عليه ENIACوهو مختصر العبارة التالية electron numerical inmercal integrator computer يمكن مراجعة محمد حسام الدين لطفي –عقود خدمات المعلومات – دراسة في القانون المصري والفرنسي –القاهرة ١٩٩٤ ص٤ وما بعدها

توثيق كل شيء عن هذا البرنامج وهذه الخطوة بمنتهى الأهمية لأنها تسمح بمتابعة البرنامج وعمل التعديل والتطوير له إن احتاج لذلك[١] .

وهذان العنصران هما الأساس في تشغيل نظام المعلومات وإدارته، فأي عقد يكون موضوعه نظام المعلومات يرد في الغالب على الحاسوب والبرنامج ،آو على الأقل على البرنامج الذي يتغير بسرعة فائقة تبعا للتطور التقني للبرمجة التي تبتكرها شركات المعلوماتية ، هذا بالإضافة الى عدة وسائل أخرى ،مثل شبكة الانترنت[٢]

مثلا وجهاز(المودم) [٣] ودليل النظام الذي يحتوي على شرح مفصل للتشغيل و الاستخدام .

إن هذه الخصوصية للنظام جعلت منه محل عناية خاصة عند رجال القانون وتحديدا عندما يكون محلا للتعاقد، حيث توجد عقود خاصة في مجال المعلوماتية إما لشراء حاسبات تخدم إغراضا معينه او لإنشاء نظام معلوماتية متكامل يفي بأغراض معينة ، بالإضافة إلى العمل التقليدي لأنظمة الحاسب المعينة أي بالإضافة إلى أعمال الحاسوب العادية والتي أصبحت شيئا من العرف ألمعلوماتي لدى المستخدمين .

وكذلك يمكن التعاقد للاستفادة من بنك او بنوك المعلومات الذي تشرف عليه وتشغله شركات نظم المعلوماتية لهذه الأسباب ظهر ما يسمى (عقود المعلوماتية) ونعتقد انها تسمية مجازية وذلك لكون العقد لا يسمى بحسب

---

(١) د- عزة محمد خليل – مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب – رسالة دكتوراة جامعة القاهرة ١٩٩٤ ص٥٢٥.

(٢) نشأت هذه الشبكة في الولايات المتحدة الأمريكية وكانت عبارة عن مشروع رعته وأنفقت عليه وكالة مشاريع البحوث المتقدمة في وزارة الدفاع الأمريكية advanced research projects agency وذلك في ستينيات القرن الماضي وكان هدف الوزارة ان ذاك بناء شبكة متماسكة يمكن أن تصمد في ظل ظروف صعبة كحدوث كارثة نووية وذلك لنقل المعلومات الأمنية والعسكرية في ظل الكارثة وذلك عبر إعداد سلسلة من الوصلات الحاسوبية تعرف باسم Arpanet لتضمن بذلك بقاء الاتصال فيما بين الأجهزة الأمنية والعسكرية المختلفة ، وبعد ذلك في عام ١٩٦٨ أدخلت الوزارة أربع جامعات أمريكية عبر الشبكة للتبادل الأبحاث إلى أن غطت معظم الجامعات الأمريكية في عام ١٩٧٢ إلى أن تخلت= =الوزارة عن الشبكة نهائيا في ثمانينيات القرن الماضي . راجع بيل بول –انطلق مع الانترنت – ترجمة مركز التعريب والترجمة –الدار الجامعية للعلوم بيروت ١٩٩٦ص ١٢ وكذلك =
Bob Northen and Cathy Smith –understanding business on the internet in week Hodder and Stoughton 1997- p-12-15

(١) Modemوهي اختصار ل Modulator Demodulator وهو جهاز يستقبل حزم في صورة بيانات أو معلومات رقمية Digital نتجت من جهاز حاسوب ويحولها إلى معلومات او بيانات تناظرية analog وهي موجات مستمرة يمكن إرسالها عبر خطوط الهاتف او اللاسلكية ويحولها إلى معلومات وبيانات رقمية يمكن تقبلها بواسطة حاسب آخر ، وباستخدام هذه الأجهزة يمكن لأجهزة الحاسوب أن تحقق الاتصال فيما بينها ، المهندس ايمن درويش – المرجع الكامل لخدمات الانترنت – دار شعاع للنشر والعلوم –سوريا -١٩٩٧ص ٤٨

موضوعه بل يسمى حسب تصنيفه القانوني[١] وخير دليل على ذلك مثلا عقود الصيدلة، فالمختبرات تقوم بإعداد الأدوية وتتولى الصيدلية بيعها، وموضوع العقد أدوية ولكن تخضع عقودها لتصنيفات أخرى كالبيع والمقاولة.....

هذا ويرى بعض الفقه أن تصنيف عقود المعلوماتية مع العقود المسماة غير دقيق وذلك لان عقود المعلوماتية لا تعبر عن خصوصية قانونية وهي حتى لا تشكل عائلة حقيقية مستقلة.

حيث أن كل ما يربط بين عناصر المعلوماتية هو علاقة موضوعية متعلقة بنظام اصطلح على تسميته نظام المعلوماتية[٢]

فكان الحل في رأي اغلب الفقهاء أن عقود المعلوماتية تتغذى من مضامين معظم القواعد العامة التي تحكم العقود حيث لا يمكن القول أن هناك قواعد خاصة تحكمها لغاية الآن ، او على الأقل في وقتنا الحاضر ، بل تجدها تعتمد على العقود المسماة من بيع ومقاولة وإجارة[٣] إضافة إلى خضوعها للقاعدة العامة في العقود وهي ان العقد شريعة المتعاقدين ، واحترام المدة في التنفيذ والتقيد بالالتزامات الناشئة عن هذه العقود.

ومن جهة أخرى نلمس بعض الخصوصية في هذا المجال أي في مجال عقود إعداد البرامج تميزها عن العقود الأخرى وتطرح بعض الإشكاليات القانونية وتتمثل بما يلي:-

أولا : هذه العقود تتم بالغالب عبر شبكات الانترنت[٤]

وهذا أمر تقتضيه الحاجة العملية فاغلب العروض الجديدة والتقنيات المبتكرة يكون مشار إليها عبر الشبكة ، وذي الحاجة سيسعى إليها أيضا من خلال الشبكة ،ولا بد من مراسلات ومواصفات واخذ ورد في سبيل التعاقد النهائي ، حيث يسعى احدهما للآخر لتحرير العقد واستكمال إجراءاته واتخاذ ما يتراءى لهما من وسائل الثقة والحماية، وتقديرا للوقت وقيمته وخصوصا مابين التجار (أو رجال الأعمال) فقد

---

(٢) د- عباس العبودي – التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري _ رسالة دكتوراة – دار الثقافة للنشر والتوزيع –عمان ١٩٩٧ ص١٤٨.

(١) د/ نوري خاطر -حماية المصنفات والمعلومات ذات العلاقة بالحاسوب – دراسة مقارنة في القوانين العربية والقانون الفرنسي – مجلة المنارة المجلد الخامس سنة ٢٠٠٢ الفصل الأول ص ٣١ .

(٢) د/ محمد حسام لطفي – عقود خدمات المعلومات – دار النهضة العربية القاهرة - ١٩٩٤ ص ١٦٣ وما بعدها.

(١) لا نرى ضرورة لتعريف الشبكة لان تعريفها أصبح تكرارا وتزيدا لا حاجة له .

يـــــــــــتم ذلـــــــــــــك كلـــــــــــــه عبـــــــــــــر الانترنت. [١]

ثانيا : إشكالية مكان وزمان الانعقاد في القواعد العامة وفي القوانين المختلفة : ليس من عقد ثارت حوله اختلافات واجتهادات كما حدث بخصوص هذا العقد فيما يتعلق بمكان وزمان انعقاده ، فاختلف مثلا القانون المصري عن القانون الفرنسي عن القانون الأردني عن التوجيه الأوروبي في هذا الشأن[٢] ويتركز هذا الخلاف بالذات إذا كان التعاقد يتم خارج نطاق الإقليم .

ثالثا : إرادة الأطراف هي التي تحدد التكييف القانوني لهذه العقود.

تلعب إرادة الإطراف دورا مركزيا في تحديد التكييف القانوني لهذا العقد حيث ومن خلال دراسة إرادة العميل وإرادة المبرمج الذي سيقوم بإعداد البرنامج يمكننا معرفة ماهية وطبيعة هذا العقد ، وبكلمة أخرى نقول انه إذا انصرفت إرادة الأطراف لنقل ملكية البرنامج مثلا مقابل مردود مادي وتنازل المبرمج عن كافة حقوقه المترتبة على البرنامج فإننا نكون أمام عملية بيع[٣]. أما إذا اتجهت الإرادة لنقل بعض الحقوق المترتبة على حق الملكية والتصرفات الناتجة عنها فانه يمكن لنا أن نكييف العقد بأنه عقد نشر او أن يكون تنازلا عن حق المالك أو المبرمج في الاستعمال أو الاستغلال فيجعله ذلك عقد ترخيص بالاستعمال[٤]

أما إذا طلب العميل مواصفات معينة في البرنامج الذي تعاقد عليه مع المبرمج بحيث ان هذه المواصفات ليست متوفرة في البرامج المشابهة او النموذجية (النمطية) فيمكن تسمية هذا التصرف بعقد المقاولة لانه قد تم الاتفاق على إعداد برنامج مناسب لاحتياجات العميل..الخ[٥]

---

(٢) Lance Rose – Net law – your right in the on line world –Osborne Mcgraw Hill -2600 tenth street –Berkeley –California 1999 p7

(٣) يمكن مراجعة –التعاقد بوساطة الانترنت – رسالة للباحث قدمت لنيل دراجة الماجستير في القانون الخاص في جامعة القدس/ فلسطين- ٢٠٠٤ /ص٤٠ وما بعدها / و د/ محمد حسن قاسم – التعاقد عن بعد – دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ٢٠٠٥ ص ٨٠ . و د /أسامة أبو الحسن مجاهد – خصوصية التعاقد عبر الانترنت - دار النهضة العربية القاهرة / ٢٠٠٥ ص ٨٠ وما بعدها .

(١) د/ خالد مصطفى فهمي – الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي – دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ٢٠٠٥ص ٦٠ود –احمد محمد سعد- نحو إرساء نظام قانوني لعقد المشورة المعلوماتي- دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٥- ص ٨٥-٩٠

(٢) د/ حسن عبد الباسط جميعي – المرجع السابق ص٣٣

(٣) المادة ٦٤٦ من القانون المدني المصري (المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء اجر يتعهد به المقاول الآخر)

هذا خلافا للجدل والاختلاف الفقهي والقانوني حول محل العقد (البرنامج) وكونه من عقود الاختراعات او ابتكار المصنفات الأدبية وما ينتج عنها من حيثيات وحقوق والذي سنبحثه عند حديثنا عن المحل.

رابعا / عقود إعداد البرامج من العقود الشكلية :

على خلاف اغلب العقود لكونها تنعقد رضائية يكفي لانعقادها اقتران الإيجاب بالقبول إلا أن المشرع المصري خرج عن ذلك بنص صريح في المادة ٧٤ الفقرة الأولى من قانون التجارة الجديد حيث نص على (يجب أن يكون عقد نقل التكنولوجيا مكتوبا و الا كان باطلا) وبذلك أصبح لا يكفي لانعقاد هذا العقد مجرد تطابق القبول مع الإيجاب ويقول في ذلك المستشار الدكتور عبد الفتاح مراد (إن العلة من اشتراط كتابة عقد نقل التكنولوجيا هو إعطاء المتعاقدين الطابع القانوني لإحداث الآثار التي اتجهت إليها ارادتيهما، ذلك أن الاتفاق على نقل او بيع التكنولوجيا قد يبدو صعبا إذا كان إطرافه غير متحدي الجنسية أو الموطن أو الإقامة ومن ثم لابد من الاتفاق كتابة. [١]

(١) المستشار الدكتور عبد الفتاح مراد – شرح العقود التجارية والمدنية – ط (١) ٢٠٠٠ ص ٩٦

أهمية البحث :

بالنسبة لنا في فلسطين ونحن في بصدد بناء وإنشاء دولتنا بإذن الله تعالى، فإننا بأمس الحاجة للاستفادة من خبرات وتجارب الدول الشقيقة وبالذات خبرات الشقيقة الكبرى مصر حتى نستطيع الاستفادة من المشاكل التي اعترضتهم والحلول القانونية والعملية التي عالجوها بها ، لينعكس ذلك علينا بعون الله وليساهم في قدرتنا على بناء المؤسسات في ظل عصر لا يؤمن الا بالتقنية و التكنولوجيا مما يجعلنا في أمس الحاجة لشراء برامج وأنظمة حاسوب تساهم في العمل على تحقيق تطلعاتنا وتساعدنا على البناء.

إذن فقيمة البحث هي بكونه يمكن أن يساهم في هذا المجال وان يأخذ بالحسبان حاجاتنا إلى دولة المؤسسات والقانون ، لذلك ارتأينا ان نطرق هذا الباب من البحث العلمي مستعينين بخبرات وتجارب الدول الأخرى ، حتى نمتلك القدرة القانونية والخبرة اللازمة لشراء البرامج.

وتنظيم العمل بطريقة مؤسساتية وان نتمكن من التعاقد دوليا بطرق نموذجية في كل ما نحتاج إليه ، فهو بالنسبة لنا حاجة إلى البحث أكثر من كونه بحثا لنيل درجة علمية ، وخصوصا وان أحدا في بلدي لم يطرق هذا المجال من قبل ، علما بأننا على قناعة ان هذا المجال أصبح هو المجال التقليدي في دول أخرى .

وعليه سوف يكون منهجنا في هذا البحث بعد الفصل التمهيدي الذي نعرف من خلاله برامج الحاسب من النواحي القانونية و الفقهية والتقنية ونتعرف على اشهر واهم التصرفات القانونية التي يمكن ان ترد على البرامج وفق الخطة التالية :-

الفصل التمهيدي – التعريف ببرامج الحاسب من الناحية التقنية والقانونية

–

الباب الأول – انعقاد العقد – ويقسم الى :-

الفصل الأول: التراضي (في عقود إعداد البرامج الالكترونية)

الفصل الثاني: المحل

الفصل الثالث: دراسة لبعض العقود النموذجية (تفسير عقود الإعداد)

الباب الثاني – آثار عقود إعداد البرامج الالكترونية وانتهائها

الفصل الأول: نقل الملكية

الفصل الثاني: التزامات الأطراف

الفصل الثالث: انتهاء عقود الإعداد

فصل تمهيدي

التعريف ببرامج الحاسب من الناحية التقنية والقانونية واهم صور التصرفات التي ترد عليها

تمهيد وتقسيم:_

لقد أضحت المعلوماتية وبرامج الحاسب الآلي تهيمن على الكثير من جوانب حياتنا المعاصرة ، بإبعادها الاقتصادية والقانونية والاجتماعية والثقافية ،وباتت تشكل ثروة تقنية وصناعية وفكرية عالمية ،مما استدعى تدخل التشريعات سواء على الصعيد الوطني أم على الصعيد الدولي لتنظيمها وحمايتها ، وخصوصا بعد ظهور أنواع جديدة من العقود مما استتبع تنوع في الآثار والمسؤوليات التي تترتب عليها .

ونظرا لجدة وحداثة موضوع التعاقد على برامج الحاسب الآلي ، وجدنا انه من الملائم أن نستهل هذه الرسالة التي موضوعها الإطار القانوني لعقود إعداد برامج الحاسب الآلي ،بفصل تمهيدي نتطرق فيه إلى مضمون برامج الحاسب الآلي ، ونتعرف على حيثياتها وطبيعتها ، والبيئة الملائمة لعملها ،خصوصا وان إنجاز العملية المعلوماتية يتم من خلال اداءات متنوعة ، وعليه فان إرادة الإطراف تتجه قوالب قانونية مختلفة في عملية إعداد واحدة ، فهناك مثلا توريد الأشياء المادية (الأجهزة) وهناك البرامج (الأموال المعنوية) هذا بالإضافة إلى ما تتضمنه هذه القوالب من خدمات ذهنية كالدراسة والمشورة والتوصيف. (عقد المشورة الفنية) ...الخ من هذه التصرفات التي تتخذ شكل عقود مستحدثة .

ولما كان موضوع هذه الدراسة الرئيس هو الإطار القانوني لإعداد برامج الحاسب الآلي ، كان لزاما علينا انطلاقا من أسس البحث العلمي السليمة ان نعطي فكرة واضحة عن طبيعة هذه البرامج عبر تعريفها من الناحية التقنية(الفنية) ومن الناحية القانونية والفقهية ومن ثم تبيان بعض اشهر القوالب القانونية (العقود) التي من الممكن ان ترد عليها عبر هذا الفصل التمهيدي الذي قسمناه إلى المباحث التالية:-

المبحث الأول / برامج الحاسب من الناحية التقنية والقانونية

المطلب الأول / برامج الحاسب من الناحية التقنية

المطلب الثاني / برامج الحاسب من الناحية القانونية

المبحث الثاني / بعض أهم التصرفات التي ترد على برامج الحاسب

المبحث الأول
برامج الحاسب من الناحية التقنية والقانونية

المطلب الأول
برامج الحاسب من الناحية التقنية

قبل أن نتطرق لبرامج الحاسب الآلي من الناحية التقنية لابد لنا أن نتعرف على ماهية الحاسب الآلي نفسه (computer)[1].

يعرف الحاسب بأنه مجموعة متداخلة من الأجزاء لديها هدف مشترك من خلال أداء التعليمات المخزنة .[2] وقال آخرون انه مجموعة أجهزة

---

(١)- اعتمدت المنظمة العالمية للمواصفات والمقاييس اصطلاح الحاسوب للدلالة على الاصطلاح الإنجليزي computer وقد تعددت الترجمات العربية له كالعقل الالكتروني ، وصدر معجم الحاسبات عن مجمع اللغة العربية في القاهرة عام ١٩٨٧ مكتفيا بكلمة حاسب أو حاسبات لجمعه .انظر في نشأة الحاسب وتطوره .د .محمد فهمي طلبة وآخرين ،الحاسبات الالكترونية ،حاضرها ومستقبلها –موسوعة دلتا كمبيوتر .مطابع المكتب المصري الحديث ١٩٩٢.ص ٣٥-٥٩ . انظر ملحق بالتعريفات التقنية التي وردت بالرسالة ص

(٢) - د، محمد احمد فكيرين – أساسيات الحاسب الآلي – دار الراتب الجامعية –بيروت ١٩٩٨ ص٨ .

متكاملة مع بعضها بهدف تشغيل مجموعة من البيانات المدخلة بموجب برنامج مثبت للوصول إلى النتائج المطلوبة[١].

كما عرفه البعض الآخر بأنه جهاز الكتروني يستطيع أن يقوم بأداء العمليات الحسابية والمنطقية للتعليمات المعطاة له بسرعات كبيرة تصل إلى عشرات الملايين من العمليات الحسابية في الثانية الواحدة ،وبدرجة كبيرة من الدقة وله القدرة على التعامل مع كم هائل من البيانات ، وكذلك تخزينها واسترجاعها عند الحاجة إليها.[٢]

أما برامج الحاسب الآلي Software وقبل ان نتعرف عليها من الناحية التقنية أو الفنية لابد لنا من التعرف عليها لغويا ، حيث يعرف البرنامج في اللغة بأنه مصطلح يستخدم للدلالة على جميع المكونات غير المادية لنظام الحاسب ، ويشمل ذلك برامج النظام ، وهي البرامج اللازمة لتشغيل الحاسب ، وبرامج التطبيقات ، وهي برامج خاصة بمستخدم معين. [٣]

والبرنامج من الناحية التقنية هو تعليمات مكتوبة بلغة ما موجهة إلى جهاز تقني معقد يسمى الحاسب الالكتروني بغرض الوصول إلى نتيجة معينة.[٤]

ويرى آخرون أن الترجمة الدقيقة لاصطلاح Software هي اصطلاح الكيان المنطقي حيث يشمل بالإضافة إلى البرنامج ، كافة الوثائق اللازمة والمصاحبة لهذا البرنامج ،كذلك سائر البرامج الأخرى المعاونة ، وكافة العناصر غير المادية اللازمة لتشغيل الحاسب و الاستفادة من قدراته . (٥)

وتعرف البرامج من الناحية التقنية وبحسب مصطلح Softwareأيضا بأنها الأوامر المرتبة منطقيا والموجهة إلى الحاسب بعد ترجمتها إلى اللغة الوحيدة التي يفهمها الحاسب وهي لغة الأرقام الثنائية binary code (٦). والتي تقسم إلى قسمين :_

---

(٣) - د. طاهر الشيخ –مقدمة في الحاسب الآلي – مركز الحاسب الآلي – جامعة عين شمس ، القاهرة ١٩٩١ص ١ومابعدها. ود، محمد علي العريان – جرائم المعلوماتية – دار الجامعة الجديدة .الإسكندرية ،٢٠٠٤ص ٧٧

(١) - Bohl Marlin –information processing .third ed .Chicago Science Research Associates 1991 p40 .

وفي نفس المعنى .د،محمد حسام لطفي . الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي . دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة ١٩٨٧ ص٦ .

(٢) - معجم الحاسبات – مجمع اللغة العربية، القاهرة ١٩٨٧ – مرجع سابق حرف S.

(٣) Bohle Marlin P.R . p 25

(١) - د. خالد حمدي عبد الرحمن ،الحماية القانونية للكيانات المنطقية – رسالة دكتوراة- عين شمس ،١٩٩٢ ص١٥٥ ٠و.د محمد فهمي طلبة وآخرون . مرجع سابق ملحق المصطلحات حرف . S .

(٢) د.هاني كمال مهدي وآخرون. المرجع الشامل لنظام التشغيل Dos موسوعة دلتا كمبيوتر ٣ مرجع سابق ص١٨٨

أولا / برامج التطبيقات Application program software(١) / وهي برامج تصمم لتنفيذ وظائف محددة ،اذ تقوم بعمل معين لتحقيق نتيجة معينة يتم بها تحقيق الغاية التي يسعى إليها المستخدم ،مستعينة بإمكانيات الحاسب لإظهار تلك النتائج، وتسمح للمستخدم بالتدخل لتحديد مطلبه ، فهذه البرامج متنوعة بحسب الغاية التي من اجلها تم إعدادها . وبرامج التطبيق هذه منها ما يعالج الصور أو النصوص ومنها ما يعالج المحاسبة Accounting ....الخ وهي تقسم من الناحية العملية إلى قسمين ، فنجد القسم الأول نمطي تم إعداده للكافة دون تحديد ويستطيع ايا كان الاستفادة منه عبر شراءه أو اخذ ترخيص باستعماله مثل القواميس وبرامج الترجمة power point. Access. Ward ...الخ . والقسم الآخر برامج تم إعدادها بناء على طلب مستخدم معين ،بحيث لا يمكن الاستفادة منها من قبل الغير،وتكون كلفتها طبعا اكبر بكثير من البرامج النمطية المناحة للكافة . وذلك لأنها تم إعدادها بناء على طلب ورغبة المستخدم ،وفي ضوء احتياجاته الخاصة ووفقا للهدف المراد تحقيقه من خلال هذه البرامج ، والتي يتم إعدادها بناء على الأساسيات المتوفرة في البرامج النمطية ولكنها تكون تحتوي على بعض الخصوصية بحيث لا يمكن الاستفادة منها إلا من قبل المستخدم نفسه (٢).

ثانيا / برامج النظام – System program software

وتسمى أيضا برامج التشغيل بحيث تعتبر من الضروريات في جهاز الكمبيوتر ،لأنها الأساس التي يتم تشغيل الجهاز بها ،بالإضافة إلى كونها أداة ربط بين الجهاز وبين البرامج التطبيقية من حيث قيامها بتشغيل هذه البرامج ،وهي التي تعمل على تشغيل جهاز الحاسب نفسه أيضا.(٣) فهذه البرامج في نظر الكثير هي جزء من الجهاز يتوجب حفظها في الذاكرة الدائمة Mother board أو القيام بحفظها على الجزء الأساسي للجهاز Hard Disk لكي يتمكن الجهاز من العمل .(٤)

---

(٣) . Mark Lemey & Peter Menell, Software & Internet Law ,3erd edition ,Aspen Publishing 2006 .p 12 .

(١)- د. علاء الدين فهمي وآخرون – عالم الجداول الالكترونية –موسوعة دلتا كمبيوتر ٤ مطابع المكتب المصري الحديث ١٩٩٢ ص٢٦ .

(٢)- د، عبد الفتاح صديق عبد اللاه وآخرون – مبادىء الحاسب الآلي –القاهرة -١٩٩٨ دون ناشر ص٢٤-٢٥

(١) - موسوعة دلتا كمبيوتر ٣ – مرجع سابق ص ٩-١٥ . و Mark Lemey & Peter Menell. P.R.p 9.

وهي برامج أكثر عمومية من برامج التطبيقات ، وتكون عادة مستقلة عن أي تطبيق محدد، فهي تخدم التطبيق عن طريق استغلال اكبر قدر ممكن من مكونات وأجهزة الحاسب ، وللتوضيح أكثر نقول ان هذه البرامج تعمل على التحكم والسيطرة على مكونات الحاسب وذلك بالربط بين وحدة التشغيل المركزية التي تعتبر بمثابة عقل الحاسب وبين باقي مكوناته ، وتقوم بأداء العمليات الأساسية التي تساعد المستخدم على التعامل مع مكونات الحاسب مثل نسخ الملفات ومسحها ونسخ الأقراص ....وتتعامل مع أي تطبيق مثل البرامج أو الأجهزة التي يتوجب ربطها بجهاز الحاسب (طابعة،فاكس ، انترنت) وكذلك يمكن من خلالها ربط الجهاز نفسه بحاسب آخر ..الخ (١) .
حتى أن البعض قال وبحق ان جهاز الحاسب بدون برامج التشغيل ما هو الا حيز معدني فقط (٢).

المطلب الثاني
برامج الحاسب من الناحية القانونية

عرف القرار الوزاري المصري رقم ٨٢ لسنة ١٩٩٣ برامج الحاسب الآلي بأنها (مجموعة تعليمات يعبر عنها بأي لغة أو رمز متخذ أي شكل من الأشكال يمكن استخدامها بطريق مباشر أو غير مباشر في الحاسب لأداء وظيفة أو الوصول إلى نتيجة ،سواء كانت هذه التعليمات في شكلها الأصلي أو في أي شيء آخر تتحول إليه بواسطة الحاسب) .(٣)
وعرفها القرار الوزاري الفرنسي الصادر في ١٩٨١/١٢/٢٢ بأنها مجموعة من الخطوات والإجراءات التي تهدف إلى تشغيل نظام متكامل لأنظمة معالجة المعلومات وتوظيفها وفقا للغرض الذي تم من اجله وضع نظام هذا البرنامج .(٤)
وقد عرفت المنظمة العالمية للملكية الفكرية برامج الحسب الآلي بقولها (هي مجموعة معارف أو معلومات يعبر عنها بشكل شفوي أو مكتوب أو

---

(٢)- د، محمد احمد فكيرين . مرجع سابق ،ص ١٤٧ .
(٣) - د، خالد حمدي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ١٠٤ . ود، حسن جميعي ، مرجع سابق ص ١٤
ومحمد سامي عبد الصادق – حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة – رسالة دكتوراة- جامعة القاهرة ٢٠٠٠ص٤١٤
(١) - قرار وزير الثقافة المصري منشور في الوقائع المصرية عدد ١٠٤ في ١٩٩٣/٥/٩ .
(٢) - أشار إلى هذا التعريف الدكتور –خالد مصطفى فهمي ، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي . دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية ٢٠٠٥.ص١٣.

بيانها أو غيره ،ويمكن أن يتم نقلها أو تحويل صورها بفك رموزها بواسطة آلة يمكن أن تنجز مهمة أو تحقق نتيجة محددة بواسطة جهاز الكتروني أو ما يماثله ويمكنه القيام بتحقيق عمليات معقدة تهدف لتحقيق غايات عملية) .([1])

وعلى الرغم من أن قانون الملكية الفكرية المصري المسمى القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية،([2]) لم يتطرق إلى تعريف برنامج الحاسب الآلي إلا انه وتأثرا بالمادة رقم ١٠ من اتفاقية تربس قد أسبغ الحماية على برامج الحاسب الآلي باعتبارها مصنفات أدبية تخضع للحماية بموجب قوانين حق المؤلف ،([3]) فقد نصت المادة ١٤٠ منه على انه (تتمتع بحماية هذا القانون حقوق المؤلفين على مصنفاتهم الأدبية والفنية وبوجه خاص المصنفات التالية ....٢- برامج الحاسب الآلي) . وعلى حذوه سار المشرع الأردني بان لم يضع تعريف لبرنامج الحاسب الآلي في قانون حق المؤلف ولكنه قام بالعام ١٩٩٨ بإضافة البند الثامن إلى المادة الثالثة لكي يتلاءم نصها مع اتفاقية تربس التي أوجبت حماية البرنامج باعتباره عملا أدبيا خاضع للحماية بموجب قانون حق المؤلف.([4])

وعلى الرغم من ان المشرعين المصري والأردني لم يعرفا برامج الحاسب الآلي إلا ان هناك من التشريعات الوطنية الأخرى قد قامت بتعريفها ،مثل المشرع الأمريكي بقانون حق المؤلف الصادر في ١٩٧٦ والمعدل بقانون ١٩٨٠ فقد قام بتعريف برنامج الحاسب الآلي بأنه (مجموعة عمليات متتابعة يتم القيام بها بغرض الاستخدام المباشر وغير المباشر من جهاز الحاسب الآلي بغرض الوصول إلى نتائج معينة)([5])

---

(١)- أشار إلى هذا التعريف .د، إبراهيم احمد إبراهيم – مجموعة أبحاث الجات – الحماية الدولية لبرامج الكمبيوتر وحق المؤلف- القاهرة ١٩٩٤ ض٤٢.

(٢) - منشور بالجريدة الرسمية عدد ٢٢ مكرر في ٢٠٠٢/٦/٢ .

(٣) - المادة ١٠ من اتفاقية تربس (١- تتمتع برامج الحاسب الآلي سواء كانت بلغة المصدر أو بلغة الآلة بالحماية باعتبارها عملا أدبيا بموجب معاهدة برن لعام ١٩٧١ ...) د، عبد الفتاح مراد – شرح النصوص العربية لاتفاقيات الجات – منظمة التجارة العالمية – القاهرة ١٩٩٧-ص ٣٨٨.

(٤) المادة ٣ من القانون تم إضافة بند جديد لها يحمل الرقم ٨- (برامج الحاسب سواء كانت بلغة المصدر ام بلغة الآلة) طبعا خاضعة للحماية بموجب قانون حق المؤلف =الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ – منشور بالجريدة الرسمية عدد ٣٨٢١ – ١٦- ٥- ١٩٩٢ .

(1) Harvard Law .review .copy right protection of computer program .object code.Vol 96 .June 1983 p1723.

وقد عرفه المشرع الياباني بقانون حق المؤلف رقم ٤٨ لعام ١٩٨٥ بأنه (التعبير عن مجموعة من المعطيات الموجهة لجهاز الحاسب الآلي من اجل تشغيله والحصول على نتائج معينة).([١])

وإذا كانت التشريعات بعضها عرف البرنامج والبعض الآخر أحجم عن تعريفه تاركا ذلك للفقه ، فلم يتوان هذا الأخير في هذه المهمة ، ووضع من التصورات والتعاريف ما يعبر عن هذه البرامج ، فقد عرفها بعض الفقه بأنها مجموعة من التعليمات الموجهة من الإنسان إلى الآلة والتي تسمح لها بتنفيذ مهمة معينة .([٢])

وقال البعض الآخر ان برنامج الحاسب الآلي يعني كافة العناصر غير المادية اللازمة للتعامل مع الجهاز ومجموعة البرامج والقواعد والمناهج وكافة الوثائق المتعلقة بتشغيله ليتعامل مع المعطيات الموجودة بهدف المعالجة الآلية للبيانات والمعلومات ، وهذا يعني ان البرنامج هو الكيان المنطقي بالإضافة إلى الوثائق المرفقة معه .([٣])

وغير ذلك الكثير من التعاريف إلا أنها جميعا وحسب قراءتنا لها تشمل البرامج والأنظمة التي يتم معالجتها من خلال جهاز الكمبيوتر ، وهذه البرامج والأنظمة تتجسد في أفكار مبتكرة تأخذ شكل بيانات ومعطيات (تعليمات) موجهة لجهاز الكمبيوتر (الحاسب) في شكل يؤدي إلى نتائج محددة تساعد المستخدم على تطبيق البرنامج والوصول إلى غاية محددة .

وقد اجمع الفقه على تسميتها برامج الحاسب الآلي Software وهي في الحقيقة تطبيقات لذكاء اصطناعي نتج عن إبداع بشري أسس هذه البرامج وأخرجها إلى الكيان المادي عبر صناعة آلة تستطيع قراءة طلبات هذا المبدع من هذه الآلة والموجهة عبر هذه الكيانات المنطقية والتي تسمى برامج الحاسب الآلي ، وان قلنا أكثر فهي في رأينا لغة للتخاطب مع هذه الآلة ، واستغلال ذكائها إلى ابعد الحدود عبر تطوير برامج تستطيع القيام بمهام وعمليات يمكن لها أن تأخذ الكثير من الوقت والجهد البشري لو تمت بمعزل عن هذه البرامج

---

(٢) - أورده .د، خالد مصطفى فهمي ، مرجع سابق ، ص١٤ .

(٣) - د. محمد حسام لطفي – مرجع سابق –ص ١٦.د، أسامة محمد محيي الدين – مدخل الحاسب الآلي ونظم المعلومات – ج١ – مقدمة برامج الحاسب الآلي – ط١ .دار القلم دبي ١٩٩٠ ص٢٧١ .

(١) - د، شحاتة غريب شلقامي – الحق الأدبي لمؤلف برامج الحاسب الآلي – دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٤ ص ١٨. و.د خالد حمدي عبد الرحمن . مرجع سابق ص ١٥٥.

وقبل الانتقال إلى المبحث الثالث من هذا الفصل التمهيدي ،لا بد أن نسجل رأينا الداعم للمشرع المصري والتشريعات الأخرى التي لم تورد تعريفا محددا لبرنامج
الحاسب الآلي ، فهي خيرا فعلت وكما هو الحال في اتفاقية تربس أيضا ، وذلك لان أي تعريف سوف يتم وضعه سيبقى دائما منقوصا ويحتاج إلى تعديل ، وذلك لكون البرامج في حالة تطور مستمر ولا تثبت على حال ، فكل يوم هناك جديد بحيث أن البرنامج الذي كنا نتحدث عنه في الثمانينات لا يمت بصلة لبرنامج اليوم ، فبقاء باب التعريف فيما يخص برامج الحاسب متروك للفقه أفضل من اتخاذ إجراءات تشريعية شائكة في وضعه وتعديله وإلغائه...الخ .
والآن وبعد أن تعرفنا على طبيعة البرامج من الناحية التقنية والقانونية والفقهية في المبحثين السابقين ،سنتطرق في هذا المبحث الأخير لبعض أهم الصور القانونية التي يمكن أن يتم التعامل على برامج الحاسب من خلالها – أي طرق تداول البرامج – مابين مبتكريها ومستخدميها ، انطلاقا من اشهر العقود الشائعة في هذا المجال ، وذلك لإعطاء صورة بسيطة عن طرق التعاقد على هذه البرامج قبل الحديث عن محور موضوع هذه الرسالة وهو عقد مقاولة الإعداد والذي هو اشهر واكبر عقود البرامج الالكترونية .

المبحث الثاني
بعض أهم صور التصرفات التي ترد على البرامج

نكتفي في هذا المبحث باستعراض أهم العقود التي من الممكن أن ترد على برامج الحاسب الآلي ، رغم أن التكييف الراجح والشائع لعقد الإعداد يعتبره عقد مقاولة .(١)
وقد أثرى الفقه بحث الطبيعة القانونية لإعداد برامج الحاسب الآلي ، قبل أن يستقر على اعتباره عقد من عقود المقاولة(٢) . لذلك لا نجد ضرورة علمية للبحث في طبيعته .

---

(١) - د. جمال عبد الرحمن محمد علي – الخطأ في مجال المعلوماتية – مطبعة كلية علوم بني سويف، ط ٢ . ٢٠٠٣ ص٣٣ . و.د، عزة خليل – مرجع سابق ، ص ٤٥-٤٧
(٢) - د، أنور احمد الفزيع ، عقد المشورة في مجال الحصول على أنظمة الحاسبات الالكترونية ، مجلة الحقوق ،جامعة الكويت ، ١٩٩٤-ع ٢ ص ١٢٦ . و،د. السيد محمد السيد عمران – الطبيعة القانونية لعقود المعلومات – مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ،

لذلك سنكتفي هنا بالحديث عن أكثر صور هذه العقود التي ترد على البرامج الالكترونية شيوعا في الأسواق، وكما أسلفنا بالرغم من ان محور حديثنا في هذه الأطروحة سيكون عن عقد الإعداد فقط والذي يأخذ شكل مقاولة الإعداد، وما تطرقنا إلى الصور الأخرى وفي عجالة هنا إلا لكونها سترد معنا أثناء بحثنا هذا وسنطبق بعض أحكامها وآثارها القانونية على عقد الإعداد نفسه، وليكون لدينا فكرة عما يجري التعامل به في عالم البرمجيات ونظم المعلومات .

ومن اشهر هذه الصور أو العقود:_

١- تأجير برامج الحاسب الآلي _

حيث يلجا الشخص أحيانا لتأجير البرنامج عندما يجد نفسه في حاجة لاستعماله

لمدة معينة، بحيث يتم اللجوء إلى هذه الطريقة في حالة الاحتياج المؤقت ، وتوفيرا لنفقات الشراء أو الإعداد المرتفعة بالنسبة للبرامج المتميزة ، بحيث يتم التعاقد مع المبرمج أو(المالك) على تقديم برنامج صالح للاستعمال طوال مدة العقد وذلك نظير الأجر المتفق عليه . (١)

٢- الترخيص باستعمال البرامج .

وهذه الصورة من أهم صور العقود التي ترد على البرامج وبالذات البرامج النمطية ، بحيث يجري العمل على ترخيص المنتج أو المبرمج أو صاحب الحق بالاستغلال المالي للمستخدم باستعمال برنامج معين في مقابل نقدي يتمثل في مبلغ مقطوع يتم دفعه دفعة واحدة أو على دفعات دورية سنوية أو شهرية ، ويتحدد نطاق الترخيص طبقا للشروط الواردة فيه من حيث المدة وسلطات المرخص له ، بحيث يتم الإشارة فيما إذا كانت تقتصر على الاستعمال الشخصي أو عمل نسخ مثلا أو حتى الاستغلال في إطار معين ..،الخ . (٢)

وبصورة أوضح نقول إن عقود الترخيص للبرامج هي تلك العقود التي تبرم بين صاحب حق الملكية على البرنامج وبين مستخدم أو مستعمل

١٩٩٢ ص ٧٣ وما بعدها. و، د. حسن عبد الباسط جميعي –عقود برامج الحاسب الآلي – دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٩٨ ص ٨٠-٩٥.

(١) - د. السيد محمد عمران –المرجع السابق ص ٧٥. و،د. صلاح الدين جمال الدين عبد الرحمن –عقود نقل التكنولوجيا – دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي – رسالة دكتوراة-عين شمس ١٩٩٣ –ص١٠٤ . و،د، انس السيد عطية سليمان – ضمانات نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية من الوجهة القانونية – رسالة دكتوراة- عين شمس – ١٩٩٦ . ص ٢٨٧.

(١) - د، محمد حسين منصور- المسؤولية الالكترونية- منشاة المعارف، الإسكندرية. ٢٠٠٦، ص٣١.و،د، فاروق الحفناوي – موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات – دار الكتاب الحديث، القاهرة ٢٠٠٤، ج١ عقود البرمجيات- ص ٨٧ وما بعدها .

البرنامج والتي تضع حدود وضوابط وشروط استعمال هذا البرنامج من قبل المستخدم ، والترخيص باستعمال البرامج يختلف عن غيره من صور الترخيص باستعمال المصنفات الأخرى ، بحيث ان المرخص أو صاحب الحق في الترخيص باستعمال البرنامج يحتفظ لنفسه بحقوق الملكية كاملة ويضيف عليها من الشروط والضوابط ما يتلاءم ويتناسب مع البرنامج مما يراه مناسبا لتوفير حماية فعالة لبرنامجه ، وتقتضيه طبيعة البرنامج نفسها ، إذ مهما قيل في قواعد قوانين حق المؤلف كأساس لحماية البرامج فهي لا تغني عن شروط الحماية التي يضعها المرخص في عقد الترخيص لكونها تقدم آليات وإجراءات محددة تتلاءم وطبيعة البرنامج المرخص باستعماله (١)

٣- بيع البرامج :

يمكن ان يشتري المستخدم البرنامج وتكون أكثر الصور شيوعا في ذلك عندما يكون البرنامج جزء من جهاز الحاسب الآلي ، فيشمله عقد البيع للجهاز ، أو عندما يكون البرنامج على وسيط مادي (دعامة) يعرض في الأسواق كالاسطوانة والكتاب ....الخ .

ولكن ينبغي ملاحظة أن الصفة الخاصة ببرامج الحاسب الآلي كمصنفات خاضعة للحماية بموجب قوانين حقوق المؤلف (كأعمال ذهنية أو أدبية) تجعل من ملكيتها الفكرية دائما وأبدا لصاحبها الأصلي (المبرمج الذي ابتكر البرنامج) بحيث لا تدخل في نطاق ملكية المشتري إلا الاسطوانة مثلا المحمل عليه البرنامج (الcd) مثلا (٢).

بحيث يكون للمشتري استعمال البرنامج فقط (استعمال الاسطوانة كذلك) وليس له بيعه أو بيعها (محملة بالبرنامج للغير ، بل يبقى مؤلف البرنامج صاحب الحق في نسبة البرنامج إليه وبملكيته الفكرية للبرنامج ، بحيث لا يجوز للمشتري في اغلب الحالات حتى أن يعمل نسخا عنه أو أن تستغل البرنامج تجاريا .....الخ ، دون إذن أو اتفاق مع صاحبه الحقيقي . (٣)

وكذلك نضيف في هذه النقطة ان البيع الوارد على برامج الحاسب الآلي ، هو بيع لحق الاستعمال وان توسعت الصورة اكبر ،سيكون بيع لحق استغلال البرامج ماليا فقط وتبقى الملكية الفكرية دائما لمن ابتكر البرامج لان التنازل عنها باطل بحكم القانون .

---

(٢)- د- فاروق الحفناوي- قانون البرمجيات – دار الكتاب الحديث، القاهرة ٢٠٠١.ص ١٧٤-١٧٥ .

(1) P.R.p43. Mark Lemey & Peter Menell

(٢)- راجع المواد ١٤٣و١٤٤ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بشان حقوق الملكية الفكرية المصري . وراجع كذلك ، د، شحاتة غريب شلقامي ، مرجع سابق ص ٩٥ وما بعدها . و.د ، حسن جميعي مرجع سابق ص٨٣

٤- مقاولة برامج الحاسب الآلي :-

يمكن أن يحتاج المستخدم في بعض الأحيان برنامج ذو مواصفات معينة ليلبي احتياجات خاصة به أو بعمله أو بمنشاته ، فيلجا إلى متخصص في مجال برمجة الكمبيوتر ويضعه في صورة ما يحتاج إليه بالضبط ، وفي صورة إمكانياته والبيئة المحيطة وطبيعة العمل ، والوظائف والغايات المرجوة من البرنامج المقترح، ليقوم هذا الخبير (المنتج،المبرمج) بتصميم برنامج يلبي حاجاته ، فنكون هنا بصدد عقد مقاولة ، يقوم من خلاله المقاول (المبرمج) بمهمة محددة نظير مقابل إجمالي .(١)

وهذه الصورة هي المجال الأوسع والأكثر بحثا في هذه الأطروحة ، ولكن يجد التنويه وكما أسلفنا سابقا ان مجال هذا البحث ليس الكشف عن التصنيف المختار لعقد الإعداد ، فهذه قضية قد بحثها الفقهاء والباحثين منذ ثمانينيات القرن الماضي ، واستقروا على أن أوضح صوره وأكثرها قربا من العقود المسماة تكمن في عقد المقاولة ، ولكن مجال بحثنا هو في الإطار القانوني لعقد الإعداد من حيث انعقاده وآثاره والالتزامات التي يرتبها على أطرافه .

٥- عقد تسليم المفتاح . Turnkey Systems(٢).

لما كان المستخدم مضطرا في بعض الأحيان لإبرام عدد مختلف من العقود في مجال المعلوماتية ، بعضها يتعلق بالجهاز و بعضها يتعلق بالبرامج التي سيعمل من خلالها الجهاز ، وبعضها الثالث يتعلق بالخدمات ، مثل تقديم المشورة أو تدريب العاملين لدى المستخدم على أفضل الطرق لاستعمال واستخدام الأجهزة والبرامج ، ونتيجة لهذه التعقيدات والكثرة والتنوع في هذه العقود والتي ستؤدي في النهاية إلى تحقيق هدف عملي واحد (وهو حوسبة العمل مثلا) ظهر في الحياة العملية ما يسمى بعقد تسليم المفتاح بحيث يكون من الأفضل للمستخدم أن يلجا إلى مقاول واحد بدلا من التعاقد مع عدد من المقاولين والموردين،لإتمام العملية

---

(١) - المادة ٦٤٦ من القانون المدني المصري (المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين بان يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء اجر يتعهد به المتعاقد الآخر) تقابل المواد ٧٨٠ مدني أردني و٨٠٠ مشروع مدني فلسطيني

وراجع كذلك .د، محمد لبيب شنب –شرح أحكام عقد المقاولة- دار النهضة العربية القاهرة ١٩٦٢

(١) - يسمى كذلك لأنه في نهاية المشروع يتسلم المستخدم نظاما كاملا متكاملا وما عليه عندئذ إلا أن يدير المفتاح ، كما يطلق عليه أحيانا Integration systems (النظم المتكاملة) على اعتبار ان التكامل ابرز سمات هذا العقد

وتسمى الشركات العاملة في هذا المجال systems provider _لمزيد من التفاصيل راجع . د، فاروق الحفناوي ، المرجع السابق. ص ١٣ .و،د، حسن جميعي ، المرجع السابق ص٩٥-١٠١ .

المعلوماتية ، ويتم ذلك من خلال عقد تسليم المفتاح ، والذي يعرفه الفقه بأنه ذلك الاتفاق الذي يتولى بموجبه احد الطرفين إقامة نظام متكامل للحاسب الآلي وتسليمه إلى الطرف الآخر جاهزا للتشغيل.(١) فيقوم هذا المبرمج (المقاول) بإتمام العملية المعلوماتية برمتها من توريد للأجهزة والبرامج وتشغيلها بعد تجربتها وضمانها وتدريب العاملين عليها وصيانتها ويقدم المساعدات الفنية والمشورة.

هذه أهم واشهر العقود التي ترد على برامج الحاسب الآلي، ويلحق بها أيضا عقود أصبحت معروفة جدا في أيامنا هذه ، كعقد تقديم المشورة الفنية الذي يتعاقد بموجبه المستخدم مع متخصص في البرمجيات ليكون كمستشار له في اختياراته وتعاقداته الخاصة بالبرامج أو بالتقنية ، حيث يتمثل جوهر هذا العقد في إسداء النصح وتقديم دراسات للاحتياجات ولنوعية البرامج لصالح المستخدم ...الخ .

وعقد المساعدة الفنية الذي يلتزم بموجبه المبرمج بتزويد المستخدم بالفنيين اللازمين لتدريب العاملين لديه على تشغيل الحاسبات والبرامج وصيانتها وكيفية إدارتها بالأساليب الفنية لتحقيق أقصى الغايات منها .(٢)

وخلاصة القول في هذا المبحث ومهما كان نوع أو طبيعة التصرف الذي قام بموجبه المبرمج أو المنتج أو المصمم للبرنامج ،بوضع برنامجه تحت تصرف المستخدم ،فان هذا التصرف سوف لن يخرج عن التكييفات القانونية المعروفة ،فقد يكون بيعا فيما لو طرحه مالكه للبيع ،وسواء قام به هو نفسه أو أعطى بيع حق الاستعمال أو الاستغلال لموزع يعمل لحسابه ، وقد يكون التصرف مقاولة كما رأينا لعمل ما ، يطلق عليه العاملون في مجال إعداد البرامج Tailord software(٣) (برامج التفصيل) وهي البرامج التي تفصل خصيصا لمستخدم معين لتخدم نشاطه الخاص كما رأينا سابقا

ومهما كان مسمى العقد الذي يضع المبرمج بموجبه برنامجه تحت تصرف المستخدم ،سواء كان بيعا أم إيجارا أم مقاولة ،فان هذا البرنامج (المحل) دائما يكون مالا معنويا على شكل أوامر وتعليمات لإنجاز مهمة محددة .

---

(١) - د. محمد السيد عمران ،مرجع سابق ص٩٩. و.د، يوسف الاكيابي – النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في القانون الدولي الخاص – من دون ناشر، القاهرة ١٩٩٠ ٦٥ وما بعدها . و،د، محمد حسين منصور ،المرجع السابق ،ص٣٣.

(٢) - د.أنور احمد الفزيع- عقد المشورة- مرجع سابق ، ص١٠ .و،د السيد عمران ، مرجع سابق ص ٩٢ . و ،د ميرفت عبد العال – عقد المشورة في مجال نظم المعلومات – رسالة دكتوراة- عين شمس- ١٩٩٧.ص ٣٠ وما بعدها .

(١) - د. علاء الدين فهمي وآخرون – الموسوعة الشاملة لمصطلحات الحاسب – موسوعة دلتا كمبيوتر٢ –مرجع سابق ص ٤٢١ .

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 ٨٩ من القانون المدني المصري والمدة ٨٧ 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 .[١]

ويذهب بعض الفقه لتعريف العقد بأنه توافق ارادتين على إنشاء التزام أو على نقله أو تعديله او حتى زواله.[٢] 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 .[٣]

وبالرغم من تعدد التعريفات (او بالامتناع عنه)ا فإننا لا نجد فيها خلافا من حيث المضمون بل نجد توافقا إن لم نقل تطابقا حتى في صياغة الفقهاء للتعاريف 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 بدمن محاولة لتعريف هذا العقد.

عقد إعداد البرامج :ـ

---

(١) المادة ٨٩ 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 ٨٧ 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 للأخر) هذا ويلاحظ في نفس المعنى المادة ٧٧ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٢) د-محمد حسني عباس – العقد والإرادة المنفردة – دار النهضة العربية –القاهرة – ٢٠٠١-ص١٥

(١) أستاذنا الدكتور احمد شرف الدين / نظرية الالتزام – ج١- مصادر الالتزام – الكتاب الأول / المصادر الإرادية . القاهرة ٢٠٠٣ حقوق الطبع والنشر محفوظة للمؤلف . ص ٣٧ .

قبل أن نحاول إيجاد تعرف 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[١] 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 بالعميل حسب المواصفات المحددة في شروط الاتفاق بينهما شرط أن لا يكون هذا الاتفاق مخالف لقواعد ومبادىء البرمجة[٢] وباختصار ان يتم إعداد البرنامج بإحدى الطرق الممكنة تقنيا ، وفقا لما هو معمول به مقابل بدلا ماديا يدفع من قبل الطرف الأول إلى الطرف الثاني بدلا عن هذا الإعداد مع إعطاء الحق للطرف الأول باستعمال هذا البرنامج حسب شروط الاستعمال [٣]

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 مقاولة ؟ وهو ما سنحاول اكتشافه لاحقا من خلال بحثنا هذا إن شاء الله .

أما الفقه اللاتيني والمصري فقد لخص تعارفه 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.[٤]

---

(٢) د- شحاتة غريب – برامج الحاسب الآلي والقانون – دار النهضة العربية –القاهرة ٢٠٠٣ ص ٨،٩ .

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

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

(١) كذلك يمكن مراجعة المادة ٢٠٩٨ من القانون المدني لمقاطعة الكيبك 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 – ٢٠٠٥ ص ١٩ .

كذلك يمكن الإطلاع على المادة ١٣٨ بند رقم ٣،٤، ٥ من قانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ 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 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.[١]

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.

---

(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، فان الإرادة تتطلب تراض الإطراف من كل وجه لدرجة تطابق اراداتهم على إحداث اثر قانوني هو في الغالب إنشاء للالتزام، [١] فيكون الرضا هو التعبير عن إرادة إطراف العقد بالموافقة على التعاقد [٢] وهذا ما أكدته المادة ٨٩ 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) [٣] وهي تقابل المادة ٧٧ من مشروع القانون المدني الفلسطيني في هذا الشأن [٤]

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 واضحا وباتا[٥] 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 تتضمن إيجابا جديدا 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.

---

(١) قد يكون هذا الأثر تعديل أو نقل أوانقضاء الالتزام / أستاذنا الدكتور شرف الدين / نظرية الالتزام / المرجع السابق ص ٦٦/ ٦٧

(٢) د سليمان مرقص / الوافي في شرح القانون المدني (٢) في الالتزامات – المجلد الأول –نظرية العقد – الطبعة الرابعة القاهرة ١٩٨٧ ص ١٣٢

(٣) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ منشور بالوقائع المصرية عدد ١٠٨ مكرر في ٤٨/٧/٢٩

(٤) تنص المادة ٧٧ من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أن (ينعقد العقد بمجرد تبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين ما لم يقرر القانون أوضاعا معينة لانعقاده)

(٥) د/ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني –المجلد الأول نظرية الالتزام – منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ١٩٩٨. ص ١٨٣.

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 موجها إلى من صدر عنه الإيجاب في البداية[١].

وبما أن التعبير عن إرادة أطراف العقد لا يعني بالضرورة إتمام التعاقد ، وإنما هي مرحلة من مراحل إبرام العقد والسابقة له[٢] 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 ٩٠ من القانون المدني المصري و٩٣و٩٤ من القانون المدني الأردني و٧٩ و٨٢ من مشروع القانون المدني الفلسطيني) فان وافق احد الأشخاص على شروط الشركة مقتنعا أن البرنامج يصلح للحاسب الذي لدية ،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 / حكمي) يجدوا انه غير مناسب وفق أسباب يحتفظوا بها لأنفسهم[٣]

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)

---

(١) المادة ٩٦من القانون المدني المصري وهي تقابل المادة ٩٧ من القانون المدني الأردني والمادة ٨٨ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٢) أستاذنا الدكتور احمد شرف الدين –نظرية الالتزام – المرجع السابق ص٨٢ وما بعدها د / حسام الدين الاهواني –النظرية العامة للالتزام –ج١ دار النهضة العربية – ط٣ – القاهرة ٢٠٠٠، ص١٠٧

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

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. (١)

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 انعقد العقد(٢)، 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 . (٣)

وللتوضيح أكثر نقول إن أول تعبير من تعابير الإرادة يسمى إيجاب بحيث يكون صادر من احد 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 انه لا فرق اذا 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 اذا ما احتاج شخص عادي إلى برنامج معين فطلبه عارضا مواصفاته.....الخ فايهما قال أولا وعرض فهو الموجب ، والقول هنا يسمى إيجابا . (٤)

والقاعدة التقليدية في هذا المجال، إن الإيجاب غير ملزم أي يجوز لصاحبه أن يرجع فيه طالما انه لم يقابله قبول ممن وجه إليه الإيجاب،

---

(١) اتحاد المجامع العلمية العربية – مصطلحات قانونية أقرتها ندوة دمشق – ط١٩٧٣- ص ٣٦

(٢) يمكن مراجعة د/ احمد شرف الدين – نظرية الالتزام – مرجع سابق ص ٨٤، وكذلك يمكن مراجعة د/أنور سلطان – مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني – منشورات المكتب القانوني /عمان ١٩٩٨ ص٦١

(٣) نقض مدني ١٩٦٩/٦/١٩ س ٢٠ ص ١٠١٧.

(١) د . محمد سعيد خليفة : مشكلات البيع عبر الانترنت ، دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٤ ص٧٣ وما بعدها

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 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 يقوك بها الموجب نفسه اذا كان هو من سيحدد احتياجاته . او في بعض الأحيان عن طريق مستشار خارجي يقوم بتعينه 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 مقتصرا 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 الضمان [2] 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

---

(٢) المستشار فاروق علي الحفناوي : موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات ، الكتاب الثاني ، دار الكتاب الحديث – القاهرة – الكويت- الجزائر.

(٣) يمكن مراجعة .د،حسن عبد الباسط جميعي / حماية برامج الحاسب الالي . بحث مقدم الى wipo بالتعاون مع اتحاد المحامين العرب ج١ ص١٤٥ ، ونضيف هنا الى ضرورة توخي منتهي الدقة لنتائج اي دراسة تقام على احتياجات الموجب ،لانه سيترتب عليها نتائج خطيرة في النظام المعد من قبل الطرف الذي سيقوم ببرمجته او اعداده

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

التوقيع عليه ، وان ترفض في حالة الشك بقدرتها على تلبية متطلبات أوصفات او وظائف طلبها العميل ، ولديها شك في إمكانية تحقيقها فنيا ان ترفض مقاولة 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 معينا يتمحور في توقيع وثائق قانونية في المرحلة التي تسبق توقيع العقد النهائي ، تعرف بعدة مسميات مثل (مذكرة تفاهم) او (خطاب النوايا) [١] . وهذه الأشكال هي صورة من صور المستندات قبل العقدية ، بحيث تكون مستندات يتم التوصل إليها من قبل التعاقدين 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

بتوجيه كتاب الى الطرف الآخر بإبداء الرغبة في العاقد 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 الاخر ،فانه وقبل ان يقوم الطرفان بالمفاوضات المتعلقة بتفاصيل المشروع يوقعان على مذكرة تتضمن رغبتهما بالتعاقد على الأسس والشروط المبينة فيها[٢] والتي تتضمن مثلا:

١ -مسودة أولى لأفكار الموجب – طلبات – حاجات .....وتسميها بعض الشركات مسودة أولى للنقاش [٣]

٢ -كيفية تأدية الثمن ، وهل هو على مراحل ترتبط كل مرحلة بإنجاز عمل معين

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

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

---

(١) د، محمد حسام لطفي ، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض ، دراسة مقارنة للقانونين المصري والفرنسي . دار النهضة العربية . القاهرة ١٩٩٩ ص٥ .

(١) د،محمد حسام لطفي ،استخدام وسائل الاتصال الحديث في التفاقض على العقود وابرامها /لقاهرة ١٩٩٣ص٣٥

(٢) المستشار /الحفناوي . موسوعة قانون الكمبيوتر ،مرجع سابق ص ٦٠ .

٥ -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 .

٦ -الضمانات وفترة التجربة ، قضايا لا بد من الاتفاق عليها ،ويلاحظ ان بعض الشركات المتخصصة في هذا المجال تضع وقتا زمنيا محددا تستغرقه المفاوضات بحيث لا يجب ان تكون لا نهائية .

٧ -وبالعودة إلى شروط الإيجاب فلا غنى عن القول ان التعبير عن الاردة اما ان يكو ن في صورة إيجاب offer او في صورة قبول acceptation ويشترط في الإيجاب ان يكون محددا وقاطعا وهو يكون كذلك اذا تضمن العناصر الأساسية للتعاقد [١] .

ويكفي القبول من الطرف الآخر لقيام العقد [٢]

ولكي نستطيع ان نميزه عن مرحلة المفاوضات ،يجب ان يكون واضحا ومحددا وموجها إلى شخص او أشخاص معينيين ، 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 . [٣] 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. [٤]

وتثور هنا قضية اذا ما كان الإيجاب غير موجه إلى شخص بعينه ، كان يكون موجه بالصحف او بالانترنت او بالتلفاز . فقد أجاب على ذلك

---

(١) د. حسام الدين الاهواني .نظرية الالتزام ، مرجع سابق ص١٠٧ ،د اسامة ابو الحسن مجاهد خصوصية التعاقد عبر الانترنت . مرجع سابق ص٤٣.

(٢) يمكن مراجعة المواد ٨٩،٩٠،٩١، من القانون المدني المصري والمواد ٩٠،٩١، ٩٣من القانون المدني الاردني وهي تقابل المواد ٧٨،٧٩،٨٠ من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

(٣) يمكن مراجعة المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني في شرحها للمادة ٩٥ – الجزء الاول المكتب الفني ، نقابة المحامين .عمان ١٩٩٨ ص١٠٨ والمادة ٨٣ من مشروع القانون المدني الفلسطيني .والمواد ١٦٧،١٦٩ من مجلة الاحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر ، مكتبة النهضة، بيروت ١٩٧٩ ص ٢٣٥ . وكذلك المذكرة الايضاحية للمادة ٩٨ من القانون المدني المصري .

(١) د. السنهوري ،الوسيط ،ج١،مرجع سابق ص ٢٢٠ ،و د. رمضان ابو السعود ،عقد الايجار في القانون المصري واللبناني ، الدار الجامعية بيروت ،ط٢ ص٢٣٨ وكذلك ،د،انور سلطان مرجع سابق ص٦١-٦٥ .

المشـــرع الأردنـــي فـــي المـــادة ٩٤ مـــن القـــانون المـــدني بقولـــه (١- يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجابا ٢- اما النشر وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعرض او بطلبات موجهه الى الجمهور او للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجابا وإنما يكون دعوة إلى التفاوض)[١]. وهذا الحكم اختلف معه جانب من الفقه وبالذات الفقه الفرنسي فقد أشار الأستاذ Ripert [٢] إلى أن الإيجاب الموجه إلى الجمهور هو إيجاب بالمعنى الصحيح ما دام مضمونه محدد تحديدا يكفي لإبرام التعاقد فور اقترانه بقبول لا سيما حين يكون الإيجاب جماعيا (offer collective) حيث ووفق رأي هذا الفقيه انه يجوز وفق القانون الفرنسي ذلك ،لان الغالبية العظمى من التجار يصدرون إيجابا عاما للجمهور بعرض بضائعهم مع أسعارها .

وقد حسمت الموضوع المادة ١٤ من اتفاقية فيينا للبيوع الدولية لسنة ١٩٨٠ اذ جاء فيها (ولا يعد العرض الذي يوجه الى شخص او أشخاص غير معينين إلا دعوة للإيجاب ما لم يكن الشخص الذي صدر عنه الإيجاب أبان بوضوح الى اتجاه قصده بخلاف ذلك) ويعلق الدكتور محسن شفيق[٣] 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[٤] ولا يرتب ذلك أية مسؤولية على الموجب .

---

(٢) كان نفس هذا النص موجود في المشروع التمهيدي للقانون المني المصري ، وقد حذف من قبل لجنة المراجعة لعدم الحاجة اليه اذ يسهل تطبيق هذا الحكم بدون نص ، الاعمال التحضيرية ،ج٢ ص٤٣ اشار اليه استاذنا الدكتور احمد شرف الدين .مرجع سابق ص٨٥ ،وهي تقابل المادة ٨٣ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٣) د، عباس العبودي ،التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها بالثبات المدني ،دار الثقافة للنشر عمان ١٩٩٧ ص٩٨ .

(١) د، محسن شفيق ،اتفاقية الامم المتحدة يشان البيع الدولي للبضائع ،دار النهضة العربية ،القاهرة ١٩٨٨ ص٩٢

(٢) المادة ٩٤ من القانون المدني المصري وهي تقابل ماده ٩٦ من القانون المدني الاردني والمادة ٨٦ من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

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 ٩٨ من القانون المدني الأردني (اذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى ان ينقضي هذا الميعاد)[١] وإذا انتهت المدة ولم يتم القبول ، فان الموجب يكون كذلك في حل من إيجابه .

هذا ولا يخفى انه يمكن سقوط الإيجاب في هذا العقد نتيجة لرفضه من قبل الطرف الاخر ، سواء كان هذا الرفض كليا ام كان جزئيا ، كان يتم تعليق القبول على اضافة بعض الشروط او إلغاء بعضها . وهذا يعني رفض الإيجاب وسقوطه أيضا ،الا ان المشرع المصري اعتبر في مثل هذه الحالة ان الإيجاب كان لم يكن واعتبر التعديل او الإلغاء هو بمثابة إيجاب جديد ينعقد العقد به اذا صادف قبولا مطابقا.[٢]

وعوده إلى برامج الإعداد فليس من المعقول ان يتم الإيجاب والقبول على البرنامج بكل تفاصيله، ففي هكذا عقود غالبا ما يسبقها كما أسلفنا مراحل مفاوضات او عقود ابتدائية مقترنة بدراسات وتحفظات . ولكن وعلى كل الأحوال اذا تم الاتفاق على المسائل الجوهرية وعلى البدل يكون هنا عقد[٣] قد انجز في نظر القانون مقترنا بحسن تنفيذ الأطراف لالتزاماتهم ، أما بالنسبه للامور التفصيلية فان ارجائها الى وقت اخر او عدم الاتفاق عليها لا يؤدي الى بطلان العقد وانما يكون للاطراف الاتفاق عليها في وقت لاحق او للمحكمه او هيئه التحكيم النظر في الخلافات التي قد تنشا عن الامور التفصيليه، والنظر في افضل الطرق لمعالجة هذا الخلاف تبعا لطبيعة المعامله ولاحكام القانون والعرف ان وجد في مثل هذه العقود وهو ما اضظردت عليه الشركات الكبرى والموردين في هذا الشان مثلا.

الفرع الثاني

---

(١) تقابل الماده ٩٣ من القانون المدني المصري والماده ٨٥ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٢) تنص الماده ٩٦ مدني مصري (اذا اقترن القبول بما يزيد في الايجاب او يقيد منه او يعدل فيه اعتبر رفضا يتضمن ايجاب جديد) تقابل المواد ٩٩ /٢ من القانون المدني الاردني وماده ٨٨ .م فلسطيني.

(١) يمكن مراجعة الماده ٩٥ من القانون المدني المصري والماده ١٠٠ من القانون المدني الاردني وهي تقابل الماده ٨٩ من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي تنص على (اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهريه في العقد واحتفظا بمسائل تفصيليه يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد لا ينعقد عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد انعقد واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمه تقضي فيها طبقا لطبيعة المعامله واحكام القانون).

موانع قانونية

نادرا ما يصدر قبول في عقود المعلوماتية بدون ان يرافقه تحفظ معين سواء في وثيقة العقد الاصلية او في الملحقات[١] 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 مثلا) بالتوصيف المستندي للبرامج وبيان طريقة تشغيلها ودعم البرامج اي تدريب العميل عليها[٢] فهل تعتبر هذه التحفظات موانع قانونيه تمنع من الانعقاد اذا احتواها ايجاب معين او اذا وردت في قبول لهذا الايجاب مثل تقيد حريه العميل مثلا في تطوير البرامج او منعه من ادخال تعديلات عليها هذا ما سنبحثة في هذا الفرع.

في البدايه نقول ينعقد العقد على الرغم من وجود التحفظ اذا ما وافق الطرف الاخر على هذا الشرط او اذا أرجأه الى وقت لاحق او تحفظ عليه وذلك لا يوثر 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 مستمده من نص قانوني .[٣] 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 سأستمر 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) 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

(١) د. محمد حسن قاسم ، التعاقد عن بعد، قرائه تحليلية في التجربة الفرنسيه مع اشاره لقواعد القانون الاوروبي . دار الجامعة الجديدة للنشر .الاسكندرية ٢٠٠٥ ص ٣٢ وما بعدها .

(٢) إبراهيم المنجي . عقد نقل التكنولوجيا ط١. منشأه المعارف الاسكندريه ٢٠٠٢ ص ٨١ وما بعدها.

[١] 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 ١٧ لسنه ٩٩ قد أبطل شروطا بعين ذاتها يمكن ان يضعها البائع للبرامج (مورد التكنولوجيا مثلا) فقد أوضح في المادة ٧٥ ما معناه انه يجوز إبطال كل شرط يرد في عقد نقل التكنولوجيا ويكون من شأنه تقيد حرية (المشتري) في استخدامها او تطويرها وذلك مثل حظر إدخال تحسينات على النظام او تدخله بالإنتاج او العمل او اشتراكه في الاداره ..... الخ. [٢] 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 . [٣]

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 بشان موضوع جوهري في العقد ففي مثل هكذا حالات لا ينعقد العقد . [٤] وكذلك الشرط الذي بضعة المستفيد دائما والسابق الإشارة إليه والذي يفرض به على المتعهد او صانع أو مبتكر البرامج تدريب بعض العاملين لدية 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 غالبها ذات طبيعة تجارية.[٥] وهناك شرط اخر دأبت الشركات في المملكة المتحدة على

---

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

(٢) يمكن مراجعة مجله المحاماه ملحق التشريعات يونيه ١٩٩٩ ص٣٨٤.

(١) يمكن مراجعة، د. انور سلطان ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ص ٨٠ وما بعدها ، واستاذنا –د. احمد شرف الدين نظرية الالتزام، مرجع سابق ص ٨٢ وما بعدها ، السنهوري ، الوسيط ، ج ١، مرجع سابق ،ص ٢٥٠ وما بعدها .

(٢) د. اسامه احمد بدر ، بعض مشكلات تداول المصنفات عبر الانترنت ، دار النهضة العربية القاهره ٢٠٠٢ ص٢٦.

(٣) هكذا صنفها قانون التجاره المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ٩٩ . يمكن مراجعة د . نصيره بو جمعة سعده . عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي ، رساله ، جامعة الاسكندرية، ١٩٩٧ ص١٨. و د. يوسف عبد الهادي الاكيابي . النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا . ١٩٨٩ ص٢١ من دون دار نشر .

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 [١] 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 جوهريه 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 المصريه 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). [٢]

المطلب الثاني

القبول

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 [٣].

---

(١) د. عباس العبودي مرجع سابق ص١٣٦.
(٢) نقض مدني ١٩٨٣/٣/٢٩ طعن ١٨٨٠ ص٢٩ قرار لم ينشر اشار اليه د . عباس العبودي مرجع سابق نقلا عن معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني الجزء الاول ١٩٨٧ ص ٧٧٣.
(١) يمكن مراجعة المادة ٩٨ مدني مصري والمادة ٩٩ مدني اردني والمادة ٨٨ من م . م . فلسطيني

والقبول هو التعبير الصادر عن إرادة الموجه إليه الإيجاب ، والمعبر عن رضاه بإبرام التعاقد بالشروط الواردة في الإيجاب[١] 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[2]

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 نبحث في في القبول في عقود الإعداد .

لذلك نقول انه يجب ان تتوفر في القبول بشكل عام الشروط العامة التي تتعلق بوجود الإرادة والتعبير 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.[٣]

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 معينا تبعا لآلية التعاقد ، سواء كان في مجلس عقدي حقيقي او حكمي ،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 فرعيين متتاليين ما يمكن ان يثير مشاكل قانونية في قضية القبول في هذه العقود كالقبول الضمني والسكوت ومدى ملائمة اعتبارهما في هذه العقود .

---

(٢) في هذا المعنى يمكن مراجعة ،د، عبد المنعم فرج الصدة مصادر الالتزام . في القانون المصري واللبناني ،بيروت ١٩٧١ ص ١٢٥ ،و د، انور سلطان ، مرجع سابق ،ص ٥١ ، استاذنا .د. احمد شرف الدين .

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

(١) يمكن مراجعة المواد ٨٩،٩٤،٩٣، مدني مصري والمواد ١٠٠،٩٩،٩٨،٩٦من القانون المدني الاردني والمادة ٩٦ مدني سوري والمواد ٨٧،٨٦،٨٥، ٨٨مشروع فلسطيني .

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 ٩٠ من القانون المدني المصري على (١- التعبير عن الاراده يكون باللفظ وبالكتابة والإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالتة على حقيقة المقصود ٢- ويجوز ان يكون التعبير عن الارده ضمنيا اذا لم ينص القانون او يتفق الطرفان على ان يكون صريحا) [١].

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 [٢] 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 علية دون التعاقد الصريح فيكون مسئولا أمام المبرمج عن دفع البدل المناسب) اذا ان تنفيذ العقد او البدء بتنفيذه يعتبر قبولا، لكن نقول هنا انه حسب الدارج من الفقة 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 سابقة على البرنامج لا يعتبر قبولا ضمنيا 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 قبولا ضمنيا، وقيام طرف بدفع جزء من الثمن يعتبر كذلك قبولا ضمنيا .

---

(١) تقابل المواد ٩٣ اردني والماده ٧٩ 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

ومن الشائع في عقود المعلوماتية ان يقد الثمن جزافا 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 متوقعه فيبقى المستفيد صامتا مع استمراره بالتعاون والتعاطي مع المبرمج لذلك فان هذا يعتبر قبولا ضمنيا للزيادة في الثمن . [١] .

ويمكن تطبيق هذا الحكم على المستفيد سيء النية من باب أولى ،بحيث يعتبر تنفيذه جزء من العقد قبولا ضمنيا منه جزاء له على سوء نيته ، فمثلا 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 . [٢]

وفي الولايات المتحدة الأمريكية اعتبر قيام المشتري برفع الملصق الموضوع على قرص يحتوي على برنامج حاسوب معين قبولا ضمنيا من هذا الشخص بالشراء لان هذا الملصق يسمح بتشغيل القرص ومن ثم استخدام البرنامج مع احتواءه على عبارة تقول : تنبيه (ان إزالتكم للملصق الموضوع على القرص يعني قبولكم شراء البرنامج بالشروط التي حددها المتعهد) (المبرمج) حيث كانت هذه العبارة موجودة على الملصق . [٣]

الفرع الثاني

مدى اعتبار السكوت قبولا في هذه العقود

لا ينسب الى ساكت قول ، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ، ويعتبر قبولا ، [٤] وهذا يدل على ان السكوت لا يعتبر قبولا في الأصل الا في حالات استثنائية قد نص عليها القانون ، وقد تقرر ان السكوت لا

---

(١) المستشار فاروق الحفناوي .٠ موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات ج٢ مرجع سابق ص١٩يمكن مراجعة د. عزه خليل – رساله – القاهره مرجع سابق ص١٣٠ وما بعده

(٢) د. اسامة ابو الحسن مجاهد ، مرجع سابق ،ص ٩٠

(٣) 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 . ٢١،٢٠ شباط عمان ٢٠٠٠ .

(١) مادة ٦٧ من مجلة الاحكام العدلية، وهي تقابل المادة ٩٥ من القانون المدني الاردني ،وتشابه المادة ٩٨ من القانون المدني المصري ،وتقابل المادة ٨٣ من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

يصلح ان يكون ايجابا لان الإيجاب يتضمن عرضا ، والعرض يجب ان يشمل طبيعة الصفقة وشروطها ، وهو ما لا يمكن للسكوت ان ينهض به . (١)

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 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 ، (٢) 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 ملابس ، 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 ٨٣منه ويعتبر السكوت قبولاً 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 تصريحا بالقبول ولم يتم رفض الأيجاب في وقت مناسب(٣)

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

---

(٢) 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 ٧٧/١٦٣/ ص١٠٨٧ مجلة نقابة المحامين ١٩٧٧ س٢٥ ص٨٥٧ . وكذلك يمكن مراجعة د. انور سلطان ، مرجع سابق ، ص ٥٦ واستاذنا الدكتور احمد شرف الدين ، مرجع سابق ص ٧١ .

(١) د. عباس العبودي ، مرجع سابق ، ص ١٣٦

(٢) يمكن مراجعه المواد ٩٨ مدني مصري والمواد ٩٥ مدني أردني ومقارنتها .

عن الجواب يعد سكوته قبولاً[١]ولكن لا يجوز أن تعتبر المفاوضات العقدية من قبيل التعامل السابق[٢] وعليه إذا وجه أحد المتعاقدين إيجاباً الى الطرف الآخر بعد المفاوضات وسكوت الأخير لا يعتبر سكوته قبولاً و نجد أن المحكمة العليا البريطانية قد رفضت حتى اعتبار السكوت ملابسا ودالا على التعاقد في مجال الالكترونيات حتى في ظل وجود تعامل سابق وذلك عبر قضية تتخلص أحداثها في أن شركة Boat قد اعتادت عن التوسط بين شركتيAdope وInfornix 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 الـ CD على مواقع شركة A dope على الانترنت مع سكوت الأخيرة فرفض القضاء الإنجليزي اعتبار أن هناك عقد أساسا وحمل الشركة الوسيطة Boat المسؤولية عن ذلك [٣] ولا يفوتنا التذكير أن التعامل السابق يجب أن يكون من نوع العقد ذاته ، فلا يكون توريد بدلا من إيجار أو بيعاً ويكون الحديث على عقد توريد، فمثلا إن عرض المتعهد برنامجاً على المستفيد لغرض شرائه وسكت الأخير لا يعد سكوته قبولا، إن كان التعامل السابق عقد إيجار، حتى لو أرسل له مع البرنامج ما يفيد [أن هذا الإيجاب أعتبرك قد قبلته ما لم أتلق 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[٤]

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،استنادا الى وجود

---

(١) د/ أيمن العشماوي /المسؤولية المدينة عن المعلومات /دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٤ ص١١٤ وما بعدها .

(٢) المستشار فاروق الحفناوي مرجع سابق ص ٣٨ ويمكن مراجعة د/محمد حسام لطفي المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض القاهرة دار النهضة العربية ١٩٩٩ ص٥ وما بعدها .

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

(2) د/ عباس العبودي مرجع سابق ص١٣٨ 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

تعامل سابق لا يزالان يعملان في تفاصيله، ومن البديهي القول في هذه الحالة أنه إذا عرض عليه شراء برنامج متطور عن الذي اشتراه منه مسبقا وسكت يعتبر سكوته قبولا[١] .

ويمكن أن تثور مشكلة تقنيه 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 ملزما وألا تعذر إتمام التنفيذ على الوجه الأكمل[٢] فإذا أرسل أحدهما خلال هذه الفترة رسالة توضيح مثلا ولم يرد الآخر فمعنى ذلك أنه قد وجدها لا تضر بمصالحه و إلا كان عليه الرد عليها خاصة وأن التنفيذ في عقود المعلوماتية قابل للتغيير بمرور الوقت لذلك يمكن أن يعتبر سكوته عن الرد قبولاً في هذه الحالة[٣] ففي قضية نظرتها محكمة إستئناف 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 تحفظا على الأيام السبعة المحددة من قبل المستفيد يعتبر قبولاً لتاريخ تسليم المعدات[٤].

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 طبقا للقواعد العامه، لكن في حقيقة الأمر فإن الزبون يكون قد استفاد مؤقتاً أو شكلياً فقط لأن المتعهد يكون في أغلب الحالات قد أحتكر 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

---

(١) أحمد الفزيع – عقد الحصول على أنظمة الحاسبات الالكترونية بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت العدد الثاني ١٩٩٥.

(١) 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 أخر بعد إتمام العملية أنظر النموذج رقم ١٧ – اتفاقية تنفيذ نظام معلوماتي متكامل – عقود النظم والأجهزة – حفناوي مرجع سابق .

(٢) د/ جمال عبد الرحمن / الخطأ في مجال المعلوماتية ط٢، ٢٠٠٣ من غير دارنشر ص٢وما بعدها .

(٣) نقلا عن عباس العبودي مرجع سابق ص٢٠٠ رقم القضية
ca Paris 5°،ch-A,20 Mars 1995 Lamsy –inf –op-citn885-P-587 .

وخصوصاً إذا كان البرنامج الذي يريده لا يعمل إلا على البرنامج الذي أخذه مجانا ولذلك يقال أن هذه المسألة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي[١] فقضية مصلحة الزبون في هذه العقود لا يكفي فيها إلا رأي أهل الخبرة في هذا المجال وليس فقط عروض الشركات المبرمجة المغرية.

ونشير أخيرا 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 ١٢٥ بقولها

[ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسه إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لوعلم بتلك الواقعة وهذه الملابسة[٢]]

المبحث الثاني
صحة التراضي

اتضح لنا مما سبق أن المبادئ القانونية العامة قد استقرت مدعمه بنصوص القوانين المدينة على وجوب توافق وتطابق إرادات الأطراف المتعاقدة وذلك لتمام إبرام العقد، ولذلك نقول إن توافر الرضا هو مرحله من مراحل إبرام العقد فإذا تم حسب ما يتطلبه القانون كان التراضي صحيحا وتمتع العقد بقوة القانون بما يترتب على كل طرف من حقوق والتزامات[٣] .

وقد تتأثر القوة الملزمة للعقد بعيوب الإرادة التي حصرتها التشريعات المدينة في أربعة أو ثلاثة عيوب[٤] تتخلص في الغلط والإكراه و التغرير " 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 والتغرير المقترن بغبن فاحش وبالإكراه .

---

(١) في هذا المعنى يمكن مراجع د/ خالد مصطفي فهمي – مرجع سابق ص٦ وما بعدها.

(١) تقابل المواد ١٤٤ مدني أو أدري والمادة ١٢٩ مشروع مدني فلسطيني .

(١) د. أنور سلطان مرجع سابق ص٤٩ وما بعدها والمذكرات الايضاحة للقانون المدني الأردني الجزء الأول ص٩٥ كذلك يمكن مراجعه أستاذنا الدكتور شرف الدين نظرية الالتزام مرجع سابق ص٧٣ وما بعدها .

(٢) يمكن مراجعة المادة ١٢٥ مدني مصري والمادة ١١٥٩ وما بعدها مدني فرسني والمادة ١٠٤ من القانون المدني السوري والمادة ١٢٢ أردني ١٣٧ من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

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 كثيرا من المتعاقدين لا يمكنهم الإلمام بالخبرات العملية والفنية لما تعاقدوا عليه مما يؤدي إلي أحداث بعض المشكلات التي من الممكن أن تعيب الرضا لعدم قدره أطراف العقد ملائمة إراداتهم، خصوصاً وأن أراده 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 دائما 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 دائما، لا بل عن الممكن أن تحمل في طياتها تجربة مبسطة لنماذج سيتم التعاقد عليها وهي وهي أفضل طريقة للتعاقد على البرمجيات لأن المفاوضات إذا فشلت فلا مسئولية يؤدي على عكس الخلافات 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 انطلاقا 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 الغالب 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 والتغرير والإكراه في مطلب أول، ثم نبحث في أثر هذه العيوب على عقود إعداد البرنامج في مطلب ثاني .

---

(١) د/ جمال عبدالرحمن علي : الخطأ في مجال المعلوماتية ، ج٢ ، مطبعة كلية علوم بني سويف ، ٢٠٠٣،ص ٦٦ وما بعدها .

المطلب الأول
عيوب الإرادة في عقود الإعداد

إن التوافق والتطابق في أراده الإطراف لابد أن تواجهه صعوبات تنجم في أغلب الأحيان عن تعقيد وتقنية محل العقد ، هذا بالإضافة إلى حداثة موضوعات التعاقد في مجال عقود المعلوماتية[١] 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 قضي فترة في مجال البرمجة .....الخ

على الرغم من هذه الصعوبات في المحل والتراضي يبقي العقد شريعة المتعاقدين، وتبقي هناك التزامات على الإطراف تنفيذها بكافة بنودها انطلاقا 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[٢] وخصوصا أن هناك التزامات غير معروفة في الفقة التلقيدى تقع على عاتق الطرف القوي وهو البائع أو المبرمج في هذا المجال توسع من باب إعمال عيوب الإرادة في نقض هذه العقود إن لم يقم بها كالالتزام بالنصيحة والأعلام ..... وهذا أيضا مما سنبحثه لاحقاً[٣]

الفرع الأول

---

(١) د/ حسن عبد الباسط جميعي – عقود برامج الحاسب الآلي – دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٩٨ ص١٢٦ وما بعدها .

(١) في هذا المعني يمكن مراجعة د. ثروت عبد الحميد – التوثيق الالكتروني – مكتبة الجلاء – المنصورة ٢٠٠٢ ص١٨ وما بعدها ، محمد حسام لطفي – استخدام وسائل الاتصال الحديثة التفاوض على العقود وإبرامها – القاهرة من غير دار النشر ١٩٩٣ ص٢٤-٤٩ ود. محمد حسن قاسم – التعاقد عن بعد – قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية - ٢٠٠٥ ص٥٥-٧٠ ود/ عادل أبو هشيمه مرجع سابق ص١١٣-١٣٢ .

(٢) د/ محمد حسن منصور – المسئولية الالكتروني – مرجع سابق ص٩٧ ما بعدها ود/ عادل أبو هشيمة مرجع سابق ص٢٠٠-٢١٠ ود/ عزة خليل – رسالة – القاهرة مرجع سابق ص١١٧-١٤٧ .

الغلط [المعيب والمانع]

تنص المادة ١٢٠ 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)[١]
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[٢] وهذا ما يطلق عليه الغلط المانع ويعتبر غلطا مانعاً من الانعقاد أو أن يكون غلطاً جوهري في المحل أو في الشخص مثلا فيكون غلطا معيباً من شأنه منح الحق لمن وقع فيه بطلب إبطال العقد أو ما يعرف يحق الفسخ في القانون المدني الأردني وسنتحدث عن نوعي الغلط فيما يلي وتأثيرهما على عقود الإعداد .

أولا / الغلط المانع :ـ

نصت المادة ١٥٢ مدني أردني على أنه [إذا وقع الغلط في ماهية العقد أو في شرط من شروط الانعقاد أو في المحل بطل العقد] [٣] 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، فأي 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

---

(٣) تقابل المواد ١٥٢ أو ١٥٣ من القانون المدني الأردني في المواد ١٢٣أو ١٢٤ من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

(١) د/ عدنان سرحان ود/ نوري فاطر – شرح القانون المدني الأردني ، مصادر الحقوق الشخصية (التزامات) اربد ١٩٩٧ ، ص ١٣١ – ١٦٠ ود/ أحمد شرف الدين، مرجع سابق ص١٤٨ .

(٢) تقابل المادة ١٢٢ مدني سوري والمادة ١٢٢ مشروع فلسطيني ولم نجد نص مقارناً في القانون المدني المصري .

المتعهد إلى المستفيد، وقد قام المتعهد بإرسال رسائل عدة يطالب المستفيد فيها بدفع مبالغ أعلى من المبلغ السابق، حيث بلغت المطالبات خمسة وسبعين ألف 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[١]

وقد جاء هذا الحكم تماشياً مع موقف الفقه الفرنسي الذي يقسم الغلط إلى ثلاثة أنواع، غلط مانع وغلط يعيب الرضا وغلط غير مؤثر[٢] 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 وخصوصا بالنسبة للغلط في وجود المحل فالفقهاء على أن الغلط بالنسبة للمحل يتوجب أن يكون عدم وجوده مقترناً بتوهم وجوده فيكون الغلط مانعاً من الانعقاد[٣]

ثانياً : الغلط المعيب :ـ

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[٤] وكل ذلك وفق شروط ومعايير تحدثت عنها هذه القوانين 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][٥] 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

---

(١) ca Paris 14^{o}، n^{o} Data – juris ،1984 ,mai .A ،ch 22457 ورد الحكم في كتاب د/ نوري خاطر – مرجع سابق ص٣٢

(٢) فرانسو تيريه القانون المدني (الالتزامات) ط٧ (دالوز) ١٩٩٩ بنو٢٠١ ص٦٩ نقلا عن أستاذنا ود/ شرف الدين - مصادر الالتزام مرجع سابق ص١٤٩

(١) د. إسماعيل غانم – محاضرات في النظرية العامة للحق ط٣ – القاهرة ١٩٦٦ من غير دار نشر .

(٢) يمكن مراجعة المواد ١٢٠ مدني مصري و١١١٠ مدني فرنسي و١٢٣ مشروع فلسطيني و١٥٣أو١٥٤ مدني أردني.

(٣) أستاذنا الدكتور – أحمد شرف الدين – مرجع سابق ص١٤٢ ود/ أنور سلطان مرجع سابق ص١٠٠-١٠٥ .

هذا الغلط لما أقدم على التعاقد، وقد اشترط المشرع المصري في المادة ١٢١ من القانون المدني أن يكون هذا الغلط جوهرياً موضحاً الجوهرية ببلوغها حدا من الجسامة يمتنع معها التعاقد لو علم بها من تعاقد[١]، بالإضافة إلي 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 ٢/١٢١ 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 .

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[٢] 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[٣] 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[٤]

---

(١) المادة ١٢١ الفقرة الثانية في القانون المدني المصري المواد ١٥٢-١٥٣ مدني أردني والمادة ١٢٣ مشروع فلسطيني وتقبل المادة ١١١٠ مدني فرنسي .

(٢) يمكن مراجعه د/ حسن جميعي - مرجع سابق ص١١٣ ، ١٣٤ .

(١) 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 استنادا 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 بالحاسبات لدي الشركة المستأنفة]

Paris4 jain 1981, Jur isdata .Wo23481,Expertises No 31 Jaillet 1981.plo.ets

(٢) د/ ميرفت عبد العال / عقد المشورة في مجال نظم المعلومات ، رسالة عين شمس ١٩٩٧ ص٦٦ وما بعدها د. جمال علي ، مرجع سابق ص٤٩ وما بعدها .

وبتطبيق 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 عدم الاستفادة من البرنامج، وهي أغلب الحالات التي ينتج عنها الاختلاف فيما بين الإطراف وذلك لدقة وتقنية المتعاقد عليه ودقة المواصفات المتعاقد عليها والتي لا تسمح قدرات أحد أطراف العقد بفهمها جيداً في أغلب الأحيان وذلك لأمور 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 انطلاقا من المفاوضات ما قبل العقدية والعقد الذي وقعه وعدم قدره البرنامج على تلبيه حاجته ومن ثم عدم تعاقده لو كان بعلم 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 مثلا لتخلفها التكنولوجي ويبقي الأمر منوطا 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 فان من وقع في مثل هذا الغلط يكون له الحق بالمطالبة بأبطال العقد أما في القانون المدني الأردني فحكم الغلط المعيب أن العقد يكون صحيحا ونافذ ولكنه غير لازم أي قابل للفسخ من قبل الطرف الذي وقع في غلط معيب[1]

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

ثانيا : 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

---

(١) م. ١٥٣ مدني أردني [للعاقد فسخ العقد إذا وقع منه غلط في أمر مرغوب كصفة في المحل أو ذات المتعاقد الآخر أو صفه فيه] .

وذو كفاءة عالية في إدارة نظام المعلومات " البرنامج " وتبين له فيما بعد عكس ذلك جاز لهذا المتعاقد المطالبة بأبطال العقد " فسخه" لوقوعه بالغلط شرط أن يكون الطرف الآخر " الخبير" على بينة بأن خبرته مرغوب فيها وجوهرية ودافعاً لمتعاقد الآخر للتعاقد معه[١] ويورد الفقه مثالاً 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 محترفه في تقديم هذه الخدمات للزبائن فإذا ثبت بعد التعاقد أن هذه الجهات لا تتوافر بها الخبرة والكفاءة فان ذلك يعتبر من قبيل الغلط في شخص المتعاقد الذي يتيح للعميل التمسك بأبطال العقد[٢] أو الحق أن فسخه حسب القانون الأردني ونضيف ما قلناه سابقاً من شرط أن تكون هذه الجهة على بينة أن صفتها هذه هي التي دفعت الزبون " العميل" إلى التعاقد معها .

ثالثا: 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 [٣]

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 دوما 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.

---

(١) في هذا المعنى د/ محمد حسام لطفي عقود خدمات المعلومات مرجع سابق ص٤٩-٥٥ .

(١) د/ حسن جميعي /مرجع سابق ص١٤٤ .

(٢) د/ شحاده غريب / برامج الحاسب الآلي والقانون – دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٣، ص١٩ وما بعدها ويمكن مراجعة د/ عادل أبو هشيمة / عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص مرجع سابق، ص٢٧ وما بعدها .

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 المقاولة وليس البيع وأي تصرف خارج نطاق الاستعمال يؤدي إلى المساس بحقوق (المنتج) المبرمج الأدبية والمالية [١]

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)
التغرير "التدليس" مع الغبن الفاحش

التغرير هو كل حيلة يستخدمها الشخص لإيهام الغير[٢] ، والتغرير كما يعرفه القانون هو أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية، قولية أو فعلية تحمله على الرضا ، بما لم يكن ليرضى به بغيرها [٣] ، فهو إيهام يصدر من أحد المتعاقدين في لحظة إبرام العقد أو في لحظة سابقة عليه ، يؤدي إلى وقوع المتعاقد الآخر في غلط ، يدفعه هذا الغلط إلى التعاقد [٤] ، ويتضح أن التغرير "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 [٥] .

---

(١) د/ عادل أبو هشيمة مرجع سابق ص٣٠ وكذلك يمكن الرجوع إلى د/ حسام لطيف مرجع سابق ، ص٢١٣ و د/ محمد حسين منصور مرجع سابق ص٢٣٩ وما بعدها.

(٢) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني فيما يتعلق بالتغرير مع الغبن ، ج١، المكتب الفني /٢٠٠٠ ص ١٤٦ .

(٣) م.١٤٣ مدني أردني ، تقابل المادة ١٢٥ مدني مصري والمادة ١٢٨ مشروع فلسطيني .

(١) د/ حسام الدين الأهواني ـ نظرية الإلتزام ـ ج١ ـ المصادر الإرادية ـ ط٣ ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ٢٠٠٠ ص٢٠٧ وكذلك يمكن مراجعة أستاذنا الدكتور/شرف الدين ـ نظرية الإلتزام مرجع سابق ص١٧٥ وما بعدها .

(٢) السنهوري – الوسيط ج١ مرجع سابق ص٤٢٠ ـ وكذلك يمكن مراجعة المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني مرجع سابق ص١٤٥ إلى ص١٤٨ ، وذهبت محكمة النقض المصرية أن التدليس يجب أن يكون وليد إجراءات احتيالية أو وسائل من شأنها التغرير بالعاقد بحيث يشوب إرادته ويفقده الحكم على الأمور حكماً سليماً ـ نقض مدني ١٩٦٤/٢/٢٠ ـ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٤٦ ص٢٦٣ .

هذا وقد بينت مبادئ العقود التجارية الدولية مفهوم التدليس في المادة ٨/٣ 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) [١] .

وفي هذا السياق يجب التميز بين التغرير "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[٢].

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 [٣] .

وبتطبيق هذه المفاهيم على عقود المعلوماتية يمكن أن نرى مثالاً 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[٤] ، وقد وسع القضاء الفرنسي من مفهوم التدليس مدعماً بالفقه بحيث

---

(٣) د/ هشام علي صادق / القانون الواجب على عقود التجارة الدولية منشأة المعارف، الاسكندرية ـ ١٩٩٥ ـ ص٥٤-٥٥ وقد ورد في كتاب أستاذنا الدكتور / شرف الدين السابق الإشارة إليه أيضاً ص١٧٥ .

(١) عدنان السرحان ونوري خاطر ، شرح القانون المدني الأردني مرجع سابق ص١٥١ وص١٢٢ وما بعدها .

(٢) المادة ١/١٢٥ من القانون المدني المصري لخصت ذلك بقولها (يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو أناب عنه ، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد) .

(٣) يمكن مراجعة المادة ١٤٠ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية / مصري / وكذلك يمكن مراجعة د/محمد حسام لطفي ـ الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي ـ دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٩٨٧ ص١٧٨ وما بعدها ـ د/خالد مصطفى فهمي ـ الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي في ضوء قانون حماية الملكية الفكرية ـ دار الجامع الجديدة للنشر ٢٠٠٥ – الاسكندرية ص٢٥ .

(١) مشار اليه لدى. د/نوري خاطر ـ مرجع سابق ص٢٢

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[١]. وللتوضيح أكثر نقول أنه مثلاً بالنسبة للعنصر الأول من عناصر التدليس "التغرير" وهو استخدام طرق إحتياليه 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 .

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 فيلبس بأي عمل في أعمال التدليس أو بأي حيلة تدليسية للحصول على قبول الشركة المستأنفة وإبرام العقد [٢] .

وفي هذا السياق لابد لنا من الحديث حول نقطة خلافيه في موضوع التدليس(التغرير) وهي علاقة الكذب به ومتى يعتبر الكذب

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

(١) مشار اليه لدى. د/حسن الجميعي المرجع السابق ص١٥٤ - 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 \ 5\ . CA paris OCT . B23 mai 1992 jurs datn n° 22943 مشار إليه عند الدكتور/نوري خاطر مرجع سابق. ص ٢٥وكذلك يمكن مراجعة د. شرف الدين - مرجع سابق ص١٧٨ - السنهوري \ الوسيط ص٢٢١ وأنور سلطان - مرجع سابق ص٨٨-٩٣.

تدليس ومتى لا يعتبر كذلك، لا يوجد نص قانوني صريحا يحدد والأصل أن مجرد الكذب لا يكفي لتحقق التدليس ، دون أن يتبين بوضوح أن من وقع عليه التدليس لم يكن يستطيع استجلاء الحقيقة بسبب هذا الكذب، فإن كان يستطيع فلا تدليس [١] . ولكن يجمع الفقه [٢] . 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 [٣] ، انطلاقا 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 مذيلاً بعبارة تقول ثورة في عالم الكمبيوتر طبعاً وكانت قيمة الجهاز والبرامج كبيرة . 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[٤].

أن مبادئ حسن النية والأخلاق يجب أن تمنع الكذب في التعامل وأن العقود بشكل عام يحكمها مبدأ حسن النية ، والتي لا تبرر الكذب

---

(١) يمكن مراجعة المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بشأن المواد ١٢٥و١٢٦ ـ مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص١٧٢ وشرف الدين مرجع سابق ص١٧٨ ـ السنهوري ،الوسيط ص٢٢١وأنور سلطان ـ مرجع سابق ص٨٨-٩٣ .

(٢) د/ إسماعيل غانم مرجع سابق ص٢١١ وما بعدها ـ د/السنهوري ـ مرجع سابق٢٢١ وحسام الأهواني ـ نظرية الإلتزام مرجع سابق ص٢٠٦ وما بعدها ـ أستاذنا د/شرف الدين ـ نظرية الإلتزام مرجع سابق ١٧٨ وما بعدها .

(٣) 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 التغرير أن يقع في غبن فاحش ـ يمكن الرجوع إلى نص المادة ١٤٨ مدني أردني والمواد ١٢٥و١٢٦ مدني مصري ، والمادة ١١١٦ مدني فرنسي والمادة ١٢٨ مشروع فلسطيني .

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

حكم أشار إليه د/حسن جميعي ـ عقود برامج الحاسب الآلي ـ مرجع سابق ص١٥٣ .

وتستهجنه في التعامل بين الأفراد ، ولكن هذا الكذب لا يمكن الاعتداد به إذا لم يشكل دافعاً جوهرياً للتعاقد ، فلا ينزل منزلة التغرير إذا بقى 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 لشئ يدعى أنه الأفضل ويكفي نظره واحده لإعلانات شركات الاتصال لكي يحتار 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، تخصه هو بعينه وتمت مفاوضات ما قبل عقديه .. الخ حتى نستطيع أن نقدح في صحة الإرادة واقترانها بعيب من عدمه ولذلك نقول أن المبالغة في المدح المرافق لعرض البضائع لا يؤثر في صحة الرضا [١] .

هذا بخصوص الكذب ولكن ما هو الحكم لو كان السكوت تدليساً الأصل كما يقول الفقه [٢] أن السكوت عن ذكر بيان معين لا يعتبر تدليساً ـ وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها (أن مجرد الكتمان لا يبلغ أن يكون تدليساً ما لم يقترن بحيلة غير مشروعة) [٣] وهذا كله ما لم يوجد إلتزام على المتعاقد بالإدلاء بالحقيقة . ومع هذا يكون السكوت تدليساً إذا ورد على واقعة أساسية وجوهرية كان يجب الإفصاح عنها بحكم القانون أو الإتفاق أو ظروف العقد وطبيعته[٤] وذهبت محكمة النقض الفرنسية أبعد من ذلك عندما اعتبرت أن إخفاء المعلومات يعد عيباً تدليساً حتى لو لم يتعلق بعنصر جوهري في العقد ،

---

(١) 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 Cass civ. 1ev 29-nov-1978no-78no77-13-55-Bull civ.1.p28 5 أ شار إليه د/نوري خاطر / مرجع سابق ص٢٥ .

(٢) أستاذنا د/شرف الدين ـ نظرية الإلتزام ـ مرجع سابق ص١٧٩ ـ السنهوري مرجع سابق ص٢٢٥ – ود.أنور سلطان مرجع سابق ٩٣-٩٥ .

(٣) نقض مدني ١٩٤٣/٢/٢٥-مجموعة عمر ٤-٢٩ رقم ٥٩ .

(١) تنص المادة ١٤٤ مدني أردني عن أنه (يعتبر السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة تغريراً إذا ثبت أن المغرور ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة) تقابل ١٢٥/ مدني مصري و١٢٩ مشروع فلسطيني ويخلوا القانون المدني الفرنسي من نص مماثل .

مادام أن المتعاقد الذي أخفى المعلومة قد استفاد من توهم المتعاقد الآخر دون أن يعمل عن إيهامه[١].

ويلاحظ 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 والإمكانيات 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[٢] .

ويفهم 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 تتلخص 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 كتمانه يسبب ضرراً للمتعاقد الآخر قامت عليه المسئولية وتعيبت إرادة الطرف الآخر بأن شابها تدليس يبيح له طلب إبطال أو فسخ العقد .

العنصر الثاني: أن يكون التدليس دافعاً إلى التعاقد :ـ 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

---

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

(١) د/حسن جميعي مرجع سابق ص١٦٦ د/خالد مصطفى فهمي مرجع سابق ص٣٣ ،د،محمد حسام لطفي ـ عقود خدمات المعلومات في القانونين المصري والفرنسي / مرجع سابق ص٨٥ وما بعدها .

[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 يرتب التعويض أيضاً طبقاً لأحكام القانون أو طبقاً لأحكام المسئولية العقدية [2] .

العنصر الثالث / اتصال المتعاقد بالتدليس :- نصت المادة ١٢٦ 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 موقف القانون المدني الفرنسي الذي استبعد التدليس الصادر من الغير من عيوب الإرادة متأثراً بالقانون الروماني الذي كان يعتبر التدليس جريمة [4] وفي حقيقة الأمر أن منطق 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

---

(١) د/ شرف الدين ـ مرجع سابق ص١٨٢ ـ نقض مدني ١٩٧٣/٣/١٣ ص٤٤ ص١٧٩٦ (استخلاص عناصر التدليس الذي يجيز إبطال العقد من وقائع الدعوى . هي من المسائل التي تستقله بها محكمة الموضوع دون رقابة من محكمة النقض) .

(٢) عدنان السرحان ، ونوري خاطر ـ مرجع سابق ص١٨٤ .

(٣) تقابل المادة ١٤٨ مدني أردني والمادة ١١١٣٠ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٤) د/السنهوري ـ مرجع سابق ص٢٥٠ وما بعدها ، د/شرف الدين ـ مرجع سابق ص١٨٦-١٨٧-د حسام الأهواني ـ مرجع ٢١٠ وما بعدها .

مسئولية المتبوع عن فعل التابع وذلك بنص المادة ١٢٥ مدني مصري (والتدليس الصادر من نائبه .....) .

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 [١] ويقصد بالغبن الفاحش مالا 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 بالتغرير 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 [٢] .

الفرع الثالث

ـ الإكـــــراه ـ

الإكراه يمكن أن يعرف بأنه استخدام وسائل ضغط غير مشروعه تحدث في نفس المتعاقد رهبه تدفعه إلى التعاقد[٣] ، والذي يجعل الإرادة معيبة في الإكراه ليس هو الوسيلة المستخدمة في الضغط الإرادة وإنما هى الرهبة الناتجة عن هذه الوسيلة التي تؤثر على إرادة ونفسية من وقعت عليه دافعه إياه إلى التعاقد . وباختصار هو إجبار للمتعاقد على التصرف دون رضاه التام ، فإن كان لهذه الرهبة أثر على قبول المتعاقد للعقد ، اعتبر التصرف معيباً ، اما دون ذلك فلا يعتد به باعتباره من عيوب الإرادة وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها (أن مفاد المادة١٢٧ مدني أن الإكراه المبطل للرضا لا يتحقق إلا بتهديد المتعاقد بخطر جسيم محدق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له بها أو التخلص منها ، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبه تحمله عن قبول ما لم يكن يقبله باختياره ، ويجب أن يكون الضغط الذي تولد

---

(١) المادة ١٤٥ مدني أردني (إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد) .

(٢) راجع المادة ١٤٦ ومذكراتها الإيضاحية في القانون المدني الأردني ويمكن مراجعة عدنان السرحان ونوري خاطر. المرجع السابق. ص ١٥٦ و ص ١٨٩ .

(٣) أستاذنا د/ شرف الدين ـ مرجع سابق. ص١٨٧ – وكذلك شرح المواد ٩٤٨-٩٤٩ من مجلة الأحكام العدلية\ علي حيدر مرجع سابق ـ والمذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني عن المواد ١٣٥و١٣١ والمادة ١٢٧ مدني مصري وهي تقابل المادة ١٣٢ مشروع فلسطيني .

عنه رهبه في نفس المتعاقد غير مستندا إلى حق وهو يكون كذلك إذا كان الهدف منه الوصول إلى شئ غير مستحق حتى ولو سلك في سبيل ذلك وسيلة غير مشروعة[١].

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 رهبه 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[٢] ونترك أحكامه وجسامته وشروطه وهل هو ملجأ أم غير ملجأ إلى كتب شروح 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 صيانته [٣].

فإذا زود المتعهد المستفيد بأجهزة ذات كفاءة عالية لا يوجد مثيلاً لها في الأسواق لأنها صنعت خصيصاً بناءً على طلبه ، فعندما رجع المستفيد اليه بهدف طلب خدمات معينه أو أجراء 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

---

(١) نقض مدني ٧٦/٣/٣١ . س٢٧ ص٨١٥ – مرجع سابق .

(١) م/٤١ مدني أردني .

(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 .

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 البرنامج يمكن للمتعهد تداركها[1] وهذا مما يجعل المستفيد في موقع أبعد ما يكون عن أمكانية 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 إكراهاً في هذا المجال.

وهذا سنتطرق إليه بشكل موسع عند حديثنا عن التعسف في الفصل الثالث في هذه الدراسة وخلاصة 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 المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان حتماً بإمكانه أن يعلم بهذا الإكراه[2] وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في هذا الشأن أي أن يكون المستفيد يعلم بالإكراه أو

---

(١) يمكن مراجعة د/حسن جميعي ـ مرجع سابق ص٢٤٥-٢٤٨ وكذلك المستشار فاروق الحفناوي / عقود البرمجيات ـ المرجع السابق وفي العقود النموذجية لبناء نظام وتركيبه وضمان 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 برام 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

(١) م/١٢٨ مصري ـ لم يرد نص مشابه في القانون المدني الأردني عن الإكراه الواقع من الغير/ والمادة ١٣٥ مشروع فلسطيني .

بإمكانيته حسب ظروف الحال وبكل بساطة أن يعلم بالتزام الطرف الآخر بالتعاقد للحصول على مصالح معينة ملحقاً ضرراً به جراء هذا التعاقد .

المطلب الثاني
اثر عيوب الإرادة على عقود إعداد البرامج

تنص المادة ١٢٤ من القانون المدني المصري على انه (ليس لمن وقع في غلط ان يتمسك به على وجه يتعارض مع حسن النية) [١] وكذلك تشدد المشرع المصري في إبطال العقد اذا شاب إرادة احد الأطراف أكراها معينا محاولا قدر الامكان إعمال العقد بدلا من إبطاله[٢] وهذا نفس نهجه في التدليس والاستغلال[٣]. 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[٤] .

اما في الاستغلال يمكن للطرف الذي وقع عليه الاستغلال المطالبة بأحد أمرين ،إبطال العقد او إنقاص التزاماته تبعا للغبن الذي وقع عليه[٥] . 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 منذ اكتشاف هذه العيوب او خمس عشر سنة من تاريخ العقد .[٦]

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 منزوحة 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

---

(١) تقابل المواد١٣٢مدني اردني و١٢٧ من مشروع القانون المدني الفلسطيني

(٢)المادة ١٢٨ مدني مصري

(٣) د.احمد شرف الدين مرجع سابق ص١٨٧ هامش (٢٦٧) منسوبا الى تيريه بند ٢٣٢ص٢٢٢

(٤) هو مايسمى بالقانون المدني الاردني بالغبن الفاحش .

(٥) المادة ٣/٢/١/١٢٩ مدني مصري /و١٥٠ مدني اردني وتقابل المادة ١/١٣٦ مشروع فلسطيني

(١) المادة ١/١٢٩، ١٤٠ /١ ، ١/١٤١ مدني مصري

نظرة ثاقبة ودراية تجنبه من الوقوع ضحية للآخرين[١]، لذلك وان كانت هذه العيوب من شانها ان تعطي الحق لمن وقع فيها بطلب إبطال العقد الا ان ذلك وفقا لشرائط كثيرة وكذلك فقد اجاز القانون الحق في إجازة العقد او تعديل الالتزامات بحيث تتعادل 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[٢]

اما في القانون المدني الأردني فالوضع مختلف ، فلم يتقيد المشرع الأردني بحكم واحد في حالة وقوع احد الأطراف المتعاقدة ضحية عيب من عيوب الاردة ،ففي نطاق عيب التغرير اذا اقترن بغبن فاحش وعيب الغلط اذا استوفى شروطه ، جعل حكم العقد المعيب بهذين العيبيين 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 [٣] مما يترتب عليه ان العقد لا يرتب اي اثر ما لم يجزه المكره بعد زوال الاكراة او ورثته ، اما اذا نقضه عد كان لم يكن ، على عكس ما هي الحالة عليه في التغرير مع الغبن الفاحش او الغلط الذي يعتبر به العقد صحيحا ونافذا لكنه غير لازم اي يجوز لمن وقع ضحية تغرير 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 نجدة 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 التغرير مع الغبن الفاحش وعلى الغلط كذلك ، اذ كيف يتصور في مجال عقود المعلوماتية

---

(٢) في هذا المعنى المادة ٥٢ من قانون التجارة المصري ويمكن مراجعة مذكراتها الايضاحية

(١) د- محمد حسين منصور ، مرجع سابق ص ٤٨

(٢) المواد ١٤٥ و١٤١ و١٥٣ مدني اردني وكذلك يمكن مراجعة المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني مرجع سابق ج١ ص١٥٠-١٦٠ و د، انور سلطان مصادر الالتزام ،ص١٦٥-١٨٠ ، كذلك يمكن مراجعة د، عدنان السرحان ود،نوري خاطر مرجع سابق ص ١٤٠ وما بعدها لغاية ص ١٧٢

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 الإعداد في الفرع الأول او نقض العقد كليا 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 او الغلط او الإكراه له ان يبطل العقد او يجيزه ويرفع عنه قابليته للإبطال او الفسخ .

وقد حدد المشرع الأردني شروط الإجازة في المادة ١٧٤ من القانون المدني (يشترط لصحة الإجازة قبول التصرف للإجازة وقت صدوره ووقت الإجازة ،ووجود من له الإجازة وطرفي العقد والمتصرف فيه وبدله ان كان عينا وقت الإجازة)[١] وهذا يعني قيام العقد موضوع الإجازة مع أطرافه وبقاء العين اذا كان عينا معينة وجود البدل .[٢]

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 معينا وبعد تركيبه على جهازه تبين له أن لا يتطابق مع المواصفات التي تم الاتفاق عليها في العقد ، فان اكتشف المستفيد ان هذه النظام 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[٣]. ونحن نرى ذلك ونعتقد ان

---

(١) لم يورد المشرع المصري نصا مشابها لكن المادة ١٣٩ مدني بينت الإجازة في انها تكون صريحة او ضمنية والفقرة الثانية من نفس المادة اعتبرت انها يجب ان تستند الى التاريخ الذي تم فيه العقد وان لا تؤثر على حقوق الغير .اما القانون المدني الفرنسي فاعطى الحق بالإجازة مشددا على الأهلية وعلم المتعاقد التام بالعيب ولم يذكر وجود المعقود عليه ،يمكن مراجعة المواد ١١٣٨و١١١٥ منه ، كذلك يمكن مراجعة د،محمد إسماعيل الغشيم ، اجازة التصرفات –دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري –رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة ١٩٩٥ ص١٩٦ وما بعدها .

(٢) د. السنهوري – مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج٤ مرجع سابق ص ٣٠٨

(٣) د. محمد الغشيم – مرجع سابق ص٢٠٠ ، وقضت محكمة النقض المصرية ان الإجازة ليست منشئة للحق بل هي إزالة للمانع الذي يمنع من نفاذ التصرف ، نقض ١٩٥٧/٢/٧ س٨ ص١٢٦

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 جدوى 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 ١٤٢(مدني مصري) تنص على (١- في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فان كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل...) ولا نتحدث هنا عن العقد الباطل بطلانا مطلقا فهو يعتبر كان لم يوجد[١] بل نتحدث عن العقد القابل للإبطال ، وحسب نص المادة ١٤٢ 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[٢] 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[٣] وجب الحكم بتعويض عادل ، وهذا لاياخذ حكم التنفيذ او التنفيذ الجزئي بل ياخذ حكم التعويض ،فان كان مثلا البرنامج مستأجر فلا ياخذ التعويض المحكوم به حكم بدل

---

(١) يمكن مراجعة د،احمد شرف الدين مرجع سابق ص٢٦٦ ومابعدها ود انور سلطان ،شرح عقدي البيع والمقايضة منشاة المعارف ،الاسكندرية ١٩٧٣ ص ١٤٠

(١) د. انور سلطان ،مصادر الالتزام ،مرجع سلبق ص١٧٩ ،١٨٠

(٢) السنهوري ،الوسيط ،ج١ مرجع سابق ص ٢٥٠ ود،سليمان مرقس ،الوافي ،مرجع سابق ص٢٣٢

الإيجار بل فقط هو تعويض عن المدة التي استخدم فيها هذا البرنامج [١] والتعويض لا يكون الا اذا كان الرد مستحيلا ،فان كان الرد ممكنا فلا يجوز العدول عنه الى غيره [٢].

اما في القانون المدني الأردني فالحكم مختلف بخصوص الإكراه لان 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 ببطلان او فسخ العقد[٣] 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 ن 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 .

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

---

(٣) راجع في هذا المعنى ،د محمد حسين منصور ،المسؤولية الالكترونية ،مرجع سابق ص٣٢-٥٠ .و د حسن جميعي مرجع سابق ص١٦١-١٧٦ .

(٤) هذا الحكم الذي جاء في القانون المني المصري هو عين ما ورد في مشروع القانون المدني الفلسطيني تحت بند (العقد القابل للابطال) في المادة ١٥٤منه .

(١) البطلان والفسخ في الفقه الغربي وتبعا 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 شرطا 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 .

عليه في هذه الحالة دفع قيمة هذا البرنامج ،وقت إبرام العقد وليس دفع الثمن المتفق عليه في العقد[١] .

اما اذا كان الهلاك او التلف بسبب أجنبي 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 بالنظر الى وقت إبرام العقد لا الى وقت أعادة الحال الى ما كانت عليه .[٢]

وهذا ينسجم مع معنى المادة ٢٤٨ من القانون المدني الأردني من ان فسخ العقد يعيد الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد والمادة ١٦٠ مدني مصري[٣].

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.[٤] ولهذا السبب فان المنفعة التي ترتبت في الماضي لا يمكن ردها من هنا جاء مبدأ 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 يرتب أثرا رجعيا ، لهذا دائما ما يلجا إلى إلزام المتعاقد بدفع تعويض عن المدة السابقة ، ويتم دفع التعويض على أساس اجر المثل.[٥] 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

---

(١) يمكن مراجعة المادة ٥٠٣ من القانون المدني الاردني والمادة ١٤٢ مدني مصري

(٢) يرى الفقيه (malaurie) انه اذا طالب البائع بالفرق يجب تحديد قيمة المبيع وقت التعاقد لا وقت اعادة الحال ..ورد رايه هذا في كتاب الدكتور عباس العبودي ، مرجع سلبق ص٢٧٦ .

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

(١) د. انور سلطان – مصادر الالتزام – مرجع سابق ص ١٨٠ ، ود السنهوري – الوسيط – مرجع سابق ص٢٦٠ ،واستاذنا د احمد شرف الدين مرجع سابق ص٢٦٨.

(٢) د . نوري خاطر – مرجع سابق – ص٤٣ .

العقد لا في انعقاده ، لذلك نرى ان نطبق عليه فكرة الانحلال التي تؤدي الى إنهاء العقد بالنسبة للمستقبل دون الرجوع الى الماضي[١].

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 . [٢]

لذلك فاول سؤال يطرحه القضاء على نفسه في منازعات هذه العقود هل الزمن عنصر جوهري في هذا العقد ام لا ؟. [٣] 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 . [٤]

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[٥] انه يصعب وضع

---

(٣) 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 ١٩٩٨ ص ١٠٥ .

(١) يمكن الرجوع الى المطلب السابق من هذه الدراسة .

(٢) د. حسن جميعي ، مرجع سابق ص١٠٠-١١٨ .و د. محمد منصور مرجع سابق .و،د. خالد مصطفى فهمي مرجع سابق ص١١-٢٠ .و د. عادل ابو هشيمة ،مرجع سابق ص٢٩ .

(١) CA. Paris . 5 ch. 20 Mars. 1985. juris data n 2122 اشار اليه د،عباس العبودي مرجع سابق ص ٨٥ .

(٢) د. محمد الغشيم مرجع سابق ص ٢٤٠ ومابعدها .د، ياسر الصيرفي مرجع سابق ص٢٠٠ وهو راي للفقيه Chestin اورده الدكتور نوري خاطر مرجع سابق ص٤٣ موردا توثيقه على النحو التالي :

وضع نظرية عامة لمبدأ اعادة 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 دائما اللجوء الى مبدأ التعويض اذا استحال اعادة 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 واما القيام بعمل ،كالتزام مقاول ببناء منزل ، وإما الامتناع عن عمل كالامتناع عن المنافسة غير المشروعة ، (١) وعلى ذلك فالمحل هو العملية القانونية التي أرادها طرفا العقد ، والتي يترتب عليها آثارا والتزامات تتجسد بالقيام بعمل او بالامتناع عنه او بأداء معين ، مع اشتراط ان يكون هذا المحل موجودا او ممكن الوجود ، ومعينا او قابلا للتعيين ، وطبعا في جميع الالتزامات لابد من ان يكون عين ما التزم به أي من الإطراف مشروعا.(٢)

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

(١) - د- احمد شرف الدين/ مرجع سابق .ص ٢٠٨ .د. أنور سلطان .مرجع سابق .ص ١٠٥

(٢) يمكن استظهار هذه الأحكام من المواد ١٣١-١٣٥ من القانون المدني المصري و١٥٧-١٦٣من القانون المدني الأردني و١٣٨-١٤٤من مشروع القانون المدني الفلسطيني هذا ويفرق الفقه مابين 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

ومحل التزام الإطراف في عقود الإعداد هو البرنامج والبدل ، لذلك فان ما يهمنا 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 (١) أولا والذي لا يعتبر البرنامج ذات قيمه يدونه اذ على ماذا وكيف سيعل البرنامج ؟ فالحاسب computer هو الملعب الذي يمكن البرنامج كلاعب من الأداء .

يعرف الحاسب بأنه (جهاز الكتروني 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

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 .

(١) - الحاسب الآلي computer كان في الماضي يتكون من عناصر كثيرة تشغل حيزا كبيرا .حيث كان أول جهاز كمبيوتر يزن ٣٠طن وتقوم على تشغيله ١٨،٠٠٠ لمبة وكان يحتاج لمبردات عملاقة ،وفي عام ١٩٥١ تم اختراع جهاز حاسب آلي يسمى univaci ،وتطورت أجهزة الحاسب وقامت شركة(IBM) بصناعة أجهزة بسيطة حتى وصلت الآن لصناعة أجهزة تعادل في حجمها كف اليد _لمزيد من التفصيل يمكن مراجعة د،محمد فهمي طلبة .الحاسبات الالكترونية حاضرها ومستقبلها _موسوعة دلتا كمبيوتر١ .مطابع المكتب المصري الحديث .القاهرة ١٩٩٢ص ٢٠-٣٥

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])
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:_

١- وحدة التشغيل الرئيسية Processing Unit وهي عقل الحاسب وتتكون من الذاكرة الرئيسية ووحدة التحكم ووحدة الحساب والمنطق وفي مجموعها تشكل وحدة المعالجة المركزية. ([4])

٢- 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 ([5]) طبعا وتضم كثيرا من أجهزة التحكم والضبط والتوابع مثل الشاشات والفارة (mouse) وإذا شئت الماسح أو الناسخ (scanner) ..الخ .

٣- وحدات التخزين storage devices واهم جزء فيها هو وحدة الأقراص الصلبة Hard disk وهو ما يطلق عليه المشتغلون بهذا المجال (الفنيين) القرص الثابت [6]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

---

(١) - CENTRAL PROCESSING UNIT

(٢) د.علاء الدين فهمي وآخرون ،الموسوعة الشاملة لمصطلحات الحاسب الالكتروني ،مطابع المكتب المصري الحديث ١٩٩١ حرف C ص١٠٨ .

(٣) - د. طاهر الشيخ ، مقدمة في الحاسب الآلي ، مركز الحاسب الآلي ،جامعة عين شمس ١٩٩١

([4]) د.محمد فهمي طلبة .مرجع سابق ،ص٣٥-٥٩ .و،د. عزة خليل مرجع سابق ص٢٢-٢٥ ويمكن مراجعة Wetherb James and Kickson Gary –management of information system McGraw-Hill New York,1984 – p 55

(٢) د. عزة خليل مرجع سابق ،ص ٢٣

(٣) د. علاء الدين فهمي وآخرون _دائرة معارف الحاسب الآلي موسوعة دلتا كمبيوتر- مرجع سابق ٣ ص٦٣.

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 المعلومات[2]. 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 لها [3] 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.[٤]، ويرى البعض ان البرنامج مصطلح يستخدم للدلالة على جميع المكونات غير المادية لنظام الحاسب الآلي ، وباختصار يعني ذلك كافة العناصر غير المادية اللازمة للتعامل مع الجهاز ومجموعة الوثائق والقواعد المتعلقة بتشغيله ليتعامل مع المعطيات الموجودة بهدف المعالجة الآلية للبيانات والمعلومات [5]

اما من الناحية القانونية أو التشريعية فقد عرف القرار الوزاري المصري رقم ٨٢لسنة ١٩٩٣ 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

---

(١) -تسمى Floppy Disk وحاليا يوجد قرص مضغوط يسمى CD والذي تساوي سعته ملايين المرات أكثر من ال Floppy. يمكن الرجوع إلى الموسوعات المشار اليها أعلاه كذلك يمكن الرجوع إلى – فان ولفرتون – تشغيل أنظمة الكمبيوتر – ترجمة مركز التعريب والبرمجة .الدار العربية للعلوم بيروت ١٩٩٥ص ٤٥ .

(٢) د. خالد مصطفى فهمي .الحماية القانونية لبرامج الحاسب الالي _دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ٢٠٠٥ .ص ٩ .

(٣)- في هذا المعنى يمكن مراجعة .د، حسام لطفي ،مرجع سابق ص٧ .و،د.محمد فؤاد غنيم وآخرون –أساسيات الحاسب الآلي ونظام التشغيل _ كلية العلوم جامعة طنطا ٢٠٠٤ ص ١١٦ .

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

(٢)– د . شحاتة غريب شلقامي ،الحق الأدبي لمؤلف برامج الحاسب الآلي ، دار النهضة العربية –القاهرة ٢٠٠٤. ص١٨.

لنتيجة ،سواء أكانت هذه التعليمات في شكلها الأصلي أو في أي شكل آخر تتحول إليه بواسطة الحاسب .[١]

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 [٢] .

وقد عرف القرار الوزاري الفرنسي الصادر في ١٩٨١/١٢/٢٢ برامج الحاسب الآلي بأنها مجموعة من الخطوات والإجراءات التي تهدف إلى تشغيل نظام متكامل لأنظمة معالجة المعلومات وتوظيفها وفقا للغرض الذي تم من اجله وضع نظام هذا البرنامج [٣]

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[٤].

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

---

(٣) قرار وزير الثقافة المصري منشور في الوقائع المصرية عدد١٠٤مايو١٩٩٣.ومما يذكر هنا ان المشرع المصر قد نأى بنفسه عن تعريف برنامج الحاسب الآلي في القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية بحيث انه في المادة ١٤٠ منه قد منحه الحماية تحت بند حقوق المؤلف دون ان يضع تعريف له .منشور في الجريدة الرسمية عدد٢٢مكرر ٢٠٠٢/٦/٢ هذا وقد عرفه القانون الإماراتي بشان المعاملات والتجارة الالكترونية رقم ٢لسنة ٢٠٠٢ بأنه مجموعة بيانات= =اوتعليمات تستعمل بطريق مباشرة أو غير مباشرة في نظام معالجة معلومات الكتروني لغرض إيجاد أو الوصول لنتائج محددة .

(١) - موقع المنظمة العالمية للملكية الفكرية على الانترنت www.wipo تحت بند اقتراح بشان اتفاقية دولية لحماية برامج الحاسب الآلي protection of software- wipo .1994 ص ١٣

(٢) د.خالد مصطفى فهمي .مرجع سابق ص ١٣ .

(٣)- Binary Code أو الشيفرة الثنائية لغة يتم بها تمثيل الحروف بأرقام ،هذه الأرقام تأخذ إحدى قيمتين ١اوصفر 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 ٣
مطابع المكتب المصري الحديث / القاهرة ١٩٩٢ ص ١٨٨.

لقيام هذا العقد وجود المحل وتعينه وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نبحث في الأول وجود المحل وفي الثاني تعينه.

المطلب الأول

وجود البرنامج

لم يتطرق المشرع المصري لا في قوانين حقوق المؤلف ولا في القانون المدني لهذا المحل ،وكذلك فعل المشرع الأردني (١) لذلك فان أول الشروط التي تستشف من التشريعات المدنية في النظرية العمة هي إمكانية توافر (تواجد) المحل (البرنامج) وعد اعتباره من الأمور المستحيلة والا كان العقد باطلا.(٢) 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 اخراجة إلى الواقع التطبيقي و العملي(٣).
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 اوشخص 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 مستحيلا 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 كبيرة لبلورته وعمله

---

(١) - ولم يرد أي ذكر له في مشروع القانون المني الفلسطيني أو المشاريع و القوانين ذات الشأن .

(٢) -المادة ١٣٢من القانون المدني المصري (إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته وقت التعاقد كان العقد باطلا) تقابل المادة ١٥٩ مدني أردني والمادة ١٤١ من المشروع الفلسطيني.

(١) د. سليمان مرقص، نظرية العقد ،مرجع سابق ص ٢٥٣ . والمذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ج١ مرجع سابق ص١٦٢

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 إعداده ، 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 دعامة 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

أولا / برامج التشغيل : System program/ software([3]) 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 ([4]) وذلك مثل برامج التشغيل Windows التي تصدرها شركة Microsoft أو برامج التشغيل

---

(٢) في نفس هذا المعنى .د ، خالد حمدي عبد الرحمن ،الحماية القانونية للكيانات المنطقية،رسالة دكتوراة جامعة عين شمس ١٩٩٤ ص٣٥٠ وما بعدها

(١). د، حسن جميعي ،مرجع سابق ص١٤ وما بعدها .د، خالد حمدي عبد الرحمن ،مرجع سابق ص١٠٤

و.د، السيد عمران محمد عمران –مرجع سابق ص٥٠ وما بعدها .

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

(١) د، خالد مصطفى فهمي ،مرجع سابق ص٢١ ، د.عزة خليل، مرجع سابق ص٣٣. د، علاء الدين فهمي وآخرون _عالم الجداول الالكترونية _ موسوعة دلتا كمبيوتر ٤ ، مطابع المكتب المصري الحديث ١٩٩٢ ، ص٢٦. د، هاني كمال مهدي وآخرون ،المرجع الشامل لنظام تشغيل Dos، موسوعة دلتا كمبيوتر ٣ ، مرجع سابق ص٩-١٥ .

Machintosh التي تنتجها شركة Appleالبريطانية. (١)
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 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 (٢) ،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 (٣) 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 البرامج بإمكانيات الحاسب ، وبالذات إمكانيات

---

(٢) 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 ٢٠٠٠ص ٤١٤ .
(١) د. حسن جميعي ، مرجع سابق ص ١٨ . و.د، محمد احمد فكيرين ، أساسيات الحاسب الآلي _دار الراتب الجامعية ، بيروت ١٩٩٣ .ص ١٤٥ .

(٢ الأستاذ ، فليب لوتورنو ، Ph..Letourneau. Tresbreves observation .Jcp.1982.1.3078
أشار إليه ،د ، حسن جميعي مرجع سابق ص ٣١ .

برامج التشغيل وإمكانيات المستخدم الذي يعمل عليها ويزودها بالبيانات والمعلومات .([1]) وتقسم برامج التطبيق إلى نوعين أيضا وهما :_

١ - 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 ان 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.

٢ - 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 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

---

(١)- د. محمد حسام لطفي ، مرجع سابق ص ١٧-٢١، وموسوعة دلتا كمبيوتر ٣،مرجع سابق ص٢٠-٢٥

وموسوعة دلتا كمبيوتر٤، مرجع سابق ص ٣٠ .

(٢)- يمكن مراجعة نفس المراجع المشار إليها أعلاه وبنفس ترتيب الصفحات المشار إليها أيضا .

(١)- د . حسن جميعي مرجع سابق ص٢٠ ، د، عزة خليل ، مرجع سابق ص٣٣. د، خالد مصطفى فهمي .مرجع سابق ص ٢٢.

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 بامكانها 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 من الحماية القانونية ، سواء كانت برامج تشغيل تهدف إلى تنظيم التشغيل السليم للنظام ألمعلوماتي ،أم كانت برامج تطبيق بنوعيها نمطية أو خاصة ، فكلها تخضع لنفس مفهوم البرنامج وطرق حمايته في القوانين ذات الشأن . ([2])
فنجد ان المشرع الفرنسي في تعريفه لبرامج الحاسب الآلي في قانون (٣يوليو لسنة ١٩٨٥) بشان تعديل القانون رقم ١١لسنة ١٩٥٧الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية قد عرف برامج الحسب الآلي (بانها كافة العناصر غير المادية اللازمة
للتعامل مع الجهاز،أي مجموع البرامج والمناهج والقواعد والوثائق المتعلقة بتشغيل مجموع يتعامل مع المعطيات). ([3]) 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 والاجهزة نلاحظ ان برامج التشغيل للاجهزة متعددة في وقتنا الحاضر ،ويمكن لاي مستخدم الاستعانة باي

---

(١) - في هذا المعنى .د، شحاتة غريب ،مرجع سابق ص٢٢-٤٠ و،د. جمال عبد الرحمن محمد علي –الخطأ في مجال المعلوماتية – ط٢ مطبعة كلية العلوم جامعة القاهرة/ بني سويف ٢٠٠٢، ص ٦٥ وما بعدها

(٢) - تنص المادة ١٤٠ من القانون المصري رقم ٨٢لسنة ٢٠٠٢ الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية على (تتمتع بحماية هذا القانون حقوق المؤلفين على مصنفاتهم الأدبية والفنية وبوجه خاص المصنفات الآتية ....،،٢- برامج الحاسب الآلي ...) وهذا يؤكد ان القوانين ذات الشأن لم تفرق بين نوعي البرامج كمحل للعقد .

(٣)- وهذا ما عاد وأكد عليه المشرع الفرنسي في تعديله لهذا القانون في المادة الثالثة من قانون ١٠ مايو لسنة١٩٩٤ ،والذي قرر فيه حماية البرامج بقانون حق المؤلف دون أن يفرق بين أنواع البرامج ، يمكن مراجعة د، خالد حمدي عبد الرحمن –مرجع سابق، ص ٢٥٦ .

برنامج يختاره ، طالما كان متوافقا مع التجهيز الفني للجهاز . ([1]) ويؤكد ذلك التطور الحالي والحاصل في انتاج الاجهزة والبرامج ، والذي قاد بالفعل إلى الفصل بين الأجهزة والبرامج الأساسية اللازمة لتشغيلها ، فما بالك بالبرامج النمطية الخاصة ، أو التي يتم تصميمها بناء على طلب المستفيد ، ويستشهد الخبراء في هذا المجال بان برامج Windows وهي اللازمة لتشغيل اجهزة IBM فقد أصبح البائع الان لا يستطيع إلزام المشتري بشرائها مع الجهاز ، فمن الممكن ان يشتري المستخدم أو المستفيد الجهاز ويضع عليه أي نسخة قديمة من برامج ويندوز أو حتى يقوم بتشغيله عبر استخدام برامج dos. ([2])

وعلى جانب آخر فقد أكد القضاء أن القانون لا يفرق بين أنواع البرامج التي تصلح محلا 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 (انه بالرغم من التكنولوجيا التي تسمح بالوقت الحالي بإدخال برامج الحاسب الآلي في ذاكرة جهاز الحاسب إلا أن هذا لايؤدي 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) . ([3])

كل ذلك مما يؤكد أن البرنامج هو البرنامج في نظر التشريعات الحديثة والقضاء على حد سواء مهما كان الغرض من إنشاءه ،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 .

---

(١) المستشار،د ،فاروق الحفناوي ، موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات . ج١ مرجع سابق ص ٣١٥

(٢) د، حسن جميعي ، مرجع سابق ،ص ٢٨ .

(1) T.GI.Paris.21.spt.1983.D.1984.Jur.p77.not.C.H.L.e.stanc .D.1985.IR.Obs.j.Huet. .JCP.1984.II.2029.note J.M.Wagre مشار حكم اليه عند ،د، محمد حسام لطفي _الملكية الفكرية وبرامج الحاسبات ، مرجع سابق ص ١٠١ Stephen. وعند ،د حسن جميعي ، مرجع سابق ص ٢٨ . وكذلك يمكن مراجعة : Fishman ,Legal Guide to Web & Software Development ,P.R.p173 .

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 ١٣١ من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى على انه (يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا) ([١]) ، والتعيين هنا يعني بيان مضمون المعقود عليه ، ويكون ذلك بالإشارة المفصلة إلى المحل أو بتحديد أوصافه بما تنتفي معه الجهالة الفاحشة ، في حالة ما إذا كان غير موجود . ([٢])

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 الالي فقد اختلف الفقه وتنازعه الكثير من الأفكار بشان تعيين أنواع العقود التي يمكن أن يتم تداول هذه البرامج من خلالها وتحديد طبيعتها القانونية . ([٣])

وفي محاولة الإجابة على هذا السؤال نقول ان قيام المنتج بوضع برنامجه تحت تصرف المستفيد لا يخرج عن التكيفات القانونية المعروفة في القانون المدني

---

(١)- تقابلها المادة ١/١٦٠ من القانون المدني الأردني وتطابق المادة ١/١٤٣ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٢) - يمكن مراجعة المادة ١٣٣.مدني مصري ، والمادة ١٦١،مدني أردني وهما يقابلان المادة ١٣٩مشروع مدني فلسطيني .

(١)- يرى جانب من الفقه ان هذه تشكل عقود بيع واتجه جانب آخر إلى اعتبارها عقود مقاولة وجانب آخر اعتبرها عقود ترخيص بالاستعمال وجانب رابع اعتبرها عقود إيجار ..الخ وطبعا 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 ص٤٥-٩٠ .و،د،حسن جميعي .مرجع سابق ص ٢٠ وما بعدها.و،د. السيد محمد عمران.الطبيعة القانونية لعقود المعلومات.مرجع سابق ص٥٥ وما بعدها .

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 واعده قد طرحه للبيع ، وسواء تم ذلك بواسطته نفسه ، أم قام بالبيع موزع يعمل لحسابه ، والأمثلة على هذه العملية كثيرة في الأسواق ، وذلك مثل برامج الWord سواء لمعالجة الكتابة أم للترجمة أم للإحصائيات (١)

وقد يكون التصرف مقاولة (٢) وهي برامج تصنع خصيصا ويتم تفصيلها لمستفيد معين تخدم نشاطا خاصا به فقط . كان يتم الطلب من منتج معيين ببناء برنامج يخدم منشأة سياحية بعينها ، أو شركة بترول 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 (٣) ،أثارت الكثير من الخلاف فيما يتعلق بمدى صلاحيتها لتكون محلا لعقد المقاولة . (٤)

إلا أننا نستطيع أن نقرر أن الفقه والقضاء يكادان يجمعان على صلاحية البرامج لتكون محلا لعقد مقاولة، من منطلق أن عقد المقاولة يرد على عمل أو على صنع شيء، والبرنامج هو العمل الذهني للمبرمج (المؤلف) وهو بذلك عمل (٥)، ولكنه عمل ذو طبيعة معنوية (٦)

---

(٢) - موسوعة دلتا كمبيوتر ٢، مرجع سابق ص ٤٢١ .

(١) - يطلق العاملون في مجال الحاسوب عليها مصطلح Tailored softwareأي برامج التفصيل. يمكن مراجعة فاروق الحفناوي، عقود البرمجيات، مرجع سابق ج٢ ص٣١٥.

(٢) - يمكن الرجوع إلى المادة ١٤٠ من القانون المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية، منشور بالجريدة الرسمية عدد٢٢مكررفي٢٠٠٢/٢/٢.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 ١٩٨٩/١/٥ ،وقد صدر تعديلا له يؤكد هذه الحماية في مايو ١٩٩٤ .وكذلك يمكن الرجوع إلى المواد من ٢-١٢ من قانون حماية حق المؤلف الأردني رقم ٢٢لسنة ١٩٩٢،منشور بالجريدة الرسمية عدد٣٨٢١بتاريخ ١٩٩٢/٥/١٦ .حيث أكدت وأجمعت كل هذه القوانين أن المؤلف (المصنف) أداء معنويا خاضعا للحماية بموجب قوانين حقوق المؤلفين على مؤلفاتهم ومصنفاتهم...الخ .

(٣)- د.حسن جميعي – مرجع سابق. ص ٨٥-١٠٦

(١)- د. السيد محمد عمران –الطبيعة القانونية لعقود المعلومات – مرجع سابق،ص ٥٥ وما بعدها . د.شحاتة شلقامي- برامج الحاسب والقانون – مرجع سابق،ص ٦٥ وما بعدها .

(٢) - من هنا جاءت تسميته كيان منطقي .

وحتى يخرج هذا الكيان إلى الوجود فهو يحتاج من المنتج إلى عمل ذهني شاق ،لابد 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 مقاولة ،أي تكون هذه العملية جميعها هي عين المقاولة . (١) وان الاختلاف هنا فقط يتلخص في كون المحل لهذه المقاولة 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 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 المقاولة. (٢)

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 ١٩٩١/١١/٩ ،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

---

(٣)- انظر المادة ٦٤٦من القانون المدني المصري والمواد ٧٨٠و٧٨١من القانون المدني الأردني والمواد ٨٠٠و٨٠٢ من مشروع القانون المدني الفلسطيني. ويمكن مراجعة كل من.د، محمد لبيب شنب – شرح أحكام المقاولة – دار النهضة العربية. القاهرة ١٩٦٢.و.د، فاروق الاباصيري- عقد الاشتراك في قواعد المعلومات -دراسة تطبيقية لعقود التجارة الالكترونية – دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠٢،ص ٢٢

(١)- د،حسن جميعي _مرجع سابق ص ٨٦-١٠٦ .و.د،حسام لطفي –عقود خدمات المعلومات –مرجع سابق ص١٦٣. و،د،ميرفت عبد العال-عقد المشورة في مجال نظم المعلومات –مرجع سابق ص١١٣،د،عادل ابوهشيمة –عقود خدمات المعلومات –مرجع سابق ص ٣٠ .

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 واستئثاريا ، وانتهت المحكمة إلى اعتبار نقل بعض السلطات ، بهدف الاستعمال أو إعادة النسخ ،في بعض الأحيان ، يعد صورة من صور عقد الإيجار ،يمكن وصفه بأنه عقد إيجار أشياء معنوية ،وعرفته بأنه عقد ترخيص بالاستعمال. (١)

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،(٢) حتى لو تضمنت سماحا من قبل المؤلف أو المنتج ببعض أشكال الاستعمال كعمل نسخة إضافية يمكن أن يلجا 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،ولايمكن الاستناد إليها باعتبارها جوهرا يتم تكييف العقد على أساسها ، وإنما فقط هي توابع للمحل الرئيس للتصرف ،وهو تأجير البرامج باعتبارها من الأموال المعنوية. (٣)

ولذلك نلاحظ انه من الناحية العملية والتي تساعد في فهم طبيعة العقد وبالتالي محاولة تعين 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 نوعين ،النوع الأول هي تلك البرامج التي يقوم بإعدادها خبير البرمجة (المنتج) خصيصا لمستفيد معين بناء على اتفاق وعقد مع هذا المستفيد

---

(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 ،٢٠٠٢ ،ص ١٢٣ .

(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

(١) قضت محكمة استئناف مونبليه 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 .

Montpellier.2Juillet.1991.JCP.1992edE.1 ,141 ,n ,9

أشار إليه ، د، حسن جميعي،مرجع سابق ،ص ٧٩.

،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 (١)

ولان صناعة البرامج هي قضية حديثة نسبيا ، وكون البرنامج اصلا كيانا منطقيا (معنويا) غير ملموس ،فانه يصعب في بعض الاحيان تعين المحل وتحديده،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 وذلك للجهالة في تعين المحل . (٢) 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 احد 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 يقم بالتحميل أساسا لان النظام لم يتلاءم مع

---

(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 htt/www.Low. technology .org . وكذلك يمكن الرجوع إلى.د. السيد محمد عمران،مرجع سابق ،ص٥٥ ،وبرنارد أ . جالر. مرجع سابق ص ٣٧-٥٧ .

(١) - يورد الباحثان Rays manو 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 ١٩٩٦ ان ٣٠% 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 وألغاها .

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

Allen T. Widdison R .Can computer make contracts . و يمكن مراجعة .Harvard Journal

of Law & Technology,Vol, 9-No.1 p26 .1996. ..

البرنامج ، قضت بان لا وجود لعقد بين الطرفين ،ويجوز للمستخدم إعادة البرنامج واستعادة ما دفعه . (١)

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

عرف الفقه الثمن بأنه المقابل الذي يحصل عليه المورد أو المنتج بدلا (ثمنا) للتكنولوجيا (البرنامج) التي يحصل عليها المستخدم. (٢) 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 يؤرق 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 ،فان 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 . (٣)

أما إذا تم تكييف هذا العقد على انه عقد من عقود المقاولة ،فان عدم تحديد الثمن لا يؤدي إلى بطلان العقد ، اذ انه يمكن تحديد هذا الثمن في وقت لاحق على تمام العقد ويمكن ذلك أيضا تحت رقابة القاضي . (٤)

---

(1) Operative Resources .Inc.V. Dynasty .Inc.1999.
حكم مشار إليه في Computer Law Association Bulletin. Vol . 14 no (3) 1999.p 102

(١) - د. يوسف عبد الهادي خليل الاكيابي – النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا – منشاة المعارف الإسكندرية ،١٩٨٩ ص١٩٨ . د، حسام محمد عيسى –نقل التكنولوجيا- دراسة قي الآليات القانونية للتبعية الدولية –دار المستقبل العربي ١٩٨٨ ص٦١ .

(١) - المادة ٤٧٩ من القانون المدني الأردني (يشترط أن يكون الثمن المسمى حين البيع معلوما ويكون معلوما ١-بمشاهدته والإشارة إليه ٢- ببيان مقداره وجنسه ووصفه إن لم يكن حاضرا ٣- بان يتفق المتبايعان على أسس صالحة لتحديد الثمن بصورة تنتفي معها الجهالة حين التنفيذ .) وهي تقابل المواد ١٥٨٣ و١٥٩١ من القانون المدني الفرنسي ، وفي نفس المعنى ولكن بأقل تشددا المادة ٤٨٦ من مشروع القانون المدني الفلسطيني المنقولة حرفيا عن المواد ٤٢٣و٤٢٤ من القانون المدني المصري

(٢) - تنص المادة ٦٥٩ من القانون المني المصري (اذا لم يحدد الاجر سلفا وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول .) تقابل المادة ٧٩٦ مدني اردني والمادة ٨١٨ من المشروع الفلسطيني . ونلاحظ هنا كيف اختلفت تسمية البدل من الثمن في عقد البيع إلى الاجر في عقد المقاولة .

ولأننا لا نريد أن نخوض في هذه الإشكالية التي سبق الحديث حول تعقيداتها من اختلاف الفقه حولها ، ونقصد هنا تكييف هذه العقود ، ولان اغلب الفقه المصري
والفرنسي قد تبنى وذهب مع الاتجاه القائل بتكييف هذه العقود بأنها من عقود المقاولة . (١) والذي تأكد لهم من نص المادة ٦٤٦ من التقنين المدني المدني المصري بان (المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء اجر يتعهد به المتعاقد الآخر.) والمادة ٦٤٧ من نفس القانون بأنه(١- يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على ان يقدم رب العمل المادة ...٢-كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا) (٢)
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) (المقاول) 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 واستغلالها للوفاء بوظائفه ، وهذا كله ما رجح كفة عقد المقاولة لدى الفقهاء عند تصنيف وتكييف هذا العقد .
وبالتالي وايا كان ، فان هذا عقد يقوم بمقتضاه مؤلف البرنامج أو صاحب حق الاستغلال لهذا البرنامج بتمكين شخص آخر من الغير من استعمال البرنامج نظير مقابل نقدي (٣) 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 تعينه خصوصا وان المذكرة الإيضاحية للمادة ٨٢ 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

---

(١) - د. حسن جميعي ، مرجع سابق ص ٢٢. د، خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق .ص ٥٥ومابعدها. د، فاروق الحفناوي، مرجع سابق ص٣٣ وما بعدها.
(٢) - تقابل المواد ٧٨١ مدني أردني و ٨٠٢ مشروع فلسطيني.
(١) - 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 مبادلته 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 .

في الموعد والمكان المتفق عليه ، معتبرة أن هذا المقابل ركنا من أركان العقد . (١)

(٢)- مجلة المحاماة- ملحق التشريعات، ٦/ ١٩٩٩ص ٣٨٩. وخيرا فعل المشرع المصري في قوله المقابل ولم يحصره في المقابل النقدي في هذه المادة. وفي هذا المعنى تنص المادة ٦٥٦ من القانون المدني المصري (يستحق دفع الأجر عند تسلم العمل، إلا إذا اقتضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك) تقابل المادة ٧٣٩ مدني أردني والمادة ٥٣٤ 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 فان الفقه يكاد يجمع أن هذه العقود تنطوي تحت مسمى عقود المقاولة ، إلا أن أحكام الثمن هذه وردت في القوانين المدنية في باب عقود البيع لذلك سنستظهر شروط الثمن وأحكامه وأسسه 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 ٤٧٩ من القانون الأردني على انه (يشترط أن يكون الثمن المسمى عند البيع معلوما ويكون معلوما ١- بمشاهدته والإشارة إليه إن كان حاضرا ٢- ببيان مقداره وجنسه ووصفه إن لم يكن حاضرا ٣- بان يتفق المتبايعان على أسس صالحة لتحديد الثمن بصورة تنتفي بها الجهالة حين التنفيذ) (١)

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 ، فان كان غير محدد أو كان تحديده غير واضح ، ولم يكن هناك إمكانية لمعرفة ما قصده المتعاقدان بخصوص كيفية التحديد فلا مجال إلا الحكم بالبطلان وذلك لعدم تعيين الثمن .

أما إذا كان الثمن قابلا للتعيين، فلا يحكم بالبطلان تبعا لنصوص المواد السابقة،فان لم يكن كذلك فان القانون لا يتدخل ليحل محل إرادة الأطراف في تحديد الثمن ، فيجب على القضاء إذا ما أحيل إليه النزاع الحكم ببطلان العقد . (٢)

وإذا كانت عقود المعلوماتية بحسب الراجح في القه القانوني تعتبر عقدا من عقود المقاولة، فان الأجر (الثمن) لا تختلف أوصافه وشروطه عنه في عقود البيع من حيث تعيينه أو قابليته للتعيين وعليه فان التزام المتعهد

---

(١)- تقابل المواد ١٥٨٣و١٥٩١ من القانون المدني الفرنسي وقد قلنا كان المشرع الأردني أفصح في تحديده لشروط الثمن لان المشرع المصري تحدث في نفس هذا المعنى ولكن بصياغة اقل وضوحا في راينا حيث نصت المادة ٤٢٣ على (١- يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد ٢- 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 ٤٨٦ من المشروع.

(١)- د.جمال عبد الرحمن محمد علي ، الخطأ في مجال المعلوماتية ، مرجع سابق ص ٣٧-٣٨

(المقاول في عقود الإعداد) هو أداء معلوماتي وذلك تبعا للأحكام العامة في عقد المقاولة والتي وردت في المواد ٦٤٦الى ٦٦٠ من القانون المدني المصري (١) حيث تنطبق على جميع المقاولات (بغض النظر عن طبيعة العمل)، فهي تتلخص في تعهد المتعهد (المبرمج)بان يقوم بعمل لمصلحة المستفيد لقاء اجر محدد ، وما يهمنا هنا هو الأجر المحدد ، فان كان هذا الأجر غير محدد سلفا عندئذ يجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل والى نفقات المقاول (٢)، ونخشى هنا من إقحام العرف أو سعر السوق في التطبيق على عقود المعلوماتية لان هذين المفهومين فضفاضين في هذه العقود إلى درجة كبيرة .

وخلاصة القول في هذا المجال وايا كان تصنيف عقد الإعداد، بيعا أم إيجارا أم مقاولة، فانه يمكن تحديد الثمن أو بدل الإيجار أو الأجر عند تنفيذ العقد، حيث يجوز تثبيت الثمن بعد الانعقاد أي سحب ما ورد في أحكام عقد المقاولة في المادة

٦٥٩ بجواز الرجوع في تحديد الأجر إلى قيمة العمل ونفقات المقاول ، أي تطبيق ذلك على عقود المعلوماتية ،وان كان بيعا وتم الاتفاق على أسس لتعيين الثمن ستتم بعد الانعقاد فلا ضير في ذلك كان يتم الاتفاق على ثمن المعلومة أو الخدمة انطلاقا من وحدة قياس معينة ، أو كان إيجار 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 . (٣)

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 ام 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 (٤) . وقد جرت العادة في مجال عقود الإعداد على اعتماد طريقتين رئيستين لتحديد وتعيين الثمن أو الأجر بحيث تحققان شروط ومتطلبات القانون وهما :-

---

(٢)- تقابل المواد ٧٨٠ولغاية ٧٩١ مدني أردني و المواد ٨٠٠ولغاية ٨١١ مشروع فلسطيني

(١) انظر المادة ٦٥٩ من القانون المدني المصري.

(٢) د. جمال عبد الرحمن علي – المرجع السابق – ص ٣٨-٤٢ .

(١) د. محمد حسام لطفي – عقود خدمات المعلومات – مرجع سابق .ص١٤٩-١٥٣.

الطريقة الأولى :_ أن يتم تحديد قيمة العمل على أساس سعر إجمالي ثابت للأعمال موضوع الاتفاقية ، وتسمى بالإنجليزية Fixed price[1] وتتلخص بدفع جزء من القيمة عند التعاقد مثلا ،وجزء آخر عند قبول وثيقة تحديد المواصفات ،وجزء عند الانتهاء من عرض النماذج proto Types والموافقة على هذه النماذج ، وجزء عند قبول البرامج والتدريب عليها وتشغيلها، والجزء الأخير عند انتهاء فترة الضمان التي تلازم هذه العقود دائما . (٢)

الطريقة الثانية:_ وتعرف باسم Time and Material وفي هذه الطريقة لا يتم تحديد ثمن ثابت أو اجر ثابت للأعمال والبرامج وإنما يتم حساب هذا البدل 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(٣)

وبذلك تكون شروط الثمن في هاتين الطريقتين المعمول بهما عالميا ، قد تحققت من حيث تعيينه ، أو قابليته للتعيين ، ويتبقى لنا أن نعرف اسس وكيفية تعيين وتحديد هذا المقابل في عقود الإعداد ، وهذا ما سنبحثه في المطلب التالي من هذا المبحث .

المطلب الثاني

أسس تعيين المقابل " في عقود الإعداد "

---

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

(٣) د. فاروق الحفناوي – عقود البرمجيات – ج١.مرجع سابق ص٢٤٣ ، 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 ٩١ وما بعدها .

(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 اغلب العقود النموذجية بخصوص تطوير وإعداد البرامج بموجب طريقة الوقت والجهد . يمكن مراجعة :

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

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[١] ولان حديثنا في هذا المطلب عن أسس تعيين هذا المقابل سوف نترك الالتزام بدفعه وآثار ذلك الى الباب الثاني من هذه الدراسة وسيقتصر بحثنا في هذا المطلب في أسس تعيينه وطرق تحديده .

اذا تم تعين 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 يتوجب على المستفيد دفعه طالما ان المبلغ محدد مسبقاً وجزافياً وعن كل الالتزامات[٢] دفعة واحدة [٣].

وان تحديده بهذه الطريقة يلزم طرفي العقد بعدم المساس به وهذا أعمالا لنص المادة ٦٥٨ من القانون المدني المصري حيث نصت في فقرتها الأولى على (إذا ابرم 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 ... [٤]).

على أن تطبيق هذه القاعدة على عقود الإعداد يمكن ان يكون على حساب المستفيد بحيث يقوم المقاول " المنتج" بالعمل بوساطة مواد خام ذات تكلفة

---

(١) . د/ يوسف الاكيابي – مرجع سابق – ص ١٩٨ . د/ عبد الفتاح مراد . شرح العقود التجارية . ط١ . دار النهضة العربية – العربية ٢٠٠٠ ص ٩٤ وما بعدها . د/ حسام محمد عيسى . مرجع سابق ص ١٠٩ .

(٢) يطلق الانجليز على هذه الطريقة Bespoke software ويطلق الأمريكان عليها Custom software لمزيد من التفاصيل راجع د/ حسام لطفي عقود خدمات المعلومات – مرجع سابق – ١٤٩ وما بعدها . د/ ميرفت عبد العال – مرجع سابق- ص ٢٥١ وما بعدها و د/ عادل ابو هشيمة – مرجع سابق ص ٢٠٨ -٢١٠.

(٣) تنص الفقرة الثانية من المادة ٨٢ من قانون التجارة المصري الجديد { يجوز ان يكون المقابل مبلغاً إجماليا يؤدى دفعة واحدة او على دفعات متعددة... الخ } .

(١) .تقابل المادة ٧٩٥ من القانون المدني الأردني (١- اذا وقع عقد المقاولة بموجب تصميم متفق عليه لقاء بدل إجمالي فليس للمقاول ان يطالب بأية زيادة في الأجر يقتضيها تنفيذ هذا التصميم ...) وهما يقابلان المادة ٨١٦ فقرة (١) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

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 للتعيين والتحديد بعد الانعقاد وقبل تمام التنفيذ كما رأينا سابقاً ، فبسبب طول فترة تنفيذ العقد ، وبسبب تعدد 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 [١]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 إيجابا موجه الى المستفيد ، وإذا اشترط 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 [٢]
وإذا ما افترضنا ان المستفيد قد قبل بتحديد المتعهد للمقابل عن طريق الدليل فانه وفقاً للأحكام العامة في عقود المقاولة لا يجوز ان ينفرد احد

---

(١) .راجع المواد ٦٥٩،٤٢٤،٤٢٣، ٦٦٠ من القانون المدني المصري وهي تقابل المواد ٤٧٨-٤٨٣و٧٩٦و٧٩٧ مدني أردني والمواد ٤٨٦-٤٩١و٨١٨و٨١٩ مشروع مدني فلسطيني .
(٢) د. حسن عبد الباسط جميعي -مرجع سابق -ص٢٢ و٧٥-٨٢ ود.فاروق الحفناوي عقود البرمجيات – ج١مرجع سابق ص ٢٢٧-٢٤٢ ود. عادل ابو هشيمة – مرجع سابق ص ٢٠٧ -٢١٢ .ود.جمال عبد الرحمن علي – مرجع سابق ص ٣٨-٤٢ .

طرفي العقد في تحديد الأجر حتى لو قبل الطرفان بذلك[1] وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية بطلان العقد الذي يترك فيه تعيين الثمن عند التسليم ، لان في ذلك ترجيح لإرادة احد المتعاقدين على حساب الأخر ، فلا يجوز ان يستأثر احدهما بتحديد الثمن [2]، وذهبت المحكمة في قرار أخر الى أن الثمن المثبت في العقد كان تقديرياً لان الثمن تم تحديده عند التسليم ، وبذلك لا يعترف بالعقد لان الثمن غير معين وغير قابل للتعيين وعليه فان العقد لا ينعقد في هذه الحالة الا عند التسليم أما قبل ذلك فهو باطل من حيث المبدأ ونحن نرى أن موقف المحكمة الفرنسية وسطياً ومقبولاً بحيث لم تعتبر العقد باطلاً الى النهاية ، والأفضل هو اعتبار طريقة الدليل بأنها تقدير للثمن من جانب المتعهد ، وفي هذه الحالة لا ينعقد العقد الا عند قبول المستفيد للمعقود عليه عند التسليم بالثمن الذي وضعه المتعهد في الدليل ، إلا أن العقد قبل قيام المتعهد بالتسليم لا يكون منعقداً بل ينعقد عند قبول المستفيد في لحظة تسليم المعقود عليه وقبوله بالثمن الذي ورد في الكتالوج .

وأوضح مثال على ذلك عند قيام مستفيد بالطلب الى متعهد بتزويده بأجهزة او برامج موجودة أصلاً في الأسواق ، فلنفرض ان الشركة المنتجة لهذه البرامج او الأجهزة قد وضعت تسعيره بموجب دليل (كتالوج) 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 تحديديه 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 .

---

(١) د.محمد لبيب شنب – شرح أحكام عقد المقاولة – دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٦٢ ص ١٥٢-١٦٠. د.السنهوري مرجع سابق – المجلد السابع ج ١ ص ١٧١ وما بعدها . والسيد محمد عمران – مرجع سابق ص ٨٩ وما بعدها.

(2) CASS-CIV 13 MARS 1973N^{0}71-14-386 BULL CIV.I.P89 . و CASSCIV 20MAI 1981N^{0}79 10.87 J.C.P.ED C.198211N^{0}1984

أشار الى هذين القرارين د. ز نوري خاطر- عقود المعلوماتية- مرجع سابق .ص ٥٦

الفرع الثاني
تحديد المقابل على أساس سعر الوحدة

يصعب في اغلب الأحيان تحديد أسعار مستلزمات عقود الإعداد ومعداتها 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 [١]محددة ابتداءً ، ويعرفها العاملين في هذا المجال اذا كانت مثلاً دائرة تقنية "معلوماتية " او تقسم البرامج الى أنواع يتم تحديد الواحد منها بوحدة عمل وكذلك الأجهزة ، وفي طريقة أخرى يمكن ان يكون مقابل الأداء حسب عدد الأيام ([٢] وفي النهاية يتم تحديد الثمن الكلي بناءً على مجموع الثمن "اوالسعر او اجر " وحدات القياس ، وهذه أصلاً طريقة متبعة في عقود المقاولة التقليدية [٣].

وهنا كذلك لا يلتزم رب العمل ان يدفع الا المبالغ او المقابل المعين عن كل أداء او كل وحدة ونطبق القواعد العامة في عقد المقاولة بحيث لو حصلت مثلاً زيادة جسيمة على الاداءات حق له فسخ العقد دون مسؤولية[٤].

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

---

(١) انظر اتفاقيات شركة أنظمة الكمبيوتر المتكاملة العالمية ITS - شركة مساهمة كويتية أسسها بيت التمويل الكويتي عام ١٩٨١ وتعلم في مجال تنفيذ أنظمة الكمبيوتر ونظم المعلومات في الوطن العربي وإفريقيا - موسوعة عقود الكمبيوتر – مرجع سابق ص ٢٢٠ -٢٣٠ ويمكن الرجوع الى د.حسام لطفي – عقود خدمات المعلومات – مرجع سابق ص ٨٢-٨٥ ود.أسامة ابو الحسن المجاهد – مرجع سابق هامش ص٩٩-١٠٠.

(٢) إبراهيم المنجي-عقد نقل التكنولوجيا – مرجع سابق ص ١٩٥-١٩٨ .

(٣) 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 ١٠٠$ ، وفي النهاية يكون الحساب حسب مساحة البيت وطبعاً صاحب البيت ليس له علاقة بالإشراف او سير العمل .... الخ ، عقد مقاولة بسيط وبالقياس ينطبق على سعر الوحدة التكنولوجية مثلاً .

(٤) تنص المادة ٧٩٤ مدني اردني في فقرتها الأولى (اذا تم عقد المقاولة 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 وفقا لشروط العقد او قبول متابعته مع التزامه بالزيادة) تقابل المادة ١/٦٥٧ مدني مصري – المادة ٨١٥ مشروع مدني فلسطيني .

الفرع الثالث

تحديد المقابل على أساس سعر السوق

ولا نرى الاتفاق على تحديد المقابل بناءً على السعر المتوسط للسوق ذا نفع او جدوى في اغلب 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 IBMاو 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 تقيم عقد إعداد برنامج و بالتالي قضت ببطلان العقد لتعذر تعيين المقابل [١].

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 [٢]، على عكس عقود المقاولة 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 [٣]، اذا كان متعلقاً بتسليم المحل ، ومكان التنفيذ بحيث يتم على أساس تحديد السوق الذي يعتمد في احتساب المقابل ، الا إذا تم اعتماد زمان ومكان انعقاد العقد وذلك عملا بنص المادة ٢/٤٢٣ 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)[٤] هذا بالإضافة إلى أنهما يجب ان يتفقا على نوعية وجودة وتفاصيل معينة وقبل

---

(١) CASS.COM.22jullet 1986N^{0}85_10.237BULL.C.I.V.162CAحكم ورد في كتاب د. نوري خاطر – مرجع سابق ص ٥٤ .

(٢). د.حسن عبد الباسط جمعي –مرجع سابق ص ٢٢-٢٣.

(٣). د.شحادته غريب شلقامي – برامج الحاسب الآلي و القانون – مرجع سابق ص ٣٤-٣٧ ود. خالد مصطفى فهمي – الحماية القانونية لبرامج الحاسب الالي / مرجع سابق ص ٨٧-٨٩ وما بعدها .

(١) تقابل المادة ٤٧٨ مدني أردني والمادة ٣/٤٨٦ مشروع مدني فلسطيني .

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 نحبذ اعمال هذه الطريقة في عقود الإعداد وذلك لان مورد البرنامج او منتجه لا يستطيع ان يدعي التسليم مثلا وان يطالب بالمقابل في حالة كون العقد مركباً مثل نظام حاسب متكامل كبرنامج مترتب على عمل برنامج وبمواصفات معينة وهناك فترات تجربة والتزامات متتابعة 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 اغلب الأحيان على أقساط حسب الاتفاق ما بين المستخدم والمبرمج وذلك تبعاً للمراحل التي تمر بها عملية إعداد البرنامج وذلك لضمان حسن سير عملية إعداده ، وتقيداً للمبرمج (وبالذات اذا كانت شركة كبرى مثلاً) بشروط العقد ، مما يؤدي الى طول فترة الرابطة التعاقدية ودوامها حتى بعد التسليم لفترة تجربة مثلاً واختبار وملائمة للعمل وفحص للمواصفات لا بل يمكن ان تحتوي فترة صيانة معينة [١]

لذلك ولان عقود الإعداد في غالب الأمر تتعلق بعقود ذات تنفيذ متتابع فلا بد ان يكون الدفع هو الأخر تدريجياً ومتتابع ، ومن اجل الدفع بهذه الطريقة التي يمكن ان تدل على نوع من الائتمان في التعامل ابتكر الواقع العملي معيار القيمة[٢] 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 البدل 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 .

---

(٢) د/ نصيرة بو جمعة سعدى – عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي – رسالة – الإسكندرية ١٩٨٧-ص ٢٩٣ ود/ عبد الفتاح مراد مرجع سابق ص ١١٠.

(١) يطلق على معيار القيمة ايضاً المؤشر السلعي او الخدمي ويمكن ان يقاس هذا المعيار أيضاً 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 ط١ القاهرة ١٩٩٤ ف ٦٠ ص١٤٠ .

وبهذه الطريقة يكون أساس تحديد الثمن مشروعاً فالبدل 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 لتغير سعر هذه السلعة كمؤشر على القيمة فلو هبطت أسعارها هبطت قيمة الالتزام المرتبط بها ولو حدث العكس وارتفع سعرها ارتفعت قيمة الالتزام[١] .

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 [٢].

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

أولا / شرط المشروعية .

يجب ان يكون المعيار الذي على أساسه سيتم حساب قيمة معينة معياراً مشروعاً ومعترفاً 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 [٣] وهناك دولاً أخرى تمنع هذه الطريقة في داخل إقليمها وتسمح بها في العقود الدولية [٤]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 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

---

(١) محمد بشير – القاموس الاقتصادي – المؤسسة العربية للدراسات والنشر – بيروت – ط ١٩٨٥ – ص٢٠٤ .

(٢) د/ حسن رشوان – مرجع سابق ف ٦٠ ص١٤١.

(٣) مثل اعتماد معيار الحد الأدنى لأجور العمال لتحديد المقابل في الخدمات . فهذا الفعل تمنعه الدولة في مجال العقود لان به مساسا بحقوق العمال. د. نوري خاطر . مرجع سابق . ص ٦٢.

(٤) مثل فرنسا وسوريا و بعض الدول الاشتراكية . – د . عبد الرزاق قاسم . معيار المحاسبة الدولي – الادوات المالية والاعتراف والقياس –منشورات جمعية المحاسبين القانونين السورية –دمشق ٢٠٠٢ ص٩

عقود دولية . وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية مثلاً اعتماد معيار سعر النقض في البورصة لتحديد المقابل الا في العقود الدولية [١] .

ثانياً / شرط قابلية معيار القيمة للتعيين .

يجب ان يكون معيار القيمة معيناً عن إبرام العقد ويتم تعيينه عبر اعتماد الرقم المحدد من قبل الجهات والسلطات المختصة في شانه في تاريخ معين [٢] 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 إلغاءه بسب ظروف اقتصادية معينة ، فيصبح غير موجود ، او ممنوع التعامل به ، مما ينعكس فوراً على المقابل في عقد الإعداد فيصبح غير قابل للتعيين ويستحيل به تنفيذ العقد الذي يعتبر منفسخاً بحكم القانون ، لزوال شرعيته عن التنفيذ بسبب تخلف المحل وهذه الحالة تعتبر من محاذير اللجوء إلى معيار القيمة [٣] ولا يمنع ذلك بالطبع الطرفين من الاتفاق مجدداً على معيار أخر ... الخ ولكن يبقى السؤال الذي يطرح نفسه ؟ هل حقاً يمثل معيار القيمة البدل او المقابل الحقيقي تبعاً للوضع الاقتصادي في بلد ما وهل ذلك سيبقى عادلاً اذا 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 البدل او المقابل في هذه العقود وهي كما أسلفنا ليست محصورة بهذه الصور ، فسوق البرمجيات يفرز كل يوم طريقة جديدة لا ضير من إعمالها 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

---

(2) 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 ١٩٩٨ ف ٢٤- ص ٣٠-٣٣ .

(٣) د/ فاروق الحفناوي / عقود البرمجيات / مرجع سابق – موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات –ج٢ ص ٢٣-٤٥ اتفاقية نموذجية لتنفيذ نظام معلوماتي متكامل .

(١) . د. رشوان حسن رشوان – مرجع سابق ف ٧٧ ص ١٧٩ .

التي يجب القيام بها تحديداً دقيقاً ومفصلاً لكونه المحل الأساسي لهذا العقد وإلا اعتبر العقد باطلاً ، والمقابل او البدل 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

ان وثائق العقد في مجال عقود إعداد برامج الحاسب ، يمكن لها ان تحل مشاكل كثيرة بشان تفاصيل هذه العقود والمقابل الذي ألتزم 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 لعيب الغلط مثلاً تعد 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 مناسبة البرنامج للوفاء

---

(١). د/ فاروق الحفناوي / موسوعة قانون الكمبيوتر – مرجع سابق ج٢ ص ١٣-٢١ .

(١). يمكن مراجعة د/ حسن عبد الباسط جميعي – مرجع سابق ص ١٧٥ ود/ جمال عبد الرحمن علي – مرجع سابق ص ٤٠-٤٣ . ود/ حسام الدين لطفي- عقود خدمات المعلومات – مرجع سابق ص ١٥٠-١٥١ .

بالغرض المطلوب او غلط في طبيعة العقد كمن يتعاقد معتقداً انه بيع ثم يتضح انه إيجاراً او ترخيصاً بالاستعمال)[١].

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 على 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 ومعده 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 .[٢]

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 الأخر وكيف

---

(٢)..Juris-Data.n^{0}22943. C.A Paris 10 Juill.1992 أشار إليها د. محمد حسين منصور – مرجع سابق ص٦٢ .

(١). تطبيقاً لذلك قضي في فرنسا بأن عدم وضوح صيغة توريد برنامج الحاسب يؤثر على إرادة المتعاقدين ، وبالتالي على تكوين العقد -Juris. C.A Paris 25marus.1988 Data.n. 21681 وقضي أيضاً بأن عدم وضوح مضمون التزام الشركة فيما يتعلق بتوريد برامج حاسب محل التعاقد بعد إخلالا 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 ص٦٣ويمكن 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 .

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 او الصيغة النموذجية [2] التي يتم الإحالة إليها حيث لا بد من ان يكون المتعاقد على علم بها عبر إعطائه نسخة او الإشارة إليها بوضوح وتمكينه من معرفتها .

ولا ينبغي في هذا المجال إغفال المستندات التفاوضية مثل الرسائل المتبادلة او محاضر الاجتماعات وطلبات الشراء .

---

[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 الاخر بالتعاقد تعتبر جزء من العقد وتلزم من أصدرها بما ورد فيها حماية للمستهلك .. الخ . د/ محمد حسين منصور – المسؤولية الالكتروني / مرجع سابق ص ٦٥. د/ حسام لطفي مرجع سابق ص ٢٠٧ وما بعدها ود/ خالد مصطفى فهمي – الحماية القانونية لبرامج الحاسب – مرجع سابق ص ١٤٣ وما بعدها .

(٢).يمكن مراجعة الفقرة ١و٢ من المادة ٧٧ 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 ١٩٩٩ – مرجع سابق ص٣٨٦ وكذلك يمكن مراجعة –د. عبد الفتاح مراد-مرجع سابق ص ١٠٤.

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 اغلب الحديث يدور عن تكنولوجيا تحمل مصطلحات لها أسماء انجليزية وفرنسية في الغالب ، فيجب توخي الحذر عبر استخدام ما يقابلها باللغة العربية او بقاءها بلغتها الأم مع وضع المرادف المناسب [١] ، لأن أي خطأ في هذا المجال قد يكون قاتلاً او يؤدي الى فشل النظام المعلوماتي الذي سيعمل بموجبه المشروع مثلاً . وهنا كانت النصائح التي أوردها 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 [٢]

وحيث انه لا يوجد معيار ثابت يتم الاعتماد عليه من قبل المتعاقدين لتحرير العقد بطريقة مفصلة وإجمالية بحكم ان مثل هذه العقود يتضمنها تفصيلات 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 وممثليهم ، 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 بذلك برقم وتاريخ .. وقد لاقى هذا

---

(١).د/ حسن جميعي – مرجع سابق ص١٦٦-١٦٧- ويمكن مراجعة – فاروق الحفناوي – موسوعة قانون الكمبيوتر –ج١ عقود البرمجيات – مرجع سابق ص٣٢ -٣٩ . د/ حسام لطفي – المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض من غير دار نشر– القاهرة ١٩٩٩ ص ٥ وما بعدها .

(٢).د/ محمد حسام لطفي / استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وابرامها – القاهرة ١٩٩٣ ص٧ .

العرض قبولاً من الطرف الأول لذا فقد تم الاتفاق بينهما وفقاً للشروط والأحكام الواردة فيما يلي :
مادة (١) 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 (١) البرمجيات Software
ملحق رقم (٢) الجدول الزمنيDevelopment Timetable
ملحق رقم (٣) المواصفات الفنية Specification
ملحق رقم (٤) خطة القبول
ملحق رقم (٥) نموذج قبول البرمجيات Acceptance or Accepted [1]

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 :-

١. البرمجيات : هي برامج " او برنامج " الكمبيوتر التي تم الاتفاق على قيام الطرف الثاني " المبرمج" [٢]بتصميمها وتطويرها لحساب المستخدم " الطرف الأول " .
٢. الجدول الزمني : هو جدول متفق عليه بين الأطراف لمباشرة أعمال الإعداد " والتطوير ممكن " حتى نهايتها ويتم تفصيله خطوة بخطوة [٣].

---

[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 (٢) .

(١).مبرمج (او منتج البرامج) هو الشخص الطبيعي او المعنوي الذي يحترف عمل البرامج بناء على تكليف من قبل المستخدم بانتاج برنامج (برامج معينة) خصيصاً لخدمة نشاط هذا المستخدم سواء كبر هذا النشاط (كما في المؤسسات التجارية الكبيرة او المنشات الصناعية الضخمة) او صغر مثل (مكتب محامي اوعيادة= =طبيب) . Hector .Macqueen, (professor of private law .university of Edinburgh). -software Transactions and contract law- Hart Publishing oxford1999.p 122-127.

(٢).جرى العرف في مجال البرامج بقيام المنتج او المبرمج بإرسال كتب دورية للمستخدمين المتعاقدين معه تتضمن إعلانا بوقت صناعة البرامج والتسهيلات والإمكانيات التي تدخل عليه ان كان قد تم تطويره وكان قد اعد ابتدءا – يمكن مراجعة د/ أمية علوان –

٣. المواصفات الفنية : وهي الخصائص الفنية والمواصفات الخاصة بالبرامج التي تشكل في مجموعها قدرتها على القيام بالوظائف المرجوة منها والتي يتم تحديدها من قبل المستخدم اولاً والمبرمج او 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[١].

٤. 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 او البرامج 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 معينه ، 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 [٢]" 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 [٣] .

دروس في ضمان العيوب الخفية في عقد البيع في القانون المصري والفرنسي لطلاب الدبلوم الخاص – القاهرة ١٩٨٨ -١٩٨٩ ص ٥٥ وما بعدها .

(١) د/ حسن جميعي – عقود برامج الحاسب – تقسيم البرامج وفق المعيار الفني – مرجع سابق ص ١٦-٢١.

(٢) د/ فاروق الحفناوي – عقود البرمجيات – مرجع سابق ص ٢٤٠ .

(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-

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 أخر 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 [١] .

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 ألمستندي للبرامج ودليل لأغراض التنفيذ ووثائق تفسيرية بالإضافة الى الملاحق التي تعتبر جزءاً لا يتجزأ منها [٢] وفترة صيانة ان وجدت [٣] وحقوق الملكية الفكرية التي سنناقشها في الفصل الأول من الباب الثاني من هذه الدراسة والتي تبقى دوماً بموجب هذه الاتفاقية ملكاً " للمنتج او المبرمج" (سواء كانت اختراع او حقوق مؤلف او أسرار تجارية او علامات تجارية ...) طبعاً المتعلقة بالبرامج حل العقد [٤].

وعادة ما يصر المستخدم او 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

Revised Edition .USA warren Gorham Lamont 1998 p.24-3

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

(٢).د/ عزة خليل – مشكلات المسؤولية المدنية – رسالة – مرجع سابق ص ٤١-٦٠

(٣).عادة في مثل هذه العقود ما يتفق الأطراف على سعر ونوع الخدمات التي تقدم من قبل المنتج اثناء فترة الصياغة وذلك في ملحق خاص بها في الاتفاقية / راجع د/ حسن جميعي – عقود برامج الحاسب – مرجع سابق ٢٤٦-٢٤٨ .

(٤).د/ شحاته غريب –برامج الحاسب والقانون – مرجع سابق ص ٥٢-٥٩ و د/خالد مصطفى فهمي – الحماية القانونية لبرامج الحاسب الالي – مرجع سابق ص ٧٩ .

الثاني برقم كذا وتاريخ كذا و الملاحق المرفقة وعددها كذا تعد جميعاً جزء لا يتجزأ من هذه الاتفاقية).

وهناك في سوق البرمجيات وإعدادها طرق اخرى للتعاقد عليها لطريقة النموذج والتي تعتمد على عقد محرر مسبقاً يشكل نموذج عقدي "standard" ولا مجال فيه للتعديل او المفاوضات ورغم ان هذه الطريقة اقل بالتكلفة على الطرفين الا أنها لا تستجيب لمقتضيات العلاقة التعاقدية ولا تتعرف على مفاوضات عقدية او ما شابه ، ونرى ان هذه الطريقة تنسجم مع عقود بيع البرامج أكثر من انسجامها مع عقود اعددها .(١)

وكذلك هناك طريقة القائمة او 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 وهذه الطريقة أفضل في رأينا من طريقة النموذج لأنها يمكن ان تلبي احتياجات الأطراف بالذات المستخدم .(٢)

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 الأخر محترف في مواجهة الأول ولذلك نقترح دوماً ان تسبق التعاقد مناقشات ومفاوضات واستعانة بخبراء في هذا المجال ان أمكن بحيث تساعد المستفيد او 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 او محله أجهزة وبرامج اي معدات ترافق البرامج سيقوم طرف وهو الشركات عادة بإعدادها وصنعها لصالح طرف هو المستخدم قليل الخبرة عادة (أي مقاولة إعداد كاملة) او كما يسمى عقد تسليم مفتاح . (٣)

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

---

(١).د/ حسن جميعي – مرجع سابق هامش ص ١٧٢ . د/ نوري حمد خاطر – عقود المعلوماتية – مرجع سابق ص ٦٧ .

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

ويمكن مراجعة د/ محمد حسين منصور- المسؤولية الالكترونية – مرجع سابق ص ١٣٣-١٣٦ .

(١).عرف الأستاذان ليان وهولاند عقد تسليم المفتاح في مجال عقود الإعداد (ذلك العقد الذي يقوم به العميل "المستخدم " بتحديد احتياجاته وأغراض استعمالاته بشان 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 ٩٦.

الأسواق (البرامج النمطية التي سبق الحديث عنها) فعقودها تكون مليئة بالمصطلحات الفنية والقانونية الغريبة والمستعصية على المستخدم في بلادنا فيقبل العقد دون فهم لشروطه لذلك فاننا نهيب بالمشروع في فلسطين ان يحذو حذو المشروع الفرنسي بالقانون الصادر في ١٩٧٥/١٢/٣١ 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 الزامياً وفي سياق الوثائق المحررة باللغة الفرنسية فانه يحضر استخدام أي لغة أجنبية او مصطلح وجد بديل له باللغة الفرنسية).[١]

طبعاً مع العلم ان نفس المشرع الفرنسي لم يحظر استخدام لغة أجنبية لكن بجوار اللغة الفرنسية .[٢]

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 .... 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 النموذجية منها يجب ان تتضمن عبارات واضحة ومصطلحات فنية وقانونية مبسطة تتيح للمستخدم المخاطب بها مقدرة عالية على فهم بنودها ، خصوصاً اذا كان التعاقد بطريقة نموذجية على برامج شائعة ومعروفة في الأسواق او

---

(١) د/ حسن جميعي – مرجع سابق ص ١١٨ .

(٢) يلاحظ ان التوجه الأوروبي رقم ٩٧/٧ في هذا الشأن في الحيثية رقم ١٢ 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 احال قضية اللغة الى قوانين الدول الأعضاء .ولكن المرسوم الفرنسي الذي صدر إعمالا الى هذا التوجيه لم يتحدث عن اللغة وإنما تركها للقانون رقم ٦٦٥ /٩٤ الصادر بتاريخ ١٩٩٤/٨/٤ 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 ص٦٥ ود/ محمد حسن قاسم / التعاقد عن بعد – دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية - ٢٠٠٥ ص ٤٠-٤١.

أجهزة شائعة ذات قدرات متاحة ومعروفة والتي لا تتضمن ذكر تفاصيل كبيرة او إجراء مفاوضات خصوصاً 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 فإما 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 يملي شروطه على الطرف الأخر ، وقد يقوم بنفسه بإبرام العقد بحيث في أغلب الأحوال لا يملك الطرف الأخر الا قبوله بكل شروطه او رفضه ، أي لا يملك ان يناقش البائع المهني [١].

وعند الحديث عن عقد من عقود الإعداد فان الإذعان يمكن ان يتضح جلياً في اغلب 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 الأخر ، 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 التعاقدي التي يحاول القضاء التصدي لها في اغلب النظم القانونية الحديثة .[٢]

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 الأخر 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 ١٠٠ من القانون المدني المصري ما هو المقصود بعقد الإذعان (القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط

---

(١).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 ١٩٨٢ ص ٤٨ وما بعدها ود ثروت فتحي اسماعيل – المسؤولية المدنية للبائع المهني (الصانع والموزع – رسالة دكتوراه حقوق عين شمس / ص٨٢ وما بعدها.

(١).د. حسن جميعي – مرجع سابق ص ١٦٧ ، د/ فاروق الحفناوي – موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات ج١ مرجع سابق ص ١٣٥ .

مقرره يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها.)[1] فان القضاء في مصر قد زاد على ما أوردته 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.[2] هذا هو المفهوم الضيق لعقود الإذعان 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. [3]

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 الإعمال وتوفر الخبرة له فيها بحيث دائماً ما يقوم بوضع العقد استقلالاً عن الطرف الآخر ويبرز ضعف الطرف الأخر بعدم قدرته على مناقشة شروط التعاقد .

وبناءاً 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 يملي الشروط والقدرة على النقاش لهذه الشروط وخبرة طرف في مواجهة طرف ، بناء على هذا سنقوم بمناقشة بعض بنود أي اتفاقية ولنأخذ مثلاً اتفاقية من الاتفاقيات الموجودة

---

(٢).تقابل المادة ١٠٤ من القانون المدني الأردني والمادة ٩٣ من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

(٣).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 بشأنها ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجب ولو كانت جائرة) نقض مدني ٧٤/٣/١٢ س ٢٥ ص ٤٩٢ . وكذلك نقض مدني ٧٨/٢/١٣ طعن ٧٢٦ س ٤٤ ويمكن مراجعة أستاذنا د. احمد شرف الدين –مصادر الالتزام –مرجع سابق ص ١١٩-١٢٣ ود.حسام الاهواني – النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام –دار النهضة العربية والقاهرة – ص ١٣٢-١٢٤ .

(١).د. حسن جميعي – مرجع سابق ص ١٦٨. د/ حسام الاهواني – مرجع سابق –ص ١٢٥ .

بكثرة في الأسواق للبرامج النمطية وبدون ذكر أسماء للشركات فهي اتفاقية مكررة – مثلاً

اتفاقية ترخيص باستعمال برامج الكمبيوتر:

نلاحظ في هذه الاتفاقية النموذجية دائماً على واجهة الغلاف وبشكل واضح ومقروء وبعد شروط الترخيص مكتوب ما يلي (بما معناه طبعاً)(اذا كنت ترغب في استعمال هذا البرنامج وان تنضم الى قائمة المرخص لهم باستعماله فنرجوك ان تقرأ بإمعان 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 [١] واليك بعض الشروط التي يسميها البروفسور هكتور مكويين [٢]

unfair terms in consumer contracts

او الشروط غير العادلة او المجحفة بحق المستهلك (المستخدم) طبعاً والتي يضعها دائماً المهني (المنتج ، المبرمج) [٣]

مثلاً –يضمن الطرف الثاني (المنتج او المبرمج) للطرف الأول ترخيصاً شخصياً غير قابل للتنازل وغير مقصور عليه (أي ليس للمستخدم فقط)لاستعمال البرامج ... الخ [١] .

. (١) 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 licenser 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

(٢).أستاذ القانون المدني في جامعة أدنبرة – -مرجع سابق ص ٢١٢ .

(٣). فان ولفرتون – تشغيل أنظمة الكمبيوتر – مركز التعريب والبرمجة . الدار الجامعية للعلوم بيروت ط١/ ١٩٩٩ .

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 . (٢)

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 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 (٣).

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 (٤)

.(٤)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.

.(٥) 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 licenser 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.

(١)د. محمد سعد خليفة – مرجع سابق ص ٢٧-٣١ ود.حسن جميعي – مرجع سابق ص ١٦٦-١٨٠ ود. حمد خاطر – مرجع سابق – ص ٦٩ وكذلك يمكن مراجعة د.هكتور ماكوين – مرجع سابق – ص ١٢٨-١٣٥ .

.(١) 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

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 بحيث على المستفيد ان يقبل بالمساعدة على الرغم من إمكانية عدم رغبته فيها ولكنه لا يملك خياراً . [١]

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 ابسط مبادئ حسن النية في العقود وكذلك فهي دائماً تقترح في التوازن العقدي المفترض فما بالك والحال ان لا توازن أصلا 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 [٢] تفسير العقد دائماً لمصلحة الطرف الضعيف او المذعن سواء صدر عنه الإيجاب او القبول .[٣]

---

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 ١٢٠.

(٢).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 س١٦-٤-٤-١-آذار ١٩٩٢ص٢٤١ وما بعدها .

(٢).تنص المادة ١٤٩ مدني مصري (اذا تم العقد بطريق الإذعان وكأن 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 ٢٤٠/١مدني أردني والمادة ١٨٢ مشروع مدني فلسطيني .

[٣] تنص المادة ١٥١مدني مصري على (٢- ومع ذلك لا يجوز ان يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن) وتنص المادة ١٩٨ من مشروع القانون المدني الفلسطيني (٣- ومع ذلك ففي عقود الإذعان يفسر الشك دائماً لمصلحة الطرف المذعن) وهي تقابل المادة ٢/١٤٠- مدني أردني وكذلك يمكن مراجعة/ أستاذنا الدكتور احمد شرف الدين – نظرية الالتزام مرجع سابق ١١٩-١٢٣ والدكتور عبد

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 .[١]
فمثلاً تحديد فترة ضمان البرنامج ثلاثة أشهر وهي الفترة المتعارف عليها في الغالب او في العقود النمطية [٢]ولكن طبعاً يمكن ان تطول هذه الفترة 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 :

١. تاريخ التسليم للبرامج – Delivery Date.
٢. تاريخ تركيب البرنامج – Installation Date.
٣. تاريخ القبول – Acceptance Date. [٣]

الحكيم فودة – تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن – منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٩٣ ف ٢٢٤ ص٣٣٧وما بعدها .

(١).يمكن مراجعة / بيل غيتس – المعلوماتية بعد الانترنت – طريق المستقبل – ترجمة عبد السلام رضوان – المجلس الوطني للثقافة والآداب – الكويت١٩٩٨ ص ٣٥ وما بعدها . ومايكر مولدينج – حلول التجارة الالكترونية – ترجمة مركز التعريب والبرمجة – الدار العربية للعلوم بيروت ٢٠٠٠ ص ٢١١. وكاتا بلت خطوة خطوة لمايكروسوفت – ترجمة مركز التعريب والبرمجة – الدار العربية للعلوم – بيروت ٢٠٠٦ ص ٣٧٢ وما بعدها .

(١).يمكن مراجعة /د فاروق الحفناوي / موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات – مرجع سابق ج١ ص ١٤٠ .

(2) The second party shall have no liability or obligations under the said warranty unless it shall have received written notice of the defect

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 مقاولة البرنامج او البرامج المعينة حسب ما رأينا سابقاً أي بعد إجراء اختبار القبول [١] 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) [٢] ، عادة في 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 ضمنياً 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 أيضا 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)[٣] .

---

or error any question no after than the expiry 3 months after the acceptance date

انظر فاروق الحفناوي – عقود البرمجيات – مرجع سابق ص ١٤٠ ..

(٣). انظر صفحة١٢١.

(١).عقود ال IBM ترجمة مركز التعريب والبرمجة – الدار العربية للعلوم – بيروت ١٩٩٣ ص ١٨٥ ..

(١).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

ولا يخفى ان هذا الاستبعاد لتلك المفاوضات والعروض المغرية جداً التي يكون قد قدمها المتعهد في الغالب لجذب المستفيد الى التعاقد وخصوصاً اذا ما تم الإشارة اليه 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 . [١]

وفي اغلب 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 [٢]، فالعبارات غير الواضحة او المتناقضة التي وردت في العقد النهائي لا تفسر الا بالاستناد الى الوثائق النهائية المرفقة مع العقد طبقاً للشرط الصريح التي يورده المتعاقدان في عقدهما النهائي باستبعاد امر الوثائق والعروض والمفاوضات السابقة من عقدهما الجديد ، ومع ذلك لا يسلب القاضي كل سلطة وذلك ايضاً بنص القانون شرط ان 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 كشف عن النية الحقيقية للمتعاقدين ولا يعني ذلك ترتيب أي التزام او تعديل في العقد . [٣]

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 – ط١دار النهضة العربية القاهرة -٢٠٠١ ص٧٤ وما بعدها .

(٢).المادة ١٤٧ مدني مصري (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ... الخ) والمادة ١٤٨ مدني مصري أيضا (١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل إليه ...) والمادة ١٥٠ مدني مصري (١- اذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المنعقدين) تقابل المادة ٢١٣ مدني أردني (الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزما في التعاقد) وهما تقابل المواد ١٧٩و ١٩٧ من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

(١).تنص المادة ٢١٥ من القانون المدني الأردني على (لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح) وهي تطابق المادة ٢٩٢ مشروع مدني فلسطيني واصل هذه المواد هو قواعد كلية فقهية من الشريعة الإسلامية يستعان بها عندما يوجد نص خاص بالقانون واصلها مجلة الأحكام العدلية ، راجع المذكرات الإيضاحية للقانون المدن الأردني ج١ مرجع سابق ص ٢٥٤ .

(٢). المادة ١٥٠ مدني مصري (١- اذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عن طريقة تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين .٢- اما اذا كان هناك محل للتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ... الخ) تقابل المادة ٢٣٩ مدني أردني والمادة ١٩٧ مشروع فلسطيني .)

ثانياً : دائماً نلاحظ شرط لا يكاد يخلو منه أي برنامج وبأي طريقة كانت تمت بها إعداده من شرط يحتفظ به المنتج او المبرمج (المتعهد) لنفسه بحقوق الملكية الفكرية على البرنامج والتي ينص عليها القانون [١]أي انه يندرج تحت هذا البند شروط كثيرة مثل :

١. تحديد الغرض من استعمال البرنامج وهو ينحصر في الغالب في إدارة عمليات او معالجة بيانات خاصة بالمستفيد فقط أي عدم جواز استخدامه في تقديم خدمات للغير .
٢. تحديد الحيز المكاني الذي يصرح باستخدام البرنامج فيه كأن يقال (فرع الشركة الكائن في الشارع كذا او كافة فروع شركة كذا ....) وفي العقود الدولية تحظر الشركات المنتجة استخدام البرنامج خارج نطاق دولة معينة او مدينة معينة) [٢].
٣. عدم النسخ او التعديل او التحوير او الاضافة وحتى في بعض البرامج عدم الترجمة الى لغة اخرى .
٤. ان استعمال البرنامج سيكون على الجهاز او الاجهزة التي يتم تحديدها في ملحق العقد ... الخ .

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

ثالثاً : شرط التحكيم [٣]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 [٤].

---

(١).د/ شحاته غريب شلقامي/ برامج الحاسب الآلي والقانون – مرجع سابق ص ٩٥-١١٣ و د خالد مصطفى فهمي / الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي – مرجع سابق ص ٨٩ وما بعدها . ود حسن جميعي – عقود برامج الحاسب – مرجع سابق ١٨٦-٢٠٠.

(٢) .Rays man. Brown-computer low P.R.P22 ود/ ابو العلا علي النمر- مرجع سابق ص ٧٨ .

(١).ويرد في الغالب في عقود او اتفاقيات (مقاولات الإعداد) وليست في العقود النمطية رغم وجوده في بعضها) .

(٢).يرد في العادة النص كالتالي وهو ليس ترجمة حرفية (١- لا اختصاص لاي محكمة في أية دولة بالمنازعات التي قد تنشأ بسبب هذه الاتفاقية ٢- يتم تسوية النزاع بواسطة هيئة

ويلاحظ ان شرط التحكيم كما أسلفنا هو شرط يتكرر دائماً في مثل هذه العقود وبالذات اذا ما اصبغ 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 [١]، كأن ترد العبارة التالية (يعتبر من ضمن العقد الحالي كافة المراسلات المتبادلة بين طرفي العقد مع الملحقات المرفقة) [٢]

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 [٣]، 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 مخطط المشروع او مواصفات البرنامج ، هذا بالإضافة إلى تضمن الملحقات عادة أحكام مالية وفنية وقد يتم تثبيت الثمن وطريقة الدفع ونلاحظ ان الأطراف عادة يعمدون 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

تحكيم تشكل من ثلاثة أعضاء يتولى كل طرف تعيين عضو ويتفق الطرفان على اختيار العضو الثالث الذي يكون رئيساً للهيئة ، فان لم يتفقا على تعينه تولى رئيس مركز ... الإقليمي للتحكيم التجاري " الدولي" مثلا" تعينه .٣- 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 ج١ – مرجع سابق ص ١٢٩ . وكذلك يمكن مراجعة د/حسن جميعي مرجع سابق ملحق رقم (١) و(٢)ص٣٠٥ وما بعدها ، ود.أبو العلا على ابو العلا – مرجع سابق ص ٩٢ .

(١).د محمد حسين منصور – مرجع سابق ص ٦٤-٦٦ ود / ابو العلا علي النمر – مرجع سابق ص٨٠ وما بعدها .

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

(٣).د/ حسن جميعي – مرجع سابق ١١٨-١٢٦ د/ فاروق الحفناوي – موسوعة قانون الكمبيوتر ج١ مرجع سابق نماذج العقود ونصائح مرحلة التعاقد ،ص ٥٦-٦٥

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 installationوالتدريب 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 الا أننا لا زلنا نلمس تعسفاً في هذه العقود يقع على المستخدمين والمستفيدين من عقود الإعداد تباشره هذه الشركات 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 او غامض مما يمكن ان يفاقم من المشكلات القانونية اذا نظرنا إلى كون مورد البرنامج او منتجه يتمتع بخبرة فنية وتقنية تفوق كثيراً المستخدم وتجعل من عقوده دائماً بصفته صاحب حقوق استغلال على البرامج تهدف الى التنصل من المسؤولية او التخفيف منها قدر الإمكان وهذا ما يقوم بفعله كذلك موزع البرامج النمطية او النموذجية [2] التي تصاحبها كذلك عقود نمطية او نموذجية واذا كنا لا نستطيع المناداة بإلغاء هذه العقود " النمطية " لأنها تشكل ضرورة عملية لا يمكن لأحد إنكارها او

---

(١).د/ خالد مصطفى فهمي / مرجع سابق ص ١٤٤-١٥٤ وكذلك انظر الهامش السابق .

(١).د/ حسن جميعي – مرجع سابق ١٦٦ -١٧٠ .

طلب التخلي عنها ، لكننا نستطيع المطالبة بتخفيف الشروط المجحفة او التعسفية بحق الطرف الضعيف (الأقل خبرة) في مثل هذه العقود[١].
لذلك سنقسم هذا المطلب الى فرعين نبحث في الفرع الأول ، كيفية التعسف في عقود الإعداد وبعضاً من صوره 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 أمره 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 . [٢]
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 بشرط الأربع زوايا[٣] والذي كنا قد ناقشنا جزءاً منه في المطلب السابق[٤] تحت بند شروط متعارف عليها .

---

(٢).لا يجب ان يفهم من هذه الدراسة ان العقود النمطية او النموذجية هي محل نقد في حد ذاتها ، بل تعتبر امراً معتاداً وضرورياً لمواكبة سرعة الانتاج والتوزيع اللذان يستهدفان ملايين المستخدمين حول العالم ، وانما نحن نحاول ان نخفف من الشروط التعسفية او المجحفة والتي تهدد مصالح الطرف الذي لا يتمكن من مناقشتها او التحفظ عليها وتساعد على ذلك قوانين حماية المستهلك التي انتشرت كذلك على الصعيد العالمي .
(١).د/ فاروق الحفناوي – موسوعة قانون الكمبيوتر – مرجع سابق ص٧٨ .
(٢).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 ٨٩ .
(٣).انظر فيما سبق صفحة١٣٢

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 .[١]

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) [٢]

ونلاحظ كيف ان المنتج او المبرمج يهدف من خلال هذه الصيغة الى استبعاد كافة الوثائق المتعلقة بالمرحلة التمهيدية أي كافة عروضه ومحاولة جذبه للمستخدم للتعاقد الذي بنى عليها آمالاً كبيرة واعتقد انه حقق من خلالها انجازات لم تكن اصلاً في حسبانه ، 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 [٣] 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 باشراك اياً كان بالصيانة او قطع الغيار او المعدات ... الخ ونضرب مثالاً هذه الشروط التي تتكرر في اغلب عقود الإعداد (يشترط لاستحقاق التعويض ما يلي:

---

(١) Raysman.Beown.conputer low .P.R.P 25 وانظر كذلك د/ ابو العلا علي النمر – مرجع سابق ص ٧٤ وما بعدها .

(٣). د/ فاروق الحفناوي / موسوعة الكمبيوتر ج١ مرجع سابق ص ٨٠ .

(١).ابراهيم المنجي – مرجع سابق ١٧٤-١٧٩ و عبد الفتاح مراد – مرجع سابق ص ١٠٤ ود/ فاروق الحفناوي – قانون الكمبيوتر – مرجع سابق ج١ نماذج اتفاقيات اعداد برامج ص ١٠٣ .

١.الا تكون هذه المطالبات قد نتجت عن استعمال البرامج استعمالا 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 decompile or disassemble او إعادة هندسة Perverse engineer .

٢. لن يكون (المنتج او المورد او المبرمج) مسئولا 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 . [١]

وشرط أخر نورده 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 مثالاً أخر يتلخص في اشتراط المنتج او المبرمج بأنه لن يكون مسؤلاً عن تعويض الأضرار او الخسائر التي تلحق بالمستخدم بشكل مباشر او غير مباشر جراء استعماله للبرامج[٢] وبوجه خاص يشترط انه لن يكون مسئولاً عن الأضرار الناشئة عن فقدان او تلف البيانات الخاصة بالمستخدم او الناشئة عن توقف أعماله بسبب يرجع الى البرامج [٣] وقد يشترط المنتج ان التعويض اذا كان له مقتضى أي خارج عن نطاق تلف او توقف البرنامج سيكون بحد أقصى مبلغ كذا [٤] .

وهذه صورة تمثل في رأينا[٥] تعسفاً من قبل المنتج او المبرمج يتعلق بتعديل أحكام المسؤولية العقدية او الإعفاء منها في الحالة التي تصيب

---

(١).د. فاروق الحفناوي –قانون البرمجيات – مرجع سابق ص ٢٤٨. ويسميها الدكتور فليب امور البرمجة المتطرفة (extremist programming). Phillip G .Armour, The Laws of Software Process.P.R.p 311.

(٢) د. خالد ممدوح ابراهيم – ابرام العقد الالكتروني –رسالة الإسكندرية – دار الفكر الجامعي – الإسكندرية ٢٠٠٦ – ص ٣٦٣-٣٦٦.

(٣) انظر في المواد ١٤٩ مدني مصري والمواد ٢٠ و٦٦ مدني أردني .

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

(١).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 /ج١ مرجع سابق ص ٧٨ ويضيف هذا الجانب ايضا انه يجب على المشتري المذعن ان يسلم باحترام العرف في صناعة البرمجيات وتجارتها فان منتجو البرامج يضعون شروطاً وضوابط نافذة في مواجهة المستخدمين ويلاحظ هنا مثلاً ان قانون التجارة المصري الجديد قد ابطل معظم شروطهم طالما لم تأت حماية للمستهلكين الذين يتعاملون معهم راجع في ذلك المادة ٧٥ من

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 تعطلها وإضاعة فرص عليه او حدوث إرباك وتعطل في العمل يكلفه أضرارا 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[1] . وذلك باشتراطه ان لا يزيد هذا الحد عما دفعه المستخدم وكحد اقصى مهما كانت قيمة الضرر المستحق 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 ٧و٨ 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)[2].

قانون التجارة ومذكرتها الإيضاحية /مجلة المحاماة –ملحق التشريعات -١٩٩٩/٦ ص ٣٨٤ وما بعدها .

(٢).تنص المادة ٦٦ من القانون المدني الأردني (أ- يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالا غير مشروع ب- ويكون استعمال الحق غير مشروع ج-اذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر .ء- اذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة) تقابل المادة ٥ من القانون المدني المصري والمادة ٧و ٨ من مشروع القانون الفلسطيني .

(١).عقود ال IBM – مرجع سابق ص ١٩٠ وكذلك يمكن مراجعة هيكتور –ماكوين – مرجع سابق ١٢٨-١٣٥ و د احمد عبد الرحمن الملحم – نماذج العقود ومواجهة الشروط المجحفة – مرجع سابق ص٢٣٠.

وقد حاربت القوانين المختلفة هذا التعسف والإجحاف بحق المستخدم او المستفيد عبر حمايته كمستهلك وهو ما سنبحثه في الفرع الأتي .

الفرع الثاني
حماية المستهلك

بالإضافة إلى كل القواعد القانونية التي قدمها القانون المدني لحماية المتعاقدين "وبالذات الطرف الضعيف". كخيار الفسخ بعد التجربة أو بعد الاطلاع على النموذج أو خيار الشرط[١] وحق القاضي في تعديل شروط التعسف في عقد الإذعان[٢]، وتلك الحالات التي رتب عليها القانون المدني آثاراً كالإكراه والغلط والتغرير مع الغبن الفاحش "التدليس، الاستغلال[٣]، الخ. فإن المشرع في الدول المتقدمة شعر أن كل تلك القواعد قد لا تكفي لحماية الطرف الضعيف في العقد، وذلك انطلاقاً من إنتباهة المشرع لإمكانية أن يستغل أحد المتعاقدين مبدأ الرضائية 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[٤] لذلك سنبحث في هذا الخلاف لنعرف من هو المستهلك الذي تجب حمايته في هذه القوانين ومن ثم لنتعرف على كيفية حماية الأشخاص

---

(١) يمكن مراجعة المواد ٤٢٠ و٤٢١ و٤٢٢ و٤٣٤ و٤٤٧ من القانون المدني المصري وهي تقابل المواد ٤٦٨ و٤٦٩ و٤٧٠ و٤٧١ و٤٧٦ و٤٧٧ من القانون المدني الأردني والمواد ٤٧٥ و٤٧٦ و٤٧٧ و٤٧٨ و٤٨٤ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٢) راجع سابقاً المواد ١٤٩ مدني مصري والمادة ٢٤٠ مدني أردني و١٨٢ من مشروع القانون المدني الفلسطيني مشار إليها في ص من هذه الأطروحة.

(٣) كذلك راجع سابقاً المواد ١٢٠ و١٢١ و١٢٥ و١٢٦ و١٢٧ و١٢٨ و١٢٩ من القانون المدني المصري وهي تقابل المواد ١٣٥ و١٤٠ و١٤٣ و١٤٤ و١٥١ و١٥٢ و١٥٣ من القانون المدني الأردني والمواد ١٢٢ و١٢٣ و١٢٤ و١٢٨ و١٢٩ و١٣٠ و١٣٢ و١٣٥ و١٣٦ من مشروع القانون المدني الفلسطيني المشار إليها سابقاً في الفصل الأول من هذه الأطروحة في عيوب الإرادة ص.

(١) د. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي - دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢٤. ود. عادل أبو هشيمة حوتة، مرجع سابق ص ١١٢-١١٥، ود. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ١١٤-١١٥.

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 ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ المستهلك بأنه (كل شخص تقدم إليه أحد المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية، أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص)(١).

وقد عرفت المادة ٢/هـ من التوجيه Directive الأوروبي الصادر في ٢٠٠٠/٦/٨ المستهلك بأنه (كل شخص طبيعي يتصرف لأهداف لا تدخل في إطار أنشطته المهنية أو التجارية)(٢).

وهو نفس ما جاء في التوجيه رقم ٩٣/١٣ لمجلس الاتحاد الأوروبي أيضاً والصادر في ١٩٩٣/٤/٥ والخاص بالشروط التعسفية المبرمة مع المستهلكين حيث عرفت المادة ٢/ب منه المستهلك بأنه (كل شخص طبيعي يتصرف لأهداف لا تدخل في إطار أنشطته المهنية)(٣).

وقد كانت اتفاقية فينا لعام ١٩٨٠ 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 تشترى للاستعمال الشخصي أو العائلي أو المنزلي..)(٤).

كما عرف أحد الفقهاء الفرنسيين المستهلك بأنه (الشخص الذي يحصل على المال أو الخدمة للاستعمال الشخصي) ...الخ(٥). وهذه التعريفات

---

(٢) مجموعة القوانين الاقتصادية ، البدراوي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٧، تم نشر القانون في الجريدة الرسمية عدد ٢٠ مكرر ٢٠٠٦/٥/٢. وراجع كذلك المادة ٦ من قرار رقم ٨٨٦ بشأن اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك والصادرة عن وزارة التجارة والصناعة المصرية في ٢٠٠٦/١١/٢٩ = البدراوي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٧.

(1) ART2E: (Consommateure): Tout personne physique agissant ades fins quilfenternt pas dans lecandede sona-activite professionnelle ou commercial.

مشار إليه عند د. عادل أبو هشيمة، مرجع سابق ص٥١

(٢).مشار إليه عند أستاذنا الدكتور أحمد شرف الدين/ عقود التجارة الإلكترونية (تكوين العقد واثباته) دروس لطلبة الدكتوراه، كلية الحقوق، عين شمس – القاهرة ٢٠٠١، ص١٤٧-١٥١. ومشار إليه أيضاً عند الدكتور عادل أبو هشيمة ، مرجع سابق، ص ١١٣.

(٣).د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع – القاهرة ١٩٨٦ ص٩٣ وما بعدها. وأستاذنا الدكتور أحمد شرف الدين – عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق ص١٣٦ وما بعدها لغاية ص ١٥٩.

(١) 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 ١١٥ .

هي ما سارت عليه التشريعات في دول العالم التي أصدرت قوانين لحماية المستهلك كفرنسا وبريطانيا اللتان استلهمتا التوجيهات الأوروبية ووضعت قوانينهما بما يتلاءم معها[١]. 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 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[٢] 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 ١٣ من لائحة هذا القانون التنفيذية السابق الإشارة إليها أيضاً عبر عدة التزامات فرضتها على المنتج (١. أن تكتب البيانات باللغة العربية ويجوز كتابتها بلغتين أو أكثر على أن تكون إحداها اللغة العربية. ٢. أن تكتب البيانات بطريقة يتعذر إزالتها. ٣. 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[٣].

ونلاحظ كيف أن هذه المواد في هذا القانون والمتكررة في أغلب قوانين حماية المستهلك[٤] قد حمت المتعاقد الضعيف في عقود الإعداد من لغات لا يفهمها بأن ألزمت التعامل في اللغة العربية وهذا ما كنا قد طالبنا به التشريعات العربية في مطلب سابق وكذلك ضبطت أساليب الإعلام بتحميل المنتج مسؤولية أي تضخيم أو معلومات غير حقيقية يكون من

---

(٢). أنظر قانون حماية المستهلك الفرنسي الصادر في ١٩٩٣/٧/٢٦ وتعديلاته في ١٩٩٥/١/٥ واللجان التي شكلت لهذا الغرض يمكن مراجعة د. حسن جميعي – مرجع سابق ص ١٧٠-١٧٦ وقد تبنت بريطانيا عام ١٩٩٤توجيه السوق الأوروبية رقم ٩٣/١٣ في شأن حماية المستهلك، د. أحمد شرف الدين، مرجع سابق، هامش ١٢٢، ص١٤٩.

(١) قانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ بإصدار قانون حماية المستهلك – السابق الإشارة اليه.

(٢). راجع سابقاً القرار الوزاري رقم ٨٨٦ بإصدار لائحة تنفيذية لقانون حماية المستهلك.

(٣). د.خالد ممدوح إبراهيم – ابرام العقد الالكتروني – مرجع سابق ص ٣٦٦ وما بعدها .

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 ٩٤و انسجاماً مع التوجه الأوروبي السابق الإشارة إليه رقم ١٩٩٣/١٣ 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[١].

وقد أشار إلى ذلك أيضاً قانون حماية المستهلك المصري في المادة ١٠ منه بإبطاله كل شرط في تعاقد مع مستهلك من شأنه أن يعفي المنتج أو المبرمج (المورد) من التزاماته الذي ينص عليها القانون وتحدثت الفقرة ٢ 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:

١. أنها تبطل كل شرط مجحف بحق المستهلك وبالذات الشروط التي لم يتم التفاوض عليها.
٢. أنها تلزم المنتج أو المبرمج "المورد" بالضمان وهذا ينسف شرط عدم الضمان الذي تورده العقود النموذجية فيما بين الأطراف في مجال عقود الإعداد.
٣. 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[٢].
٤. 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[٣].

---

(٤). أستاذنا د. أحمد شرف الدين، عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، هامش ١٢٤، ص١٥٠.

(١).راجع المادة ٤ من قانون حماية المستهلك المصري والمادة ١١ و ١٥ من لائحته التنفيذية.

(٢).راجع المادة ٦٥ من نفس القانون أو المادة ١٧ 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

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 آمرة 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 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 ١٩٩٣/١٣ 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 ١٩٧٨/٢٣ بشأن الشروط التعسفية[١] قد حدد صراحة أن مجال تطبيقه يشمل العقود المبرمة بين المهني من ناحية و(غير المهني والمستهلك) من ناحية أخرى وذلك بنص المادة ٣٥ 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 ١٩٧٨ مرسخة بذلك أحقية استفادة غر 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

استخدام محل العقد. يمكن مراجعة المادة ١٧ من اللائحة السابق الإشارة إليها والتي تحمل المورد "المنتج المبرمج" المسؤولية كاملة عن ذلك.

[١] راجع بخصوص هذا القانون

O. Carmet, (Reflexion sur les clauses abusive au sens-ed la loi n 78 – 23 du10 janvier 1978) R.T. D com. P.7

مشار اليه لدى د. حسن جميعي – مرجع سابق ص ١٧٦-١٧٧، وكذلك يمكن مراجعة د. محمد حسن قاسم،مرجع سابق، ص ٢٤-٢٥.

يتعلق تخصصها بنظام الحاسب ومنها نظام الإنذار الالكتروني المتعاقد على تركيبه مع الشركة الطاعنة وإن المادة ٣٥ من قانون ١٩٧٨ 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 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[١]. 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 بمجاراة النزعة الدولية لحماية المستهلك فأصدرت هي الأخرى قوانين في هذا الشأن برز على أثرها الخلاف في أحقية[٢] تمتع هذا الشخص الذي لم يتعاقد لأغراضه الشخصية أو العائلية بل لأغراض تجارته أو عمله في مدى اعتباره مستهلكاً يستحق الحماية أم لا.

فأول الخلاف بدأ مع نص قانون حماية المستهلك الفرنسي الصادر في ١٩٩٣/٧/٢٦ وتعديلاته المتوافقة مع التوجيه الأوروبي وبالذات

---

(1) Cass Civ 1er CH 28 Aviril 1987, JCP. 1987 ed g, 11, 20893note paissant, RT CIV .(١) 1987. p. 537 ob s. Mestue.

، مشار إليه لدى د. عادل أبو هشيمة مرجع سابق، ص ١١٦، ولدى د. حسن جمعي، مرجع سابق، ص ١٧٧. أنظر مثلاً القانون الانجليزي لعام ١٩٧٧ بخصوص الشروط الجائرة – أستاذنا د. أحمد شرف الدين عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ١٤١-١٤٩ 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^0 22007 note.

مشار إليه لدى د. حسن جمعي، مرجع سابق، ص ١٧٨. Paisan

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 ١٩٩٤ 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[١] 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 فهو مستهلك[٢]. 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 ٢٠٠١/١١/٢٢ وتحت بند الشروط التعسفية أو المجحفة قالت (إن المستهلك بالمعنى الوارد في المادة الثانية من التوجيه الأوروبي رقم ٩٣/١٣ والصادر بتاريخ ٩٣/٤/٥ بشأن الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلك هو فقط الشخص الطبيعي) [٣].

---

(١).يمكن مراجعة د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ٢٤، وهامشها وكذلك د. حسن جمعي، مرجع سابق، ١٦٦-١٨٦، ود. محمد حسين منصور مرجع سابق١١١-١١٧.

(٢) أنظر في هذا الشأن

Cass Civ 24/1/1995. D. وانظر كذلك: Cass. Civ. 1995 m B. C 1. p510. 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 ٢٥، ود. محمد حسين منصور، ص١١٥.

(١).راجع في ذلك

C. Rondey, Le Consommateur estune personne physique. Le Dalloz Junisprudence. P 90 et. S 2002 أو راجع على موقع محكمة العدل الأوروبية على الانترنت العنوان التالي: www.curia.eurpa.eurpa . http/ .eu .htm

وعلى النقيض من ذلك فقد ظهر جانب كبير من الفقه يؤيد ويبرهن على أن حماية الشخص غير المحترف تندرج تحت بند حماية المستهلك متبنين 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)[١]. 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.

لا بل وأكثر من ذلك ذهب جانب من الفقه إلى أن القانون الفرنسي بشأن حماية المستهلك الصادر على أثر التوجيه الأوروبي في عام ٩٣ وتعديلاته في عام ٩٥ والسابق الإشارة إليها، نفسه قد تبنى الحماية التي تشمل المستهلك بمفهومه الواسع انطلاقاً من المادة ٣٥ من القانون الفرنسي بشأن الشروط التعسفية لعام ١٩٧٥ بشكل حاسم وصريح بتحديده أن الحماية تشمل كل من لم تتوفر له الخبرة في مجال التعاقد[٢].

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 اقدامها على الأخذ بالمفهوم الواسع لمعنى المستهلك ففي قرار لها في ١٩٩٦/١/٣ رفضت انتفاع المهني من الحماية المنصوص عليها في قانون ١٩٧٨ لصالح المستهلك وغير المهني فكان القرار التالي (إن المادة ٢٥ من قانون مارس ١٩٧٨ 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)[٣].

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

---

(٢).يمكن مراجعة د. حسن جميعي، مرجع سابق ص ١٧٩، ود. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ١١٥.

(١).د. حسن جميعي، مرجع سابق، ص ١٨٠، ود. نوري محمد خاطر، مرجع سابق، ص ٧٤-٧٥.

(٢).أنظر في عرض هذه الأحكام.د.عادل ابو هشيمة- مرجع سابق هامش ص١١٦-١١٧ و د.محمد حسن قاسم – مرجع سابق ص٧٠-٧٤ .

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 بالمشرع 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 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.

---

(١).راجع المادة ٧٥ من قانون التجارة المصري رقم ١٩٩٩/١٧، وأنظر كيف يحمي المتعاقد أمام مورد التكنولوجيا دون تحديد لأي غرض قد تعاقد على هذه التكنولوجيا، وهو ما يجب العمل به في حماية المستهلك.

وهذان الموضوعان هما السريان الزماني 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[١].

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[٢]. والترخيص باستعمال برنامج[٣] 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

---

(١).أستاذنا د. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام ج١، مرجع سابق، ص ٦٢-٦٣. ود. أنور سلطان، مرجع سابق ص ٢١-٢٢.

(٢).نص المادة ١٩٩ من القانون المدني الأردني (١- 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 ٢٠٤ من القانون المدني المصري والمادة ١٨٠ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٣).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 ١٧٤، و د. خالد مصطفى فهمي، الحماية القانونية لبرامج الحاسب، مرجع سابق، ص ٨٦ وما بعدها.

وهي لا تكون كما رأينا إلى مالا نهاية ففي الغالب تعطى فرصة ثم يتم تحديد سقف أو حق بالفسخ أوبالتراجع... 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 ١٦٠ من القانون المدني المصري أنه (إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض)[١]. ويرى الفقه في ذلك أن العقود فورية التنفيذ ينسحب فيها أثر الفسخ على الماضي حيث يعتبر العقد كأن لم يكن وتزول كل آثاره[٢].

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)[٣]. 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.

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

---

(١).تقابل المواد ٢٤٨ مدني أردني والمادة ٢٠٦ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٢).راجع في ذلك د. السنهوري = مرجع سابق، ص ٢٠٧، ود. سليمان مرقص، مرجع سابق ص ١٠٩ وما بعدها.

(١).د. أحمد شرف الدين، نظرية العقد، مرجع سابق، ص ٦٤، ود. أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٢.

البدء بهذا السريان ووقت الانتهاء[١] 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 وبقصد 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 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[٢] أو عقود مقاولات البرامج[٣] 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[٤] من تعريف عقد الترخيص بالاستعمال[٥] فيما لو تم إعداد برنامج معين لشخص معين بهذا النوع من العقود بقولهم (هو ذلك العقد الذي يتفق

---

(٢).د. أحمد شرف الدين، عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص ١٦١.

(١) Undertaking from technical employees, professional services agreement

(٢) Software development agreement

(١). د. حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص ٣٣، ود. حمد خاطر، مرجع سابق، ص ١١٢، وفي هذا الشأن أيضاً يمكن مراجعة: Michel Rennie – Computer contract – Sweet and Maxwell – London, 1999.P.48.

(2) Software License Agreement / ويقسم عقد الترخيص بالاستغلال إلى عقد ترخيص استئثاري exclusive وهو ترخيص لا يجوز معه منح تراخيص أخرى من المالك إلى مستخدمين آخرين لاستخدام البرنامج. وغير استئثاري Non Exclusive وبه يجوز منح ترخيص استغلال البرنامج نفسه لمستخدمين آخرين/ يمكن مراجعة معجم الكيلاني لمصطلحات الحاسب الآلي، مكتبة لبنان، ١٩٩٧، ص ٣٤٩، ود.= =شحاته غريب شلقافين برامج الحاسب الآلي والقانون، مرجع سابق، ص ٨٠-١٠٠، ود. خالد مصطفى فهمي، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي، مرجع سابق، ص ٩٠ وما بعدها.

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 موجود بسوق العمل من شروط وعقود نلاحظ ما يلي:

أولاً: المدة دائماً محددة في مثل هذه العقود والتي يرخص 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:

١. 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[١].
٢. 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 والتقيد بها الأمر الذي يجيز للمرخص دائماً إلغاء الترخيص فيما لو خولفت و ذلك لان المرخص له لمدى الحياة يمكن أن يدفع بدل الترخيص مرة واحدة ويمكن أن يدفع بطريقة إيجار الترخيص وذلك على فترات معينة.
٣. 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[٢].

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[٣] والذي هو البرنامج وطبعاً إن

---

(١).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 ٧٠-٨٥.

(٢).راجع سابقاً الشروط النموذجية ص.

(١).د. حسن جميعي مرجع سابق ص ٧٦-٨٠، د. محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص ٨٢ 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، ١٩٩٦، ص ٢٨٧ وما بعدها.

عقود الإيجار محورها المدة، أو الوقت الذي يشكل بديلاً للثمن في المحل. وهو محور المنفعة بالمأجور ويؤكد على ذلك في عقود الإعداد ما يلي:

١. 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[١].

٢. 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 ببرنامجه في ضوء الغرض الذي من أجله تم إنتاج البرنامج وهذا دليلاً آخر على دور المدة أو الوقت في مثل هذه العقود[٢].

٣. يرى الفقه أن أية مميزات يمنحها مؤلف البرنامج مثلاً أو مورده إذا كانت له الملكية للمستخدم كبعض أشكال الاستعمال والاحتفاظ بنسخ احتياطية إنما تتم في ضوء كونها لازمة لحق الاستعمال ومرتبطة به مثل حق النسخ المقيد.. الخ. وقد قضت محكمة استئناف مونبليه برفض تكييف 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[٣].

ثالثاً: ولنا دليل على دور المدة وأهميته بالشرط المشهود الذي تضعه شركة مايكروسوفت[٤] 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).

---

(٢).يمكن مراجعة المواد ١٤٣ و١٤٥ و١٤٧ و١٤٩ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية المصري الكتاب الثالث حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الجريدة الرسمية عدد ٢٢ مكرر ٢٠٠٢/٦/٢ وهي تقابل المواد ٩/ و٧ من قانون حماية حق المؤلف الأردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ – الجريدة الرسمية عدد ٣٨٢١، ١٩٩٢/٥/١٦.

(١).احمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مرجع سابق، ص٢٥٠، ود. نصيره بو جمعة سعدى، مرجع سابق، ص١٦٢-١٦٣.

(٢).أشار إليه د. حسن جميعي، مرجع سابق، ص ٧٨
.Montbtellier-2Jullet.1991-ede,1,141n^{0}9.

(٣).هي شركة برمجيات يعمل فيها حوالي ١٦ ألف موظف وتبلغ مبيعاتها السنوية ٦ مليارات دولار وتقدر قيمتها السوقية ب ٥٠٠ مليار دولار ويملك بل غينس لوحده ٨٠% من أسهمها، طبعاً وهي كبرى شركات البرمجة في العالم. د. فاروق الحفناوي، قانون البرمجيات، مرجع سابق، ص ٢٢.

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[١].

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[٢]، 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[٣]، 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 أمكانية تجديد هذه العقود ونقصد 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 ضمنياً 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 بلقاء الأطراف فالتقاءهما لا يعني التجديد ولكن يعني المفاوضات على التجديد[٤].

و فيه 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

---

(١) د. فاروق الحفناوي، موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات، ج١، ص ٧٠ وما بعدها. وهيكتور ماكيوين، مرجع سابق، ص ١٣٣، وكذلك يمكن مراجعة د. أبو العلا علي النمر، مرجع سابق، ص ٧٧-٨٥، ود. خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص ٩٧-٩٨.

(٢) المادة ٥٨٦ فقرة ١/ من القانون المدني المصري تقابل المواد ٦٦٦ و٦٦٧ مدني أردني والمادة ٧٠٣ فقرة ١ مشروع فلسطيني.

(٣) تنص المادة ٦٧٠ 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 اخرى والطرفان ساكنان تجدد العقد لازماً عليها) قريباً من هذا المعنى المادة ٥٦٣ مدني مصري، والمادة ٦٦٩ مشروع مدني فلسطيني.

(١).راجع المواد ٥٩٨ و٥٩٩ مدني مصري والمواد ٧٠٧ مدني أردني والمواد ٧١٦ و٧١٨ مشروع مدني فلسطيني.

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[١].

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 استلهام 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[٢].

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 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 ترخيص 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[٣] كأن يطلب معد أو منتج البرامج تجهيز المستخدم لنفسه أو بأية

---

(١).راجع في هذا د. نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص ١١٦، ود. حسن جميعي، مرجع سابق ص ٦٢-٦٦.

(٢).أستاذنا د. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص ٦٢. د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٢١، د. السنهوري، مرجع سابق، ص ٢٥٦.

(١).ذكرنا سابقاً ان هذا العقد يمكن ان يتم تنفيذه النهائي بعد اجتياز عدة مراحل وبالذات قضية اختبارات القبول الأولية والثانية وكذلك بعض البرامج التي تعرف في الغرب، of the shelf والتي توحي 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

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 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 برنامجه ولتتصرف 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 باعتها متنازلة في هذه الصفقة أو العقد وبصورة جلية وواضحة عن حقوق الملكية كاملة بحيث ينعقد العقد فورياً 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 سيستعمل فيه البرنامج[1] فمثلاً القيام بإعداد أو

المستخدم القيام بأعمال لبدء سريان عقد الترخيص – راجع سابقاً ص ، وكذلك يمكن مراجعة د. فاروق الحفناوي، موسوعة الكمبيوتر ونظم المعلومات، نماذج عقود ج١، ص ٩٠ وص ٢٤٢ وما بعدها.

(1) Michel Rennie – Computer contract – Sweet and Maxwell – London, 1998 p.51.

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[1].

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).

او 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 وسيطين مثلاً

ويمكن مراجعة الكيلاني، مرجع سابق، ص ٣٤٩ ود. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ١٨٤.

(1) Henry Carr and Richard Arnold – Computer Software – Legal protection in the United Kingdom. 3erd ed. London, Sweet and Maxwell, 1998. p.7.

ويمكن مراجعة د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ٩٠، وما بعدها، ود. شحاته شلقامي، مرجع سابق، ص ٤٣ في تعليق على التوجيه الأوروبي الصادر في ١٩٩١/٥/١٤ 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 فقد أعطت هذه الاتفاقية لحماية البرامج بعداً عالمياً وربطت موضوعات حمايتها بآليات محددة لا تستطيع الدول الفكاك منها مما انعكس على تشريعات هذه الدول وأهم ما جاء فيها أنها عممت حماية البرامج بموجب حق المؤلف باعتبار البرامج مصنفات أدبية (م ١١ ف ١) نصوص الاتفاقية منشورة بالجريدة الرسمية ٢٤٤ في ١٩٩٥/٥/١٥، ص ٣٩٧. راجع في هذا الشأن د. أسامة أحمد بدر، مرجع سابق، ص ١٣ و١٤، وكذلك د. محمد حسام لطيفي، في تأثير اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تربس) على تشريعات الدول العربية – القاهرة ٢٠٠٠.

(قرص مرن Floppy و CD) فلا يجوز لـه أي للمستخدم استعمال كلا الوسيطين على جهازين مختلفين كما لا يجوز له تأجير أو إقراض أحدهما للغير[١].

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 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 الكبيرةوالبنوك 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[٢].

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.

---

(١).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، ص١٩٠ وكذلك يمكن الرجوع إلى Raysman and Broun. PR. P. 190 وهيكتور ماكويين، مرجع سابق، ص١٢٥.

(٢).د. فاروق الحفناوي، قانون البرمجيات، مرجع سابق، ص١٣٣، وكذلك يمكن مراجعة Henry Carr and Richard – Computer Software – PR. P 9.

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 سيكون في داخل هذا الإقليم[1]. وفيما يتعلق كذلك بتحديد المحكمة المختصة محلياً بنظر النزاع فإن القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ٤٩ 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 المدعي عليه، وإذا تعدد المدعى عليهم يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها محل إقامة أحدهم بحسب اختيار المدعي. 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 ضمنياً 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 المطبق على الالتزامات العقدية روما ١٩٨٠) [3]. 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

---

(١). المادة ٤٩ من قانون المرافعات المصري والمادة ٢٥ من القانون المدني المصري.

(١).أستاذنا د. أحمد شرف الدين، عقود التجارة، مرجع سابق، ص ١٨٣. ود. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ٧٨٧.

(١).والتي نصت في المادة ٢ و ٣ منها على حرية الأطراف باختيار القانون الذي سيحكم العقد مع إشارتها لضوابط معينة في ذلك.

of contract وهذا القانون هو الذي يختاره الطرفان عند التعاقد صراحة أو ضمنياً[١].

وهو نفس المعنى الذي جاءت به المادة الثالثة من اتفاقية روما في المادة الثالثة منها بقولها (يحكم العقد القانون المختار بين الأطراف)[٢].

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[٣].

وهو نفس ما جاء في قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ حيث نصت المادة ٢٨ منها (تفصل هيئة التحكيم بالنزاع وفقاً لقواعد القانون المختار بين الأطراف باعتبار واجب التطبيق على موضوع النزاع) [٤].

وكذلك جاءت اتفاقية مكسيكو المبرمة بين الدول الأمريكية في عام ١٩٩٤ والخاصة بالقانون واجب التطبيق على العقود الدولية حيث نصت المادة السابعة على أن (يحكم العقد القانون المختار بين الأطراف...) [٥].

وهذه الأحكام التي أتت بها اتفاقيات دولية تتوازى وتتساير مع أحكام التشريعات الوطنية في هذا الشأن فالمادة ١٩ من القانون المدني المصري تنص على (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد بها الموطن المشترك للمتعاقدين. إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد التطبيق) [٦].

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

---

(٢)د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص ١٧٩.

(٣).نصوص الاتفاقية منشورة في Revue Critique de droit inteunational prive ص ٨٧٥ وما بعدها.

(٤).المادة ٨ من الاتفاقية أشار إليها د. عادل أبو هشيمة – مرجع سابق، هامش ص ٦٨.

(٥) نصوص هذا القانون منشورة Revuede 1 arpitrage 1986. pp. 601-615.

(١) نصوص الاتفاقية منشورة في Revue Critique de droit internetinal prive, 1995 ص ١٧٣ وما بعدها.

(٢) تقابل المادة ١/٢٠ من القانون المدني الأردني والمادة ٦٢ من القانون الدولي الخاص التونسي الصادر في ١٩٩٨/١١/٢٧ والمادة ٢٩ من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وأغلب قوانين التحكيم الصادرة في الوطن العربي منحت الأطراف حرية اختيار القانون المطبق على النزاع ألزمت محكمة للتحكيم بأعماله.

في فقرتها الأولى جعلت القانون الذي يطبق على العقد هو قانون الدولة التي يرتبط بها العقد بأوثق الروابط[1]. 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 أكدت عليه لائحة مجلس الجماعة الأوروبية رقم ٢٠٠١/٤٤ المتعلقة بالاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام في المسائل المدنية والتجارية والتي دخلت حيز التنفيذ في شهر مارس ٢٠٠٢ 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[2].

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)[3].

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

---

(١).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= =١٩/يونيو ١٩٨٠ وتقديم د. هشام صادق منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠. وكذلك يمكن مراجعة أستاذنا د. احمد شرف الدين – عقود التجارة – مرجع سابق، ص ١٧٠-١٧٥.

(٢).يمكن مراجعة د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ٩٥-٩٦. وكذلك يمكن مراجعة اللائحة نفسها على الموقع الالكتروني التالي:

(١).يمكن مراجعة د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٩٩.

فيه الجزء المركزي أو الجوهري[١]، هذا العقد 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[٢]

الفرع الثاني
اتفاق الطرفين

بينا 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[٣]. 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[٤].

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

---

(٢).يمكن مراجعة د. هشام صادق، مرجع سابق، ص ٧٩٠ ود. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٢١٠، ود. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج٢، ط٩، الهيئة العربية للكتاب، القاهرة ١٩٨٦، ص ٤٤٠.

(٢).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.

(١).يمكن الرجوع إلى د. فاروق الحفناوي، موسوعة الكمبيوتر ونظم المعلومات، مرجع سابق، نماذج العقود، ص ١٠٧.

(٢).د. أبو العلا علي نمر، دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما "اليونيدروا" المتعلقة بعقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٩٠ – ١٠٠. وكذلك نفس المؤلف، دور المستشار القانوني، مرجع سابق، ص ٩٢.

تطبيقها اختيار قانون آخر لا يكفل مثل هذه الحماية خصوصاً إذ كنا أمام اختيار مصطنع لقانون معين الهدف منه التهرب فقط[١].

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 آمره[٢].

ويلاحظ كذلك أن هذا المبدأ قد ورد في لائحة المجلس الأوروبي رقم ٢٠٠١/٤٤ والسابق الحديث عنها حيث قررت المادة ١٦ منها أنه لا يمكن رفع الدعوى على المستهلك إلا أمام محاكم الدولة العضو التي يوجد بها موطنه، أما أذا كان المستهلك هو المدعي فله الخيار بين رفع الدعوى أمام محكمة موطنه أو أمام محكمة الدولة العضو التي بها المدعى عليه وقد أوضحت المادة ١٧ من نفس اللائحة بطلان الشروط المحددة للاختصاص القضائي في العقد المبرم مع المستهلك. ولقد ذهبت بعض التشريعات المعاصرة إلى التعطيل 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 ١٠ 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 ١٩٩٩[٣] Uniforin

---

(١).أستاذنا د. أحمد شرف الدين، عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص ١٨٤. ود. عادل أبو هشيمة حوته، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص. مرجع سابق، ص ١٣٢.

(٢).د. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، مرجع سابق، ص ٩٨. ويمكن مراجعة المادة ٥ من الاتفاقية، مشار إليها سابقاً. وكذلك د.شرف الدين، المرجع السابق، ص ١٨٤، وما بعدها.

(1) Wipo. Primer on electronic commerce and instinctual property issues. May/2000

Computer information transactions 1999، فبعد أن أتاح للمتعاقدين 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) [١].

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 منطلقة 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[٢].

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[٣]، 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.

دراسة قامت بإعدادها الوايبو بعنوان دراسة مبدئية في التجارة الالكترونية ومسائل الملكية الفكرية في ٢٠٠٠/٥ وهي متاحة على الموقع الالكتروني التالي: -wwwe commerce.Wipo.int

(١) المادة ٢/١٨٧ نفس الحكم جاء في المادة ١٢٠ من القانون الفيدرالي السويسري لحماية المستهلك يمكن مراجعة د. عادل أبو هشيمة حوته، مرجع سابق، ص ١٢٢. والمادة ٦ فقرة ٢ من التوجيه الأوروبي رقم ٩٣/١٣ 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 عضو ليطبق على عقدهم.

(٢) د. عادل أبو هشيمة ، مرجع سابق، في اقتباس عن الفقيه الألماني NEUHAUS، ص ١٢٠.

(1) 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

تمهيد وتقسيم :

بعد التعرف من خلال الباب الأول من هذه الأطروحة على التراضي المحل في عقود الإعداد وبعد محاولة تحليل الطبيعة القانونية لهذا العقد من خلال دراسة لبعض عقود الإعداد النموذجية ومحاولة تفسيرها عبر تحليل النظام القانوني المرافق لإبرام عقود برامج الحاسب الآلي. فإن بحثنا في هذا الباب سوف ينصرف إلى تحليل الآثار القانونية المترتبة على هذا التعاقد من خلال تحليل المشكلات الخاصة بتحديد الحقوق والالتزامات المترتبة على التعاقد.

إن مرحلة تنفيذ العقد يجب أن تتم طبقاً لما اشتمل عليه العقد وبطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية[1] وبما أن مرحلة التنفيذ هي المرحلة التي يلتزم فيها كل طرف في العقد تنفيذ ما التزم به فمن الضروري بمكان بيان هذه الالتزامات وتحديد نطاقها والآثار التي تترتب على الإخلال بها.

وعليه سوف يقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول نتحدث في الفصل الأول عن الالتزام بنقل الملكية على الرغم من أنه يدخل في نطاق التزامات الأطراف وبالذات التزامات المنتج أو المتعهد، ولكننا أفردنا له فصلاً مستقلاً لما له من خصوصية في مجال عقود الإعداد. أما في الفصل الثاني فسوف نبحث فيه التزامات الأطراف ونقصد التزامات أطراف عقد الإعداد سواء المستخدم (المستفيد) أو المبرمج (منتج متعهد) كيفما اتفق والتي يفرضها العقد والقانون على كل منهما مع بحث في مسؤولية هؤلاء الأطراف عند الإخلال في هذه الالتزامات، ونختم هذا الباب بفصل نعالج فيه كيفية انتهاء هذه العقود سواء بالوسائل العادية للانتهاء أو بالوسائل غير العادية.

---

(١). المادة ٤٨ مدني مصري (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)، تقابل المواد ٢٠٢ مدني أردني، و١/١٨١ مشروع فلسطيني.

الفصل الأول
نقل الملكية

رغم أن الحديث عن نقل الملكية يندرج في بحث الحديث عن الآثار التي تنتج عن العقد وفي التزامات الأطراف تحديداً إلا أن الملكية في برامج الحاسب الآلي تتعلق بحقوق الملكية الفكرية ولهذا حرصنا عبر هذه الدراسة بتخصيص فصل كامل نعالج أحكامها فيه.

إن المبدأ العام في القانون المدني أن الملكية تنتقل بحكم العقد أي بمجرد تمامه[١] وعلى ذلك تنص المادة ١/١٩٩/ من القانون المدني الأردني (لتثبيت حكم العقد في المعقود عليه وبدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء آخر ما لم ينص القانون على غير ذلك.

ولهذا المبدأ استثناءات وهي في حالة كون المحل معيناً بالنوع فالمشرع المصري وأسوة بغيره من التشريعات المدنية نص في المادة ٢٠٥ من القانون المدني في الفترة الأولى (إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء) [٢]، هذا إذا لم يقضي الاتفاق بتأجيل نقل الملكية إلى ما بعد إبرام العقد كما هو الحال في البيع الإيجاري[٣].

ولكن إن قضية الملكية في عقود الإعداد تطرح تساؤلاً مهماً للغاية بالنسبة للعاملين في مجال تطوير وإعداد البرامج أياً كانوا مستثمرين أم مبرمجين أو رجال أعمال... الخ من عدة جوانب أبرزها أن استخدام مصطلح الملكية ذاته في عقود الإعداد يجب أن يتم بحذر شديد لتعلقه بأموال غير مادية (معنوية) فهل يبرز مصطلح الملكية بحد ذاته معنىً كافياً في نطاق الملكية الفكرية وبالتالي يجب فقط استخدام مصطلح الملكية عند حدثينا عن معدات عقود الإعداد مثل الجهاز نفسه أو ال Hard ware أو مكوناته والابتعاد عن البرامج كمصنفات أدبية والابتعاد بها عن مجال أعمال القواعد العامة في الملكية خصوصاً بعد جنوح أغلب دول العالم وعبر تشريعاتها الوطنية أو عبر معاهدات دولية إلى اعتبار برامج الحاسب من ضمن الأعمال الذهنية والأدبية التي يجب حمايتها عبر قوانين حماية حقوق المؤلف أو قوانين حقوق الطبع[٤].

---

(١).راجع المادة ٢٠٤ مدني مصري والمادة ١/١٨٠ مشروع مدني فلسطيني.

(٢).تقابل المادة ١/٢٦٢ مشروع فلسطيني.

(٣).راجع المواد ٢/١/٤٣٠/ والمادة ٢/٢٢٤ مدني مصري، والمواد ٤٨٧ مدني أردني و٤٦٦ مشروع فلسطيني.

(١). يقابل حق المؤلف في دول الشريعة الانجلوساكسونية ما يعرف بحقوق النسخ أو الطبع "Copyrights" ويحكم هذا الموضوع في المملكة المتحدة قانون حقوق الطبع والتصاميم وبراءات الاختراع لعام ١٩٨٨ وتعديلاته في عام ١٩٩٥ حيث تضمن فيه حماية قانونية

ونظـراً لهـذه الخصوصـية والتشـعبات المتعلقـة فـي الموضـوع وقبـل الحديث عن جوانب الملكية الفكرية وكيفية التعامل بها إن لم نقل نقلها أو بيعها (طبعاً يباع الحق المالي فقط) كما سنرى لاحقاً سنبحث في عجالة كيفية نقل الملكية في الأموال المادية عبر مبحث أول ليكون تمهيداً لنا في البحث في حقوق الملكية الفكرية وكيفية انتقالها في المبحث الثاني من هذا الفصل.

لبرامج الحاسب الآلي. وبوجه عام هناك تشابه كبير في المبادئ العامة التي تحكم حق المؤلف في دول الشريعة اللاتينية وحقوق الطبع في دول الشريعة الانجلوساكسونية فالنتائج والحلول القانونية في كلا الشريعتين تتشابه الى حد بعيد الا ان هناك فارق أساسي يبقى بينهما حيث ان تركيز دول الشريعة الانجلوساكسونية يبقى على الحق المالي للمؤلف والتي تسميها economicny في حين أن الدول اللاتينية تعني بحماية أكبر لشخص المؤلف وترى في الاعتداء على مؤلفة اعتداء عليه وأن حقوقه الأدبية لصيقة بشخصه لا تسقط ولا يمكن التنازل عنها. راجع في ذلك د. حسام لطفي – المرجع العلمي في الملكية الأدبية والفنية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء – الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ١٣. وفي ملكية البرامج كمصنفات أدبية يمكن مراجعة المادة ١٣٨، ١٣٩، ١٤٠ – القانون المصري الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢. ونص المادة ٢ من قانون حماية حقوق المؤلف الأردني، رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢. منشور بالجريدة الرسمية عدد ٣٨٢١ بتاريخ ٩٢/٥/١٦. والقرار التوجيهي الأوروبي رقم ٩١/١٣ في مادته رقم ٢ واتفاقية تربس السابق الإشارة إليها في المادة العاشرة والحادية عشرة والثانية عشرة منها.

المبحث الأول
الالتزام بنقل ملكية الأموال المادية

بينا فيما سبق أنه يجب عدم الخلط بين برنامج الكمبيوتر نفسه باعتباره كيان منطقي يمثل كافة العناصر غير المادية اللازمة للتعامل مع جهاز الحاسب والتي تكون تعليمات وأوامر مكتوبة بإحدى لغات البرمجة بقصد الوصول إلى نتيجة معينة والتي توجه إلى الكيان المادي وهو الكمبيوتر أو الحاسب نفسه وملحقاته من الأجهزة[١] المادية والتي من خلالها سيقوم البرنامج بتأدية وظائفه على أكمل وجه.

وبالتالي يجب عدم الخلط بين برامج الكمبيوتر نفسها باعتبارها أشياء غير مادية والأجهزة التي تعمل عليها Hardware باعتبارها كيان مادي محسوس.

هذا بالإضافة إلى ملاحظة مهمة جداً وهي أننا يجب أن لا نخلط فيما بين البرنامج وبين الوسيط المادي الذي أفرغ فيه البرنامج " Material Object"[٢] والذي يشكل الوعاء الذي خزن أو حمل أو ثبت فيه البرنامج، سواء كان هذا الوعاء ورق عادي[٣]، أو تم تحويله من معادلات على ورق عادي الى صورة يستطيع الجهاز قراءتها والتفاعل معها عبر

---

(١).د. شحاته غريب شلقامي، الحق الأدبي لمؤلف برنامج الحاسب الآلي، دار النهضة العربية – القاهرة، ٢٠٠٤، ص ١٨. د. خالد حمدي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ١٥٥، ود. محمد حسام لطفي، مرجع سابق، ص ١٦.

(٢) حيث يورد الدكتور فليب ارمور أن القضاء والفقه في الولايات المتحدة لا يرى في برامج الحاسب الآلي منتج بالمفهوم التقليدي للمنتج .The Laws of Software P.R Phillip G .Armour ،Process

(الفصل الرابع٢٠٣ p natural of software development)

(١).وهو ببساطة البرنامج في صورته الأصلية أي في صورته الأولى كما كتب بها أول مرة بإحدى اللغات التي تكتب بها البرامج عادة لذلك يطلق عليه البعض The source code أو أصل البرنامج ويطلق عليه أيضاً الصورة القابلة للقراءة آدمياً Human readable form وهذا لا يسلم لأحد ولا يسمح لأحد بالاطلاع عليه ولا يعطى العميل نسخة منه، وذلك لأهميته وسريته وعادة ما يتكون من معادلات رياضية وخوارزميات. وللتبسيط أكثر نقول مثلاً إن الخوارزمية التالية (٩٨٢٤٥٤٩٥٩٤٨٣) هي رمز عندما يكتب البرنامج على ورقة في نسخته الأولى يظهر من خلالها كلمة "Microsoft" التي تظهر لنا على الشاشة عند بداية تشغيل برامج النوافذ Windows التي تعمل على نظام "IBM" يمكن مراجعة:

Prof.. Eben moglen. Software as property the theoretical paradox E-mail//mailto: moglen@Columbia.edu p.2.3. وكذلك يمكن مراجعة د. فاروق الحفناوي، قانون البرمجيات، مرجع سابق، ص ٨٦-٨٨. ود. خالد عبد الرحمن، مرجع سابق، ١٣٠-١٣١.

إفراغه بلغة يفهمها الجهاز عن وسيط مادي بلغة يفهمها الكمبيوتر إلى ذاكرة الكمبيوتر نفسه[١].

وللتفرقة ما بين البرنامج وشكله المادي أهمية كبيرة تتجسد في أن الصورة الشائعة لتداول البرامج إنما تكون عبر الترخيص بالاستعمال والذي يشكل إذناً من المؤلف أو صاحب الحق للمستخدم (المرخص له) باستخدام البرنامج في حدود الشروط الواردة في عقد الترخيص أو عقد الإعداد، وفي هذه الصورة لا يشتري المرخص له إلا الوعاء المادي الذي يحتوي البرنامج أما البرنامج عينه فإنما يرخص له فقط باستعماله في الحدود المتفق عليها أو المقررة قانوناً وبالتالي يكون ما يدفعه المستخدم هو مقابل استخدام البرنامج بالإضافة إلى ثمن الوعاء المادي[٢].

هذا من ناحية أما من ناحية أخرى فإنه يترتب على التفرقة ما بين الأجهزة ومعداتها ومستلزمات البرامج كأدوات تحميلها والبرامج نفسها نتائج قانونية بالغة الأهمية، فكل منها يخضع لنظام قانوني مختلف تماماً عن الآخر وذلك بسبب الاختلاف الذي يواكب طبيعة كل منها.

ونظراً لهذا الاختلاف سوف نبحث في هذا المبحث قضية انتقال ملكية الأجهزة ومستلزماتها وأوعية البرامج عبر مطلبين نبحث في المطلب الأول انتقال الأموال المعنية بالذات وفي المطلب الثاني انتقال الأموال المعنية بالنوع، وذلك كله تمهيداً لبحثنا في ملكية البرامج وكيفية انتقالها في ضوء قوانين الملكية الفكرية في المبحث الذي يليه.

المطلب الأول

الأموال المعينة بالذات

على الرغم أن موضوعنا الأساسي هو التعاقد على برامج الحاسب وليس على الأجهزة أو ملحقاتها إلا أن الدافع فيما وراء إدراج هذه الأشياء كأموال يجوز التعاقد عليها في عقد الإعداد كان هو العقد المشهور في

---

(٢).تسمى هذه العملية برنامج الهدف The object code وتكون عبر تحويل المعادلات إلى صورة يفهمها جهاز الكمبيوتر ويتعامل معها ويطلق عليها الصورة القابلة للقراءة عن طريق الآلة Machine readable form. وهي النسخة التي تحمل فعلاً على جهاز الكمبيوتر أو تحفظ على وسيط مادي مثل ال CD على شكل برنامج نضعه في جهاز الكمبيوتر ليقوم عبره بوظائف معينة وهو في الغالب الشائع ما يكون محل التعاقد في عقد الإعداد/ راجع في ذلك المراجع المشار إليها أعلاه وكذلك د. حسن جميعي، مرجع سابق، ص ٦٠-٧٢. ود. عزة خليل، مرجع سابق، ص ٣١-٣٣ .وكذلك انظر: Stephen Fishman ,Legal Guide to Web & Software Development ,p215 .

(١).د، خالد حمدي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ١٥٥، د. علاء الدين فهمي وآخرون، موسوعة دلتا كمبيوتر ٤، مرجع سابق، ص ٢٦، و د. حسن جميعي ص ٦٧-٦٨. د. عزة خليل، ص ٣٣، ود. فاروق الحفناوي، ص ٨٤-٨٥.

مجـال البـرامج والـذي يطلـق عليـه اسـم نظـم المعلومـات المتكاملـة أو Turnky systems[1] والذي نلاحظ فيه شموله على العديد من العناصر مثل أجهزة الكمبيوتر والبرامج والخدمات الأخرى مثل التصميم والتركيب Installation والتشغيل والصيانة إلخ.. والذي لا بد من تضافر جهود وخبرات متعددة للقيام بمثل هذه المشروعات والتي يصل وقت تنفيذها في بعض الأحيان لعدة سنوات وتكلف مبالغ طائلة.

وعودة على بيان مفهوم الأجهزة والمعدات كأموال من الممكن التعاقد على بيعها في ضوء نظم المعلومات المتكاملة أن الرأي السائد في الفقه يعتبر عقود نظم المعلومات المتكاملة من عقود المقاولة[2]، وهذا ما يجعل الأمر يسيراً بالنسبة للمستخدم بحيث أن عقود المقاولة في مجال الإعداد تتميز بوجود مدين واحد [مقاول واحد] يلتزم بتوريد النظام المتكامل ويقع عليه عبء التنسيق والإشراف على مقاولي الباطن إن وجدوا وهو من يتحمل المسؤولية القانونية أمام المستخدم بحيث أن التزامه هو كل متكامل على الرغم من احتواء المشروع محل التعاقد على مكونات وعناصر متباينة لكنها لا تقبل التجزئة فهذا العقد يفترض مسؤولية المقاول عنها في مجموعها.

ومن أهم البنود في هذه العقود وهو البند الذي دفع بنا إلى مناقشة قضية الأجهزة وملحقاتها هو بند غالباً ما نجده فيها، وهو البند الذي يتحدث عن ملكية الأجهزة والذي دائماً ما يرد على النحو التالي (تنتقل إلى المستخدم أو العميل أو الطرف الأول أو الثاني حسب مسماه في العقد)، ملكية الأجهزة بمجرد قيامه بسداد القيمة المستحقة عنها كاملة (أو بمجرد قبوله وكيفما اتفق) أما البرامج فتظل مملوكة للمقاول (الجهة المالكة حسب

---

(١). سبب التسمية لأنه في نهاية هذا المشروع يتسلم المستخدم مشروعاً كاملاً متكاملاً وما عليه إلا بدء العمل وقد أطلق عليه البعض اسم Systems Integration – نظام متكامل على إعتبار أن التكامل هو أهم مكونات هذه النظم وتسمى الشركات العاملة في هذا المجال system providenr- ويسميها البعض عقود تسليم المفتاح، أنظر في الطبيعة القانونية لعقود تسليم المفتاح ، د.حسن جميعي مرجع سابق ص٩٥ وفاروق الحفاوي عقود الكمبيوتر ج٢ مرجع سابق ص ١٤-١٥. ومعجم الكيلاني لمصطلحات الحاسب الآلي مرجع سابق ص٢٤٠.

(١). د. جمال عبدالرحمن علي-مرجع سابق ص٣٣ وما بعدهاو د. السيد محمد عمران مرجع سابق ص ٥٥ وما بعدها ود. انور أحمد الفزيع –عقد المشورة في مجال الحصول على أنظمة حاسبات آلية- مجلة الحقوق جامعة الكويت ١٩٩٤ع٢ ص١٢٦ وما بعدها، د.عزة خليل-مرجع سابق ص ٤٦-٤٧، ود. حسن جميعي مرجع سابق ص ٨٠-٩٧.

التسمية)، ويرخص فقط للمستخدم باستعمالها وفق الغرض الذي أعدت من أجله[١].

ومثل هذه الشروط تقودنا إلى البحث في كيفية انتقال الملكية بالنسبة لهذه الأجهزة وهي ملكية عادية يحكمها القانون المدني على عكس ملكية البرامج التي تحكمها قوانين الملكية الفكرية.

وبما أن هذه الأجهزة وملحقاتها تعتبر من الأشياء المادية فهي بالتالي يمكن أن تكون معينة بالذات ويمكن أن تكون معينة بالنوع، فإن كانت معينة بالذات وكنا أمام عقد مقاولة فإننا نطبق عليها الأحكام العامة في عقد المقاولة.

إن ملكية الشيء محل عقد المقاولة تظل للمقاول طالما أنه لم ينتهي من تصنيعه[٢]، أما إذا تم الانتهاء من الاستصناع أو التجهيز فالفقهاء على خلاف حول موعد انتقال ملكية الشيء هل هو تاريخ الانتهاء من صنع الشيء محل عقد المقاولة أم هو تاريخ قبول رب العمل لهذا الشيء[٣]، وفي عقود الإعداد نعتقد أن ملكية هذا الشيء تنتقل من تاريخ قبول رب العمل "المستخدم:" للجهاز فنحن قد رأينا كيفية ارتباط هذه العقود بما يسمى اختبارات القبول وحق المستخدم دائماً في رفض القبول لأسباب وجيهة وحق المتعهد في مثل هذه العقود بالحصول على وقت إضافي كما بينا سابقاً.

أما إذا كنا أمام عقد بيع للأجهزة وملحقاتها وكانت هذه الأجهزة سواء عبر نظام العقد المتكامل أم عبر عقود إعداد برامج حاسب إلكتروني قد تم الاتفاق في شق منها على بيع معدات بمواصفات كذا وفق بيان بالأنواع والصفات والحجم أو أن نكون أمام صفقة بيع للأجهزة فقط والمقصود هنا أن الشق الرئيسي للصفقة عبارة عن أجهزة كمبيوتر فقط والتي تشمل في الغالب برامج التشغيل الرئيسية operating systems [حيث تعتبر في التعامل التجاري وليس في الحكم القانوني] جزء من الجهاز[٤]، ففي هذه

---

(١). يمكن مراجعة فاروق الحفناوي/عقود الكمبيوتر ج٢، مرجع سابق ص٢٨، اتفاقية تنفيذ نظام معلوماتي متكامل وكذلك يمكن مراجعة د. حسن جميعي مرجع سابق ص ١٠٢ وما بعدها، وعقود الـ IBM مرجع سابق ص١٩٥.

(٢). راجع المواد ٦٤٦-٦٥٥و٦٥٦و٦٦٥مدني مصري وهي تقابل المواد ٧٨٠و٧٩٢و٧٩٣ مدني أردني والمواد ٨٠٠و٨١٢و٨٢٦مدني فلسطيني.

(٣). د/محمد لبيب شنب-مرجع سابق ص ٤٠-٥١ و د. أحمد عبد العال أبو قرين-المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري عن مضمونها، وصورها وحدودها مع الضمان القانوني- دون ناشر-ط١-=القاهرة ٢٠٠١ ص ٥٢ وما بعدها، المستشار فتيحة قرة، أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٩٢ ص ١٣٦ وما بعدها، ود. السنهوري/الوسيط مرجع سابق، المجلد ٧ ج١ ص١٦ وما بعدها.

(١). توم فورستر "مجتمع التقنية العالمية" ترجمة د. محمد كامل عبد العزيز- مركز الكتب الأردني ١٩٩٩ ص٣٥.

الحالة إذا كانت معينة بذاتها فنطبق عليها أحكام القانون المدني بالنسبة لنقل الملكية وبالنسبة لتسليم أيضاً هذا إذا لم يتفق أطراف العقد على مكان او شيء آخر، فبالنسبة لنقل الملكية تنص المادة ٢٤٠ من القانون المدني المصري على (١-الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينتقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم..)[١] وبخصوص التسليم فتنص المادة ٣٤٧ من القانون المدني المصري على (١-إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك..)[٢].

على أننا نلاحظ في قضية بيع الأجهزة أنها دائماً ما يرافقها اتفاقات أو ملاحق بخصوص مكان التسليم، وعادة ما يتفق الأطراف على أن نقل ملكيتها تكون عبر طرق معينة غير التي نص عليها القانون كما لو اتفقا على أن التسليم سيكون في مكان إعداد الأجهزة أو المصنع أو أن الملكية لا تنتقل إلا بعد إجراء اختبارات القبول وموافقة المستفيد، أو أن يشترط المبرمج أو المتعهد أن يكون نقل الملكية موقوفاً على استيفاء الثمن[٣].

وقد أشار المشروع الفلسطيني إلى نقطة جوهرية يمكن تطبيقها على عقود الإعداد عندما نص في المادة ٤٩٩ [إذا كانت طبيعة المبيع تتطلب تسليم وثائق ملكيته طبقاً للقانون أو العرف الجاري وجب على البائع تسليمها للمشتري)[٤]، وأكيد أن بيع أجهزة أو تصميمها دائماً ما يرافقه وثائق ومستندات بخصوص ملكيتها وتصنيعها وإمكانياتها ومواصفاتها..الخ، فيجب تسليمها كذلك مع هذه الأجهزة وملحقاتها كتوابع لها اقتضى القانون نقل ملكيتها وتسليمها مع المبيع.

المطلب الثاني

الأموال المعينة بالنوع

يتعاقد المستخدم كما أسلفنا على أجهزة ومعدات لأغراض عمل البرامج التي هي صلب وجوهر تعاقده الأصلي لتكون هذه الأجهزة والمعدات الحيز الذي ستعمل به البرامج التي تم التعاقد عليها، وسواء كانت طبيعة العقد هو نظام معلوماتي متكامل "مقاولة أجهزة وبرامج، أم كانت برامج فقط وسيقوم المستخدم بشراء الأجهزة أو سيقوم منتج البرامج

---

(٢). تقابل المادة ١٩٩ مدني أردني و ٢٦١ مشروع مدني فلسطيني.

(١). تقابل المادة ٣٣٦ مدني أردني والمادة ٥٠٥ مشروع فلسطيني.

(٢). راجع المادة ٤٣٠ مدني مصري والمادة ٤٨٧ مدني أردني و ٤٩٦ مشروع فلسطيني.

(٣). أشار المشروع المصري إلى ذلك ولكن بصورة أكثر تعميماً في المادة ٤٣٢ [تشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد دائمة لاستعمال هذا الشيء وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة و قصد المتعاقدين] تقابل المادة ٤٩٠ مدني أردني.

ببيع أجهزة تصلح لبرامجه للمستخدم[١]. فإننا يمكن أن نكون أمام أموال معينة بالنوع (مثليات) حيث يرى الفقه[٢] أن الأجهزة وحتى البرامج التطبيقية التي يوجد مثلها في الأسواق آلاف من النسخ والتي تحمل نفس المواصفات ونفس العلامة التجارية تعتبر من الأشياء المعينة بالنوع.

ومعنى ذلك بموجب القانون المدني المصري أن ملكية هذه المعدات لا تنتقل مع إبرام العقد بل لا بد من الإفراز بحيث لا يستطيع المستفيد "المشتري" أن يتصرف في هذه الأجهزة قبل إفرازها وهو ما جاءت به المادة ٢٠٥ في فقرتها الأولى من نفس القانون (١-إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء)[٣].

ولأن موضوعنا الأساس ليس الأجهزة وتوابعها بل البرامج فإننا سنكتفي في قضية الأجهزة والمعدات المعينة بالنوع إلى الإشارة إلى بعض النقاط المهمة التي تعتريها وهي:

أولاً: بالنسبة لقضية الإفراز في الأجهزة وتطبيقاً للقواعد العامة في القانون المدني بخصوص انتقال ملكيتها فماذا يمنع أن تنتقل الملكية بمجرد تمام العقد بحيث يستطيع المستخدم التصرف بها بناءً على عقده السابق خصوصاً إذا كان تاجراً أو مورداً يحترف هذا المجال ويدعم هذا التوجه أنه وبموجب المادة ٢٠٥/فقرة ٢/مدني مصري أنه إذا امتنع المدين عن الإفراز مثلاً يستطيع الدائن الحصول على الشيء ذاته وعلى نفقة المدين وكذلك يستطيع الإفراز على نفقة المدين[٤].

ثانياً: إذا كانت هذه المعدات سيتم بناءها أو إعدادها في المستقبل فالقاعدة في هذا المجال أن العقد لا ينعقد إذا كان الشيء محل العقد غير موجود أو محقق الوجود في المستقبل كما بينا عند حديثنا عن المحل وهذا يقود إلى تساءل حول كيفية الإفراز ومتى تنتقل الملكية هل عند وجود هذه المعدات أم عند التوقيع على العقد فقد اتضح لنا سابقاً أن الفقهاء على خلاف في هذه النقطة بين تاريخ الانتهاء من صنع الشيء أم تاريخ قبول رب العمل لهذا الشيء[٥].

ولا نجد نص في القانون المدني المصري يحدد وقت انتقال الملكية في مثل هذه الحالات ولكن وفقاً للمادة ٦٦٥ منه فإن محل المقاولة إذا هلك

---

(١). كما يجري عليه العمل في عقود الـ IBM مثلاً.

(٢). د/حسن جميعي/مرجع سابق/ ص٧ و د/ نوري خاطر-مرجع سابق ص ١٢٤.

(٣). وكذلك جاءت في المادة ٩٣٣ من القانون المدني المصري في هذا المعنى وهي تقابل المواد ١١٤٧ مدني أردني و ٢٦٢ مشروع مدني فلسطيني.

(١). راجع المادة ٢/٢٦٢ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٢). د/السنهوري-الوسيط-مرجع سابق/المجلد السابع ج ١ ص ٩١ وما بعدها د/محمد لبيب شنب-مرجع سابق ص ١٠٢ وما بعدها.

بعد التسليم أو بعد أعذار رب العمل بوجوب تسليم المحل فإن الذي يتحمل تبعة الهلاك هو رب العمل ويفهم من ذلك أيضاً أنه قبل التسليم يكون المقاول هو المسؤول عن المواد وبالتالي سلامتها سواء هو من قام بتقديم هذه المواد أو كان رب العمل هو الذي قدمها[١]، وهذا يعزز قضية أن الإفراز غير ذي جدوى في مثل هذه العقود، ونرى الرجوع الى اتفاق الأطراف فإن لم يكن فالرجوع إلى العرف وطبيعة وأصول المهنة والظروف المحيطة بالإعداد والتسليم خصوصاً وأن إعداد هذه العقود يتطلب في بعض الأحيان أوقات طويلة[٢].

ثالثاً : تنص المادة ٤٣٠ مدني مصري أنه إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع.

وهذا النص ينطبق على عقود البيع كما يمكن أن ينطبق على عقود الاستصناع والمقاولات وخصوصاً في عقود الأجهزة والتي يمكن أن يتم بيعها على التقسيط فيمكن بالتالي للمورد أو المنتج "أيا كان الطرف المقابل للمستخدم ان يشترط أن التنازل عن ملكيتها لا يكون إلا مع وفاء القسط الأخير وهذا متاح له وفق القواعد العامة وهذا أيضاً ما هو معمول به في الواقع العملي وهذا أيضاً مما يدعم وجهة نظرنا في كون قضية الإفراز وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني بكونها طريقة انتقال ملكية المثليات ليست هي الطريقة المثلى في عقود الأجهزة والمعدات لخصوصيتها وكذلك لظروف صناعتها أو تواجدها في الأسواق أو لأسعارها المرتفعة في بعض الأحيان أو لكونها محل عقد مقاولة في أحيان أخرى أو لاقتران بيعها والتعامل عليها بوثائق رسمية في أحيان كثيرة.

وبالتالي نلاحظ أن جهاز الكمبيوتر أو الطابعة أو حتى الـ CD ما هي إلا وسائط مادية تعمل البرامج من خلالها أو يتم نقل البرامج عبرها، أو يعبر البرنامج عن الوظيفة أو الغرض الذي أعد من اجله بواسطتها وهي يمكن أن تكون محلاً لعقد البيع أو المقاولة[٣] أو لأي عقد آخر وينطبق عليها النظام الخاص بانتقال الأموال المنقولة على عكس ما تحويه في ثناياها من إبداعات الفكر الإنساني الذي جاء على شكل أموال معنوية تسمى برامج الحاسب الآلي والتي كانت نتاج قريحة وإبداع الفكر الإنساني والتي تقع عليها التصرفات القانونية وفق نظام قانوني مختلف

---

(١). تقابل المادة ٧٩٢ مدني أردني والمادة ٨١٢ مشروع مدني فلسطيني.

(٢). تقابل المادة ١/٤٨٧ مدني أردني و ١/٤٩٦ مشروع مدني فلسطيني.

(١) . د/حسن جميعي- مرجع سابق ص ٤٠ و د/عزة خليل مرجع سابق ص ٤٥، ود/محمد حسين منصور مرجع سابق ص ٣٠-٣٦.

كلياً عن هذه الأوعية اوالوسائط المادية، وهو الذي سنبحثه في المبحث التالي.

المبحث الثاني
حقوق الملكية الفكرية وانتقال الملكية

تعتبر برامج الحاسب الآلي نتاج الفكر الإنساني ولهذا فقد اتفق على أن يتم التعامل عليها بطرق قانونية مختلفة كما أسلفنا عن تلك الطرق التي تحكم التصرفات على الأشياء المادية، وفي هذا تنص المادة ٨٦ من القانون المدني المصري على أن [الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة].[١]

وقد حسمت هذه القوانين الخاصة التي تحدث عنها المشرع في القانون المدني الخلاف الفقهي الذي كان دائراً حول ماهية الحقوق الواردة على برامج الحاسب الآلي وفي أي خانة يجب تصنيفها وذلك عبر نصه صراحة باعتبار الحق الوارد على برامج الحاسب من الحقوق العينية وذلك عبر اعتبار البرنامج من المصنفات الأدبية التي ترد عليها الملكية المعنوية[٢]، وحقوق الملكية الفكرية أو المعنوية هو اصطلاح يطلق على مجموعة من الحقوق التي تكفلها القوانين الوطنية والاتفاقات الدولية للمؤلفين والمخترعين وأصحاب الإبداعات الذهنية المختلفة توفر لهم حماية قانونية ضد اعتداءات الغير على إنتاجهم الفكري، وتتضمن هذه الحقوق أموراً عدة أهمها نسبة الإنتاج الفكري إلى صاحبه وحقه في الاستفادة من هذا الإنتاج مادياً أو تجارياً[٣].

---

(١). تقابل المادة ٧١ من القانون المدني الأردني [١- الحقوق المعنوية هي التي ترد على شيء غير مادي ويتبع في شأن حقوق المؤلف والمخترع والفنان والعلامات التجارية وسائر الحقوق المعنوية الأخرى أحكام القوانين الخاصة] ولم نجد لهما مقابل في المشروع الفلسطيني لذلك نحث المشروع على إدراج مادة في هذا المعنى في المشروع.

(٢). راجع المادة ٢ من قانون حق المؤلف الأردني رقم ١٩٩٢/٢٢و المعدل بالقانون رقم ١٩٩٩/٢٩ وأنظر كذلك المادة ١٤٠ و١٤٣ و١٤٤ من قانون حق المؤلف المصري رقم ٢٠٠٢/٨٢ وأنظر المواد ١٠،١١،١٢ من إتفاقية تربس.ويمكن مراجعة Amelia H. Boss , P.R , p 196 .

(١) . د/شحاته غريب شلقامي-مرجع سابق ص٢١، د. خالد مصطفى فهمي-مرجع سابق ص٨٦ و د/محمد حسام لطفي والمرجع العلمي في الملكية الأدبية والفنية –مرجع سابق ٤٥.

وعلى ذلك فإن هذه البرامج يتم التعامل عليها بنفس الطرق التي تم تقريرها عبر التشريعات للتعامل على الملكيات الأدبية والفنية الأخرى، فيمكن أن يتم التعاقد على أساس القواعد القانونية المقررة بالنسبة لبراءات الاختراع أو حق المؤلف[١] والعلامات التجارية أو الرسوم والنماذج الصناعية.. الخ إلا أن نطاق ومدى وشروط هذا التعاقد يتداخل أو يختلف أحياناً وذلك تبعاً لعدة عوامل أهمها طبيعة البرامج وهل هو عمل مشترك أو عمل فردي أم عمل جماعي[٢]. وثانيها اختلاف الأنظمة القانونية التي تحكم كل مسمى من مسميات الملكية المعنوية فقد تتفاوت فاعلية هذه الأنظمة في منح امتيازات للمخترع أو المؤلف وذلك تبعاً لمراحل إعداد البرنامج أو طريقة إعداده أو تسويقه أو إنتاجه أو تطويره مثلاً فقد يكون التعاقد عبر نصوص قانونية تخضع لنظام معين أفضل لأحد الطرفين في مرحلة من هذه المراحل وذلك على الرغم أن المشرع الوطني والدولي حسم الخلاف حول التصنيف القانوني لبرامج الحاسب وأخضعها للحماية بموجب قوانين حق المؤلف[٣] وهو بالتالي قد اعتبرها مؤلفات أدبية تحديداً تخضع في التصرفات التي ترد عليها لقوانين حق المؤلف، فقد نصت المادة العاشرة من اتفاقية تربس في فقرتها الأولى على اعتبار برامج الكمبيوتر مصنفات أدبية LITERARY work سواء كانت برامج مصدر أو برامج هدف للحماية بموجب قوانين حقوق المؤلف (حقوق الطبع في الدول الانجلوساكسونية)، وبذلك اعترفت ١٢٥ دولة قامت بالتوقيع على هذه الاتفاقية بانسحاب أحكام قوانين حق المؤلف على برامج الكمبيوتر[٤].

ولمحاولة إيجاد حلول عملية وقانونية لقضية التداخل والاختلاف في انطباق تصنيفات الملكية الفكرية على البرامج سنبحث، وعبر المطلبين

---

(٢). د. فاروق الحفناوي- مرجع سابق، قانون البرمجيات- ص ٦٣.

(٣) . سنوضح لاحقاً ماهية الفرق بين كون البرنامج نتاج بجهد فردي أو جماعي أو مشترك وذلك في المطلب الأول من هذا المبحث.

(١) . راجع المواد ١٤٠ من قانون حق المؤلف المصري والمادة ٢ من قانون حق المؤلف الأردني والمادة ١٣١ من قانون الملكية الفكرية الفرنسي لعام ١٩٩٢ والقرار التوجيهي الأوروبي رقم ٩١/٢٥٠ والصادر في ١٩٩١/٥/١٤ والمسمى بـ

uncil directive (EC) No 91/250/of 14 May 1991on the legal protection of computer programs

(1) "prof – Eben Moglen –software as property the theoretical pardox-Email-Moglen@columbia edu.3-4

=

ويمكن مراجعة د. سعد محمد سعد ورقة عمل بعنوان حماية برامج الحاسب بتشريعات حقوق المؤلف مقدمة للمؤتمر العلمي الأول للملكية الفكرية في جامعة اليرموك – الاردن . منشورات جامعة اليرموك حول المؤتمر اغسطس ٢٠٠٠-ص ١٠٦ .

التاليين التنازل عن البرنامج في ضوء قوانين حق المؤلف والتنازل عن حقوق الاختراع وكل ذلك طبعاً كأثر من آثار عقود الإعداد وهو نقل الملكية.

المطلب الأول

التنازل عن البرنامج وفقاً لقوانين حق المؤلف

من دراستنا لنصوص قانون حق المؤلف المصري والأردني ولنصوص المعاهدات والاتفاقيات الدولية والتوجيهات الأوروبية ولآراء الفقه [١] وأحكام القضاء[٢] اتضح لنا أن برامج الحاسب الآلي ما هي إلا إحدى المبتكرات الذهنية التي تندرج تحت تشريع قانون حماية حق المؤلف.

أما حق المؤلف فيتمحور في ذلك الحق الذي يثبت لكل مؤلف على مصنفه الفكري الذي نتج عن فكره وذهنه سواء أكان مصنفاً علمياً أو أدبياً أو فنياً وأياً كانت وسيلة التعبير عنه بالكتابة أو النحت أو التصوير أو الرسم أو الصورة أو غير ذلك من الصور التي تعتبر عن نتاج الذهن أو الفكر[٣].

أما بخصوص المؤلف نفسه فلم تجري عادة التشريعات على تعريفه رغم أن المشرع المصري في المادة رقم ١٣٨ الفقرة الثالثة من قانون رقم ٨٢/ لسنة ٢٠٠٢ بخصوص حماية حقوق الملكية الفكرية قد أوضح أن المقصود بالمؤلف الشخص الذي يبتكر المصنف ويكون نتيجة جهوده وإبداعه الذهني أياً كان نوع هذا المصنف وأياً كانت طريقة التعبير عنه.

وأغلب التشريعات تنص على ثبوت صفة المؤلف للشخص الذي نشر المصنف منسوباً إليه كأن يذكر اسمه على المصنف أو بأي طريقة أخرى[٤].

---

(١).د. حسام لطفي- الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي- دار الثقافة- القاهرة ١٩٨٧ ص ١٥٣-٢٠٩، د. عزة خليل – مرجع سابق ص ٤١-٤٢، د. حسن جميعي –مرجع سابق ٤٧-٥٠.

(٢).. يمكن مراجعة توجه المحاكم الانجليزية والأمريكية في اعتبار أي إعتداء على برنامج حاسب يشكل إعتداء على حق المؤلف في
Computer law lssociation.v14n4 1999.p143 في أحكام للمحكمة العليا الأمريكية ترجمها د. فاروق الحفناوي- قانون البرمجيات مرجع سابق ص ٢٣٩-٢٤٠ كذلك يمكن مراجعة د. برنارد أ.جالر – الملكية الفكرية وبرامج الحاسبات- مرجع سابق- ص٢٣-٤٠، حيث أورد عشرين صفحة عن أحكام المحاكم العليافي الولايات المتحدة والتي تعتبر أن البرامج محمية بموجب قوانين حقوق الطبع (المؤلف).

(١) . . شحاته غريب شلقامي- مرجع سابق ص ٢٣.

(٢)محمد حسام لطفي – المرجع العلمي في الملكية الأدبية والفنية- مرجع سابق ص ٢٤-٢٨ ويمكن مراجعة المادة ٤/ من قانون حق المؤلف الاردني، بخصوص حق المؤلف والتي

وقد عرف بعض الفقه المؤلف بأنه كل ما ينتج إنتاجاً ذهنياً أو خلقاً فكرياً أياً كان نوعه أو طريقة التعبير عنه مادام هذا الإنتاج ينطوي على قدر معين من الابتكار[١].

أما بالنسبة لبرامج الحاسب الآلي فلم يضع الفقهاء تعريفاً خاصاً لمؤلفها وذلك على اعتبار أنه لا يخرج عن مفهوم المؤلف بالنسبة للمصنفات الأخرى[٢].

لذلك فإنه يمكن أن يكون مؤلفاً أو مصنفاً جماعياً أو مشتركاً أو منفرد أسوة بالأعمال الفنية والأدبية الأخرى في هذا المجال بحيث يمكن أن يتم إعداد البرنامج عبر هذه الصور والتي سنبحثها لنتعرف من خلالها على من يملك حقوقها ومن بالتالي يملك التنازل عنها.

وقبل الحديث عن هذه الصور ولضمان معرفة أدق التفاصيل في قضية الملكية والتنازل لا بد أن نتعرف على مضمون حق المؤلف فالمادة ١٤٣ من القانون المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بحماية الملكية الفكرية تنص على [يتمتع المؤلف وخلفه العام على المصنف بحقوق أدبية أبدية غير قابلة للتقادم أو للتنازل عنها وتشمل هذه الحقوق ما يلي: أولاً:- الحق في إتاحة المصنف للجمهور لأول مرة. ثانياً الحق في نسبة المصنف إلى مؤلفه . ثالثاً الحق في منع تعديل المصنف تعديلاً يعتبره المؤلف تشويهاً أو تحريفاً له..)[٣].

وتنص المادة ١٤٩ من نفس القانون أن للمؤلف أن ينقل إلى الغير كل أو بعض حقوقه المالية المبينة في هذا القانون...(ويكون المؤلف مالكاً لكل ما لم يتنازل عنه صراحة من حقوق مالية...)[٤].

وهذه المواد والتي وردت في أغلب تشريعات حقوق المؤلف الدولية والوطنية تشير إلى أن حق المؤلف يتقسم إلى نوعين من الحقوق وهما:

نصت على أن المؤلف هو الشخص الذي ينشر المصنف منسوباً إليه سواء كان ذلك بذكر اسمه على المصنف أو بأي طريقة أخرى، إلا اذا قام الدليل على غير ذلك ويسري الحكم على الاسم المستعار بشرط أن لا يكون هناك شك في شخصية المؤلف الحقيقية، ويمكن مراجعة المادة ١١٢ من قانون الملكية الفكرية الفرنسي.

(٣) . د. حسن كيره-المدخل إلى القانون-منشأة المعارف/الاسكندرية ٢٠٠٠ ص٤٨٣ ود. محمد حسين منصور-نظرية الحق-دار الجامعة الجديدة-الاسكندرية-٢٠٠٤ ص ٢٥٠.

(١). عرفه الدكتور خالد مصطفى فهمي بأنه (كل ما انتج او ابتكر برنامج للحاسب الالي وعبر عنه في شكل دعامة اياً ما كان نوعها اذا انطوى هذا البرنامج على فكر القائم عليه ود.خالد مصطفى فهمي – الحماية القانونية لبرامج الحاسب الالي – مرجع سابق ص ٤٦

(٢) . تقابل المادة ٥ من التوجيه الأوروبي رقم ٩١/١٣ والمادة ١٢١ من القانون الفرنسي بخصوص الملكية الفكرية-و أكدت إتفاقية تربس في المادة ١٠ على نفس هذه الحقوق.

(١). في نفس المعنى المادة التاسعة من قانون حق المؤلف الأردني.

أولاً: الحقوق الأدبية لمؤلف البرنامج.. وتعتبر بحكم القانون من الحقوق اللصيقة بشخصه والتي تتصل بالجانب الذهني به فهي وشخصية صاحبها صنوان لا ينفصلان ولا يجوز التنازل عنها ولا التصرف فيها[١].

وبتطبيق ذلك على مؤلف البرنامج، نجد أن حقه الأدبي بموجب القوانين ذات الشأن والمادة السابقة يشمل الحق في إتاحة البرنامج للجمهور لأول مرة والحق في نسبة البرنامج إليه وحقه في تعديل أو تحوير البرنامج وحقه في سحب البرنامج من الأسواق إذا طرأت أسباب تدعو إلى ذلك وبإذن المحكمة وحقه بشكل عام في احترام الغير لهذا البرنامج[٢].

وتتميز هذه الحقوق الأدبية في ضوء هذه النصوص بعدم قابليتها للحجز عليها وبعدم جواز التنازل عنها وبكونها حقوق أبدية لا تنقضي بمرور الزمن وأخيراً بكونها حقوق تقديرية ينفرد المؤلف بمباشرتها بحريته التامة[٣].

ثانياً: الحق المالي لمؤلف البرنامج: وعطفاً على النصوص السابقة فإن للمؤلف الحق في استغلال مصنفه استغلالاً مالياً بموجب حق استئثاري يخوله سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف وذلك بنص المادة ١٤٧ من القانون المصري بخصوص الملكية الفكرية والقوانين المقارنة ذات الشأن، فله وحده استغلاله تجارياً وله إعادة إنتاجه أو عمل نسخ منه، وله أن ينقل إلى الغير حقوقه المالية كلها أو بعضاً منها[٤]وله أن يتنازل عن الاستغلال للغير مقابل مبلغ نقدي معين أو نسبة من الأرباح أو مقابل مبلغ جزافي[٥]، ولكن يشترط لانعقاد هذا التصرف أن يكون مكتوباً وأن يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة كونه محلاً للتصرف مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه...الخ[٦]

---

(٢) . د. شحادة غريب شلقامي/ الحق الأدبي لمؤلف برامج الحاسب الآلي- دار النهضة العربية/القاهرة-٢٠٠٤ ص ٣٥ وما بعدها ود. خالد فهمي-مرجع سابق ص١١٠ ود. أسامة أحمد بدر –مرجع سابق ص١٨.

(٣) . تنص المادة ١٤٤لملكية فكرية مصري، [للمؤلف وحده إذا طرأت اسباب جدية أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بمنع طرح مصنفه من التداول أو بسحبه من التداول أو بإدخال تعديلات جوهرية عليه برغم من تصرفه في حقوق الاستغلال المالي ويلزم المؤلف في هذه الحالة أن يعوض من آلت إليه حقوق الاستغلال المالي تعويضاً عادلاً..]

(١) . د. محمد حسام لطفي- المرجع العلمي في الملكية الأدبية والفنية ج٢، مرجع سابق ص ٤٣-٤٥، د. مدحت عبد العال- مدى خضوع برامج الحاسب الآلي للحماية المقررة للمصنفات الأدبية في ظل قانون حماية حق المؤلف- دار النهضة العربية/ القاهرة ٢٠٠٢ ص ٨٢، و د. شحادة غريب شلقامي/برامج الحاسب والقانون- مرجع سابق ص ٣٠-٣٤

(٢). المادة ١٤٩ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بحماية الملكية الفكرية المصري.

(٣). المادة ١٥٠ من القانون المشار اليه في الهامش السابق

(١).المادة ١٤٩من نفس القانون المشار اليه .

وعلى ذلك فالحقوق المالية وبعكس الحقوق الأدبية تتميز بجواز التصرف فيها للغير وبقابليتها للحجز عليها[١] وكذلك تتميز بخضوعها لتقدير المؤلف للجعل المالي مع إعطاء دور للقضاء في هذا التقدير فيما لو تبين أن الاتفاق مجحف بحق المؤلف[٢] وأخيراً يتميز الحق المالي لمؤلف البرامج بأنه حقاً مؤقتاً أي بانقضاء المدة التي يقررها القانون له ترفع عنه الحماية وذلك على عكس الحق الأدبي الذي لا يسقط بالمدة[٣].

وعودة على ذي بدء لنبحث في الصور التي يمكن أن يتنازل بها المؤلف عن الحقوق المالية الخاصة بالبرنامج الذي قام بابتكاره وأفرغه في وعاء أو وسيط مادي ليكون معداً للنشر[٤]، بعد أن توصلنا إلى أن حقوق المؤلف الأدبية على البرنامج الذي قام بابتكاره هي حقوق لصيقة بشخصه لا يمكن التنازل عنها ولا التصرف بها لأي كان.

الصورة الأولى:

وهي أبسط صورة واقلها استعمالاُ في المجال العملي وهي حالة قيام شخص أو فرد بابتكار وإعداد البرامج وبالتالي يعتبر المهيمن على كافة الحقوق الخاصة به، فهو قد قام بإبداع البرنامج دون مشاركة أحد فقدم الفكرة التي نبع عنها البرنامج ثم وضعها في قالب محسوس ثم أخرجها إلى حيز الوجود وهو ما يسمى عند الفقهاء بالمؤلف المنفرد[٥] وبتطبيق ذلك على برامج الحاسب الآلي نلاحظ أن هذه الصورة صعبة التحقق في

---

(٢) المادة ١٥٤ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بحماية الملكية الفكرية المصري [يجوز الحجز على الحقوق المالية للمؤلفين..].

(٣). المادة ١٥١ من نفس القانون

(٤) . المادة ١٦٠-١٦١ من نفس القانون.

(٥). هناك شروط وجدة ومتطلبات معينة تفرضها التشريعات والنظم القانونية لتفرض الحماية بموجب حق المؤلف منها ما يتعلق بالعمل نفسه كأن ينطوي على إبتكار فكري ناتج عن إضافة وتميزوجدة وأن يكون للمصنف أو العمل كيان مادي تجسد فيه ويطلق الغرب على هذا الشرط التثبيت أو الثبوت "Fixation" وهو لضمان ثبات واستمرار المصنف ولاتاحة الفرصة للمجتمع للاستفادة منه ومنها شروط تتعلق بشخص المؤلف نفسه كأن يكون هناك مؤلف أو خلف عام لتستطيع هذه التشريعات حمايتهم ولمزيد من التفاصيل يمكن مراجعة د. نزيه الصادق المهدي- الحماية المدنية لبرامج الكمبيوتر في القوانين الوضعية، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت –الامارات- ٢٠٠٠ ص ٢٤. د. خالد حمدي عبد الرحمن- مرجع سابق ص ١٣٥، د. محمد لطفي المرجع العلمي في الملكية الأدبية والفكرية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء- الكتاب الثالث- القاهرة ١٩٩٩ ص٢٥، ود. شحادة غريب شلقامي- برامج الحاسب الآلي والقانون –مرجع سابق ص٦٠-٨٠ ود. فاروق الحفناوي قانون البرمجيات – مرجع سابق ص ١٣١.

(١) .د. شحاته غريب شلقامي- برامج الحاسب الآلي والقانون- مرجع سابق ص ٢٨ود. نواف كنعان – حق المؤلف- دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان- ١٩٩٢ ص ٢٦٣، د. خالد مصطفى فهمي- مرجع سابق ص ٤٨-٤٩.

الحياة العملية فالبرامج تحتاج إلى معدات وأجهزة وتسويق وإعداد.. إلخ، مما هي فوق طاقة الشخص الوحيد وقد أثير في الفقه جدلاً حول هل يكتسب الشخص المعنوي حقوق المؤلف أم تبقى للشخص الطبيعي فقط، والإجابة على ذلك تكمن في المادة ٥٣ من القانون المدني المصري والتي منحت الشخص المعنوي جميع الحقوق التي تكمن للشخص الطبيعي إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعي[١] ومن ثم فإن الشخص الاعتباري لا يمكنه أن يتمتع بالحقوق الأدبية كحق الأبوة ونسبه المصنف إليه، وقد أكد المشرع المصري على ذلك بالمادة ١٣٨ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري عندما قال بما معناه أن المؤلف هو الشخص الذي ابتكر العمل وفي حالة الشك في معرفة المؤلف الحقيقي للمصنف يمكن اعتبار الشخص الطبيعي أو المعنوي ممثلاً للمؤلف في ممارسة حقوقه.. الخ، وبذلك فهو لم يعتبر الشخص المعنوي مؤلفاً ولكن اعتبره ممثلاً للمؤلف[٢] وتحت كل الظروف فإننا لن نولي هذه الصورة الكثير من الأهمية لكون الحق الأدبي أصلاً لا يمكن التنازل عنه أو التصرف به وبالتالي فإن ما يعنينا هنا هو أن معد البرنامج أو مبتكره يمكن له أن يتنازل عن حقوق استغلاله المحلي أو أن يمنع الحق في توظيفه على شكل برامج تفهمها الآلة والأجهزة تسويتها إلى أي جهة كانت أشخاص أو شركات وهو بذلك يمارس الصلاحيات التي يمنحها إياها القانون وطبعاً وفق الشرائط القانونية الشكلية للتصرف.

---

(١). تقابل المادة ٥١ مدني أردني والمادة ٦٥ مشروع مدني فلسطيني.

(٢). د. خالد مصطفى فهمي- المسؤولية المدنية للصحفي عن أعماله الصحفية- دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية ٢٠٠٤، ص١١٩، لنفس المؤلف الحماية القانونية لبرامج الحاسب –مرجع سابق ص٤٩..

الصورة الثانية:

وهي برامج الكمبيوتر التي يشترك في وضعها عدة أشخاص "جماعة" وذلك

بتوجيه من شخص طبيعي أو معنوي يأخذ مقاولات إعداد للبرامج وكذلك يقوم بنشر هذه البرامج وتسويقها تحت إدارته واسمه، وهذه البرامج التي يساهم في إعدادها وتأليفها أكثر من شخص بحيث تندمج كافة إسهاماتهم وجهودهم بحيث يستحيل معها تميز عمل كل منهما عن الآخر[١] وهذه الصورة نفس ما تحدثت عنه المادة ١٣٨ من قانون حماية حق الملكية المصري.

ويعتبر وفق القانون المصري والأردني لحقوق المؤلف الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي وجه ابتكار هذا البرنامج ونظمه مؤلفاً له ويكون له مباشرة حقوق المؤلف[٢].

وفي هذه الحالة فإن الصورة الأكثر شيوعاً في استغلال هذا الشخص المعنوي للبرنامج تكون عن طريق السماح للمستخدم أو المستفيد من

---

(١) . د. محمد حسام لطفي- المرجع العلمي في الملكية الأدبية- الكتاب الثاني- مرجع سابق ص ٢٨، د. فاروق الحفناوي- قانون البرمجيات- مرجع سابق ص١٣٣، ود. محمد سامي عبد الصادق- حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة- رسالة دكتوراه- جامعة القاهرة- ٢٠٠٠ ص٨٣.

(٢) . تنص المادة ١٧٥ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بحماية الملكية الفكرية المصري على [يكون للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي وجه الى ابتكار المصنف الجماعي التمتع وحده بمباشرة حقوق المؤلف عليه وهي تطابق المادة ٣٥ من قانون حق المؤلف الأردني وهذا على خلاف ما فعل المشرع الفرنسي في القانون رقم ٣٦١ لسنة ١٩٩٤ بخصوص الملكية الفكرية حيث أدخل تعديلات بموجب المادة الثانية من هذا القانون على برامج الحاسب التي يتم إعدادها وإبداعها من قبل مجموعة من العاملين أثناء تأدية عملهم أو بسببه، حيث أعطت هذه المادة لرب العمل أو من قام العمل بتوجيه منه أو إشراف منه الحق فقط بالاستغلال المالي لبرامج الحاسب الآلي وليست كافية إلى المالية والأدبية كما كانت عليه المادة ١٤٥ من قانون حماية الملكية الفرنسي الصادر في ١٩٨٥/٧/٣، ونحن نحث ونحبذ أن يقتدي المشرع المصري والأردني بتوجه المشروع الفرنسي في هذا الشأن ويقوما بتعديل هذه المواد بحيث يصبح لهذا الشخص المعنوي فقط التمتع بالحقوق المالية.
في القانون الفرنسي يمكن مراجعة:
Van(B)et laer (D): la loi du 10mai 1994 sur la-protction des logiciels BILAU- et- perspectives:gp26.oct.1995.p1183

أو ترجمة لهذه النصوص للدكتور خالد مصطفى فهمي- الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي- مرجع سابق ص٥٦، وفي الموضوع نفسه د. شحاته غريب شلقامي- برامج الحاسب الآلي والقانون- مرجع سابق ص٨٢ و٩٦-١٠٩، ود. خالد عبدالرحمن –مرجع سابق ص٢٥٦و٢٦٤و٤١٥، وليرى جانب من الفقه أن الشخص المعنوي لم يقدم أي مجهود ذهني ثم لا يجوز منحه حق المؤلف لمجرد ملكيته للمقدرة المادية على تكليف الغير بالقيام.بالعمل لحسابه إستاذنا د. أحمد شرف الدين- مقدمة للقانون المدني- نظرية الحق ١٩٨٧- القاهرة ص٣١٩.

البرنامج باستعمال هذا البرنامج وفق الغرض المتفق عليه فيما بينهما من غير أن تنتقل للمستخدم أية حقوق من حقوق المؤلف وهنا يظهر الاختلاف فيما بين التصرف في برنامج الحاسب وحقوق المستخدم أو المستفيد وبين الصورة الرئيسية للتصرف في أغلب المصنفات التقليدية، فالتصرف في برنامج الحاسب يكون عن طريق الترخيص بالاستعمال التي ينظمها القانون أو عقد الترخيص وهي دائماً أقل من الحقوق المتعارف عليها في المصنفات الأخرى لحظر البيع أو التأجير أو الإعارة[١].

ونلاحظ دائماً أن لا تنازل عن الملكية بمفهومها الواسع وفقط يكون التنازل عن حق الاستعمال أو عن الحقوق المالية فيما لو باع المؤلف سواء كان (شخصاً معنوياً) أو طبيعياً حقوقه المالية على مؤلفه.

الصورة الثالثة:

وهي حالة دائماً ما تترافق مع برامج معقدة تستخدم في إدارة المؤسسات الكبيرة والمطارات والبنوك وشركات الاتصالات بحيث تكون البرامج من التعقيد بمكان لا تستطيع شركة أو شخص لوحدها أو لوحده إعدادها فيشترك في الإعداد عدة أشخاص، فإن كنا أمام وضع لا يمكن فصل كل عمل عن الآخر بدون أن يضر ذلك بالبرنامج[٢] فنكون أمام ملكية مشتركة للبرنامج يحكمها اتفاق أطرافها على كيفية استغلاله فإن لم يوجد اتفاق فإن القانون يمنح كل منهم نفس الحقوق ويمنع أياً كان منفرداً من التصرف بالجزء الخاص به.[٣]

ونلاحظ أنه بالنسبة لبرامج الكمبيوتر لا يمكن فصل مساهمة كل مؤلف أو مبرمج لأن البرنامج ليس أغنية مثلاً يمكن فصل الموسيقى عن الكلمات عن صوت المغني ولكنه بناء هرمي ذات تقنية عالية مبرمجة بخطوات مبنية الواحدة على الأخرى، لذلك حدد المشرع في مصر والأردن معالجة مثل هذه القضية بالنسبة لبرامج الحاسب فقط في حال عدم اتفاق الأطراف على طيفية الاستغلال الأنسب لبرنامجهم أو تمنعهم من محاولة الاستغلال منفصلين.

وفي نهاية هذا المطلب نلاحظ أن صور التنازل عن برنامج الحاسب الآلي يمكن أن تكون بالتنازل عن حقوق الاستغلال كاملة وهنا لابد من

---

(١). تسمح بعض الشركات للمرخص لهم بإعادة بيع البرامج التي سبق أن رخصت لهم بشروط معينة منها إلتزام المشتري بكافة شروط الترخيص وعدم إبقاء البائع على اية نسخ أو وثائق تتعلق بالبرنامج، د. فاروق الحفناوي- قانون البرمجيات- مرجع سابق ص٣٠.

(٢) . د. محمد سامي عبد الصادق- مرجع سابق ص٤٢٢، د. شحاته شلقامي- برامج الحاسب- مرجع سابق ص١٤٦.

(٣) . المادة ١٣٨ و٢/١٧٤ من قانون حماية الملكية المصري والمادة ٣٥ من قانون حق المؤلف الأردني.

تطبيق الأحكام الخاصة بالتصرف بالحقوق المالية للمؤلف ولا بد من إعطاء المستخدم أو المتصرف له إذا كانت شركة برنامج المصدر نفسه لتتمكن من استغلاله وإنتاج وتطوير برامج ونسخ من خلاله أو منح المستخدم فقط حق استعمال البرنامج وفق الغرض الذي أعد من أجله هذا البرنامج وهي الطريقة الأكثر شيوعاً في الحياة العملية.

وتحت كل الظروف يجب أن يراعى الشكل في التصرفات الواردة على الحقوق المالية للمؤلف وهي الشروط القانونية كأن يكون التنازل مكتوباً وصريحاً ومحدداً بالمدة وبالمقابل[١] وتحديد الغرض من هذا التنازل أو من هذا الترخيص بالاستعمال فالتنازل لا ينقل إلى المستخدم أو المستفيد أو حتى الذي سيقوم باستغلال البرنامج لا ينقل له حق ملكية بل حق استغلال ذو طبيعة خاصة تحميها قوانين حق المؤلف مع بقاء الملكية الأدبية للمؤلف أي المبدع "المبرمج" ولا يمكن ولا يجوز التنازل عنها وعلى ذلك فلا التزام بنقل ملكية بالمعنى التقليدي كأثر من آثار عقد إعداد برامج الحاسب الآلي، فالعلاقة التي تربط مصمم البرنامج (مبتكره) بالمستخدم تتشابه إلى حد بعيد مع الفنان الذي يقوم بتصميم لوحة فنية وتنفيذها لحساب أحد العملاء فهو لا يتنازل عن العمل الفني ومثله مبتكر أو مصمم البرنامج وعندما يقوم بنقل هذا العمل إلى المستخدم أو المستفيد فهو لا يتنازل عن حمايته بموجب القوانين وهذا ما استقر عليه معظم الفقه والقضاء عندما اعتبروا عقد الإعداد من عقود المقاولة وبالتالي رفضوا اعتبار التعاقد من قبيل التنازل عن العمل للمستفيد أو للمستخدم[٢].

وطبعاً دائماً وأبداً فإن ما يتم التعامل عليه هو برنامج الهدف أي ما يتم التعاقد عليه هو النظام أو البرنامج الذي سيحاكي الآلة وليس تلك المعادلات الرياضية والخوارزميات التي كانت أساساً لكتابة برنامج الهدف بلغة الآلة أي ليس برنامج المصدر فهذا التنازل عنه ليس عملياً ويقع نادراً ونظير مبالغ طائلة لا تقدر عليها سوى دول أو مؤسسات اقتصادية قوية مثل الدول

---

(١). يلاحظ أنه حتى لو تنازل المؤلف عن الحقوق المالية فله حق تتبع مصنفه ومشاركة المتنازل له "ناشر أو منتج) في الأرباح إذا كانت غير متوقعة، المادة ١٥٠ ملكية فكرية مصري و٢٨و٢٩ حق مؤلف أردني.

(١). د. حسن جميعي- مرجع سابق ص٨٦-٩٥، د. ميرفت عبد العال- عقد المشورة في مجال نظم المعلومات-رسالة دكتوراة- جامعة عين شمس- ١٩٩٧ ص١١٣، د. حسام لطفي- عقود خدمات المعلومات- مرجع سابق-ص١٦٣.

المطلب الثاني
التنازل عن حقوق الآختراع

إن مصطلح الترخيص بالاستعمال الذي أصبح عقد تمكين العملاء من استعمال برنامج الحاسب يكون تحت مسماه هو مصطلح مستقى من النظام القانوني لبراءة الاختراع مما يحمل على التصور أن عقود استخدام أو استعمال برامج الحاسب الآلي تخضع لذات النظام القانوني الذي تخضع له براءات الاختراع[١].

وفي بداية الأمر ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار البرامج من قبيل المبتكرات التي يتمتع صاحبها بحق ملكية الاختراع[٢] وبالتالي إذا ما توفرت شروط منح البراءة في البرنامج فإن العقود الواردة عليه وبوصفه محلاً لحق استئثاري تسمح بنقل السلطات التي يخولها لصاحبه كلها أو بعضها من خلال عقود البيع أو عقود الترخيص بالاستعمال وعليه نطبق أحكام عقد البيع الواردة في القانون المدني بالإضافة إلى تطبيق الأحكام الخاصة بالتنازل عن براءات الاختراع أو نطبق عليه أحكام عقد الإيجار في القانون المدني فيما لو أراد المخترع أو صاحب البرنامج عدم التنازل وفقط منح المستفيد الحق في الاستعمال[٣].

إلا أن المشرع الوطني والدولي وكذلك الفقه والقضاء قد استبعدا صراحة تطبيق النظام القانوني الخاص ببراءة الاختراع في مجال برامج الحاسب الآلي وذلك لأسباب عدة أبرزها.

أولاً: إن عقد الترخيص في مجال براءات الاختراع يفرض التزاماً باستغلال البراءة محل الترخيص بينما هذا شيء مستبعد ومرفوض في مجال برامج الحاسب الآلي من خلال عقد الترخيص باستعمالها.

ثانياً: عدم إمكانية إعمال وتطبيق شرط الجدة على برامج الحاسب الآلي كما تفرضه تشريعات براءة الاختراع[٤]، وذلك للتطور الهائل في مجال البرامج والتي يجعل من معرفة الجديد فيها أمراً صعب من الناحية العملية ويصعب التفرقة كذلك فما بالك إذا علمنا أن مكاتب البراءات تستغرق في الغالب وقتاً طويلاً في عمليات الفحص والبحث عن مدى توافر عنصر

---

(٢) . د. حسن جميعي-مرجع سابق- ص٦٥.

(٣). د. خالد حمدي عبد الرحمن –مرجع سابق ص١٧١ ود. سعد محمد سعد- ورقة عمل مرجع سابق ص٣-٤، ود. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية- الطبعة الثانية- دار النهضة العربية- القاهرة ١٩٩٦ ص٥ وما بعدها، د. عزة خليل –مرجع سابق ص٤١-٤٤.

(١). د. حسن جميعي-مرجع سابق- ص٤٦.

(٢).تنص المادة الأولى من الكتاب الاول للقانون المصري رقم ٢٠٠٢/٨٢ [تمنح براءات اختراع طبقاً لأحكام هذا القانون عن كل اختراع قابل للتطبيق الصناعي ،يكون جديداً و يمثل خطوة إبداعيه..].

الجدة[١]، كما أن عملية إعداد البرامج يمكن أن تمر بمراحل كثيرة ومختلفة ففي أي مرحلة يمكن أن يتوافر عنصر الجدة.

ثالثاً: قابلية البرنامج للتطبيق الصناعي، ويرى أغلب الفقه في هذا الشرط أن الاختراع يجب أن يتمتع بالطابع الصناعي[٢]، وهذا يعني أن يكون للاختراع نتيجة ملموسة في كافة مجالات الفن الصناعي والزراعي أيضاً تطبيقاً للمادة ٥٧ من اتفاقية ميونخ لعام ١٩٧٣ بخصوص براءة الاختراع[٣]. لذلك يرى أغلب الفقه أن برامج الحاسب ليس لها في أغلب الأحيان نتيجة صناعية لكونها ابتكار ذهني مجرد وهذه النقطة تحديداً كانت في بعض الأحيان سبب لمنح البرنامج براءة اختراع في ما لووضع في بوتقة صناعية كما سنرى في هذا المطلب.

رابعاً: الابتكار وبرامج الحاسب الآلي: يرى الفقه أن الابتكار يجب أن ينصب على أشياء ملموسة حتى تتم حمايته من خلال النظام القانوني المقرر لبراءات الاختراع[٤]، والمقصود بالابتكار حسب المادة الأولى من القانون المصري الخاص بحماية الملكية الفكرية هو أن يكون هذا الاختراع مجاوزاً للحدود الطبيعية للمعلومات الجارية لرجل الصناعة المتخصص[٥] ، فالابتكار لابد أن يكون مقروناً بالتطبيق الصناعي، كأن يكون إنتاج صناعي جديد أو طريقة صناعية جديدة أو حتى تطبيق جديد لوسائل أو طرق صناعية معروفة[٦]، وبالتالي فلا يمكن اعتبار برامج

---

(٢). د. شحاته غريب شلقامي- برامج الحاسب والقانون- مرجع سابق ص٦، ود. محمد حسام لطفي- الحماية القانونية لبرامج الحاسب-مرجع سابق ص ٧٤.

(١). راجع في هذا د. شحادة غريب- برامج الحاسب والقانون- مرجع سابق ص٧ وكذلك يمكن مراجعة د. حسن جميعي مرجع سابق ص٤٥-٤٧، ويمكن مراجعة المادة الأولى من القانون المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ ونص المادة ٥٧ من اتفاقية ميونخ لعام ١٩٧٣ حول براءة الاختراع.

(٢) European paten convention (E.P.c) أصبحت نافذة بين الدول الأوروبية في ١٩٧٨/٧/١ ولمزيد من التفاصيل راجع Bainbridge,david "Introduction to computer law" 2nd.ed, pitman publishing 1993 p.57 London

(٣).فاروق الحفناوي- قانون البرمجيات- مرجع سابق ص١٩٠.

(١). د. شحاته غريب شلقامي/برامج الحاسب الآلي والقانون-مرجع سابق ص١٠-١١، د. محمد حسام لطفي- الحماية القانونية لبرامج الحاسب- مرجع سابق ص٤٩، ود. حسن جميعي- مرجع سابق ص٤٦، ود. خالد حمدي عبد الرحمن- مرجع سابق ص١٥٠ وما بعدها.

(٢) .يورد الفقه مثلاً مكرراً في مثل هذه الحالة وهي حالة استخدام الكهرباء في تسير السكة الحديدية بدلاً من الفحم د.جلال احمد خليل عوض الله – النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا الى الدول النامية –رسالة دكتوراه –كلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٧٩- ص ٧١ ود. صلاح زين الدين الاسمر – الملكية الصناعية التجارية دار الثقافة للنشر –عمان-٢٠٠٠ ص ٣٤.

الحاسب من قبيل الأشياء المادية التي تجسدت في ابتكار اقترن بالصناعة إلا في حالات نادرة.

خامساً: النص التشريعي الوطني والدولي

لقد حسم المشرع الموقف بعدم اعتبار برامج الحاسب الآلي من قبيل براءات الاختراع وذلك بالنص صراحة على استبعادها من نظام براءات الاختراع[١] أو بالنص صراحة كذلك على شمولها لحق المؤلف واعتبارها من قبيل الانتاج الذهني التي يخضع لقوانين حقوق المؤلف وحقوق النشر[٢].

ولكن وبالرغم من الأسباب التي ساقها الفقه بعدم صلاحية برامج الحاسب للخضوع للنظام القانوني لبراءة الاختراع وبالرغم من نص المشرع صراحة في النهاية على ذلك إلا أن هناك اتجاهاً عالمياً فقهياً وقضائياً وحديثاً في الآونة الأخيرة يميل نحو القبول بفكرة التوسع في إعمال نصوص النظام القانوني لبراءة الاختراع وتطبيقها على بعض برامج الكمبيوتر وحجتهم في ذلك هي:

اعتماد التكنولوجيا الحديثة على برامج الكمبيوتر بشكل كبير واعتماد المخترعات الحديثة على هذه البرامج حتى لو لم تكن هي موضوع الاختراع وقد كان هذا الاتجاه موضع ترحيب من مكاتب براءات الاختراع والمحاكم في أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية.[٣]

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا التوجه بقولها [إن برامج الحاسب الآلي بحد ذاتها لا يمكن أخذ براءة اختراع عنها ولكن لا يعني ذلك استبعاد أخذ براءة اختراع عن الوسيلة التي ارتبط بها البرنامج إذا تعلقت بوسائل صناعية مستحدثة فإذا كانت برامج الحاسب تمثل وسائل صناعية مستحدثة فإنه من الممكن أخذ براءة اختراع عنها[٤].

---

(٣). تنص الماد ٢ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ المصري بخصوص براءة الاختراع [لا تمنح براءة الاختراع لمايلي... ٢-الاكتشافات والنظريات العلمية والطرق الرياضية والبرامج والمخططات] وهي تقابل =المادة ٤/ب من قانون براءة الاختراع الأردني رقم ١٩٩٩/٣٢ والمنشور بالجريدة الرسمية عدد ٤٣٨٩ في ١٩٩٩/١١/١.

(١). المادة ١٠ من إتفاقية تربس السابق الاشارة إليها والمادة ٣/٢/١٤٠ ملكية فكرية مصري، والمادة ٢/ قانون حق المؤلف الأردني، المادة ١٣١ ملكية فكرية فرنسي، والمادة ١٠٢ من القرار التوجيهي الأوروبي رقم ٩١/٢٥٠ والسابق الإشارة إليهم جميعا.

(2) Htenry carr and Richard Arnold"computer software and legal protection in the united kingdom" 3rd, ed-London sweet&Maxwell.1998.p127

(1) Cass com,28 mai 1975, bull.des aurets de courde cassation.4partie 1975,2,142.p118 ets

وهذا التوجه قد ربطه الفقه والقضاء بحالات وشروط معينة نجمل أهمها على النحو التالي:

أولاً: ان يستخدم البرنامج في تطبيق صناعي مضيف إليه تقنية واضحة .

فقد جاء في توجيهات مكتب البراءات الأوروبي (E.P.O) European patent office للفاحصين الذين يقومون بفحص طلبات الحصول على براءات اختراع أن يركزوا وينظروا إذا كان الطلب ينطوي على مساهمة حقيقية ذي طبيعة تقنية technical character تشكيل اضافة حقيقية الى فن معروف قبل منح البراءة[١]، وقد طبق المكتب الفني الاستئنافي technical board of appeal

التابع لمكتب البراءات الأوروبي هذا المبدأ فيما عرف بقضية Vicom لعام ١٩٩٦ حيث تم طلب براءة الاختراع لجهاز يعمل على تحسين وتسريع عملية معالجة الصور رقمياً digital image processing وتم رفض الطلب من قبل الفاحصون بدعوى تعلقه ببرنامج كمبيوتر ذو منهج رياضي حيث جاء الرفض بالنص التالي:

Un patentable computer program and mathematical method

وحين رفعت القضية إلى المكتب الاستئنافي قام بإلغاء قرار الفاحصين ورأى أن الاختراع ليس مجرد منهج رياضي أو برنامج وإنما هو عملية تقنية Technical process وإن تحكم برنامج الكمبيوتر بهذه العملية لا يجعله مستبعد من ضمن الاختراعات المستبعدة بالنص، بل إنه جدير بالقبول لأنه هو الذي يحدد تتابع الخطوات في هذه العملية وأضاف المكتب لا يمكن اعتبار برنامج الكمبيوتر من الأمور المستبعدة إذا كان يتحكم أو يقوم بعمليات تقنية[٢].

ثانياً: أن يكون برنامج الكمبيوتر محل براءة الاختراع جزء من الاختراعات المتعلقة بـ العمليات Process أو الآلات machines أو السلع أو المواد المصنوعة manufactures أو الاختراعات المركبة composition of Mattel's التي تتضمن تجميع لفنون معروفة سلفاً يكون منها اختراع جديد[٣]، وقد أصدر المكتب الفني الاستئنافي الأوروبي

حكم اشار إليه د/شحاته شلقامي/برامج الحاسب والقانون –مرجع سابق ص٩.

(2) information technology law group/Europe "European computer law" N.Y. transnational pullishers.INC, 1996 p>130.

(١). المرجع المشار إليه أعلاه ص ٤٤،وهو موقع لمجموعة من المحامين الاوروبيين المهتمين بقوانين الكمبيوتر في الدول الاوروبية وكذلك ورد النص في carr@arnold.op.cit.p132

(٢). د. حسن جميعي- مرجع سابق ص٤٥-٤٦، د. فاروق الحفناوي، قانون البرمجيات- مرجع سابق ص١٩٠-١٩٩.

بخصوص براءات الاختراع قراراً بنقض قرار الفاحصين بعدم منح براءة اختراع عن برنامج كمبيوتر يحسن أداء جهاز أشعة X فيما عرف بقضية Koch and sterzel في عام ١٩٨٨ حيث كان الفاحصون قد قرروا أنه يجب النظر إلى جهاز الأشعة وبرنامج الكمبيوتر بشكل منفصل على أساس أنه لا توج علاقة تقنية مستمرة تتفاعل فيما بين الاثنين وأن التأثير التقني فقط في المرحلة الأخيرة من عمل الجهاز، وقد ألغى المكتب الاستئنافي هذا القرار في عام ١٩٩٢ موضحاً أن الاختراع يجب أن ينظر إليه في مجمله as whole أي أن ينظر إلى الجهاز والبرنامج كوحدة واحدة عند فحص توافر شروط الاختراع.

ثالثاً: وأخيراً يشترط الفقه والقضاء أن تتوافر في البرنامج الذي يرغب مالكه في أن يكون محلاً لبراءة اختراع أو جزءاً من محل لبراءة اختراع بمعنى أدق أن يكون جديداً من نوعه. The inovation is new وأن يتضمن خطوة إبتكارية an inventive step والشرط المشهور بأن يكون قابلاً للتطبيق[١]

Capable Industural application وهذه طبعاً شروط متعارف عليها تشريعياً أيضاً وتطبيقاً لذلك حكمت المحكمة العليا الأمريكية supreme court في ١٩٨١/٣/٣ فيما عرف بقضية Diamond V.diener لصالح منح براءة اختراع لِـ دياموند بعد أن رفض مكتب الولايات المتحدة براءات الاختراع والعلامات التجارية منح براءة لبرنامج كمبيوتر يتحكم في جهاز "ماكينة" لدبغ الجلود بحيث يراقب هذا البرنامج درجات الحرارة ويشغل الماكينة عند درجة معينة ويطفئها عند درجة معينة مستندين في رفضهم إلى ان طريقة عمل البرنامج عبر الماكينة تتخذ شكل صيغة رياضية ومن ثم لا تقبل الحماية ببراءة الاختراع، رفضت المحكمة هذا التوجه وقالت على الرغم من أن الصيغة الرياضية في حد ذاتها ليست محلاً لبراءة الاختراع فإن العملية التي تتضمن استخدام هذه الصيغة قابلة للحماية ببراءة الاختراع من نواحي اخرى لا يجوز استبعادها وفي هذه الحالة تنسحب الحماية على الطريقة المستخدمة في معالجة الجلد بغض النظر عن استخدام حسابات رياضية أو حاسبات رقمية[٢].

وخلاصة القول نلاحظ أنه لا يوجد ما يمنع منح براءة اختراع لبرنامج حاسب معين إذا توافرت الشرائط القانونية الأساسية لمنح هذه البراءة والسابق الحديث عنها، فإن نجح أحد مبتكري أو صانعي البرامج في

---

(١) Bain.bidge.David P.R p.213 وراجع كذلك د. خالد حمدي عبد الرحمن- مرجع سابق ص١٣٠ وما بعدها.

(١). قضية رقم (١٩٨١)١٧٥/ 450.u.s –د. برنارد.أ.جالير –الملكية الفكرية وبرامج الحاسب- ترجمة د. محمد حسام لطفي-مرجع سابق ص٤٣.

الحصول على براءة اختراع لبرنامجه[1] فإن ذلك سيمثل إضافة قيمة الى أصوله وموجوداته وسوف تتاح له حماية قانونية أقوى من تلك التي يوفرها حق المؤلف خصوصاً في قضية منح براءة مشابهة لنفس البرنامج لأي كان حتى لو توصل الشخص الآخر إلى الاختراع دون أن يعلم بسابق وجوده فلا يجوز ذلك في قوانين براءة الاختراع في حين أنه وفقاً لقواعد حق المؤلف إذا توصل شخصان لعمل ذهني (برنامج كمبيوتر مثلاً) واحد وعمل كل منهما بشكل مستقل تماماً عن الآخر فلا يعد أحدهما ناسخاً لبرنامج الآخر ويتمتع كل منهما بحقوق المؤلف[2].

وعليه يجوز في مجال برامج الحاسب الآلي للمخترع أن يتنازل عن اختراعه للغير عن طريق بيعه مثلاً ولكن يجب أن يكون هذا الاختراع قد حصل على البراءة[3] ويجب أن يكون الاتفاق على البيع أو التصرف مكتوباً وهذه الكتابة تعتبر ركناً في العقد وليس للإثبات فقط، ولكن تبقى لصيقة الاختراع إلى صاحبه كحق معنوي لا يجوز التصرف فيه أو التنازل عنه، تبقى الصيغة لصاحبها فالذي يتم التنازل عنه في البرنامج فيما لو كان هذا البرنامج مسجل باسم مخترعه هو فقط الحق في استغلال هذا الاختراع أي الحق في استغلال البرنامج الذي اخترعه للمتنازل له، ورغم وجود مثل هكذا حالات في عقود الإعداد إلا أنها نادرة في الحياة العملية لصعوبة حصول برامج الحاسب الآلي على براءة الاختراع وإن حصلت ففي أغلب الحالات لا تمنح للبرنامج بوصفه اختراعاً وإنما تتم حماية البرنامج عن طريق براءات الاختراع بوصفه أحد المكونات الرئيسية لاختراع استوفى الشرائط القانونية اللازمة وفقاً للنظام القانوني

.(٢) إن طريقة الحصول على البراءة وعر وشاق ومكلف ويستغرق منحها مدة طويلة قد تصل إلى عام أو عامين بالإضافة إلى أن مدة حماية الاختراع قصيرة نسبياً إذ تتراوح في معظم النظم القانونية المختلفة ما بين ١٥-٢٠ سنة ولا تحمي نصوص قوانين براءة الاختراع أسرار البرنامج التي يلتزم المخترع بإفشائها خلال الفترة من تقديم الطلب إلى تاريخ الحصول على البراءة رغم أهميتها الكبرى في مجال برامج الحاسب لهذه الأسباب وغيرها نرى الشركات تحجم عن سلوك هذا الطريق في استثماراتها.
للتوسع في هذا يمكن مراجعة د. شحاته غريب شلقامي-برامج الحاسب والقانون- مرجع سابق ص١-١٨. ود. فاروق الحفناوي-قانون البرمجيات مرجع سابق ص٢٠٠ و د. خالد حمدي عبد الرحمن ص١٧٠ وما بعدها، ود. برنارد.ا. جالير- مرجع سابق ص٤١ وما بعدها.

(١).د. عبد الرشيد مأمون- أبحاث في حق المؤلف- دار النهضة العربية-القاهرة ١٩٨٧ ص٣٣ وما بعدها، وخالد حمدي عبد الرحمن مرجع سابق ص٢٠٠-٢٢٠، و د. فاروق الحفناوي- قانون البرمجيات- مرجع سابق ص٢٠٠.

(٢).. المادة ٧ والمادة ٢٧ من قانون براءة الاختراع الأردني والمواد من قانون براءة الاختراع المصري.

الخاص ببراءة الاختراع[1] هذا بالإضافة إلى أنه من الصعوبة بمكان أن تجد شخص [معنوي أو طبيعي] حصل على براءة اختراع لبرنامج معين ويتنازل بنفس الوقت عن الحق في استغلاله، فعقود البرمجيات في أغلبها تنطوي على الحق في الاستعمال وهو نظام قانوني بعيد كل البعد عن نظام براءات الاختراع.

هذا فيما يتعلق بالتنازل عن برنامج الحاسب وفقاً لحقوق الملكية الفكرية كأثر من آثار عقد الإعداد ولكن تبقى هناك التزامات أخرى على أطراف العقد سنناقشها في الفصل اللاحق.

الفصل الثاني

التزامات الأطراف

إن التعاقد على برامج الحاسب الآلي وأياً كانت طبيعة هذا التعاقد فإنه يرتب التزامات متبادلة على عاتق الأطراف بالإضافة إلى قضية الملكية وانتقالها التي بحثناها في الفصل السابق ولعل أهم هذه الالتزامات هو التزام المتعهد أو المبرمج بتقديم المعلومات والإرشاد والنصائح والتزامه بالضمان وتحمل مسؤوليات العيب الخفي والتعرض والاستحقاق والتزامات المستخدم أو المستفيد والتي يتمثل محورها في وجود التعاون وحسن النية والتسلم ودفع المقابل.

وهذه الالتزامات يجري في الغالب النص عليها في العقد وتشمل نفاذها أثناء السريان وبالذات التزامات المستخدم في مواجهة المنتج أو المبرمج والتي يبقى البعض منها حتى بعد انتهاء العقد [كالسرية مثلاً وعدم السماح للغير بالاطلاع].

وبالمعية مع هذه الشروط التي تشكل التزامات الأطراف يجري النص في نفس هذه العقود كذلك على مسؤولية الأطراف عن الإخلال بهذه الالتزامات (والمستخدم وتابعيه والمنتج أو المبرمج أو المورد) ومن ثم تقوم مسؤوليتهم الواحد في مواجهته الآخر فيما إذا نتج عن هذا الإخلال ضرر مادياً أو أدبياً طبقاً للقواعد العامة في هذا المجال.

---

(١).- ويقول الأستاذان ستيفان لاندبرج وستيفان دورانت انه في الولايات المتحدة يحاول كبار العاملين في هذه المجال استغلال القانون التجاري إلى ابعد الحدود بحيث يحالون الحصول امتيازات براءة الاختراع وامتيازات حقوق المؤلف (حقوق النشر) لنفس المصنف أو الآلة التي تستجمع في طياتها الأمرين معا او حتى الوسيلة التي يوجد عليها برنامج ما. للتوسع راجع :

Steven W.Lundberg & Stephen C.Durant , Electronic and Software Patents –Law and Practice, Second Edition , BNA Books, 2005, P,31.

.

كل هذا سنبحثه في هذا الفصل عبر ثلاثة مباحث نبحث في الأول التزامات المتعهد "المبرمج" ونبحث في الثاني التزامات المستفيد "المستخدم" ونبحث في الثالث المسؤولية عن الإخلال بهذه الالتزامات.

المبحث الأول

التزامات المتعهد

قبل الولوج الى التزامات المتعهد في هذا المجال وحتى لا ندخل في متاهة قانونية يجب أن نذكر بما انتهينا إليه في الفصول السابقة من أن برامج الحاسب الآلي قد تكون محلاً لعقد مقاولة وهو الافتراض الأساسي في هذه الرسالة، وذلك فيما لو قام المنتج أو المبرمج بإنتاج البرامج لحساب شخص طبيعي أو معنوي للوفاء بحاجته في مقابل أجر دون أن يخضع لإشرافه أو رقابته كما أن البرنامج قد يكون محلاً لعقد بيع إذا كان سابق التجهيز أي أن المنتج أو المبرمج أنتجاه ليفي بحاجة قطاع كبير من المستخدمين ثم طرحه للبيع بنفسه أو بواسطة موزع، وقد يكون عقد ترخيص بالاستعمال حصل عليه المستخدم بموجب اتفاق مع المبرمج أو المنتج وقد يكون إيجار حال معنوي..الخ.

ففي عقود الإعداد هناك التزامات تقع على عاتق المتعهد تتميز بعض الشيء عن الالتزامات التي تقع عليه في العقود المسماة المشابهة أو حتى التزاماته في العقود غير المسماة وذلك نظراً لحداثة هذه العقود وما لمسناه من خلال هذه الدراسة أن في النظرية العامة للعقد من القواعد القانونية المكملة ما يساعد جداً في إيجاد الحلول القانونية لهذه المشكلات.

إن عقد الإعداد يتميز عن غيره من العقود بأنه يمكن أن يكون مزيجاً لعدد من العقود([1]) كما بيننا سابقاً لذلك فإن التزامات المتعهد أو المنتج يجب أن تكون مدروسة بعناية ووضوح حتى ينعكس ذلك على الأثر الذي سوف يترتب عليها وكذلك في مقدرته على الوفاء بهذه الالتزامات خصوصاً وأن هذه العقود في أغلب الأحوال تسبقها مرحلة مفاوضات عقدية [وبالذات إذا طبقنا أحكام عقد المقاولة كونه أقرب ما يكون لعقد إعداد البرامج] فيتوجب على المبرمج دراسة احتياجات العميل والبحث في مدى قدرته على التوفيق بين هذه الاحتياجات وبين مقدرته التقنية([2]) وكذلك ملاءمتها مع أصول البرمجة وعلومها، حتى يتمكن من إعداد البرنامج التي تم الاتفاق عليه وهو التزامه الرئيسي

---

(١)- د. محمد السيد عمران – الطبيعة القانونية لعقود المعلومات – مرجع سابق ص . ١٠٣-١٠٦

(2) Thomas P .Vartanian – Technology and the Payment System – Shriver & Jacobson press 1996.p 31 .

بأفضل صورة ممكنة بحيث يكون مطابقاً للمواصفات والمقاييس التي تم الاتفاق عليها في العقد وبالتالي تسليمه إلى المستخدم.

لذلك نلاحظ أنه يجب على المبرمج نصيحة المستخدم بعد الاستماع إليه ومعرفة متطلباته بشكل دقيق وهذه النصيحة ليست التزاماً يوجبه مبدأ حسن النية في العقود فقط بقدر ما يمكن أن تشكل طريقة لإبطال العقد فيما لا لو تبين عدم دقتها وذلك لأننا بصدد محترف مهني (بائع أو صانع مهني) في مواجهة طرف قليل أو عديم الخبرة في هذا المجال تفرض معظم التشريعات وأحكام القضاء حمايته وهي نصيحة فنية وتقنية نابعة عن شخص خبير يعمل في هذا المجال ويعرف بالضبط ما هي احتياجات الطرف الآخر وإمكانية القدرة عليها من عدمها...الخ.

وكذلك فإن هناك التزامات تقليدية يفرضها القانون على "البائع أو الصانع المهني" كضمان العيوب الخفية وعدم التعرض والاستحقاق [إلتزامات تشبه التزامات البائع] سنحاول بحثها وقياسها على عقود إعداد البرامج حسب الشروط التي ترد في هذه العقود وانطلاقاً من القواعد المكملة في التشريع المدني والنظرية العامة للعقد عبر المطلبين التاليين.

المطلب الأول

الالتزام بتقديم المعلومات

تتميز العلاقة الناشئة بين المستخدم و المبرمج بأنها علاقة غير متكافئة فيما يتعلق بالأطراف من حيث العلم والدراية التامة بطبيعة محل العقد والذي يشكل غاية المستخدم من التعاقد، فالبرنامج الذي سيتم إعداده يشكل رغبات المستخدم في إتمام وظائف معينة لديه رغم أنه لا يتمتع بالمعرفة التقنية والتكنولوجية الكافية ليقوم بالاختيار الصحيح[١].

وهذا السبب يستوجب على المبرمج تقديم معلومات ونصائح حول الاختيار الصحيح والطريقة المثلى للتشغيل ولقيام النظام بواجباته بأفضل الصور وهو ما أصطلح على تسميته بالالتزام بالإعلام وهو التزام قرره القضاء الفرنسي على البائع المهني سواء كان صانع او موزع دون ان يستند ذلك على نصوص تشريعية خاصة فهو التزام تابع مرتبط بالالتزامات الأصلية الناشئة عن العقد، ابتكره القضاء الفرنسي لتوفير

---

(١). د. خالد جمال أحمد حسين- الالتزام بالاعلام قبل التعاقد-رسالة دكتوراة- كلية الحقوق جامعة أسيوط -١٩٩٦ ص٨٠-٨٢.

أكبر حماية ممكنة للمشتري أو المستخدم الذي لحق به ضرر نتيجة عدم درايته الكافية بمواصفات المحل[١].

ويطلق على التزام البائع المهني للبرامج بالإعلام [الالتزام بتقديم المشورة][٢]وطبعاً هذه النسخة غير دقيقة في رأينا لان عقد تقديم المشورة يعقد في الغالب ما بين المستخدم وخبير في نظم الكمبيوتر ليساعده على الاختيار الصحيح عندما يقوم المستخدم بالتعاقد وهذا عقد منفصل، يختلف كلياً عن الالتزام الواقع على عاتق المبرمج أو البائع المهني بالإعلام والذي بموجبه يلتزم هذا المبرمج بالتوصيف المستندي (السابق الإشارة إليه في الفصل الأول) للبرنامج[٣] وهذا يعني إنشاء دليل المستخدم وتوصيف البرنامج توصيفاً جيداً ودقيقاً يشمل توصيف النظام وخطوات التشغيل والإرشادات الخاصة بالمدخلات والمخرجات وطريقة إدخال البيانات وتحديثها وقاموس المصطلحات الجديدة بالإضافة إلى توصيف مكونات الـ Hardware إن شملها عقد الإعداد[٤].

إن التزام المتعهد أو المبرمج بتقديم المعلومات في عقود الإعداد يتكون في رأي الفقه والقضاء من محورين رئيسيين أولهما وضع المشتري أو المستخدم في الصورة الصحيحة والدقيقة لما هو محتاج إليه أي نصحه وإرشاده حتى فيما يتعلق بطريقة الاستعمال وهذه النصائح والإرشادات تشمل أيضاً مخاطر الاستعمال والاحتياطات التي يجب على المستخدم اتخاذها للتغلب على هذه المخاطر وثانيهما مطابقة البرنامج أو البرامج محل العقد لحيثيات الطلب وهي الوظائف التي سعى من أجلها المستخدم إلى المتعهد أو المبرمج للتعاقد معه على أن يقوم نظام المعلوماتية

---

(١). د. عزة خليل/مرجع سابق ص١٢٧ و د. سهير منتصر –الالتزام بالتبصر- دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٠ ص٤٢ ود. حسن جميعي –عقود برامج الحاسب الآلي- مرجع سابق ص٢١٦.

(٢). لا نرى أن هذه التسمية صحيحة رغم اصطلاح المشتغلين ببرنامج الحاسب الآلي عليها وذلك لأن الالتزام بتقديم المشورة الفنية هو إلتزام مقرر بموجب عقد معين يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين بتقديم معلومات فنية وقانونية في مجال معين إلى الطرف الثاني يكون من شأنها توجيهه في اتخاذ قراره النهائي بصدد المسألة موضوع الاستشارة فهذا الالتزام مصدره عقد المشورة الفنية أما التزام المتعهد بتقديم المعلومات والنصائح، فمصدره عقد الإعداد نفسه وعدم تكافئ معلومات الأطراف ومبدأ حسن النية وضعف الطرف المستخدم ويمكن أن يكون مصدره التزامات الأطراف بموجب القواعد المكملة في القانون للتوسع في ذلك راجع د. نزيه الصادق المهدي- الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات- مرجع سابق ص٧، د. نصيرة بوحجة سعدي- مرجع سابق ص٢٤٦، د. السيد عمران مرجع سابق ص٩٢.

(١) - د. أنور احمد الفزيع-مرجع سابق ص١٠.

(٢) د. محمد زكي عبد المجيد واخرون –فيروسات الحاسب وامن البيانات –موسوعة دلتا كمبيوتر -٨- مرجع سابق ص٦٦-٦٩ ،ود. عزة خليل –مرجع سابق ص١٣٤ .

بأدائها[1] وهي التي أخبر أو أفصح المتعهد للمستخدم أن بمقدوره إعداد أو بيع برنامج له يفي بهذه الوظائف عبر إعطاءه المعلومات والإرشاد والنصائح التي بموجبها قبل التعاقد وأمل بتحقيق النتائج المرجوة منه.

وعليه سنبحث في فرع أول التزام المتعهد بالإرشاد والنصيحة وفي فرع ثانٍ مطابقة البرنامج لحيثيات الطلب..

الفرع الأول
الإرشاد والنصيحة

يتصف عقد إعداد البرامج بتوافر صفة الاحتراف لدى المبرمج وهذه الصفة تفرض عليه تقديم النصيحة المناسبة والملائمة لظروف واحتياجات المستخدم، ويكون ذلك من خلال التحري والدراسة عن الدافع والأمور التي من أجلها أراد المستخدم التعاقد على برنامج معين. وهنا يجب على المبرمج أن يلتزم بمعاونة المستخدم ومساعدته في التعبير عن احتياجاته وتتم ترجمة ذاك من خلال التعبير في صياغة العبارات الفنية التي تتوافق مع هذه الاحتياجات حتى يتمكن المستخدم من طلب البرامج والأنظمة التي تتناسب وتؤدي إلى وفاء بأغراضه.[2]وقد عرف الفقه الالتزام بتقديم النصيحة بأنه: إعلام العميل أو المستخدم المتعاقد بعد عمل الدراسة الملائمة لمحل وظروف التعاقد ببعض المعلومات الأساسية التي لها دور فعال في التعاقد ومن خلالها يتم التوصل إلى مدى ملائمة البرنامج لاحتياجاته سواء من حيث تحقيق الغاية الأساسية أو ملائمة ظروف البرنامج لظروف البيئة المتوفرة لديه وبيان كافة الآثار المترتبة على هذا التصرف ودوره في إتمام التعاقد[3]، فإذا تم التوصل الى نصيحة ملائمة فيتم إبرام العقد ويبقى على المبرمج الالتزام بالنصيحة فيما يتعلق بطريقة الاستخدام للبرامج وبيان الأمور الخطرة التي من الممكن أن تؤدي إلى إعاقة عمل البرامج وباختصار بيان كيفية الاستخدام وتحقيق الغاية المرجوة من البرامج.

ومن خلال هذا التعريف يتضح لنا أن الالتزام بالإرشاد والنصيحة يكون على مرحلتين وهما:

---

(٣). د. حسام لطفي- عقود خدمات المعلومات –مرجع سابق ص٩١-٩٢، د. عزة خليل – مرجع سابق ص١٣٢-٢٢٢، ود.فاروق الحنفاوي –موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات ج١ عقود البرمجيات –مرجع سابق هامش ١٠٥-١٠٧. ود. سهير منتصر- مرجع سابق ص ٤١.

(١) . د. ثروت فتحي إسماعيل –المسؤولية المدنية للبائع المهني (الصانع ، الموزع) رسالة دكتوراة، حقوق عين شمس ١٩٨٧، ص٨٢ وما بعدها.

(١). د. سهير منتصر- مرجع سابق ص٤٠ وما بعدها، د. خالد جمال أحمد حسين- الالتزام في الاعلام قبل التعاقد، رسالة دكتوراة، جامعة أسيوط ١٩٩٦ ص٨٠-٨٣.د. حسن جميعي- عقود الحاسب الآلي، مرجع سابق ص٢١٦ وما بعدها.

مرحلة ما قبل التعاقد (المفاوضات العقدية) والمرحلة اللاحقة على إبرام العقد وسنحاول من خلال هذا الفرع معرفة طبيعة الالتزامات التي تترتب على المبرمج أو المتعهد في كل مرحلة وكيفيتها في عقود الإعداد:

المرحلة الأولى: ما قبل إبرام العقد

حتى يتمكن المبرمج من تقديم النصيحة للمستخدم أو العميل في هذه المرحلة يتوجب عليه القيام بعمل دراسة للظروف المقترنة بالبرنامج ولاحتياجات العميل وذلك يكون من خلال جمع أكبر قدر ممكن من المعلومات المتعلقة بالغاية و الوظائف المرجوة من البرنامج وظروفه للخروج بأفق معين يشكل ترابط ما بين هذه الغايات والاحتياجات وكيفية ترجمتها على شكل برامج أو برنامج[1] وهنا وكما أسلفنا يجب على المبرمج أن يساعد المستخدم أيضاً في التعبير عن احتياجاته ومساعدته في صياغة احتياجاته بلغة فنية وتقنية ووضعه في صورة الامتيازات لكل برنامج والمخاطر والأسعار الخ. وهذه الالتزامات أوجبتها طبيعة عقد الإعداد وذلك في محاولة لإيجاد نوع من التوازن بين الأطراف ولتيسير الأمر على المستخدم تحديداً ليتمكن من فهم بعض الشروط الأساسية والمواصفات للبرنامج المراد إعداده فالمستخدم ليس متخصصاً في البرمجة ولا في أنظمة التشغيل وطرق معالجة البيانات وهذه أمور يتعرف عليها من خلال النصيحة مما يؤثر في حرية إرادة المستخدم بعيداً عن أمور غير مفهومة لديه أو مظلمة يمكن أن تحد من حريته في الاختيار[2] وانطلاقا من محاولة إيجاد نوع من المساواة بين الأطراف وتوافر إرادات صحيحة ليست معيبة أو غير متكافئة فقد تم التوافق فيما بين الفقه والقضاء حول التزام المبرمج بتقديم النصيحة للمستخدم أو العميل لكي لا يؤدي إخفاء هذه النصيحة أو كتمانها لبطلان العقد مستقبلاً كما رأينا عند بحثنا لعيوب الإدارة في عقود الإعداد في الفصل الأول من هذه الدراسة، فقد أكد الفقه والقضاء في كثير من المواقع على تقرير هذا الالتزام في العقود التي تتصف بعدم المواساة بين الأطراف في قضية الاحتراف فهذا ما نجده ينطبق على الأمور المتعلقة بإعداد برامج الحاسب

---

(١). راجع في هذا د. نصيرة بو حجة سعدي-مرجع سابق ص٢٤٥ وما بعدها ود. السيد عمران-مرجع سابق ص٩٢ وما بعدها، ود. حسن جميعي مرجع سابق ص٢١٥ وما بعدها ود. نزيه الصادق المهدي مرجع سابق ص٨ وما بعدها.

(٢) . د. نزيه الصادق المهدي-الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد- مرجع سابق ص٢٠٨ -٢٣٠، وراجع في هذا أيضاً د. حسن جميعي أثر عدم التكافئ بين المتعاقدين على شروط العقد-دار النهضة العربية/القاهرة ١٩٩١ ص٣٤٦ و

Steve Kelley- computer and discovery advising the carport client,http//dind law.com/conraetsll contel -7html.p1

.

الآلي[١] ففي حكم شهير لمحكمة النقد الفرنسية في ١٩٨١/٣/١٧ صدر قرارها بإلزام المحترف في مجال توريد أنظمة وبرامج الحاسب بنصيحة العملاء وشددت المحكمة في إقرارها لهذا المبدأ وذلك عبر نقد الحكم الصادر عن محكمة استئناف (ليموج) بحيث نعت عليها مخالفتها للقانون عند رفضها لطلب التعويضات عن الأضرار الناجمة عن إخلال مورد نظام الحاسب بالالتزام بالنصيحة وعلى وجه الخصوص عدم قيام المورد بدراسة جادة وتفصيلية قبل تركيب وتشغيل نظام الحاسب بمقر الشركة المستأنفة مما ترتب عليه اضطراب في العمل بالشركة وتداخل ملفاتها مما اضطر المستأنفة إلى اللجوء لشركة أخرى لإصلاح الأضرار الناجمة عن استخدام البرامج التي وردتها المستأنف عليها[٢].

وهذا ما يفترض على المبرمج تنبيه المستخدم إلى المشكلات المتوقعة في البرامج التي ستكون محل العقد مستقبلاً وخصوصاً بعض الجوانب التي يمكن أن يحجم بسببها المستخدم عن التعاقد فيما لو كان لديه علم بها وكذلك يجب أن يضعه في صورة المقدرة المستقبلية للبرامج على التحديث من عدمها ومدى تناسب هذه التحديثات مع أساسيات البرنامج وهل ستتلاءم مع الوظائف التي يقوم بها أم لا[٣].

وخلاصة القول في هذا المجال أن المبرمج يلتزم بوضع تصور مبدئي ملائم وشامل للشروط التي تم الاتفاق عليها [بناءً على استقائه معلومات صحيحة من المستخدم] وتقديمه للمستخدم أو العميل على شكل نصيحة مؤهلة وصادقة ناتجة عن دراسات ستشكل أساساً فعلياً لبرامج عند تطبيقها على أرض الواقع وعبر إنتاجها بأفضل المواصفات.

وهذا الالتزام من الصعوبة بمكان بالنسبة للمبرمج بحيث يضعه في مراحل صعبة يتوجب عليه فيها التوفيق فيما بين إيجاد برنامج يلبي رغبات العميل أو المستخدم وما بين إيجاد تناسب بين لغات البرمجة نفسها التي سيتم استخدامها ويمكن في هذه المرحلة التوصل إلى عدة حلول مناسبة فيكون عليه أيضاً شرح سمات وعيوب كل حل [كل نوع من أنواع البرامج] التي يمكن أن يتناسب مع العميل ليقوم بالاختيار بناءً على هذا الشرح وذلك لأن المبرمج أعلم الناس بما سوف يقوم بإعداده والعميل

---

(١) . د. نزيه محمد الصادق المهدي-مرجع سابق ص٢٥٠-٢٧٠، د. سهير منتصر- مرجع سابق ص١٨٠.

(2) cass.com17mars.1981.ball.civ.١v.n^0 150.p.118
حكم اشار اليه د. حسن جميعي – عقود برامج الحاسب – ص ٢١٩

(١). د. خالد جمال أحمد حسين- مرجع سابق ص٨٥-٨٦/ د.فاروق الحفناوي، قانون البرمجيات-مرجع سابق ص١٧١.

أو المستخدم لا يملك من أمره شيء حول كيفية هذا الإعداد[١] لذلك قيل أن الهدف الأساسي من هذا الالتزام هو إبراء ذمة المبرمج من إمكانية الرجوع عليه بالخلل الذي يمكن أن يحصل مستقبلاً فيما لو لم تتلاءم الوظائف وطرق العمل مع احتياجات العميل بسبب عدم تقديم النصيحة، فالاتفاق على تصور معين يجنب الأطراف وبالذات المبرمج كثيراً من المشكلات التي من الممكن حدوثها بعد إتمام إعداد البرنامج فلا يحق لأي منهم إبراء نفسه من موافقته على هذا التصور أو هذا التصميم فيما لو اقترن بنصيحة[٢] وبما أن هذه المرحلة هي مرحلة سابقة على إبرام عقد الإعداد فإن الالتزام بالنصيحة المفروض فيها هو التزام غير عقدي بالنسبة للمبرمج لأن العقد لم يتم إبرامه بعد وإنما تتوافر فيه صفة الالتزام (وكما بينا سابقاً وبالذات عند مناقشة بعض الشروط المجحفة في الفصل الثالث من هذه الدراسة) بسبب إحداث بعض التوازن فيما بين أطرافه خصوصاً أن هذه العقود يمكن أن تتشابه كثيراً مع شروط عقود الإذعان[٣]، وكذلك لأنها بصدد خبير في مواجهة شخص لا يملك أدنى خبرة في مجال البرمجة. وبما أن الالتزام بالنصح والإرشاد في هذه المرحلة التزام غير عقدي فلا يمكن الرجوع على المبرمج بمسؤولية العقدية لعدم تقديم النصيحة الملائمة قبل إبرام العقد للمستخدم ولكن يمكن الرجوع عليه بالمسؤولية التقصيرية وفي حالة إبرام العقد والقيام بإعداد البرنامج فإن هذا الالتزام يعتبر من الالتزامات العقدية التي تخضع المبرمج للمسؤولية العقدية وكذلك لحكم القانون الذي يمكن الطرف الآخر من إبطال العقد فيما لو تبين حجب بعض المعلومات أو التدليس في طرحها كان دافعاً للتعاقد من قبل المتعاقد الضعيف (الأقل خبرة)[٤].

المرحلة الثانية: ما بعد إبرام العقد

---

(١) د. السيد عمران، مرجع سابق ص ١١ -١٥، د. سهير منتصر، مرجع سابق ص٤٧.

(٢). راجع في هذه المادة ١/١٤٨ مدني مصري والمادة ١/٢٠٢ مدني أردني والمادة ١/١٨١ مشروع فلسطيني (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه).

(٣). مرجع سابق ص. من هذه الدراسة وكذلك يمكن مراجعة د. أحمد عبد الرحيم الملحم، نماذج العقود في مواجهة الشروط المجحفة-مرجع سابق ص١٨٠ وما بعدها وهيكتور ماكوين مرجع سابق ص١٢٨ -١٣٥ ود. عبدالفتاح مراد، مرجع سابق ص١٠٥

(١) . د. حسن جميعي، عقود برامج الحاسب، مرجع سابق، ص٢٣٥ وأستاذنا د. أحمد شرف الدين، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص١٨٦، د. حسام الأهواني مرجع سابق ص٢١٠ وما بعدها.

وتبدأ هذه العملية منذ قيام المبرمج بإعداد البرنامج[١] وخلال توصله إلى بعض النتائج الأولية حتى يتم إكمال البرنامج لتسليمه، حيث تتجسد النصيحة ببيان كيفية التشغيل وتحقيق الغاية المرجوة من البرنامج بأفضل الوجوه الممكنة عبر إبداء النصح والإرشاد بخصوص المواد التي تصاحب إنتاج البرنامج والتي تعتبر من مكونات البرنامج مثل الرسوم والخرائط البيانية الخاصة بالبرنامج وأية وثائق أو مواد أخرى، وكذلك بخصوص المواد التي يتم تسليمها مع البرنامج والتي تشرح كيفية تشغيله والاستفادة من وظائفه وكيفية تصحيح ما قد يظهر من أخطاء هذا وتشمل النصيحة كافة التحسينات والترقيات updates[٢] التي يمكن أن يجري على البرنامج من حين إلى آخر والتي من الممكن أن تظهر في صورة إصدار جديد أو نسخة جديدة متطورة ومحسنة من البرنامج[٣].

وتكمن الغاية من هذا الالتزام في حماية المستخدم من بعض الأمور التي يجهلها في كيفية استخدام البرنامج حتى أن لبعض الشركات الدولية وفي بعض صيغ العقود يتم الاتفاق من خلالها على قيام المنتج أو المبرمج نفسه بتدريب عمال المستخدم لمدة معينة على كيفية استخدام الأنظمة المتكاملة (برامج وأجهزة معاً) أو حتى البرامج التي يتم إعدادها لصالحه[٤]، وعلى ذلك يجب أن تكون النصائح

كاملة ووافية تثير انتباه المستخدم لكافة المخاطر والعيوب التي من الممكن أن يتعرض لها أثناء الاستعمال سواء عند القيام بعمليات تخزين البيانات أو استخراجها وكل ذلك يجب أن يتم بطريقة واضحة وبلغة مصاغة بطريقة يستطيع المستخدم فهمها من خلال تجنب استخدام مصطلحات خاصة بالبرمجة يصعب على المستخدم (الشخص العادي) فهمها لذا يجب على المبرمج أن يفترض أن هذا الشخص غير ملم بلغة وتعليمات البرمجة حتى أن بعض الخبراء في هذا المجال يعتبرون ذلك

---

(٢). د. أنور الفزيع، مرجع سابق، ص١٣٤-١٣٩، د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق ص١٥٥-١٦١.

(1) Steven W .Lundberg & Stephen C .Duran P.R .p209. .

(٢) . د. فاروق الحفناوي، قانون البرمجيات، مرجع سابق، ص١٢٧-١٢٨ ود. محمد فهمي طلبه وآخرون، الموسوعة الشاملة لمصطلحات الكمبيوتر، موسوعة دلتا، كمبيوتر ٢ مرجع سابق ص٨.

(٣) . مزيد من التفصيل راجع د. خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق ص١٤٣و١٥٥ ود. حسن جميعي، أثر عدم التكافئ بين المتعاقدين على شروط العقد، مرجع سابق، ص٣٤٦.
Clarence .H ridly & peter. .quittmeyer -computer software agreement-form and commentary. P.R p 17.
ويمكن مراجعة د. فارووق الحفناوي-موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات-ج١ عقود البرمجيات- نماذج العقود بالانجليزية ص١١٣،ص١٧٣وص٢٥٧.

ليس توجيهات فقط بل أساسيات في الاستخدام يجب أن توضع في مكان ظاهر سواء على وسيلة تسليم البرنامج أم بظهورها على شاشة الجهاز عند استعمال البرنامج أو من خلال كتيب أو ملحق يسلم مع البرنامج أو بأي وسيلة كانت، فالمهم أن تكون واضحة وظاهرة ومرافقة للبرنامج بحيث لا يتم فصلها عنه[١].

إن إرشاد المستخدم لكيفية الاستخدام يحقق غايته من البرنامج على أكمل وجه، ويحافظ على انسيابية عمل البرنامج بعيداً عن حدوث مشاكل تقنية يمكن أن يسببها الاستخدام غير السليم، فهذه الإرشادات والنصائح من الأهمية بمكان أن البعض قد شبهها بعملية تدريب للمستخدم على كيفية الاستخدام وطرق حماية البرنامج إبتداءً من البدء بالتشغيل وحتى الانتهاء من الاستخدام وإقفال البرنامج[٢].

هذه المعلومات جميعاً إذا تم تقديمها على شكل نصائح وإرشادات فإن المستخدم يكون قد استوفى حقوقه فيما يتعلق بالنصيحة التي يجب على المهني تقديمها إليه، ومن الضروري بمكان التزام المستخدم بها ليتم تحقيق درجة أكبر وأفضل من الأداء أثناء الاستخدام، هذا بالإضافة إلى أن توفر هذه النصائح يحول دون إدعاء المستخدم بعدم توافر المعرفة التامة لديه والغموض بخصوص العقد الذي تم إبرامه مما يعتبر معها أن إرادة الأطراف تكاد تكون متساوية نتيجة لهذه النصائح والإرشادات ولا يدعي الجهل أو الغلط في مواجهة المبرمج أو المورد[٣].

وأخيراً نقول أن التزام المبرمج أو المنتج أو المورد بالنصيحة بعد إبرام العقد هو من الالتزامات الأساسية لهذا العقد والتي تندرج تحت خانة المسؤولية العقدية لذلك فإن حدث خلل لم يتم توقعه في البرنامج ولم يتم ذكره في النصائح والإرشادات، وكان هذا الخلل مؤثراً فإنه يعطي الحق للمستخدم بالرجوع على المبرمج للإخلال بالالتزامات الملقاة على عاتقه وبالتالي فسخ العقد والرجوع عليه بالتعويض عن هذا الضرر. وحتى في بعض الحالات اعتبر السكوت عن تقديم النصيحة بمثابة تدليس كما رأينا سابقاً[٤] يبيح لمن وقع فيه طلب إبطال العقد.

أما بخصوص استعانة بعض المستخدمين بالخبراء عبر عقود استشارات فنية في هذا المجال فإن ذلك وبحسب الفقه لا يعفي المنتج أو

---

(١) . د. نزيه الصادق المهدي، مرجع سابق، ص١٣٦، ود. ثروت إسماعيل، مرجع سابق ص٣٥١وص٥٣٣.

(٢) . د.أنور أحمد الفريع-مرجع سابق ص١٣٤-١٣٥، ود. عزة خليل-مرجع سابق ص٦١و١٣٨-١٣٩.

(١) . د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص١٥٦-١٦١.

(٢) . راجع ص من هذه الرسالة وكذلك راجع د. حسن جميعي، عقود برامج الحاسب، مرجع سابق ص٢٢٥-٢٣٥.

المبرمج من تحمل المسؤولية ولكنه يخفف من مسؤوليته بعض الشيء وذلك لأن المستخدم كان بإمكانه من خلال مستشاريه الفنيين أن يكون على دراية أكبر بما يحتاج إليه، فقد قضت محكمة استئناف باريس في ١٩٩٧/١/١٢ بأن خطأ المورد وتقصيره في نصيحة العميل يخفف منه أنه كان يعلم أن هذا الأخير قد استعان بشركة متخصصة في مجال المعلوماتية في المراحل السابقة على إتمام التعاقد[١].

وقبل أن نختم هذا الفرع لابد أن نسأل أنفسنا كعاملين في حقل القانون هل التزام المبرمج أو المنتج بالنصح والإرشاد للعميل أو المستخدم بخصوص عقود إعداد برامج الحاسب الآلي هو التزام بتحقيق نتيجة تستوجب إعداد برنامج بناءً على النصائح التي تم تقديمها أم هي مجرد التزام ببذل عناية من خلال تقديم النصائح وينتهي دور المبرمج أو المنتج هنا؟

وللإجابة نقول وبعد طول دراسة انقسم فيها الفقه إلى مؤيد للقول الأول[٢]

أو مؤيد للقول الثاني[٣].فإن الاتجاه المعاصر اخذ بكون هذا الالتزام هو التزام مزدوج بين بذل عناية وتحقيق نتيجة منطلقين من أن النصيحة التي يتم تقديمها تكون التزام ببذل عناية من خلال القيام بإعداد دراسة لمدى ملائمة البرنامج لاحتياجات المستخدم أو العميل وبيان كيفية الاستخدام وذلك ليتم استخدام هذه النصائح والدراسات التي تم تقديمها في تقديم رؤية واضحة للمستخدم تنير له الطريق لإتمام العقد بإعداد برامج تتناسب واحتياجاته[٤].

أما تحقيق النتيجة فيتجسد في إبرام العقد وظهور محله على أرض الواقع بحيث يتمكن المستخدم من الاستفادة من هذه المحل دون شوائب تشوبه نتيجة للدراسة والتي تم تقديمها، وبهذا فإن الفقه الحديث يفرق بين فهم المستخدم أو العميل للنصائح والإرشادات والعمل بها وبين دور المبرمج أو المنتج بتوضيح النصائح والإرشادات للمستخدم حتى يتم تحقيق نتائج تتمثل في إبرام عقد خالي من الشوائب ومن ثم يبرز دور هذه

---

(١). paris.5ech12,ganv1997. jurus data no35 اشار إليه د. حسن جميعي عقود برامج الحاسب، مرجع سابق ص٢٢٨.

(٢) . د. عزة خليل، مرجع سابق، ص١٥٥، ود. حسن جميعي ، شروط التخفيف والاعفاء من ضمان العيوب، دار النهضة العربية-القاهرة ١٩٩٣، ص١٩٠.

(٣) . د. ثروت إسماعيل، مرجع سابق، ص٣٧٢و٣٧٧و٣٧٨/ ود. ممدوح محمد مبروك، أحكام العلم بالبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الاسلامي، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨ ص٢٥.

(١) . د. ممدوح محمد مبروك، مرجع سابق، ص٢٠٦.

النصائح في ذلك بحيث يتم إنتاج برامج بأفضل المواصفات نتيجة التزام الأطراف بالنصائح والإرشادات.

ومن دراستنا للاتجاهات الفقهية في هذا المجال نذهب إلى تأيد الاتجاه المعاصر الذي أعتبر أن هذا الالتزام التزام مزدوج نرى فيه بذل عناية الرجل المعتاد في عمل دراسة ملائمة لظروف العقد تتناسب مع احتياجات المستخدم وتبين له كيفية الاستخدام والمخاطر ...إلخ.

ويبقى بذل هذه العناية مستمراً طيلة فترة التنفيذ للعقد ومن جانب آخر فإن المبرمج يلتزم بتحقيق نتيجة وذلك عبر التزام المستخدم بأفضل وسيلة ممكنة (أي تأثير النصائح والإرشادات على إرادة المستخدم أو العميل) من خلال اقتناعه بهذه النصائح وتطبيق حذافيرها لحصوله على الغاية المرجوة من البرنامج وباختصار يكون تحقيق النتيجة مقترناً بتطبيق المستخدم للنصائح طيلة فترة التنفيذ وحتى ما قبل الانعقاد فيكون المبرمج ملتزماً بما قد اقنع به المستخدم، أي بتحقيق نتائج ذلك عبر الاستخدام[١].

ولم تتم معالجة مثل هذه المسائل في نصوص القانون المدني، إلا أن الفقه قد أجمع وتحت كل الظروف على التزام الشخص الذي يتمتع بصفة الاحتراف، بتقديم النصيحة للمستخدم أو العميل لأنه لا تتوافر لديه المعرفة الحقيقية والشاملة أو التامة بالبرامج التي سيتم تنفيذها[٢] تحقيقاً لقدر من المساواة بين طرفي العقد في معرفة كافة ما يتعلق بالمحل.

الفرع الثاني

مطابقة البرنامج لحيثيات الطلب

يقوم المنتج قبل الموعد المحدد لتسليم البرامج أو البرنامج بإعداد عينة من البيانات test data التي تشغل بصوره مصغرة عن البرنامج مثلاً لفحص واختبار مدى صلاحية البرنامج محل الإعداد بحيث تخضع هذه العينة في اختبارها لموافقة المستخدم ويتم تحديد موعد باتفاق الطرفين لإجراء اختبارات القبول وذلك عبر معالجة عينة البيانات على الأجهزة بحضور المستخدم حيث يتعهد كلا الطرفين بتقديم كافة التسهيلات الممكنة لإجراء هذه الاختبارات[٣].

---

(١). د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص١٢٧-١٢٩، د. سهير منتصر، مرجع سابق، ص١٨-٢٠، د. سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠، ص١٠٥-١١١.

(٢) . Steven W.Lundberg & Stephen C .Duran P.R .p214

(١) لمزيد من التفاصيل راجع د/ يوسف عبد الهادي الاكيابي – مرجع سابق ص ١٧٩ و د/ عبد الفتاح مراد- مرجع سابق ص١٠٤ وما بعدها و د/ نصيرة بو جمعة سعدي مرجع سابق ٢٠٧ وما بعدها و د/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق ص ٣٠٦-٣٠٨ و د/ حسن جمعي- عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص ٢٨٧- ٢٨٨.

إذا عالجها البرنامج أو إذا عالج البرنامج البيانات محل الاختبار وحقق النتيجة المرجوة منه أو المتوقعة فيتم قبوله فوراً ويوقع المستخدم أو المستفيد شهادة بقبول البرنامج [١] بحيث تعتبر البرامج مقبولة عقداً وقانوناً متى اجتازت اختبارات القبول بنجاح أو متى وضعت موضع التشغيل الفعلي live operation من قبل المستخدم.

ولكن ما هو الحل لو أن البرنامج أو البرامج أخفقت في القيام بمعالجة البيانات كما هو متوقع؟؟ في هذه الحالة فإن أغلب العقود تنص على منح المبرمج فترة إضافية لمحاولة معالجة الأخطاء وتكون هذه الفترة عادة من تاريخ فشل الاختبار الأول الخاص بالقبول[٢].

وبعد ذلك فإذا ما زالت البرامج فاشلة في معالجة عينة البيانات المنتقاة ما هو العمل وما هو موقف القانون في مثل هذه الحالة؟

بادئ ذي بدء يجب أن نستظهر طبيعة التزام المبرمج أو المنتج لهذه البرامج هل هو التزام ببذل جهد أو عناية أم هو التزام بتحقيق نتيجة؟ وعلى أثر ذلك نستوضح موقف القانون فيما لو أخفقت البرامج في تحقيق الغاية المرجوة منها.

يقتضي الالتزام بتسليم البرامج كمحل لعقد الإعداد أن تتطابق هذه البرامج مع المواصفات التي تم الاتفاق عليها أو حتى تلك التي تقضيها قواعد مهنة الإعداد وإنتاج البرامج وعرف التعامل فيها[٣]. وحيث يقوم المبرمج وهو المدين بالتسليم بعمل ايجابي ينقل بمقتضاه محل التعاقد إلى المستخدم "الدائن" ويمكنه منه تمكيناً مادياً فيجب أن يكون هذا المحل مطابقاً للمواصفات السالف بيانها بما يتيح للمستخدم أن يحصل على الغاية المرجوة من هذا المحل والتي لا تكون إلا بمطابقة المواصفات لما تم الاتفاق عليه، فإن تخلف المنتج أو المبرمج فإن ذلك يعتبر إخلالاً بالتزام عقدي يستتبع انعقاد مسؤوليته العقدية.

ولمعرفة طبيعة الالتزام نفرق هنا فيما بين إذا ما كان التعاقد على إنتاج وتوريد البرامج قد تم من خلال عقد بيع أو إيجار (ترخيص بالاستعمال) فنكون أمام التزام بتحقيق نتيجة أي يكون المنتج أو المبرمج ملتزماً بتسليم برنامج مطابقاً للمواصفات التي تم التعاقد عليها وأي إخلال جوهري بهذه المواصفات يعتبر اخلالاً بالالتزامات العقدية .

---

(٢). سبق الحديث عن اختبارات القبول- راجع ص من هذه الدراسة وفي الغالب فإن شهادة القبول تكون مرفقة مع ملاحق العقد، ويجب ملاحظة أن اختبارات القبول بالنسبة للبرامج تختلف حسب نوع وطبيعة البرامج ولكن يبقى الهدف الرئيسي منها هو التأكد من مطابقة البرامج للمواصفات المتفق عليها، والذي يظهر عبر قدرتها على معالجة البيانات بالطريقة المقصودة وتحقيق الغرض المرجو منها.

(٣) د/ فاروق حفناوي/ عقود البرمجيات- مرجع سابق- ص ٢٤٢.

(١). د/ حسن جميعي- عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص٢٣٥-٢٣٧.

أما إذا كان العقد "عقد إعداد البرامج أو البرامج" قد تم إعداده للمستخدم بناءً على مقاولة أي عقد كان قد طلبه هو وفق شروط ومواصفات معينة وتم إعداده له فقط ففي هذه الحالة يصبح تحديد طبيعة التزام المنتج أو المبرمج أكثر صعوبة ولبيان ذلك يجب الاستناد إلى التقدير الفني لمدى إمكانية إنتاج البرنامج محل العقد بطريقة تفي بالأغراض المستهدفة من التعاقد بالإضافة إلى رأي الخبراء في مدى قدرة منتجي البرامج في التحكم أو الوصول إلى النتائج المرجوة[١].

فإن كان بالإمكان ذلك أي أن البرنامج محل التعاقد ممكن علمياً وتقنياً فإن التزام المنتج أو المبرمج، حسب القواعد العامة في عقد المقاولة هو التزام بتحقيق نتيجة [٢]ولكن لم نرى او نسمع فقه او قضاء قد قام على تشبيه عملية إنشاء مبنى او جسر بتصميمات فنية ودراسات متعلقة بإنتاج برامج حاسب او نظم معلوماتية كاملة وذلك لان الواقع العملي اثبت ويثبت كل يوم انه من المستحيل وضع برنامج حاسب مهما كانت دقة العمل لا يحتوي على أخطاء يجب مواصلة التعامل معها وتصحيحها أثناء التشغيل وهذا يؤدي الى ان المقاول في مجال برمجة وإنتاج برامج الحاسب الآلي ملتزم ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة [٣] (طبعاً ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك) شانه شأن الطبيب في علاج المرضى أو المحامي في الدفاع عن المتهمين عليه بذل الجهد الكافي والعناية الضرورية وفق قواعد وأصول المهنة والمعطيات العلمية [٤] لذلك نجد أن الصفة الغالبة في عقود المعلوماتية أن تسليم المحل طبقاً للمواصفات المحددة لا يعني أن يكون مطابقاً تماماً فلا ضير من ظهور بعض العيوب او المصاعب مثل العطل المؤقت في معالجة البيانات فهذه أمور معتادة في مجال البرامج حتى أن القضاء الفرنسي اعتبر أن المبرمج أو المتعهد

---

(١). د/ خالد جمال احمد حسين- مرجع سابق ص٨٠.د.حسن جميعي عقود برامج الحاسب –مرجع سابق .ص ٢٣٦ ود.حسام لطفي – عقود خدمات المعلومات –مرجع سابق ص ٨٦-٨٧ .

(٢) .راجع المواد٦٤٧ الى ٦٥٤ من القانون المدني المصري والمواد ٨٧٣ الى ٧٩١ من القانون المدني الأردني والمواد ٨٠٢ الى ٨١٩/ مشروع مدني فلسطين وراجع محمد لبيب شنب –عقد المقاولة- مرجع سابق من ٨٥-٩٥. ود.السنهوري- الوسيط - مرجع سابق المجلد السابع ج١ ص ٦٨ ومابعدها.

(١).مع هذا الرأي كل من د.حسام لطفي –عقود خدمات المعلومات – مرجع سابق ص٨٠-٩٦ د.حسن جميعي – عقود برامج الحاسب –مرجع سابق –ص٣٣٦.

(٣) د.حسام لطفي – المرجع السابق ص ٨٨ وهامش ص ٦٨ ود.جمال عبد الرحمن علي – مرجع سابق ص ٨٨ وهامش ص ٦٨ ود.جمال عبد الرحمن علي – مرجع سابق ص ٧٠-٧١.

لا يسأل عن العيوب إذا لم يتجاوز تأثيرها ١٠% من مواصفات البرنامج معتبراً أن هذه المصاعب لا تدخل ضمن شروط المطابقة للمواصفات[١].

ولكن هذا أيضاً لا يعني أن قضية تحقيق النتيجة مهملة في عقود إعداد البرامج فإذا تخلفت الوظيفة الأساسية للبرنامج محل الإعداد فإن المقاول يسأل عن عدم تحقيق النتيجة وهذه ليست قضية أخطاء يتم التسامح في بعضها فلو اتفق الأطراف على إعداد برنامج للتغلب على معضلة معينة كما حصل عندما اتفقت إحدى شركات الحاسب وإحدى شركات البرمجة على إنتاج برنامج لمواجهة فيروس العام ٢٠٠٠ الذي كان من المتوقع أن يؤدي إلى تدمير لكافة شبكات المعلومات عند دخول عام ٢٠٠٠ فقامت شركة البرمجة باعداد برنامج " u.c.c.s.2-215" لمواجهة الفيروس إلا أنه لم يكن مطابقاً للشروط المتفق عليها من حيث القدرة على مواجهة الفيروس مما استوجب الرجوع على المبرمج لضمان الضرر وذلك لإخلاله بالتزام اساسي هو تحقيق الغاية التي من اجلها تم إبرام العقد [٢] وهنا نعود إلى الأحكام العامة في عقد المقاولة والتي تفرض على المقاول التزاماً بتحقيق نتيجة بالإضافة إلى التزامه بضمان العيوب خصوصاً، إذا ما تم الاتفاق مسبقاً على غاية محددة ووظيفة معينة سيقوم بها البرنامج بعد إعداده فيكون (تحقيق النتيجة) واضحاً منذ البداية بخصوص العقد.

وليس التزاماً بتحقيق نتيجة ونحن مع هذا الرأي وذلك لأسباب عدة أولها أن المبرمج أو المنتج لا يستطيع أن يلبي حاجات المستخدم بالكامل لأنها متغيرة وغير محددة وثانيها أن للمستخدم دور في تطابق البرنامج محل الإعداد مع المواصفات وذلك عبر طريقة استخدامه وعبر إفصاحه تحديداً عما يريد وثالثهما أن نظام إعداد البرامج "المعلوماتية" يعتمد على أسس علمية معقدة وحسابات دقيقة لا يمكن احتوائها جميعاً مهما بذل المبرمج من جهد خصوصاً وأنها تعتمد على قريحة الذهن وإبداعاته. لهذا كله نرى أن التزام المبرمج هو تقديم أفضل البرامج المتاحة والمعلومات عنها للمستخدم بحيث يحقق له نتائج مرضية بمعيار الشخص المعتاد دون أن يكون ملتزماً بتحقيق نتيجة إلا إذا نص العقد على ذلك كما بينا سابقاً فيكون فيها ملتزماً بتقديم برنامج يقوم بالوظيفة التي تم تحديدها حصراً في العقد.

وكل ذلك يستتبع إعطاء المستفيد أو المستخدم مهلة كافية للتأكد من مواصفات البرنامج وهي ما تشير إليه أغلب عقود المعلوماتية "بفترة

---

(٤) Caparis.25,ch.a.10.avril.1990. juris- data,n^0 21244. أشار اليه د/ نوري حمد- مرجع سابق ص١٥٤.

(١) Susan.H.poole.The. millennium bug.htlp//wing.baffalo.edu.complaw.p3-4.

الاختبار" فلا يستطيع المستخدم أو المستفيد استظهار، عيوب البرامج في فترة قصيرة بل لا يكون ذلك، إلا من خلال تشغيلها وأخذ فترة كافية من الوقت للحكم عليها، فإن لم تؤدي وظائفها أو ظهر بها عيوب فعلى المتعهد "المبرمج أن يضمن ذلك" وهذا ما سوف نبحثه في المطلب التالي من التزامات المتعهد.ويستدل مما تقدم ان التزام المبرمج في تسليم البرنامج طبقاً للمواصفات المحددة في العقد هو التزام ببذل عناية .

المطلب الثاني

التزام الضمان

يلتزم المبرمج أو المنتج بعد تسليم البرنامج بضمان العيوب الخفية التي قد تظهر عليه لاحقاً ويلتزم كذلك بضمان ما قد يتعرض له المستخدم أو المستفيد من الغير أو من المبرمج نفسه تعرضاً قانونياً أو مادياً وذلك تبعاً للقواعد العامة في نظرية العقد أو للقواعد الخاصة في العقود المسماة كالبيع والإيجار والمقاولة[1].

وعلى ضوء ذلك سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، ندرس في الفرع الأول العيوب الخفية في عقود الإعداد وندرس في الفرع الثاني قضية ضمان التعرض والاستحقاق في هذه العقود.

الفرع الأول

العيوب الخفية في عقود إعداد البرامج

توضيح لا بد منه:

يقع على عاتق المنتج أو المبرمج التزام قانوني بضمان العيوب الخفية وذلك عندما نكون بصدد عقد من عقود البيع أو الإيجار بالنسبة لبرامج الحاسب الآلي وذلك إعمالاً لنصوص القانون المدني في كل من مصر والأردن وفلسطين المشار إليها أعلاه:

---

(١). راجع المواد ٤٣٣، ٤٣٤، ٤٣٩،٤٤٧، من القانون المدني المصري والمواد والمواد ١٩٣-١٩٨، ٥٠٣-٥٢١ من القانون المدني الأردني والمواد ١٧٢ و ١٧٣ و ٥٠٠ -٥١٠ مشروع مدني فلسطين.

ولكن يذهب جانب من الفقه[1]، أن ضمان المنتج أو المبرمج للعيب الخفي لا يصلح للتطبيق في شان برامج الحاسب الآلي التي تم التعاقد على تصميمها وتوريدها بحجة أن هذا العقد يعتبر من عقود والمقاولة التي لا ترد على شيء أو

على خدمة وإنما يتعلق هذا العقد بالقيام بتنفيذ عمل خاص من خلال إنتاج برنامج خاص بالمستخدم لا يمكن للغير الاستفادة منه ولا يتساوى مع عملية البيع أو الإيجار التي يتم من خلالها ضمان العيب الخفي في مثل هذا النوع من العقود.

فقد ذهب هذا الجانب الى عدم إمكانية إلزام مقاول إعداد البرامج بضمان العيوب وفق القواعد التقليدية منطلقين من ان مسؤولية المقاول حسب القواعد العامة لا تتقرر إلا بشأن العيوب التي أمكن التحقق منها وقت معاينة العمل وإقراره وان القول بغير ذلك يؤدي إلى التوسع والتمديد في مسؤولية المقاول على عكس إرادة المشرع، بحيث يرى هذا الجانب من الفقه انه في غير الحالات الخاصة بإلزام المقاول بضمان العمل حسب النصوص الواردة في عقد المقاولة، فإن المقاول معفي من المسؤولية عن ضمان العيوب سواء كانت ظاهرة أو خفية منذ تاريخ قبول المستخدم للعمل أو البرنامج الذي تم تنفيذه لصالحه[2].

بينما ذهب أغلب الفقه ونحن معه بقبول إقرار مسؤولية المقاول عن ضمان العيوب الخفية حتى في عقود مقاولات البناء التي تتسم بأنها تتضمن أشد صور المسؤولية الخاصة بالمقاول[3]. ويذهب الفقه في توضيح ذلك بأنه إذا كان العيب خفياً بحيث أن المستخدم لم يعلم به وقت القبول ولم يكن في وسعه أن يكتشفه ولو بذل في معاينة العمل وفحصه عناية الشخص المعتاد فإن هذا القبول لا يبرئ المقاول من الالتزام بضمانه ذلك ان القبول باعتبار انه موافقة من المستخدم على العمل الذي قام به المقاول وإقراراً منه بان هذا البرنامج مثلاً مطابقاً لما هو متفق عليه لا يمكن أن يعتد به إلا إذا صدر والمستخدم عالم بكل ظروف

---

(١).د/ حسن جميعي عقد برامج الحاسب الآلي- مرجع سابق ص٢٤٩ ود/أحمد عبد العال أبو قرين ضمان العيوب الخفية وجدواه في محال المنتجات المعيبة- دون ناشر اوسنة نشر ص٦٦-٦٧، د/ محمد لبيب شنب- مرجع سابق ص ١١٩-١٢٠

(٢) د/ محمد لبيب شنب، مرجع سابق فقرة ١٠٣، ص١١٩.

(١) د/ ثروت فتحي اسماعيل- مرجع سابق ص٢٥٨. د/ أحمد عبد العال أبو قرين- مرجع سابق ص٧٤. د/ حسن جميعي، عقود برامج الحاسب، مرجع سابق ص٢٥١ و د/ محمد لبيب شنب- مرجع سابق ص١١٨ولقد ايد القضاء المصري هذا التوجه الفقهي فصدر حكم محكمة النقض المصرية مقرره ان قبول رب العمل لا يعافي المقاول من ضمان العيوب الخفية وقت التسليم اذا لم يكن يعلمها رب العمل لان التسليم ولو كان نهائي لا يغطي الا العيوب الظاهرة لرب العمل وقت التسليم –نقض مدني ١٩٦٧/٤/١٣ طعن رقم ٣٤٥ س ١٨ق-مجموعة المكتب الفني ص ٨٣٥ .

وتركيبات البرنامج، فإن كان في الظاهر كذلك ثم تبين أن به عيباً خفياً فلا يمكن أن ننسب إليه أنه أقره على ما به من عيوب ما دام لا يمكنه اكتشافها ولم يعلم بها وهذا حكم ينطبق سواء كانت العيوب متعلقة بالمواد التي دخلت في صناعة البرنامج أو بالعمل نفسه الذي قام به منتج البرنامج[1].

ويضيف الفقه في هذا المجال أيضاً أن عقد إعداد برامج الحاسب الآلي يعتبر من عقود المعاوضة التي تستوجب الضمان للعيب الخفي لأنه يفرض التزامات على الطرفين وكذلك لأن عقد الإعداد ينص على شيء غير محدد وقت إبرام العقد دائماً هو شيء مستقبلي مما يلزم المبرمج بضمان العيب الخفي حتى يستطيع المستخدم الانتفاع بالبرنامج بالشكل الأمثل ولذلك فإن إمكانية تطبيق الشروط الخاصة بالعيب الخفي في القانون المدني على عقود إعداد برامج الحاسب الآلي هي حاجة عملية قبل:

أن تكون مشروعة قانونياً وخصوصاً وأننا قد لمسنا من خلال دراستنا لبعض جوانب هذا العقد ان طبيعته تتحدد بناء على الشروط التعاقدية التي يتفق عليها الأطراف وفي ضوء الهدف من توريد البرامج فإن كان التعاقد على تصميم برنامج لأحد عملائه يعتبر عقد مقاولة مثلاً إلا أن طبيعة هذا الحق الوارد على البرنامج لا يتعارض مع إمكانية التنازل عن الحق المالي في استغلال هذا البرنامج مما يعني إمكانية التصرف في الحقوق الواردة على البرامج وبيعها وإذا كانت طبيعة العقد مثلاً ترخيصاً بالاستعمال فإننا بصدد نظام قانوني يتشابه مع نظام تأجير الأشياء المادية ويعني ذلك إمكانية خضوع العقود الواردة على برامج الحاسب الآلي في هذا النطاق للقواعد القانونية المنظمة لعقد الإيجار ونستخلص من هذا التوضيح أن عقود إعداد برامج الحاسب الآلي وسواء كانت بيعاً أم إيجارا ام مقاولة تنطبق عليها شروط العيوب الخفية وضمانها الواردة في القواعد العامة طالما أمكن إخضاعها لذات النظام القانوني المنظم لهذه العقود[2]. وبعد هذا التوضيح وبيان انه حتى في عقود مقاولة الإعداد فإن الفقه والقضاء متفقان على إلزام المنتج بضمان العيب الخفي خصوصاً وأن هذا العيب يظهر على شكل مادي بطريقة عمل البرنامج ولا علاقة له بحقوق المنتج المعنوية البتة فإننا سنحاول من خلال هذا الفرع تبيان ماهية العيب الخفي في البرامج ولماذا يجب ضمانه و شروط وكيفية التمسك بالعيب الخفي في ضوء الصعوبات التي تكتنفه في عقود الإعداد .

---

(٢). د/ نصيرة بو جمعة سعدي- مرجع سابق ص٧٢ و د/ عزة خليل – مرجع سابق ٨٥-١١٢ ود/ حسن جميعي – مرجع سابق ص٢٥٢.

(١) د. نوري حمد خاطر- مرجع سابق ص١٧١.

أولاً: تعريف العيب الخفي:

لم يعرف القانون المدني المصري العيب الخفي ولا القانون المدني الأردني أو مشروع القانون المدني الفلسطيني وإنما اقتصرت هذه القوانين على تحديد الشروط الواجب توافرها في العيب حتى يكون موجباً للضمان وقد عرفت محكمة النقض المصرية العيب بأنه (الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع)[١]. هذا وقد عرفه بعض الفقه بأنه حالة تظهر في المبيع لا تتوفر في مثله وتؤدي إلى الحط من قيمة الشيء أو من المنفعة المرجوة منه [٢]بينما ذهب البعض الآخر بأنه المنتج الذي لا يقدم الأمان من خلال الصفة الخطرة التي تتوفر فيه[٣]. وعرفه الدكتور عبد الناصر العطار بأنه (نقيصة يقتضي العرف سلامة المبيع منها غالباً)[٤]. وترى الدكتورة عزة خليل ونحن معها أن العيب الموجب للضمان هو العيب الذي توفرت فيه الشروط التي نص عليها القانون[٥].

ومن خلال مضمون هذه التعريفات نلاحظ أن مضمونها واحد وهو أن هذا العيب خارج عن إرادة أطراف العقد ولا دخل لهما به أي أنه خارج عن المعتاد توافر بعد إتمام و إنجاز البرنامج وتسليمه للمستخدم وحال دون إمكانية انتفاعه به وأكثر من ذلك فإنه في بعض الحالات يمكن أن يؤدي إلى تدمير البرنامج وإحداث خللاً كبيراً ينتج عنه خسائر مادية ومعنوية أيضاً للمستخدم[٦].

---

(٢). قرار نقض ١٩٨٩/١٠/٣٠ طعن ٩٨٨ س ٥٣ ق. نقلاً عن المستشار أنور طلبة مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية- ج ١ منشاة المعارف- الاسكندرية ١٩٩٦ ص٥١١.

(٣).د/ محمد لبيب شنب- شرح أحكام عقد البيع- دار النهضة العربية- القاهرة ١٩٦٢ ص٢٠٦ و د/ محمد شكري سرور – شرح أحكام عقد البيع- القاهرة ١٩٩٧ ص٥٠٠.

(١). د/ محمد السيد عبد المعطي خيال- المسؤولية عن نقل المنتجات المعيبة ومخاطر التقدم- دار النهضة العربية- القاهرة- ١٩٩٨ ص٢٥.

(٢)د. عبد الناصر توفيق العطار – استقراء لماهية العيب وشروط ضمانه في القانون المصري – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – جامعة عين شمس يوليو ١٩٧١ص ١٣.

(٣). د/ عزة خليل. مرجع سابق ص ٨٦.

(٤) انظر في ذلك حادثة مشهورة حدثت في الولايات المتحدة الأمريكية ونشرتها جريدة نيويورك تايمز في ملحقها التشريعي في ٢٥/ اكتوبر ١٩٩٠، فيما بين شركة ريفلون ضد شركة لوجيستكون حيث تعاقدت الأولى وهي شركة كبرى في مجال صناعة مواد التجميل مع الثانية وهي شركة كبرى في مجال صناعة برامج الحاسب وتوزيعها على ان تقوم بإنتاج برنامج يتحكم في توزيع الإنتاج والمبيعات لصالح الأولى في ١٩٩٠/١٠/١٦ فوجئت شركة مواد التجميل (المستخدمة) بشلل كامل في نظام الحاسب استمر لمدة ثلاثة أيام وأدى الى تعطيل مئات العمال عن العمل وتأخر المستخدمة عن القضاء بالتزامات تجاه عملائها بلغت قيمتها ٢٠ مليون دولار وقد أثبتت تقارير الخبراء أن السبب في ذلك هو فيروس كان موجود في البرنامج من خلال مراحل تصنيعه.

Pollack Andrew . Revlon V.Logistication . New York times. Vol 140 -, pagination p.c1N,l ,oct 25,1990 .

وعلى ذلك وبما أن طبيعة عقد إعداد البرامج تكون نتيجتها مستقبلية أي أثناء العمل ولا يمكن معرفتها عند إبرام العقد ولا حتى عند استلام البرنامج أو إجراء اختيارات مقبولة[1]،لان الطبيعة التقنية والفنية للبرامج تدل على انه يمكن أن تظهر عيوبها بعد فترة من العمل وليس عند البدء باستخدامها وبالتالي يجب على المبرمج أو المورد ضمان هذه العيوب وفق شروط يجب أن تتوفر فيها حتى يمكن اعتبارها عيوباً مستحقة للضمان أو منشأة له.

ثانياً : شروط العيوب المنشئة للضمان في مجال إعداد البرامج:

يجب أن تتوفر بعض الشروط لكي يعتبر العيب خفياً وموجباً للضمان ففي مجال برامج الحاسب يجب أن يكون العيب قديماً أي موجود في البرنامج قبل تسليمه وان يكون غير ظاهر أثناء عملية التسليم او فترة التجربة وإنما يبدأ بالظهور بعد مرور فترة من الاستخدام بحيث لم يكن المستخدم يعلم به فلو كان على بينة منه فان حقه بالمطالبة بالضمان يسقط هذا بالإضافة الى انه يشترط في هذا العيب أن يكون على درجة من الجسامة التي تحول دون تمكين المستخدم من الانتفاع بالبرنامج بحيث يحدث خللاً يمكن أن يؤدي إلى تدمير كلي أو جزئي للبرنامج وسنحاول فيما يلي بيان مدى انطباق شروط العيب الخفي الذي حددها المشرع المدني سواءً في مصر او في الأردن وكذلك في مشروع القانون المدني الفلسطيني على برامج الحاسب الآلي ١- يشترط في العيب لكي يثبت به الخيار أن يكون العيب قديماً مؤثراً في قيمة المعقود عليه وان يجهله المشتري وان لا يكون البائع قد اشترط البراءة منه[2]. وقد استقر الفقه على وجوب قدم العيب في الشيء المبيع حتى يكون موجباً للضمان أي أن يضمن البائع العيب الخفي الذي يثبت أنه وجد بالمبيع قبل تسلمه وإن

---

(٢). لا يمكن الاحتجاج بعدم مطابقة البرنامج للمواصفات عند تسليمه بالعيب الخفي وذلك لان عدم مطابقة البرنامج للمواصفات يعتبر شرط من شروط التسليم وبالتالي يتم من خلالها الرجوع على المبرمج من خلال المسؤولية العقدية أي الخلل في تنفيذ العقد أدى الى الإخلال بالتزامات المبرمج العقدية –راجع في ذلك د.احمد عبد التواب بهجت – تطبيقات أحكام القانون المدني بشان بعض مجالات المهن الفنية والهندسية –دار النهضة العربية – القاهرة ٢٠٠٠ ص ١١٨ .

(١). تنص المادة ١/٤٤٧ من القانون المدني المصري (يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه أو إذا بالمبيع شيئ ينقص من قيمته أو المنفعة بحسب الغاية المقصودة والمستفادة مما هو مبين في العقد او مما هو ظاهر من طبيعة الشيء او الغرض الذي اعد له ويضمن البائع ولو لم يكن عالماً بوجوده " المادة ١٧٣" من مشروع القانون المدني الفلسطيني جاءت مطابقة للمادة ١٩٤مدني اردني أي نصت على القدم في العيب واشترطته بعكس المشرع المصري الذي لم يذكر كلمة القدم ولكن استقاها الفقهاء من سياق وقصد المشرع في المادة ٤٤٧.

لم يطرأ عليه إلا بعد البيع "الاستخدام وبعبارة أخرى يكون العيب قديماً إذا كان سابقاً في الوصول إلى المبيع على انتقال الملكية للمشتري[١].

وبتطبيق ذلك على برامج الحاسب الآلي نجد أن العيب الذي لحق بالبرنامج لا يمكن إلا أن يكون قديماً أي ففي مرحلة إنتاج البرنامج لأنها أخصب المراحل للخطأ الذي يحدث عيباً (أي مرحلة تصميم البرنامج وبناءه)[٢]، فإن توفر في العيب القدم وحتى يكون موجباً للضمان فلابد من عدم معرفة المستخدم به أو مشاهدته له عند التسليم أي لابد أن يكون خفياً سواء عند إبرام العقد أو عند تسلمه للبرنامج وتجربته فإذا كان المستخدم عالماً بهذا العيب أو قادراً على استجلاءه والعلم به بسهولة[٣] فإنه يكون من ضمن العيوب الظاهرة التي تعتبر من العيوب التي تم التنازل عنها ضمناً من خلال تسلمه للبرنامج وموافقته أثناء فترة تجربته عليها وهو أي المستخدم عالم بها.

علماً بأنه ليس من السهل القول بإمكانية علم المستخدم بالعيب الخفي الذي يتوافر في البرنامج انطلاقاً من ضحالة معرفته وعلمه بأصول وتقنية البرمجة، فالعيب الخفي في مجال برامج الكمبيوتر لا يمكن اكتشافه من قبل الشخص الطبيعي، لأنه يكون غير ظاهر له، فلو تمكن من اكتشافه فلا يعتبر عيباً خفياً لأن المشرع قد اشترط عدم إمكانية تحديد هذا العيب من قبل الشخص الطبيعي لأنه شيء من الأمور الخفية التي لا يمكن ببيانها بسهولة، ويتم اكتشافه من قبل خبير في البرمجة بحيث إذا تم اكتشافه من قبل هذا الخبير الذي يقوم بالكشف والفحص المستمر لمثل هذه البرامج يوجب الضمان ويرتب المسؤولية على المبرمج "أو المنتج" لان العيب في هذه الحالة لم يكن ظاهراً وتم اكتشافه متوافراً به بشرط القدم[٤]. فإن تم تحديد هذا العيب وكان متوفراً في البرنامج قبل تسليمه وتجربته

---

(٢). د/ عبد الرسول عبد الرضا- الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانونين المصري والكويتي- رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٧٤ ص١٧٩و د/ السنهوري- الوسيط- مرجع سابق- المجلد الرابع ص٧٢٢و د/ اسماعيل غانم- الوجيز في عقد البيع- مكتبة عبد الله وهبة القاهرة١٩٩٣ ص٣٣٦.

(٢) يشبه بعض الفقه مرحلة بناء نظام معلوماتي ببناء منزل من حيث اعداد الرسوم والتصميمات كذلك فإن بناء أو انتاج برنامج تسبقه مراحل عدة منها مرحلة تعريف المشكلة المراد بناء برنامج لحلها ثم مرحلة المدخلات و المخرجات ثم تأتي مرحلة كتاب البرنامج (تصميمه) بلغه معينة وسواء كان هذا البرنامج سيتم طرحه للبيع أو سيتم اعداده بناء على عقد مقاولة فهذه مراحل تسبق عملية البيع والتسليم وبذلك طبعاً سيكون العيب قديماً- للتوضيح راجع د/ عزة خليل – مرجع سابق ص٩٩.

(٢) . راجع المواد ٢/٤٤٧ مدني مصري و ٥١٣ /٤ مدني اردني و ٢/٥١٥- مشروع مدني فلسطيني.

(١). د/ محمد لبيب شنب/ عقد البيع- مرجع سابق ص٤٣ ود/ حسن جميعي- عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص ٢٥٦-٢٥٩.

من قبل المستخدم ولم يثبت إن المستخدم باستخدامه الخاطئ أو بعدم التزامه بشروط المبرمج كان سبباً في حدوثه، وكان العيب قد ظهر أثناء الاستخدام للبرنامج فإن المبرمج يكون مسؤولاً عن هذه العيوب وملتزماً بضمانها هي وأي عيوب مستقبلية تظهر أثناء الاستخدام ويكون المستخدم لا يعلم بها.

٢/ أن يكون العيب مؤثراً: لكي يستطيع المستخدم الادعاء بوجود العيب الخفي فقد اشترط المشرع أن يكون هذا العيب مؤثراً بالإضافة لكونه قديماً وخفياً، ويكون العيب مؤثراً إذا تم حدوث نقص في أداء الوظيفة المرادة من البرنامج ويرجع في تحديد الوظيفة أو المنفعة التي أرادها المستخدم من البرنامج إلى عدة معايير يتم من خلالها تحديد مدى تأثير العيب الخفي على البرنامج، فالعيب المؤثر يكون على قدر من الأهمية بحيث لو علم المستخدم بمدى تأثيره قبل التعاقد لامتنع عن التعاقد وقام بالبحث عن برامج أو عروض أفضل تحقق غاياته[١].

وبالرجوع إلى المادة ٤٤٧ من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى نجد أن فيها معايير تحدد توافر المنافع المقصودة من الشيء من عدمها وهو في حالتنا البرنامج محل العقد وهذه المعايير تتسم بالطابع الموضوعي وهي الغاية التي تم إعداد البرنامج من أجلها وبالتالي لا يعتد بالعيب الخفي، إلا إذا كان ينتقص من مقدرة المستخدم من الانتفاع من البرنامج حسب الغاية التي تم من أجلها إعداد هذا البرنامج[٢].

ولكون المعيار موضوعي في تحديد هذه الغاية فيجب النظر إلى طبيعة البرنامج مع تأثير هذا العيب على المنفعة المرجوة منه أو الوظيفة المناطة به، ويرجع في تحديد ذلك إلى علم المبرمج بهذه الغاية ووضوحها بالنسبة إليه، فقد تكون واضحة وظاهرة ولكن يختلف الطرفين في تفسيرها فالمستخدم يقصد بها شيء والمبرمج يتوصل إلى شيء آخر وبالتالي لضمان العيب الخفي يجب على الطرفين العلم بالغاية الظاهرة والمنفعة المرجوة من الاستخدام وان تلك الغاية وطبيعة البرنامج أدت إلى إبرام العقد وإنتاج البرنامج[٣].

والغرض الذي أعد من أجله البرنامج، فإن أثر العيب في الغرض من إعداد البرنامج كأن كان المقصود من إعداده استخدامه في عدة أمور

---

(١).د/ محمد لبيب شنب- عقد البيع- مرجع سابق ص٢٠٩-٢١١. د/ محمد شكري سرور – شرح احكام عقد البيع- القاهرة- ١٩٩٧ ص٥١٥.

(٢). د/ محمد شكري سرور- مرجع سابق ص ٥١٤ و د/ حسام الدين الأهواني- عقد البيع- مرجع سابق ص ٦٣١.

(٣).د/ حسام الدين الأهواني-عقد البيع مرجع سابق، ص٦٧٢، د/ محمد لبيب شنب- عقد البيع- مرجع سابق ص ٢٠٩.

فتبين عدم مقدرته على معالجة أمر منها أثناء الاستخدام فإن هذا يعتبر عيباً خفياً يوجب مسائلة المبرمج وبالتالي ضمانة لهذا العيب لان الغرض لم يتحقق كاملاً وبالتالي لم تتحقق الغاية من التعاقد بأن قام المبرمج بالإخلال بطبيعة البرنامج.

وبالتالي يمكن القول أن مقياس مدى تأثير العيب على البرنامج ما هو إلا قياس مادي أو موضوعي يتجسد في كون هذا العيب يعيق القدرة من الانتفاع بالبرنامج مما يؤثر في قدرته الإنتاجية ويؤثر بالتالي على الغرض الذي تم من أجله إعداد البرنامج والتعاقد عليه ويمكن اعتماد اتفاق الأطراف وغاياتهم من التعاقد على طبيعة معينة للبرنامج معايير تمكن من استظهار مدى توافر وتأثير العيب الخفي الموجب للضمان[١].

إذا توافر هذين الشرطين فإن المبرمج أو المنتج يكون مسؤولاً عن ضمان العيب الخفي المتواجد في البرنامج من قبل والذي لم يتمكن المستخدم من اكتشافه لحاجته إلى خبرة فنية وتقنية غير متوفرة وهي بحاجة خبير في البرمجة(رجل معتاد) بالإضافة لكون هذا العيب مؤثراً وجسيماً بحيث لم تتحقق به الغاية المرجوة من البرنامج أو الوظيفة المناطة به والتي من أجلها تم التعاقد تتم مساءلة المبرمج أو المنتج عن هذه العيوب أو هذا العيب، أي أن ارتباط هذين الشرطين ضروري لتوافر العيب وبالتالي مسائلة المبرمج[٢]. هذا مع العلم أن العيب الخفي لا يعتبر مؤثراً إذا جرى العرف والتعامل التجاري على التسامح فيه[٣].

ثالثاً: أسباب ضمان العيب الخفي في عقود الأعداد

بعد أن وضحنا ماهية العيب الخفي واتفقنا على أن أحكامه تنطبق على عقد المقاولة كما في العقود الأخرى وبعد أن بينا شروطه في مجال إعداد البرامج يثار السؤال عن السبب أو الدافع الذي أوجب ضمان هذا العيب من قبل المبرمج والذي يقود في الإجابة عليه وبحثه الى بحث العلاقة فيما

---

(١). د/ حسام الدين الأهواني- مرجع سابق، ص٦٧٣.

(١). د/ عزة خليل- مرجع سابق ص١٠١-١٠٤.

(٢). تنص المادة ٤٤٨ مدني مصري (لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه) تقابل المادة ١/٥١٢ مدني أردني و ٥١٦ مشروع مدني فلسطيني. وقد جرى عرف صناعة البرمجيات على التسامح في أخطاء بنسب لا تتجاوز ١٠% من وظائف البرنامج وجرى العرف على التسامح في قضية الفيروسات طالما لم يثبت وضعها خصيصاً من قبل المبرمج أثناء مرحلة التصميم ليقوم بتشغيلها، في أي وقت يشاء تحقيقا لغاية معينة منها عدم دفع المستخدم للمقابل المادي فيقوم بالضغط عليه أو اجبار المستخدم على التعاقد معه= =على الصيانة أو إعادة البرمجة ...الخ، راجع في ذلك د/ فاروق الحفناوي/ موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات. عقود البرمجيات ص٨٠-٨٥ و د/ عزة خليل- مرجع سابق ص٨٥-١٠٥ و

.Richard Rays man and peter broun . computer law.p.r.p6-8

بين أطراف العقد التي توجب هذا الضمان هل هي علاقة عقدية ؟ على الرغم من تنفيذ العقد بقبول البرنامج وتسليمه وبالتالي انتهاء العقد ام هي علاقة غير عقدية وخصوصاً عندما يفي أطراف العقد بالتزاماتهم كافة وبالتالي يكون العقد قد تم تنفيذه؟

في البدء نقول أنه يتوجب أن يكون هناك عقد أبرم لأعداد البرنامج وأن هذا العقد قد تم تنفيذه وتسليمه للمستخدم وكان خالياً من العيوب عند فحصه واختباره ومن ثم قبوله والبدء باستخدامه، لكون هذا العقد من قبيل عقود المقاولة يتوجب على المبرمج أن يلتزم بضمان العيب الخفي انطلاقاً من كونه هو من صمم ونفذ "أعدّ" برنامج الحاسب وفق احتياجات وطلبات المستخدم لكي يتمكن المستخدم من الانتفاع بالبرنامج ويحقق غايته منه[١].

وبالتالي فان ضمان العيب في هذا العقد نشأ نتيجة لالتزام المبرمج بإعداد برنامج في مقابل مردود مالي وبالتالي فإن المبرمج هو الملتزم بالضمان فيما لو ظهر عيب مس وحط من الوظيفة والغاية الأساسية التي يسعى إليها المستخدم[٢]، ونلاحظ أن المشرع قد ساوى فيما بين المبرمج المحترف والمبرمج غير المحترف المحترف. انطلاقاً من الالتزام العقدي بالإعداد [٣].

وبهذا يكون المبرمج والمستخدم تربطهما علاقة عقدية وبالتالي فإن مسؤولية المبرمج في ضمان العيب الخفي تكون مسؤولية عقدية إذا ما توافرت شروطه بأن كان متوافراً قبل التسليم وأثر على الانتفاع بالبرنامج تأثيراً جوهرياً وهذا فيما إذا قدم المبرمج المواد الأولية التي تم إعداد البرنامج من خلالها وتحميل البرنامج عليها "الوسائل والبرنامج" أما إذا تم تقديم الوسائل (المواد) من قبل المستخدم فإن المبرمج لا يكون مسئولا عن ضمان العيوب الخفية التي تنشأ نتيجة خلل في المواد لأن هذا ليس عيباً في البرمجة وإنما عيب بالوسائط والمواد التي تم استخدام البرنامج من خلالها[٤] ويرجع سبب الضمان الرئيسي إلى الخلل في تصرفات المبرمج

---

(١). د/ أحمد عبد العال أبو قرين/ مرجع سابق ص١١١.

(٢) . د محمد لبيب شنب- عقد المقاولة- مرجع سابق ص١٢٢- ١٢٣- د/ السنهوري- الوسيط- مرجع سابق- المجلد ج١، ص١٠٨.

(٣) . د أحمد عبد العال أبو قرين- ضمان العيوب- مرجع سابق ص١١٠- ١١٢ ود/ محمود السيد عبد المعطي خيال- المسؤولية عن فعل المنتوجات المعيبة ومخاطر التقدم- دار النهضة العربية- القاهرة ١٩٩٨- ص١٤.

(١)- د . محمد لبيب شنب – عقد المقاولة – مرجع سابق – ص٩٦ . وانظر المواد ٦٤٧ و ٦٤٩ و٦٥٢ من القانون المدني المصري ، وهي تقابل المواد ٧٨٣ و٧٨٦ و٧٨٩ مدمي اردني ، والمواد ٨٠٤ و ٨٠٧ ، ٨٠٩ مشروع مدني فلسطيني

(٢) –. د/ محمد لبيب شنب- عقد المقاولة- المرجع السابق- ص١٣٥. ود السنهوري، المرجع السابق ص١٢٦. د/ محمد شكري سرور مرجع سابق ص٥١٢- ٥١٦.

سواءً في التصميم أو في الإعداد أو في الوسائل المستخدمة في التعامل مع البرنامج او في طريقة تحميل البرنامج ... الخ المهم في ذلك ان يكون هذا الخلل خطي وقديم (أثناء مرحلة الإعداد والتصميم) وأن يكون مؤثراً على إمكانية الاستفادة الجوهرية من عمل البرنامج وأن لا يكون من العيوب التي جرى التسامح بها في سوق البرمجيات، هذا بالإضافة إلى كونه نتج عن غير قوة قاهرة أو ظرف طارئ لا علاقة لإرادة المبرمج وعمله فيهما وذلك حسب القواعد العامة[١].

رابعاً/ كيفية الضمان في عقود الإعداد:

فرضت التشريعات المدنية كما رأينا سابقاً ضمان العيب الخفي من قبل المبرمج انطلاقاً من العلاقة العقدية التي تربط بين طرفي العقد وترتب التزامات على الطرفين يكون بموجبها المبرمج مسؤولاً عن تصرفاته التي أدت إلى ظهور عيوب خفية وذلك بإصلاحها والحد من أثارها السيئة عبر إزالتها ومعالجتها وتحمل

مسؤولياته عما لحق بالمستخدم من أضرار مادية ومعنوية في هذا السياق علماً بأن هذه التشريعات عينها قد أبطلت أي اتفاق يعقد بين الطرفين ويكون الهدف منه إعفاء المبرمج من ضمان العيب الخفي أو تخفيف مسؤوليته عنه (٣) انطلاقاً من أن هذا العقد هو من العقود التي تتسم بعدم التوازن ما بين الأطراف من حيث الخبرة التقنية والفنية والمهارة في إعداد محل العقد من جانب المبرمج بينما المستخدم لا يكون لديه إلمام بهذه الأمور مما يستوجب اعتبار الاتفاق على الإعفاء من الضمان باطلاً وخصوصاً ما لمسناه في الصفحات السابقة عبر بحثنا لقوانيني حماية المستهلك في هذا المجال إلا أن التشديد في شروط الضمان ومسؤولية المنتج لا توجب أي مخالفة قانونية وهي من الأمور المباحة قانوناً حماية للطرف الضعيف[٢].

فإن رفض المبرمج ضمان تلك العيوب فإن نصوص القانون تسعف المستخدم وذلك بالسماح له برفع دعوى قضائية يطلب من خلالها التنفيذ العيني بإعادة الحال إلى ما كانت عليه من خلال إصلاح العيب وإزالته

---

(٣) -. تنص المادة ٦٥٣ من القانون المدني المصري (يكون باطل كل شرط يقصد به اعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان او الحد منه) وهي تقابل المادة ٧٩٠ من القانون المدني الاردني والمادة ٨١٠ من مشروع القانون المدني الفلسطيني وكذلك راجع المواد ٤٤٤ و٤٦٤ مدني مصري و ٥١٤ و٥١٥ من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

(١) د/ أحمد عبد الرحمن الملحم- نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة- مرجع سابق ص٢٥٠ وما بعدها ود/ محمد حسن قاسم- مرجع سابق ص٥٢٤ د.عادل أو هشمية- مرجع سابق ص١١٥- ١١٨.

هو والآثار التي نجمت عنه[1] مع التعويض عن الضرر إذا كان مؤثراً ونجمت عنه خسائر فإن كان العيب الذي لحق بالبرنامج جسيماً لا يمكن إصلاحه ولا يمكن السيطرة عليه فيكون للمستخدم المطالبة بالتعويض المناسب عن الضرر الذي لحق به جراء هذا العيب، أما إذا كان هناك مجالاً للتنفيذ العيني بإعادة إصلاح البرنامج وإزالة الخلل فيكون للمستخدم المطالبة بالتعويض عن عدم الانتفاع بالبرنامج خلال الفترة الزمنية التي تم إصلاح البرنامج فيها، علماً أن سلطة القاضي تخوله الحكم على المبرمج بدفع تعويض مباشر عبر الحكم بتغريمه تكاليف الإصلاح والبدل المادي للضرر الذي وقع على المستخدم سواء بتعطيل أعماله أو بما فاته من كسب بسبب العيب في البرنامج دون الحكم عليه بالتنفيذ العيني[2].

وهناك شركات برمجة تقوم بسحب البرامج من الأسواق أو من عند عملائها فور اكتشافها وجود عيوب فيها وتقوم بإصلاحها أو استبدالها فوراً وهذه من التصرفات التي تظهر حسن نوايا هذه الشركات "المبرمج أو المنتج" وذلك عبر دلالة عدم توقعها أو معرفتها بوجود العيوب وقبل أن يتم اكتشافها من قبل المستخدمين[3] ويعتبر التزام المبرمج لضمان العيوب الخفية التزام بتحقيق نتيجة وهي عدم حدوث أي خلل في البرنامج ويكفي لإنشاء الالتزام إثبات أن هناك عقداً لإعداد برامج قد تم وأن هذه البرامج قد لحقها عيب حال دون الانتفاع بها توفرت فيه شروط العيب الخفي لتقع بذلك مسؤولية المبرمج عن ضمان هذا العيب سواء بإصلاحه وإعادة الحال كما كانت قبل حدوثه أو بالحكم بالتعويض أو أي طريقة قانونية تراها محكمة الموضوع[4]، أما إذا حدث العيب أو الخلل بسبب سوء استخدام المستخدم كما بينا سابقاً أو بسبب ظروف طارئة أو قوة ظاهرة مثل زيادة شدة التيار الكهربائي أو أن المستخدم قدم معلومات خاطئة للمبرمج كانت سبباً في حدوث العيب أو قدم مواد معيبة فكل ذلك يخرج من دائرة العيوب التي يضمنها المبرمج.

ويبقى أن نشير أخيراً إلى أن المستخدم ملزم بإبلاغ المبرمج فوراً وبأسرع وقت ممكن بحدوث الخلل أو العيب وذلك بإمكانية تداركه بسرعة من قبل المبرمج "الخبير" قبل أن يتفاقم ويدمر برامج وإمكانيات أكبر،

---

(١) . د/ محمد لبيب شنب- عقد المقاولة- مرجع سابق ص١٤٧.

(٢). د/ محمد السيد عبد المعطي خيال- مرجع سابق ص١٠٠ و د/ نوري حمد خاطر- مرجع سابق ص١٦٧- ١٧٠.

(١) راجع تفاصيل ذلك د/ عزة خليل- مرجع سابق- مبأ حسن النية في تنفيذ العقد وتطبيقاته على البائع المهني للبرامج- ص١٦٢- ١٧٦/.

(٢). د.حسن جميعي – عقود برامج الحاسب – مرجع سابق ص ٢٦٠-٢٦٤ .

وعلى ذلك تنص أغلب عقود البرامج سواء النموذجية أم ذات الشروط الخاصة[١]

الفرع الثاني
عدم التعرض في عقود الإعداد

تمهيد :

من القواعد المستقرة أنه يمتنع على البائع المهني (الصانع أو المورد) القيام بأي عمل يكون من شأنه حرمان المشتري "المستخدم من المبيع كلياً أو جزئياً أو

الانتقاص من قدرته على الانتفاع به الانتفاع الأمثل سواء تم ذلك بتعرض البائع مادياً أو قانونياً للمستخدم وسواء تم هذا التعرض بطريق مباشر أو غير مباشر.[٢]

وقد بين القانون المدني المصري مضمون ذلك في نص المادة ٤٣٩ منه التي نصت على "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمعيب كله او بعضه سواء كان التعرض من فعله هو ام من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه)[٣] ومقتضى ذلك أن البائع يضمن تعرضه الشخصي المادي و القانوني أما تعرض الغير فلا يضمنه البائع إلا إذا كان مستنداً إلى الإدعاء بحق على المبيع وهو لا يكون إلا تعرضاً قانونياً "أي أن البائع يضمن تعرض الغير القانوني دون المادي"[٤].

وبتطبيق ذلك على برامج الحاسب الآلي نلاحظ أن التعرض القانوني من قبل البائع المهني "الصانع أو المورد" للبرنامج أو من قبل الغير للمستخدم حدوثه نادرا الوقوع ولا توجد له تطبيقات خاصة في عقود الإعداد ولا يتصور حدوثه إلا في حالة واحدة وهي في البرامج التي تعد خصيصاً لخدمة أغراض منشأة معينة فيما لو قام المبرمج أو الصانع ببيع نسخة طبق الأصل من البرنامج الذي أعده للمستخدم إلى مستخدم آخر

---

(٣) . راجع في هذا الشأن د/ فاروق الحفناوي- عقود البرمجيات مرجع سابق ص١٤٠-١٤١ وهوامشها وتشير هذه الاتفاقيات دائماً إلى أن المبرمج مسؤول عن ضمان هذه العيوب في حال تبلغ خلال ساعات بحدوث الخلل أو حتى أقل من ذلك وكذلك تحت شروط معينة منها الاستخدام الصحيح للبرامج وعدم نسخها أو تعديلها أو إعادة إنتاجها وكذلك عدم إجراء تداخلات في الدعم الفني أو السماح للغير بمعالجة أي خلل والاطلاع على بروتوكولات البرامج- راجع أيضاً نفس المرجع- ص١٩٠- ١٩٥.

(١). د/ جاسم علي ناصر- ضمان التعرض والاستحقاق في العقود- رسالة دكتوراه- كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٩٠ ص٤٠ ود/ عزة خليل- مرجع سابق ص٥٣- ٥٦.

(٢) . تقابل المواد ٥٠٣ و ٥٠٩ مدني أردني والمادة ٥٠٨ مشروع مدني فلسطيني.

(١). د/ سليمان مرقص- الوافي في عقد البيع- مطبعة السلام – القاهرة ١٩٩٠ ص٥١٥-٥٢٠و د/ جاسم علي ناصر- مرجع سابق ص٤١.

مخلاً بذلك بشروط العقد وقام الآخر بمنازعة الأول في ملكية البرنامج أو البرامج[١] وهذه حالة نجد الحلول لها في قوانين الملكية الفكرية التي كانت مجال بحث في الفصل الأول من هذا الباب.

أما التعرض المقصود حدوثه في مجال إعداد البرامج من قبل البائع المهني للبرنامج هو التعرض الذي لا يستند فيه البائع إلى الإدعاء بحق والذي درج الفقه على تسميته بالتعرض المادي والذي قد يكون مباشرة وقد يكون غير مباشر[٢] وبالتالي هذا ما سنحاول بحثه من خلال هذا الفرع محللين مدى انطباق القواعد العامة في الالتزام بضمان التعرض المادي على تعرض البائع المهني للمستخدم المتعاقد على إعداد برامج معلوماتية وجزاء إخلال البائع المهني بهذا الضمان.

أولاً: التعرض المادي

يتمحور الالتزام بعدم التعرض المادي في التزام البائع المهني بالامتناع عن كل فعل مادي من شأنه أن ينتقص أو يحول دون انتفاع المستخدم بالبرنامج محل العقد وما ترتب له من حقوق بموجب عقد الإعداد، الأمر الذي يوجب عليه أن يمتنع عن أي فعل يحول بينه وبين غاياته أو أن يعكر تمام القدرة على الاستفادة من البرنامج محل العقد[٣] بحيث يكون التزام البائع من هذه الناحية هو التزام بالامتناع عن عمل وهو هنا كما أسلفنا كل عمل من شأنه أن يعكر صفو استخدام المستخدم لبرنامجه الاستخدام الأمثل، فقد يقوم المبرمج بمنح الرقم السري الخاص بالبرنامج إلى شخص آخر بحيث يستطيع هذا الآخر استخدام البرنامج أو الاتصال به عن بعد وتفريغ محتواه أو أن يقوم هو نفسه بزراعة فيروس[٤] معين

---

(٢) . يستبعد العاملون في هذا المجال مثل هذه التصرفات من المبرمجين لأن فيها إخلال بشرف المهنة وفيها بنود عقدية ملزمة وذات شروط جزائية عالية ويقولون أن من يقوم بذلك يحكم على نشاطه المهني بالإعدام ولم تسجل الدراسات لغاية الآن قيام منتج أو مبرمج برنامج أعد خصيصاً لمستخدم معين ببيعه مرة أخرى لمستخدم آخر لمزيد من التفاصيل يمكن مراجعة

Peter J. Denning-computer under Attack- ACM. Press. USA- 1999. P285.

وانظر كذلك فاروق الحفناوي قانون البرمجيات- مرجع سابق ص١٥٦ و ما بعدها الملكية في عقود البرمجيات) ص١٧٢- ١٧٦.

(١) . راجع في ذلك – د. خالد مصطفى فهمي- مرجع سابق ص١٤١-١٧٥. ود/ حمدي عبد الرحمن- مرجع سابق ص٤٨٠- ٤٩٩.

(٢). د/ جاسم علي ناصر- مرجع سابق ص٥٤. ود/ عزة خليل – مرجع سابق ص٥٨.

(١) . الفيروس في اللغة- ذلك الكائن الدقيق الذي لا يرى بالمجهر العادي وينفذ من الراشحات البكتيرية و يحدث بعض الأمراض- انظر في ذلك المعجم الوجيز الصادر عن مجمع اللغة العربية – القاهرة ١٩٩٠حرف ف ص٤٨٦وفي برامج الحاسب فإن كلمة فيروس يقوم بنفس عمل الفيروس الطبيعي ولكن يكون على شكل برنامج حاسب تدميري [أي أن الفيروس نفسه برنامج] يتم تصميمه بطريقة تعطيه القدرة على ربط نفسه ذاتياً ببرامج

في البرنامج المبيع بعد تسليمه، للمستخدم المتعاقد معه إخلالاً منه بالالتزام بضمان تعرضه الشخصي "المادي" بحيث يفاجأ المستخدم بعد أن تسلم البرنامج من بائعه المهني بالشلل في النظام المعلوماتي وهو هنا يقوم بذلك بسبب رغبته في الإثراء على حساب المستخدم وإصلاح الأعطال التي تصادفه بمقابل خصوصاً إذا كان عقد الصيانة غير متوفر أو قد انتهت مدته أو في حالات أخرى يكون البائع المهني نفسه قد تم شراءه من قبل منافسي المستخدم[١].

وقد يمتنع المبرمج عن تسليم الرقم السري "المفتاح" الذي به يستطيع المستخدم الاتصال بالبرنامج الذي يعمل به الحاسب فهذه أيضاً صورة من صور التعرض المادي والتي يضمنها المبرمج فالمعروف أنه إذا قام المبرمج بإعداد نظام معلوماتي وسلمه للمستخدم يكون قد تنازل عن حقوق استعمال أو استغلال هذا البرنامج "حسب الحال" فليس من حق هذا المبرمج أن يستمر في استغلال هذا البرنامج "إلا إذا تم الاتفاق على ذلك" سواء استغلاله مباشرة منافسة للمستخدم أو السماح للغير باستعماله واستغلاله.

ففي كل هذه الحالات يمكن للمستخدم أن يلجأ إلى قواعد التعرض والاستحقاق لضمان حقه[٢] بالإضافة إلى فرصته في اللجوء إلى قوانين الملكية الفكرية وبالذات عند تطرقها للاستنساخ غير المشروع للبرنامج[٣] والتي تشكل صورة أخرى من تعرض المبرمج أو السماح للغير بالتعرض للمستخدم. فإن أراد المستخدم التمسك بقواعد التعرض والاستحقاق التقليدية فلتطبيق ذلك ولإلزام المبرمج بضمانها يجب أن يتوافر شرطين وهما:

١. أن يكون من شأن هذا التعرض أن يحول كلياً أو جزئياً من انتفاع المستخدم الانتفاع الأمثل من البرنامج وذلك تطبيقاً للمادة ٤٣٩ مدني

أخرى ثم يتكاثر ويتوالد ذاتياً في أجزاء من الثانية وينتشر بين هذه البرامج ويدمرها أو يشلها عن أداء وظائفها لمزيد من التفصيل راجع د/ علاء الدين فهمي وآخرون مومسوعة دلتا كمبيوتر٢ مرجع سابق ص١٣. ود/ عزة خليل – مرجع سابق ص٣٢- ٣٦ و
=David Ferbrache- Pathology of computer Viruses- Springer- Vewlay- London- Ltd 1992. p233

(٢) . د/ عزة خليل- مرجع سابق ص ٧٧ والهامش .

(١) . طبعاً يمكن له الرجوع إلى قوانين الملكية الفكرية "حقوق المؤلف" التي تمنع المؤلف من استغلال مصنفه استغلالاً مادياً إذا تنازل عنه للغير راجع المادة ١٤٩- ملكية فكرية مصري والمادة ٤٦ و ٥٢ من قانون حق المؤلف الأردني- راجع الفصل الأول من هذا الباب ص١٨٨.

(٢). راجع المواد ١٨١/ ملكية فكرية مصري و ٥٢ حق مؤلف أردني. راجع أيضاً د/ شحاتة غريب شلقامي- برامج الحاسب الآلي والقانون مرجع سابق ص١١٤- ١١٨.

مصـري المشـار إليهـا سـابقاً وحيـث أن قيـام المبـرمج بـالتعرض للمستخدم عبر الطرق التي تحدثنا عنها في هذا الفرع أو طرق أخرى كثيرة في هذا المجال بالتأكيد ستحول دون انتفاع المستخدم الانتفاع الأمثل بالبرنامج محل العقد فتفعيل فيروس معين مثلاً أو وضعه في البرنـامج عبر أي طريقة كانت ستعني بالتأكيد دمار كلي أو جزئي للبرنامج مما سيحول دون قيامه بواجباته على نحو نمطي أو مثالي.

٢. أن لا يستند المبرمج في تعرضه للمستخدم إلى حق يستمده من القانون أو من العقد بحيث إذا استند البائع المهني في تعرضه إلى بند قد نص عليه عقد الإعداد نفسه أو إلى حق كفله له القانون فلا يعتبر ذلك تعرضاً، فلا تعارض مثلاً بين ضمان البائع للتعرض وبين مطالبة للمشتري أو المستخدم بدفع الثمن وقيامه بالتنفيذ القهري على البرنامج بعد أن انتقل الحق في استغلاله إلى المستخدم وذلك استيفاءً للثمن، فليس للمستخدم دفع ذلك بضمان البائع المهني لتعرضه[١]، وهذا الشرط ادعى في تطبيقه عندما يقوم المستخدم بعدم الالتزام بالسرية مثلاً أو أي بندا آخر من بنود العقد وخصوصاً فيما يتعلق بحيازته نسخة من برنامج المصدر أو نسخة احتياطية من البرنامج الذي تم إعداده وتصرفه فيهما فما يحدثه الفيروس مثلاً إذا ما تم زراعته في البرنـامج اقتصـاءً لحق لم يقم المستخدم بالوفاء به فهذه جريمة معلوماتية وليس تعرضاً في سبيل الحصول على حق معين أو تنفيذاً لبند في عقد الإعداد.[٢]

فإذا ما تحقق الشرطان السابق بيانهما فلا مجال أمام المبرمج إلا أن يضمن هذا التعرض ويقوم بمعالجته أو التعويض عنه أو إزالته ويقع باطلاً كل شرط مخالف فقد نصت المادة ٤٤٦ "مدني مصري" في فقرتها الأولى [إذا اتفق على عدم الضمان بقي البائع مسؤولاً عن أي استحقاق يقع بفعله ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك].[٣]

أما بخصوص التعرض المادي الصادر من قبل الغير للمستخدم فحسب القواعد العامة فإن المبرمج أو البائع المهني لا يضمن تعرض الغير للمستخدم تعرضاً مادياً إذ سلطان للمبرمج على الغير ما إلا إذا كان هذا الغير من تابعي المبرمج[٤] وكذلك في هذه النقطة تحديداً أي التعرض الصادر من الغير فإن قواعد قوانين الملكية الفكرية تسعف المستخدم في

---

(١). د/ خميس خضر- شروط تحقيق التزام البائع ضمان تعرضه الشخصي وتعرض الغير- مجلة القانون والاقتصاد- جامعة القاهرة السنة ٤٥ -١٩٧٥ ص٩٣. د/ اسماعيل غانم- الوجيز في عقد البيع- مكتبة عبد الله وهبة/ القاهرة ١٩٦٣، ص٣٠٤.

(٢) . د/ عزة خليل – مرجع سابق ص٦٨- ٦٩.

(١) . تقابل المادة ٥٠٣ و ١/٥٠٦ مدني أردني و ٥١٤/ ٤مشروع مدني فلسطيني.

(٢) . د/ نوري حمد خاطر - عقود المعلوماتية- مرجع سابق ص١٨٤.

هذا المجال كما رأينا سابقاً خصوصاً إذا كان قد حصل على تنازل من المبرمج عن حقوق استغلال البرنامج "مالياً" وتبعاً لذلك سيكون فوراً التعرض الصادر من الغير تعرض قانوني حسب رأينا وليس مادي وذلك تبعاً لنصوص قوانين حق المؤلف في هذا المجال والتي تسعف المستخدم في الدفاع عن هذا التعرض ليس عن طريق القواعد التقليدية في ضمان التعرض والاستحقاق بل عن طريق قواعد قوانين الملكية الفكرية التي امتلك بموجبها حق استغلال البرنامج مالياً وذلك لأن المبرمج عندما تنازل للغير عن استخدام هذا البرنامج كان قد أخل بالتزامات مع المستخدم تقيده بعدم التنازل عن حقوق الاستغلال لشخص آخر ليزاحمه في عمله.

ثانياً/ جزاء إخلال البائع المهني بضمان التعرض والاستحقاق

اتفقنا سابقاً على أن التعرض المتصور والصادر من البائع المهني للبرامج للمستخدم أو حتى من الغير هو التعرض المادي وعلى ذلك فإذا وقع هذا التعرض وتوفرت شروطه فإن المستخدم ليس أمامه إلا أن يتدخل لإجبار المبرمج على القيام بواجبه بإيقاف التعرض الصادر منه أو من الغير، فإن كان الاعتداء على البرنامج قد حصل فإن ذلك يؤدي إلى تحريك دعوى الضمان والجزاءات المترتبة عليها، وهذا الضمان يعطي لمن تقرر من أجله المطالبة بالتنفيذ العيني ووقف أعمال التعرض وله أن يطالب الحكم بالغرامة التهديدية عن كل عمل يقوم به البائع ويتعرض به للمشتري أو التنفيذ بمقابل أو حبس الثمن أو ما تبقى منه أو الفسخ لعدم التنفيذ والتعويض إن كان له مقتضى[1].

وبتطبيق ذلك على عقود الإعداد نلاحظ أن البائع المهني بصفة عامة وسواء كان عقد الإعداد "بيع أم مقاولة" يقع عليه التزام بضمان الانتفاع بالبرنامج انتفاعاً غير منقوص وهو الأمر الذي يفرض عليه أن يمتنع عن كل فعل من شأنه أن يحول بين المستخدم وبين الانتفاع بالبرنامج أو الانتقاص من هذا الانتفاع فإن أخل البائع المهني بهذا الالتزام وجب عليه الجزاء الذي رتبه القانون عن الإخلال به، ونحن نرى أن الخسائر من تلف برنامج معين نتاج التعرض له قد تكون فادحة كضياع معلومات مهمة أو تعديلها أو التوقف عن العمل أو الشلل في حركة المنشآت أو ضياع الوقت لذلك نرى أن يشمل الجزاء أكان تنفيذ عيني أو أي شيء آخر أن يشمل تعويضاً عما لحق المستخدم من أضرار نتيجة هذا التعرض

---

(١) . انظر المواد ٢١٢ و ١/٢١٣ أو ٢١٤ من القانون المدني المصري وهي تقابل ٢٠٣ و ٣٥٥ و ٣٥٩ من القانون المدني الأردني والمواد ٢٠٢ و ٢٠٧ و ٢٦٠ و ٢٧٠ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

بحيث يكون التعويض عادلاً انطلاقاً مما للتكنولوجيا من دور رئيسي في حياتنا المعاصرة إذ تتوقف عليها تنظيم أغلب شؤوننا في هذا العصر.

وإذ تعدد صانعوا البرنامج الواحد فإن تعرض أي منهم إلى المستخدم في الجزء الذي صنعه من البرنامج سيؤدي حتماً إلى تلف في الأجزاء الأخرى أو إلى تعطل لأن البرنامج وحده واحدة كل عملية بها مترتبة على الأخرى، وبذلك فلا يقال ان البقية غير مسئولين عن هذا التعرض فالالتزام بضمان التعرض الشخصي التزام بامتناع عن عمل كما أسلفنا لذلك فهو لا يقبل الانقسام بطبيعته ولا يتصور فيه التجزئة، فهم كلهم مسئولين أمام المستخدم بعدم تعرض أي منهم إليه في برنامجه أو في جزء من برنامجه[١].

ومن مميزات الالتزام بضمان التعرض في التشريع المدني المصري أن هذا التزام مؤبد وأنه ينتقل إلى الورثة[٢]، فلا يجوز للبائع المهني أن يتعرض للمستخدم المتعاقد معه مهما طال الزمان على انعقاد التصرف ولو حتى بعد مضي خمس عشرة سنة.

ومن مميزات ضمان التعرض والتي تسعف المستخدم أيضاً وكما أسلفنا بطلان شرط عدم ضمان البائع المهني لتعرضه الشخصي حسب المادة "١/٤٤٦ مدني مصري" السابق الإشارة إليها وبالتالي يصبح الالتزام بضمان التعرض من النظام العام فلا يجوز بناءً على ذلك أن يشترط البائع المهني للبرامج على المستخدم عدم مسؤوليته عن تعرضه الشخصي فإن هذا الشرط يعتبر كأن لم يكن في التشريع المصري والمشروع الفلسطيني ويجعل من البيع فاسداً في التشريع المدني الأردني فيما لو استحق البرنامج للغير بفعل البائع المهني نفسه[٣].

فإن أضفنا إلى كل ذلك ما يميز عقد الإعداد من ناحية عدم التوازن التقني والمعرفي والاقتصادي وحتى الخبرة القانونية فيما بين أطرافه وإن أضفنا أن القاضي " قاضي الموضوع" في أغلب الأحيان يكون نصيراً للطرف الضعيف في هذا العقد خصوصاً إذا كنا أمام ما يشبه عقد الإذعان

---

(١) . د/ اسماعيل غانم- مرجع سابق ص٢٠٦و د/ عزة خليل- مرجع سابق ص٥٤ و ٨٢.

(١) . د/ محمد سعد خليفة- مرجع سابق- ص١٠٤- ١٠٦. ود/ سليمان مرقص – مرجع سابق ص٣٩٥ وما بعدها ود/ محسن شفيق – مرجع سابق ص٥٩ وهو كذلك بالتشريع المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني راجع المواد ٥٢٠ من القانون المدني الأردني و ٥٣٢ من مشروع القانون المدني الفلسطيني وهما منحتا ورثة المشتري حقوقاً عند البائع في ضمان العيب الخفي ونعتقد بينه المشرع بانسحاب ذلك عند التعرض أيضاً راجع في ذلك المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني- مرجع سابق ج١ ص٢٣٤ ومع الأسف فان المشروع الفلسطيني لم تطرق مذكرته الإيضاحية لهذه القضايا نأمل من المشرع الفلسطيني تداركها.

(٢). المادة ٥٠٦ مدني أردني [لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع للثمن عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط].

وإذا أضفنا أن الشك في مثل هذه العقود عادة ما يفسر لصالح الطرف الضعيف منها دائناً كان أم مديناً نرى أن القواعد العامة في ضمان البائع للتعرض وبالذات لتعرضه الشخصي يمكن تطبيقها على تعرض البائع المهني "المبرمج" للمستخدم المتعاقد معه على عقد إعداد نظام معلوماتية ويمكن أن تسعفه لأنها تكفل له حقوقاً يمكن أن تقوده إلى تعويض عادل عما يمكن أن يلحقه من أضرار نتيجة تعرض المبرمج له.

المبحث الثاني

التزامات المستفيد "أو المستخدم"

بعد أن تناولنا في المبحث الأول التزامات المبرمج وتحدثنا فيها بشيء من التفصيل ولكون هذا العقد من العقود التي تفرض التزامات متبادلة على أطرافه، فإن أسس البحث العلمي الموضوعية تفرض علينا أن نقوم بدراسة التزامات المستفيد أو المستخدم وهو الطرف الثاني في عقد الإعداد.

وخصوصاً أنه بالإضافة إلى الالتزامات التقليدية التي تقع على عاتق "المشتري أو رب العمل أو المستأجر" حسب كون العقد من عقود البيع أو المقاولة أو من عقود الإيجار فإن الطبيعة الخاصة لبرامج الحاسب كمحل لعقد الإعداد قد أظهرت معها أنواع جديدة من الالتزامات بهدف تحقيق الغرض والغاية من التعاقد.

وسوف نقوم في هذا المبحث بمعالجة هذه الالتزامات والتي يتشابه البعض منها ويرتبط إلى حد كبير مع التزامات المبرمج أو المتعهد وبالتحديد عندما يكون التزام المستخدم ينصب على تمكين المبرمج من القيام بتنفيذ التزامه من خلال الإفصاح عن كافة الأمور والظروف والمتطلبات التي يريدها والتي على أساسها يبذل المبرمج ما بوسعه من إمكانيات علمية وفنية للقيام بإعداد البرنامج.

إن التعاون فيما بين الطرفين من شأنه أن يحقق رغبات المستخدم في أخذ الأمور التي يجب أن يشتمل عليها البرنامج في عين الاعتبار وبالذات التعاون من قبل المستخدم الذي يقوم من خلاله المبرمج بإيجاد الوسيلة المناسبة للتعبير عن أفكار وحاجات المستخدم عبر تطبيقها على أصول البرمجة[1]

وبالنظر إلى أن التزام المبرمج بالنصيحة والإعلام يفرض عليه وضع المستخدم في صورة تفاصيل هذا العقد من حيث الإمكانية الفنية والتكاليف

---

(١) .د/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق- ص٢٤٧، د/ أحمد محمود سعد – مرجع سابق ص١٩٠، د/ حسن جميعي- عقود برامج الحاسب، مرجع سابق ص٢٦٤.

المادية "وتكلفة العمل والمواد المستخدمة" (١) وطرق تشغيله والبدائل المتاحة ... الخ. كما رأينا في المبحث الأول فإن هذا الالتزام يفرض على المستخدم في المقابل الاستعلام عن هذه المعلومات والتعاون قدر الإمكان في إبداء التفاصيل الذي يريدها وعدم إخفاء أي أمر من شأنه عدم تحقيق الغاية المرجوة، حتى أن بعض المستخدمين يلجأون إلى عقد المشورة الفنية السابق بيان ماهيته"(٢) مع خبير بحيث يأخذوا نصيحته في التصاميم والاحتياجات والقدرة الفنية والمفاوضات التي تمت ومن ثم يتعاقدون مع المبرمج الذي سيقوم بالعمل. وهذا من شأنه كما أسلفنا تخفيف مسؤولية المبرمج بعض الشيء(٣).

هذا و يوجب هذا العقد على المستفيد أو المستخدم وكالعقود التقليدية الأخرى تسلم البرنامج وقبوله متى كان مطابقاً للمواصفات التي تم الاتفاق عليها لذلك سنبحث من خلال هذا المبحث أيضاً بالإضافة إلى التزام المستخدم بالتعاون، التزامه بالتسلم حسب شروط عقد الإعداد وحسب القوانين ذات الشأن فيما لو لم يكن قد تم تحديد كيفية التسلم في العقد والتسلم في هذه العقود يقتضي حتماً القبول أي قبول البرنامج والقبول فيها يعني مطابقة المواصفات وعليه لا تسلم بلا قبول والذي يشكل عنصراً أساسياً في عقد الإعداد و يترتب عليه أمور كثيرة كالتزام المستخدم أو المستفيد بدفع كامل الأجر "الثمن" الذي تم الاتفاق عليه وهو الالتزام الثالث من التزامات المستخدم والذي سنناقشه أيضاً في هذا المبحث وعلى ذلك سنقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب نبحث في المطلب الأول التعاون والإفصاح ونبحث في المطلب الثاني قضية التسلم ونبحث في مطلب ثالث التزام المستخدم أو المستفيد بدفع المقابل.

المطلب الأول

التعاون والإفصاح بمنتهى حسن النية

ينظر الى الالتزام بالتعاون من قبل المستخدم على انه الالتزام المقابل لالتزام المبرمج بالإعلام والنصيحة بحيث أن وجود هذين الالتزامين يسمح بعودة بعض التوازن إلى عقد الإعداد وبالذات بالنظر إلى خبرة

---

(٢) . James V. Vergari .Computerized Payment –Operations Law .Published by
Loveland – New York
2001. P 67

١ . انظر المطلب الأول- من المبحث الأول من هذا الفصل ص٢١١.

٣ . د/ حسن جميعي – عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص٢٧٦ ود/ ميرفت عبد العال – مرجع سابق ص٢١٤.

المبرمج في هذا المجال وكذلك يعتبر الالتزام بالتعاون من الالتزامات غير التقليدية في العقود التي ترتب التزامات متقابلة للطرفين والتي يتميز بها عقد إعداد برامج الحاسب الآلي[١].

والمقصود بالتعاون في عقد الإعداد هو استعلام طرفي العقد من بعضهما البعض عن كافة الأمور الجوهرية في العقد وبيانها من خلال التساؤلات التي بتم طرحها على بعضهم البعض والإجابات الدقيقة عليها وذلك لضمان تنفيذ العقد بمنتهى حسن النية دون توافر أي خلل يؤدي إلى عدم تحقيق رغبات الأطراف[٢].

ويرتبط تعاون المستخدم أو المستفيد بالتزام المبرمج بتنفيذ كامل التزاماته على أكمل وجه اذ يجب على المستخدم أن يقدم المعلومات اللازمة لكي يتمكن المبرمج من إعداد البرنامج وفقاً لمتطلباته فإذا اتخذ المستخدم موقفاً سلبياً بإخفاء معلومات مثلاً أو بعدم مصداقيتها فقد ينجم عن ذلك تحقق مسؤوليته عن عدم تمكن المبرمج من إتمام العمل وفقاً لما هو مطلوب[٣] كما ويقتضي تعاونه تأهيل العاملين لديه وذلك تجنباً لصعوبات يمكن أن تحدث أثناء عملية تشغيل البرنامج، وحسب أغلب أنظمة وعقود الإعداد فإن المستخدم يجب عليه أن يستمر في التعاون والإفصاح مع المبرمج حتى بعد تسلمه للبرنامج أو النظام لأن قطع الاتصال مع شركة البرمجة أو المبرمج قد يسبب له مشاكل في استمرار البرنامج في أداء عمله[٤].

وعلى ذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نبحث في الفرع الأول مراحل التزام المستخدم في التعاون مع المبرمج ونبحث في الفرع الثاني جزاء الإخلال بهذا الالتزام.

---

(١) . د/ أحمد محمود سعد- مرجع سابق ص٢٤٠- د/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق ص٢٨٥.

(٢). د/ حسام محمود لطفي- عقود خدمات المعلومات- مرجع سابق ص١٦١ ود/ عادل أو هشيمة- مرجع سابق ص٩٣ ود/ حسن جميعي عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص٢٦٥- ٢٦٧.

(١). د/ نوري حمد خاطر- عقود المعلوماتية- مرجع سابق ص١٨٩.

(٢). د/ محمد حسين منصور – مرجع سابق ص٣٢-٣٣. د/ نوري حمد خاطر- المرجع السابق ص١٨٩ ود/ أنور الفزيع- مرجع سابق ص١٣٤ ود/ حسن جميعي المرجع السابق ص٢٧٠- ٢٧٣.

الفرع الأول

مراحل التزام المستخدم بالتعاون:

إن التزام المستخدم أو المستفيد بالتعاون يكون على مرحلتين في عقود الإعداد مرحلة قبل وأثناء إبرام عقد الإعداد ومرحلة تنفيذ العقد وقبول البرنامج والبدء بتشغيله.

المرحلة الأولى : التعاون قبل وأثناء إبرام العقد:

يلتزم المستخدم في هذه المرحلة بتمكين المبرمج من العلم بالغاية التي يرغب بها لتحديد الهدف الأساسي من إعداد البرنامج وهذا التصرف يكون موقوفاً على قيام المستخدم بالوفاء بهذا الالتزام من خلال بذل ما بوسعه للتعبير عن ذلك من خلال إزالة كافة الصعاب من أمام المبرمج[١].

وعلى أثر ذلك يقوم المبرمج بوضع دراسة تحتوي على الترابط ما بين احتياجات المستخدم وإمكانيات البرنامج في ضوء التقنيات الممكنة والمتوفرة علمياً وأفضل إمكانية لديه بحيث يقوم بتقديمها على شكل نصيحة تحتوي على تصميم أولي للبرنامج المقترح متضمناً مواصفاته، وتكلفته والمواد الأولية ومن سيقوم بالتمويل والمدة التي تستغرقها عملية أعداده.. الخ والتي يتوجب الرد عليها من قبل المستخدم في وقت مناسب وتحت طائلة المسؤولية[٢].

ففي هذه المرحلة يتم إخراج المستخدم من دائرة الادعاء بالجهل من خلال قيام المبرمج بإيضاح بعض الأمور الأساسية التي تبين محل العقد بوضوح، لأنه يكون شيء غير محدد ويتم تحديده وتبيان بعض الصفات التي تتوافر فيه من خلال الحوار الذي يتم بين الأطراف الذي بدوره يقود إلى علم المستخدم بالخصائص الأساسية للبرنامج(٣) وعلى أثر هذا التعاون تتحقق نتيجتين غاية في الأهمية وهما:

١. أن هذه المرحلة تتيح للمستخدم أن يكون فضولياً إلى درجة كبيرة في الاستفسار عن كل ما يبدو ذو أهمية بالنسبة إليه وكذلك في الإجابة

---

(١) . د/ محمد لبيب شنب- عقد المقاولة- مرجع سابق ص١٤٩.

(٢). يجب على المستخدم الرد في وقت مناسب وبيان أسباب الرفض أو القبول حتى يتمكن المبرمج من معالجة أسباب الرفض مثلاً أو لعدم اضعاة وقته وتفويت فرص وتعاقدات عليه أو في حالة أخرى لقيامه في البدء بالاعداد إذا تم القبول، ويلاحظ هنا أن المستخدم يمكنه اللجوء إلى الاستشارة الفنية عبر توجهه لذوي الخبرة واستشارتهم في التصور المقترح أو التصميم قبل ابداء موافقته النهائية وذلك لأن التصميمي المقترح وردود المبرمج على استفسارات المستخدم يمكن لها فيما بعد أن تصبح جزءاً من العقد ملزم للطرفين لمزيد من التفصيل- راجع- د/ محمد لبيب شنب- المرجع السابق ص١٤٩. ود/ أحمد محمود سعد- مرجع سابق ص٢٤٠ ود/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق و د/ فاروق الحفناوي- عقود النظم والأجهزة- مرجع سابق ص١٤- ١٦.

(١) . د/ أحمد محمود سعد- مرجع سابق ص٢٥١.

عن كل ما يسأل عنه بمصداقية عالية وذلك لبيان الغاية التي يريد تحقيقها والمشاكل أو البيانات التي يريد معالجتها من خلال البرنامج المقترح، ويجب أن تقوده فضوليته إلى التمكن من تحديد مواصفات البرنامج الذي يريده بحيث أن سكوته عن بعض الأمور أو عدم إفصاحه أو عدم اقتران إفصاحه بمصداقية عالية في الوصف والطبيعة والظروف المحيطة مع علمه بأهميتها يعتبر من التصرفات التي تقترن بتوافر سوء النية[١] فإن ادعى في المستقبل بوجود عيب معين أو بعدم مطابقة هذا البرنامج لما طلبه أو لما تم وصفه وأثبت المبرمج أن هذا الخلل ناتج عن كتمان معلومات معينة أو الإفادة بمعلومات على غير الحقيقة...الخ فيتحمل المستخدم المسؤولية عن هذا الخطأ ولا دخل للمبرمج به ولا يتحمل أية مسؤولية عنه، لذلك قلنا سابقاً أن من ثمار مرحلة التعاون هي إخراج المستخدم أو المستفيد من دائرة الادعاء بالجهل وتطبيق هذه المسؤولية تكون أشد عليه فيما لو أثبت المبرمج استعانة المستخدم بمشورة فنية أيضاً قبل إبرامه العقد والتي على أثرها وضع وحدد مواصفات البرنامج وبنود العقد[٢].

٢. على أثر تعاون المستخدم أو المستفيد يتمكن المبرمج من عمل دراسة مبدئية ووضع تصميم يتم عرضه على المستخدم لبيان مدى التناسب بين الهدف المرجو والتصميم المقترح ووظائفه وقدراته وقد أصبح هذا الشرط مفهوماً من ضمن طبيعة هذا العقد بحيث لا يشترط النص عليه في عقود الإعداد كونه أمر ضروري لإبرام العقد ولا يمكن تصور توافق الطرفين بدونه[٣].

إن نتيجة التعاون في هذه المرحلة تعتبر ضرورية لإبرام العقد ولإمكانية الوفاء بالالتزامات التي يرتبها دون توافر أي عيب، ولكون

---

(١). د/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق ص٢٩٠. د/ يوسف عبد الهادي الاكيباي- النظام القانوني لعقد نقل التكنولوجيا – مرجع سابق ص٨٧.

(٢). د/ جمال عبد الرحمن محمد علي- الخطأ في مجال المعلوماتية- مرجع سابق ص٧٤-٨٠ ود/ محمود حسام لطفي- عقود خدمات المعلومات- مرجع سابق ص ٩٦و١٣٧ ود/ حسن جميعي- عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص٢٢٧ حيث يقول سيادته [إن القضاء يتشدد في مسائلة المورد عن الالتزام في الحالات بالنصيحة التي يثبت فيها عدم لجوء العميل إلى استشارة خبير فني أو متخصص في مجال التعاقد طالما أن هذا العميل لم يكن ملتزماً باللجوء إلى مثل هذه الاستشارة وذلك اذا تبين أن الطرفين أقرا بعدم الحاجة إلى ذلك اكتفاء بالثقة التي أولاها العميل لمورد البرامج وفي المقابل فإن لجوء العميل إلى الخبرة الفنية يخفف من مسؤولية مورد البرامج عن الالتزام بالنصيحية] وانظر كذلك في نفس المعنى- د/ نزيه الصادق المهدي- مرجع سابق ص٣٣٦.

(١) . د/ عزة خليل – مرجع سابق ص١٦٢- ١٧٠ ود/ محمد حسام لطفي- المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض- مرجع سابق ص١٤ وما بعدها.

عملية البرمجة التي تنفذ تكون طبقاً وبناءً على احتياجات المستخدم أو المستفيد وفي ظل التقنيات المتاحة فإن طبيعة التزام المستخدم تكون التزام ببذل عناية الشخص المعتاد[١] الذي يسعى لإعداد برنامج محقق لغايته مع عدم علمه ومعرفته التامين بأصول البرمجة بالإضافة إلى أن التزامه في هذه المرحلة يتم من خلال إيصال المعلومات إلى المبرمج الذي يقوم بإعداد البرنامج ويعامل المستخدم في هذه التصرفات بناءً على معيار الرجل المعتاد على التعاقد وليس الشخص المحترف في البرمجة، مما يشكل اختلافاً بين الاثنين فالمستخدم يسعى لتحقيق غاية دون معرفته بالوسيلة ومدى ارتباطها بالغاية والمبرمج يعمل على تحقيق غايته بطرق يعلم بها جيداً إلا أنه ذو معرفة تامة بالبرمجة، ومع ذلك ففي مقابل التزام المبرمج بالإعلام والنصيحة يوجد التزام على المستخدم أو المستفيد بالتعاون والإفصاح ويكون مسؤولاً عن عدم التعاون قبل إبرام العقد وبعد إبرامه إذا حدث خلل في البرنامج نتيجة لعدم تعاونه أو عدم تمكين المبرمج من الاطلاع على كل ما هو ضروري وجوهري لإتمام عملية البرمجة أو كل ما سال عنه ولم يتلقى إجابة عليه أو تلقى إجابة على غير الحقيقة، وهذا الالتزام من جانب المستخدم لا يتطلب إلمامه بأصول البرمجة أو طرقها أو تقنياتها[٢].

المرحلة الثانية/ تنفيذ العقد وقبول البرنامج:

أثناء قيام المبرمج بالبرمجة وبتنفيذها ما تم الاتفاق عليه في العقد يعتبر تعاون المستخدم أو المستفيد أمراً غاية في الأهمية وذلك لكي يتمكن المبرمج من الوفاء بالتزامه دون أي عيب فهذه العملية تكون بناءً على احتياجات وغايات المستخدم وبالتالي يجب أن يبقى المستخدم على اطلاع بالخطوات وفي صورة البيانات المقدمة لكي يتمكن من الاستفسار عن أي أمر ضروري[٣].

فبعد إبرام العقد واتفاق الأطراف على تنفيذه من خلال إعداد البرنامج والذي يعتبر الالتزام الأساسي فيكون تعاون المستخدم مع المبرمج أو حتى تعاونهما مع بعضهما البعض أكثر إلزاماً، فهذا التعاون ينير الطريقة أمام المستخدم في استجلاء كل غموض حتى يتمكن من استلام برنامجه وقبوله بعد استخدامه أو تجربته والبحث في مدى مطابقته للشروط والمواصفات التي تم الاتفاق عليها لذلك قلنا أنه يجب على المستخدم مواكبة عملية الإعداد ويجب على المبرمج وضعه في صورة كل خطوة وكل مرحلة يتم الانتهاء منها أثناء التنفيذ حتى تتم معالجة أي خلل أنياً وعدم الانتظار حتى

---

(٢). د/ أنور الفزيع- مرجع سابق ص١٣٢، د/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق ص٢٩٠.

(١) . د/ حسن جميعي – عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص٢٦٥- ٢٦٩.

(٢). د/ أنور الفزيع- مرجع سابق- ص١٣٢.

إخراج النسخة النهائية من البرنامج وبالتالي يتم توفير وقت وجهد للطرفين وتضيق دائرة إدعاء أيهما بأنه لا يعرف أو ليس هذا ما اتفق عليه..الخ[١].

فإن تم الانتهاء من إعداد البرنامج حسب شروط العقد وما تم الاتفاق عليه تتجلى صورة التعاون كالتزام على المستخدم في قيامه بتسلم البرنامج في المكان والزمان الذين تم الاتفاق عليهما، مع وجوب تهيئة حماية داخلية للبرنامج وشموله لكافة الأمور الأساسية التي تتطلبها أصول البرمجة[٢].

ويتجسد التعاون في هذه المرحلة من خلال قيام المستخدم بالتسلم المبدئي للبرنامج، وتعاونه مع المبرمج للقيام بتوضيح بعض الأمور التي يحتويها البرنامج والتي تسمح للمبرمج بيان المواصفات من خلال الإشارة أليها وبيانها بيسر ووضوح للمستخدم حتى يتم القبول المبدئي للبرنامج ليتم تشغيله والبحث في إمكانياته لأننا في هذه المرحلة نكون لا زلنا في مطابقة الشكل وليس المضمون[٣].

فإن انتهت هذه المرحلة بمطابقة الشروط والمواصفات المتفق عليها في البرنامج الذي تم إعداده فيتم الانتقال إلى تشغيل البرنامج والذي يتوجب على المبرمج بيان كيفية التشغيل والاستعمال، بحيث لا يستطيع أي شخص تشغيل البرنامج إلا المبرمج نفسه لأنه من وضع التعريف الشخصي الذي تم تصميمه للبرنامج والخاص بالمستخدم لكي لا يمكن الاستخدام إلا من قبل المستفيد "المستخدم" الذي تم العقد لصالحه والذي يملك التعريف الشخصي الذي يسمح له بالدخول إلى البرنامج ومعالجة بياناته من خلاله[٤] فإذا تمت محاولة التشغيل دون الحصول على المعلومات الضرورية من المبرمج أو المنتج فإن هذا التصرف يمكن أن ينتج عنه خللاً سببه عدم الالتزام والتقيد بالتعليمات الملحقة بالبرنامج والمعاصرة لتسلمه غالباً وهي ملزمة للمستخدم لدورها الهام والمحوري في ضمان عدم حدوث أي خلل بالبرنامج ناتج عن التشغيل الخاطئ[٥].

وعادة ما تكون خطة اختبار وتشغيل البرامج وبالتالي قبولها الموضوعي تختلف حسب نوع وطبيعة كل برنامج ولكن يبقى الهدف

---

(١) د/ أحمد محمود سعد- مرجع سابق ص٢٥٦. د/ حسن جميعي- عقود برامج الحاسب – مرجع سابق ص٢٧٧- ٢٧٩.

(٢) د/ أنور المفزيع- مرجع سابق ص١٣٤، د/ أحمد محمود سعد- مرجع سابق ص٢٥٧.

(٣) د/ أحمد محمود سعد- مرجع سابق ص٢٥٨ ود/ جمال عبد الرحمن علي- مرجع سابق ص٦٨- ٦٩ ود/ محمد لبيب شنب – عقد المقاولة مرجع سابق ص١٥١.

(١) . د/ محسن شفيق- نقل التنكنولوجيا من الناحية القانونية- مرجع سابق ص٧٨. ود/ فاروق الحفناوي –عقود البرمجيات – مرجع سابق ص٢٣٠- ٢٣١.

(٢) . لمزيد من التفاصيل- راجع د/ ميرفت عبد العال – مرجع سابق ص٢٩٨- ٢٩٩.

الرئيسي منها هو مطابقة البرنامج للمواصفات المتفق عليها والذي يتضح في قدرته الموضوعية على معالجة البيانات "محل الاختبار" بالطريقة المقصودة وتحقيق الغرض المرجو منها.

وفي الغالب يقوم المستخدم "أو المستفيد" قبل موعد التسليم النهائي بإعداد عينة من البيانات تسمى Testdata التي يراها مناسبة لفحص واختبار قدرة البرنامج ولا بد لهذه العينة أن تخضع لموافقة المبرمج "هنا تبرز أهمية التعاون كذلك"[١] ويتم بعد ذلك تحديد موعد باتفاق الطرفين لإجراء الاختبارات بحيث يجب أن تتم معالجة البيانات ويتعهد كلا الطرفين بأقصى درجات التعاون وتقديم جميع التسهيلات الممكنة لإجراء عملية الاختبار هذه.

إذا نجح الاختبار يتم قبول البرنامج فوراً وذلك بمجرد نجاحه في معالجة البيانات وتحقيقه للنتائج المرجوة ويوقع المستخدم على قبوله الموضوعي والنهائي للبرنامج وبذلك يعتبر البرنامج مقبول من الناحية الموضوعية والقانونية حتى اجتاز اختبار القبول بنجاح بأن وضع موضع التشغيل الفعلي Live operation ويعتبر التسلم قد تم منذ هذه اللحظة أي لحظة توقيع المستخدم على نجاح اختبار القبول[٢].

ويجب كما بينا سابقاً استخدام الطريق الصحيح في التشغيل فيما بعد قبول البرنامج أي أثناء التشغيل المهني بعد التسلم والبدء في العمل، وذلك لأن إتباع تعليمات المبرمج سيؤدي دائماً إلى تحقيق الغاية المرجوة من البرنامج بأفضل الطرق الممكنة، وكذلك فان استمرارية عمل وأداء البرنامج وفق الهدف المرجو منه تقترن اقتراناً طردياً بمدى إتباع التعليمات والإرشادات الأساسية التي وضعها المبرمج بناءً على ظروف وإمكانيات البرنامج[٣].

ويجب الاستمرار في تعاون المستخدم أو المستفيد طوال فترة الاستخدام للبرنامج وذلك حسب أغلب العقود النموذجية أو التي تتم عبر مقاولات الإعداد وذلك من خلال عدة التزامات تنطوي تحت بند تعاون المستفيد أو المستخدم والتي أهمها التزامه بالسرية وعدم السماح للغير بالاطلاع على البرنامج أو محاولة إصلاح أي خلل فيه حتى أن بعض الشركات تفرض مع عقد الإعداد ملحق باتفاقية صيانة[٤].

---

(١) . Rays man Richard- P.R-P.3-16

(٢).د/ فاروق الحفناوي- عقود البرمجيات- مرجع سابق ص٢٤٢، ود/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق ص٢٩٩

(١). د/ محسن شفيق- مرجع سابق ص٨٨- ٨٩. د/ أنور الفزيع- مرجع سابق ص١٣٥، د/ محمد حسام لطفي- عقود خدمات المعلومات مرجع سابق ص ١٠٦.

(٢). لمزيد من التفاصيل- راجع د/ خالد مصطفى فهمي- الحماية القانونية لبرامج الحاسب- مرجع سابق ص١٦٩- ١٧٥ ود/ أيمن عبد الحفيظ- استراتيجية مكافحة جرائم

فلو تم إتباع الإرشادات والتعليمات على أكمل وجه وظهر أثناء الاستخدام بعض الأخطاء في البرنامج أو ظهرت عدم القدرة على معالجة بيانات معينة[١]أو عدم القدرة على التخزين مثلاً أو الاستخراج.. الخ فإنه يتوجب على المستخدم التعاون مع المبرمج بالإخبار فوراً عن هذا الخلل والإخبار هنا يكون للمبرمج أو أحد عامليه الذي تم تحديده في العقد والإخلال بهذا الإخبار قد يشكل إخلال بالتزام تعاقدي لا يجوز التقاعس عنه أو التساهل فيه نظراً لدقة المحل وإمكانية اتساع الخلل عبر تدمير بيانات أكثر.. الخ من تعقيدات هذه التكنولوجيا، فالإخبار في وقت مناسب يتيح للمبرمج إعادة الحال إلى ما كان عليه وإصلاح الخلل بالسرعة الممكنة وتدارك أية مشاكل يمكن أن تنجم عنه[٢].

وبناءً على ذلك نلاحظ مدى أهمية الالتزام بالتعاون في عقود الإعداد من جانب المستخدم، بحيث يبدأ هذا التعاون من المرحلة السابقة على إبرام العقد بحيث يتجسد في مرحلة المفاوضات والحوارات والمراسلات وتقديم النصائح والإرشادات والإفصاح عن المعلومات بمنتهى حسن النية والصدق وتعتبر هذه المرحلة أولى مراحل التعاقد وتكون سمتها الأساسية التواصل والحوار المستمر ما بين الأطراف ليتم إبرام العقد بعد ذلك وينتقل التعاون في هذه المرحلة إلى التعاون في التنفيذ والإعداد للبرامج أو للبرنامج المقترح والرد على استفسارات المبرمج ومتابعته بكل أمانة للوصول إلى اختبارات القبول الشكلية والموضوعية والتي تقتضي كذلك منتهى درجات المساعدة وحسن النوايا وفي تحليلها والاتفاق على حيثياتها ويستمر بعد ذلك التعاون طوال أو أغلب فترة عمل البرنامج كالتزام على المستخدم يتجسد في استخدام البرنامج بأفضل طريقة ممكنة تبعاً لتعليمات

استخدام الحاسب الآلي- دار النهضة= =العربية- القاهرة ٢٠٠٤ ص٢٥٧ ولمزيد من التفاصيل في اتفاقيات الصيانة والحفاظ على سرية البرامج والاستمرار في تعاون المستخدم يمكن مراجعة د/ فاروق الحفناوي- موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات- اتفاقيات صيانة البرمجيات- مرجع سابق ص١٨٣- ٢٠٧.

(٣) من المتفق عليه في عالم البرامج أن طبيعتها التقنية لا تخلو من العيوب والأخطاء فهي ليست سلعة كباقي السلع تسلم مرة واحدة وإلى الأبد ولكن من المقبول في الواقع العملي أن تحتوي البرامج على نسبة أخطاء ومع ذلك يبقى يقال عنها أنها صالحة لآداء الغرض منها ولكن من المقبول في مقابل ذلك يكون على الجهة المنتجة او المبرمجة تصحيح الخطأ أو الأخطاء كلما ظهرت أثناء الاستخدام سواء لفترة زمنية يتم الاتفاق عليها أو من خلال عقود صيانة تحرص شركات البرمجة على الاستئثار بها، ولكن تحت كل الظروف يجب أن يتعاون المستخدم في الابلاغ عن هذه الأخطاء في أسرع وقت وخصوصاً إذا كان فيروس من شأنه أن يوفر النظام كلياً أو جزئياً لمزيد من التفاصيل راجع Rays man Richard ard.P.R.P268 ود/ جمال عبد الرحمن علي- الخطأ في مجال المعلوماتية- مرجع سابق ص٤٣- ٧٣.

(١) د/ حسام عيسى- نقل التكنولوجيا- مرجع سابق ص٢٤٤، د/ أحمد محمود سعد- مرجع سابق ص٢٦٢.

ونصائح المبرمج وبالذات بخصوص كيفية التشغيل والإخبار عن الأعطال وكيفية الاستخدام وهذا التعاون في هذه المرحلة يعتبر بحق إحدى الوسائل الأمنية التي يستطيع المستخدم من خلالها الحفاظ على صلاحية البرنامج والاستفادة المثلى من إمكانياته وتجنيبه أي خلل أو ضرر.

الفرع الثاني

جزاء الإخلال بالتزام المستخدم او المستفيد بالتعاون

يمكن أن يقع الإخلال من قبل المستخدم أو المستفيد بالالتزام بالتعاون مع المبرمج بطرق شتى، سواء من حيث تقديم المواد المتفق عليها لتمام عملية البرمجة على أتم وجه أو من حيث تقديم المعلومات الأساسية التي يحتاجها المبرمج، أو حتى من حيث إخفاء معلومات أو ذكرها على غير الحقيقة، فإن المستخدم أو المستفيد في جميع هذه الفروض وغيرها كثير يكون مسؤولاً عن هذه التصرفات، وذلك لكونه ملزم بتقديم هذه المواد مثلاً طبقاً للمواصفات المتفق عليها وإتاحة الفرصة للمبرمج للقيام بإعداد البرنامج على أكمل وجه، وهو كذلك ملزم بالتعاون والإفصاح بمنتهى الصدق في إبداء المعلومات بشتى صورها للمبرمج حتى يخرج البرنامج متوافقاً على الغاية منه(١).

ومما لا شك فيه أن إفصاح المستخدم عن احتياجاته وإعلام المبرمج بها لا يلزم له شكل معين أو طريقة محددة، فيستطيع المستخدم أن يصيغ احتياجاته في كراسة شروط، كما يستطيع أن يوجهها من خلال مراسلات كتابية [فاكسات، مراسلات عبر البريد الالكتروني، أو البريد العادي] وغير ذلك من أساليب التخاطب المألوفة، ويكفي قيام المستخدم بتحديد احتياجاته مثلاً وإعلام المبرمج بها شفاهة في الجلسات واللقاءات التي تجمعهم(٢).

فلو حصل إعاقة لعمل المبرمج نتيجة لعدم إبداء التعاون في الأمور التي تستوجب ذلك أو في الأمور التي يجب توافرها "سواء مواد أو ظروف محيطة" أو في بيان البيئة التي سيتم استعمال البرنامج فيها..الخ من الأسباب التي يمكن أن تؤثر على البرنامج وتعيبه مقارنة بما هو مأمول منه حسب التعاقد، فإن كل هذه التصرفات تؤدي إلى وقوع المسؤولية على المستخدم عنها، لأنه يكون بذلك قد أعاق عملية إبرام العقد أو حال دون تمكين المبرمج من تنفيذه أو تم التنفيذ ولكن ليس بالشكل

---

(١). د/ نوري حمد خاطر- عقود المعوماتية- مرجع سابق ص١٨٩، ود/ محمد السيد عمران- الالتزام بالأخبار- مرجع سابق ص٦ وما بعدها د، سهير منتصر- الالتزام بالتبصير- مرجع سابق ص٤٩.

(٢) . د/ حسن جميعي- عقود برامج الحاسب الآلي- مرجع سابق ص٢٦٧- ٢٧٤.

والموضوع النموذجين المطلوبين وفقاً للعقد وذلك بسبب تلك التصرفات الصادرة عن المستخدم والتي تشكل إخلالاً بالتزام عقدي ذو طبيعة خاصة في عقود الإعداد وهو الالتزام بالتعاون والإفصاح بمنتهى الصدق وحسن النية[١] وقد سار القضاء الفرنسي على ترسيخ هذا المبدأ في جملة كبيرة من أحكامه[٢].

وعليه فإذا أخفق المبرمج في الوفاء بالتزامه سواء أكان الإخفاق كلياً أو جزئياً فإن المستخدم يكون مسؤولاً ويحق للمبرمج المطالبة بالتنفيذ العيني أو فسخ العقد والتعويض أو أي تصرف يجيزه المشرع لإجبار المستخدم على إتمام التعاقد على نفقته وإجباره على تسلم البرنامج، بالإضافة إلى حق المبرمج بالمطالبة بفرض التعويض المناسب عن عدم وفاء المستخدم بالتزامه الذي الحق ضرراً بالمبرمج[٣] وإذا امتنع المستخدم عن التعاون وعن قبول النصيحة المقدمة من قبل المبرمج، فللمبرمج أن يطلب من المحكمة أن تقرر فسخ العقد لاستحالة التنفيذ الناشئة عن المستخدم دافعاً بعدم إعلامه بالأمور الجوهرية التي يتوجب علمه بها والتي يتم من خلال علمه بها إعداد البرنامج وتشكل أساسيات في العقد طبقاً لاحتياجات وغايات المستخدم والتي لا يمكن علمها قبل المبرمج أو تحديدها لأن البرنامج محل العقد سيتم تصميمه لخدمة المستخدم وهو أعلم من الغير بحاجته وبالتالي لا يمكن تصور تنفيذ العقد دون إخبار المبرمج باحتياجات المستخدم سواء كان عبر تعاونه أو الاستعلام المتبادل والصادق من قبل الأطراف عن المعلومات الجوهرية[٤].

---

(١). د/ أنور الفزيع- مرجع سابق ص١٣٤- ١٣٥. د/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق ص٣٠٠.

(٢). أوضح صورة تجدها في حكم شهير لمحكمة استئناف تولوز في سنة ١٩٩٢ عندما قالت بمسؤولية الشركة "المستخدم" عن خطئها في تحديد المواصفات والاحتياجات التي نتطلبها من البرنامج الذي تعاقدت عليه مع الشركة المبرمجة فقالت المحكمة (إن المستأنفة قد أخلت بالتزامها بالتعاون وإعلام المورد.. لذلك فإنها يجب أن تتحمل وحدها المسؤولية عن خطئها وما يترتب على ذلك من نتائج و أضرار ناجمة عن سوء اختيارها للبرنامج محل التداعي..) Toulouse 2ecH.26 Pev.1992- Jurisdata n° 433 أشار إليه الأستاذ الدكتور حسن جميعي- مرجع سابق هامش ص٢٧٠ وانظر أيضاً تأكيدات لنفس هذا التوجه في القضاء الفرنسي

Paris 25ech.8.Juillet .1981,jurisdata.n^{0}24834,T.com Bordallx.27Janv1988petites.affiches23aout'1989 n^{0}101p.15paris .5ech.c,15 juin 1990- jurisdata n^{0}22939.

أحكام أشار اليها د/ حسن جميعي- عقود برامج الحاسب – مرجع سابق ص٢٧١- ٢٧٢.

(١). د/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق ص٣٠٠ والهامش.

(٢). د/ محمد لبيب شنب- عقد المقاولة- مرجع سابق ص١٥٠.

وكذلك ينطبق نفس الوضع على مخاسر المبرمج بالنسبة لما أحضره من مواد للقيام بإعداد البرنامج أي لتنفيذ العقد، فالتبعات الاقتصادية تكون على المستخدم سواء بالنسبة للمخاسر التي تكبدها المبرمج في شراء المواد أو فيما لو حالت تصرفات المستخدم دون إتمام العقد أو تسببت بفسخه لعدم تعاونه وفي نفس الوقت حالت دون تمكين المبرمج من إجراء عقود وصفقات أخرى لأنه كان قد التزم بإعداد برنامج المستخدم[١].

من كل ذلك نلاحظ أن المستخدم يكون مسؤولاً عن تصرفه الذي حال أو كان السبب في عدم وفاء المبرمج بالتزامه في إتمام تنفيذ العقد وذلك بعدم تعاونه أو بتعاونه على غير الحقيقة ويتم إعمال القواعد العامة في نظرية العقد وخصوصاً فيما يتعلق بالإخلال بالتزام عقدي ويكون في هذه العقود لمحكمة الموضوع دور كبير في تقدير الواقعة وبحث حيثياتها تماشياً مع طبيعة عقد الإعداد وظروفه الخاصة والتزامات أطرافه وحجم الضرر الذي نجم عن عدم التعاون وكم ونوع مسؤولية المستخدم عنه[٢].

المطلب الثاني
الالتزام بالتسلم

يقتضي تنفيذ الالتزام العقدي قيام المستخدم أو المستفيد بتسلم البرنامج محل عقد الإعداد وذلك في مقابل التزام المبرمج أو المورد بتسليم البرنامج، فبعد انتهاء المستفيد من التزامه بالتعاون الذي مكن المبرمج من إعداد البرنامج يأتي هذا الالتزام والذي يمكن تنفيذه بعدة صور فقد يتم من خلال وضع البرنامج تحت يد المستخدم أو عبر إرسال المبرمج للمستخدم خطاباً يفيد بأن البرنامج جاهز للتسليم أو عبر اقتراح التسليم الالكتروني أو بأي شكل كان متفق عليه، فإن لم يقم المستخدم بتنفيذ التزامه كان من حق المبرمج اللجوء إلى القضاء لإجباره على التسليم والبحث في مدى مطابقة البرنامج للمواصفات[٣] وبالتالي قبوله وذلك لأن عملية التسلم في عقود الإعداد ترتبط بقبول البرنامج محل التعاقد حيث أن التسلم يعتبر إجراءً أو مرحلة أولى يتم من خلالها التأكد من مطابقة المواصفات للاتفاق الذي تم وذلك لأنه لم تتم معاينة البرنامج في وقت إبرام العقد لأنه لم يكن موجود أصلاً وبذلك يكون التسلم في عقود الإعداد عمل مادي

---

(٣). د/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق ص٣٠٠.

(١) . لمزيد من التفصيل- راجع د/ حسن جميعي- مرجع سابق ص٢٧٤ و د/ جمال عبد الرحمن علي- مرجع سابق ص٦٨ ود/ محمد حسين منصور المسؤولية الالكترونية- مرجع سابق ص٢٣٢- ٢٤١.

(١) . د/ محمد لبيب شنب- عقد المقاولة- مرجع سابق ص١٥٠ ود/ محسن شفيق- نقل التكنولوجيا- مرجع سابق ص٨٨ ود/ حسن جميعي- عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص٢٨٢ و٢٨٣ ود/ نوري حمد خاطر- عقود المعلوماتية مرجع سابق ص١٩٠- ١٩١.

والقبول هو العمل القانوني فقد يتسلم المستخدم البرنامج دون قبوله أو في حالة أخرى قد يتم قبول البرنامج قبل تسلمه فيما لو كان المستخدم يتابع عملية التنفيذ خطوة بخطوة ويجري ويبحث ويساعد مع المبرمج[١].

وعلى ذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نبحث في الفرع الأول التزام المستخدم بتسلم وقبول البرنامج محل الإعداد ونبحث في الفرع الثاني جزاء إخلال المستخدم بهذا الالتزام

الفرع الأول

التزام المستخدم بتسلم وقبول البرنامج

أولاً: الالتزام بالتسلم: يلتزم المستخدم بتسلم البرنامج بعد عرضه عليه من قبل المبرمج في الوقت المتفق عليه فيما بينهما أو حسب ما تقتضيه طبيعة إعداد البرنامج في أغلب الأحوال، ويكون التسلم في هذا العقد يتشابه إلى حد كبير جداً.

لتسلم في عقد المقاولة وذلك لكون عقد الإعداد وعقد المقاولة بشكل عام موضوعهم محلاً غير متوافر وقت إبرام العقد[٢]. وإنما تتم معاينة البرنامج من خلال الشروط المدونة في العقد والتي تشتمل على المواصفات التي تم الاتفاق عليها، وكذلك فإن عقد الإعداد لا يشكل فيه التسلم إبراء لذمة المبرمج وبالتالي الوفاء الكامل بالالتزامات المالية التي تقع على كاهل المستخدم أو المستفيد فيجب أن يقوم المستخدم باستخدام البرنامج والبحث في مدى توافق الشروط والمواصفات بحيث يتم التطابق ما بين البرنامج وشروط العقد[٣].

وبتطبيق أحكام عقد المقاولة في التسلم على عقد الإعداد نجد أن المشرع المصري قد قرر في المادة ٦٥٥ من التشريع المدني ما نصه [متى أتم المقاول العمل وضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب الجاري في المعاملات فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي اعتبر أن العمل قد سلم إليه]. ومفاد ذلك أن المشرع المصري قد أوجب على المستخدم تسلم البرنامج متى فرغ المبرمج من إعداده بشكل كلي وكامل ودون تجزئة للعمل حتى يكون التسلم ملزم للمستخدم في

---

(٢) . د/ نبيلة رسلان- عقد المقاولة دار النهضة القاهرة ١٩٩٧ ص٢٠٧. و د/ حسن جميعي المرجع السابق الإشارة إليه ص٢٨٢. والمستشار فتيحة قرة- أحكام عقد المقاولة منشأة المعارف الاسكندرية ١٩٩٢ ص١٨١.

(١). د/ جمال عبد الرحمن علي – الخطأ في مجال المعلوماتية- مرجع سابق ص٣٣- ٤١. د/ أحمد محمود سعد- مرجع سابق ص٢٠٥ ود/ حسام لطفي- عقود خدمات المعلومات- مرجع سابق ص١٥٠. ود/ السيد محمد عمران – مرجع سابق ص٩١ وما بعدها.

(٢). د/ نبيلة رسلان- مرجع سابق ص٢٠٤.

الموعد المتفق عليه[1] فإن لم يتم تحديد موعد فيتوجب على المستخدم تسلم البرنامج بأسرع وقت ممكن أو بحسب العرف الجاري في مثل هذه العقود وذلك حتى يتمكن من مطابقة مواصفاته مع شروط العقد وإلا فإنه يعتبر وبنص هذه المادة قد تسلم محل الحق حكماً إذا ما تم توجيه إنذار رسمي إليه بتسلم محل العقد الذي تم الانتهاء من إعداده ولزم تسلمه، فإن رفض التسلم ولم يبد لرفضه أسباب مشروعة فإنه يعتبر متسلم للبرنامج حكماً ومسؤولاً عن أي ضرر يلحق به لأنه أصبح حائزاً بنص القانون وبحكم المادة ٦٥٥ منه.

وبخصوص عقد الإعداد فإن التسليم فيه يعني تمكين المستخدم أو المستفيد من البرنامج للبحث في مطابقة للمواصفات من خلال وضع البرنامج تحت يده سواء لفترة محددة أو فعلياً عبر استخدامه من قبله مصحوباً بضرورة القبول له أو الإقرار بقبوله سواء وقت التسليم أو بعده بفترة يتم تحديدها عقداً أو عرفاً وذلك لبيان صحة الوفاء بالمحل عبر إقرار هذا المستخدم عند تسلم البرنامج وبعد تجربته واستخدامه بأنه متوافق مع شروط العقد[2].

وبالنسبة لكيفية التسلم في عقود الإعداد فالأصل حسب احكام عقد المقاولة أن يتم التسلم في مكان العقد إذا لم ينص الاتفاق على خلاف ذلك وفي عقود الإعداد نجد أن الأمر يختلف حيث أن التسليم قد يكون عبر قيام المبرمج بوضع البرنامج على الجهاز المعد له أي الأجهزة التي لدى المستخدم حتى يتمكن من استخدامه وبيان مدى ملائمته وذلك يكون عبر تحميل البرنامج على الجهاز وهذه الصورة الشائعة في عقود الإعداد، وقد يكون التسليم عبر إعطاء المستخدم أقراص مرنة أو CD. وطبعاً إذا ما تم التسليم بهذه الطريقة بالمستخدم سوف لن يطلع على البرنامج بمجرد إعطائه هذه الأقراص وبالتالي تحف هذه العملية الكثير من المخاطر في

---

(١) . يختلف موقف المشرع المصري في هذه المادة مع المشرع الأردني والمشروع الفلسطيني- فقد فرض كل منهما في هذا الصدد على المستخدم أو المستفيد من العمل تسلم ما تم انجازه من العمل فقد نصت المادة ٨١٢ من مشروع القانون المدني الفلسطيني على [يلتزم صاحب العمل بتسلم ما تم من العمل متى أنجزه المقاول ووضعه تحت تصرفه فإن امتنع بغير سبب مشروع وتلف في يد المقاول بسبب لا يرجع إليه فلا ضمان عليه] وهي تطابق المادة ٧٩٢ من القانون المدني الأردني. ونحن نرى موقف المشرع المصري أفضل بالنسبة لتطبيق حكم هذه المادة على عقود إعداد البرامج من الناحية الفنية والتقنية بخصوص الزام المستخدم بالتسلم عند انتهاء المقاول من كامل العمل وليس من الجزء الذي ينهيه وذلك تبعاً لطبيعة البرامج وخصوصاً وأن التسلم الجزئي يعيد كثيراً قضية مطابقة المواصفات ويحمل المستخدم مسؤولية أي شي يحدث لما تم تسلمه. لذلك نقترح على المشرع الفلسطيني تعديل هذه المادة عند سن القانون لتصبح تتوافق مع المادة ٦٥٥ مدني مصري.

(١) . لمزيد من التفاصيل- راجع د/ حسن جميعي – عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص٢٨٤ ود/ فاروق الحنفاوي- قانون البرمجيات مرجع سابق ص١٦٨- ١٧٣.

طريقة تشغيله للبرامج أو تحميلها من قبله على الأجهزة الخاصة به مما يؤدي الى عدم تمكن المستخدم من الاستخدام السليم لها بسبب خوفه من احداثه لأعطال وعيوب بها أو قلة خبرته...الخ. وقد يكون التسليم للبرنامج محل الإعداد عبر البريد الالكتروني وهذه طريقة مع أنها شائعة ولكنها أكثر شيوعاً في عقود الترخيص بالاستعمال وليس في عقود مقاولات الإعداد بحيث يقوم المستخدم بتنزيل البرنامج عبر الاتصال بموقع الشركة المنتجة عبر الانترنت بمقابل مادي يتم دفعه عبر الفيزا كارد.. وبعقود نمطية- يمكن تطبيق هذه الطريقة على عقود الإعداد ولكنها تحمل نفس مخاطر طريقة الأقراص التي تحمل البرامج ويتم تسليمها للمستخدم لذلك فنحن نرى أن الطريقة المثلى للتسليم في عقود الإعداد والتي تخدم وتراعي مصالح الطرفين بالقدر نفسه هي قيام المبرمج بخبرته الكبيرة وتقنيته وحرفته العالية بتحميل البرنامج على الجهاز المتوفر لدى المستخدم وتشغيله له وبيان التعليمات الأساسية الخاصة به وبالتالي تجربته سوياً كما أسلفنا.

فإن لم يتم الاتفاق على كيفية التسليم فلا مفر من الرجوع إلى القواعد العامة الى أعراف التي تشير إلى إتباع أفضل الطرق للقيام بهذا الالتزام وذلك لأن الالتزام بالتسلم هو يقابل التزام المبرمج بالتسليم والذي يمكن الطرفين من إبراء ذمتهما في مواجهة بعضهما البعض، وعلى المبرمج إشعار المستخدم إذا ما قام بإعداد البرنامج في وقت سابق لما اتفقا عليه وذلك للإسراع في عملية التسليم والاستلام وتهيئة الظروف المناسبة للبدء بعملية المطابقة ليتم القبول على أثرها ولكن شرط أن لا يتعسف في ذلك ويراعى ظروف المستخدم واستعداده لبدء العمل أو إمكانية تواجد الأجهزة التي سيتم وضع البرامج عليها[1].

وأخيراً لا يفوتنا القول انه في حالة إغفال تحديد مكان التسلم أو عدم الاتفاق عليه أو بروز نزاع حوله أو عدم وجود عرف يحكم هذا التصرف فإن المشرع المدني وكما أسلفنا عالج هذه الجزئية من خلال تحديد مكان الوفاء بموطن المبرمج أو مكان إعداد البرنامج.

إن قضية التسلم في عقود الإعداد ذا طبيعة خاصة بحيث لا يكون مع مرحلة تسلم المستخدم للبرنامج ومطابقة مواصفاته مع شروط العقد إبراءً لذمة المبرمج، فيجب أن تلحقها مرحلة أخرى تسمى مرحلة القبول وتظهر أثناء عملية الاستخدام وهدفها بيان القدرة العملية للبرنامج وإبراء ذمة المبرمج نهائياً.

---

(١). د/ محمد لبيب شنب- مرجع سابق ص١٥٣ و د/ نوري حمد خاطر- عقود المعلوماتية- مرجع سابق ص١٩٢. ود/ السنهوري- الوسيط – مرجع سابق- المجلد السابع- ج١- ص١٥٠.

ثانياً: قبول البرنامج:

بينا أن التزام المستخدم بالتسلم لا يكون فقط بالتسلم المادي للبرنامج والتسليم بان مواصفاته تتطابق مع شروط العقد بعد التأكد منها ولكن يقترن تمام التسلم بقبول المستخدم للبرنامج.

حتى أن بعض الفقه يعتبر الالتزام بقبول البرنامج التزاماً مستقلاً عن الالتزام بالتسلم بدلالة إمكانية قبول البرنامج قبل تسلمه مادياً إلا أن الوضع الطبيعي يكون فيه تسلم البرنامج أولاً ومن ثم تتم عملية القبول وبالتالي يمكن الفصل بينهما على الرغم من الترابط الكبير[١] ولكننا نميل إلى اعتبار القبول جزء من التسلم وهو الذي يجعله كاملاً أي أننا مع اعتبار التسلم غير مكتمل إلى حين إبداء المستخدم إقراره بالقبول التام.

وتعطي مرحلة القبول الحق للمستخدم بمراقبة البرنامج الذي تم إعداده له استكشافاً لمراعاة أصول البرمجة في عملية الإعداد وكذلك استظهار كافة المواصفات التي تم الاتفاق عليها من خلال القيام بفحص شامل للبرنامج للتأكد من مقدرته على معالجة البيانات، ومدى وقدرة البرنامج على مواجهة المشاكل التي من الممكن أن تواجهه في المستقبل ومراقبة السرعة والسعة التخزينية[٢] ولكن كل ذلك يكون من حق المستخدم شرط تقيده التام بتعليمات التشغيل وإرشاداته التي وضعها المبرمج الذي يمكن له أن يشترط الاختبار والتجربة تحت إشرافه وبالتالي يكون اشتراطه للقبول في وقت محدد.

وبعد الانتهاء من عملية التشغيل والمراقبة واختبارات القبول تتم مراقبة سير عمل البرنامج أثناء استخدامه من قبل العاملين طبعاً بناءً على تعليمات المبرمج الذي يكون مسئولا عن أي خلل يحدث للبرنامج أثناء فترة الاختبار هذه لذلك يتوجب إخباره فوراً بأي عطل يحدث حتى يتمكن من إصلاحه ومعالجته مع ملاحظة أن فترة الاختبار والقبول عادة ما يتم تحديدها ب ٩٠ يوماً[٣] بحيث يتم قبول البرنامج فوراً بمجرد معالجته للبيانات وتحقيقه للنتائج المرجوة منه سواء بانقضاء المدة المعينة للقبول وهو التصرف الغالب في مثل هذه العقود أو قبل ذلك، بحيث تحتوي اتفاقية الإعداد على نموذج القبول الذي يتم التوقيع عليه، ويعتبر البرنامج مقبول قانوناً متى اجتاز الاختبارات ووضع موضع التشغيل الفعلي للمدة

---

(١). د/ حسن جميعي- عقود الاعداد- مرجع سابق ص٢٨٧- ١٨٨.

(٢). د/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق ص٣٠٦- ٣٠٨.

(١). راجع في ذلك د/ فاروق الحفناوي- موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات ج١ عقد البرمجيات- ص٢٤١- الاختبارات والقبول.

المتفق عليها وقع المستخدم على النموذج الخاص بالقبول مفيداً بذلك أن التسليم النهائي والموافقة النهائية قد حصلت.

فإذا تم هذا القبول من قبل المستخدم فإن هذا التصرف يترتب عليه نتائج بالغة الأهمية بخصوص عملية التسلم النهائي والتي تتجسد أهم نتائجه في الترخيص للمستخدم باستخدام البرنامج بعد قبوله لأن هذه الإجازة كانت واقفة على قبول المستفيد "المستخدم" وذلك خشية من قيامه بالتصرف بالبرنامج قبل قبوله أو إلحاق خلل به[١]، وكذلك يعتبر القبول بمثابة تنازل المستخدم أو المستفيد عن أي عيب ظاهر في البرنامج وذلك لكونه علم به وأقر بموافقته من خلال قبوله للبرنامج وكذلك يترتب على القبول القيام بالوفاء بالبدل الذي يتم الاتفاق عليه سواء كان الوفاء مستبقى كله لحين القبول أو جزء منه[٢].

هذا ويمكن أن تكون عملية التسلم النهائي ضمنية وليست صريحة وذلك من خلال اتخاذ المستخدم موقفاً يكون دالاً دلالة صريحة على قبول البرنامج وتسلمه وذلك مثل قيامه بتسوية الحسابات مع المبرمج ودفع الالتزامات المتبقية أو فحص البرنامج وعدم إبداء أي تحفظ واستخدامه فكل هذه طرق تدل على القبول الضمني للبرنامج والذي يرتب آثار القبول الصريح تماماً[٣].

أما في حالة عدم الاتفاق على توافر صفة من الصفات التي يجب توافرها في البرنامج وادعى المبرمج بتوافرها ففي هذه الحالة فإن أغلب الاتفاقيات والعقود في مجال الإعداد تشير إلى انتداب خبير فني في البرمجة محايد ليحكم على صحة إدعاء أحد الأطراف، ويتقاضى أجره من الشخص الذي كان ادعاؤه كاذباً ويلتزم بالوفاء بالتزامه الذي كان متوقفاً على صحة إدعائه[٤]، أما إذا تبين أن البرنامج قد أخفق في معالجة البيانات بشكل كلي وليس مجرد أخطاء أي أن عدم تحقيق الغاية منه كانت كبيرة لدرجة مساسها بجوهر وظائفه وفقاً لما تم الاتفاق عليه فالمستخدم بالخيار في إعطاء فرصة أخرى للمبرمج لإعادة عمله وترتيبه ومعالجته مع تعويضه عن العطل والضرر اللذين لحقا به نتيجة هذا الإخفاق

---

(٢). د/ محمد حسين منصور- المسؤولية الالكترونية- مرجع سابق ص٨٣- ٨٧. د/ ميرفت عبد العال – مرجع سابق ص٣١٠، و د/ عزة خليل- مرجع سابق ص١٦٤- ١٧٠.

(١). د/ محمد لبيب شنب- عقد المقاولة- مرجع سابق ص١٥٢- ١٥٣، د/ عبد الرزاق حسين سي- المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء- رسالة دكتوراة- جامعة القاهرة- ١٩٨٧- ص٢٣٢.

(٢) . د/ محمد لبيب شنب- المرجع السابق ص١٥٢.

(٣) . د/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق ص٣٠٨.

والتأخير وبين فسخ العقد واسترداد ما دفعه مع حصوله على التعويض المناسب إن كان له مسبب[١].

ونلاحظ في ختام هذا الفرع أن تسلم البرنامج في عقود الإعداد يقترن دائماً بقبوله فالقبول هو الذي يجعل من التسلم والتسليم تاميين وهو الذي يرتب الكثير من أهم آثار هذا العقد الأخرى كالترخيص بالاستعمال أو الاستخدام وكدفع البدل وكنفاذ عقد الصيانة المتفرع عن عقد الإعداد إن وجد فالتسلم دون إبداء القبول يمكن أن يعني في الغالب رفض البرنامج بالشكل الذي هو عليه.

الفرع الثاني

جزاء إخلال المستخدم بالألتزام بالتسلم

خلصنا في الفرع الأول إلى أن التسلم يعني كقاعدة عامة القبول والاعتراف بمطابقة البرنامج للمواصفات عبر الفحص والاختبار والاستخدام واتفقنا على انه إذا تم التسليم على مراحل جزئية فإنه يصعب القول بتوافر القبول في عقود الإعداد (المعلوماتية) ما لم تكتمل كافة مراحل الإعداد ويتم اختبار الأجزاء مجتمعة واستخدامها والاطمئنان إلى كفاءتها في العمل ومطابقتها للغاية المأمولة منها[٢].

إن الأصل في قضية التسلم بالالتزام على المستخدم أو المستفيد في هذا العقد هو عدم اقترانها بإجراءات مشكلة معينة عدا اختبار القبول والاستخدام ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، ولكن نظراً لأهمية عملية التسلم في عقود إعداد البرامج وكما يمكن أن تثيره من مشاكل فإن عقد الإعداد غالباً ما يتضمن شروطاً خاصة توضح كيفية التسلم والتي تتمثل في أغلب الأحيان بالتوقيع على ملحق خاص بالعقد يفيد حصول التسليم بعد نجاح عملية القبول[٣] وتوضح جزاء إخلال المستخدم أو المستفيد بالتسلم بالتزام عقدي بعد نجاح اختبارات القبول فإن لم تتضمن هذه العقود مثل هذه الشروط فلا مفر من العودة لتطبيق الأحكام العامة الواردة في التشريع المدني بخصوص امتناع المستخدم عن تسلم البرنامج دون مسوغ او سبب قانوني يتيح له ذلك فقد أكد المشرع المدني في نصوصه على وجوب التنفيذ العيني على المستخدم إذا امتنع عن تسلم

---

(١). راجع المادة ٦٥٠ مدني مصري والمواد ٧٨٥ و ٧٨٦ مدني أردني والمواد ٨٠٦ و ٨٠٧ مشروع فلسطيني.

(٢). راجع المواد ٤٣٥ و ٦٥٥ من القانون المدني المصري.

(١) . د/ نوري حمد خاطر- مرجع سابق ص١٩٢ ١٩٣. ود/ محمد حسين منصور- المسؤولية الالكترونية- مرجع سابق ص٨٦.

البرنامج وتقبله في الوقت المناسب، سواء كان ذلك حسب الاتفاق أو حسب ما يقتضيه العرف في مثل هذه العقود[١].

ويكون ذلك عبر إرسال إنذار رسمي من قبل المبرمج إلى المستخدم لتسلم[٢] البرنامج ومعاينته وذلك لإجراء عملية قبوله في فترة زمنية مناسبة حسب ما يقتضيه العرف في عملية إعداد مثل هذا البرنامج[٣] حيث يتم تحديد مدة من خلال الإنذار نفسه.

فإذا انتهت مدة الإنذار ولم يقم المستخدم بتسلم البرنامج، اعتبر أنه قد تسلمه حكماً، حتى ولو لم يتسلمه في الواقع وبالتالي يكون مسؤولاً عنه من حيث قبوله بالعيوب الظاهرة ومن حيث وجوب دفع المقابل وتحمله لتبعه الهلاك بعد انتهاء هذه الفترة التي تم منحه إياها وتحمله المسؤولية عن أي خلل يحدث للبرنامج وفي أي يد يكون [يد المبرمج أم يد المستخدم] كل ذلك بسبب أن المستخدم أو المستفيد لم يفِ بالتزامه بالتسلم بعد إنذاره وإعطائه فترة مناسبة للقيام بذلك حسب ما يقتضيه عرف المهنة[٤].

إن الالتزام بالتسلم هو كقاعدة عامة التزام بتحقيق نتيجة، يتحقق الإخلال به بمجرد عدم إتمامه أو التأخير في اتمامه أو إتمامه بطريقة معيبة ولذلك قلنا أنه يجب العمل بالقواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين والتي تقضي كما بينا سابقاً بأنه في حالة لم يوف أحد الطرفين بالتزامه جاز للطرف الآخر بعد اعذار المدين أن يطالب بالتنفيذ العيني أو بالفسخ مع التعويض في الحالتين إذا كان له مقتض[٥].

وبالتالي وبناء على هذه الإمكانيات القانونية فإن المبرمج له اقتضاء تعويض حتى عن الفرص التي أضاعها إعمالاً لمشروع المستفيد أو المستخدم طالما أن هذا الأخير لم يتسلم العمل تعنتاً ودون إبداء أسباب مقنعة تتيح له ذلك وكذلك فيما لو طلب التنفيذ العيني يجوز له أن يطالب

---

(٢). راجع المواد ٦٥٥ مدني مصري و ٧٩٢ مدني أردني و ٨١٢ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٣). نلاحظ هنا أن المشرع المصري أوجب أن يكون الانذار من المقاول إلى رب العمل انذار رسمي بالتسلم وهذا توجه أدق وأفضل من المشرع الأردني والمشروع الفلسطيني في هذا الشأن اللذين اشترطا توجيه انذار ولكن لم يشترطا أن يكون هذا الإنذار رسمي- راجع المواد المشار إليها أعلاه في الهامش رقم ١.

(١). د/ محمد لبيب شنب- عقد المقاولة- مرجع سابق ص١٥٣ ود/ السنهوري- الوسيط- المجلد السابع ج١- مرجع سابق ص١٥٤.

(٢). د/ محمد لبيب شنب- عقد المقاولة- مرجع سابق ص١٥٤ و د/ السنهوري- الوسيط- المجلد السابع ج١- مرجع سابق ص١٥٣.

(١) . يمكن مراجعة المادة ١٥٧/ ١ من القانون المدني المصري وهي تتطابق المادة ٢٤٦/ ١ من القانون الأردني والمادة من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

بالتعويض معه جنباً إلى جنب عن كل يوم تأخير في التسلم بعد انتهاء المهلة التي حددها في اعذاره طبعاً إذا أثبت أن ضرراً قد لحق به جراء هذا التأخير وكذلك له كما بينا سابقاً أن يطلب الفسخ مع التعويض... الخ.

المطلب الثالث

الالتزام بدفع المقابل

يعتبر الالتزام بدفع المقابل "الأجر أو البدل" من الالتزامات الجوهرية المترتبة على المستخدم هذا بالإضافة إلى كون هذا المقابل ركنا من أركان العقد، وحتى تبرأ ذمة المستخدم من تنفيذ هذا الالتزام فيجب الوفاء به في المكان والزمان المحدد في العقد، فإن لم يتم تحديدهما، فيتم الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني وتطبيقها على هذا العقد فيما يتناسب معه كالتزام أساسي يقع على عاتق المستخدم أو المستفيد في عقود الإعداد.

فمتى تم التسلم وقبول البرنامج يعتبر الوفاء بالبدل أثراً من آثار هذا القبول والتسلم على المستخدم الوفاء به، وخصوصاً وان أغلب الصور الشائعة في عقود الإعداد يكون بها المستخدم قد قام بدفع جزء من هذا المقابل واشترط دفع الجزء المتبقي بعد تسلم البرنامج وقبوله.

ويكون هذا المقابل عادة مبلغ من النقود محدد بعملة معينة ويجب التميز هنا ما بين الحديث عن عقد بيع والذي يعتبر فيه تحديد الثمن أو البدل ركناً جوهرياً يؤدي عدم تحديده إلى بطلان العقد وبين ما إذا تم تكييف العقد على أن عقد من عقود الإيجار أو المقاولة فإن عدم تحديد الثمن لا يؤدي إلى بطلان العقد[1] إذ يمكن تحديده لاحقاً على إبرام العقد وتحت رقابة القاضي.[2]

---

(١) . راجع المواد ٤١٨، ٤١٩، ٤٢٣، ٤٢٤ من القانون المدني المصري و المادة ٤٧٩ من القانون المدني الأردني تنص على [يشترط أن يكون الثمن المسمى عند البيع ملعوماً ويكون معلوماً١- بمشاهدته والإشارة إليه إن كان حاضراً ٢-ببيان مقداره وجنسيه ووصفه إن لم يكن حاضراً ٣- بأن يتفق المتبايعان على أسس صالحة لتحديد الثمن بصورة تنتفي معها الجهالة حين التنفيذ] والمواد ٤٨٦ و ٤٨٧ من المشروع المدني الفلسطيني والذي جاء مطابقاً لنصوص مواد القانون المدني المصري في هذا الشأن لكنه اختزلها في مادتين فقط وليس في ثلاثة مواد كما فعل المشرع المصري ونرى ان موقف المشرع سواء في مصر أو الأردن أو المشروع الفلسطيني كلها واضحة ولو اختلفت الصياغة في ابطالها للعقد او اذا تخلف موضوع تحديد الثمن ولم يتم الاهتداء إلى نية المتعاقدين في تحديده.

(٢) . تنص المادة ٦٥٩ من القانون المدني المصري على [إذا لم يحدد الأجر سلفاً وجب الرجوع في تحديده الى قيمة العمل ونفقات المقاول] وهي تقابل المادة ٧٩٦ من القانون المدني الأردني والمادة ٨١٨ من مشروع القانون المدني الفلسطيني- ولمزيد من التفصيل راجع د/ محمد حسين منصور-المسؤولية الالكترونية- مرجع سابق ص٩٨-٩٩ و د/ حسن جميعي- عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص٢٢.

ولقد أوجب المشرع المدني سواء في مصر أو في الأردن أو في مشروع القانون المدني الفلسطيني الوفاء بدفع البدل فور الانتهاء من إعداد البرنامج وتسلمه من قبل المستخدم[١] إلا إذا كان هناك اتفاق آخر بين الأطراف فيعمل به ويتم تطبيقه بدل هذه القواعد المكملة في القانون المدني بشرط أن لا يخالف الأحكام العامة لعقد المقاولة، لأن هذا العقد وكما أوضحنا سابقاً يعتبر عقداً من ضمن عقود المقاولة.

فمتى أوفى المبرمج بالتزاماته وتم قبول البرنامج من قبل المستخدم فإن على هذا الأخير الوفاء بالبدل الواجب عليه والمحدد في العقد وسواء تم الاتفاق عليه صراحة أو ضمناً أو متى تم استظهاره من أهمية البرنامج وقيمته ومدى الجهد الذي بذله المصمم "المبرمج" في إعداده فالتزام المستخدم بدفع البدل يكون مقابلاً للبرنامج الذي قام المبرمج بإعداده ويكون هذا البدل ملزم له سواء تم تحديده جزئياً أم كلياً أم أغفل تحديده أو تحديد جزئية منه[٢].

هذا بالإضافة إلى كون المادة ٦٦٠ من القانون المدني المصري تنص على [١-يستحق المهندس المعماري أجر مستقلاً عن وضع التصميم وعمل المقايسة وأخر عن إدارة الأعمال ٢-إذا لم يحدد العقد هذه الأجور وجب تقديرها وفقاً للعرف الجاري[٣] وبالقياس على هذه المواد نلاحظ أن المشرع المدني قد أوجب دفع البدل حتى عن التصاميم التي قام المبرمج بوضعها للبرنامج فضلاً عن أجره عن التنفيذ والإشراف، ونرى أن النصيحة التي يقدمها المبرمج إلى المستخدم تدخل في نطاق هذا الالتزام بوجوب دفع بدل مناسب عنها والتي تؤدي إلى تحقيق غايات المستخدم من البرنامج وذلك لكونها اقتضت جهداً من المصمم لإيجاد ما يناسب حاجات المستخدم.

أكثر من ذلك في حالة ما إذا كان عقد الإعداد يتضمن نقل حق الاستغلال المالي للمستخدم او للمستفيد من قبل المبرمج او المصمم "مالك حقوق المؤلف أو حقوق النشر" فله أن يشترط مشاركة المستخدم في نسبة من الإيرادات التي تعود عليه نتيجة استغلاله للبرنامج محل التعاقد وذلك

---

(١). تنص المادة ٦٥٦ من القانون المدني المصري [يستحق دفع الأجر عند تسلم العمل إلا إذا اقتضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك] وهي تطابق المادة ٧٣٩ من القانون المدني الأردني والمادة ٨١٣ من مشروع القانون المدني الفلسطيني التي استثنت العرف وأبقت على الاتفاق الذي يقضي بغير ذلك.

(٢). السنهوري- الوسيط المجلد السابع ج١- مرجع سابق ص١٩٨ ود/ نوري حمد خاطر- عقود المعلوماتية- مرجع سابق ص١٩٣.

(١) . تنص المادة ١/٧٩٧ من القانون المدني الأردني [إذا لم يتفق المهندس الذي قام بتصميم البناء والاشراف على تنفيذه على الأجر استحق أجر المثل طبقاً لما جرى عليه العرف]. وتطابق المادة ٨١٩ من مشروع القانون المدني الفلسطيني و المادة ٦٦٠ من القانون المدني المصري في هذا الشأن والمشار إليها أعلاه.

كمقابل أو كبدل أجره عن الإعداد[١] فإذا اكتشفت أن الأجر أو البدل الذي حصل عليه مجحف بحقه أو حدثت ظروف أدت إلى تحقيق أرباح مهولة بواسطة استغلال البرنامج الذي قام بإعداده فله أي المبرمج أو المصمم مالك حقوق المؤلف أن يطالب بزيادة البدل أو الأجر الذي كان قد تم الاتفاق عليه[٢] وكل ذلك لأن طبيعة البرنامج المعد فيها دائماً ابتكار وإبداع ذهني وأدبي يصعب تقديره بالمال ويمكن له أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بهذا الحق الذي كفله القانون.

ومع أن القانون لم يحدد ولم يشترط أن يكون البدل أو الأجر نقدي بل أجاز أن يكون عيني[٣] كذلك إلا أن العرف في عقود الإعداد جرى على أن يكون البدل نقدياً[٤]، وعليه فليس من حق المبرمج أو المصمم أن يطالب بزيادة أجره فيما لو زادت أو نقصت قيمة النقود المتفق عليها أو ارتفعت الأسعار حتى لو أدى هذا التغير إلى جعل التنفيذ صعباً عليه ولكن كل ذلك شرط أن لا يهدم هذا التغير التوازن الاقتصادي ما بين التزامات أطراف العقد فإن حدث فالقضاء هو المختص بتقدير زيادة الأجر من عدمه أو فسخ العقد[٥].

أما بخصوص كيفية وفاء المستخدم بالبدل أو الأجر فإن عليه الالتزام بالآلية التي تم الاتفاق عليها في العقد بخصوص كيفية الوفاء أو حسب ما يقتضيه العرف من حيث زمان ومكان الوفاء بالبدل، ويلتزم المستخدم أو المستفيد كذلك يرفع هذا البدل أوالأجر في الوقت الذي تم تحديده في العقد إذا كان هناك تحديد لهو ومما يلاحظ في عقود الإعداد أن الدفع يكون على مراحل فيلتزم المستخدم بدفع جزء من البدل إلى المبرمج عند إبرام العقد مع بدئه بالتنفيذ على أن يتم الوفاء بباقي الأقساط على مراحل أو بعد تسلم البرنامج وقبوله أو بعد انتهاء المبرمج من كل مرحلة من مراحل الإعداد

---

(٢) . المادة ١٥٠ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بحماية الملكية الفكرية "المصري" [للمؤلف أن يتقاضى المقابل النقدي أو العيني الذي يراه عادلاً نظير نقل حق أو اكثر من حقوق الاستغلال المالي لمصنفه إلى الغير على أساس مشاركة نسبية في الايراد الناتج عن الاستغلال...)

(١). المادة ١٥١ من القانون المشار إليه في الهامش رقم (١) [إذا تبين أن الاتفاق المشار إليه في المادة ١٥٠ من هذا القانون مجحف بحقوق الملف أو أصبح كذلك لظروف طرأت بعد التعاقد يكون للمؤلف أو خلفه أن يلجأ الى المحكمة الابتدائية بطلب اعادة النظر في قيمة المقابل المتفق عليه مع مراعاة حقوق المتعاقد معه وعدم الاضرار به].

(٢). المادة ٦٤٦ من القانون المدني المصري وتقابل المادة ٧٨٠ من القانون المدني الأردني والمادة ٨٠٠ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٣). د/ نبيلة رسلان- مرجع سابق ص٢٢٥- ٢٢٦، د/ نوري حمد خاطر- عقود المعلوماتية- مرجع سابق ص١٩٣.

(١) . يمكن مراجعة المواد ٦٥٨/ ٤/٣ من القانون المدني المصري ٧٩٤ من القانون المدني الأردني و ٣/٨١٦ و ٨١٧ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

على أن يستبقى دائماً جزءًا مهماً من البدل يتم أدائه مع صدور القبول النهائي بعد التشغيل[1] وخصوصاً وأن أغلب عقود الإعداد تحتوي فترة تسمى فترة الضمان وفي هذه الفترة يضمن المبرمج أو المنتج أو [البائع حسب ما اتفق] صلاحية البرنامج في أدائه لوظائفه لمدة معلومة يكون خلالها المبرمج مسؤول عن أي خلل يحدث فيه وعن معالجته[2] فغالباً ما يلجأ المستخدم إلى هذا البند في عقود المعلوماتية "الإعداد" عندما يجد نفسه عاجزاً عن فهم مكنونها وتعقيداتها وصلاحيتها للعمل وخصوصاً عندما يكون أمام شركات عملاقة فيلجأ إلى الاتفاق على الضمان وبغض النظر عن طبيعة عقد البرامج [بيع، مقاولة، إيجار] ملزماً هذه الشركات باستبدال البرنامج أو إصلاحه عند حدوث أي خلل فيه وخصوصاً وأن المستخدم يرى دائماً في قواعد الضمان الاتفاقية الملزمة أسلوباً أفضل بكثير من لجوئه إلى قواعد العيوب الخفية لحمايته فغالباً ما يتعذر عليه ذلك أمام الطبيعة المعقدة للبرامج وبالتالي نجده يشترط دفع الدفعات الأخيرة بعد انتهاء فترة الضمان في الغالب.

فإن لم يتم تحديد هذه المواعيد بالاتفاق فلا مجال إلا الرجوع الى العرف المتبع في مثل هذه العقود والذي يدل كما أسلفنا على دفع جزء من المقابل عند إبرام العقد وبدء التنفيذ والجزء المتبقي عند قبول البرنامج واعتباره مطابقاً للغاية والمواصفات والمقاييس المتفق عليها.

وبخصوص مكان الوفاء بالمقابل أو الأجر فيجب الوفاء به في المكان المتفق عليه بناء على إرادة أطراف العقد وكذلك إذا لم يكن هنالك اتفاق على المكان فيم الوفاء في المكان الذي يتم تسليم البرنامج له وهو العرف في عقود الإعداد[3] فإن لم يتم تطبيق ذلك أو معرفة أو تحديد عرف ما نعود إلى القواعد العامة التي توجب أن يتم دفع المقابل في موطن المستخدم على اعتبار أن المقابل النقدي من المثليات وأن المبرمج سيقوم بتسليم البرنامج في موطن المستخدم[4] ولكن لكي نكون واقعين فإن الدفع في هذه الأيام وفي مثل هذه العقود سيكون في الغالب دفع بواسطة البنوك

---

(٢). د/ محمد حسام لطفي- عقود خدمات المعلومات- مرجع سابق ص١٤٩- ١٦٣. ود/ محمد حسين منصور- مرجع سابق ص١١٠ود/ حسن جمبعي – عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص٢٩٠- ٢٩١.

(١). يمكن مراجعة – د/ فاروق الحفناوي- عقود البرمجيات- مرجع سابق ص٢٤٤ وهامشها. ود/ محمد حسين منصور- مرجع سابق ص١٠٩.

(١). د/ محمد حسين منصور- مرجع سابق ص٩٨-٩٩. د/ فاروق الحفناوي- عقود البرمجيات- مرجع سابق ص٢٤٣ وهامشها.

(٢). راجع في ذلك د/ محمد لبيب شنب- أحكام عقد المقاولة- مرجع سابق ص١٥٦ د/ السنهوري- الوسيط- مجلد ٧ج١- مرجع سابق ص٢٥٤.

أو بطاقات الائتمان أو الشيكات أو البطاقات الالكترونية ... الخ من وسائل التكنولوجيا الحديثة.

وأخيراً نقول إن عدم التزام المستفيد أو المستخدم بدفع المقابل أو الأجر المتفق عليه يجعله يتحمل المسؤولية عن الإخلال بالتزام عقدي ويعطي المبرمج الحق في اللجوء إلى الطرق والوسائل القانونية المشروعة في سبيل الحصول على هذا الحق.

المبحث الثالث

المسؤولية عن الإخلال بالالتزام

بالرغم من تطرقنا في المبحثين السابقين من هذا الفصل لبعض حالات المسؤولية عن إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته التي قررها عقد الإعداد، إلا أننا فضلنا ان نبحث المسؤولية بشكل عام في مبحث مستقل من هذا الفصل، وذلك لأنها يمكن أن تثور في عقود الأعداد بشكل يتميز بعض الشيء عن أحكام المسؤولية العقدية بشكل عام.

فقد يخل المبرمج أو المستخدم "المستفيد" بالتزام رتبه عليه العقد وذلك إما بامتناعه عن التنفيذ لأحد هذه الالتزامات ولتأخره في تنفيذها ويمكن أن يكون هذا الإخلال ناتج أيضاً عن التنفيذ المعيب لهذه الالتزامات أو لبعضها مما يترتب عليه الفسخ أو الانحلال مقترنين بالتعويض إن كان له مسوغ.

وهذه المسؤولية التي تنشأ عن هذا الإخلال هي مسؤولية عقدية الا اذا ارتكب المدين بها غشاً أو خطأ جسيماً فتصبح المسؤولية تقصيرية وذلك لكون هذه الأفعال غير متوقعة وترتب ضرراً غير متوقع مما يدخلها في دائرة المسؤولية عن الفعل غير المشروع[1].

وبما أن شروط المسؤولية العقدية هي من القواعد العامة فلا يوجد ما يميزها في عقود الإعداد كما أسلفنا أعلاه عن غيرها من العقود الا قضية التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي وكذلك شرط الإعفاء من المسؤولية الذي يلجأ إليه المبرمج أو المنتج في أغلب تعاقداته لذلك وتحاشياً للتكرار ولشيوع تطبيق هذه الشروط على عقود الإعداد سنقوم بدراستهما عبر مطلبين متتاليين لنبحث في مدى قانونيتهما ثم سنبحث في التعويض في عقود الإعداد في مطلب ثالث.

المطلب الأول

الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي)

---

(١).راجع المادة ٢/٢١٧ من القانون المدني المصري والمادة ٢/٣٥٨ من القانون المدني الأردني والمادة ١/٣٧٣ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

يعرف الشرط الجزائي في عقود الإعداد بأنه الشرط الذي يلحق بالعقد ويحدد فيه المتعاقدين مقدار التعويض المترتب على أحد المتعاقدين اذا أخل بالتزام معين أو اذا امتنع عنه او إذا تأخر في تنفيذه أو إذا نفذه معيباً[1]. فيكون هذا التعويض هو سقف ما يستحق أحدهما من قيمة معينة نتيجة إخلال الآخر بالتزامه، اي أن قيمته محددة سلفاً باتفاق أطرافه.

والشرط الجزائي شائع في عقود الإعداد سواء مقاولة الإعداد أو الترخيص باستعمال برنامج ما أو عقود الإيجار الواردة على بعض البرامج الخاصة[2]. وكما أسلفنا فهو اتفاق مسبق فيما بين المتعاقدين على تقدير حجم الضرر الذي تعرض له أحدهما نتيجة إخلال الآخر بالتزام كان قد رتبه عقد الإعداد عليه بحيث لا يعتبر جزاءاً أو عقوبة رغم تسميته بذلك وإنما في الحقيقة هو تعويض مدني جزافي واجب الأداء في حالة إخلال المدين بالتزام رتبة العقد عليه دون أن يلتزم الدائن بإثبات الضرر أو مقداره لأنه كما تقدم قد تم تقديره سلفاً حتى يتم إعمال الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي في عقد الإعداد كما في العقود الأخرى فيجب إعذار المدين بضرورة التنفيذ أو بضرورة الإسراع أو حيثما اتفق ويرجع في ذلك الى شروط العقد لبيان إن كان الاعذار سيأخذ حكم القواعد العامة بضرورة حصوله أم أنه قد تم الاتفاق على شكل معين له أو حتى قد تم الاتفاق على استثنائه[3].

وعلى ذلك نلاحظ أن دور الشرط الجزائي يقتصر على تعويض الضرر الذي تم توقعه عن الإخلال بالالتزام عند التعاقد ولا يشمل ذلك تعويض الضرر الناشئ عن الغش أو الخطأ الجسيم لأن هذا يدخل في دائرة العمل غير المشروع، فحتى لو كان الشرط الجزائي قد تم تقديره وإقراره بموجب عقد إعداد وحصل للمستخدم أو المستفيد ضرراً بسبب غش المبرمج أو خطأه الجسيم، فلا يتم الاعتداد به، بل يتم تقدير التعويض المستحق عن ذلك بعيداً عن قواعد المسؤولية العقدية أو التعويض الاتفاقي ويتم الاستناد الى قواعد التعويض عن الفعل الضار

---

[1] لمزيد من التفصيل راجع د\ ابو العلا علي أبو العلا النمر- مرجع سابق ص٧٤ وما بعدها و د/ فاروق الحفناوي- عقود البرمجيات، مرجع سابق، ص١٠٥.

[2] هناك بعض شركات البرمجة تشترط حد أقصى للتعويض الاتفاقي، بحيث لا يزيد هذا الحد عما دفعه المستخدم "أو المستأجر للبرنامج" كرسوم إيجار أو بدل استعمال لمدة معينة غالباً ما تكون سنة يتم تطبيقه إذا وجدت حالات يرفض فيها القانون اشتراط الإعفاء من المسؤولية ويكون حداً أقصى للإخلال بأي التزامات عقدية...الخ راجع – د/عادل أبو هشيمة- مرجع سابق ص٢٢٤-٢٢٥ ود.فاروق الحفناوي- المرجع السابق ص١٠٦و د/ نوري حمد خاطر- عقود معلوماتية مرجع سابق ص٢٢١.

(١).المادة ٢١٨ من القانون المدني المصري (لا يستحق التعويض إلا بعد اعذار المدين مالم ينص على غير ذلك) تقابل المادة ٣٦١ القانون المدني الأردني والمادة ٢٧٨ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(المسؤولية التقصيرية)[1] والتي دائماً يكون فيها أحكام التعويض كما هو معروف أشد وأقصى منه في المسؤولية العقدية.

وغني عن القول أن الشرط الجزائي إن كان مقرراً في عقود الإعداد مثلاً للتعويض عن التأخير في تسليم البرنامج فلا يعمل به للتعويض عن شيء آخر كالامتناع عن التسليم أو التسلم الغير مطابق للمواصفات ودلالة الحديث ان الشرط الجزائي يعمل به حيثما ورد ليعالج ما ورد لأجله، فقد يكون للامتناع عن التسليم سبباً مشروعاً كالحق في الحبس في الالتزامات المتقابلة....الخ، المهم في هذا أن لا يتم تعميم الشرط الجزائي إن كان مخصصاً لحالة على الحالات الأخرى وبنفس هذا المفهوم نقول أن الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي إن كان موضوعاً كحد أقصى للتعويض مثلاً عن عدم تنفيذ العقد وحالات أخرى أقل جسامة من عدم التنفيذ فلا يعمل به على إطلاقه وللتوضيح نقول أن عدم التنفيذ مثلاً ليس كمثل التأخير في التسليم او التأخر في الانتهاء من العمل وبالتالي تسليمه ولذلك ليس من العدالة ان يطالب الدائن المدين بقيمة التعويض كما هي في الشرط الجزائي عن عدم التنفيذ لتشمل وتساوي قيمة التعويض عن التأخير وخصوصاً وأن شركات البرمجة تضع دائماً حداً أقصى للتعويض يكون يتلاءم مع أقصى درجات الإخلال لكي تبقى القضية نسبة وتناسب، وعليه يجب دائماً احترام القوة الملزمة للعقد.

ولا يخفى ان هناك سلطة تقديرية للقضاء في تقدير قيمة التعويض المستحق حقيقة فيما لو أثبت المدين أن الشرط الجزائي المتفق عليه في العقد كان مبالغاً فيه كثيراً أو أنه قد قام بتنفيذ جزء من التزاماته ولكن لا يجوز في نفس الوقت أن يطالب الدائن زيادة قيمة هذا التعويض الاتفاقي حتى لو جاوز حجم الضرر ما تم توقعه عند الاتفاق عليه وفي مقابل هذه القاعدة، فإن الدائن له الحق في التعويض عن إخلال المدين بالتزامه حتى لو أثبت هذا المدين أن الدائن لم يلحقه اية أضرار نتيجة عدم تنفيذه لما هو واجب عليه بموجب العقد[2] . فهذا ما تم اتفاقهم وتراضيهم مسبقاً عليه،

---

(٢).المادة٢١١ من القانون المدني المصري (١-في الالتزام....٢-وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم)والمادة ٣/٢١٧ من نفس القانون (ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة عن العمل غير المشروع). تقابل المواد ٢٧٠ و ٢٧١ من القانون المدني الاردني والمواد ٢/٢٦٩ و ٢/٢٧٥ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(١). المادة ٢٢٤ مدني مصري (١. يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه اي ضرر. ٢. يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه أو أن الالتزام الأصلي كان قد نفذ في جزء منه. ٣. يقع باطل كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين) والمادة ٢٢٥ (إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب باكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت ان المدين قد ارتكب غشاً أو خطا جسيماً) ولم يأخذ المشرع في القانون المدني الأردني إلا بالتعويض عن

وبالتالي يجب العمل به حتى أن القضاء الفرنسي يميل الى إعمال الشرط الجزائي كما هو حتى لو كان مبالغاً فيه وذلك توجيهاً وضغطاً منه على المتعاقدين بضرورة الوفاء عيناً بالتزاماتهم[1].

والشرط الجزائي له فاعلية كبيرة في عقود إعداد البرامج في حث كلا الطرفين على تنفيذ التزاماتهم المتقابلة بحيث يكون بمثابة دافع لهما للقيام بها على الرغم من أن القضاء له دور في تعديل هذا الشرط إن لم يتناسب مع الضرر ولكن ولما تقدم فإن القضاء الحديث يميل إلى ترك الشرط الجزائي كما هو وذلك لاعتبارات منها أنه قد وضع بملئ إرادة الأطراف وكامل حريتهم وأن بقاءه وعدم تخفيفه سيكون دافعاً للمتعاقدين دائماً بالوفاء بالتزاماتهم هذا إذا ما أضفنا أنه في نظر المدين به فليس مضموناً تخفيف الشرط الجزائي وإن تم تخفيفه فلن يتجاوز ذلك استنفاذ الحاجة من وضعه.

وأخيراً فإن عقود الأعداد يمكن ان تحتوي على شرط جزائي على شكل فوائد تأخيرية ونلاحظ ذلك عادة بامتناع المستخدم او المستفيد عن دفع باقي المبالغ التي في ذمته للمبرمج أو تأخيره في ذلك بحيث يكون العقد أساساً قد رتب هذه الفوائد ونص عليها فيما لو تأخر السداد وفي هذه الحالة يجب الرجوع الى القواعد العامة أيضاً والتي تقضي باستحقاق هذه الفوائد منذ تاريخ إعذار المدين بسداد الدين المستحق فالاعذار هنا يشكل بداية المطالبة القضائية وخصوصاً إذا تم الاعذار بطريقة رسمية[2].

الضرر الحقيقي والمباشر- راجع في ذلك- المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني مرجع سابق شرح المادة ١٦٤وكذلك فعل المشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني في المادة ٢٧٦ (لا يكون التعويض الاتفاقي مستحق اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه أي ضرر)

(٢). د/ نوري حمد فاطر- عقود المعلوماتية- مرجع سابق ص٢٢٢.

(١).راجع المواد ٢٢٦ من القانون المدني المصري والتي تشترط بالإضافة إلى الاعذار وكون الالتزام سداد مبالغ من النقود تشترط قدران لفوائد التأخير سواء كانت اتفاقية أو قانونية لا يزيد عن ٤ بالمئة في المسائل المدنية و٥ بالمئة في المسائل التجارية والمادة ٢٢٧ من نفس القانون التي أجازت أن يكون سعر الفائدة ٧بالمئة والمادة ٢٢٨ التي لا تشترط لاستحقاق فوائد التأخير ان يثبت الدائن ان ضرراً قد اصابه، وقد تهرب المشرع الأردني في القانون المدني من النص على الفوائد ولكن القضاء في الأردن يعمل بها انطلاقاً من نصوص قانونية أخرى معتبراً ان هناك ضرراً يقع دائماً إذا كان محل الالتزام مبلغ من النقود وتأخر المدين في سداده يجب أن يترتب عليه فوائد، وكذلك فعل مشروع القانون المدني الفلسطيني فلم يتطرق الى الفائدة رغم أن القضاء في فلسطين يعمل بها لمزيد من التفصيل- راجع د/ أنور سلطان-مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني- مرجع سابق ص٢٦١- ٢٨٠ وانظر كذلك. تميز حقوق رقم ٨١/٤٨٦ في ١٩٨١/١٠/٥ مجلة نقابة المحامين ١٩٨٢- عمان س ٣٠ع٤ ص٤٨٤. انظر كذلك تميز حقوق رقم ٨٢/٧٦٨ في ١٩٨٣/١٠/٢٩ مجلة نقابة المحامين- عمان ١٩٨٣ س٣١/ ع ٥ ص ١٥٦٥.

المطلب الثاني
شرط الإعفاء من المسؤولية

الأصل وكما هو معروف أن المسؤولية العقدية منشأها العقد أي اتفاق الأطراف ورضائهم التام بهذه المسؤولية وآثارها وبناءً على ذلك يكون لهم تعديلها بتشديدها أو تخفيفها[١]. وذلك طبعاً في حدود الآداب والنظام العام وعلى هذا جاء نص المادة ٢١٧ من القانون المدني المصري فقررت (١- يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة، ٢-وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا ما ينشأ عن غشه أو خطأه الجسيم...) [٢].

الظاهر من هذه المادة ان الأصل في القانون المدني المصري هو حرية المتعاقدين في تعديل أحكام المسؤولية العقدية بالإعفاء او التخفيف منها أو التشدد والتشديد فيها (بالاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة) كما هو صريح نص المادة السابقة وليس في هذا ما يخالف النظام العام وذلك كما أسلفنا لأن من المنطق منح الإرادة التي أنشأت المسؤولية الحق في تعديلها.

ولا يرد على هذا الحق حسب القواعد العامة الا استثناءان احدهما نص عليه المشرع المصري والآخر قال به الفقهاء وهما [٣]:

---

(١).استأذنا د/ أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام – الكتاب الأول- مرجع سابق ص ٣٦٠ و د/ أنور سلطان- مصادر الالتزام- مرجع سابق ص ٤٠٥.

(٢). لم يتضمن القانون المدني الأردني نص مشابهاً او مقابلاً لنص المادة ٢١٧ من القانون المدني المصري والتي أوردها مشروع القانون المدني الفلسطيني في مادته رقم ٢٧٣ كما هي ويفيد ذلك ان المشرع الأردني يجيز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية وذلك يتأكد لنا من نص المادة ٣٦٤ من القانون المدني الأردني والتي تنص على (١- يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها في العقد او في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون ٢- ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناءاً على طلب احد الطرفين ان تعدل هذا الاتفاق بما يجعل التعديل مساوياً للضرر ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك) ومعنى ذلك أيضا انه حتى لو اتفق على تعديل أحكام المسؤولية فان احد الأطراف دائماً له مصلحة في تعديل هذا الاتفاق ولذلك قلنا بعدم اخذ المشرع الأردني مطلقاً بقضية الإعفاء من المسؤولية ونسبياً بقضية تخفيفها او تجديدها ومما يلاحظ في هذه المادة انها تحدثت عن مقدار التعويض " الضمان " ولم تتحدث عن طبيعة الالتزام والذي يمكن تعديل المسؤولية من خلال طبيعته فبدل ان تكون التزام ببذل عناية يمكن الاتفاق فيما لا يخالف النظام العام والآداب على ان تكون طبيعة الالتزام تحقيق نتيجة وبذلك يتم تجديد أحكام المسؤولية مثلاً للمزيد من التفاصيل راجع المذكرات الإيضاحية في القانون المدني الأردني ج١ مرجع سابق ص ٤١٦-٤١٧.

(١). د/ أنور سلطان- مصادر الالتزام- مرجع سابق ص٤٠٦. د/ أحمد شرف الدين- نظرية الالتزام- مرجع سابق ص٣٦١.

اولاً: حالة الغش والخطأ الجسيم فلا يجوز مطلقاً الاتفاق على التخفيف من المسؤولية أو الإعفاء منها فيما لو ارتكب احد أطراف العقد غشاً تجاه الآخر أو خطأ جسيم وبقياس ذلك على عقود إعداد برامج الحاسب الآلي يمكن أن يتجسد الغش أو الخطأ الجسيم في صورة الفيروس الذي يقوم المبرمج بوضعه في البرنامج محل الإعداد عند تسليمه للمستخدم أو أثناء فترة الصيانة او الضمان ويقوم بتشغيله في وقت معين لتدمير هذا البرنامج أو شل عمله وتدمير ذاكرة الحاسب فيما لو لم يف المستخدم أو المستفيد بالتزاماته في المواعيد المحددة فإن أوفى يقدم له المبرمج الوسيلة المناسبة لوقف الفيروس وتدميره أو بهدف الابتزاز والحصول على مكاسب معينة...الخ. وبالإضافة إلى كون المبرمج يضمن عدم التعرض ويضمن العيب الخفي وبغض النظر عن الصورة التي تم فيها عقد الإعداد –إيجار بيع- مقاولة الا ان القضاء و الفقه تشدداً في منع هذه الطرق بحيث لم يجيزا للمبرمج القيام بها وتعاملا مع الموضوع انطلاقاً من كونه غشاً وخطأً جسيماً يوجب التعامل مع المبرمج وفق أحكام المسؤولية التقصيرية وليس العقدية، ومن المعروف انه التعويض عن المسؤولية التقصيرية سيكون عن الضرر المتوقع وغير المتوقع على عكس المسؤولية العقدية وبنص القانون ايضاً ان لا مجال لوضع شرط يعفي المبرمج من المسؤولية عن غشه أو خطأه الجسيم. وكل ذلك رفضاً من القضاء والفقه لمثل هذه الأساليب في عقود البرامج[١]. حتى ان بعض القوانين[٢] اعتبرت ذلك احتيالاً خصوصاً عندما يكون البرنامج في يد المستخدم وتتم زراعة الفيروس لتحقيق هذه الأغراض حتى لو تأخر المستخدم في السداد فهذا لا يبرر حصول تدمير كامل لبرنامجه يمكن أن تترتب عليه أضراراً فادحة لم تكن في الحسبان ولذلك لا يمكن القبول بهذا الأسلوب حتى لو كان لدى المبرمج أسباب لعدم التنفيذ .

ففي قضية [٣]ما بين شركة Clayton وهي شركة أمريكية تتعامل في أجهزة أشعة x والأفلام والأحماض الخاصة بها بحيث تبيعها للأطباء والمستشفيات وشركة (psc) وهي كذلك شركة أمريكية مختصة بتصميم

---

(١). د/ محمد حسين منصور المسؤولية الالكترونية- مرجع سابق ص ٢٤٧-٢٥٥و د/ عزة خليل- مرجع سابق ٥٨و١١٦و ٢٨١.

(١).راجع المادة ٣/A/١٠٣٠ من القانون الفيدرالي للتجارة الموحد. الذي اعتبرت هذا العمل من قبيل الاحتيال والمادة ٣٨٧ معدلة- من القانون الجنائي الكندي لسنة ١٩٨٥ والتي اعتبرت هذا العمل جريمة غير مبررة مهما يكن الدافع والمادة ٣٠٣ من القانون الألماني الثاني للوقاية من الجريمة الاقتصادية الصادر عام= ١٩٨٦=...الخ قامت بترجمتها وأشارت اليهما – د/ عزة خليل مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب- رسالة- مرجع سابق هامش ص ٦٨-,٦٩

[1] Clayton xray.cov.professional systems crop. 1991.
Raysman and peter brown. Law journal.v.١.1998.p.r.p.7-8.

وتوريد برامج الكمبيوتر واسمها بالكامل. Professional systems crop بحيث تعاقدت الأولى مع الثانية على توريد برنامج كمبيوتر يقوم بالإدارة والرقابة على عملياتها في شهر شباط عام ١٩٨٣ وقد عمل مهندسي شركة psc حوالي ١١٠٠ ساعة عمل لإصلاح الأعطال التي ظهرت في البرنامج في حينه وفي بدايات عام ١٩٨٦ أبلغت شركة psc شركة Clayton انها انتقلت الأن من مرحلة تركيب وتشغيل البرنامج الى مرحلة الصيانة والدعم الفني standard support and possible modificication need phase وطالبتها بالتالي بدفع باقي مستحقات العقد الموقع معها فرفضت شركة clayton دفع باقي المستحقات متذرعة بوجود بعض الاخطاء بالبرنامج فقامت PSC دون أن تدري شركة Clayton بزرع فيروس في البرنامج يؤدي إلى توقف البرنامج تماماً العمل في وقت تم تحديده سلفاً١ وهو في قضيتنا كان ١٩٨٦/١٠/٣١ وحيث هل توقف البرنامج عن العمل فعلاً وظهرت على الشاشة رسالة تقول "راجع PSC بخصوص مستحقاتها طرفكم" ولكن شركة Clayton قامت بالتعاقد مع مبرمج آخر استطاع التغلب على الفيروس وإصلاح الخلل وحين رفعت القضية إلى المحكمة في ولاية نيويورك الأمريكية طالبت شركة Clayton بالتعويض عن الأضرار التي لحقتها جراء توقف البرنامج بسبب تصرف PSC وحين طالبت شركة PSC بباقي مستحقاتها وجاء حكم المحكمة ليؤكد ما قلناه في هذه النقطة من رفض هذا الأسلوب اعتباره غشاً فقد حكمت المحكمة على الشركة بتعويضات بلغت ٧١ ألف دولار مع الحكم لها بكامل مستحقاتها والبالغة ١١ ألف وستمائة دولار وقد أيدت محكمة استئناف نيويورك هذا الحكم ولم تأبه لما أبدته شركة psc من دفاع عن نفسها بقولها إن ما فعلته لم يكن بنية خبيثة أو بسبب غش وإنما كان في سبيل المطالبة بالحقوق التي لها عند شركة Clayton وقالت محكمة الاستئناف إن الدلائل المتوفرة لديها كافية للحكم على psc بتعويض عقابي(٢). حيث ليس لديها حق قانوني أو حتى شبه قانوني

---

(١).في لغة البرمجيات- القنبلة الموقوتة time bomb، حيث يتم وضع الفيروس في البرنامج فيستقر في الذاكرة الرئيسة للجهاز وينتظر حتى تشير ساعة الكمبيوتر أو الحاسب الى تاريخ معين فيقوم بتشغيل نفسه وتنفيذ اعمال تدميرية وتميز هذا النوع من الفيروسات بان البرنامج الذي يحتوي عليها يبقى يعمل بكفاءة ودون أخطاء طيلة الحدة قبل حلول ساعة الصفر وكذلك هذه الفيروسات تتميز بقدرتها على الانتقال من برنامج الى اخر بسرعة كبيرة جداً. لمزيد من التفاصيل راجع- د/ عزة خليل مرجع سابق ص٦٢. و د/ فاروق الحفناوي- عقود البرمجيات- مرجع سابق ص٨٠ . و د/ محمد حسين منصور- المسؤولية الكترونية- مرجع سابق ص٢٤٤-٢٤

(١).هذا النوع من التعويض مقرر في القانون الامريكي زيادة على التعويض العادي كنوع من العقاب على الأشخاص الذين تنطوي أفعالهم التي سببت ضرراً على غش بالإضافة الى التعويض الذي تقرره المحكمة لجبر الاضرار الفعلية التي لحقت بالمضرور

لإيقاف عمل برنامج Clayton مقارنة إياه بالعمل الأخلاقي المذموم الذي ارتكب بنية خبيثة.

ثانياً: وهو ما يتبناه الفقهاء بخصوص شرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية بوجوب أن يكون متعلقاً بالضرر اللاحق بالمال وليس بالأشخاص(١). فإن لحق الضرر سواء المادي او المعنوي بشخص ما يكون شرط التخفيض أو الإعفاء من المسؤولية باطلاً وذلك لأن شخص الإنسان من غير الجائز أن يكون محلاً لإمكانية إصابته بضرر أو محلاً لاتفاقيات مالية.

ولكن وإذا كان ظاهر الأمر أن تطبيق شروط القواعد العامة في المسؤولية العقدية بإمكانية تخفيفها أو التشدد فيها أو حتى الإعفاء منها يبين لنا انها مباحة في سائر العقود، إلا ان تطبيق ذلك على عقود إعداد برامج الحاسب الآلي ومهما كانت طبيعة هذا العقد (مهما اتجهت إرادة الأطراف الى تكييفه أو مهما تم تكييفه قضائياً) مقاولة أو بيع أم إيجار، له ضوابط معينة وتحكمه كذلك بعض النصوص الخاصة والتي ليس أبسطها قوانين حماية المستهلك كذلك سنحاول فيما يلي بحث إمكانية اشتراط أحد أطرافه وبالذات المبرمج إعفاء نفسه من المسؤولية أو تخفيفها عليه ومدى قانونية هذا الشرط في ضوء ما يحكم هذا العقد من ظروف خاصة به علماً بأن المستخدم فيما ندر يشترط إعفاء نفسه من المسؤولية في هذه العقود نظراً لعدة اعتبارات.

أولاً: حكم شرط الإعفاء من المسؤولية إذا اشترطه المبرمج حسب الأصل فإن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية يقع صحيحاً إذا تضمنه عقد صحيح ويترتب عليه إعفاء المدين من المسؤولية بالقدر الذي يتضمنه الشرط(٢) ولكن عند تطبيقه على عقود إعداد برامج الحاسوب وإن اشترط المبرمج في مواجهة المستخدم نرى انه يقع باطلاً ويظل العقد صحيحاً وذلك للأسباب التالية:

١. اعتبرت المادة ٤ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ وتعديلاته اللاحقة في فقرتها "ط" أن الاستغلال التجاري لبرامج الحاسب الآلي يعتبر عملاً تجارياً. وفي نفس هذا القانون وفي المادة ٦٧ في الفقرة السادسة منها نص المشرع على أنه (يقع باطلاً كل شرط أو بيان يكون من شأنه إعفاء المنتج أو الموزع من المسؤولية

Law dictionary- Stern .H .Gifis .third edition ,Barron's educational series. Inc. 1996. P.117.

(٢).د/ أنور سلطان – المرجع السابق- ص٤٠٦، ود/ أحمد شرف الدين- المرجع السابق ص٢٦٢.

(١). د/ السنهوري- الوسيط- ج١، المجلد الأول- مرجع سابق، ص٩٢٣. ود/ أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٤٠٧.

أو تحديدها أو تخفيض مدة تقادمها). فإذا كان القانون قد اعتبر أن الاستغلال التجاري لبرامج الحاسوب هو عمل تجاري بالماهية طبعاً في حق المستغل- المبرمج- المنتج- المورد) فإن نفس المشرع وفي الباب الثاني من نفس القانون وتحت بند الالتزامات والعقود التجارية قد أبطل صراحة شرط المبرمج بإعفاء نفسه من المسؤولية أو تخفيف وطأتها عليه والناتجة عن التزاماته العقدية فيما يخص استغلاله لبرامج قام بتصميمها أو أشرف على تصميمها أو اشترى حقوق استغلالها.

٢. اتفقنا سابقاً أن المبرمج هو مهني محترف في مواجهة المستخدم كمستهلك واذا كان الوضع كذلك فإن قانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ والسابق الإشارة إليه قد نص في مادته العاشرة على انه (يقع باطلاً كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة في هذا القانون) وطبعاً لا يوجد في هذا القانون وفي مثيلاته من قوانين حماية المستهلكين في العالم إلا كل ما هو في صالح المستهلك وبالتالي هذا نص آخر يمكن إعماله لإبطال شرط المبرمج أو المنتج للبرنامج بإعفاء نفسه من المسؤولية أو تخفيفها إذا كان أمام مستهلك.

٣. تتشابه هذه العقود في الكثير من الأحيان من حيث طبيعتها وانعقادها مع عقود الإذعان وقد نصت المادة ١٤٩ من القانون المدني المصري على انه (إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك [١] وعليه فإن شرط المبرمج بإعفاء نفسه من المسؤولية عن صلاحية أو جودة كيان منطقي لا يفقه المستخدم به شيئاً ولا يعرف مكنوناته وتقنيته وأسس عمله إلا معرفة سطحية جداً يمكن لابل ومؤكد أن يعتبر هذا الشرط تعسفاً في مواجهة هذا المستخدم أو المستفيد من قبل هذا الخبير، فإن استوفى العقد شروط الإذعان أو تقارب كثيراً معها ووجد به شرط إعفاء للمبرمج من المسؤولية فإن ذلك يعتبر شرطاً تعسفياً يجوز لمستخدم عدم إعماله والطلب إلى القضاء بإلغائه ويقع باطلاً كل ما يخالف ذلك.

---

(١). تطابق المادة ٢٠٤ من القانون المدني الأردني والمادة ١٨٢ من المشروع القانوني المدني الفلسطيني

٤. يجمع الفقهاء أن شرط الإعفاء من المسؤولية و التخفيف منه لا يجوز أن ينصب على الالتزام الجوهري الناشئ عن العقد[١]. فلا يجوز مثلاً أن يشترط المبرمج على المستخدم عدم مسؤوليته أو تخفيف مسؤوليته عن قيام البرنامج بالوظائف التي صمم من اجلها او عن عدم مسؤوليته عن استخراج بيانات تمت معالجتها بواسطة برنامجها فهو ما يخالف المقتضي الرئيسي للعقد والهدف والسبب والدافع إلى التعاقد ولكن يجوز له وكما هو معمول به في عقود الإعداد أن يشترط عدم مسؤوليته عن الأخطاء العادية أو عن إخفاق البرنامج لغاية نسبة ١٠% في أداء وظائفه وهي شروط تم التعارف عليها في عقود الإعداد[٢].

٥. تنص المادة ٦٥٣ من القانون المدني المصري (يكون باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه) وبقياس هذا النص على عقود إعداد البرامج يتضح لنا أن هذا الشرط غير قانوني إذ انصب على عقود الإعداد لإعفاء المبرمج من مسؤوليته أو الحد منها[٣].هذا بالإضافة إلى إجماع الفقهاء [٤].

الفقه كما أسلفنا ان شرط الإعفاء من المسؤولية لا ينصب الا على تعويض الضرر الذي يقع على المال ولا يجوز اشتراطه على الضرر الذي يلحق المستخدم أو أحد تابعيه نتيجة قيام خلل في برنامج كمبيوتر معين يؤدي إلى حدوث عاهة مثلاً لدى أحد عاملين المستخدم أو المستفيد كأن يكون برنامج الحاسب معداً أساساً لتشغيل آلة صناعية معينة ورغم أن مبرمجي البرامج وموردیها[٥] يشترطون مثل هذه الشروط في عقودهم إلا أننا نرى أن حكم هذا الشرط باطل إذا ما لحق الأذى بجسم الإنسان وكان نتيجة مباشرة لإخلال المبرمج بأحد التزاماته حتى لو كان عقد الإعداد يحتوي شرط يقوم المبرمج به بإعفاء نفسه من مثل هذه المسؤولية.

---

(٢). أستاذنا د. احمد اشرف الدين – نظرية الالتزام – مرجع سابق ص ٣٦٣ ود. حمدي عبد الرحمن – الوسيط في النظرية العامة للالتزامات – الكتاب الاول – القاهرة ١٩٩٩ ص ٥٨٣ ود.السنهوري – الوسيط المرجع المشار اليه اعلاه ص ٩٢٣ ود. الصدة- مصادر الالتزام – مرجع سابق ص ٣٥٥ .

(١).المستشار فاروق الحفناوي، عقود البرمجيات، مرجع سابق، ص٨٠، د. نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، مرجع سابق، ص١٥٣

(٢).تقابل المادة ٧٩٠ مدني أردني، والمادة ٨١٠ مشروع فلسطيني.

(٣) د. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص٣٦٢. د. السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص٩٩٣. د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص٥٨٣.

(١). د. محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، مرجع سابق، ٢٣٢- ٢٤٢. وكذلك نفس المرجع، ص٣٣٣-٣٤٥.

إذن ولكل تلك الأسباب مجتمعة نلاحظ أن شرط الإعفاء من المسؤولية يكاد يكون يقع باطلاً في أغلب عقود إعداد برامج الحاسب الآلي (عقود المعلوماتية) وطبعاً يمكن لأحد ما أن يتساءل ما حكم كل هذه الشروط التي نراها في عقود الإعداد والتي تحدد أو تخفف أو تعفي حتى من المسؤولية؟ وتكون الإجابة على ذلك أن هذه عقود في أغلبها لم يثر حولها نزاعات قانونية وصلت إلى القضاء ومن وصل منها إلى القضاء لاحظنا في السياق السابق من هذه الرسالة كيف أن المحاكم تبطل أغلب هذه الشروط، أما بخصوص قيام المبرمج بتحديد المسؤولية فلا خلاف على قانونية شرط الاتفاق على حد أقصى للتعويض بإجماع الفقه وبنصوص القانون فهذا جائر لكن وكما أسلفنا يخرج من نطاقه الغش والخطأ الجسيم إذا ثبت ضلوع المبرمج بهما وكذلك يخرج من نطاقه في رأينا التعويض عن الأضرار الجسدية لأن جسم الإنسان لا يقوم بمال.

ثانياً: شرط الإعفاء من المسؤولية إذا اشترطه المستخدم (المستفيد)

١. ان المستخدم ملتزم باحترام حقوق المؤلف وفقاً لما تقضي به القواعد العامة المنصوص عليها في قوانين حق المؤلف وعلى الأخص تلك المتعلقة بملكية البرنامج وشروط استعماله وهذه مسألة مفترضة ذلك أن المستخدم ملتزم باحترام حقوق الملكية الفكرية وملكية البرنامج لمصممه أو منتجه ولو اشترط إعفاءه من هذه المسؤولية وذلك استناداً إلى نصوص القانون[١].
٢. وبالتالي فإن الحق في نسبة البرنامج إلى مؤلفه أو مصممه "حق الأبوة" وحق المؤلف بعدم التقليد لمؤلفه وحقه في عدم إفشاء أسرار البرنامج...الخ من الحقوق المعنوية التي تثبت للمؤلف على برنامجه بموجب حقوق الملكية الفكرية هي حقوق لا يجوز للمستخدم أن يعفي نفسه من المسؤولية عن انتهاكها وذلك لأن الحق الأدبي للمؤلف كما أسلفنا غير قابل للتصرف فيه أو الحجز عليه أو التنازل عنه وبأنها حقوق أدبية لا تنقضي بمرور الزمن وأنها من الحقوق التي ينفرد المؤلف بمباشرتها بحرية تامة على عكس الحقوق المالية للمؤلف فلا يقال بقانونية شرط إعفاء المستخدم من المسؤولية عن إفشاء أسرار البرنامج أو نسبة البرنامج إليه[٢]....الخ حتى لو وضع شرط في العقد يعفيه من ذلك ولكن يجوز له في بعض الحالات اشتراط تخفيف هذه

---

(١) راجع المواد ١٤٣، ١٤٤، ١٨١ من قانون الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.

(١) راجع هذا الشأن د. شحادة شلقامي ، برامج الحاسب والقانون، مرجع سابق، ص٩٥ وما بعدها. والمستشار. فاروق الحفناوي، قانون البرمجيات، مرجع سابق، ص١٣٥-١٣٦. و. خالد مصطفى فهمي، الحماية القانونية لبرامج الحاسب، مرجع سابق، ص١٣٩-١٥٢. د. نوري محمد خاطر، عقود المعلوماتية، مرجع سابق، ص٢٢٥.

المسؤولية كما في حالة ضبط السرية بشكل تام أو المسؤولية عن تحوير أو تعديل البرنامج فهذه شروط يمكن أن يقبلها المنطق والقانون على عكس مثلاً الشروط الخاصة بنسبة البرنامج الى المستخدم فهذا التزوير واحتيال على حقوق الملكية الفكرية يجب التعويض حتى بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية، أما باقي الشروط التي لا تتعلق بحقوق الملكية الفكرية فلا نرى ما يمنع من قيام المستخدم بإدراجها لإعفاء نفسه من المسؤولية عن أضرار معينة ناتجة عن الإخلال بالالتزامات عقدية شرط أن تتوفر فيها الشروط القانونية التي تنص عليها القواعد العامة في القانون المدني بان لا تكون عن التزام جوهري ومناط في التعاقد كعدم إتباع تعليمات المبرمج بالاستخدام للبرنامج مثلاً وإعفاء نفسه في نفس الوقت من المسؤولية عن الخلل الحاصل وذلك لدقة وتقنية هذا المحل ولأن هذا الشرط لا يتناسب مطلقاً مع طبيعة العقد..الخ.

أما الشروط الأخرى والثانوية في التعاقد فلا نرى ما يمنع من اشتراطه بعدم المسؤولية عن الأضرار التي يمكن أن تحصل.

وبعد أن تعرفنا على حكم شروط الإعفاء من المسؤولية التي يمكن أن ترد من قبل أطراف عقد الإعداد سننتقل الآن لنبحث في التعويض عن الضرر الذي يحدث جراء إخلال أحد الأطراف بالتزاماته العقدية في مطلب أخير من هذا المبحث.

المطلب الثالث

التعويض عن الضرر

الضرر إما أن يكون مباشراً أو غير مباشر والضرر المباشر إما أن يكون متوقعاً أو غير متوقعاً أو غير متوقع ولكن القاعدة العامة في المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أم تقصيرية هي عدم جواز التعويض عن الضرر غير المباشر بل يكون التعويض عن الضرر المباشر ولكن تختلف المسؤولية التقصيرية عن العقدية في أن الأولى يكون فيها التعويض عن الضر المباشر سواء كان متوقعاً أم غير متوقع أما في الثانية فالأصل أن التعويض يكون عن الضرر المباشر المتوقع فقط ولا يمتد إلى الضرر غير المتوقع إلا إذا كان الإخلال بالالتزام او عدم التنفيذ راجعاً إلى غش المدين أو خطئه الجسيم[1].

---

(١). المادة ٢٢١ من القانون المدني المصري وهي تقابل المواد ٢٤٦، ٢٥٦، ٢٥٧، ٢٦٧ من القانون المدني الأردني والمواد ٢٧٢، ٢٧٥ من مشروع القانون المدني الفلسطيني. ولمزيد من التفصيل راجع د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٢٧٣-٢٧٨. د. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص٣٤٠-٣٤١.

وعلى ذلك فالمسؤولية العقدية تهدف إلى جبر الضرر الذي يلحق بالدائن جراء الإخلال بالتزام عقدي وهي تقوم كما هو معروف على وجوب تعويض الدائن "المضرور" عما لحقه من ضرر، ولا نريد إطالة البحث وفي شروط هذه المسؤولية وتفاصيلها لأن المراجع العامة قد أغنتها بحثاً ولكننا سنقوم بتطبيق أحكام هذا التعويض عن الضرر الناتج عن إخلال أحد الإطراف بالتزاماته العقدية والذي يرتب المسؤولية العقدية على عقود إعداد برامج الحاسب منطلقين من القاعدة العامة في المسؤولية العقدية من أن الخطأ وحده لا يكفي لقيام هذه المسؤولية بل يجب أن يؤدي الخطأ على وقوع ضرر لأحد الأطراف مما يوجب التعويض[١].

والضرر الذي ينتج عن إخلال أحد أطراف عقد الإعداد بمصلحة محققة ومشروعة للطرف الآخر قد يكون مادياً وقد يكون معنوياً كأن يصيب الشخص ضرر في سمعته كما يقول أستاذنا الدكتور أحمد شرف الدين عبر إحداث الناشر تغيرات في الكتاب الذي وضعه المؤلف (فقد لا يصيب المؤلف ضرراً مادياً ولكن المحقق إصابته بضرر أدبي وكذلك ان تعاقد فنان مع شخص على عمل فني ثم فسخ المتعاقد مع الفنان العقد فسخاً تعسفياً في هذا الفسخ التعسفي ضرر أدبي يصيب الفنان في سمعته)[٢].

بتطبيق ذلك على برامج الحاسب يمكن أن نستشف أنه يمكن أن يلحق بالمبرمج ضرر أدبي جراء التغيير في برنامجه أو فسخ العقد معه فسخاً تعسفياً وهو ما يوجب التعويض عنه أيضاً في المسؤولية العقدية مثله مثل الضرر المادي[٣].

وقد يلحق ضرراً مادياً وأدبياً معاً جراء استغلال برنامجه على وجه غير مشروع عبر سرقته أو تحريفه بالانتقاص من إمكانياته..) ففي مثل هذه الحالة يكون كل ضرر من هذين الضررين له حسابه الخاص بخصوص التعويض المستحق عنه وللمحكمة دمج الضررين معاً وتقدير التعويض عليهم من دون فصل أو تخصيص لمقدار كل ضرر منهما[٤].

---

(١). أستاذنا الدكتور أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام ن مرجع سابق، ص٣٤٠. ود. السنهوري، الوسيط، ج١، مرجع سابق، ص٩١٣ ود. أنور سلطان ، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٢٧٧. ود. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف،الاسكندرية ٢٠٠٢، ص٢٨٠-٢٩٠.

(٢). د. احمد شرف الدين، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص٣٤٤.

(١). المادة ١/٢٢٢ من القانون المدني المصري (يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً..) تقابل المواد ١٢٦٧ المدني أردني والمادة ٢٢١ من المشروع مدني فلسطيني.

(٢). قضت محكمة النقض المصرية بجواز إدماج الضررين المادي والأدبي معاً وتقدير التعويض عنهما بغير تخصيص، طعن ٦١/٤٨٥٤ ق جلسة لسنة ١٩٩٧/١٢/١٤ المستحدث في المواد المدنية عن العام القضائي ١٩٩٨/١٩٩٧، ص٩٠.

وقد يصاب المستخدم بضرر جراء تدمير الثروة المعلوماتية في جهاز الحاسب الخاص به أو بأعماله وقواعد بياناته مما يمكن أن ينتج عنه نتائج وخيمة سواء مادية أو معنوية جراء خلل في برنامج معين مهم جداً في تصريف أعماله فيعطلها ويطعن بمصداقيته أمام زبائنه مثلاً ما يلحق به ضرراً مادياً ومعنوياً..الخ.

ولا تثور صعوبة حسب القواعد العامة في استجلاء الضرر وتطبيق أحكام هذه القواعد عليه حيث يقع عبء أثبات الضرر على المتعاقد الذي يدعيه ومن المعروف وكذلك في عقود الإعداد أن المسؤولية لا تقوم بمجرد إثبات أحد الأطراف إخلال الطرف الثاني بالتزام من التزاماته العقدية ولكن يجب أن يثبت أيضاً أن ضرراً مباشراً ومتوقعاً قد لحق به نتيجة هذا الإخلال.ولكن الصعوبة تثور في هذا المجال في اختلاف طبيعة محل العقد عن العقود الأخرى والتي يتلخص في ارتباطه بعالم التكنولوجيا والالكترونيات وما يتسم به من دقة و حداثة يمكن أن تكون في بعض الأحيان عائقا أمام المستخدم لإثبات الخطأ الذي أدى إلى حدوث الضرر لذلك قلنا سابقاً ان المستخدمين في عقود الأعداد يفضلون فترات الضمان في العقد على إثبات العيوب الخفية مثلاً[١].

ويترتب على قيام المسؤولية العقدية التزام المسئول عنها بتعويض المضرور عن الضرر الذي لحق به وذلك لأن التعويض هو جبر للضرر كما أسلفنا وتقدير التعويض قد يكون مباشرة عن طريق المشرع مثل التعويض القانوني[٢] وقد يقدر بالاتفاق كالتعويض، وقد يتولى القاضي تقديره عند توافر شروط المسؤولية وذلك لجبر الضرر[٣].

والتعويض في عقود الإعداد كما هو الحال فيه بشكل عام قد يكون نقدياً وقد يكون عينياً، فإن كان عينياً فإنه يتمثل في إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الإخلال بالالتزام وذلك بإزالة الضر أو الخلل الناشئ عنه[٤].

ويتعين على القاضي أن يحكم بالتعويض العيني إذا كان هذا ممكناً وبناءً على طلب المضرور لأن التنفيذ العيني هو الأصل في المسؤولية

---

(١)د. محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية ، مرجع سابق، ص٣٣٣.

(٢). راجع المواد ٢٢٦، ٢٢٧ من القانون المدني الأردني والمادة ١٦٧ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني التي حددت نسبة الفوائد التأخيرية ٩ % و كما أسلفنا أن القانون المدني الأردني لم ينص على الفوائد وذلك لأن مصدره التاريخي هو الفقه الإسلامي فنص المشرع الأردني عليها في قوانين أخرى.

(٣).راجع المادة ٢٢١ مدني مصري والمادة ٣٦٣ من القانون المدني الأردني والمادة ٢٧٥ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(١).د. انور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٢٧٨ ود. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص٣٤٢.

العقدية بصدد عقود إعداد البرامج[١] حيث يلتزم المبرمج بتنفيذ التزامه كإصلاح البرنامج الذي شابه خلل أو حتى تبديله او تقديم طريقة معينة للتحصن من إمكانية أن يعود إلى الظهور.

وقد يكون التعويض نقدي أو تعويضاً بمقابل وهو عادة ما يقتضيه أي من الطرفين بدلاً عن ضرر أدبي لحق به نتاج إخلال الطرف المقابل بالتزامه حيث يستحيل التنفيذ العيني وذلك عند إفشاء أسرار البرنامج مثلاً أو اختراق الجهاز وتدمير للمعلومات التي به أو الرجوع عن تعاقد أدى إلى الإساءة إلى السمعة..الخ

وطالما أن هدف التعويض هو جبر الضرر فيجب إعادة التوازن إلى مصالح الأطراف الذي اختل نتيجة هذا الضرر وعلى نفقة المسؤول عن هذا الإخلال[٢]. والذي يجب أن لا يتجاوز أو يقل عن قيمة هذا الضرر[٣]. بحيث يشمل كل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب بالإضافة إلى تعويض الضرر الأدبي أن تحقق وطبعاً الحديث هنا عن الضرر المباشر المتوقع وبذلك نجد ان التعويض عن المسؤولية التقصيرية التي يتم التعويض فيها عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع.

وعلى ذلك فإن المستخدم يمكن أن يطالب بالتعويض عن الخسائر التي لحقت بمصنعه نتيجة عدم عمل البرنامج بالشكل المتفق عليه أو عدم عمله مطلقاً وذلك لأن الأصل والمتوقع عند الإعداد والاتفاق عليه أن يعطي النتائج المرجوة منه، أو مثلاً في صورة أخرى إذا تأخر المبرمج ملتزم الضمان في إصلاح البرنامج الذي تعثر وأدى ذلك إلى تأخر المصنع في تلبية طلبات عملائه مما سبب أضراراً بسمعته التجارية وقيامه بدفع غرامات بدل تأخير فإن المبرمج سيسأل كذلك عن هذا التعويض. فإن اخذ المستخدم موافقة المحكمة على قيام شخص ثالث بإصلاح هذا البرنامج الذي تعثر فإن ذلك يكون على نفقة المبرمج ملتزم الضمان ويسأل كذلك هذا المبرمج عن التعويض وفي مقابل ذلك يسأل المستخدم أو المستفيد عن تأخره في دفع المقابل في الأجر أو الثمن)و الضرر هنا مفترض كما نعلم لأن التأخير في دفع الالتزام النقدي يوقع ضرراً مفترضاً بنص

---

(٢)د. نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، مرجع سابق، ص٢٢٧ ود. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص٣٤٢.

(٣) د. نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص٢٢٦. ود. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ٣٤٣.

(٥) راجع المادة ٢/٦٦٣ مدني مصري.

القانون يوجب تعويضاً على شكل فوائد تأخيرية[١] يتم تحديد قيمتها إما باتفاق الطرفين أو بنص القانون وبديهي القول أن اتفاق الطرفين لا يجب أن يتجاوز ما نص عليه القانون إلا ويتم العودة إلى المقدار القانوني لهذه الفوائد حتى لو تم الاتفاق على فوائد أعلى منها[٢].

ولا يوجد في القانون نص معين يلزم بإتباع معايير معينة لتقدير التعويض لذلك فان لقاضي الموضوع السلطة التامة في تقديره شرط أن يكون هذا التقدير قائماً على أسس مسببة ومتينة ومبررة ومثبتة[٣]. حيث أن تقدير التعويض يعتبر من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع[٤]. حيث يمكن للمحكمة كما أسلفنا الحكم بتعويض إجمالي أو الحكم عن كل عنصر من عناصر الضرر على حدة، ولكن تعين عناصر الضرر التي تدخل في حساب التعويض هي من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض. لذا يتعين على محكمة الموضوع أن تبين في حكمها عناصر الضرر الذي قضت من اجله بالتعويض وأن تناقش كل عنصر منها على حدة وان تبين وجه أحقية طالب التعويض عنه وإلا كان حكمها مشوباً بالقصور[٥].

وفي بعض الأحيان وفي عقود الإعداد تثور قضية متى يتم حساب التعويض أو تقديره وذلك لكون الضرر الواقع قد يكون متغيراً ولا يتيسر تعيينه تعييناً نهائياً وقت النطق بالحكم، لذلك فمن المقرر انه إذا لم يتيسر للقاضي وقت الحكم أن يتأكد من مدى التعويض يعينه تعييناً نهائياً فله الحق أن يحتفظ للمضرور من الإخلال بالتزامات عقدية أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر بالتقدير[٦].

---

(١). راجع المواد ٢٢٦ و٢٢٨ من القانون المدني المصري والمادة ١٦٧ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني. ود. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام ، مرجع سابق، ص٣٤٢- ٣٤٣.

(٢).راجع المادة ١/٢٢٧ من القانون المدني المصري. وأستاذنا د. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، مرجع سابق،هامش ص٣٤٢.

(٣) راجع المادة ٢/٦٦٣ من القانون المدني المصري والمادة ٧٨٥ من القانون المدني الأردني والمادة ٢/٨٢٤ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٤). محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، مرجع سابق وقضت محكمة النقض المصرية أن استخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية وعلاقة السببية بينه وبين الضرر هو مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ما دام هذا الاستخلاص سائغاً ومستمداً من عناصر تؤدي إليه وقائع الدعوى..) نقض مدني ١٩٨٩/١٢/١٢ طعن ٥٧/٣٨٨ ق. قضاء النقض في المواد المدنية المستشار عبد المنعم دسوقي، الجزء الثاني، المجلد الأول، دار الكتاب الحديث، ط١٩٩٤، قاعدة رقم ٨٣٣، ص٢٥٩.

(١) د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص٣٤٤. د. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص٣٥٢-٣٥٣.

(٢). تنص المادة ١٧٠ من القانون المدني المصري على انه (يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق بالمضرور، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين لدى التعويض تعييناً

وأخيراً نقول أن القوة القاهرة والحادث الفجائي يؤديان إلى قطع رابطة السببية بين الخطأ والضرر طبعاً بشرط كونهما غير متوقعان ويستحيل دفعهما مما يجعل معه تنفيذ الالتزام مستحيلاً ولا يكون بالتالي هناك مجال لقيام التعويض عنهما[1]. ما لم يشترطا قيام مسؤولية طرف عن سبب أجنبي أو قوة قاهرة أو حادث مفاجئ، مثل الخلل الذي يحدث في البرامج أو تدميرها نتيجة صاعقة كهربائية أو زلزال أو حروب وقصف للمنشأة مثلاً فهذه ظروف ليست في وسع المبرمج توقعها أو حتى القدرة على مقاومتها مما يترتب عليها احتماله التنفيذ العيني وكذلك استحالة الحكم بالتعويض لعدم منطقيته ولنصوص القانون التي تبرأ ذمة أحدهما من المسؤولية عن مثل هذه الأحداث.

وعلى ذلك نلاحظ أن التعويض في عقود الإعداد لا يختلف كثيراً عن غيره في العقود الأخرى من حيث توافر أركانه وشروطه إلا من ناحية واحدة وهي صعوبة إثبات الخطأ الذي أدى إلى ضرر وربطهما بعلاقة سببية توجب في النهاية التعويض لذلك تلجأ المحاكم دائماً للاستعانة بالخبراء والمحكمين في هذا المجال ويلجأ المستخدم أيضاً إلى مثل هذه الأساليب وذلك لضعف إمكانياته التقنية والفنية أمام المبرمج ونلاحظه دائماً يشترط الضمان في عقود الإعداد لصعوبة إثبات الخطأ.

الفصل الثالث
انتهاء عقود الإعداد

الأصل أن ينتهي عقد الإعداد بالطريقة الطبيعية لانتهاء العقود وهي الوفاء الاختياري ، ولكن ولان هذه العقود لها علاقة بالتقنية ،وبمواصفات كثيرة ودقيقة ،فهي قد تنتهي في بعض الأحيان بطرق أخرى كالتنفيذ الجبري ،أو بالتنازل عنها أو بالفسخ أو بالانحلال .

نهائياً فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير) يقابل المادة ٢٦٨ من القانون المدني الأردني والمادة ٢٢٢ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(١). المادة ١٦٥ و ٢١٥ و ٦٦٥ من القانون المدني المصري وفي المقابل المواد ٢٠٥، ٢٦١، ٨٠٢ من القانون المدني الأردني والمواد ٢١٤، ٢٧٢، ٢/٨٠٧ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

وسنقتصر في هذا الفصل على بحث وإبراز أوجه المشاكل والتساؤلات التي يثيرها إنهاء عقد الإعداد، في محاولة للإجابة عليها أو حلها انطلاقا من موقف القانون ،أي سنبحث في خصوصية التنفيذ في عقد الإعداد وما يحيط به من مشاكل دون التعرض إلى التنفيذ بشكل عام وفقا للقواعد العامة والتي أثرته كتب الفقه العامة بحثا ودراسة .

وانطلاقا من ذلك نلاحظ ان عقود الإعداد قد تنتهي بالطريق الطبيعي لها عبر انتهاء مدتها ، أو بتمام العمل الذي تم الاتفاق عليه ، أو بتسليم المعدات المتفق عليها بعد دفع ثمنها ، وقد يحصل تنفيذ العقد بطريقة جبرية ، في الوقت الذي يمتنع فيه المنتج أو المبرمج مثلا عن التنفيذ ، أو في الوقت الذي يمتنع فيه المستخدم أو المستفيد عن دفع الثمن أو الأجر (كيفما اتفق) . شرط ان يكون التنفيذ العيني لا زال ممكنا وذلك طبقا للقواعد العامة .

وقد تنتهي هذه العقود ، شانها شان غيرها من العقود الأخرى ، بالوسائل غير العادية لانتهاء العقد وذلك بالفسخ أو بالانحلال . [1]

ونحن في هذا الفصل سنحاول بحث هذه الطرق ولكن بعد تطبيق إحكامها وشروطها على عقود الإعداد ، بحيث سنقسم هذا الفصل إلى المبحثين التاليين .

المبحث الأول / الأسباب العادية للانتهاء

المبحث الثاني / الأسباب غير العادية للانتهاء

---

(١)- رغم الأهمية الكبيرة التي تحتلها صناعة البرمجيات في العالم اليوم ،إلا أن هناك ظاهرة عجيبة مصاحبة لهذه الأهمية تتمثل في ارتفاع نسبة الفشل في تنفيذ مشاريع البرمجيات ونظم المعلومات ، ففي دراسة معمقة أجريت في الولايات المتحدة عام ١٩٩٥ ولغاية عام ٢٠٠٠ . تبين أن ٥٢% من هذه المشروعات قد فشلت تماما وألغيت عقودها ، وان ٦٠% من المشروعات التي نجحت قد جاوزت تكلفتها الميزانية المقررة لها ، وتعدت الجدول الزمني المخطط لإنجازها فيه .

Raysman and Brown .Vol 1 .P.R. p 2-18

المبحث الأول
الأسباب العادية للانتهاء

تنص المادة ١٤٨ من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى على انه (يجب تنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه وبطريق تتفق مع ما يوجبه حسن النية) . (١)
ويستشف من ذلك ان القاعدة العامة هي وجوب النزول على حكم قانون العقد ، في تنفيذه طبقا لما أشتمل عليه ، وصولا إلى انتهائه بتحقيق غايات أطرافه ، عبر تنفيذ التزاماتهم المتبادلة بما يوجبه مبدأ حسن النية . (٢)
وعلية فالأصل في عقد الإعداد كما هو الحال في كل عقد تمامه بتنفيذه ، وفي حالات أخرى وكما تقرر المواد ١٩٩و ٢٠٣ من القانون المدني المصري يتم إجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ،متى كان ذلك ممكنا ، (٣) وذلك عندما يرفض التنفيذ لغير سبب وجيه أو مقنع أو يتعسف في رفضه لهذا التنفيذ .
اذن يكمن السبب العادي والاهم لانتهاء عقود الإعداد في التنفيذ ، لذلك سنناقش في هذا المبحث كيفية تنفيذ عقد الإعداد في مطلب أول ، ووسائل إجبار المدين في هذا العقد على تنفيذ التزاماته في مطلب ثان .

المطلب الأول

التنفيذ

في عقود الإعداد وكما بينا سابقا يختلف التنفيذ للعقد من قبل إطرافه وذلك حسب الطبيعة القانونية (أو التكييف) القانوني لهذا العقد ، فلو كان مثلا عقد تسليم
مفتاح .(٤)

---

(١) - تطابق المواد ١/٢٠٢ مدني أردني . و١/١٨١ مشروع مدني فلسطيني .
(٢) - د، أنور سلطان ، مصادر الالتزام . مرجع سابق .ص ٢٤٠. وأستاذنا الدكتور احمد شرف الدين – نظرية الالتزام – مرجع سابق ، ص ٤٠٧.
(٣) - تقابل المواد ١/٣١٣ و ٢/٣١٦ من القانون المدني الأردني و تطابق المواد ٢٥٦ و١/٢٦٠ من مشروع القانون المدني الفلسطيني .
(١)- بينا سابقا في الفصل التمهيدي أن عقد تسليم المفتاح يقصد به ذلك الاتفاق الذي يتولى بموجبه احد الطرفين إقامة نظام الحاسب الآلي والبرامج والمعدات المرفقة وتسليمها إلى الطرف الآخر جاهزة للتشغيل . لمزيد من التفاصيل راجع ، د. يوسف الاكيابي ، مرجع

فالأصل ان ينتهي هذا العقد بتركيب الجهاز وتحميل البرامج عليه وتجربتها وتشغيلها ، وصدور قبول الطرف الآخر لها ،وشهادته بمطابقتها للمواصفات . (١)

أو كان عقد يتضمن تسليم معدات معلوماتية فقط ، فيتم التنفيذ بتسليمها ودفع ثمنها ، أما إذا كان عقد الإعداد يحتاج إلى وقت لإعداده ، أو كان البرنامج قد تم التعامل عليه على سبيل الإيجار فلابد في كلا الحالتين من مرور الوقت للقول بانتهاء العقد ، سواء بتنفيذه أو بفسخه . وعلى كل الأحوال فإذا كان عقد الإعداد مدة محددة ومتفق عليها من قبل الأطراف ، كما لو تم استئجار نظام معلوماتي (برنامج وجهاز) فان هذا العقد ينتهي بتمام تنفيذه بانتهاء المدة المتفق عليها ، إلا إذا أراد الطرفان تمديدها صراحة أو ضمنا .

ولا يفوتنا القول انه يجب تحديد مدة معينة لإنجاز العقد ، إذا كان اتفاق الطرفين على عقد مقاولة بحيث إذا تأخر المقاول عن إنجاز العمل في هذه المدة المحددة ولم يكن له في ذلك عذرا مقبولا تقام عليه المسؤولية . (٢)

هذا ويستطيع طرفا العقد أن ينهيانه قبل نهاية المدة بإرادتهما ، ولكن لا يستطيع المتعاقد بإرادته المنفردة أن ينهي العقد قبل تمام مدته.، إلا إذا احتوى العقد نفسه شرطا يمنحه هذا الحق .

فلو أن مستأجر لنظام معلوماتي أنهى العقد قبل انتهاء مدته ، بغير اتفاق أو حق قد منحه إياه العقد نفسه عبر اشتراطه ، فعليه ان يدفع المتبقي من الأجرة ، حتى لو أعاد المعدات والبرامج الخاصة بنظام المعلوماتية إلى المؤجر ، وحتى لو قام بإخطار المؤجر عبر رسالة مسجلة برغبته هذه بإنهاء العقد ، فلا يعتبر العقد منتهيا بل تقام عليه المسؤولية على أساس الإخلال بالتزام عقدي . (٣)

أما إذا كان العقد غير محدد المدة ، فالعقد يكون غير لازم بالنسبة لأطرافه(٤) ، وطبعا غير لازم فقط بخصوص المدة الزمنية التي يجب ان

سابق ص ٦٥.و.د ، السيد محمد السيد عمران – الطبيعة القانونية لعقود المعلومات – مرجع سابق ص ٩٩ وما بعدها .

(٢) - د. محمد السيد عمران ، مرجع سابق .ص ١٠٠.

(١)- د، محمد حسين منصور – المسؤولية الالكترونية – مرجع سابق،ص ١٣٢. و،د،نوري خاطر –مرجع سابق ص١٩٦ .

(٢)- د، السيد محمد السيد عمران – المرجع السابق ،ص ٨٢-٨٨. ولمزيد من التفاصيل يمكن مراجعة

Clarence . H.Ridly .and John Matuszeski –computer software agreement –Forms and commentary (Revised Edition) USA Warren GORHAM Lamont .1998.p 12.1

(١) - لم يعرف القانون المدني المصري العقد غير اللازم كمرتبة من مراتب العقد ولكنه اباح في العقود مستمرة التنفيذ اذا لم يتم تحديد مدة لانتهائها ان تنقضي بإنهائها من قبل احد

يبقى المتعاقدان بها ملتزمين بالتنفيذ حيث يمكن لكليهما أو لاحدهما إنهاء العقد في أي وقت كان بشرط ان لا يتعسف في ذلك . (١) فالعقد لا يمكن أن يقوم على التأبيد بحيث تبقى ذمة المتعاقد مشغولة إلى مالا نهاية ،لهذا فان المبدأ العام يقضي بان المتعاقد في عقد غير محدد المدة له أن ينهي العقد بإرادته المنفردة ، وهذا يعني إنهاء العقد بالنسبة للمستقبل فقط وليس بالنسبة للماضي ،بحيث لا يعتبر ذلك إخلالا بالالتزامات التي وردت في العقد ،لان المتعاقد هنا مارس حقا منحه إياه القانون ، وفقط وكما أسلفنا فان المسؤولية تقوم عليه إذا تعسف في عملية الإنهاء(٢) ، أو ارتكب فيها خطا سبب ضررا للمتعاقد الآخر ، كاختياره لظرف غير مناسب عند إنهائه للعقد ، أو كانت حجته في الإنهاء
غير مسببة بسبب مقنع ، فعند ذلك يتحمل المسؤولية كاملة ، ويمكن ان تلزمه المحكمة بالتعويض أو حتى بالاستمرار بالعقد .

المطلب الثاني
وسائل إجبار المدين على التنفيذ

عندما ينفذ العقد تنفيذا اختياريا ،سواء أكان فوري النفاذ أم مؤجل ،أو مستمر النفاذ ،يكون العقد قد انتهى بتمام تنفيذه ،وبالطريق الطبيعي لانتهائه ، ولكن وكغيرها من العقود تثور المشاكل في عقود الإعداد فيما لو امتنع المدين عن التنفيذ ، سواء امتناعا كليا ام امتناعا جزئيا دون إبداء عذرا مقبولا أو مقنعا لذلك ،وعندئذ يكون للمتعاقد الآخر وبموجب حقوق كفلها له القانون ، ان يمتنع عن التنفيذ ،أو حتى أن يطالب بإجبار المدين على التنفيذ العيني ، وهذه ما تسمى وسائل إجبار المدين على تنفيذ التزامه ، وهي ما سنبحثه في هذا المطلب وكما في السياق السابق تطبيقا على عقود الإعداد (المعلوماتية) أي تطبيق الأحكام العامة عليها ،دون الخوض بالنظرية العامة بشكل منفصل .

المتعاقدين متى شاء مع مراعاة ميعاد الإخطار الذي يعينه القانون او الاتفاق . .د، احمد شرف الدين /نظرية الالتزام .مرجع سابق ص ٤٠٧ وما بعدها

(٢) - أستاذنا الدكتور أحمد شرف الدين – نظرية الالتزام – مرجع سابق ص ٤٠٧-٤٠٨ . و.د. أنور سلطان . مرجع سابق ص ٢٨١.

(٣)- المادة ٥ من القانون المدني المصري وهي تقابل المادة ٦٦ من القانون المدني الأردني ، وقد جاءت المادة ٧والمادة ٨ من مشروع القانون المدني الفلسطيني أوضح من حيث الصياغة فقد نصت المادة ٧ منه (لا يجوز التعسف في استعمال الحق)والمادة ٨ (يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية أ-إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير ب- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة ج- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. د- إذا كان من شانه أن يلحق بالغير ضررا غير مألوف) .

ونقول هنا إن المبدأ العام في العقود أن المدين إذا امتنع عن تنفيذ العقد رغم اعذاره فللدائن أن يمتنع عن التنفيذ هو الآخر. ([1]) وله كذلك أن يلجا إلى القضاء
للمطالبة بالتنفيذ العيني الجبري فيما لو قامت شروطه .([2])
فالمسؤولية العقدية تثار مابين المقاول والمستخدم، ما دام أن احدهما قد اخل بالتزامه تجاه الآخر،فقد يتفق المستخدم مع المقاول على تقديم صفة معينة، أو وظيفة معينة في البرنامج ،ففي حالة إخلال المقاول بهذا الالتزام تثار مسؤوليته العقدية متى أصاب المستخدم ضرر. وسواء أكان هذه الضرر نتيجة لإغفال المقاول وضع هذه الميزة في البرنامج، أم لخلل في النظام التقني نفسه (البرنامج المتفق عليه) . ([3])
وحيث يرى الفقه أن لا قيمة حقيقية بشان إلزامية العقد ما لم تتقرر مسؤولية نتيجة لإخلال أي منهم بتنفيذ التزامه،([4]) وذلك لان الالتزامات التعاقدية تقوم على عنصرين ، عنصر المديونية وعنصر المسؤولية ، فإذا كان قانون العقد يحكم العنصر الموضوعي وهو الالتزامات التعاقدية ، فمن الطبيعي أن يحكم عنصر المسؤولية وهو الإخلال بتنفيذ التزامات الإطراف الناشئة عن عقد الإعداد ، انطلاقا من أن أطراف العقد لم يقدموا على إبرامه إلا تحقيقا لآثاره . وانطلاقا من ذلك يترتب أن تخضع الآثار غالبا لقانون العقد، والذي بدوره يحكم القوة الملزمة للعقد،وبالتالي نتائج الإخلال بالتنفيذ وحتى عدم التنفيذ .

---

(١) – تنص المادة ١٦١ من القانون المدني المصري على انه (في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به) وهي تقابل المواد ٢٠٣ من القانون المدني الأردني و ١/٢٠٣ من مشروع القانون المدني الفلسطيني . وتنص مبادىء العقود التجارية الدولية في المدة ٧/ ٣/١ من القسم الأول (١– إذا التزم الطرفان في وقت واحد فان لكل طرف ان يمتنع عن التنفيذ حتى يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ ٢– اذا كانت التزامات الطرفين على التوالي فان الطرف الملزم بالتنفيذ بعد يجوز له أن يمتنع عن التنفيذ حتى يقوم الطرف الأول بالتنفيذ) راجع في ذلك د. احمد شرف الدين –المرجع السابق هامش ١١٦ ص ٤٥١ .

(٢)- راجع المواد ٢٠٣ و٢١٩ و٢٢٠ من القانون المدني المصري والمادة ٣٥٥ من القانون المدني الأردني والمادة ٢٦٠ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٣) - د. عادل أبو هشيمة- عقود خدمات المعلومات – مرجع سابق ص٢١٦ .

(١)- د . احمد عبد الكريم سلامة – علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا- مكتبة الجلاء – المنصورة ٢٠٠٥ ص ١١٣٢ .

وقبل الحديث بتوسع عن وسائل إجبار المدين على التنفيذ العيني للعقد ، لابد في عقود الإعداد (وكما في العقود الأخرى) من اعذار المدين ،وذلك حسب القواعد العامة ، ويتم الرجوع إلى قانون العقد لمعرفة هل الاعذار ضروري ام لا ، ويجب التفرقة بين ما إذا كان الاعذار منصوصا عليه في الشروط التعاقدية، فيعتبر بالتالي جزء من موضوع العقد ،([1])ويخضع لقانونه ، أم تم إغفال ذكره وبالتالي نطبق بخصوصه القواعد العامة ،التي تبين متى يكون الاعذار واجبا ومتى يتم التنازل عنه ...الخ وكذلك متى يتم الخضوع لقانون دولة تنفيذ عقد الإعداد إذا كان العقد دولي مثلا.

فالاعذار هو إجراء يتخذه الدائن لغرض حث المدين على تنفيذ التزامه ، وتذكيره بان الدائن لازال يريد تنفيذ الالتزام و وتحميله النتائج التي تترتب على عدم تنفيذه للعقد ،([2]) وهو شرط من شروط قيام المسؤولية العقدية . وبتطبيق ذلك على عقود الإعداد نلاحظ أن الدائن يمكن أن يعفى من الاعذار إذا كان التزام المدين هو التزام بالامتناع عن عمل وقام به ، فلو تم الاتفاق في العقد على عدم جواز استخدام المستخدم (المستفيد) للبرنامج في غير الموضع أو النظام أو الطريقة المتفق عليها مثلا وقام بذلك كان مسئولا دون حاجة إلى اعذاره . أو اذا كان المدين مسئولا عن إنجاز العمل في مدة معينة ، وملتزما بذلك وانقضت هذه المدة دون إتمام التزامه تسقط الحاجة إلى اعذره ، فلو عهد إلى شركة برمجة معينة بالقيام بإعداد مقاولة نظام معلوماتي معين لمعرض طبي مثلا وفي وقت محدد ، وانتهى

---

(٢) - غالبا ما تتضمن عقود المعلوماتية (الإعداد) نصا يحتوي على كيفية المراسلات والإخطارات والتبليغ فيما بين الأطراف، لمزيد من التوسع راجع .د، فاروق الحفناوي – عقود البرمجيات –مرجع سابق ص١٠٦ وما بعدها أو يمكن مراجعة:

Software license agreement /Microsoft agreement .Licensing service agreement

متوفرة على الموقع التالي http./ www.microsoft .com service providers

(١)- عرفت محكمة التمييز الأردنية الاعذار بأنه (وضع المدين في حالة المتأخر في تنفيذ الالتزام الذي تعهد به ،لان مجرد حلول اجل الالتزام لا يكفي في جعل المدين في هذا الوضع القانوني بل لابد من اعذاره فقد يحل الالتزام ومع ذلك يسكت الدائن عن طلب التنفيذ من المدين ،فيحمل ذلك على التسامح وانه لم يصبه ضرر من تأخر المدين وانه رضي ضمنت بمد الأجل ...) تمييز حقوق ٩٦/١٥٤٤ .مجلة نقابة المحامين س٤٦.ع ٣-٤ آذار ونيسان ١٩٩٨ ص ١٠٧٨ . وقضت محكمة النقض المصرية بان(الاعذار لا يتحقق بالمعنى القانوني إلا إذا تضمن تكليف المدين بالوفاء بالالتزام الذي قصر في تنفيذه ...) نقض.مدني ١٩٧٩/١/٢٥مجموعة المكتب الفني .س٣٠-رقم ٧٥ ص٣٧٥. وكذلك نقض ١٩٨٤/٤/٣ س٣٥ ص٦٤٠. ويمكن مراجعة د. شكري سرور – موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري –ط١/القاهرة ١٩٨٥.ص٣٦٠-٣٦٤.و،د. أنور سلطان –أحكام الالتزام –دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللبناني.دار النهضة العربية . القاهرة ١٩٧٤. بند رقم .٣٥٢ . ص ٣٦٧

وقت المعرض دون ان تقوم بإعداد هذا النظام ،فانه يصبح لا مجال ولا ضرورة أساسا لتنفيذ هذا العقد أصلا ، وتقام عليها المسؤولية دون حاجة إلى اعذارها .
وكذلك وحسب القواعد العامة لا حاجة إلى الاعذار في عقود المعلوماتية،فيما لو أصبح تنفيذ هذا العقد مستحيلا ،أو أعلن المدين بتنفيذه صراحة عن عدم استعداده

أو قدرته أو رغبته في التنفيذ .(١)

أولا / الدفع بعدم التنفيذ :

تنص المادة ١٦١ من القانون المدني المصري على انه (في العقود الملزمة لجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به)(٢). وقد تحدثت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري والخاصة بهذه المادة فقضت بأنه (من الأصول التي يقوم عليها نظام العقود الملزمة للجانبين ارتباط تنفيذ الالتزامات المتقابلة فيها على وجه التبادل أو القصاص، فإذا استحق الوفاء بهذه الالتزامات لا يجوز تفريعا على ما تقدم أن يجبر احد المتعاقدين على تنفيذ ما التزم به قبل قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل ،وعلى هذا الأساس يتعين تنفيذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد) . (٣)
وعطفا على ذلك نلاحظ انه يجوز لكل طرف من أطراف العقد الملزم للجانبين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه أو يوقف تنفيذه ،حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل له ، فهو امتناع مشروع عن تنفيذ التزام مؤقت بسبب عدم قيام الطرف المقابل بتنفيذ التزامه . (٤) والذي رأت فيه محكمة النقد المصرية تطبقا خاصا من تطبيقات الحق في الحبس .(٥) وقالت المحكمة (خاصا) وذلك لان مجال عمل الحق في الحبس وتطبيقه

---

(١)-راجع المادة ٢٢٠ من القانون المدني المصري وهي تقابل المواد ٣٦٢ مدني أردني و ٢٨٠مشروع فلسطيني
(٢)- تقابل المواد ٢٠٣ مدني أردني و ٢٠٣ مشروع مدني فلسطيني.
(١)- مجموعة الأعمال التحضيرية.مرجع سابق ج٢. ص ٣٣٣.
(٢)- أستاذنا الدكتور احمد شرف الدين –نظرية الالتزام –ج١،مرجع سابق ص٤٥١. و.د.أنور سلطان- مصادر الالتزام –مرجع سابق ص ٣٠٠-٣٠٧.
(٣) - قضت محكمة النقض المصرية بان (خولت المادة ١٦١ من القانون المدني المصري للمتعاقد في العقود الملزمة للجانبين،حقا في أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به وهذا الحق وهو ما اصطلح على تسميته بالدفع بعدم التنفيذ – إن هو إلا الحق في الحبس في العقود الملزمة للجانبين).طعن ٣٠/٣٥ جلسة ١٩٦٥/١١/١١ س١٦، ص١٠١٨.قضاء النقض في المواد المدنية، قاعدة ٨٦٣ ص ٢٧٢.

أوسع نطاقا من مجال عمل الدفع بعدم التنفيذ .([1]) وبتطبيق ذلك على عقود الإعداد فيما لو توافرت شروط الدفع بعدم التنفيذ ،([2])فان امتنع المستخدم أو المستفيد عن دفع الثمن مثلا أو عن دفع الأقساط التي تم الاتفاق عليها في مواعيدها ،

فهل سيبقى المبرمج ملتزما بمواصلة إعداد البرنامج لتسليمه في المعد المحدد ،أو إذا كان المستخدم ينتظر تسلم معدات برمجة ،أو معلوماتية معينة في موعد محدد ،وتأخر المبرمج أو المنتج في التسليم ،فهل سيلتزم بدفع الثمن أو الأقساط المستحقة في حينها ؟؟؟

رأينا أن القواعد العامة تقضي بأنه لا يجبر الدائن على تنفيذ التزامه إذا امتنع المدين عن التنفيذ أو تأخر ، وذلك انطلاقا من نظرية سبب الالتزام المباشر ،([3])

وعلى ذلك لا يجبر الدائن في عقود الإعداد بتنفيذ التزامه طالما الطرف الآخر لم يقم بذلك ولكن بشرط أن يكون التقابل في الالتزامات التي تحمل موضوعا واحدا في عقد واحد أو في ملاحق هذا العقد (دائما لعقود الإعداد ملاحق) .([4])

فلو كان بين الأطراف عقدين ، عقد إعداد ،وعقد بيع معدات ،وكان العقدين منفصلين ،بحيث لو قام المشتري بدفع ثمن المعدات ،فلا يجوز للبائع أن يمسكها بحجة أن المشتري نفسه لم يدفع أقساط عقد الإعداد، وكذلك لا يمكن للبائع أن يحجز هذه الأجهزة لديه ولا يسلمها للمشتري بعد دفعه لثمنها ، وذلك ضمانا لدين آخر في مستحق للبائع ذمة المشتري .

هذا من ناحية أما من ناحية أخرى فيشترط في من يمتنع عن تنفيذ التزامه انطلاقا من أن المقابل له لم يقم بتنفيذ التزامه ان يكون مستعدا لتنفيذ التزامه ،(حسن النية) بحيث تكون حجته في الامتناع عن التنفيذ مبنية على أسباب جوهرية ومعقولة .

فإذا لم يسلم المبرمج أو المنتج النسخة الاحتياطية مثلا من البرنامج الذي تم تسليمه على أقراص ، أو لم يسلم برنامج فرعي من مجمل البرامج ، أو

---

(١)- الحق في الحبس يشمل العقود الملزمة للجانبين وغيرها ، والدفع بعدم التنفيذ يقتصر العمل به على العقود الملزمة للجانبين . يمكن مراجعة الأستاذ .د، السنهوري –الوسيط- مصادر الالتزام ج١ المجلد الثالث ص ٨٢٨ .

(٢)- من المعلوم بداهة انه يجب أن تتوافر شروط لكي يستطيع المتعاقد أن يدفع بعدم تنفيذ العقد وهي أن يكون العقد ملزما للجانبين وان يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الأداء،مع وجوب مراعاة حسن النية في التمسك بهذا الدفع .للمزيد من التفصيل راجع/ د احمد شرف الدين – المرجع السابق .ص ٤٥٤-٤٥٥.

(٣)- أي سبب التزام المتعاقد هو التزام المتعاقد الآخر.

(١)- إن مجال إثارة الدفع بعدم التنفيذ مقصور على ما تقابل من التزامات طرفي كل عقد على حده. يمكن مراجعة .د، حسام الاهواني – مرجع سابق ص ٥٤٠ .ود، احمد شرف الدين .المرجع السابق. ص ٤٥٤-٤٥٥.

هامشي من مجمل نظام المعلوماتية المتفق على إعداده ، فان ذلك لا يعتبر عذرا كافيا لامتناع المستخدم أو المستفيد عن دفع الثمن أو المقابل بحجة أن المبرمج قد اخل بالتزام متقابل وسابق في موعد التنفيذ عن البدل حسب ما تم الاتفاق عليه بالعقد.

وهذه الأمور تخضع لسلطة القاضي التقديرية الذي يتحقق من جدية وجوهرية امتناع المدين عن التنفيذ ، ومدى تأثير ذلك على حق الدائن واستفادته من محل العقد الذي يحتج على أساسه بعدم التنفيذ . (١)

وبما أن الدفع بعدم التنفيذ هو إجراء مؤقت، فانه بالتالي لا يمكن أن يستمر الامتناع عن التنفيذ إلى ما لا نهاية خصوصا إذا لم تتحقق فائدة منه ، فللقاضي هنا أن يقرر التنفيذ العيني الجبري ،أو الفسخ ، أو حتى أن ينتهي الدفع بعد التنفيذ بتقديم المدين ضمانا يكفل به تنفيذ التزامه . (٢)

ثانيا / التنفيذ الجبري

يقصد بالتنفيذ العيني الجبري تمكين الدائن من الحصول على ذات الأداء الذي التزم به المدين ،(٣)وقد نصت المادة ٢٠٣ من القانون المدني المصري على أن المدين يكون مجبرا على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان هذا التنفيذ ممكنا ، وطالما ان التنفيذ العيني لا يتضمن إرهاقا للمدين ، أو أن يكون هناك إرهاقا بالمدين عبر التمسك بالتنفيذ العيني ولكن عدم التنفيذ عينا يلحق بالدائن ضررا جسيما ،ففي هذه الحالة فان مصلحة الدائن في تنفيذ التزامه عينا تقدم على مصلحة المدين بعدم إرهاقه (٤) .

والتنفيذ الجبري يعتمد على طبيعة الالتزام الذي امتنع المدين عن تنفيذه ،فإذا كان الالتزام هو التزام بتسليم شيء معين ،كمعدات مثلا ،وكان التنفيذ العيني لا يزال ممكنا ،ولا يقع به ضرر جسيم على المدين فان

---

(١)- د. حسام الاهواني – المرجع السابق ص ٥٤٤. و. د. السنهوري – الوسيط –المرجع السابق ص ٨٣٤-٨٣٦.

(٢)- د. السنهوري – الوسيط ، المرجع السابق ،ص ٣٣٨ . د، وحيد الدين سوار – شرح القانون المدني – النظرية العامة للالتزام.ج١. مصادر الالتزام –المصادر الإرادية –ج٢ دمشق ١٩٩١ ف ٦٠٦ص ٥ .

(٣)- د. منذر الفضل- النظرية العامة للالتزامات- ج٢.أحكام الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع.عمان ١٩٩٨ ص ١٦.و.د، السنهوري –الوسيط – المجلد الثاني.ج٢.المرجع سابق ص ٧٥٧ .

(١) - تنص المادة ٢٠٣٣ على (١- يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادتين ٢١٩و٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ممكنا ٢- على انه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له ان يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما) تقابل المواد ٣٥٥ من القانون المدني الأردني و٢٦٠ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.وللتوسع في ذلك يمكن مراجعة .د، السنهوري المرجع المشار إليه أعلاه ص٧٦٠ومابعدها. و.د. أنور سلطان – أحكام الالتزام – مرجع سابق بند ٤٢ . ص ٤٥-٤٦

القاضي في هذه الحالة يمكن له ان يحكم بالتنفيذ العيني الجبري ، وكذلك لو امتنع المستخدم في عقود الإعداد عن دفع المقابل ،فيمكن إجباره على ذلك عن طريق الحجز على أمواله مثلا واستحصال المبلغ أو المقابل الذي رفض أداءه ، وهو ما يمكن فعله كذلك فيما لو امتنع المبرمج (المنتج) عن تسليم البرامج التي قام بإعدادها أو المعدات التي يجب ان توضع البرامج عليها لتعمل حسب الغرض المخصص لها ، فيمكن في هذه الحالة ان يتم التسليم عن طريق التنفيذ العيني الجبري .

أما إذا كان التزام المدين القيام بعمل غير التسليم فيجب أن نفرق بين حالتين ،إذا كانت شخصية المدين ليست محل اعتبار ،فيمكن أن يتم التنفيذ على نفقة المدين (وهنا نلاحظ البرامج النمطية) فإذا كان التزام المدين مثلا هو الإفراز وامتنع عنه فيمكن ان يتم هذا العمل بواسطة أو من خلال شخص ثالث وعلى نفقة المدين .

أو في حالة أخرى إذا كان التزام المبرمج تركيب نظام معلوماتية،وقام هذا المبرمج بالتنفيذ الجزئي (وكان هذا العمل مما يتقنه ويعرفه مهندسو الاتصالات والمعلومات) فليس هناك ما يمنع من ان يقوم القاضي بتقرير اللجوء إلى شخص ثالث لإتمام هذا العمل وعلى نفقة المبرمج نفسه . (١)

أما إذا كانت شخصية المدين محل اعتبار قلا يمكن التنفيذ الجبري بواسطة طرف ثالث ، أو حتى لا يمكن إجبار المدين على القيام بهذا العمل إكراها ،وخصوصا إذا كنا أمام إبداع سيقوم به المبرمج في عقد إعداد (مقاولة) لصالح شخص معين (فهذا ما يشكل قريحة الفكر ونتاج الذهن) كالفنان مثلا فلا يمكن إجباره ، وليس أمام الدائن في مثل هذه الحالة إلا الخيار مابين المطالبة بفسخ العقد والتعويض أن كان له مقتض ، أو المطالبة بفرض الغرامة التهديدية. (٢)

ثالثا / الغرامة التهديدية:-

الغرامة التهديدية هي مبلغ من المال يفرضه القاضي على المدين إذا امتنع عن تنفيذ التزامه بموجب عقد وكانت شخصيته في هذا الالتزام محل اعتبار . (٣)وتفرض على شكل دفعات عن كل يوم تأخير ، ويتمتع

---

(١) المادة ٢٠٩ من القانون المدني المصري وهي تقابل المواد ٢/٣٥٦ مدني أردني و ٢٦٧ مشروع فلسطيني

(٢) - المادة ٢١٣ من القانون المدني المصري والمادة ١/٢٧١ مشروع مدني فلسطيني .

(١). د. شكري سرور-موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المني المصري –ط١ ١٩٨٥ بند ٢٦ .ص٧١

ولم يعرف المشرع الأردني نظام الغرامة التهديدية بشكل مباشر ولكنه أشار إلى نظاما مشابها في باب التنفيذ بطريق التعويض .انظر المادة ٣٦٠ مدني أردني وانظر في ذلك.د، صلاح الدين الناهي – أحكام الالتزام –دراسة تحليلية موازنة – مجلة نقابة المحامين الاردنين- ملحق الأبحاث-٢٩.كانون أول ١٩٨٥ ص٥٧.

القاضي بسلطة تقديرية واسعة وكبيرة في فرضها ، والآلية اللازمة لتنفيذها .
وهي تعتبر وسيلة ضغط الهدف منها دفع وحث المدين الذي شخصيته في تنفيذ الالتزام محل اعتبار على القيام بالتنفيذ ، وذلك عبر دفعه مبالغ إضافية إن لم يقم . (١)
وإذا تعذر تنفيذ الالتزام رغم فرض الغرامة التهديدية ، فيصار إلى الفصل في القضية وتقرير الفسخ ، أو تقرير الفسخ مع النظر في مبلغ الغرامة إذا كان يصلح لكي يكون تعويضا عادلا أم فيه إثقال على من فرضت عليه ، وذلك لان الغاية منها كما أسلفنا هي الإثقال على المدين لدفعه لتنفيذ عين ما التزم به . فهذه الغرامة مصيرها إلى زوال أما بقيام المدين بالتنفيذ وبذلك تسقط ويحل بدلا منها التعويض عن التأخير بالتنفيذ أن كان له مقتض ، أو لا يقوم بالتنفيذ رغم فرضها وبالتالي يتم الحكم بالفسخ ويل بدلا منها جبر الضرر كتعويض حقيقي ونهائي (٢)
وقد تتشابه الغرامة التهديدية كثيرا في عقود الإعداد مع الشرط الجزائي ،(٣) وذلك عندما يفرض الشرط الجزائي على شكل دفعات عن كل يوم تأخير ، فلو اتفق المبرمج مع المستخدم على ان يقوم المبرمج بإعداد نظام معلوماتي لصالح المستخدم وتضمن هذا الاتفاق أن يدفع المبرمج غرامة (مبلغ من المال) عن كل يوم يتأخر فيه عن موعد تسليم النظام ، فان ذلك يعتبر من قبيل التعويض عن الضرر الذي تعرض له المستخدم جراء التأخير في تسليم النظام ومباشرة أعماله وليس من قبيل الغرامة التهديدية .
مع ملاحظة أن ذلك لا يمنع من الاتفاق على الغرامة التهديدية بعقد الإعداد نفسه في صورة أن يتفق المستخدم مع المبرمج على أن يدفع الأخير غرامة محددة عن كل يوم تأخير عن إنجاز النظام،مع احتفاظ المستخدم لحقه بالمطالبة بالتعويض الكامل عن الضرر إذا تأخر المبرمج بتنفيذ التزامه .

و،د .عبد القادر الفار – أحكام الالتزام –دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ٢٠٠١.ص ٦٤.
(٢)- د. السنهوري – الوسيط – المجلد الثاني. آثار الالتزام –ج٢.ص ٨٠٥-٨١٧.
(١) -د السنهوري- المرجع السابق –ص ٨١٦. د. إسماعيل غانم . مرجع سابق. بند ١٨ –ود\ أنور سلطان- أحكام الالتزام –مرجع سابق – بند ٦٠ .ص ١٤٠ .ومجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري .ج٢ ص٥٤٠ .
(٢) - هو تعويض اتفاقي يقرره طرفا العقد عند التعاقد أو أثناء نفاذ العقد يلتزم المدين بدفعه إذا اخل بالتزامه وسبب ذلك ضررا للدائن . للتوسع راجع.د، السنهوري – المرجع السابق ص ٨٥١. و.د، سليمان مرقص –شرح القانون المني . مرجع سابق .ج٢.ص ٦٠٤ وما بعدها.

ففي هذه الحالة يتحقق المعني والقصد من الغرامة وذلك بحث المدين على تنفيذ التزامه دون أن يكون القصد منها التعويض ، فهي لا تعتبر هنا شرطا جزائيا ، لأنها بالنتيجة ،سوف تشكل وسيلة ضغط مؤقتة فقط وانتقالية مابين تقرير التعويض النهائي ، أو تقرير الفسخ مع التعويض ، أو انحلال العقد ، فهي كما أسلفنا إجراء مؤقت ينتهي بانتهاء الغاية من وجوده .

المبحث الثاني
الوسائل غير العادية للانتهاء

رغم ان الفقه المصري يرى بان فسخ العقد هو احد أسباب انحلاله ،(١)الا انه يتعين التميز بين مفهوم فسخ العقد و بين انحلاله ، خصوصا بالنسبة للأثر الرجعي لهذه التصرفات وعليه ففي عقود الإعداد إذا اخل احد المتعاقدين بالتزامه في مواجهة الآخر، يختلف مفهوم كل من الفسخ والانحلال اللذين يحق للمتعاقد الآخر المطالبة بهما وذلك لاختلاف مفهوم كل منهما في هذه العقود .

لذلك قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نبحث في المطلب الأول انتهاء العقد بالفسخ ونبحث في مطلب ثان انتهاء العقد بالانحلال.كأشهر الصور والوسائل غير عادية للانتهاء ، ولا يفوتنا ذكر ان هذه الصور ليست الوحيدة في هذا المجال فهناك انتهاء العقد بالاتفاق (التقايل)(٢) وهناك إنهاء العقد بالإرادة المنفردة(الإلغاء) فيما لو أجاز القانون ذلك .(٣)

المطلب الأول
انتهاء العقد بالفسخ

---

(١) - د، احمد شرف الدين – نظرية الالتزام – مرجع سابق ، ص ٤٠٧ ،و. د ، أنور سلطان – مصادر الالتزام – مرجع سابق ص ٢٨١.

(١)- قضت محكمة النقض المصرية بان (متى كان الطرفان قد تراضيا على إلغاء العقد فان هذا التفاسخ (التقايل) لا يكون له اثر رجعي إلا إذا اتفقا على ترتيب هذا الأثر ....) نقض ١٩٦٦/٤/٧س ١٧-رقم ١١٢ص ٨٢٥

(٢) - راجع المواد ٥٣١، ٧١٥، ٦٦٣ من القانون المدني المصري

عرفت محكمة النقض المصرية الفسخ بأنه (حل للرابطة العقدية بسبب إخلال احد طرفي العقد الملزم للجانبين بالتزام ناشيء عنه) . (١)

وقد نصت المادة ١٥٧ من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى على انه (في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إذا كان له مقتضى .) .(٢)

وعليه نلاحظ أن الفسخ لا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين ، بحيث إذا لم يف احد المتعاقدين بالتزام رتبه عليه العقد ، كان للطرف الآخر ان يطلب إنهاء العقد للتحلل هو الآخر من التزاماته .

والفسخ يرد على كافة العقود الملزمة للجانبين سواء كانت من العقود الفورية أم من العقود الزمنية (٣)، وهو لا يشترط ان يكون عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه كليا حتى يحق للآخر المطالبة به ، فهذا الحق يثبت للمتعاقد حتى لو قام الآخر بتنفيذ بعض التزاماته وهذا معناه أن عدم التنفيذ الجزئي يصلح سببا للفسخ ، ويدخل في نطاقه التنفيذ المتأخر وعدم تنفيذ التزام تبعي ، والتنفيذ المعيب ، ولكن كل ذلك بشرط أن يكون من شان هذه الصور ان تشكل إخلالا بالتزام جوهري. (٤)

ولا يهمنا في هذا البحث الخوض في تفاصيل الفسخ فمرجع ذلك للقواعد العامة ، فالذي يهمنا هنا هو تطبيق وتحديد مفهوم الفسخ على عقود الإعداد (المعلوماتية) وبيان كيفية المطالبة به وسلطة القاضي التقديرية بالحكم به .

ان الفسخ يعني انتهاء العقد بالاستناد إلى الماضي ، أي بأثر رجعي واعتباره كان لم يكن ،ولا يتحقق ذلك ما لم يكن المتعاقد الذي يطالب بالفسخ حسن النية أي انه مستعد لتنفيذ التزامه ، وقادر على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد .(٥) طبعا ويثبت حسن نية الدائن عبر قيامه

---

(٣)- نقض ١٨ /١/ ١٩٨٩ . الطعن ٥٦/٥٣٧ ق . مجموعة المكتب الفني س٤ ج١ رقم ٤٣ ص٢٠١ .

(٤) - تقابل المواد ٢٤٦ من القانون المدني الأردني و ٢٠٢ من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

(١) - نقض مدني ١٩٨٩/٣/٦ س ٤٠ عدد ١ رقم ١٢٧ ص٧٣٥ .

(٢)- جوهرية الالتزام عادة يتم تحديدها من خلال طبيعة العقد أو طبيعة التعامل بين الأطراف والظروف المحيطة –لمزيد من التفاصيل راجع – أستاذنا .د. احمد شرف الدين – نظرية الالتزام – مرجع سابق ص ٤١٠-٤٢٠ . و د. حسام الاهواني مرجع سابق .ص ٥٦٠-٥٦٣ .

(١) - د- حسام الاهواني –مرجع سابق . ص ٥٦٣ .د. نوري حمد خاطر – مرجع سابق ،ص٢١٢ . ود. احمد شرف الدين . المرجع السابق ص ٤٢٠ .

باعذار المدين لحثه على تنفيذ التزامه ووضعة تحت طائلة المسؤولية قبل مطالبته بالفسخ (١)، والاعذار هنا إلزاميا وليس جوازيا طبعا إذا لم يتفق على غير ذلك فان اكتشف المستخدم ان البرنامج أو حتى النظام معيب وقام بالتصرف به للغير ، لا يحق له المطالبة بالفسخ ، وذلك لان هذا التصرف يحمل في طياته دلالة قطعية على تنازله عن حقه بالمطالبة بالفسخ.

ويؤدي الحكم بفسخ العقد إلى اعتبار العقد كان لم يكن والى إعادة الحال إلى ما كانت عليه ، وبتطبيق ذلك على عقود الإعداد يعني أن على المستخدم أو المستفيد أن يرد ما استلمه من معدات أو برامج أو أجهزة متعلقة بالبرامج أو حتى بالنظام فيما لو تعاقد على نظام معلوماتي متكامل إلى المبرمج (المتعهد ، المقاول) وعلى هذا الأخير أن يرد المقابل .

هذا كلاما جيدا وتطبيقيا للقواعد العامة ولكن في عقود الإعداد يصعب في اغلب الأحيان إعادة الحال إلى ما كانت عليه ، إذ كيف ونحن نتعامل مع كيانات منطقية ، وكيف ،ويمكن ان يكون المستخدم قد استعمل بعضها .....الخ ، فما هو الحل لو تعذرت إعادة الحال في جزء من العقد أو حتى في العقد كله ؟ كان يتصرف المستخدم بالمحل إلى الغير حسن النية أو كان يهلك المعقود عليه جزئيا أو كليا ؟ أجابت على هذا التساؤل المادة ١٦٠ من القانون المدني المصري بقولها (إذا انفسخ العقد أعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض) .(٢) أي إذا لم يكن بالامكان إعادة الحال إلى ما كانت عليه ينفسخ العقد ويصار إلى التعويض ، أي يستبدل التعويض بإعادة الحال إلى ما كانت عليه .

فان كنا أمام عقد من عقود الإعداد بوصفه عقد من عقود المدة (العقود الزمنية) فليس لفسخه أثرا رجعيا كالعقود الفورية ، بحيث لا يترتب على الفسخ سوى إنهاء العالقات الناشئة عن العقد منذ وقوع الفسخ ، اذ ان طبيعة هذا العقد لا يمكن معها تطبيق الأثر الرجعي لان الزمن فيها كما أسلفنا مقصودا لذاته ، والتقابل بين الالتزامات يتم على دفعات بحيث لا يمكن الرجوع فيما نفذ منه (فكيف بعد استعمال برنامج معين اعد على سبيل الايجار ومضت مدة من الاستعمال مقترنة بدفع الأقساط ،يمكن الرجوع عما نفذ منه؟) ففي هذه الحالة يكون مقابل الاستعمال له صفة الأجرة وليس التعويض ، بحيث

---

(٢) - راجع سابقا المواد ١٥٧ مدني مصري و ٢٤٦ مدني أردني و ٢٠٢ مشروع مدني فلسطيني .

(١) - تقابل المواد ٢٤٨ مدني أردني و ٢٠٦ مشروع مدني فلسطيني .

ينفسخ العقد انطلاقا من الحاضر والمستقبل ولا تكون الأقساط الماضية سوى بدلا للإيجار مثلا . ([1])

ولابد من القول أيضا في مجال الفسخ أن عدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه الذي يشكل مبررا للمتعاقد الآخر للمطالبة بالفسخ يجب ان يكون راجعا إلى سبب ينسب إليه ، لا إلى سبب أجنبي لا يد للمدين به أو قدرة عليه ، فان أصبح تنفيذ عقد الإعداد مستحيلا لسبب أجنبي لا دخل للمدين به ، انقضى الالتزام وانقضى معه الالتزام المقابل ، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه في هذه الحالة وبحكم القانون.([2])

أما عن سلطة القضاء التقديرية في الحكم بالفسخ ، فيلحظ هنا ان الفسخ بالأصل قضائي ، ومقتضى ذلك أن إخلال احد المتعاقدين بالتزامه ، يعطي الحق للآخر بعد اعذاره بمطالبة القضاء بالحكم بالفسخ ، فالقانون ينشا الحق في المطالبة بالفسخ في العقود الملزمة لجانبين ، والقاضي في حكمه إنما ينشا الفسخ ، ولا يكشف عن عقد منفسخ ، إلا في حالة السبب الأجنبي والقوة القاهرة ، أو الفسخ ألاتفاقي ([3]) ، بان يرتب المتعاقدان شرطا بالعقد يجعل منه منفسخا من تلقاء نفسه إن لم يف احدهما بالتزاماته ، وهو ما أجازته المادة ١٥٨ من القانون المدني المصري . ([4])علما ان هذا الشرط لا يغني عن رفع الدعوى للحكم بالفسخ ، ولا يسلب القاضي سلطته التقديرية لرفض الحكم به ، أو منح المدين أجلا للتنفيذ (أي لا يتحتم على القاضي تطبيق الشرط) ([5])

---

(٢) - د. أنور سلطان – مصادر الالتزام – مرجع سابق ص ٢٩٤-٢٩٥ . و.د، احمد شرف الدين – المرجع السابق –ص ٤٤١ . و.د، السنهوري – الوسيط- مصادر الالتزام – المجلد الثاني ١ – مرجع سابق ص ٨٠٦ .

(١) - قضت محكمة النقض المصرية في هذا بان (ينفسخ عقد البيع حتما ومن تلقاء نفسه طبقا للمادة ١٥٩ من القانون المدني بسبب استحالة تنفيذ التزام احد المتعاقدين لسبب أجنبي ، ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد) طعن ٣٤/١٨٢ ق جلسة ١٢/٢٦ /١٩٦٤ س ١٩ ص ١٥٦٥ .قضاء النقض في المواد المدنية – مرجع سابق –قاعدة ٩٧٨ ص ٣٠٣-٣٠٤ . وفي نفس المعنى المواد ٢٤٧ من القانون المدني الأردني و٢٠٤ من مشروع القانون المدني الفلسطيني . ولمزيد من التفصيل راجع .د، السنهوري – المرجع السابق ص ٨٢٣-٨٢٤ . و .د، احمد شرف الدين – المرجع السابق ص ٤١٨.

(١) - د، حسام الاهواني – مرجع سابق ص ٥٧٥. ود. حمدي عبد الرحمن –الوسيط في النظرية العمة للالتزامات –الكتاب الأول – المصادر الإرادية للالتزام – العقد والإرادة المنفردة ،دار النهضة العربية- القاهرة ١٩٩٩ ص ٦١٤.

(٢)- نصت المادة على انه (يجوز الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعفي من الاعذار ، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه) . تقابل المواد ٢٤٥ من القانون المدني الأردني و ٢٠٣ من مشروع القانون المدني الفلسطيني

(٣) - أستاذنا .د. احمد شرف الدين – المرجع السابق ص ٤٣١ .

حيث يمارس القاضي في جميع الأحوال سلطة تقديرية واسعة في إقرار الفسخ حتى لو كان اتفاقيا أو قانونيا ، فان وج القاضي مثلا عدم التنفيذ جزئيا ، ورتب ضررا جسيما بحق الدائن يمكن ان يقرر الفسخ ، ، فلو باع المبرمج معدات النظام كاملة للمستخدم ،ملتزما في نفس الوقت بتزيد المستخدم بالبرامج المناسبة لهذا النظام ، ثم لم يف بذلك ، فيتعين على القاضي هنا الحكم بالفسخ ، لان هذا النظام سوف لن يعمل بدون البرنامج المناسب . ويذهب الفقهاء بالنسبة لعقود الإعداد أكثر من ذلك بقولهم حتى لو امتنع المبرمج أو المنتج عن تزويد المستخدم بالدليل (دليل التشغيل) وكان ضروريا لمباشرة العمل وتشغيل النظام يمكن للقضاء الحكم بالفسخ . (١)

وكذلك لو تأخر المبرمج أيضا في تسليم المعدات ، ولم يعد ضروريا بالنسبة للمستخدم تنفيذ الصفقة ، كان من حقه المطالبة بالفسخ .

وعلى جانب آخر فان اخل المستخدم مثلا في تنفيذ التزاماته أو تأخر فيها ،يحق للمبرمج المطالبة بالفسخ ، كما لو رفض تسلم البرنامج أو النظام بدون مسوغ أو عذر قانوني .

وفي مقابل ذلك يجوز للقاضي إلزام المدين بالتنفيذ الجبري ورفض طلب الدائن بالفسخ إذا كان ذلك ممكنا كما لو تعهد المدين بتنفيذ التزامه في مهلة محددة دون ان يلحق ذلك بالدائن ضررا ، وهذا لا يعني عدم الحكم بالتعويض للدائن فيما لو رفض القضاء الحكم بالفسخ نتيجة لإخلال المدين بالتزامه . (٢)

وهذا لا يعني أن للقضاء الحق في تعديل العقد وذلك لان العقد شريعة المتعاقدين ، والفسخ غير التعديل ، فالحكم بالفسخ هو إنهاء للعقد نتيجة لإخلال احد المتعاقدين بالتزامه ويكون بقرار من القضاء الذي استمد هذه السلطة من القانون مباشرة .(٣)

أما تعديل العقد فيجب ان ينص القانون صراحة على حق القاضي في التعديل ، لان الأساس هو مبدأ سلطان الإرادة وان العقد شريعة المتعاقدين وان التعديل يجب ان يكون بإرادة المتعاقدين ورضاهما.(٤)

---

(١) - د، نوري حمد خاطر – عقود المعلوماتية – مرجع سابق ص ٢١٥ وما بعدها ، د فاروق الحفناوي – قانون البرمجيات – مرجع سابق ص ٣٢٥ .

(٢)- د. احمد شرف الدين – المرجع السابق .هامش ص ٤٢٨ . وانظر نقض ١٩٨٤/٥/٢٢ س٣٥ رقم ٢٦٨ ص ١٣٩٠ (انقضاء الأجل دون وفاء بالالتزام لا يوجب على قاضي الموضوع الحكم بالفسخ)

(٣)- راجع المواد ١٥٧ مدني مصري و ٢٤٦ مدني أردني و٢٠٢ مشروع فلسطيني

(١)- انظر المادة ١٤٧ مدني مصري وهي تقابل المواد ٢٤١ مدني أردني و١٧٩ مشروع مدني فلسطيني

المطلب الثاني
انتهاء العقد بالانحلال

سار الفقه والقضاء على إطلاق مصطلح الفسخ على كل سبب ينتهي به العقد نتيجة للإخلال ،(١) وذلك رغم أن مدلول الفسخ يتمحور بإنهاء العقد بأثر رجعي واعتباره كان لم يكن ، وهذا ما اعترف به المشرع المصري في المادة ١٦٠ عندما نصت انه (إذا انفسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض) .(٢)

وفي عقود الإعداد فان تطبيق ذلك يكون على العقود فورية التنفيذ أو مؤجلة النفاذ ، ومن الصعوبة بمكان وكما أسلفنا تطبيق مفهوم الفسخ بالأثر الرجعي على العقود مستمرة التنفيذ ، كعقود إيجار البرامج ، ام منح حق الاستعمال (الترخيص بالاستعمال) والذي يكون بها الزمن عنصرا جوهريا ، بحيث ان كل وحدة زمنية تمر يقابلها منفعة ، فالزمن مقياس لتحديد التزامات وحقوق الأطراف في مثل هذه العقود ، وعلية لا يمكن إن أعملنا مفهوم الفسخ بالشكل التقليدي أن تتم إعادة الحال إلا ما كانت عليه قبل التعاقد ، لهذا نرى أن مصطلح الانحلال بالنسبة للعقد أدق في مثل هذه الحالات من استخدام مصطلح الفسخ ، حتى يتم تميزها عن العقود الفورية ، حيث أن الانحلال في العقود الزمنية وكما أسلفنا عند حديثنا عن فسخ هذه العقود ينهيها بالنسبة للمستقبل فقط.(٣)

على انه يجدر التنويه ان القضاء والمشرع لم يلتزما بهذه التفرقة ، فهما يستخدما في الغالب مصطلح الفسخ للدلالة على الاثنين ، فقد جاء نص المادة ٥٦٩ من القانون المدني المصري ليؤكد ما قلناه (١- إذا هلكت العين المؤجرة أثناء الايجار هلاكا كليا انفسخ العقد من

---

(٢) - د. أنور سلطان – مصادر الالتزام – مرجع سابق ص ٢٨٦ وما بعدها. د. إسماعيل غانم – مرجع سابق ص ٣٢٥ وما بعدها. د، احمد شرف الدين- المرجع السابق – ص ٤٠٧ وما بعدها.

(٣) - تقابل المواد ٢٤٨ مدني أردني و ٢٠٦ مشروع مدني فلسطيني.

(١) - يمكن أن نبقى على مصطلح الفسخ كما الفقه المصري ونميز بين العقود مستمرة التنفيذ والعقود فورية النفاذ بالنسبة للفسخ وأثره الرجعي ، بحيث لا اثر رجعي بالنسبة لفسخ العقود التي يكون الزمن عنصرا جوهريا فيها ، ولكن الفقه اليوم يفضل مصطلح الانحلال عند حديثه عن فسخ العقد مستمر التنفيذ (عقود المدة) . لمزيد من التفصيل يمكن مراجعة:- د. ياسر الصيرفي – نقد التمييز بين العقد الفوري والعقد المستمر – دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٩ص ٧ وما بعدها . د و وحيد الدين سوار – المصادر الإرادية – مرجع سابق – ص ٣٦٣

تلقاء نفسه ٢- أما إذا كان هلاك العين.....إما إنقاص الأجرة أو فسخ الايجار....الخ) .([1])

رغم ان الفقه قد رسخ الموقف بالنسبة للعقود المستمرة التنفيذ باعتبار ما تم دفعة من الأجر بدلا عن الانتفاع هو ليس على سبيل التعويض ، ولكنه مقابلا عن الاستعمال والانتفاع لمدة مضت ، اذ كيف ستعيد متعاقدين إلى ما كانا عليه قبل إيجار برنامج احدهما إلى الآخر وقيام هذا الآخر باستعماله سنة مثلا ، ومطالبته بعد تلك السنة بفسخ العقد لسبب جوهري ؟ كيف ستطلب منه أعادة الحال إلى ما كانت عليه والزمن في هذا العقد مقصودا لذاته لا بل هو يمكن أن يصنف على انه محلا في هذا العقد .([2]) وأخيرا لابد من القول أن اختلاف التسمية أو المصطلح لا يؤثر على سلطة القاضي التقديرية في الحكم بانحلال العقد مستمر التنفيذ ، نتيجة لإخلال المدين بالتزاماته ، فمثلا لو ان القاضي قد استظهر ان هناك شرط في عقد إيجار برنامج يقضي بانحلال العقد إذا ظهر برنامج أكثر كفاءة من البرنامج الذي في حيازة المستأجر ، فله أي للقاضي السلطة التقديرية الكاملة في التحقق من وجود مثل هذا البرنامج ومن ثم الحكم بانحلال العقد من عدمه (على ضوء استبيانه) ، وباختصار فان القاضي يملك نفس السلطات التي يملكها في تقرير الفسخ في العقود الفورية والمؤجلة النفاذ بالنسبة لتقرير الانحلال في العقود مستمرة التنفيذ ، سوى انه لا يحكم بإنهاء العقد بالنسبة للماضي والمستقبل ، بل يحكم بإنهاء العقد بالنسبة للمستقبل أي بانحلاله . ولابد من القول هنا ان ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من اتفاق على إنهاء العقد بالنسبة للمستقبل في العقود فورية التنفيذ .

---

(٢) - تقابل المواد ٦٨٧ من القانون المدني الأردني و ٦٨٥ من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

(١) - د. انور سلطان – المرجع السابق . ص ٢٩٤- ٢٩٥ و.د، احمد شرف الدين – المرجع السابق –ص ٤٤١ . و.د، السنهوري – الوسيط- مصادر الالتزام – المجلد الثاني ١ – مرجع سابق ص ٨٠٦ .

الخاتمة

غني عن الذكر أن دراستنا هذه دارت حول الإطار القانوني لعقود إعداد البرامج الالكترونية، وكان طريقنا فيها محاولة معالجة، هذه العقود من حيث النظم القانونية التي تتم من خلالها والآثار التي تترتب عليها ، ولعل الصعوبات الجمة التي تكتنف هذا الموضوع ، وحداثة العهد باستخدام عقود البرامج النمطية منها والعادية ، ولعدم وجود نصوص قانونية مباشرة تنظم هذه المسالة ، من ناحية أخري ، ولحداثة وجدة هذا الموضوع على المجتمع الفلسطيني وأهميته ، كانت أسبابا مجتمعة ، شكلت دافعا لاختيارنا ،للبحث والدراسة في هذا المجال ، مستلهمين كما أسلفنا سابقا ، تجربة الشقيقة الكبرى مصر في هذا المجال وتجارب الدول الرائدة فيه .

وقد قمنا بتقسيم هذا البحث إلى بابين ، يسبقهما فصل تمهيدي ، بحثنا من خلاله التعريف ببرامج الحاسب من الناحية التقنية والقانونية ، كمدخل لهذه الدراسة ، وبينا كيف ان المشرع سواء في مصر أم في الأردن أو قي اغلب التشريعات العربية ، لم يضعوا تعريفا مقترنا بحماية قانونية لبرامج الحاسب الآلي على شكل منظومة متكاملة ، تتضمن مفهوما لتلك الحماية ، سواء الأدبية أو المالية ، فهذه التشريعات في اغلبها تركت للوزارات حتى القيام بهذا التعريف .

ومن ثم بحثنا في اشهر الصور التي يتم بها التعاقد على البرامج ، وتبين لنا ان مجال تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقود ، قد اشبع بحثا ،واتفقنا انه إذا كان الهدف من التعاقد على البرامج هو تصميم وإنتاج البرامج لحساب مستخدم معين للقيام بوظائف محددة لديه ، فقد اتفق الفقه على اعتبار هذا النوع من العقود من قبيل عقد المقاولة.

وإذا كان بعض الفقه يرى أن ليس هناك ما يمنع من التعامل على البرامج انطلاقا من أحكام عقد البيع ، إلا أن الواقع العملي ، قد بين لنا ومن خلال دراستنا هذه ان غاية ما يهدف إليه مبرمج أو منتج البرنامج ، هو تمكين المستخدم من استعمال البرنامج ، مع الإبقاء لنفسه على السلطات الاستئثارية ، التي تمكنه من استغلال البرنامج ، وبالتالي فان اغلب واشهر صور العقود في هذا المجال هي عقود الترخيص بالاستعمال ، وبالرغم من اختلاف بعض الفقه أيضا حول طبيعتها إلا أن الرأي الراجح فيه أنها من قبيل عقود إيجار الأموال المعنوية ، ويرجح هذا التوجه ما تبين لدينا من أن المستخدم لا يملك في مواجهة المنتج أو المبرمج ، إلا حقا شخصيا يتمثل في تمكينه من استعمال البرنامج دون منحه القدرة أو الإمكانية على التصرف أو الاستغلال .

وبحثنا في هذه الصور العقد الأشهر في عقود الإعداد والذي يشكل راحة وسهولة عملية للمستخدم والمبرمج في نفس الوقت، انطلاقا من وحدة العقد وعدم قابلية الالتزامات فيه للتجزئة ، بحيث يبني المصمم أو المبرمج للمستخدم نظاما معلوماتيا كاملا ، يشمل البرامج والأجهزة ، ويسمى عقد تسليم المفتاح ، وكيف أن الفقه قد اجمع أيضا على اعتباره عقدا من عقود المقاولة ، انطلاقا من تبعية الأجهزة للبرامج التي تشكل المحل الأساسي للتعاقد بهدف القيام بوظائف معينة في مثل هذه العقود ، وباعتبار الأجهزة من ملحقاتها .

وانتهينا بذلك إلى ان البرنامج يمكن ان يكون محلا للكثير من التصرفات القانونية ، رغم ان بحثنا قد اقتصر على مقاولة الإعداد للبرامج وبعض أحكام عقد البيع التي ارتأى الفقهاء وجوب تطبيقها على مقاولة الإعداد .

ومن ثم قمنا ببحث انعقاد عقد الإعداد على ضوء الأحكام العامة في النظرية العامة للعقد في الباب الأول من هذه الدراسة ، وتبين لنا أن عقود إعداد البرامج هي من العقود الرضائية ، وان الكتابة في هذا المجال هي ضرورة عملية ، أكثر منها شرائط قانونية ، تستوجبها طبيعة المحل وكثرة الوثائق المرفقة ، وهي معتادة في هذه العقود ومطلوبة لضرورات عملية أيضا منها سهولة إثبات الالتزامات المنطوية على تقنية عالية ومصطلحات فنية ، على أنها رغم ذلك لا تشكل شرطا من شروط انعقاد هذا العقد . ومن ثم فقد اتضح لنا من خلال دراسة التعبير عن الإرادة ان التعقيدات الفنية التي تميز محل العقد وتحيط بعملية التعاقد ، تجعل من الأطراف في وضع غير متساو من حيث المعلومات والقدرة الفنية والعلمية للمستخدم في مواجهة المبرمج ، وعليه فقد تبين لنا ان الغلط في مواصفات البرنامج هو من الأمور الشائعة في هذه العقود ، وتبين لنا على اثر ذلك ضرورة استعانة المستخدم بمشورة فنية في هذا المجال ، وكيف ان القواعد التقليدية في الأحكام العامة قد تسعف في بعض الأحيان المستخدم في محاولة لرد جزء من التوازن للعقد إلا أنها غير كافية ، ولابد من إعمال قواعد قانونية أخرى إلى جانبها كقوانين حماية المستهلك ..الخ .

وعلى ضوء ذلك تبين لنا أيضا ان السكوت من قبل المبرمج أو المنتج في مثل هذه العقود يكاد يعتبر تدليسا بشقيه (الايجابي كالكذب في البيانات والمواصفات أو السلبي كالكتمان) حيث ان ضعف خبرة المستخدم الفنية وعدم التكافؤ فيها قد أشاع مثل هذه العيوب في هذه العقود والتي تسمح للمستخدم انطلاقا من أهميتها بالنسبة له بإبطال العقد ، وكان سببا في الاتجاه نحو ترسيخ الالتزامات قبل التعاقدية في مثل هذه العقود مثل ضرورة الاستعلام والتوصيف المستندي للبرامج وعقد المشورة الفنية ، وتقديم النصح والإعلام ..الخ .

وقد بحثنا في الفصل الثاني من الباب الأول البرنامج كمحل للعقد ، انطلاقا من تطبيق شروط المحل علية ، وتبين لنا انه وان كان كيانا منطقيا غير مادي الا ان التعبير عنه يجب ان يكون بوساطة مادية وهو بذلك تنطبق عليه شروط المحل ، فان كان البرنامج من المستحيل إعداده مثلا فان العقد يكون باطلا لاستحالة المحل ، على عكس فيما لو كانت هذه الاستحالة نسبية ، أي على شخص معين .مثلا . واتفقنا ان المحل في هذه العقود حتى يتم تواجده لابد أن يمر بعدة مراحل ، وشبهنا ذلك بقضية مقاولة بناء منزل (أفكار ، تصاميم. مواد ، بداية العمل ..الخ)

وفي قضية البرنامج كمحل لهذا العقد ميزنا بين نوعين من البرامج ، برامج نمطية متاحة للجميع ، وبرامج ذي مواصفات معينة يتم بناءها بناء على طلب مستخدم معين لتلبي وظائف معينة لديه ، وتبين لنا من خلال دراسة النوعين أنهما يصلحان ليكونا محلا متوافقا مع شروط المحل التقليدية في النظرية العامة للعقد ، وان البرنامج الذي يتم إعداده بناء على طلب يتم التعامل معه وفقا لأحكام المحل في عقد المقاولة ، أما البرامج النمطية فهي تباع على أساس بيع الحق بالاستعمال إن جاز لنا هذا التعبير .

ويتبقى في هذا المجال برامج التشغيل ، فقد توصلنا لنتيجة بخصوصها تتمحور

في اختلاف العلماء في تكيف التصرف القانوني المباشر عليها ، فقال البعض أنها من ملحقات الأجهزة المادية وبالتالي يسري عليها أحكام بيع الأجهزة . وقال البعض الآخر أنها لا تختلف عن البرامج النمطية أو البرامج التي يتم إعدادها بناء على طلب المستخدم. وبالتالي فعندما يتم شراء جهاز فان البرنامج الذي عليه (برنامج التشغيل) يعطي صاحبه الحق باستعماله هم فقط ولا يعطيه الحق باستغلاله أو بالتصرف فيه مستندين في ذلك إلى نصوص قوانين حماية حقوق الملكية الفكرية التي لم تميز بين أنواع البرامج ، واعتبرتها كلها مؤلفات أدبية تخضع للحماية بموجب قوانين حقوق المؤلف . والتي بدورها لا تبيح التنازل عن ملكية البرنامج ونسبته لغير مؤلفه ، وفقط هي تسمح بالاستعمال أو بالاستغلال المادي له .

ثم ناقشنا الثمن كمحل مقابل للبرنامج في هذا العقد وتبين لنا أن هذا المقابل للبرنامج تنطبق عليه شروط الأجر في عقد المقاولة إن كنا أمام عقد إعداد ، وتنطبق عليه أحكام بدل الايجار ان كنا أمام عقد يتم به إيجار البرنامج لمدة معينة ، وحتى شروط وأحكام الثمن في المبيع إن كنا أمام بيع حق الاستغلال ...الخ . من أسس تعيين هذا المقابل .

ثم قمنا بالفصل الثالث بدراسة بعض العقود النموذجية لاعداد البرامج (سواء تلك العقود النمطية الموجودة بالأسواق لبرامج معدة سلفا ، أو اهم

الشروط والاحكام التي تتضمنها مقاولات الإعداد عادة) ، وذلك في محاولة لتفسير عقد الإعداد ، فبحثنا في وثائق هذه العقود ولاحقها التي عادة ما تكون أجزاء مهمة من العقد وتشمل المواصفات الفنية واليات التنفيذ ، وبحثنا في الشكل ، وفي الشروط الشائعة للعقود النمطية ، وفي كيفية انطباق عقد الإذعان بمفهومه الواسع على هذه العقود ، الذي يكتفي بكون العقد قد تم تجهيزه مسبقا من قبل الطرف القوي (الموجب مثلا) ولا يقبل أي مناقشة فيه للشروط الواردة فيه ، ففي هذه العقود تبدو قوة الموجب عبر قيامه بأعمال متكررة ومتشابهة توافرت لديه الخبرة فيها والتي تمنه من إعداد العقد استقلالا عن الطرف الاخر ، فيما يبدو ضعف المستخدم في عدم قدرته التقنية أو العملية على مناقشة المبرمج .

وكيف أن هذه الأسباب قد دفعت المشرعين في الدول المتقدمة إلى مواجهة الشروط التعسفية في العقود التي يتضح فيها عدم تساوي المتعاقدين من حيث القدرة أو الخبرة، وهو في نفس الوقت ما دفعنا لمطالبة المشرع المصري والأردني والفلسطيني مستقبلا، بالأخذ بعين الاعتبار هذه المعطيات وتضمين القوانين الخاصة بهذه العقود وما شابهها الكثير من النصوص التي تسمح بمواجهة الشروط التعسفية ، التي يضعها مقتدر في مواجهة ضعيف أو محترف في مواجهة غير محترف .

وكذلك تبين لنا انه حتى قوانين حماية المستهلك تكاد لا تسعف في بعض الأحيان الإنصاف من الشروط المجحفة هذه وخصوصا إذا ماتم إعمال المفهوم الضيق لمن هو المستهلك بموجب نص القانون ، والذي يأخذ باشتراط ان تكون السلعة للاستخدام الشخصي أو العائلي فقط ، وهذا ما أثبتنا من خلال هذه الدراسة انه لا ينطبق على عقود الإعداد في رأي الكثير من الفقه لان الشخص الذي يطلب إعداد برنامج لتلبية أغراض عمله (سواء مصنع أو منشاة) هو أيضا مستهلك ضعيف في الخبرة والقدرة في مواجهة المحترف ، فما بالنا في فلسطين التي لا يوجد بها لغاية الآن قانون لحماية المستهلك .

وبان لنا أن في القواعد العامة ما يحمي الطرف الضعيف فيما لو تعسف القضاء في تطبيق المفهوم الضيق على تعريف المستهلك ولم يأخذ بالمفهوم الواسع ، ففي عقد أحكام عقد الإذعان أو نظرية التعسف في استعمال الحق . أو حتى في استغلال بعض عيوب الإرادة ما ينصف هذا الطرف الضعيف. مع تأكيدنا والذي اتضح لنا من خلال معطيات هذه الدراسة انه آن الأوان لوضع نظام قانوني كامل يحكم التصرفات التي تقع على برامج الحاسب وكيف تتم حمايتها وحماية المتعاقد عليها في نفس الوقت وذلك لأهميتها القصوى في حياتنا اليومية والتي لا يكاد يخلو بيتا ولا تخلو مؤسسة من وجودها فقد أصبح كل شيء في حياتنا محوسبا .

ومن ثم وفي إطار تفسير عقد الإعداد أيضا بحثنا في العقود فورية التنفيذ والعقود الزمنية وبينا كيفيا استئجار نظام معلوماتي كامل وشروطه وأحكامه والفرق بينه وبين شراء الحق باستعمال برنامج من على رفوف احد المحلات،وكيف أن المشتري يملك فقط الاسطوانة التي تضمنت البرنامج . وناقشنا في هذا المجال القوانين واجبة التطبيق من حيث الزمان والمكان وموقف القوانين النموذجية والاتفاقيات الدولية في هذا الشأن . وخصوصا عندما يكون العقد دوليا ، وكيف يحمي المشرع الوطني (في أحكام عقود نقل التكنولوجيا في قانون التجارة المصري الجديد مثلا) المواطن من شروط الشركات الكبرى ، وخصوصا في إلزامها له بالتحكيم عبر اشتراط إجراءات معينة والتبعية لتعليمات غرف تحكيم محددة . وأكثر من ذلك لإبطال التشريعات الوطنية للكثير من الشروط المجحفة في هذا المجال ، وطالبنا بالإقتداء بالتوجيهات الأوروبية والتي تضمنتها القوانين الفرنسية والإنجليزية بخصوص شروط القوانين واجبة التطبيق على هذه العقود سواء من حيث المكان أو من حيث الزمان .

ومن ثم انتقلنا في الباب الثاني من هذه الدراسة لبحث آثار عقود إعداد البرامج وانتهائها ، ورغم أن نقل الملكية يشكل التزاما من التزامات الأطراف ويجب بحثه معها إلا أننا خصصنا له فصلا أوليا في هذا الباب لوحده وذلك بسبب ان نقل الملكية في عقود الإعداد ذي طبيعة خاصة ، وان هذه الملكية لا تنتقل إلى احد وتبقى لصيقة بشخص مؤلفها ومبدعها .
ولتبيان ذلك على أوضح صورة بحثنا في مبحث أول نقل ملكية الأشياء المادية سواء المعينة بالنوع أو المعينة بالذات ، ومدى انطباق أحكامها على الأجهزة المعلوماتية ، وناقشنا فيه موقف القانون المدني من الأموال وتقسيماتها ، وحالات التعامل مع الأجهزة سواء عبر التوصية مباشرة بإنشائها أو عبر شرائها مع نظام معلوماتي متكامل ، أو بشرائها منفردة ومن ثم الاتفاق مع مبرمج على وضع برامج تتفق معها .
ومن ثم بحثنا في حقوق الملكية الفكرية ومدى اعتبار البرنامج مصنفا أدبيا في ضوء توجه التشريعات الحديثة والاتفاقيات الدولية لحماية برامج الحاسب الآلي عبر تشريعات حماية حقوق المؤلف . فتطرقنا لمن هو المؤلف للبرنامج في ضوء هذه القوانين ثم تناولنا بحث الأشخاص القائمين بإعداد البرامج سواء كان المؤلف في شكل منفرد أو في شكل جماعي ، أو في شكل مصنف مشترك .
وبعد ذلك بحثنا في حقوق المؤلف على مصنفه أي حقوق المبرمج أو المنتج لهذا البرنامج عليه ، انطلاقا مما تمنحه إياه تشريعات الملكية الفكرية ، فناقشنا كيف ان البداية كانت عند حقوق براءات الاختراع،في التعامل مع البرامج ، وكيف ان التطور السريع فيها والنقلات النوعية التي

حدثت لها و وطول مدة وصعوبة الحصول على البراءة ، قد حذت بالفقه للمطالبة بإخراج البرامج من هذه الدائرة لصعوبة انطباق أحكامها على البرامج الالكترونية خصوصا فما كان من التشريعات المعنية الحديثة إلا أن أخرجت المؤلفات التي محورها معادلات رياضية من انطباق نظام براءات الاختراع عليها ، وتوصلنا لنتيجة مفادها أولا أن المشرع قد أحسن صنعا باعتبار البرنامج مؤلفا أدبيا يخضع للحماية بموجب تشريعات حماية حقوق المؤلفين ، وثانيا انه لا ضير من انطباق أحكام البراءة على البرنامج أن كان البرنامج نفسه جزءا من جهاز حصل على البراءة ، كما سار عليه القضاء والعمل في الولايات المتحدة الأمريكية .

وعلى ضوء التوصل لتلك النتيجة تناولنا حقوق المؤلف على برنامج الحاسب الآلي ، فناقشنا الحقوق المالية للمؤلف ، كحقه في استغلال برنامجه إلى أقصى الدرجات ، وحقه في منح الترخيص بالاستعمال ، والاستثناءات الواردة عليهما ، وكذلك حقه في المطالبة بتعديل الاتفاق في ظل حالات معينة كفلها له القانون ، وسائر التصرفات الأخرى كحقه في تأجير برنامجه ، واشتراط عدم نسخه أو تعديله ...

وبعد ذلك وفي الإطار نفسه بحثنا في الحق الأدبي لمؤلف البرنامج من حيث حقه في الأبوة ونسبة البرنامج إليه وكيف ان هذا الحق ابدي لا يجوز التصرف فيه ولا تسري التصرفات القانونية الأخرى ، وعن حقه في سحب برنامجه من الأسواق وتعديله وتحويره ، وحقه في احترام برنامجه وعدم تقليده أو تعديله أو نسخه ... الخ من الحقوق المتفرعة عن حقه في ملكية برنامجه ونسبته إليه طال الزمان ام قصر . وفي نفس الإطار أيضا بحثنا في الشروط التي يضعها مؤلف البرنامج انطلاقا من هذه الحقوق ، ويضمنها في عقد الإعداد والتي تشكل محاولة منه لحماية برنامجه زيادة على الحماية المدنية بشقيها العقدية والتقصيرية التي توفرها هذه القوانين .

وبعد ان تحدثنا في ملكية البرامج وكيفية التعامل معها انتقلنا في الفصل الذي يليه وبالتفصيل إلى الالتزامات المتبادلة بين المتعاقدين في عقد الإعداد ، والتي تتعلق بصفة خاصة في هذا النوع من العقود متأثرة بالطبيعة الخاصة لمحل هذا العقد أصلا ، أي بالتحديد بحثنا في الالتزامات المتبادلة التي تنبثق عن طبيعة هذا العقد فقط ، وذلك انطلاقا مما يتميز به التعامل على برامج الحاسب من الحاجة إلى الخبرات الفنية والتقنية ، والتي في اغلبها كانت مصادرها توجهات قضائية سببها طبيعة محل العقد ، فبحثنا في التزامات المبرمج أو المتعهد انطلاقا من كونه الطرف الأقوى من ناحية الخبرة والقدرة وذلك عبر إلزامه بتقديم المعلومات الحقيقية عن برنامجه وقدراته، وفرض المواصفات التي قدمها عبر مراسلاته وعروضه علية كالتزامات لولاها لما تعاقد المستخدم.

ورأينا كيف أن القضاء قد فرض على المبرمج أو المتعهد أيضا القيام بنصيحة المستخدم، لا بل والزمه بدراسة احتياجات المستخدم، وتقديم النصيحة على أساس هذه الدراسة، ومعونته بطريقة تسمح له بالتعبير عن احتياجاته، ووضعه في صورة المشكلات والعقبات المتوقع حدوثها للبرنامج محل التعاقد وسلبياته، وبعد ذلك بحثنا في التزام المبرمج بان يكون برنامجه مطابقا لحيثيات طلب المستخدم، وكيف ان هذه العقود وبمساعدة القضاء تعطي المستخدم الحق في الفحص والاختبار للبرنامج عبر تجارب وفحوص على عينات قبل صدور قبوله النهائي للبرنامج، فالعبرة ليست هنا بالمواصفات التي يتمتع بها البرنامج ولكن العبرة في عقود الإعداد بقيام البرنامج بالوظائف المناطة به أصلا والتي من اجلها تم التعاقد على إعداده، حيث ان التعاقد كمن في حاجة المستخدم لاستخدام البرنامج لحقيق أغراض محددة.

وقد ركزت هذه الدراسة أيضا على تقييم مدى إمكانية التمسك بالعيب الخفي في عقود الإعداد علما بأنه ينبع أساسا من عقد البيع، وارتأينا أن لا مانع قانوني من إعمال أحكامه على عقد مقاولة الإعداد، مع استنتاجنا بصعوبة تطبيق شروط تحققه على البرنامج انطلاقا من الطبيعة التقنية والفنية الخاصة للبرنامج (تكلفة عالية للكشف عنه، سبب العيب وتاريخ نشوئه) كلها أمور بحاجة إلى امهر الخبراء لذلك اقترحنا التمسك بشرائط تعاقدية كفترات التجربة وعقود الصيانة المرافقة واختبارات القبول، وإلزام المبرمج بالضمان لفترات معينة لكونها أسهل تطبيقا في هذا المجال وأسرع معالجة، ولكونها خير نصير للمستخدم في مواجهة خبرة المبرمج.

وعلى الجانب الاخر من الالتزامات وهي التي تقع على عاتق المستخدم، فقد ركزتا في هذه الدراسة على أهم التزامات المستخدم في عقود الإعداد، وهي التزامه بالتعاون والإفصاح بمنتهى حسن النية والتي تبين لنا من خلال دراسة هذا الالتزام أن على المستخدم اتخاذ ما يلزم من مساعدة وإجراءات لتحديد احتياجاته بدقة، والتعاون مع المبرمج بإعطائه كافة المعلومات التي يحتاجها والتي يسال عنها أو تلك التي لم يسال عنها بمنتهى الصدق والأمانة وخصوصا بالنسبة لتحديد الأغراض من البرنامج، تحت طائلة المسؤولية، والتي تتعاظم في حقه فيما لو استعان بخبراء ومشورة فنية

وكذلك بصدد التزامات المستخدم بحثنا في موضوع التزامه بتسلم البرنامج،وميزنا بين التسلم الذي يقع على عقد الترخيص بالاستعمال مثلا وبين التسلم في عقود مقاولة الإعداد والتي يكون التسلم بها باتا بعد قيام المستخدم بقبول البرنامج مبينين كيف يتم القبول في العقود الدولية بحيث يقترن باختبارات على عينات ومدد زمنية وتجارب ، وكيف أن هناك من

الأخطاء والعيوب التي جرى العرف في مجال البرمجيات على التسامح فيها انطلاقا من التعقيدات الفنية والتقنية لطبيعة المحل .
وبخصوص الالتزام التقليدي بدفع المقابل (ثمن أو اجر) بحثنا في كيفية الدفع في عقود الإعداد تاركين شروط الثمن للقواعد العامة ولما قلناه في الباب الأول من هذه الدراسة.
وعلى اثر بحث هذه الالتزامات والنتائج التي توصلت إليها هذه الدراسة انتقلنا
للبحث في المسؤولية عن الإخلال بهذه الالتزامات، سواء من الناحية القانونية ، أي موقف القانون والإمكانيات التي يمنحها للأطراف انطلاقا من النظرية العامة للالتزامات وتطبيقها على عقود الإعداد، أو من ناحية اتفاق الأطراف عينهم على تعويضات معينة فيما لو تم الإخلال بالالتزامات المتبادلة ، فبحثنا في التعويض الاتفاقي ، الذي عادة ما تقترن به هذه العقود ، وفي الشروط الجزائية التي يتم وضعها وسلطة القضاء في التعامل معها ، والوضع القانوني لشرط الإعفاء من المسؤولية في ضوء قوانين حماية المستهلك والقانون التجاري الجديد الذي أبطل مثل هذا الشرط وكذلك في ظل التشريعات المدنية التي تبيح إلى حد معين ذلك ، وكان رأينا أن شرط الإعفاء من المسؤولية فيما لو اشترطه الطرف الأقوى بالخبرة والمعرفة (المبرمج) يقع باطلا في اغلب الحالات إذا كان أمام مستهلك وكذلك إن كان عقدا دوليا والمبرمج أجنبيا والمتعاقد وطنيا .
وتحدثنا في الفصل الثالث والأخير من هذه الدراسة عن انتهاء عقود الإعداد ، فبحثنا في الأسباب العادية للانتهاء كالتنفيذ ، وطرقه في هذه العقود ، سواء كانت من العقود زمنية ام من العقود الفورية ، وكيفية أجبار المدين على التنفيذ ، منطلقين من القواعد والأحكام العامة في القانون ، محاولين تطبيقها على عقود إعداد برامج الحاسب ، وذلك وللأسف لكون المشرع المصري لم يعالج كما ذكرنا سابقا عقود إعداد البرامج في ظل نظام قانوني خاصا بها .
وبنفس النهج بحثنا في الوسائل غير العادية للانتهاء في هذه العقود ، فقد درسنا الفسخ بالنسبة لعقد الإعداد وتبين لنا اختلاف مفهومه في هذه العقود بين العقد الزمني من جهة والعقد الفوري ، والعقد المؤجل التنفيذ من جهة أخرى ، وذلك من حيث الأثر الرجعي للفسخ على كل منهما ، بحيث أن فسخ العقد الفوري ينتهي أثره بالنسبة للمستقبل والماضي وكذلك العقد مؤجل النفاذ ، أي يسري بأثر رجعي ، على عكس عقود الإعداد الزمنية ، والتي مناطها المدة فان تم الفسخ ، فلا يكون له اثر الا على المستقبل أي منذ لحظة إقراره .
وهذا ما دفعنا لتمييز فسخ عقود الإعداد الزمنية (العقود مستمرة التنفيذ) عن

غيرها ، مقترحين استعمال مصطلح الانحلال بالنسبة للعقد المستمر التنفيذ إذا ما اخل احد الأطراف بالتزام جوهري من التزاماته ، فقام الطرف الاخر باستعمال حقه بطلب فسخ العقد بسبب ذلك ، وكان قد مضى على البدء بتنفيذه زمنا ، فالزمن هذا هو وحدة قياس بالنسبة للالتزامات والحقوق المتقابلة ، لذلك قلنا ان تقرير الفسخ سوف يسري على المستقبل والحاضر فقط ، أما الماضي أو الوقت الذي استغرقه العقد نافذا ، والمقابل الذي تم دفعه(للانتفاع بالبرنامج مثلا) فكيف سيسري عليه فسخ ، وهو فقط يسري عليه انحلالا للعقد بالنسبة للمستقبل أي منذ لحظة تقريره ، والمقابل الذي تم دفعه عن تلك المدة يأخذ صفة الأجر (بدل الايجار مثلا) وليس التعويض عن الفسخ الذي لا يمكن معه إعادة الحال إلى ما كانت عليه .

وقد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى بعض التوصيات نجملها فيما يلي :

أولا : ضرورة قيام المشرع سواء في مصر أم في الأردن أم في فلسطين مستقبلا بوضع وتخصيص نصوص معينة في قانون حق المؤلف تبين ماهو المقصود ببرامج الحاسب الآلي ليتم القياس عليه كيفية بها وكيفية حمايتها ، ومدى حق الاستغلال لها وليس كما هو الحال عليه الآن باعتبارها مؤلفا أدبيا يسري عليها ما يسري على النصوص الأدبية والروايات..الخ ، فهي ذات خصوصية معينه سواء من حيث الكيان أو الطبيعة وهناك اختلاف كبير بينها وبين المؤلف التقليدي كالكتاب أو المسلسل .

ثانيا : نوصي ونقترح على المشرع في هذه البلدان ان يعالج عقد إعداد البرامج وحتى عقد منح حق الاستعمال وإيجار البرامج ، في قوانين وأنظمة خاصة بالبرامج تحديدا ، فما المانع من ان يصبح عقد الإعداد مثلا عقد من العقود المسماة ، وخصوصا بالنظر إلى درجة الأهمية التي وصل لها في أيامنا هذه ، فأي بيت وأي شركة وأي مؤسسة خاصة كانت ام حكومية تخلو من جهاز حاسب يحتاج إلى برامج لتشغيله ، فلذلك نوصي ونقترح على المشرع معالجة وتبيان أحكام هذه العقود وعدم تركها للقواعد العامة واستقاء الحكم في أي جزئية منه من اقرب العقود إليه أو من اجتهادات الفقهاء .

ثالثا : عدم استخدام الغلط الشائع بتسمية هذا العقد بعقد بيع حقوق معنوية ، كما يتم تسميته من قبل البعض وذلك لان الحقوق المعنوية لا يمكن بيعها ، أو نقل ملكيتها لأنها لصيقة بشخص مؤلفها ومبتكرها ، وات التصرفات التي تتم عليها هي في اغلبها تصنف على أنها تنازل عن حق الاستعمال أو الاستغلال المادي ، وليس الحق الأدبي ، لابل إن اغلب صور هذه العقود هي الترخيص بالاستعمال بعد قيام المبتكر بالإعداد .

رابعا : محاولة الحد قدر الامكان من التعامل واستخدام العقود النمطية أو النموذجية ، فهي تحتوي على الكثير من العيوب والأكثر من الشروط التي يبطلها القانون و وهي وان كانت ضرورة عملية في بعض البرامج البسيطة والمتوفرة بالأسواق حكرا على شركات معينة ، إلا أننا نقصد بشكل أكثر تحديدا الابتعاد عن العقود النمطية في البرامج الكبيرة والتي يتم إعدادها بناء على طلب المستخدم ، ومن ذلك أيضا إننا نحبذ ونوصي المستخدم دائما بالاستعانة بعقد المشورة الفنية ، قبل تعاقده على البرامج (استعانة بخبير في مجال البرمجة) لكي يتدارك معه وقوعه في أي مشاكل أو أغلاط و ويساعده بالتعبير عن احتياجاته بخير الطرق ، وكذلك يساعده في تفحص شروط المبرمج وعقوده وملاحقها .

خامسا: نقترح على المشرع وعلى القضاء في مجال إعداد البرامج ، باعتبار النصيحة التي يتوجب على المنتج أو المبرمج تقديمها للمستخدم ، التزاما أساسيا يقع على عاتقه ، سواء تم إبرام العقد أم لم يتم ، وتحديدا في مرحلة المفاوضات العقدية ، التي يكون بها المستخدم أحوج ما يكون للنصح والإرشاد و من حيث نوع وصفات البرنامج الذي يلبي احتياجاته وعيوب هذا النظام في نفس الوقت ، فلا يجب التعامل معها على أنها من باب حسن النوايا أو المساعدة أو أي شيء آخر بل نقترح أن يتم التعاطي معها على أنها التزام أساسي وجوهري يقع على عاتق المبرمج .

سادسا : بالنسبة للبرنامج الذي يعد خصيصا لمستخدم بناء على طلبه ، فنرى ان يتم منحة الحق بالاستغلال مباشرة ودون شراء هذا الحق أو طلب الموافقة على ذلك من قبل المؤلف ، طالما لم يوجد اتفاق بين المبرمج والمستخدم بعكس ذلك ، وهذا في رأينا لا يتناقض مع القواعد العامة ، حيث أن البرنامج اعد خصيصا لهذا المستخدم ، وقام هذا المستخدم بدفع الأجر كاملا عن إعداده ، ومن ثم فلماذا لا يكون له الحق باستغلاله ماليا ، ولماذا لا يقوم المشرع بالنص على ذلك صراحة وترك عكس ذلك لاتفاق الطرفين ، وليس كما هو عليه الحال الآن .

سابعا : نوصي بقيام المشرع الفلسطيني بالإقتداء بالمشرع المصري بخصوص نصه بالمادة الثالثة من قانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ على ان تكون اللغة التي يخاطب بها المستهلك هي لغته الأصلية ، أي اللغة العربية ، فنحن أمام مصطلحات تكنولوجية متطورة وأمام تقنية عالية ، بالكاد يستطيع الشخص العادي فهمها إن تم تعريبها ، فكيف والحال أن هذه العقود في مجملها تكون بالإنجليزية أو الفرنسية ، لذلك نطالب المشرع الفلسطيني عند تشريعه لقانون حماية المستهلك الفلسطيني أو عند تشريعة لمشروع قانون التجارة أن يلزم الموردين والمنتجيين والوكلاء لشركات البرمجة بتعريب بياناتهم حماية للمواطن وتنويرا له ، حتى يستطيع أن يفهم بشكل مقبول ما يتعاقد عليه .

ثامنا : نرى ضرورة أن تهتم تشريعاتنا الداخلية بالتطور الحاصل في مجل انتقال البرامج الالكترونية والمعالجة آليا عبر الحدود أي في مجالات افتراضية وعبر شبكة المعلومات الدولية ، لذلك نرى أن تتم معالجة قضية التعاقدات على إعداد البرامج وتسلمها واختبارات قبولها ودفع المقابل لها ، عبر الانترنت ، وتبيان أحكامها ، وهذا مما يقودنا للقول انه آن الأوان لتعديل بعض نصوص القانون المدني ، واستحداث أخرى تعالج قضية العقد الالكتروني ، وذلك حتى يتم البناء عليها في هذا المجال .

والله ولي التوفيق

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية

١- المراجع القانونية العامة :

د. أبو العلا علي النمر
دراسة تحليلية لمبادىء معهد روما المتعلقة بعقود التجارة الدولية . دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٠.
دور المستشار القانوني في عقود التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠١ .
د. احمد شرف الدين
أصول الصياغة القانونية للعقود ، القاهرة ١٩٩٨ .
نظرية الالتزام،ج١، مصادر الالتزام ،الكتاب الأول ،المصادر الإرادية ، القاهرة ٢٠٠٣ .
د. احمد عبد الكريم سلامة
علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع،أصولا ومنهجا ، مكتبة الجلاء المنصورة ٢٠٠٥ .
قانون العقد الدولي ، ط١ ، دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠١ .

د. احمد عبد العال أبو قرين
المسئولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري مضمونها وصورها وحدودها مع الضمان القانوني ،القاهرة ٢٠٠١ .
د. إسماعيل غانم
الوجيز في عقد البيع، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة ١٩٩٣.
محاضرات في النظرية العامة للحق، ط٣ القاهرة ١٩٦٦ من دون ناشر.
د. أنور سلطان
أحكام الالتزام، دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللبناني،دار النهضة العربية القاهرة ١٩٧٤.
مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، منشورا المكتب القانوني، نقابة المحامين الأردنيين، عمان ١٩٩٨.

المستشار. انور طلبة
مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية ،منشاة المعارف .١٩٩٦.
د. حسام الدين الاهواني
النظرية العامة للالتزام،ج١،ط١، دار النهضة العربية القاهرة ،٢٠٠٠

د. حسن عبد الباسط جميعي
اثـر عـدم التكـافىء بـين المتعاقـدين علـى شـروط العقـد، دار النهضــة العربيــة القاهرة، ٢٠٠١.
شروط التخفيف والإعفاء من ضمان العيوب الخفية،دار النهضة العربية القاهرة ،١٩٩٣.
د. حمدي عبد الرحمن
الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتـاب الأول ط١، دار النهضـة العربيـة القاهرة ١٩٩٩
د. خالد مصطفى فهمي
المســئولية المدنيــة للصــحفي عــن أعمالــه الصــحفية، دار الجامعــة الجديــدة، الإسكندرية ،٢٠٠٤ .

د. رشوان حسن رشوان
اثـر الظـروف الاقتصـادية علـى القـوة الملزمـة للعقـد، دار النهضـة العربيـة، القاهرة، ١٩٩٤.
د. رمضان أبو السعود
عقد الايجار في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت ١٩٩٣.
د. سليمان مرقص
الـوافي فـي شـرح القـانون المـدني -٢-فـي الالتزامـات، المجلـد الأول ، نظريـة العقد ، الطبعة الرابعة ، القاهرة ١٩٨٧ .
الـوافي فـي شـرح القـانون المـدني، العقـود المسـماة، المجلـد الأول عقـد البيـع، الطبعة الرابعة، عالم الكتب، القاهرة ١٩٨٠.
د. سميحة القليوبي
الملكية الصناعية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٦.
د. صلاح الدين الناهي
أحكـام الالتـزام ، دراسـة تحليليـة موازنـة ، منشـورات نقابـة المحـامين ، عمـان ١٩٨٥ .
د. صلاح زين الدين الأسمر
الملكية الصناعية والتجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع و عمان ،٢٠٠٠.
د. طرح البحور علي حسن فرج
تدويل العقد، منشاة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
د. عبد الرزاق السنهوري
مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الثالث، دار النهضة العربية، ١٩٨١
مصـادر الحـق فـي الفقـه الإسـلامي، الجـزء الرابـع معهـد البحـوث والدراسـات العربية ١٩٧٧
الوسـيط فـي شـرح القـانون المـدني، نظريـة الالتـزام.المجلـد الثـاني، منشـورات الحلبي الحقوقية بيروت ١٩٩٨.
الوسـيط فـي شـرح القـانون المـدني، ج٢، آثـار الالتـزام، منشـورات الحلبـي الحقوقية، ١٩٩٨.
الوسيط في شرح القانون المدني ،ج٧.العقود الواردة على العمل، المجلد الأول. منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ١٩٩٨.
د . عبد الحكيم فوده
تفسـير العقـد فـي القـانون المـدني المصـري والمقـارن ، منشـاة المعـارف ، الإسكندرية ١٩٩٣ .
د. عبد الفتاح مراد
شرح العقود التجارية والمدنية ، الطبعة الأولى . بدون ناشر، القاهرة ٢٠٠٠.
شرح النصوص العربية لاتفاقيات الجات، منظمة التجارة الدولية، بدون ناشر، القاهرة ١٩٩٧.
د. عبد المنعم فرج الصده
أصول القانون، منشاة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٤.

مصادر الالتزام. دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٢.
نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة، بيروت ١٩٧٩
د. عدنان السرحان و د . نوري خاطر
شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية ،الالتزامات ،دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ٢٠٠٠.
د. عز الدين عبد الله
القانون الدولي الخاص ، الطبعة التاسعة ،الهيئة العربية للكتاب ، القاهرة ١٩٨٦ .
علي حيدر
شرح مجلة الأحكام العدلية، مكتبة النهضة ،بيروت ١٩٨٠ .
المستشار. فتيحه قرة
أحكام عقد المقاولة ، منشاة المعارف الإسكندرية ،١٩٩٢ .
د. محسن شفيق
اتفاقية الأمم المتحدة بشان البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٨٨ .
د. محمد حسني عباس
العقد والإرادة المنفردة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠١ .
د. محمد حسام الدين لطفي
حقوق المؤلف في ضوء أراء الفقه وأحكام القضاء، بدون ناشر، القاهرة ٢٠٠٠.
د . محمد حسين منصور
النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ٢٠٠٢ .
د. محمد شكري سرور
شرح أحكام عقد البيع ، من دون ناشر، القاهرة ١٩٩٧ .
د. محمد لبيب شنب
شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٦٢ .
شرح أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٦٢.
د. مصطفى محمد الجمال
عقد البيع، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية ١٩٩٨.
د. منذر الفضل
النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ١٩٩٨.
د. نبيلة رسلان
عقد المقاولة، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩٧ .

د. نزيه الصادق المهدي
الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠.
النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠١ .
د. نواف كنعان
حق المؤلف، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٨ .
د. هشام علي صادق
القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشاة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥.
د. ياسر الصيرفي
الأثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٨.
نقد التمييز بين العقد الفوري والعقد المستمر، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٩.

٢- المراجع القانونية المتخصصة:

إبراهيم المنجي
عقد نقل التكنولوجيا، منشاة المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٢ .
د. احمد شرف الدين
عقود التجارة الالكترونية،تكوين العقد وإثباته ، دروس لطلبة الدكتوراه ،كلية الحقوق، جامعة عين شمس ، القاهرة ٢٠٠١ .
قواعد تكوين العقود الالكترونية، دراسة في القوانين النموذجية والاتفاقيات الدولية والقوانين المحلية ، القاهرة ٢٠٠٨ .
د. احمد عبد التواب بهجت
تطبيقات أحكام القانون المدني بشان بعض مجالات المهن التقنية والهندسية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠٢ .
د. احمد عبد العال أبو قرين
ضمان العيوب الخفية وجدواه في المنتجات الصناعية، دراسة تطبيقية على بيوع الحاسب الآلي،المواد الخطرة،منتجات الصيادلة والمنتجات الطبية ، القاهرة ١٩٩٦ .
د. احمد محمد سعد
نحو إرساء نظام قانوني لعقد المشورة المعلوماتي، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٥.
د. أسامة أبو الحسن مجاهد
خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٥.
د. أسامة احمد بدر

بعض مشكلات تداول المصنفات عبر الانترنت،في ضوء قانون حماية الملكية الفكرية المصري ، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٣.
د. السيد محمد عمران
الطبيعة القانونية لعقود المعلومات،(الحاسب الآلي ،البرامج ، الخدمات) مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٣.
الالتزام بالإخبار، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٩.
د. ايمن عبد الحفيظ
استراتيجية مكافحة جرائم استخدام الحاسب الآلي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠٤ .
د. ايمن العشماوي
المسئولية المدنية عن المعلومات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠٤ .
د. برنالد ،أ،جالر
الملكية الفكرية وبرامج الحاسبات، الطبعة الأولى، ترجمة،د، محمد حسام لطفي ،الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة ، القاهرة ١٩٩٨ .
د. ثروت عبد الحميد
التوثيق الالكتروني، مكتبة الجلاء، المنصورة ٢٠٠٢.
د. جمال عبد الرحمن علي
الخطأ في مجال المعلوماتية، الطبعة الثانية، مطبعة كلية علوم بني سويف ، ٢٠٠٣ .
د. حسام محمد عيسى
نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، دار المستقبل العربي ١٩٨٨.
د. حسن عبد الباسط جميعي
عقود برامج الحاسب الآلي (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٨ .
مسئولية المنتج عن الأضرار التي تسببها المنتجات المعيبة، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠.
د. خالد مصطفى فهمي
الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ٢٠٠٥.
د. خالد ممدوح إبراهيم
إبرام العقد الالكتروني، (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
د. سعيد سعد عبد السلام
الالتزام بالإفصاح في العقود ،دار النهضة العربية ،القاهرة ٢٠٠٠

د. سهير منتصر
الالتزام بالتبصر، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٩.
د. شحاتة غريب شلقامي
برامج الحاسب الآلي والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
الحق الأدبي لمؤلف برامج الحاسب الآلي، دار النهضة العربية و القاهرة ٢٠٠٤.
د. عادل أبو هشيمة
عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص، درا النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٥.
د. صابر عبد العزيز سلامة
العقد الالكتروني، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٧.
د. عباس العبودي
التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٧.
د. فاروق الاباصيري
عقد الاشتراك في قواعد المعلومات، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة للنشر. الإسكندرية ٢٠٠٢.
د. فاروق علي الحفناوي
موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات،(الكتاب الأول قانون البرمجيات ،والكتاب الثاني عقود الكمبيوتر) دار الكتاب الحديث، القاهرة ٢٠٠٣.
د. محمد السيد عبد المعطي خيال
المسئولية عن نقل المنتجات المعيبة ومخاطر التقدم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩٩

د. محمد حسام الدين لطفي
استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، القاهرة ١٩٩٣.
تأثير اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس) على تشريعات الدول العربية، القاهرة ٢٠٠٠ .
الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي، دار الثقافة للطباعة والنشر ، القاهرة ١٩٨٧ .
عقود خدمات المعلومات، دراسة في القانون المصري والفرنسي، القاهرة ١٩٩٤.
المسئولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٩٩.
المرجع العلمي في الملكية الأدبية والفكرية ، في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء ، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية ، القاهرة ١٩٩٩ .
د. محمد حسن قاسم
التعاقد عن بعد ، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ٢٠٠٥ .
د. محمد حسين منصور
المسئولية الالكترونية، منشاة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
د. محمد سعيد خليفة
مشكلات البيع عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٤.
د. محمد شكري سرور
مسئولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي ، القاهرة ١٩٨٣
د. نوري حمد خاطر
عقود المعلوماتية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ٢٠٠١.

د. يوسف عبد الهادي الاكيابي
النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في القانون الدولي الخاص ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ١٩٩٩ .

٣- الرسائل العلمية :

د. انس السيد عطية سليمان
ضمانات نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية من الوجهة القانونية – رسالة دكتوراة- حقوق عين شمس ، ١٩٩٦ .
د. تغريد ابو المكارم
الالتزام بالإعلام في عقود التكنولوجيا ، رسالة دكتوراه ، حقوق عين شمس ١٩٩٧ .

د. ثروت فتحي إسماعيل
المسئولية المهنية للبائع المهني،الصانع ، الموزع ، رسالة دكتوراه حقوق عين شمس ١٩٨٧.
د. جلال احمد خليل عوض
النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة ١٩٧٩ .
د. جمال عبد الرحمن محمد علي
المسئولية المدنية لمنتجي وبائعي مستحضرات الصيدلة، رسالة دكتوراه،حقوق القاهرة١٩٩٣.
القاضي. حازم صمادي
المسئولية في العمليات المصرفية، رسالة ماجستير . معهد البحوث والدراسات العربية . القاهرة، ٢٠٠٢.
د. خالد جمال احمد حسين
الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، رسالة دكتوراه، حقوق أسيوط، ١٩٩٦ .
د. خالد حمدي عبد الرحمن
الحماية القانونية للكيانات المنطقية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس. ١٩٩٢.
د. صالح ناصر العتيبي
دور الشروط الجوهرية والثانوية في العلاقة العقدية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠١.
د. صلاح الدين جمال الدين عبد الرحمن
عقود نقل التكنولوجيا – دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي – رسالة دكتوراه- حقوق عين شمس ١٩٩٣.

د. عبد الرزاق حسين سي
المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء ، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ١٩٨٧.
د. عبد الرسول عبد الرضا
الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانونين المصري والكويتي ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة ١٩٧٤ .
عمر المومني
التوقيع الالكتروني وقانون التجارة الالكترونية، رسالة ماجستير ، جامعة لندن ،٢٠٠٢ ،ترجمها مؤلفها ، دار وائل للنشر والتوزيع عمان ٢٠٠٣ .
د. عزة محمد خليل
مشكلات المسئولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب رسالة دكتوراه،حقوق القاهرة١٩٩٤.
د. محمد إسماعيل الغشيم
إجازة التصرفات، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة ١٩٩٥ .

د. محمد حسن عبد الله علي
نحو نظام قانوني خاص بحماية برمجيات الحاسب، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٧.
د. محمد سامي عبد الصادق
حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ٢٠٠٠.
محمد موسى خلف
التعاقد بوساطة الانترنت، دراسة مقارنة تحليلية، في القانون المدني والقوانين النموذجية
رسالة ماجستير، حقوق جامعة القدس، فلسطين، ٢٠٠٣.
د. ممدوح محمد مبروك
أحكام العلم بالبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ،١٩٩٨ .
د. ميرفت عبد العال
عقد المشورة في مجال نظم المعلومات، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ١٩٩٧.
د. نصيره بو جمعة سعدى
عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، رسالة دكتوراه، حقوق الإسكندرية، ١٩٩٧.

٤- مراجع غير قانونية

الان سيمبسون
الانترنت ، استعد ، انطلق ، ترجمة عربية ، الدار الجامعية للعلوم ، بيروت ١٩٩٩.
المهندس ايمن درويش
المرجع الكامل لخدمات الانترنت ، دار شعاع للنشر والعلوم ، سوريا ١٩٩٨
توم فورستر
مجتمع التقنية العالمية ، ترجمة الدكتور محمد كامل عبد العزيز ، مركز الكتب الأردني ، عمان ١٩٩٩ .
بيل بول
انطلق مع الانترنت، ترجمة مركز التعريب والترجمة ، الدار العربية للعلوم بيروت،٦ ١٩٩
بيل غيتس
المعلوماتية بعد الانترنت ، طريق المستقبل ، ترجمة عبد السلام رضوان ، المجلس الوطني للثقافة والآداب ، الكويت ١٩٩٨ .
حسين بركات ويحيى إبراهيم
الفيروس جرثومة الكمبيوتر، مؤسسة جمال الجاسم للالكترونيات، ١٩٩٩ .
د. طاهر الشيخ

مقدمة في الحاسب الآلي ،مركز الحاسب الآلي ، جامعة عين شمس ، القاهرة ١٩٩١.

د. عبد الرزاق قاسم

معيار المحاسبة الدولي ،الأدوات المالية والاعتراف والقياس، منشورات جمعية المحاسبين القانونيين السورية ، دمشق ،٢٠٠٣ .

عقود ال IBM

ترجمة مركز التعريب والبرمجة ، الدار العربية للعلوم الطبعة الخامسة ٢٠٠٤ .

د. علاء الدين فهمي وآخرون

الموسوعة الشاملة لمصطلحات الحاسب الالكتروني، مطابع المكتب المصري الحديث، القاهرة ١٩٩١.

المرجع الشامل لنظام التشغيل Dos، موسوعة دلتا كمبيوتر ٢، مطابع المكتب المصري الحديث ، القاهرة ١٩٩٢ .

الحاسبات الالكترونية حاضرها ومستقبلها، موسوعة دلتا كمبيوتر ١،مطابع المكتب المصري الحديث ١٩٩٢ .

الحاسب الالكتروني وقواعد البيانات، موسوعة دلتا كمبيوتر ٥ مطابع المكتب المصري الحديث ، الطبعة الثالثة ١٩٩٥ .

الحاسب والذكاء الاصطناعي، موسوعة دلتا كمبيوتر ١٠، الطبعة الثانية ١٩٩٨.

فان ولفرتون

تشغيل أنظمة الكمبيوتر، ترجمة مركز التعريب والبرمجة،الدار العربية للعلوم ،بيروت ١٩٩٥.

كاتا بلت

خطوة خطوة لمايكروسوفت، ترجمة مركز التعريب والبرمجة، الدار العربية للعلوم ، بيروت ٢٠٠٦ .

مايكر مولينج

حلول التجارة الالكترونية ، مركز التعريب والبرمجة ، الدار العربية للعلوم ،٢٠٠٠.

د. محمد احمد فكيرين

أساسيات الحاسب الآلي ، دار الراتب الجامعية ، بيروت ، ١٩٩٨ .

د. محمد فؤاد غنام وآخرون

أساسيات الحاسب الآلي ونظام التشغيل ، مطبعة كلية العلوم جامعة طنطا ،٢٠٠٤ .

د. محمد بشير

القاموس الاقتصادي ، المؤسسة العربية للدراسات والنشر ، بيروت ١٩٨٥ .

د. محمد الرميحي

انتبهوا أيها السادة لم يعد في المعمورة مكان يغمره الظلام ، مجلة العربي ،عدد ٤٦٠.منشورات وزارة الإعلام ،دولة الكويت .

د. محمد زكي عبد المجيد وآخرون
فيروسات الحاسب وامن البيانات ، موسوعة دلتا كمبيوتر ٨ ،مطابع المكتب المصري الحديث ١٩٩٢ .
د. محمد فهمي طلبة وآخرون
الحاسبات الالكترونية ،حاضرها ومستقبلها، مطابع المكتب المصري الحديث ، ١٩٩٢ .
د. هاني كمال مجدي وآخرون
المرجع الشامل لنظام التشغيل (دوس) ، مطابع المكتب المصري الحديث القاهرة ١٩٩٢ .

٥-الأبحاث والتقارير والمقالات:

د. احمد شرف الدين
الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية واليات تسوية منازعاتها، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، والذي عقد بدبي في الفترة الواقعة بين ١٠و١٢ / ٢٠٠٣/٥.
د. احمد عبد الرحيم الملحم
نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها ،مجلة الحقوق ،جامعة الكويت ،س١٦،ع١-٤ ، مارس ١٩٩٢ .
د. احمد الفزيع
عقد الحصول على أنظمة الحاسبات الالكترونية، بحث منشور في مجلة الحقوق ، الصادرة عن كلية الحقوق في جامعة الكويت ،العدد رقم ٢. ١٩٩٥
د. أمية علوان
دروس في ضمان العيوب الخفية في عقد البيع في القانون المصري والفرنسي.القاهرة ١٩٨٩.
د. حسام الدين الاهواني
المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد ، بحث مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية ، معهد قانون الأعمال الدولي ، القاهرة ١٩٩٣ .
د. حسن عبد الباسط جميعي
حماية برامج الحاسب الآلي ، بحث مقدم إلى (الويبو) بالتعاون مع اتحاد المحامين العرب ،منشورات الاتحاد، القاهرة ٢٠٠٢ .
د. خميس خضر
شروط تحقق التزام البائع ضمان تعرضه الشخصي وتعرض الغير ، مجلة القانون والاقتصاد جامعة القاهرة السنة ٤٥ ، ١٩٧٥ .
د. سعد محمد سعد

حماية برامج الحاسب الآلي بتشريعات حقوق المؤلف، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الملكية الفكرية، المنعقد في جامعة اليرموك في العام ٢٠٠٠، منشورات جامعة اليرموك،الأردن ، ٢٠٠٠ .

د. عبد الرشيد مأمون

أبحاث في حق المؤلف، من غير ناشر، القاهرة ١٩٨٧.

د. عبد الناصر العطار

استقراء لماهية العيب وشروط ضمانه في القانون المصري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، يوليو ١٩٧١.

د. محمد حسام لطفي

الترخيص في مجال برامج الحاسب الآلي، ورقة مقدمة إلى ندوة الويبو حول الملكية الفكرية –الجامعة الأردنية، عمان ٢٠٠٠.

د. محمد شكري سرور

مسئولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشات الثابتة الأخرى، بحث نال عنه جائزة الدولة التشجيعية عام ١٩٧٨. القاهرة ١٩٧٩.

د. نزيه الصادق المهدي

الحماية المدنية لبرامج الكمبيوتر في القوانين الوضعية، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت ، الإمارات العربية المتحد ،٢٠٠٠.

د. نوري خاطر

حماية المصنفات والمعلومات ذات العلاقة بالحاسوب، دراسة مقارنة في القوانين العربية والقانون الفرنسي، مجلة المنارة، المجلد الخامس ٢٠٠٢.

٦- المجموعات و الدوريات

-مجموعة القوانين الاقتصادية، البدراوي للنشر والتوزيع، القاهرة ٢٠٠٧.

-مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها محكمة النقض، المستشار أنور طلبة. منشاة المعارف الإسكندرية ١٩٩٦.

-المستحدث في المواد المدنية والتجارية، أنور طلبة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية ٢٠٠٣.

-قضاء النقض في المواد المدنية والتجارية، عبد المنعم دسوقي، دار الكتاب الحديث، الطبعة الرابعة، القاهرة ١٩٩٤.

-مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني.

-مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة عين شمس.

-مجلة القانون والاقتصاد، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة القاهرة.

-مجلة المحاماة، تصدر عن نقابة المحامين المصرية.

-مجلة نقابة المحامين الأردنيين.

ثانيا/ المراجع الأجنبية

- **Amelia H.Boss & Jeffrey B. Ritter**

A legislative Response to the Issues of Software

Contracting , Osborne

McGraw –Hill, New York, 2end edition ,1996.

Bainbridge David

Introduction to computer Law .3erd .ed, Pitman publishing, London 1998.

- **Benjamin Wright**

The law of electronic commerce-contract issues, Little Brown and company, Boston 2002.

The Law of electronic commerce , EDI, email & internet ,technology proof & liability ,2end edition , Little Brown & company – New York 2003 .

- **Bernard D .Reams**

The Law of electronic contracts , LEXIS, Publishing , 2end edition 2002 .

- **Bob Northen & Cathy Simith**

Understanding business on the internet in a week, Hodder and Stoughton, 1997.

- **Clarn H. Ridly & Peter Quittmeyer & John Matuszeski**

Computer software- Agreement forum and commentary, Warren Graham, Lamont 1998.

- **Clion Tapper**

Computer law, Longman, London & New York, Forth edition 1999.

- **David Ferbrache**

Pathology of computer viuses, Springer Vewlay Ltd., London 1993.

- **D. Hector Mcqueen**

Software transactions and contract law, Hart publishing, Oxford 1999.

- **Henry Carr & Richard Arnold**

Computer software legal protection in the United Kingdom, Sweet and Maxwell, London 1998.

- **Ian Lioyd**

Information technology law, Butte and Worths, London 1994. .

- **James V. Vergari**

Computer payment- Operations law, Loveland, New York 2001.

- **Mark Lemey & Peter Menell**,

Software & Internet Law, 3erd edition, Aspen Publishing. Elinoy,
New York. 2006.

- **Lance Rose**

Net law- your right in the online world, Osbourne Mcgraw Hill, Berkley 1999.

- **Peter J. Denning**

Computer under attack, ACM, USA 1999.

Phillip G .Armour

The Laws of Software Process ,A New Modle for the

Production and Management of Software , Auerbach Publication . London. 2003 .

- **Roger Brownsword**

Contract law- themes for twenty first century, Butterworths, London 2000.

- **Rennie T. Michele**

Computer contracts, Sweet and Maxwell, London 2001.

- *Stephen Fishman ,*

Legal Guide to Web & Software Development, NOLO, California, 5th edition,2007.

- **Stern H. Gifs**

Law Dictionary .third edition .Barons educational .Series .Inc.1996.

- **Steven W.Lundberg & Stephen C.Durant**

Electronic and Software Patents –Law and Practice, Second Edition, BNA Books, 2005

.

- **Thomas P. Vartanian**

Technology and the payment system, Shriver and Jacobson Press, 1996.

- **Wetherb James & Kickson Gary**

management of information system–McGraw-Hill, New York 1984 .

Reports and Research -

- **AllenT.& Widdison. R**

Can computer make contracts . Harvard Journal of Law & Technology,Vol,9,No,1 ,1996

- **Christophe Collard & Christophe Roquilly**

Closed Distribution Network & E-commerce : Antitrust Issues , International Review of Law Computer & Technology ,Vol,16 No,1.Carfax Publishing, 2002 .

Computer Law Association Bulletin. Vol . 14 no (3) 1999

- **Eben Moglen**

Software as Property the theoretical paradox ,

mailto maglen @Colombia.edu

- Information technology Law group / Europe(European computer law) NY .Transitional Publisher .London,1998. http://www.jump.co.za/product/european-computer-law-information-technology-law-group-europe-3035454.htm
- **Raysman Richard &Brown Better**

Computer Law .Drafting & Negotiating , Form & Agreement ,Law journal , seminar , vol 2 , 1999 .

- **Spill Necholas**

How to Beat those Lousy computer viruses , Technology and Legislation ,New jersey Law journal 4 oct 1998 .

- **Susan H. Poole**

The millennium bug , http/ wing buffalo comp .law

ثالثا / مواقع الانترنت

www.Arabiter.wipo.int

www.Colmbia.edu

www.CLA.org

(The computer law association bulletin)

www.curia.eurpa.eu/eu.htm

www.commercewipo.int

www.Law.technology.org

www.scl.org

(society for computer and low, London).

www.sweetandmaxwill.co.uk

www.microsoft.com

www.wipo.com

In the name of God, the most gracious, the most merciful

Abstract

The Legal framework for electronic Programs development- A study of the effects of Civil Law and Model Laws.
In today's world, many customers seek programs which would enable them to carry out their work, and/or activities related to it through the use of software programs. These programs are usually provided by software companies, and in many cases they are custom made. This led to the rise of many problems concerning the contracts and their obligations for both parties involved.

The importance of this study stems from the extensive use of Model contracts on the market, and the unfairness of these contracts to the parties involved, in such a way, that one party is a professional and the other (in this case the customer) does not have the necessary knowledge. In addition, such contracts are usually conducted in languages other than Arabic, and contain many technical expressions which are hard for a normal person to apprehend, leading to the signing of contracts, which result in obligations this person might not expect in case of a future dispute.
I being a Palestinian, and we Palestinians, being in the process of institution-building, find it really important to investigate these modern contracts and their obligations on

all parties involved, especially the users of electronic programs, and to find a way in order to stop the big programming companies from imposing shrink-wrap terms, by researching the Civil laws of both Egypt and Jordan and the Palestinian Civil law project, in order to know the rights of the customer or user in these contracts, and how this person could legally counter these terms.

In this thesis, I investigated the contract of designing software programs, the contract by which a customer/user asks a software developer, to design a program which satisfies a certain need for this customer in particular. Needless to say that this program is not one which is available for all consumers on shelves of retail stores. In addition to each party's commitments, stress was put on certain features of intellectual property in this design, and how the weak side (in this case mainly the consumer) could revert to the general basics of the Civil law and model laws and consumer protection laws, in order to restore some balance to an unbalanced contract from the very beginning.

I also studied the conventional and unconventional ways of terminating such a contract, and it became obvious to me that due to the abundance of its use, it would be inevitable to organize effects through a special legislation, controlling these contracts, which comprise of software and intellectual properties. It would be better than leaving such contracts under the guidelines of the conventional theory of obligation.

Mohammad M. Khalaf

الفهـرس

مقدمة:	١
الفصل التمهيدي: التعريف ببرامج الحاسب من الناحية التقنية والقانونية وأهم صور التصرفات التي ترد عليها	١٢
المبحث الأول: برامج الحاسب من الناحية التقنية والقانونية	١٤
المطلب الأول : برامج الحاسب من الناحية التقنية	١٤
المطلب الثاني : برامج الحاسب من الناحية القانونية	١٩
المبحث الثاني : بعض أهم صور التصرفات التي ترد على البرامج	٢٤
الباب الأول : انعقاد العقد	٣٢
تمهيد وتقسيم	٣٢
الفصل الأول : التراضي في عقود إعداد البرامج	٣٧
المبحث الأول: توافق الارادتين	٣٩
المطلب الأول: الإيجاب في عقود الإعداد	٤٠
الفرع الأول : شروط الإيجاب و التحفظات عليه	٤٣
الفرع الثاني : موانع قانونية	٥٠
المطلب الثاني : القبول	٥٥
الفرع الأول : القبول الضمني	٥٧
الفرع الثاني : مدى اعتبار السكون قبولا في هذه العقود	٦٠
المبحث الثاني : صحة التراضي	٦٦
المطلب الأول: عيوب الإرادة في عقود الإعداد	٦٩
الفرع الأول: الغلط (المعيب والمانع)	٧٠
الفرع الثاني: التدليس(التغرير مع الغبن الفاحش)	٧٩
الفرع الثالث: الإكراه	٩١
المطلب الثاني: اثر عيوب الإرادة على عقود الإعداد	٩٦

الفرع الأول: تصحيح التصرف المعيب	٩٩
الفرع الثاني : نقض العقد	١٠١
الفصل الثاني: المحل في عقود إعداد البرامج	١٠٨
المبحث الأول: البرنامج كمحل للعقد	١٠٩
المطلب الأول : وجود البرنامج	١١٥
المطلب الثاني: وجوب تعيين البرنامج	١٢٥
المبحث الثاني: المقابل (الثمن في عقود الإعداد)	١٣٣
المطلب الأول: شروط الثمن	١٣٧
المطلب الثاني: أسس تعيين المقابل في عقود الإعداد	١٤١
الفرع الأول: اعتماد سعر الدليل	١٤٤
الفرع الثاني: تحديد المقابل على أساس سعر الوحدة	١٤٦
الفرع الثالث: تحديد المقابل على أساس سعر السوق	١٤٨
الفرع الرابع : تحديد المقابل بناء على معيار القيمة	١٥٠
الفصل الثالث : دراسة لبعض العقود النموذجية (تفسير عقد الإعداد)	١٥٥
المبحث الأول : وثائق العقد	١٥٨
المطلب الأول: شكل العقد	١٥٩
الفرع الأول: شيوع بعض عقود الإذعان في هذا المجال	١٧٠
الفرع الثاني: الشروط المتعارف عليها	١٧٨
المطلب الثاني: التعسف في عقود الإعداد	١٨٧
الفرع الأول: كيفية التعسف	١٨٨
الفرع الثاني: حماية المستهلك	١٩٥
المبحث الثاني : سريان عقود الإعداد	٢٠٩
المطلب الأول: المدة في عقود الإعداد	٢١٠
الفرع الأول: العقود مستمرة التنفيذ	٢١٢
الفرع الثاني:المدة في العقود فورية التنفيذ	٢٢٠

المطلب الثاني: سريان العقد من حيث المكان	٢٢٣
الفرع الأول: موقف القوانين النموذجية	٢٢٦
الفرع الثاني: اتفاق الطرفين	٢٣٢
الباب الثاني : آثار عقود إعداد البرامج الإلكترونية وانتهاءها	
تمهيد وتقسيم:	٢٣٧
الفصل الأول: نقل الملكية	٢٣٩
المبحث الأول: الالتزام بنقل ملكية الأموال المادية	٢٤٢
المطلب الأول: الأموال المعينة بالذات	٢٤٥
المطلب الثاني: الأموال المعينة بالنوع	٢٥٠
المبحث الثاني: حقوق الملكية الفكرية وانتقال الملكية	٢٥٤
المطلب الأول: التنازل عن البرنامج وفقا لقوانين حق المؤلف	٢٥٧
المطلب الثاني: التنازل عن حقوق الاختراع	٢٧٠
الفصل الثاني : التزامات الأطراف	٢٨١
المبحث الأول: التزامات المتعهد	٢٨٢
المطلب الأول: الالتزام بتقديم المعلومات	٢٨٤
الفرع الأول: الإرشاد والنصيحة	٢٨٧
الفرع الثاني: مطابقة البرنامج لحيثيات الطلب	٢٩٩
المطلب الثاني: التزام الضمان	٣٠٦
الفرع الأول: العيوب الخفية في عقود إعداد البرامج	٣٠٦
الفرع الثاني: عدم التعرض في عقود الإعداد	٣٢٤
المبحث الثاني:التزامات المستفيد أو المستخدم	٣٣٤
المطلب الأول: التعاون والإفصاح بمنتهى حسن النية	٣٣٧
الفرع الأول: مراحل التزام المستخدم بالتعاون	٣٣٩
الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالتزام المستخدم او المستفيد بالتعاون	٣٤٩
المطلب الثاني: الالتزام بالتسلم	٣٥٣

الفرع الأول: التزام المستخدم بتسلم وقبول البرنامج	٣٥٤
الفرع الثاني: جزاء إخلال المستخدم بالالتزام بالتسلم	٣٦٣
المطلب الثالث : الالتزام بدفع المقابل	٣٦٦
المبحث الثالث : المسؤولية عن الإخلال بالالتزام	٣٧٣
المطلب الأول : الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي)	٣٧٥
المطلب الثاني: شرط الإعفاء من المسئولية	٣٨٠
المطلب الثالث: التعويض عن الضرر	٣٩٣
الفصل الثالث : انتهاء عقود الإعداد	٤٠٢
المبحث الأول : الأسباب العادية للانتهاء	٤٠٤
المطلب الأول: التنفيذ	٤٠٥
المطلب الثاني : وسائل إجبار المدين على التنفيذ	٤٠٨
أولا: الدفع بعدم التنفيذ	٤١٢
ثانيا: التنفيذ الجبري	٤١٦
ثالثا: الغرامة التهديدية	٤١٨
المبحث الثاني :الوسائل غير العادية للانتهاء	٤٢١
المطلب الأول: انتهاء العقد بالفسخ	٤٢٢
المطلب الثاني: انتهاء العقد بالانحلال	٤٢٩
الخاتمة :	٤٣٣
قائمة المراجع	٤٥٢
ملخص الرسالة باللغة الانجليزية	٤٧٤
الفهرس	٤٧٦