

قابلیت اعمال کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا بر معاملات نرم‌افزاری هیرو سونو^۱

مترجمان: وحید عاکفی قاضیانی^۲، محمد عاکفی قاضیانی^۳

doi: 10.22034/FLJ.2020.111270

چکیده

یکی از موضوعاتی که همواره در میان مفسران کنوانسیون بیع بین‌المللی محل بحث و نزاع بوده است، معاملات با موضوع نرم‌افزار است. نرم‌افزارها در عرف معاملاتی عصر حاضر در چند قالب و شیوه ممکن است موضوع معامله و نقل و انتقال قرار گیرند. گاه نرم‌افزار به صورت فیزیکی و با ابزار ملموس (روی دیسک یا سی‌دی) و گاه به صورت آنلاین و درون برنامه‌ای مورد انتقال حقوقی قرار می‌گیرد. گذشته از این موارد ممکن است نرم‌افزاری طی سفارشی، ساخت و تولید شود و سپس به سفارش دهنده منتقل گردد. این‌گونه معاملات با حفظ شرایط اعمال کنوانسیون، مانند مواد (۱) و (۱۰۰) کنوانسیون، از این جهت مورد اختلاف مفسران قرار گرفته‌اند که اساساً چنین معاملاتی از حیث بیع بودن و کالا بودن در نظام‌های مختلف حقوقی چالش برانگیز بوده و در مورد اخیر این‌گونه معاملات که همان سفارش ساخت نرم‌افزار است، علی‌رغم تصریح ماده (۳) کنوانسیون، در حدود و ثغور تفسیری این‌گونه معاملات اختلافات عمده‌ای مطرح است. این تحقیق با شیوه توصیفی و تحلیلی در پاسخ به این مسئله برآمده و به این نتیجه رسیده است که برای رفع چنین مشکلاتی که ممکن است با اهداف کنوانسیون در تعارض باشد، باید متمسک به تفسیری شد که مطابق با خصیصه بین‌المللی و اصول کلی کنوانسیون (ماده ۷) باشد. نتایج به عمل آمده در این تحقیق نشان می‌دهد که نباید وحدت نظام حقوقی حاکم بر تجارت بین‌الملل در پرتو کنوانسیون را فدای فزونی مصادیق تحت پوشش این کنوانسیون نمود و حفظ خصیصه بین‌المللی و هدف کنوانسیون، با عدم شمول برخی از مصادیق معاملات نرم‌افزاری تحت پوشش کنوانسیون سازگارتر است.

واژگان کلیدی: کنوانسیون بیع بین‌المللی، نرم‌افزار، قرارداد فروش، اعطای مجوز، مجوزهای بسته‌بندی، مجوزهای کلیک.

1-Hiroo Sono.

۲ - دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (مترجم مسئول)
vahid_ghazi@yahoo.com

http://orcid.org/0000-0002-4884-1197

۳ - دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل دانشکده حقوق دانشگاه قم mohammadghazi91@yahoo.co.in

http://orcid.org/0000-0002-5923-8684

مقدمه مترجمان

امروزه معاملات محصولات دیجیتالی به خصوص نرم افزار جایگاه ویژه‌ای پیدا کرده است^۱. نرم افزارها به انحاء مختلفی ممکن است موضوع معاملات متنوع واقع شوند (بیع، اجاره نرم افزار، سفارش ساخت و غیره). اما از این میان صرفاً قرارداد خرید و فروش که دارای انحاء مختلفی است مشتمل بر احکام کنوانسیون می‌شود. در کنوانسیون بیع بین‌المللی تعریف صریحی از قرارداد بیع وجود ندارد؛ این امر جای شگفتی نیست اگر بدانیم طبق بند (ب) ماده (۴) کنوانسیون، مقررات مربوط به انتقال مالکیت، موضوع کنوانسیون به شمار نمی‌رود. به هر حال با توسل به دو ماده (۳۰) و (۵۳) کنوانسیون می‌توان معیار کنوانسیون برای موضوع این معامله را درک کرد و آن خرید و فروش مال «منقول» و «ملموس» است. حال آن چه در معاملات نرم افزاری رخ می‌دهد از این حیث که قرارداد فروش مبتنی بر فروش اطلاعات است و یا فروش دیسک یا سی دی ملموس، باید محل مذاقه قرار گیرد. در مواردی که نرم افزاری مبتنی بر سفارش قبلی ساخت و تولید می‌شود باید بررسی گردد که آن چه مبادله می‌گردد آیا صرف اطلاعات است یا صرفاً دیسک ملموس است و یا اساساً معامله واقع شده قرارداد اعطاء مجوز یا خرید و فروش است. به طور کلی در خصوص شمول یا عدم شمول کنوانسیون بر معاملات نرم افزاری، خواه ناخواه با دو چالش اصلی روبرو هستیم: اول کالا بودن نرم افزار و اطلاعات (حوزه فراقاردادی). دوم بیع بودن قرارداد حاکی از انتقال نرم افزار یا اطلاعات (حوزه تفسیر قرارداد). اما در خصوص قرارداد سفارش ساخت نرم افزار که یک قرارداد مختلط با دو اثر تعهد به ارائه خدمات و تملیک است، مزید بر دو مورد مذکور موضوع دیگری نیز بحث برانگیز است و آن نحوه تفسیر ماده (۳) کنوانسیون است (علمی یزدی و همکاران، ۱۳۹۵، ۶۳). در خصوص معاملات نرم افزاری برای الحاق احتمالی ایران به کنوانسیون اشکالی به نظر نمی‌رسد و آن چه

۱- امروزه حجم بزرگی از تجارت جهانی به معاملات محصولات دیجیتالی اختصاص دارد. در سال ۲۰۱۹ میزان کل صادرات وسایل هوشمند منجمه کامپیوتر و نرم افزار در ایالات متحده آمریکا ۱۲٫۵ درصد کل صادرات این کشور و معادل ۲۰۵٫۹ میلیارد دلار اعلام شده است. این در حالی است که صادرات هواپیما و فضاپیماهای این کشور در همان سال ۸٫۳ درصد صادرات کل این کشور و معادل ۱۳۶ میلیارد دلار است. در حالی که به خوبی می‌دانیم دیگر محصولات صنعتی منجمله خودرو، خود شدیداً به همین نرم افزارها و محصولات دیجیتال وابسته هستند. از سوی دیگر میزان کل واردات خدمات کامپیوتری و اطلاعاتی ایران در سال ۱۳۹۶ توسط اداره بررسی‌ها و سیاست‌های اقتصادی، ۳۳۶٫۷ میلیون دلار اعلام شده است. طبق آمار سال ۲۰۲۰ شرکت فوربز، شرکت Apple که در زمینه ساخت، تولید و طراحی وسایل دیجیتالی فعالیت دارد، در سال ۲۰۲۰ توانسته است ۲۶۷٫۷ میلیارد دلار درآمد حاصل از فروش و ۵۷٫۲ میلیارد دلار سود معاملاتی داشته باشد. مایکروسافت به عنوان رقیب این شرکت نیز امسال حدود ۱۳۸٫۶ میلیارد دلار درآمد حاصل از فروش داشته است. رک:

در فقه امامیه و قانون مدنی ایران در خصوص عقد بیع و نوع کالا موضوع آن آمده است، منافاتی با تفسیر ارائه شده توسط نویسنده محترم ندارد. دکتر هیرو سونو به عنوان یکی از مشاوران شورای مشورتی کنوانسیون بیع بین‌المللی، ضمن طرح و نقد نظرات مفسران کنوانسیون در خصوص قراردادهای فروش نرم افزار، به بررسی ماورای ظاهر این‌گونه معاملات نیز (نقل اطلاعات) می‌پردازند و برای حفظ حیات و جامعیت کنوانسیون به خلاف بسیاری از مفسران، تفسیری مضیق در خصوص معاملات نرم افزاری ارائه می‌دهند. گرچه بررسی این موضوع وسیع در صفحات اندک ناتمام به نظر می‌رسد، اما طرز دید و دریچه‌ای جدید را برای نحوه تفسیر کنوانسیون بیع بین‌المللی از پنجره تفکر ایشان نمایان می‌سازد.

مقدمه

موضوع کنوانسیون سازمان ملل متحده در خصوص بیع بین‌المللی کالا^۱ قراردادهای خرید و فروش کالا به صورت بین‌المللی می‌باشد. حال این که معاملات نرم‌افزارهای کامپیوتری تحت پوشش این کنوانسیون قرار می‌گیرد یا خیر، از جمله مسائلی است که از حیثه مذاکرات نویسندگان این کنوانسیون به دور مانده و طی مذاکراتی که در شهر وین انجام گردید، بدون بحث در خصوص آن نهایتاً در سال ۱۹۸۰ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا تصویب شد. جای تعجبی درباره این عدم مذاکره باقی نخواهد ماند اگر صرفاً بدانیم که بعد از کنوانسیون و در همان سال ۱۹۸۰ بود که شرکت آی. بی. ام^۲ تصمیم گرفت که سیاست معماری باز را اتخاذ کند. این سیاست منجر شد که برای اعمال بازرگانی زمینه جدایی نرم‌افزار^۳ از سخت افزار^۴ فراهم شود (Aida and Ohgaci, 1996). بعد از این تصمیم شرکت آی. بی. ام، نرم افزار به یک موضوع مستقل برای تجارت تبدیل شد. پیش از این توسعه تکنولوژی، نرم افزار یا به عنوان ابزار جانبی سخت افزار (شبیه معاملات کالاهای هوشمند امروزی) و یا با سفارش ساخت مورد معامله قرار می‌گرفت.

به هر حال استقلال نرم افزار با رشد سریع اطلاعات همراه شد و این سبب تغییر کلی چشم اندازهای معاملاتی شد. عبارت «نرم افزار» با توجه به نماهایی که دارد ممکن است فرد را به اشتباه بیاندازد؛ این عبارت تنها در خصوص برنامه‌هایی که به صورت رایج و سنتی در هر رایانه‌ای موجود است (مانند نرم افزارهای سیستم عامل^۵، پردازنده کلمات^۶ و صفحه گستر^۷) به کار نمی‌رود بلکه در مورد دیگر اطلاعات دیجیتالی مانند موسیقی، فیلم و بازی‌های ضبط شده روی دی وی دی/سی دی و یا موسیقی، فیلم و بازی‌های آنلاین که برای فروش عرضه می‌شوند اطلاق دارد. در این مقاله به صورت مختصر به بررسی شمول یا عدم شمول کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا بر معاملات نرم افزار در معنای عام پرداخته شده است.

^۱ - Contracts for the International Sale of Goods.

^۲ - International Business Machines Corporation

^۳ - Software

^۴ - Hardware

^۵ - Operating system

^۶ - word processors

^۷ - Spreadsheets

این بررسی کوتاه با قبول پیش فرض بین‌المللی بودن قرارداد (محل تجاری طرفین در کشورهای گوناگون باشد) و مطابقت آن با مواد (۱) (الف) و (۱) (ب) کنوانسیون مورد توجه قرار گرفته است و فرض را بر این نهاده‌ایم که استثنائات پاراگراف سوم، بند یک ماده (۲) کنوانسیون و همچنین عدم تراضی طرفین بر قانونی غیر از کنوانسیون، به موجب ماده (۶)، بر قرارداد حاکم نمی‌باشد.

۱- کلیت کنوانسیون و ایرادات وارد شده بر آن

در خصوص شمول کنوانسیون بر قراردادهای با موضوع نرم‌افزارهای استاندارد که در یک رسانه منقول می‌باشند مانند دیسک، اتفاق نظر وجود دارد (Herber, 1998, 23)، (Honnold, 1999, 55). همین نظر در خصوص نرم‌افزارهایی که به صورت آنلاین می‌باشد نیز وجود دارد (Herber, 1998, 23). در مورد «نرم افزارهای سفارش داده شده» گرچه تا حدی حمایت‌های کنوانسیون بر این معاملات مشهود است (Lookofsky, 2004, 22). اما اکثر مفسران شمول کنوانسیون را بر چنین قراردادهایی منتفی دانسته‌اند (Bridge, 2007, 520). یکی از دادگاه‌های تجدیدنظر آلمان در ضمن رأی خود به این قاعده عمومی اشاره می‌کند که: «قدر متیقن این است که نرم‌افزارهای استاندارد می‌تواند به عنوان اموال قابل نقل و انتقال شناخته شود و از این رو می‌تواند مشمول مفهوم کالا در کنوانسیون گردد... در صورتی که قرارداد مرتبط با ساخت و تولید نرم‌افزار باشد به طور قطع نرم‌افزار، عین به شمار نمی‌رود و این قرارداد، قرارداد ارائه خدمات است» (Appellate Court Köln (Germany), 26 August 1994 (Market study case)).

همان گونه که در این پرونده بیان شد، سفارش نرم‌افزار دارای عنصری تحت عنوان «خدمات» است که توسط تولیدکننده نرم‌افزار انجام می‌شود؛ اما با این اوصاف نیز سوالی باقی می‌ماند که کدام یک از دو بند ماده (۳) کنوانسیون باید ملاک و ضابطه تشخیص این ممنوعیت باشد. در این مورد نیز اختلافاتی وجود دارد که بدان خواهیم پرداخت؛

۱-۱- منازعه بر سر ملموس بودن و ناملموس بودن

بسیاری از مفسران کنوانسیون با تفسیر مستقل از بند (۲) ماده (۷) کنوانسیون این موضوع را که عنوان «کالا» مندرج در کنوانسیون شامل نرم‌افزارها می‌باشد یا خیر را مورد بررسی قرار داده‌اند. در واقع سوال مفسران این است که آیا عنوان کالا، اموال غیرملموس را نیز در بر می‌گیرد؟ گرین^۱ و سیدوف^۲ به طور

^۱ - Green

^۲ - Saidov

مختصر بیان داشته‌اند که در این زمینه اختلاف است؛ اما نظر بعضی از مفسران که تا حدی در این زمینه مبهم و چند پهلو می‌باشد، پایان این اختلاف بوده است. ایشان کنوانسیون را به طور عام شامل اشیاء محسوس و ملموس دانسته‌اند، اما در عین حال معتقدند که عبارت کالا در کنوانسیون باید به صورت موسع تفسیر شود، تا بتواند تمام انواع نرم‌افزارها را شامل شود (Green and Saidov, 2007, 164-170). بررسی پیش رو به این جدال خاتمه خواهد داد. به نظر نویسنده تفکیک میان مفاهیم کپی رایت نرم افزار (طبع و نشر نرم افزار) و فایل سخت افزاری، محسوس و اطلاعات دیجیتال و بیان تفاوت میان فروش و مجوز، این بحث را به نتیجه می‌رساند. همچنان که اجمالاً بیان خواهیم کرد که اطلاعات به خودی خود قابل فروش نیستند.

۱-۲- معانی گوناگون نرم افزار

تمایز بین جهات سه گانه در تعریف سافتویر غالباً نادیده انگاشته می‌شود؛ این جهات عبارتند از: (۱) کپی رایت^۱: بعضی اوقات مراد فردی که در خصوص فروش نرم افزار صحبت می‌کند، فروش کپی رایت نرم افزار است و نه خود نرم افزار (Green and Saidov, 2007, 176-177). فرض کنید که دانشجویی برنامه کامپیوتری می‌نویسد و آن را می‌خواهد به یک شرکت بزرگ تولیدی نرم افزار بفروشد در واقع حق نشر آن را می‌فروشد؛ لذا هیچ یک از مفسران این قسم را مشمول کنوانسیون ندانسته‌اند (Enderlein and Maskow, 1992, 29)، (Honnold, 1999, 52).

(۲) ابزار ملموس^۲: گاهی اوقات مراد از فروش نرم افزار، فروش یک رسانه ملموس که نرم افزار در آن ضبط گردیده (مانند دیسک) است. در این جا وقتی فروش محقق می‌گردد، خریدار مالکیت فایل سخت افزاری (ملموس) را به دست می‌آورد اما استفاده از آن مانند ساخت نسخه‌های مجدد، تحت محدودیت‌های اعمال شده توسط قانون حق چاپ می‌باشد.

(۳) اطلاعات: مراد از سافتویر اطلاعات است (یعنی برنامه‌ای که تنها به صورت کدگذاری تعریف شده). در این مورد فردی دارای حق طبع و نشر اطلاعات می‌شود و نیز ممکن است نسخه فیزیکی از اطلاعات را نیز در اختیار داشته باشد. اما هیچ کس حتی دارنده حق نشر مالک اطلاعات نیست و حتی اگر به صورت ظاهری اطلاعات منتقل شوند در واقع چنین اتفاقی رخ نمی‌دهد و تنها آن چه واقع می‌شود تکثیر نسخه و کپی است. این تفکیک منجر بدان می‌شود که معتقد باشیم اطلاعات به تنهایی صرفاً می‌توانند مشمول

^۱ - Copyright

^۲ - Tangible media (e.g. disk)

قرارداد مجوز باشند و نمی‌توانند فروخته شوند. جاسوسان چه بسا اطلاعات را بفروشند اما این معنای قانونی فروش نیست. برای مثال در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا قراردادهای بیع دارای اثر انتقال مالکیت (CISG,1980,Art.30) و پرداخت ثمن (CISG,1980,Art.53) است. فروش اطلاعات به معنای افشاء اطلاعات در برابر پرداخت است. در قسمت بعدی به این مطلب بیشتر می‌پردازیم.

۲- قراردادهای مجوز^۱: ساختار معامله اطلاعات

بر خلاف آن چه بعضی از مفسران گفته‌اند، اطلاعات کاملاً متمایز از کالاهایی چون ماشین‌های تحریر، تراکتور و یا دستگاه‌های میکروویو است (Lookofsky,2004,66)؛ چرا که اطلاعات به راحتی می‌تواند کپی یا تکثیر شود. این قابلیت کپی یا تکثیر بیشتر در خصوص اطلاعات دیجیتالی وجود دارد که تقریباً بدون هیچ هزینه‌ای و بدون تغییری در کیفیت انجام می‌شود. به عبارت دیگر در اطلاعات نیز کمیابی^۲ وجود ندارد و استفاده از اطلاعات در حالت طبیعی غیرانحصاری است. بنابراین برای آن که اطلاعات موضوع معاملات قرار گیرد، ضرورت دارد تا طرحی پیش‌بینی شود تا هم کمیابی و هم وجود انحصار را به بار آورد. در غیر این صورت به محض انتشار، اطلاعات مستعد کپی و تکثیر خواهد بود. قواعد محرمانگی (مانند اسرار تجاری، دانش و مهارت) یا فناوری‌های گوناگونی که در زمینه حافظت از محتوی^۳ وجود دارد، می‌تواند یکی از راه‌های ایجاد کمیابی اطلاعات گردد. ایجاد قوانین مالکیت معنوی نیز یکی دیگر از راه‌های محدودیت دسترسی به اطلاعات به شمار می‌رود. به عنوان مثال، طبق این قوانین دارنده حق چاپ به طور انحصاری اختیار کپی کردن اطلاعات را دارد و یا قواعد مربوط به اسرار فناوری و مالکیت معنوی می‌تواند یکی از عوامل ایجاد کننده این کمیابی باشد. با این همه، مجوزها قراردادهایی هستند که برای رفع این محدودیت‌ها ایجاد می‌شوند. برای مثال به موجب قوانین حق نشر، ناشر «الف» از کپی یک کتاب داستان که توسط «ب» نوشته شده منع شده است؛ اما «ب» می‌تواند این محدودیت «الف» را با قرارداد اعطاء مجوز برطرف سازد تا «الف» مجوز چاپ را در اختیار بگیرد.

¹ - License contracts

² - Scarcity

³ - Copy-protection technology

۲-۱- تمایل دارندگان حق چاپ به قرارداد اعطاء مجوز تا فروش

دارندگان حق چاپ، حتی در مواقعی که انتقال فایل‌های سخت افزاری و ملموس رخ می‌دهد، قراردادهای اعطاء مجوز را بر فروش ترجیح می‌دهند. این بدان خاطر است که مجوز تحت حکومت قانون کپی‌رایت به دارنده حق چاپ این اجازه را می‌دهد که بتوانند مقررات «اولین فروش» یا «خاتمه حق»^۱ را دور بزنند (Primak, 1991, 220)، (Larson, 1997, 220-221). این مقررات به خریدار فایل فیزیکی اجازه می‌دهد تا آن را مجدداً به فروش رساند و این امر موجب نارضایتی فروشنده می‌شود؛ چرا که وی فرصت فروش کپی دیگر را از دست می‌دهد. به همین خاطر برای اجتناب از این پیامد، دارندگان حق چاپ قرارداد مجوز را بر فروش ترجیح می‌دهند. از آن جایی که معاملات اطلاعات و نسخه‌های فیزیکی هر دو می‌تواند متضمن اعطاء مجوز به منتقل‌الیه باشد، ضابطه سفت و سختی که فراهم آوردن فایل‌های سخت افزاری یک نرم‌افزار استاندارد را «بیع» بنامد، وجود ندارد. بنابراین قابلیت اجرای کنوانسیون بیع بین‌المللی باید در هر مورد مشخص، جداگانه بررسی گردد (Fakes, 1990, 584-585)، (Mowbray, 2003, 123). با توجه به این مطالب در بخش بعدی به بررسی قابلیت اجرا کنوانسیون بیع بین‌المللی در خصوص انواع گوناگون معاملات نرم‌افزاری می‌پردازیم.

۳- نرم افزارهای استاندارد قابل انتقال به شکل فیزیکی

خریدار می‌تواند اقدام به واردات بسته‌هایی از نسخه‌های منقول نرم افزار با هدف فروش مجدد و یا استفاده شخصی کند. در واقع فروشنده مالک نسخه کپی است، اما لزوماً دارنده حق چاپ نیست و این همانند وضعیتی است که یک کتاب یا سی دی موسیقی به فروش می‌رسد. اشاره به این مطلب حائز اهمیت است که گرچه خریدار مالک کتاب یا سی دی می‌شود، اما حق او برای استفاده از اطلاعات ثبت شده توسط قانون کپی‌رایت محدود شده است. به طور خلاصه خریدار می‌تواند کتاب را بخواند، به سی دی گوش دهد و یا همان کتاب یا سی دی را بفروشد، اما کپی کردن اطلاعات توسط قانون مذکور محدود شده است. در خصوص فروش نسخه فیزیکی یک برنامه کامپیوتری نیز وضع از همین قرار است؛ خریدار این نسخه مالک آن است اما استفاده وی از آن نرم افزار توسط قانون کپی‌رایت محدود شده است (Fakes, 1990, 584-585)، (Primak, 1991, 221). این قرارداد خرید و فروش نسخه فیزیکی بدون هیچ ایرادی مشمول کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا است و بسیاری از پرونده‌ها در رابطه با فروش نرم

^۱ - First Sale or Exhaustion rule

افزارهای استاندارد با نظر موافق به فیصله انجامیده است (Supreme Court(Austria),21 June 2005). همین قضیه در خصوص واردات تراشه‌های کامپیوتری (17), Appellate Court Koblenz(Germany), September 1993, No.122) و در رابطه با فروش سخت افزار همراه با نرم‌افزار برای استفاده نیز مجری خواهد بود (Supreme Court(Germany),4 December 1996). شایان ذکر است که فروش کالاهای به اصطلاح هوشمند^۱، مانند اتومبیل‌هایی که حاوی یک برنامه رایانه‌ای هستند که سیستم ترمز خود را کنترل می‌کنند نیز مشمول همین حکم می‌باشد.

۳-۱- قرارداد اعطاء مجوز

از سوی دیگر وقتی که فروشنده، دارنده حق چاپ هم باشد، ممکن است به صورت قراردادی محدودیت‌هایی را فراتر از محدودیت‌های قانون کپی رایت برای استفاده از نرم‌افزار اعمال کند. این اعمال محدودیت قراردادی حتی در صورتی که مالکیت نسخه فیزیکی، از مجوزدهنده به فردی که به وی مجوز اعطاء می‌شود، منتقل گردد نیز با مانعی مواجه نیست. البته این قرارداد از شمول کنوانسیون خارج است؛ توجیه این استثناء، بند (۲) ماده (۳) کنوانسیون است که مقرر می‌دارد: «کنوانسیون در خصوص قراردادهایی که قسمت اعظم تعهدات طرفی که تهیه کالا را بر عهده دارد، مربوط به فراهم آوری نیروی کار یا خدمات باشد اعمال نمی‌شود.» در مجوزهای نرم‌افزاری، حتی در مواردی که انتقال دارایی در قالب یک نسخه فیزیکی است، قسمت اعظم تعهدات در تهیه نسخه فیزیکی نمی‌باشد؛ چرا که ارزش فایل سخت‌افزاری بسیار ناچیز و حداقل است و بخش عمده در خصوص اعطاء مجوز استفاده از نرم‌افزار است (البته بهتر بود به بند (۱) ماده (۳) اشاره می‌شد). مسلماً ممکن است در خصوص طبقه‌بندی مجوزها بنابر «تامین نیروی کار» یا «سایر خدمات» تردیدهایی وجود داشته باشد با وجود این گفته شده است که مراد از بند (۲) ماده (۳) کنوانسیون در خصوص خروج قراردادهایی از پوشش کنوانسیون است که قسمت اعظم تعهدات طرف تهیه‌کننده کالا جنبه‌ای غیر از فروش داشته باشد.

۳-۲- مجوزهای بسته‌بندی (روکش دار)^۲ و مجوزهای کلیک‌کی^۳

این دو مجوز تا حدودی ناشناخته‌تر از سایر مجوزها هستند. در مجوزهای بسته‌بندی استفاده‌کننده نهایی از نرم‌افزار، برای استفاده باید بسته‌بندی یا روکش کالا را باز کند؛ در حالی که بر روی روکش یا

¹- Smart goods

²- Shrink-wrap licenses

³- Click-on licenses

بسته قرارداد مجوز نگاشته شده است و او با باز کردن این بسته به طور ضمنی مفاد قرارداد را قبول می‌کند. در مجوزهای کلیک، استفاده کننده نهایی بعد از کپی کردن نرم افزار روی سخت افزار خودش چند مرحله را باید کلیک کند؛ منجمله کلیک نمودن بر موافقت خود با قرارداد مجوز، تا صدور مجوز محقق گردد و وی بتواند از محصول استفاده کند. در تجزیه این معاملات مهم است که بدانیم سه طرف معامله در روند این قراردادها نقش دارند: اول، فروشنده‌ای که فایل سخت افزاری را می‌فروشد، مثلاً بسته های حاوی دیسک، دوم، خریدار این بسته، سوم، مجوز دهنده^۱ که مدعی است خریدار با پاره کردن یا شکستن بسته یا با کلیک روی عبارت «موافقم» دارای مجوز می‌گردد. این بدان معنا است که یک رابطه متشکل از دو قرارداد جداگانه وجود دارد، که هر کدام مستقل هستند؛ قرارداد فروش نسخه فیزیکی، قرارداد مجوز.

کنوانسیون بیع بین‌المللی قرارداد اول را تحت پوشش قرار می‌دهد اما رابطه قراردادی ناشی از مجوز، مشمول احکام این کنوانسیون نمی‌باشد بلکه تابع قانون داخلی است. به نظر نویسنده اولین مسئله‌ای که قانون داخلی بدان می‌پردازد این است که آیا می‌توان به این قرارداد مرکب به عنوان یک قرارداد الزام‌آور مستقل نگریست یا خیر؟ به هر حال این سوالی است که به واسطه قانون داخلی جواب داده می‌شود و نه کنوانسیون.

به خلاف تفسیر فوق شاید چنین اشکال شود که قرارداد فروش هم در واقع فروش کالا نیست، بلکه فروش حق انعقاد قرارداد اعطاء مجوز با مجوز دهنده است؛ اگر این را بپذیریم دیگر هیچ یک از دو رابطه حقوقی تابع کنوانسیون نخواهد بود (Junsoku, 2007). بند (۲) ماده (۳) این چنین قراردادهایی را از شمول کنوانسیون استثناء می‌کند، چرا که قسمت اعظم تعهدات فروشنده در خصوص تهیه حق انعقاد قرارداد مجوز است و نه در مورد تهیه نسخه فیزیکی نرم افزار. به هر حال نظر نویسنده این است که تنها در معدودی پرونده‌ها این تفسیر مبین هدف طرفین قرارداد است (Fakes, 1990, 585). در مجموع کنوانسیون بر قسمت فروش در قراردادهای صدور مجوز از طریق شکستن بسته یا روکش حاکمیت دارد، اما قسمت اعطاء مجوز مشمول قوانین داخلی است.

۳-۳- نرم افزار آنلاین

اکثریت بر این باورند که کنوانسیون در مورد نرم افزارهای آنلاین قابل اعمال است. طرفداران این مطلب مدعی ارائه رفتار یکسان در خصوص نرم افزارهای روی دیسک و نرم افزارهای آنلاین هستند. به تصور

^۱ - Licensor

ایشان، از آن جا که فروش نرم افزارهای روی دیسک و نرم افزارهای آنلاین یک هدف را دنبال می‌کند، قانون باید نسبت به نحوه انتقال در هر دو مورد یک حکم داشته باشد (Diedrich, 2002, 64)، (Cox, 2000, 9). یکی از مفسران از این هم فراتر رفته و استدلال همسانی با فروش آجودا در بطری و آجودا فروخته شده از شیر ارائه می‌دهد و بیان می‌کند که ظرف یا واسطه در ماهیت انتقال کالا به خریدار نقشی ندارد (Didrich, 2002, 64). این قیاس صحیح نیست، چرا که آجودا فی نفسه فیزیکی و محسوس است (Schwenzer and Fountoulakis, 2007, 27). از همه مهم‌تر، نرم افزارهای آنلاین تنها انتقال اطلاعات است، به همین خاطر صرفاً بدان عنوان مجوز بار می‌شود، در حالی که نرم افزارهای روی نسخه فیزیکی می‌تواند فروش یا اعطاء مجوز باشد. به هر حال نظر اکثریت که تفسیر معامله نرم افزارهای روی نسخه فیزیکی و آنلاین باید واحد باشد، در صورتی صائب است که هر دو قرارداد، قرارداد اعطاء مجوز باشد که دیگر در این باره کنوانسیون حاکم بر این قراردادها نخواهد بود. عده‌ای دیگر از مفسران چنین نظر داده‌اند که همان طور که ممکن است اطلاعات روی ابزارهای^۱ ملموس و فیزیکی ضبط گردد، معامله آنلاین نرم افزارها هم با آن‌ها تفاوتی ندارد (Green and Saidov, 2007, 166-169). این نظر نه تنها میان مفهوم ابزارهای ملموس و اطلاعات غیرملموس خلط کرده، بلکه مهم‌ترین نکته را نیز نادیده انگاشته و آن این که در معامله نرم افزار به شکل آنلاین، ابزارها از یک طرف به طرف دیگر منتقل نمی‌شود (Mowbray, 2003, 129-130). به علاوه در این معاملات از یک طرف به طرف دیگر منتقل نمی‌شود بلکه صرفاً کپی آن اطلاعات صورت می‌گیرد و مالکیتی از فروشنده به خریدار انتقال نمی‌یابد. از این قرار به نظر می‌رسد که این‌گونه قراردادها تحت پوشش کنوانسیون قرار نمی‌گیرد.

۳-۴- نرم افزارهای سفارش داده شده

نرم افزارهای سفارش داده شده ممکن است شامل انتقال نسخه‌های فیزیکی یا آنلاین باشند. از مطالب پیشتر گفته شده چنین بر می‌آید که در قرارداد تهیه آنلاین نسخه نرم افزار انتقال نسخه فیزیکی هم دیگر شامل کنوانسیون نمی‌شوند؛ زیرا چنین قراردادی فروش کالا محسوب نمی‌شود. حتی در صورتی که نسخه فیزیکی هم موضوع این قراردادها باشد بدان خاطر که قرارداد ناظر به اعطاء مجوز است بند (۲) ماده (۳) کنوانسیون مانع شمول این قراردادها ذیل کنوانسیون می‌گردد. اما آن چه در این بخش باید مدنظر قرار گیرد قراردادهای سفارش نرم افزار است که در آن مالکیت نسخه فیزیکی از یک طرف به

^۱- Media

طرف دیگر قرارداد منتقل می‌شود. تفاوت بین نرم افزارهای سفارشی و نرم افزارهای استاندارد دقیقاً در همین دخالت عنصر «خدمات» برای ایجاد نرم افزار است و همین عنصر است که احتمال عدم شمول چنین قراردادهایی را به موجب ماده (۳) کنوانسیون افزایش می‌دهد. به هر حال نرم افزارهای سفارش داده شده که به موجب آن در نهایت نسخه فیزیکی انتقال می‌یابد مشمول کنوانسیون قرار می‌گیرد. برای وصول به این نتیجه باید به بند (۱) ماده (۳) توجه گردد (CISG Advisory Council Opinion No.4,2004). در این بند معیارهایی را برای شناخت «قراردادهایی که موضوع آن تهیه کالایی که باید ساخته یا تولید شود» ارائه شده و آن موارد را از شمول کنوانسیون خارج دانسته است. بنابراین نظر، از آن جا که خریدار قسمت عمده مواد اولیه ساخت نرم افزار را فراهم نمی‌کند، این قراردادها از شمول بند (۱) ماده (۳) خارج و تحت پوشش کنوانسیون می‌باشد.

یکی از مفسران بر این نظر است که طبق بند (۱) ماده (۳) کنوانسیون، مواد اولیه ارائه شده توسط خریدار لزوماً ملموس نیست و اگر دستورالعمل یا داده‌ها و اطلاعات توسط خریدار تهیه گردند، ممکن است «بخش اساسی»^۱ بر آن اطلاق گردد که در این صورت کنوانسیون حاکم بر قرارداد نخواهد بود (Diedrich,2002,65). اما ملاک بند (۱) ماده (۳) دارایی است و اگر خریدار بخش قابل توجهی از مواد را فراهم کند، در نتیجه مالک بخش اساسی محصول نهایی خواهد شد و دیگر حکومت کنوانسیون بر این قرارداد توجیه پذیر نیست (Schlechtriem,2005,55,No.14,57). بنابراین دیگر در مواردی که خریدار اطلاعاتی را ارائه می‌دهد، عنوان این دلیل منطقی بر او صادق نیست. نظر اکثر مفسران (Bridge,2007,520) و آراء صادره در خصوص پرونده‌های قضایی حاکی از اعمال بند (۲) ماده (۳) کنوانسیون در مورد چنین قراردادهایی است لیکن خدماتی که منجر به تولید یا ساخت کالایی شود نیز نباید مشمول بند (۲) ماده (۳) شوند (Eastern High Court(Denmark),7 March2002, CISG-AC Opinion No4,para.4.2). باید به خاطر داشته باشیم که ما در خصوص فروش نسخه فیزیکی نرم افزار سفارش شده به بحث می‌پردازیم و اگر موضوع بحث در خصوص قراردادهای اعطاء مجوز این نرم افزارهای سفارش داده شده می‌بود بند (۲) ماده (۳) اعمال می‌شد چرا که دیگر قسمت اعظم تعهدات انتقال این نسخه نمی‌بود بلکه تولید و اعطاء مجوز این نسخه به شمار می‌رفت. همین امر در خصوص نسخه‌های فیزیکی نرم افزار استاندارد نیز حاکم است و به دلایل فوق قراردادهای مذکور از شمول کنوانسیون خارج اند.

^۱ - Substantial part

۴- بررسی سیاست‌ها

در مقایسه با نظر غالب، تحلیل‌های پیش‌گفته بر آن شدند تا شمول کنوانسیون را بر قراردادهای مجوز نرم افزار محدود سازند. حال پرسش اینجا است که آیا این برداشت با سیاست‌های کنوانسیون قابل توجیه است؟ احتمالاً گرایش نظر طرفداران غالب با دو توجیه مورد حمایت قرار می‌گیرد: اول، اهمیت زیادی که یکنواخت‌سازی قوانین کشورها دارد. دوم، احتمال دیگر سیاست‌های مخالف اعطاء مجوز است که متأثر از برخی گرایش‌ها در ایالات متحده آمریکا است. در این بخش از مقاله ابتدا به احتمال دوم و سپس به احتمال اول می‌پردازیم.

نظریه غالبی که پیشتر از آن بحث کردیم در زمان تدوین قانون پرحاشیه و بحث برانگیز معاملات یکپارچه اطلاعات رایانه‌ای^۱ در ایالات متحده آمریکا که دربرگیرنده مجوزهای نرم افزاری بود، شکل گرفت. روند تهیه پیش‌نویس این قانون سیاست‌گذاری‌های کلانی را دربرمی‌گرفت، تا جایی که متهم بدان شد که کاملاً به نفع موسسات نرم افزاری نوشته می‌شود (Nimmer, 2006)، (Braucher, 2006). گرچه قانون معاملات یکپارچه اطلاعات رایانه‌ای توسط کنفرانس ملی نمایندگان رسمی برای تصویب قوانین متحد الشكل دولتی^۲ در سال ۱۹۹۹ رسماً اعلام شد، اما تنها دو ایالت ویرجینیا و مریلند آن را تصویب کردند و این نهاد نیز تلاش‌های خود را برای به تصویب رساندن قانون مذکور در سایر ایالت‌ها متوقف نمود. به نظر خصوصت ایجاد شده علیه قانون معاملات یکپارچه اطلاعات رایانه‌ای، در خصوص شمول یا عدم شمول کنوانسیون بیع بر معاملات نرم افزاری نیز تأثیرگذار بوده است. رویکرد آن‌هایی که در حقوق قراردادی آموزش دیده‌اند، برخلاف حقوق مالکیت معنوی، مخالفت با قانون معاملات یکپارچه رایانه‌ای، یا به نوعی مقابله با این قانون تحریک‌آمیز بود. در زمینه مباحث کنوانسیون وین نیز این عقیده در نوشتارهای «Joseph lookofsky» مشهود است. ایشان در جایی بیان می‌کند که «کنوانسیون نه تنها حاکم بر قراردادهای بین‌المللی فروش نرم افزارهای رایانه‌ای، بلکه باید نسبت به قراردادهایی که فروشنده برنامه آن را به طور نادرست قرارداد مجوز می‌خواند نیز، اعمال گردد.» (Lookofsky, 2003, 278). وی سپس مذمت گونه از لایه‌های تولیدی سخن به میان می‌آورد که تلاش‌های خود را در راستای تصویب مقرراتی به کار بسته‌اند که قراردادهای فروش را به مجوز تقلیل دهد (Lookofsky, 2003, 278). بنابراین کاهش ضمانت‌ها یا جانبداری این قانون احتمالاً یکی از مشکلات قانون معاملات یکپارچه رایانه‌ای است

^۱ - Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA).

^۲ - The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 1892.

اما این قضیه ربطی به قراردادهای مجوز پیدا نمی‌کند؛ اعطاء مجوز یک نهاد کاملاً جدیدی از تجارت است، به ویژه در جایی که معامله بر پایه شخصیت مجزای اطلاعات منعقد گردد. به طور خلاصه این قلمرو جدید، از تجارت مبتنی بر کالا متمایز است (Nimmer, 1999).

دومین و مهم‌ترین توجیه در پس نظریه غالب، افزایش یکپارچگی قوانین است (Primak, 1991). (Diedrich, 1996). نظریه غالب در جستجوی یکنواخت‌سازی، بدان باور است که مقررات کنوانسیون به قدر کافی انعطاف پذیر است تا مجوزهای نرم افزاری را به صورت یک ضرورت، با خود سازگار نماید (Green and Saidov, 2007, 178-180). هیچ چیز عجیبی در خصوص توان حکومت کنوانسیون بر مجوزهای نرم افزاری وجود ندارد (Walt, 2015, 248). کنوانسیون به نحوی طراحی شده است که بتواند بر قراردادهای فروش حکومت کند و از این جهت نیز الگوی این‌گونه قراردادها است. به عنوان یک شاهد مثال در مورد ماهیت عمومی قانون راجع به فروش، قانون مدنی ژاپن^۱ در ماده (۵۵۹) بیان می‌دارد: «مفاد این بخش (که در رابطه با قرارداد فروش است) باید با تمام تغییرات و تعدیلاتی که لازم است در خصوص قراردادهای مبتنی بر ارزش مازاد بر قراردادهای بیع، اعمال گردد. با این اوصاف اگر طبیعت قرارداد ارزش پذیرای این قالب نباشد، مفاد این بخش از قانون در خصوص آن اعمال نمی‌گردد.» همین مقرر در قوانین مدنی کره ۱۹۵۶ (ماده ۵۶۷) و چین ۱۹۹۹ (ماده ۱۷۴) نیز موجود است. شاهد حال دیگر در موسسه بین‌المللی یکسان‌سازی حقوق خصوصی^۲ است که اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی است. اگر چه اصول یونیدروا به شدت تحت تأثیر کنوانسیون است اما به نحوی تدوین شده‌اند که تنها شامل قراردادهای بیع بین‌المللی کالا نباشد، بلکه به طور کلی در خصوص قراردادهای بازرگانی بین‌المللی اعمال شوند (UNIDROIT Principles, 2016, Preamble, Para. 1), (Bonell, 2005).

^۱ - Civil Code, Act No. 89 of 1896.

^۲ - International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), 1926.

نتیجه گیری

مسئله کنوانسیون یک بستر نوید دهنده در مدیریت قراردادهای اعطای مجوز است، اما قابل اعمال دانستن کنوانسیون بر این قراردادها می‌تواند آغاز دشواری‌ها باشد؛ اگر کنوانسیون بر این‌گونه قراردادها حکومت پیدا کند هیچ چیز جلودار و سوسه مدار کردن دیگر قراردادها تحت حاکمیت کنوانسیون نخواهد بود. برای مثال بعضی از مفسران چنین خواهند گفت که فروشنده می‌تواند از تعهدات خود نسبت به انتقال مالکیت کالا در شرایطی سر باز زند، پس به همین خاطر قرارداد مجوز فی‌نفسه تحت پوشش کنوانسیون است. این استدلال همچنین منجر می‌گردد که قراردادهای اجاره نیز تحت پوشش کنوانسیون درآید. این مقاله پیشنهاد می‌دهد که در راستای یکنواخت سازی، باید با توجه به اهمیت این یکنواخت سازی با احتیاط قدم برداشت و کنوانسیون را حاکم بر قلمروهای جدیدی که تا حال با آن مواجه نبوده و احتمالاً ماهیت تجاری متفاوتی نیز از بیع بین‌المللی کالا دارند، ناساخت که محققاً در قبال این رویارویی هزینه‌هایی را نیز متقبل خواهد شد و باید صرفه و فایده را مورد سنجش قرار داد. این آشنایی با ابعاد حقوقی اعمال مقررات کنوانسیون بر معاملات نرم افزار البته کمک شایانی به دولت‌های غیرعضو در این سند، از جمله جمهوری اسلامی ایران در راستای عضویت احتمالی آتی به این سازوکار خواهد نمود.

منابع

- علومی یزدی، حمیدرضا؛ رحمتی، پرویز؛ رضایی، بهمن و غیبی، محمدمعین، ۱۳۹۵، تأملاتی بر بیع بین‌المللی: مجموعه نظرات شورای مشورتی کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ سازمان ملل متحد، چاپ اول، تهران، انتشارات خرسندی.

- Aida, Yutaka and Ohgaki, Atsushi, 1996, Shin Denshi Rikkoku [The New Founding of an Electronic State], Vol. 3, Tokyo: Nihonhososhuppanyokai.
- Appellate Court Köln (Germany), 26 August 1994 (Market study case), translation available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940826g1.html>.
- Appellate Court's-Hertogenbosch (Netherlands), 19 November 1996 (ICT v. Princen Automatisering Oss), available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961119n1.html>.
- Appellate Court Koblenz (Germany), 17 September 1993 (Computer chip case), CLOUT no 122, translation available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930917g1.html>.
- Bonell, M, 2005, "An International Restatement of Contract Law", 3rd ed, Transnational Publishers.
- Braucher, J, 2006, "Contracting Out of Article 2 Using a "License" Label: A Strategy That Should Not Work For Software Products", Loyola of Los Angeles Law Review.
- Bridge, M, 2007, "The International Sale of Goods: Law and Practice", 2nd ed, Oxford University Press.
- CISG-AC Opinion no 4, Contracts for the Sale of Goods to Be Manufactured or Produced and Mixed Contracts (Article 3 CISG). 24 October 2004.
- Civil Code, Act No. 89 of 1896.
- Commercial Court Zürich (Switzerland), 17 February 2000 (Computer software and hardware case), translation available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000217s1.html>.
- Cox, T, 2000, "Chaos versus Uniformity: The Divergent Views of Software in the International Community", Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration.

- Diedrich, F, 1996, 'Maintaining Uniformity in International Uniform Law via Autonomous Interpretation: Software Contracts and the CISG' (8) Pace International Law Review.
- Diedrich, F, 2002, "The CISG and Computer Software Revisited", Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration.
- Eastern High Court (Denmark), 7 March 2002 (Internet website development case), available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020307d1.html>.
- Enderlein, F and Maskow, D, 1992, "International Sales Law", Oceana Publications.
- Fakes, A, 1990, "The Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods to Computer Software and Database Transactions", Software Law Journal.
- Ferrari, F, 1995, "Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing", Journal of Law and Commerce.
- Green, S and Saidov, D, 2007, "Software as Goods", Journal of Business Law.
- Herber, R, 1998, Article I in Schlechtriem, P (1998) Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) 2nd ed; translated by Geoffrey Thomas Oxford: Clarendon Press.
- Honnold, JO, 1999, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention (3rd ed) Kluwer Law International.
- Larson, M, 1997, "Applying Uniform Sales Law to International Software Transactions: The Use of the CISG, its Shortcomings, and a Comparative Look at How the Proposed U.C.C. Article 2B would Remedy Them", Tulane Journal of International & Comparative Law;
- Lookofsky, J, 2004, Understanding the CISG in the USA (2nd ed) Kluwer Law International.
- Lookofsky, J, 2003, "In Dubio pro Conventione? Some Thoughts about Opt-outs, Computer Programs and Preemption under the 1980 Vienna Sales Convention (CISG)", Duke Journal of Comparative and International Law.
- Mowbray, J, 2003, "The Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods to E-Commerce Transactions: The Implications for Asia", Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration.
- Nimmer, R, 2006, "An Essay on Article 2's Irrelevance to Licensing Agreements", Loyola of Los Angeles Law Review.

- Nimmer, R, 1999, "Images and Contract Law - What Law Applies to Transactions in Information", Houston Law Review.

- Primak, S, 1991, "Computer Software: Should the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods Apply? A Contextual Approach to the Question", Computer Law Journal.

- Regional Court Arnhem (Netherlands), 28 June 2006 (Silicon Biomedical Instruments B. V. v. Erich Jaeger GmbH), translation available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060628n1.html>.

- Schlechtriem, P, 2005, "Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)", In Schlechtriem, P and Schwenzler, I, (2nd English Edition), Oxford University Press.

- Schwenzler, I and Fountoulakis, C, 2007, "International Sales Law", Routledge-Cavendish.

- Supreme Court (Austria), 21 June 2005 (Standard software on disk), available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050621a3.html>.

- Supreme Court (Germany), 27 June 2007 (Software case), available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070627g1.html>.

- Supreme Court (Germany), 4 December 1996 (Printing system and software case), translation available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961204g1.html>.

- Unidroit Principles of international Commercial Contracts, 2016.

- Walt, S, 2005, "The CISG's Expansion Bias: A Comment on Franco Ferrari", International Review of Law and Economics.

- <http://www.worldstopexports.com>