

## نرم افزار متن باز؛ حقوق مالکیت فکری یا حقوق قراردادها

عبداله رجبی<sup>۱</sup>

### چکیده

برنامه‌های رایانه‌ای به دلیل اهمیتی که در زندگی روزمره انسان کنونی دارد و به سبب تلاش و هزینه‌ای که برای تولید آن می‌شود، نیازمند حمایت حقوق مالکیت فکری است؛ با این حال، امروزه جنبش‌هایی به وجود آمده است که دسته‌ای از این برنامه‌ها را از شمول نظام اقتصادی مالکیت فکری خارج و به صورت متن باز منتشر می‌کند. این جنبش‌ها معتقد به آزادی کاربران در توسعه نرم افزار و بهره‌برداری از آن هستند و از این رو، درون نرم افزار شروط قراردادی هست که بهره‌بردار از برنامه با به کارگیری آن، قرارداد را می‌پذیرد و در تغییر نرم افزار و انتشار آن، ملزم به آن شروط است. برخی دادگاه‌های خارجی، این گونه نرم افزارها را درون نظام مالکیت فکری جای می‌دهند و تابع احکام آن می‌دانند، اما بیشتر حقوق دانان این حمایت‌ها را تابع نظام قراردادها به شمار می‌آورند.

این نوشتار بر اساس مبانی حقوق ایران، مشروعیت انعقاد این نوع قراردادها را و این که در کدام دسته از قراردادهای سنتی قرار می‌گیرد، مورد بررسی قرار می‌دهد. یافته تحقیق، احراز صحت چنین قراردادهایی با لحاظ احکام خاص خود است.

**واژگان کلیدی:** نرم افزار، متن باز، مالکیت فکری، قرارداد، مجوز بهره‌برداری، حقوق مادی.

۱. استادیار دانشکده‌گان فارابی دانشگاه تهران

## درآمد

رویکرد رو به رشد دنیای فناوری، امروزه ناظر به واگذاری ایجاد، تغییر و حتی امنیت، به کاربران آن فناوری است. این رویکرد ناظر به تغییر وضعیت و گذار از حقوق مبتنی بر مرجع واحد و برتر، به حقوق مبتنی بر مراجعی است که خود صاحبان حق و تکلیف باشند. امروزه این جنبش در میان نرم‌افزارها فعالیت بسیار دارد و کاربرد آن را در نقش گسترده زنجیره بلوکی (بلاک‌چین)<sup>۱</sup> برای امنیت فناوری، در نحوه نگارش دایره‌المعارف‌های دنیای مجازی و... نیز می‌توان دید. نام این جنبش، متن‌باز است.

برنامه متن‌باز «برنامه‌ای است که همه می‌توانند شکل اصلاحی یا اصیل آن را آزادانه به کار گیرند، تغییر دهند و به دیگران برسانند» (Chike, 2016: 388). امروزه در اثر جنبش متن‌باز، مدل‌های کسب و کار تغییر کرده است (Sommer-ville, 2010: 201)؛ چرا که این رویکرد در پی توزیع کد منبع برنامه‌های سیستمی، مثل سیستم عامل، پایگاه داده و محیط توسعه برنامه<sup>۲</sup> است؛ تا دیگران در توسعه آن مشارکت کنند (Pressman, 2010: 9). متن‌باز مخالف هدایت و توسعه کد از جانب گروه‌های کوچک است؛ بنابراین با انتشار نرم‌افزار، از داوطلبان دعوت می‌شود تا در فرایند توسعه آن مشارکت یابند. بر اساس این اندیشه، مشارکت‌کننده در پروژه می‌تواند ایرادها (باگ‌ها) را گزارش دهد و برطرف کند و ویژگی‌های جدید و کارکرد نو را پیشنهاد دهد. امروزه، «ویندوز» روش انحصاری و «لینوکس» روش مشارکتی تولید و عرضه نرم‌افزار است.

جنبش متن‌باز دارای دو اندیشه نوآورانه است: نخست، نرم‌افزار با امکان دسترسی آزاد کاربر به کد منبع ارائه شود؛ دوم، کاربر مختار و آزاد باشد تا نرم‌افزاری را که قانوناً تحصیل کرده، اصلاح، تکثیر یا بازتوزیع کند (Dixon, 2004: 2). بنابراین، کد متن‌باز شرط اصلی و فنی آزادی نرم‌افزاری است؛ یعنی آزادی نرم‌افزاری هدف و کد متن‌باز وسیله رسیدن بدان هدف است (Rosen, 2005: 3)؛ شبیری زنجانی و نظام‌الملکی، ۱۳۹۶: ۵۵).

1. Black Chain

2. Development Environment

ریشه نرم افزارهای متن باز در تلاش گروهی با نام بنیاد نرم افزارهای آزاد قرار دارد (Sommerville, 2010: 198). این بنیاد حاصل تفکرات ریچارد استالمن در دهه ۱۹۷۰ میلادی است؛ او بر اساس دیدگاه‌های اخلاقی، سعی در مبارزه با اعطای صفت اقتصادی به نرم افزار داشت. به نظر او، نرم افزار دستاورد کل بشر است و نبایستی مشمول انحصار موجود در نظام مالکیت فکری باشد؛ اگرچه ذکر نام پدیدآورنده برنامه، از نظر اخلاقی، موجه است (قاجار قیونلو، ۱۳۹۱: ۵۱۴-۵۱۵). در حقیقت، مالکیت فکری وسیله ارتقای منافع کسانی است که صاحب قدرتند (Lloyd, 2011: 281) و با پذیرش جنبه اقتصادی برنامه رایانه‌ای، راه را برای سوء استفاده پدیدآورنده از نیاز کاربران و کسب ثروت روزافزون او گشوده‌ایم. موضوع دیگری که جنبش متن باز مطرح می‌کند، مسأله رواج خلاقیت در اجتماع با امکان مشارکت همه در تکمیل برنامه رایانه‌ای است.<sup>۱</sup>

صرف نظر از محاسن و معایب برنامه متن باز،<sup>۲</sup> از جمله مسأله حقوقی این برنامه که برخاسته از امکان اصلاح منبع و تولید محتوا از جانب همگان است، فراهم شدن موجبات ادعای مالکیت را از سوی کاربر اصلاح‌کننده و نقض اصول عام حاکم بر نرم افزار است. در برنامه متن باز همواره احتمال نقض مالکیت فکری

۱. دسترسی آزاد متفاوت از دسترسی مشترک است. دسترسی مشترک به اطلاعات، تأکیدی بر استفاده از اجزای پیش‌ساخته، بدون دسترسی مبنایی به منبع اجزاست (Dixon, 2004: 3)؛ یعنی، برنامه متن باز و اختصاصی ممکن است که دسترسی مشترک گروهی از افراد را بپذیرد و افراد تنها به جزء خاصی از منبع دسترسی داشته باشند. افزون بر این، نرم افزارهای متن باز با نرم افزار رایگان فرق دارد. وقتی از مفهوم متن باز صحبت می‌کنیم، رایگان بودن آن در نظر نیست؛ بلکه به حقوق ناشی از آن و آزادی عمل در آن کار داریم (زرکلام و محوری، ۱۳۹۴: ۲۳؛ Shaeffer, 2017: 326).

۲. مهم‌ترین فایده برنامه متن باز، سهولت تحصیل و آسانی دسترسی است (Chike, 2016: 377)؛ هرگاه برنامه از نوع اختصاصی باشد و تنها برای پدیدآورنده و کارکنان او دسترسی به متن فراهم باشد، حیات برنامه وابسته به خواست ایشان است؛ پس اگر با پیشرفت فناوری، ایشان نخواهند تغییراتی در متن و حتی در هدف آن ایجاد کنند، برنامه برای کاربران فایده کمی دارد (بنگرید به: جعفرزاده و عمروانی، ۱۳۹۳: ۱۱۴). برنامه متن باز برای کاربرانش معمولاً امنیت خاطر می‌آورد؛ چرا که در سریع‌ترین زمان، شاهد رفع مشکلات برنامه و اصلاح آن در مدت کم هستند (Sommerville, 2010: 199). پویایی برنامه متن باز نیز از مزیت‌های دیگر آن است و از این راه، برنامه را مبدل به فناوری زنده می‌کند. از مضرات برنامه متن باز (Bainbridge, 2004: 2011) این است که، معمولاً تعداد محدودی از توسعه‌دهندگان به مشارکت در برنامه‌های تخصصی علاقه دارند (Sommerville, 2010: 200). همچنین برای شرکت‌های کاربر نرم افزار و حتی برای دولت‌ها مناسب نیست که برنامه‌ای را به کار برند که متن آن در دست دیگری باشد و هر وقت بخواهد آن را تغییر دهد (جعفرزاده و عمروانی، ۱۳۹۳: ۱۱۴-۱۱۵).

دیگران وجود دارد.<sup>۱</sup> همچنین نمی‌توان اطمینان داشت که اشخاص غیر مرتبط جهت ورود به حریم خصوصی مداخله نکنند (Sommerville, 2010: 200)؛ و لذا بررسی مسؤولیت ناشی از این اقدامات کاربران، ضرورت می‌یابد. این پرسش نیز مطرح می‌شود که با وجود جنبش متن‌باز، آیا می‌توان همچنان از پارادایم‌های مالکیت فکری استفاده کرد یا مناسب است که مراجع قضایی و حقوقی، آن را جزو حقوق اموال یا قراردادهای قرار دهند و در این خصوص تعیین تکلیف کنند که آیا با توجه به بروز شخصیت پدیدآورنده در آن، می‌توان او را در قبال نتایج این برنامه‌ها مسئول جبران زیان کاربران دانست.

برای پاسخ به این پرسش‌ها، نحوه حمایت نظام مالکیت فکری از برنامه متن‌باز مورد بررسی قرار می‌گیرد و نظام حمایتی قراردادهای از این برنامه تبیین می‌شود.

### ۱. جنبه‌های مالکیت فکری برنامه متن‌باز

مهم‌ترین حق در برنامه رایانه‌ای، حقوق فکری موجود برای پدیدآورنده یا انتقال‌گیرنده حق از اوست. برای حمایت نظام مالکیت فکری از برنامه‌های رایانه‌ای، دلایل و شرایطی وجود دارد که به این دسته از تولیدات فکری اختصاص دارد؛ بنابراین ادعای تبعیت مطلق حقوق نرم‌افزارهای رایانه‌ای از فروع نظام حقوق فکری و نادیده گرفتن خصایص هر یک نارواست. این دلایل و شرایط را در زیر بررسی می‌کنیم.

#### ۱-۱. جهات توجیهی برای حمایت

مالکیت فکری در معنای کلی و در ذات خویش، به معنای انحصار و اختصاص فکر عینیت‌یافته به شخص خاص است. امکان انتقال اطلاعات و افزایش سرعت اتصال و نصب برنامه از طریق فضای مجازی و از منبع مشخص تولیدکننده برنامه نشان می‌دهد که برنامه نیز از نظرگاه ساده عرف، کالا است و خدمتی نیست که در قالب کالای دیگری از جانب صاحب فکر ارائه شده باشد. در واقع، برنامه همان نقشی را در فضای مجازی بازی می‌کند که اموال مادی در دنیای واقعی؛ به گونه‌ای که می‌توان نظریه اجاره برنامه به کاربران را مطرح ساخت.

۱. برای جلوگیری از این مسأله، پیشنهاد شده که اصلاح‌کننده مشخص کند آیا نقضی در اصلاح برنامه روی داده و چگونه و چه وقت رخ داده است (Bainbridge, 2004: 312-315).

در کنار آن، ایجاد برنامه رایانه‌ای گاه نیازمند تخصص، وقت و هزینه و امکانات بیشتری از سایر تولیدات فکری است. برای همین، معمولاً تولید برنامه اقتضای سرمایه‌گذاری (مالی و مهارتی) را دارد و هدف عمده تولیدکنندگان، بازگشت سرمایه‌ای است که در آن راه صرف می‌کنند؛ پس سزاوار است تلاش و هزینه‌شان منشأ اثر باشد تا روند تولید این وسیله مفید، همچنان پا بر جا ماند. بدون چنین حمایتی، سازندگان برنامه توان بازگرداندن سرمایه خود در کنار سود متعارف را ندارند و به دنبال آن، ایجاد و توسعه این جنبه سرنوشت‌ساز از فناوری رایانه‌ای به خطر می‌افتد (Wipo, 2004, no. 7.4).

## ۲-۱. شرایط حمایت

حمایت از حقوق ناشی از برنامه رایانه‌ای به دو دسته عمده حمایت رسمی (از طریق مراجع قانونی و نهادهای عمومی) و حمایت شخصی تقسیم می‌شود. درباره حمایت شخصی می‌توان به مباحث راجع به خوددادگری مراجعه کرد،<sup>۱</sup> اما در حمایت‌های رسمی از حقوق ناشی از نرم‌افزار رایانه‌ای، تقریباً تردیدی میان قوانین کشورهای پیشرفته دنیا نیست. در حقوق ایران نیز، قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای مصوب سال ۱۳۷۹ ناظر به حق فکری ناشی از نرم‌افزار رایانه‌ای و حمایت داخلی از آن است؛ با این حال، آنچه دشوار می‌نماید، چگونگی این حمایت است؛ این که نرم‌افزار رایانه‌ای که از جمله تولیدات فکری جدید است، در کدام نظام حمایتی حقوق فکری قرار می‌گیرد و از چه شیوه‌ای بایستی از پدیدآورنده و سایر افراد دخیل حمایت کرد و آیا حمایت قانونی نظام حقوقی ایران برای این برنامه‌ها مناسب و کافی است.

پاسخ این سوالات را بایستی در قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای و آیین‌نامه اجرایی مواد ۲ و ۱۷ قانون مذکور مصوب ۱۳۸۳ و سایر قوانین و منابع حقوقی موجود دید و با عنایت به رویه جهانی موجود و ماهیت تغییرپذیر برنامه‌های رایانه‌ای، نظام حقوقی حاکم بر آن را تعیین و حدود آن را مشخص کرد؛ توضیح این که، برنامه رایانه‌ای در کنار نوشته بودن، هم‌زمان در بر دارنده تصویر و

۱. برای مطالعه اقدامات حمایتی شخصی در حقوق فکری و نرم‌افزارها، بنگرید به: رجبی و حسینی، ۱۴۰۱: ۲۴۹ و بعد.

صدا و نیز حاوی دستوراتی است که سخت‌افزار را به کار و می‌دارد. این ویژگی‌ها، از سویی به دلیل حمایت نکردن نظام مالکیت فکری از روش‌ها و ترفندها، سبب شده که نتوان آن را در قالب نظام مالکیت فکری جای داد و از سوی دیگر، به دلیل گنجایش ناکامل آن در شاخه‌های معین مالکیت فکری، سبب شده که نتوان به طور کامل از یکی از نظام‌های حمایتی مالکیت فکری موجود برای حمایت از حق پدیدآورنده یا سایر حقوق موجود در آن بهره برد. برای همین، مباحث طولانی و فراوانی میان طرفداران هر دو نظام در طی تاریخ ایجاد این برنامه‌ها درگرفته است؛ یعنی برای حمایت حقوقی در قالب نظام مالکیت فکری، می‌توان از دو نظام مالکیت ادبی هنری و ثبت حق اختراع یاری گرفت؛ در عین حال، هیچ‌یک به طور کامل متناسب با حمایت از برنامه رایانه‌ای نیست.

### ۳-۱. رابطه شیوه‌های متعدد حمایتی

رابطه حمایت نظام اختراعات با مالکیت ادبی هنری در برنامه‌های رایانه‌ای نیازمند تبیین است. می‌توان گفت که برنامه به طور کامل تحت حمایت یکی از این دو نظام باشد؛ یعنی پدیدآورنده تصمیم بگیرد که برنامه خود را تحت نظام اختراعات ثبت کند یا مشمول نظام ادبی هنری بداند و راه دیگری نداشته باشد. همچنین می‌توان مدعی شد که بخش‌هایی از برنامه تحت نظام مالکیت ادبی هنری باشد و بخش‌های دیگر آن مشمول اختراعات.

با نظر به اصل منطقی «نفی برخورداری محصول فکری واحد از حمایت‌های متعدد»، حمایت از حق اختراع نافی حمایت از مالکیت ادبی هنری است؛ چرا که برنامه‌نویس نمی‌تواند برای یک محصول و ویژگی (خلاقیت موجود در برنامه) از دو شیوه حمایتی استفاده کند و قانون‌گذار او را مخیر به انتخاب یکی از آن دو کرده است؛ با این حال، به نظر می‌رسد که با انتخاب هر یک از این دو روش حمایتی، بخشی از عناصر برنامه که واجد ارزش اقتصادی و حاصل خلاقیت و تلاش پدیدآورنده بوده، خارج از دایره حمایت باقی می‌ماند؛ به ویژه این‌که، حمایت‌های موجود در قانون که ممکن است در برنامه رایانه‌ای وجود داشته باشد، محدود به این دو نیست و برنامه ممکن است مشمول حمایت از طرح صنعتی یا علائم تجاری و ... شود.

حقوق مالکیت ادبی هنری به حمایت از شکل و ظاهر می‌پردازد (Colston&)

Galloway, 2010: 2)؛ یعنی اثر باید در قالب خاص خود تجسم یابد و ایده آن جایگاهی برای حمایت ندارد. همچنین ضرورتی به ثبت و تشریفات دیگر نیست و کافی است که اثر اصیل باشد (Lloyd, 2011: 336).

مهم ترین شاخه حقوق مالکیت صنعتی، نظام اختراعات است که در کنار طرح صنعتی و نام و نشان تجارתי قرار می گیرد. در این نظام، حمایت به سختی ایجاد می شود؛ اما به دارنده حق، قدرت گسترده بازاری اعطا می کند (Colston & Gal- loway, 2010: 63). نو بودن محصول فکر، وجود گام ابتکاری در آن و کاربرد صنعتی آن، از ویژگی های مهم این شاخه مالکیت فکری است. در حقیقت نقش کپی رایت، حمایت از بیان برنامه است و نقش حق اختراع، حمایت از فرایند برنامه یا کارکردهای دیگر آن است؛ یعنی اختراع مناسب عناصر غیر نوشتاری است. به عبارت دیگر، هنر کاربردی متعلق به نظام اختراعات است و کپی رایت از نوآوری های فنی حمایت نمی کند؛ اعم از آن که اختراع ثبت شود یا خیر (Samuelson, 2017: 12)؛ پس بر این نتیجه می توان گردن نهاد که در یک عنصر بسیط برنامه نمی توان از دو شیوه حمایتی استفاده کرد، اما ممکن است در میان شاخه های مالکیت فکری، بخشی از برنامه تابع نظام مالکیت ادبی هنری، بخش دیگر تابع اختراع و بخش دیگر آن تابع طرح صنعتی و علامت تجاری و ... باشد و این منطق بر نظام های خارج از مالکیت فکری نیز حاکم است؛ با این حال، به رغم خطر هم پوشانی بین حق اختراع و مالکیت ادبی هنری در خصوص برنامه های رایانه ای، گاه با خلأ حمایتی مواجه هستیم؛ چرا که ایده ها، کارکردها یا فرایندها نه در این شاخه و نه در آن قرار می گیرد (Shaeffer, 2017: 331). بسیاری از قانون گذاران برای این مشکل چاره اندیشیده اند؛ برای نمونه، بر اساس بند چهارم ماده ۶۹ الف قانون حق مولف آلمان مصوب سال ۱۹۶۵ میلادی،<sup>۱</sup> هرگاه نسبت به برنامه های رایانه ای نتوان حکمی یافت، بایستی از احکام مقرر راجع به آثار صوتی استفاده کرد. برخی از نویسندگان آمریکایی نیز به این شیوه حمایتی تمایل دارند (Shaeffer, 2017: 410).

قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم افزارهای رایانه ای، در زمینه مالکیت

1. The provisions applicable to literary works apply to computer programs, unless otherwise provided in this Division.

ادبی هنری و با فرض وجود این نظام حمایتی، به بحث از حق اختراع (ماده ۲) و علائم و نام‌های تجارتي (در ماده ۳) پرداخته است و نشان این امر، هم عنوان قانون است که نام «پدیدآورنده» را برای نرم‌افزار انتخاب کرده<sup>۱</sup> و هم ماده ۸ قانون است که از متصدی آثار ادبی هنری (وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی) نام برده است. از این گذشته، نخستین رأی صادره از دادگاه‌ها راجع به حمایت از حقوق پدیدآورنده برنامه رایانه‌ای، در سال ۱۳۷۰ با استناد به بند ۱۱ ماده ۲ قانون حمایت مؤلفان، مصنفان و هنرمندان بوده است (باقری و دیگران، ۱۳۸۹: ۲۱؛ برنا و محرمی، ۱۳۹۱: ۸). این رأی نشان می‌دهد که زمینه قرار دادن نرم‌افزار در قالب نظام مالکیت ادبی هنری در نظام قضایی ایران وجود داشته و قانون‌گذار با این فرض به تصویب قانون در سال ۱۳۷۹ پرداخته است.

در نتیجه، پیش‌فرض قانون، بر اساس مواضع نظام‌های حقوقی زمان قانون‌گذاری، حمایت‌های ادبی هنری بوده و در واقع، ذکر عنوان اختراع در متن قانون جنبه ایجابی دارد، نه سلبی و باید گفت که استثنایی است و نه قاعده‌مند.<sup>۲</sup> سرانجام اعمال حمایت‌های موجود در شاخه طرح‌های صنعتی بر برنامه‌های رایانه‌ای هم مستحسن و هم بنا بر کلیات، مورد حکم قانون‌گذار است.

پدیدآورنده نخستین، اصلی‌ترین شخص مد نظر قانون است؛ به گونه‌ای که عنوان قانون سال ۱۳۷۹ شامل نام اوست. با این حال، قانون تعریفی از او به دست نداده است، اما ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی مواد ۲ و ۱۷ قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای اعلام می‌کند: «پدیدآورنده نرم‌افزار شخص یا اشخاصی هستند که بر اساس دانش و ابتکار خود کلیه مراحل مربوط اعم از تحلیل، طراحی، ساخت و پیاده‌سازی نرم‌افزار را انجام دهند». از این گذشته، ممکن است قانون حقوق دیگری را برای اشخاص مرتبط با برنامه رایانه‌ای به رسمیت شناسد. از جمله، منافع انتقال‌گیرنده حقوق مادی نرم‌افزار شامل حق تکثیر، عرضه و اجرا نیز امکان حمایت قانونی را می‌یابد. در کنار ایشان، می‌توان از سرمایه‌گذار تولید نرم‌افزار

۱. ماده ۱ قانون حمایت حقوق مؤلفین، مصنفین و هنرمندان بیان می‌کند: «از نظر این قانون به مؤلف و مصنف و هنرمند پدید آورنده ... اطلاق می‌شود».

۲. به کارگیری لفظ «در صورت» در ابتدای ماده ۲ قانون نیز مؤید لفظی تحلیل مذکور از نظام حقوقی ایران است.

که گاه جدای از پدیدآورنده است، در قالب نظام‌های موجود حقوق فکری حمایت کرد (بنگرید به: رجبی، ۱۳۹۶: ۲۶۰).

#### ۴-۱. رابطه متن باز با نظام مالکیت فکری

کسی مدعی نیست که برنامه متن باز نباید از حمایت قانونی برخوردار شود. اصولاً همین که شخص متصدی، شروط قراردادی را در آن می‌گنجاند و به آن وسیله خواهان رعایت تعهداتی از جانب توسعه‌دهندگان بعدی است، نشان‌گر آن است که او می‌بایست حقوقی در آن برنامه داشته باشد، اما یقیناً اوصاف برنامه‌های اختصاصی را نمی‌توان به تمام و کمال در این برنامه‌ها دید. در واقع، آنچه که در برنامه‌های متن باز نفی شده، جنبه اقتصادی است؛ پس بایستی حق اخلاقی پدیدآورنده را به رسمیت شناخت، اما همچنان اجازه داد که دیگران در پی توسعه این برنامه‌ها باشند.

نرم افزار متن باز به صورت تکوینی متعلق به پدیدآورنده است و از این جهت تفاوتی با نوع اختصاصی و مالکانه ندارد. تنها تفاوت، در حقوق کاربران است. در واقع، کپی‌لفت درون خود تغییر حقوق مالکیت فکری را دارد که بر اساس آن حقوق فکری اثر در اختیار مصرف‌کننده قرار می‌گیرد (حبیبی و شاکری، ۱۳۹۱: ۹۸)؛ پس کاربران در کنار این که می‌توانند از آن به رایگان استفاده کنند، حق تغییر آن را نیز دارند و می‌توانند اصل نرم افزار یا تغییرات خود را در اختیار دیگران قرار دهند.

بر این اساس، به نظر می‌رسد که نظر برخی فقها (موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۵۹۶) در رد مالکیت فکری که بیان می‌کنند «نفی سلطه مردم بر اموالشان، بدون این که هیچ‌گونه شرط و عقدی در میان باشد جایز نیست»، در پذیرش احکام جنش متن باز تأمین شود و قدمی برای نزدیکی نظام اسلامی و نظام حاکم بر برنامه‌های رایانه‌ای باشد؛ چرا که نفی سلطه دیگران بر اساس شرط و عقد است؛ منتها اخیراً در نظام حمایت از برنامه متن باز تغییراتی صورت گرفته و برخی در پی آنند که این گونه نرم افزارها را در قالب مالکیت فکری قرار دهند. از جمله در حقوق امریکا، آرای ناظر بر اختراع تلقی کردن آن وجود دارد (Chike, 2016: 386). با عنایت به نیازمندی اختراع به ثبت، این حکم چندان معقول نیست و حتی می‌توان آن حکم را درباره مالکیت ادبی هنری که باور برخی نویسندگان است (Zhu, 2013: 290)، باز به خاطر شرط ثبت، نادرست دانست؛ مگر درباره کد منبع و به شرطی که در قالب مناسب

خود، مثل چاپ در کتاب ابراز شده باشد.

## ۲. حمایت قراردادی از برنامه متن‌باز

قانون‌گذار ایرانی به خلاف رویکردی که در قانون مدنی اتخاذ کرده، وارد بحث قراردادهای مالکیت فکری نشده و عناوین قراردادی را احصا نکرده است. تنها در قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای (ماده ۶) قرارداد تهیه نرم‌افزار را در قالب استخدام شناخته و در آیین‌نامه اجرایی مصوب ۱۳۸۳ این قانون (ماده ۱۰) به قرارداد سفارش طراحی نرم‌افزار رسمیت بخشیده است.

این رویه مناسب همه عرصه‌های حقوق خصوصی است؛ چرا که قانون‌گذار با این اقدام خود، اصل آزادی قراردادی را به رسمیت شناخته و اجازه داده تا طرفین همگام با نیازهای روز و تحولات فناوری، عناوین مناسب را بیابند و احکام لازم را بر آن بار کنند؛ پس حدود تأثیر قانون‌گذار بایستی به مواردی محدود باشد که منافع عموم در میان است؛ مثل ضرورت ثبت قرارداد یا رعایت حقوق رقابت.

در هر حال، قراردادهای با موضوع برنامه رایانه‌ای به سه دسته عمده تقسیم می‌شود (بنگرید به: رجبی، ۱۴۰۰: ۳۵۷ و بعد): نخست، قراردادهایی که یک طرف آن دارنده حق (نخستین یا انتقال‌دهنده) و طرف مقابل آن، استفاده‌کننده از برنامه است (قرارداد امتیاز بهره‌برداری)؛ دوم، قراردادی که یک طرف آن پدیدآورنده قرار دارد و در طرف دیگر، شخصی که خلأقیتی به خرج نداده، اما به واسطه سرمایه‌گذاری، دارنده حقوق ناشی از نرم‌افزار است. این شخص ممکن است بعد از این که محصول فکری حمایت حقوقی را کسب کرد، وارد شود و عنوان انتقال‌گیرنده را بگیرد (قرارداد انتقال حق) یا پیش از آن و سفارش‌دهنده باشد و مشارکت کند (قرارداد سفارش) یا این که فکر پدیدآورنده را به استخدام خود درآورد (قرارداد استخدام)؛ سوم، ممکن است دارنده در پی وثیقه نهادن برنامه باشد یا طی قرارداد سفارش شرط شود که برنامه رایانه‌ای در مالکیت سرمایه‌گذار به وجود آید.

از طرف دیگر و بر مبنای موضوع قرارداد، این قراردادها به دو دسته عمده تقسیم می‌شود: نخست، قراردادهایی که موضوع آن محصول فکر است و برنامه عینیت یافته است؛ مثل قرارداد انتقال حق و مجوز بهره‌برداری؛ و دوم، قراردادهایی که برای ساخت برنامه آینده منعقد می‌شود؛ جای قرارداد سفارش ساخت و تأمین

مالی در اینجاست.

## ۱-۲. فواید و مضرات حمایت قراردادی

قرارداد یکی از روش های حمایت از مالکیت فکری است. با انعقاد قرارداد، طرف مقابل بر اساس شروط مختلف، دسترسی های متفاوتی را در برنامه کسب می کند؛ بنابراین در صورتی که فراتر از آن دسترسی های قراردادی برود، به معنای نقض قرارداد است؛ منتها استفاده از حمایت قراردادی با ایرادهایی مواجه است (Da- vison, 2008: 40)؛ نخست این که، ضمانت اجرای قراردادی، به دلیل اصل نسبیت قراردادها تنها در برابر طرف قرارداد معتبر است، نه اشخاص ثالث ناقض حق؛ دومین ایراد، دسترسی بدون تحصیل قرارداد است که موجب می شود انگیزه های برای انعقاد قرارداد نباشد؛ بدین معنا که، شرط روی آوردن اشخاص به احکام قراردادی، حمایت قانونی است و حمایت قراردادی اصالت ندارد. همچنین قرارداد ممکن است واجد شرایط ناعادلانه بوده و گاه قاضی موظف به تعدیل آن بر اساس شرایط حمایتی غیر قراردادی است و آخرین ایراد، آن است که قراردادهای این چنینی بیان گر قصد طرفینی واقعی نیست و به درستی و سلامت تلاقی نیافته است.

## ۲-۲. توصیف قراردادی برنامه متن باز

نرم افزار متن باز واژه تخصصی برای نرم افزاری است که مطابق شرایط ابتکاری موجود در موافقت نامه های اعطای مجوز بهره برداری<sup>۱</sup> متن باز، به رایگان توزیع می شود (Bainbridge, 2004: 311). به عبارت دیگر، نرم افزار متن باز و فرایند آن، نوعی قرارداد است که پدیدآورنده نخست اجازه بهره برداری، اصلاح و توزیع را به کاربر می دهد. تفاوت آنجاست که در نرم افزار اختصاصی یا متن بسته، انتقال گیرنده ای که دارای مجوز استفاده از نسخه خاصی از برنامه باشد، تنها حق بهره برداری از آن را دارد و فاقد حق اصلاح، توسعه و توزیع مجدد آن است؛ همچنین او به کد منبع برنامه دسترسی ندارد.

اصول حاکم بر قراردادهای اعطای مجوز بهره برداری از برنامه های متن باز، متشکل از سه اصل است. نخستین اصل درباره آزادی کاربر در «استفاده آزاد» از برنامه متن باز است؛ دومین اصل، به آزادی کاربر در «تکثیر و توزیع» برنامه مربوط

است و سومین اصل نیز درباره آزادی ایجاد برنامه از طریق «ترکیب» برنامه متن باز با برنامه‌های دیگر یا ابداع خود است. برخی اصل چهارمی را هم اضافه می‌کنند و بر آن هستند که آزادی کاربر در «دسترسی به کد منبع نرم‌افزار»، اصل مجزایی است (جعفرزاده و عمروانی، ۱۳۹۳: ۱۱۸). این اصل را نمی‌توان حقیقی و مستقل دانست؛ چرا که در برنامه‌های اختصاصی نیز صرف دسترسی ایراد ندارد و تنها دسترسی همراه با ترکیب و اشتقاق مشکل دارد که در اصل قبلی بیان شده است. علاوه بر این، تعهد به حفظ تمامت نرم‌افزار نیز به نظر می‌رسد که مخالف ذات این قراردادها باشد.<sup>۱</sup> در این قراردادها، مجوزدهنده مالک نرم‌افزار است و همیشه اختیار فسخ دارد (قاجار قیونلو، ۱۳۹۱: ۵۳۰)؛ پس حق فکری همچنان باقی است؛ منتها جنبه اقتصادی ندارد. البته این را نیز باید به خاطر سپرد که حق فکری پدیدآورنده نخست، به ویژه پس از اصلاح برنامه، در برنامه نهایی مطلق و کامل نیست.

از جمله این قراردادها، اجرای نظامی مشهور به «کپی‌لفت»<sup>۲</sup> است که توزیع نرم‌افزار رایگان را تجویز و دسترسی آزاد به نسخه‌های گسترش یافته را تضمین می‌کند (Bainbridge, 2004: 311). در واقع، برنامه‌های متن باز را از جهتی می‌توان در داخل دو گروه مجزا قرار داد: نخست، در نظام کپی‌لفت؛ کاربران نرم‌افزار متن باز ملزم هستند تغییراتی را که در کد مبدأ می‌دهند، با شرایطی که خود پیش از این قبول کرده‌اند، در اختیار دیگران قرار دهند؛ دوم، روش آسان‌گیرانه‌تر که نه الزامی برای اشتراک گذاشتن هست و نه اجباری در رعایت مفاد قرارداد؛ اگرچه بهتر است که رعایت شود (Chike, 2016: 389).

اگر بخواهیم انواع قراردادهای مجوز بهره‌برداری برنامه متن باز را به صورت نظام‌مند بیاوریم، به طور کلی، سه دسته مجوز وجود دارد (Somerville, 2010): نخست، مجوز بهره‌برداری عمومی کلی؛<sup>۳</sup> استفاده از نرم‌افزار متن باز سبب می‌شود که نرم‌افزار مربوط به آن نیز متن باز شود و با انتقال نرم‌افزار، این مجوز و اصول به انتقال‌گیرنده رد می‌شود (قاجار قیونلو، ۱۳۹۱: ۵۲۱). این مجوز دارای چهار اصل اساسی است: آزادی استفاده، تغییر، مشارکت دادن دیگران در برنامه و مشارکت

۱. برای ملاحظه نظر مخالف، بنگرید به: زرکلام و همکاران، ۱۳۹۵: ۷.

2. Copyleft

3. The GNU General Public License (GPL)

دادن در تغییرات برنامه؛ دوم، مجوز بهره‌برداری عمومی جزئی‌تر؛<sup>۱</sup> هرگاه محتوای دارای مجوز بهره‌برداری تغییر یابد، بایستی به صورت متن باز منتشر شود؛ و سوم، مجوز بهره‌برداری توزیع استاندارد برکلی؛<sup>۲</sup> می‌توان کد را در نرم‌افزار اختصاصی یا مالکیتی قرار داد و با استفاده از محتویات متن باز، خالق کد اطلاع‌رسانی شد.

لازم به ذکر است از آنجایی که حقوق رقابت ناظر به رفتار تجار و اعمال تجارتمندی است، بین این نرم‌افزارها و حقوق رقابت ارتباطی نیست؛ البته به شرطی که وسیله‌ای در دست رقبای تجاری جهت ایجاد انحصار نباشد؛ بنابراین شرط باز بودن متن فایل اصلاحی و بازتوزیع مجانی آن، ضد رقابت تلقی نمی‌شود.<sup>۳</sup>

### ۳-۲. شیوه انعقاد قرارداد

با مرور تاریخچه حقوق قراردادها، در طی فرایند تکامل قراردادها، سه مرحله را می‌توان کشف کرد: مرحله سنتی، که قرارداد را زاده رضایت طرف‌های آن می‌دانستند و ایشان ملزم به آن چیزی بودند که راجع به آن توافق کرده‌اند؛ مرحله متأخر که قرارداد را محصولی حاوی الفاظ طرفین می‌انگارند و ایشان ملزم به آنچه هستند که درون این «نوشته» وجود دارد؛ و سرانجام، مرحله جدید که قرارداد را رابطه بین طرف‌های عقد<sup>۴</sup> می‌دانند و این رابطه بر اساس اصول اقتصادی و در طول زمان اصلاح می‌شود. در این مرحله، انعقاد عقد و ابراز رضایت، آنی نیست و در طی زمان شکل می‌گیرد (Zue, 2013: 304).

به نظر می‌رسد برنامه متن باز در قالب مرحله دوم و سوم تعریف شود؛ یعنی قراردادی است که ایجاب آن در قالب اسناد الکترونیکی و قبول آن با رفتار بهره‌بردار و توسعه‌دهنده تحقق می‌یابد؛ منتها ابتدا باید دید که از نظر مبانی سنتی حقوق ایران امکان انعقاد قرارداد متن باز وجود دارد و از نظر حقوق اسلام، قرارداد به این صورت، تحقق می‌یابد یا خیر.

1. The GNU Lesser General Public License (LGPL)

2. The Berkley Standard Distribution (BSD) License

۳. برای ملاحظه نظر مخالف، بنگرید به: جعفرزاده و عمروانی، ۱۳۹۳: ۱۳۰؛ زرکلام و همکاران، ۱۳۹۵: ۲۱.

4. Relational Contract Theory (RCT)

## ۴-۲. مسائل قرارداد متن‌باز

در خصوص اعلام غیر لفظی اراده، بین فقها و حقوق دانان عقاید گوناگونی شکل گرفته است. به نظر آنان، اراده سازنده عقد است که باید به وسیله‌ای ابراز شود که دلالت بر آن کند (ماده ۱۹۱ قانون مدنی)؛<sup>۱</sup> یعنی «ایجاب و قبول اسم مکشوف به کاشف است، نه خود کاشف که صورت است و لباسی است بر تن رضا» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۴۶۷). حال باید دانست که وسیله ابراز اراده، لفظ شفاهی است یا هر وسیله دیگر نیز می‌تواند برای این هدف به کار رود.

قدما برای لفظ موضوعیت قائل بودند و سعی کرده‌اند این قراردادها را تابع معاطات بدانند (شهیدی، ۱۳۸۲: ۱۴۳). ایشان هر جا از عقد صحبت می‌کنند، معاطات را خارج می‌دانند و ایجاب و قبول را مختص عقد می‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۰۲)؛ چنان‌که صاحب جواهر الکلام به صراحت افعالی مثل تقابض، انداختن (منابذه)، لمس یا پرت کردن کالا (رمی الحصاه) و... را منتج به عقد نمی‌داند و بر این معنا ادعای اجماع کرده است (جواهری، ۱۳۶۸: ۲۱۰). شیخ انصاری نیز این نظر را به مشهور نسبت داده است، اما در فقه کسانی چون شیخ مفید، محقق اردبیلی، کاشانی و سبزواری، هرچه را دلالت بر رضایت دو طرف کند، عقد عرفی و شرعی می‌دانند (مغنیه، ۱۳۹۵: ۴۱) و شاید صریح‌ترین بیان را بتوان در حاشیه صاحب عروه الوثقی به مکاسب یافت که فعل را مثل قول در همه عقود جاری می‌داند و بر آن است که معاطات شامل کل عقود جایز و لازم است؛ مگر در نکاح، که اجماع وجود دارد (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۸۱)؛ در نتیجه، در فقه می‌توان کلام را طریق انعقاد عقد دانست و خود موضوعیت ندارد (مغنیه، ۱۳۹۵: ۴۱).

در حقوق ایران، از آنجایی که ایجاب و قبول از مقوله الزام و التزام است؛ نه الفاظ و این دو، سبب پیدایی آثار عقد است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۴۶۷)، قانون مدنی جنس کاشف اراده را معین نکرده، اما کاشف لفظی را به عنوان اصل قبول کرده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۹۸). در حقیقت، مهم است که ایجاب و قبول صریح در معنی باشد و مقصود مورد نظر را به روشنی معلوم کند (شیروی، ۱۳۹۶: ۱۳۹۶).

۱. «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند».

(۷۴)؛ بنابراین همانند حقوق فرانسه، ماده ۱۹۲ قانون مدنی،<sup>۱</sup> ابراز اراده را محدود به مواردی نکرده که امکان ابراز اراده لفظی نباشد (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۵۸؛ شهیدی، ۱۳۸۲: ۱۴۴)؛ پس هدف آن است که موجب اراده خود را از عالم امکان به عالم وجود آورد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۴۶۶)؛ چه ایجاب صریح باشد یا ضمنی، لفظی باشد یا کتبی یا با سکوت باشد.

ممکن است سکوت بهره بردار و توسعه دهنده نرم افزار متن باز را در قبال پدیدآورنده، حمل بر رضایت او کنیم؛ بنابراین یکی از مشکلات پیش رو، مشروعیت پذیرش سکوت به صورت قبول است. گروهی اعتقاد دارند که هیچ گاه سکوت نمی تواند موجب عقد باشد؛ چرا که افراد حق ندارند دیگران را در وضعیتی قرار دهند که اعلام اراده کنند؛ مگر این که روابط پیشینی دو طرف، اثر قبول را داشته باشد (شیروی، ۱۳۹۶: ۷۷). افزون بر این، در مواردی که قبول به سود قبول کننده باشد و تعهدی را برای او ایجاد نکند، سکوت به معنای قبول است؛ مثل وقتی که کسی مالی را برای دیگری هدیه بفرستد و گیرنده نه آن را بازگرداند و نه پاسخی دهد (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۶۶)؛ بنابراین به طور کلی، سکوت علامت رضا نیست؛ اما گاه در اوضاع و احوال خاصی، مانند وقتی که عرف آن را کاشف از رضا بداند، چنین نقشی را بر عهده دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۶۴). در وضعیت موضوع بحث، به نظر می رسد که استفاده از نرم افزار و تغییر آن به معنی سکوت نیست، اما اگر سکوت هم تلقی شود، به سبب سودی که برای قبول کننده دارد، به معنای قبول و به تبع آن، انعقاد عقد است. می توان برنامه متن باز و شرایط موجود در آن را نوعی ایجاب عام دانست که به عموم توسعه دهندگان شده و ایشان می توانند با اقدام به استفاده از آن یا با توسعه برنامه، آن را قبول یا رد کنند (Zhu, 2013: 291)؛<sup>۲</sup> پس ایجاب محقق در برنامه متن باز، از نوع ایجاب به عموم است و در نتیجه، ممکن است از این نظر نیز با مشکل روبه رو شویم. حال، باید دید که این ایجاب صحیح است یا خیر.

فقههای امامیه در خصوص صحت ایجاب عام تردید دارند و بر آن هستند که مخاطب ایجاب بایستی معلوم باشد؛ دلیل امر نیز وجود قاعده تخاطب است که بر

۱. «در مواردی که برای طرفین یا یکی از آنها تلفظ ممکن نباشد، اشاره که مبین قصد و رضا باشد کافی است».

2. Take-it-or-leave-it Standard Form

اساس آن، طرف‌های قرارداد بایستی مذاکره کنند؛ مگر در عقودی مثل جعاله (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۳: ۱۳-۱۴). در حقیقت، عقد و عهد به معنای اظهار التزام نفسانی است و در صورت عدم تخاطب، اظهار و ایجابی نیست و بی‌اثر است (همان: ۱۶).

به نظر می‌رسد که ایجاب موجود در برنامه متن‌باز را می‌توان نوعی دعوت به معامله تلقی کرد یا آن را همانند فهرستی از کالا و خدمات توصیف کرد که تعهدات طرف مقابل در آن درج شده است و شخصیت طرف اهمیت زیادی ندارد و نتیجه گرفت که از قاعده مذکور مستثنی است. در فرض نخست قراردادی منعقد نمی‌شود، اما فرض دوم در مورد برنامه متن‌باز صادق است. برخی از فقهای امامیه نیز بر آن هستند که هرگاه موضوع عقد اهمیتی بیش از طرف عقد داشته باشد، تخاطب ضرورت ندارد (بنگرید به: محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۳: ۱۷)؛ بنابراین به نظر نمی‌رسد که از این جهت، ایرادی وارد نمی‌شود.

مسئله دیگر درباره برنامه متن‌باز، غیاب طرفین از مجلس عقد است. ممکن است بگوییم عمل انعقاد عهد نرم‌افزار متن‌باز که در آن طرفین عقد در یک مجلس نیستند، به دلیل نبود ایجاب و قبول لفظی، در زمره معاطات قرار می‌گیرد (بنگرید به: جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۰۷). معاطات ناظر به فرضی است که دو طرف با رفتار و به صورت ضمنی اقدام به انعقاد عقد کنند؛ بنابراین در فرض حاضر، اگرچه ایجاب به صورت سند الکترونیکی محقق شده، قبول از طریق فعل تحقق می‌یابد و عنوان معاطات شایسته بحث است.

## ۲-۵. توصیف قرارداد متن‌باز

برخی فقها معاطات را به دلیل تراضی حاصله موجب اباحه می‌دانند و برخی دیگر آن را سبب انتقال مالکیت متزلزل (تملیک جایز) محسوب می‌کنند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۷۹؛ عاملی، ۱۴۲۴: ۵۰۵؛ شیروی، ۱۳۹۶: ۷۳). با این حال، چه معاطاتی شایسته بحث ماست؟ توضیح این‌که، معاطات تنها مختص بیع نیست و در عقود دیگر نیز جاری است (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۸۱؛ مغنیه، ۱۳۹۵: ۸۱)؛ چنان‌که در قوانین جاری، لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷،<sup>۱</sup> معاطات پذیرفته

۱. ماده ۱۱: «اعلامیه پذیرهنویسی باید توسط مؤسسين در جرايد آگهي گردیده و نیز در بانكي که

شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۲۱).

در تعریف کلی از قرارداد اعطای مجوز بهره‌برداری<sup>۱</sup> از نرم افزار بایستی گفت پدیدآورنده تمام یا بخشی از حق بهره‌برداری را به کاربر واگذار می‌کند (زرکلام، ۱۳۸۴: ۲۹۶) و حدود بهره‌برداری را معین می‌کند. این واگذاری ممکن است انحصاری باشد یا خیر. در ابتدا ممکن است نگاه سلبی به موضوع داشته باشیم و بگوییم که قرارداد اعطای مجوز بهره‌برداری به معنای اعطای حق نیست، بلکه سلب حق از خود در فرض نقض است (رهبری، ۱۳۹۳: ۱۴۰). این دیدگاه ممکن است آثار حقوقی فراوانی داشته باشد، اما نمی‌توان این برداشت را از نمونه متعارف چنین توافقاتی داشت؛ چرا که معمولاً طرفین قیود خاصی را در قرارداد می‌گنجانند؛ مانند استفاده خاص از اختراع و نتیجه این که، عرف عام و خاص این عقد را نوعی فروش می‌انگارد. با این همه، به نظر می‌رسد که معاطات در اینجا، از نوع جعاله است؛ یعنی پدیدآورنده با ایجاب عام، از همگان می‌خواهد تا ضمن استفاده از برنامه متن باز، آن را کامل کنند و در اختیار دیگران قرار دهند. ایراد وارد بر این تحلیل، اختصاص عقد جعاله به تحقق امر در قبال جایزه است و به نظر می‌رسد که در اینجا، نه جایزه‌ای وجود دارد و نه فعلی. استفاده برای همگان آزاد است و نمی‌توان آن را عوض تلقی کرد و همگان نیز ملزم به انجام فعلی در برابر این استفاده نیستند؛ جز این که اگر کسی به ایشان مراجعه کرد، ملزم باشند در اختیار ایشان قرار دهند.

برخی بر آن هستند که کپی‌لفت را در قالب عقد هبه‌ای که حق رجوع آن اسقاط شده، در آورند (حبیبی و شاکری، ۱۳۹۱: ۱۰۶)؛ منتها هدف طرفین قرارداد، اعطای کل حق موجود به طرف مقابل نیست؛ بلکه اعطای حق بهره‌برداری است؛ بنابراین او تنها در پی اعطای منفعت ناشی از حق فکری است که به مدت معین اعطا می‌شود. از این رو است که این قرارداد را اجاره نام کنیم. در واقع، می‌توان حقوق فکری (کل برنامه) را عین و نسخه‌ای که در تصرف بهره‌بردار است، منفعت آن دانست (صادقی نشاط، ۱۳۸۹: ۱۵۰). می‌توان جلوتر رفت و گفت موضوع اصلی این

تعهد سهام نزد آن صورت می‌گیرد در معرض دید علاقمندان قرار داده شود».

ماده ۱۲: «طرف مهلتی که در اعلامیه پذیره‌نویسی معین شده است علاقمندان به بانک مراجعه و ورقه تعهد سهام را امضاء و مبلغی را که نقداً باید پرداخت شود تأدیه و رسید دریافت خواهند کرد».

1. Licence

قراردادها، به تبعیت از نویسندگان فرانسوی، واگذاری «حق استفاده» انتقال‌ناپذیر به دیگران است (زرکلام و محوری، ۱۳۹۴: ۳۱۲). در واقع، این مجوز از این نظر اجاره نیست که مجوزگیرنده صاحب و مالک منافع نیست، بلکه از برنامه حق انتفاع کسب می‌کند و امکان انتقال منافع وجود دارد؛ لذا برخی نویسندگان آن را با عنوان انتقال حق استفاده می‌شناسند (زرکلام، ۱۳۸۴: ۲۹۵). باید پذیرفت که قرارداد مذکور اذن در بهره‌برداری، به صورت مشروط، است؛ مگر در موارد خاص که نمی‌توان آن را اجازه یا اذن بهره‌برداری دانست؛ چرا که اذنی در آن موجود نیست و تعهداتی را بر طرفین بار می‌کند و به تبع آن نمی‌توان آن را قابل رجوع دانست، بلکه عقدی است لازم، همانند اجاره. در این صورت، باید گفت که قرارداد مذکور نوعی اجاره اشیا یا دست کم حق انتفاع است؛ یعنی پدیدآورنده برنامه را در اختیار دیگران قرار می‌دهد تا استفاده کنند. برای تبیین بهتر مطلب باید گفت که مجوز بهره‌برداری حق انتفاع است که هرگاه انحصار کامل باشد، مالکیت منفعت (اجاره اموال) است؛ پس باید اقرار کرد که این عقد اجاره اموال است نه اشخاص؛ چرا که حاصل کار و تلاش شخص عینیت یافته و ثبت شده و در اینجا تنها منفعت آن مال به دیگری منتقل می‌شود.

ایراد این تحلیل، در مال نبودن محصول و فقدان منفعت است؛ بنابراین بایستی نرم‌افزار را نه مال مستقل؛ که منافع شخص پدیدآورنده دانست که در اختیار دیگران قرار داده است و آنچه محقق است، اجاره اشخاص است نه اشیا. در این فرض، نرم‌افزار خدمت است؛ چون همیشه با شخصیت پدیدآورنده مرتبط است و استفاده کننده تنها از منافع آن بهره‌مند می‌شود؛ با این حال، شرایط عقد اجاره در قانون مدنی مانند مدت و معوض بودن عقد، چندان مناسب این تحلیل نیست و برای تعیین ماهیت این قرارداد، بایستی مسأله سنتی راجع به نرم‌افزار در حقوق خارجی را حل کرد؛ این که کالا یا خدمت است؛ پس باید در کنار عقد اجاره، از عقد دیگری مانند شرکت یاری جست. در این فرض، توسعه‌دهنده منافع خود را با منافع پدیدآورندگان پیشین درهم می‌آمیزد؛ منتها از آنجایی که شرکت مدنی در حقوق ایران به معنای اشاعه در عین مال است (مزج)، می‌توان آن را صلح منافع اشخاص دانست.

ممکن است بر آن باشیم که از این نرم‌افزارها، مسؤلیت ناشی از عیب تولید ایجاد نمی‌شود؛ چرا که معمولاً توزیع‌کنندگان نسخه‌های برنامه متن‌باز، طبق

قرارداد خود را از ضمانت‌های راجع به تناسب با هدف کاربر، کیفیت، اجرا، عیب و نقص و غیره، معاف می‌کنند (Bainbridge, 2004: 314)؛ با این حال، مسؤولیت مدنی با اثبات عناصر آن بر جای خود باقی است. مسأله اصلی، شناسایی مسؤول و الزام او به جبران خسارات است که ممکن است این مسؤولیت بر دوش شخص نخست (تولیدکننده اصلی نرم‌افزار) یا اشخاص بعدی قرار گیرد. در این صورت، تولیدکنندگان اولیه مسؤول اعمال اصلاح‌کنندگان بعدی نیستند؛ چرا که رابطه سببیت را نمی‌توان میان اعمال ایشان یافت (Bainbridge, 2004: 314)؛ بنابراین مسؤولیت کسانی که خسارت یا نقض منتسب به ایشان باشد، برقرار است؛ هرچند که به قاعده احسان استناد کنند و بگویند که این، احسان به کاربران است (ماده ۵۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲)؛<sup>۱</sup> پس هرگاه عیبی در فرایند تولید داشته باشد، جبران خسارت دشوار است و انتقال‌گیرنده بایستی تمام مخاطرات آن را بپذیرد (قاجار قیونلو، ۱۳۹۱: ۵۲۸). مدعیات مذکور سبب نمی‌شود که مسؤولیت ناشی از جاسوسی و سوء استفاده توسعه‌دهندگان از کاربران عادی و به طور کلی، زبان‌های عمدی منتفی شود.

۱. «هرگاه شخصی با انگیزه احسان و کمک به دیگری، رفتاری را که به جهت حفظ مال، جان، عرض یا ناموس او لازم است، انجام دهد و همان عمل موجب صدمه و یا خسارت شود، در صورت رعایت مقررات قانونی و نکات ایمنی، ضامن نیست».

## برآمد

۱- در تحقیق حاضر، به دنبال آن بودیم که دریابیم نظام حاکم بر برنامه متن‌باز در پی شناسایی مالکیت پدیدآورنده است یا به قرارداد بین او و بهره‌برداران و توسعه‌دهندگان برنامه اصالت داده است؛ این که برنامه مذکور در قلمروی کالا قرار می‌گیرد یا جزو خدمات و تبلور شخصیت پدیدآورنده است. مسلم است که جنبه قراردادی این بخش از فناوری بر جنبه مالکیتی آن چیره است؛ منتها به طور کامل نفی نشده است.

۲- اگر بخواهیم نسبت حقوق مالکیت فکری با نظام متن‌باز را روشن کنیم، باید گفت که در حقوق مالکیت فکری، حقوق مورد حمایت اعم از مادی و معنوی تحت حمایت مستقیم قانون قرار می‌گیرد، اما در نظام متن‌باز بایستی بین حقوق مادی و معنوی تفاوت گذاشت و حقوق معنوی را مشمول حمایت مستقیم قانونی و حقوق مادی را مشمول حمایت قراردادی دانست؛ بنابراین آنچه در نظام متن‌باز اهمیت دارد، حمایت غیر مستقیم قانون از قرارداد است.

۳- این تفاوت به هدف نیز بازمی‌گردد. راجع به هدف نظام مالکیت فکری اجماع نیست؛ گروهی آن را برای حمایت از حق شخصی و گروهی وجود آن را لازمه مصالح جامعه می‌انگارند. در قراردادها، مصلحت اجتماعی جای چندانی ندارد و آنچه اهمیت دارد، عدالت معاوضی است. به نظر می‌رسد که این هدف را در نظام متن‌باز می‌توان یافت؛ در حقیقت، عدالت معاوضی از طریق گسترش دانش از جمله نتایج مهم نظام متن‌باز است.

۴- بر این پایه، لازم است که در مطالعه این دسته از نرم‌افزارها تأکید بیشتر را به قرارداد آن داشت و در مقام قانون‌گذاری، راه‌های استفاده از این نظام حمایتی را برای مبتکران هموار ساخت و مسایل و مشکلاتی را که برای حمایت‌های مالکیت فکری از برنامه‌های رایانه‌ای ایجاد کرده، از جمله، ضرورت ثبت و شرایط دشوار چنین ثبتی را رفع کرد.

۵- قضات دادگستری نیز، هرگاه با دعوی طرف باشند که ناظر به شناسایی حق‌های موجود در نرم‌افزار متن‌باز باشد، بایستی در مقام تصمیم‌گیری، جنبه‌های عمومی و قراردادی این برنامه‌ها را مد نظر قرار دهند و از دخالت دادن احکام مالکیت فکری در آن‌ها بپرهیزند؛ مگر این که بخواهند از جنبه‌های اخلاقی این نرم‌افزارها مانند حق انتساب حمایت کنند.

## فهرست منابع

## الف. فارسی

- \* باقری، سید کامران و توکل مقدم، مریم و شوال پور، سعید و عزیزی مرادپور، حمید (۱۳۸۹)، «حفاظت از اختراعات نرم افزاری در ایران»، سیاست علم و فناوری، سال سوم، شماره ۲.
- \* برنا، فرزاد و محرمی، اباذر (۱۳۹۱)، «آسیب شناسی قوانین و مقررات مرتبط با حقوق پدیدآورندگان نرم افزارهای رایانه‌ای در مواجهه با قوانین بین‌المللی»، مطالعات بین‌المللی پلیس، سال دوم، شماره ۹.
- \* جعفرزاده، میرقاسم (۱۳۹۳)، «لیسانس نرم افزارهای اپن سورس و حقوق رقابت: تعاملات و تعارضات»، تحقیقات حقوقی، شماره ۶۸.
- \* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، الفارق (دایره‌المعارف عمومی حقوق)، جلد نخست، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
- \* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۰)، فلسفه حقوق مدنی، جلد نخست، چاپ نخست، تهران: گنج دانش.
- \* محمدی، قاسم و جمالی، مرتضی (۱۴۰۱)، «دیالکتیک پایایی و پویایی حقوق در رهیافت نظریه اصول حقوقی با نگاهی به رویه قضایی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۹.
- \* حبیب، سعید و شاکری، زهرا (۱۳۹۱)، «کپی‌لفت، نقابی بر سیمای حقوق مالکیت ادبی و هنری»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۲، شماره ۲.
- \* رجبی، عبدالله (۱۴۰۰)، حقوق رایانه (حمایت حقوقی از برنامه‌های رایانه‌ای)، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- \* رجبی، عبدالله (۱۳۹۶)، «حقوق فکری محصولات پدید آمده از غیر انسان»، حقوق خصوصی، دوره ۱۴، شماره ۲.
- \* رجبی، عبدالله و حسینی، سیدحسین (۱۴۰۱)، «ضرورت شناسایی احقاق شخصی حق؛ با تأکید بر حق فکری»، مجله حقوقی دادگستری، دوه ۸۶، شماره ۱۹.
- \* رهبری، ابراهیم (۱۳۹۳)، حقوق انتقال فناوری، چاپ دوم، تهران: سمت.

- \* زرکلام، ستار (۱۳۸۴)، حقوق مالکیت ادبی هنری، چاپ نخست، تهران: سمت.
- \* زرکلام، ستار و محوری، محمدحسن، (۱۳۹۴)، حمایت حقوقی از پدیدآورندگان نرم‌افزار، چاپ نخست، تهران: سمت.
- \* زرکلام، ستار و نظام‌الملکی، جعفر و طلوع، سیدمحسن (۱۳۹۵)، «تحلیل و ارزیابی حمایت از نرم‌افزار در نظام حقوق مالکیت فکری و نظام متن‌باز»، حقوق تطبیقی، دوره ۳، شماره ۲.
- \* شبیری زنجانی، سیدحسن و نظام‌الملکی، جعفر (۱۳۹۶)، «مبانی رویکرد حقوقی متن‌باز در اسناد بین‌المللی حقوق بشر و ارزیابی قابلیت استناد به آنها در فقه امامیه و حقوق ایران»، فصل‌نامه پژوهشی تطبیقی حقوق اسلام و غرب، شماره ۴.
- \* شهیدی، مهدی (۱۳۸۲)، حقوق مدنی (تشکیل قراردادها و تعهدات)، جلد نخست، چاپ سوم، تهران: مجد.
- \* شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۶)، حقوق قراردادها (انعقاد، آثار و انحلال)، چاپ نخست، تهران: سمت.
- \* صادقی نشاط، امیر (۱۳۸۹)، حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای کامپیوتری، چاپ دوم، تهران: میزان.
- \* قاجار قیونلو، سیامک (۱۳۹۱)، مقدمه حقوق سایبر، چاپ نخست، تهران: میزان.
- \* کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، جلد نخست، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- \* کلمبه، کلود (۱۳۸۵)، اصول بنیادین حقوق مؤلف و حقوق مجاور در جهان، برگردان: علیرضا محمدزاده وادقانی، چاپ نخست، تهران: میزان.
- \* محقق داماد، سیدمصطفی و قنواتی، جلیل و وحدتی شبیری، سیدحسن و عبدی‌پور، ابراهیم (۱۳۹۳)، حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد دوم، چاپ سوم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- \* مغنیه، محمدجواد (۱۳۹۵)، ترجمه و تحریر فقه‌الامام جعفرالصادق (ع): کتاب‌البیع تا پایان کتاب خیارالتأخیر، زیر نظر: فائزه عظیم‌زاده اردبیلی، چاپ نخست، تهران: دانشگاه امام صادق علیه‌السلام.

### ب. عربی

\* طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۳۷۸)، *حاشیه المکاسب*، جلد نخست، قم: بی نا.

\* عاملی، سید محمدجواد (۱۴۲۴ ق)، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، تحقیق و تعلیق: شیخ محمدباقر خالصی.

\* نجفی، محمدحسن (۱۳۳۸)، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، جلد بیست و دوم، تحقیق و تعلیق و اشراف: شیخ علی آخوندی، چاپ نهم، قم: بی نا.

\* موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۳۷۹)، *تحریر الوسیله*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

### پ. انگلیسی

\* Van Rooijen, Ashvin (2010), **the Software Interface between Copyright and Competition Law: A Legal Analysis of Interoperability in Computer Programs**, Kluwer Law International.

\* Bainbridge, David, (2004), **Introduction to Computer Law**, 5th ed., Pearson Education Limited.

\* Colston, Catharine&Jonathan Galloway (20120), **Modern Intellectual Property Law**, 3rd Ed., Rutledge.

\* Chike, Eze (2016), **“General Public Licence Version 2: The Risk of Direct Patent Infringement”**, Washington Journal of Law, Technology & Arts, Vol. 11, Issue 5, p. 385.

\* Davis, Jennifer (2012), **Intellectual Property Law**, 4th ed., Oxford University Press.

\* Davison, Mark J. (2008), **the Legal Protection of Databases**, Cambridge University Press.

\* Dixon, Rod (2004), **Open Source Software Law**, Artech House, London.

\* Lloyd, Ian J. (2011), **Information Technology Law**, 6th ed., Ox-

ford University Press.

- \* Nard, Craig Allen (2008), **The Law of Patents**, Aspen Publisher.
- \* Pressman, Roger S. (2010), **Software Engineering: A Practitioner's Approach**, 7th Ed., McGraw-Hill.
- \* Rahmatian, Andreas, (2013), **“Originality in UK Copyright Law: The Old ‘Skill and Labour’ Doctrine Under Pressure”**, Max-Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, Springer.
- \* Rosen, Lawrence, **Open Source Licencing (Software, Freedom and Intellectual Property Law)**
- \* Sommerville, Ian (2011), **Software Engineering**, 9th Ed., Pearson.
- \* Samuelson, Pamela (2017), **“Functionality and Expression in Computer Programs: Refining the Tests for Software Copyright Infringement”**, Berkeley Tech. L. J. p. 1215.
- \* Shaeffer, John, (2017), **"Software as Text"**, Santa Clara Computer & High Tech. Law Journal, vol. 33, p. 324.
- \* World Intellectual Property Organization (Wipo), (2008), **Wipo Intellectual Property Handbook**, 2nd ed., Wipo Publication.
- \* Zhu, Chen Wei (2013), **“Copyleft Reconsidered: Why Software Licensing Jurisprudence Needs Insights from Relational Contract Theory”**, Social & Legal Studies, no. 22, p. 289.