٢٤– د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، احكام الالتزام، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ط٢، ٢٠٠٧، ص,٦٣
٢٥– د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، من دون سنة طبع، ص,٣٢
٢٦– مقتضى المادة ٣/١٧٠ من القانون المدني العراقي المقابلة للمادة ٢٢٤ من القانون المدني المصري.
٢٧– انظر كذلك المواد ١٠٣ و١٠٥ من قانون النقل رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣,
٢٨– د. مجيد العنبكي، قانون النقل العراقي (المبادئ والاحكام)، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨٤، ص,٢٥٧
٢٩– عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، ج٣، احكام الالتزام، دراسة مقارنة، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧١، ص,٦٨
٣٠– سمير السيد تناغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، من دون سنة طبع، ص٤١٠.

ماهية برامج الكمبيوتر في ضوء احكام القانونيين العراقي والانكليزي

دراسة تحليلية مقارنة

م. د. علي محمد خلف
كلية القانون-جامعة كربلاء

ملخص البحث

تعتبر برامج الكمبيوتر من المصنفات ذات الاهمية التجارية والعلمية والعملية، حيث تعتبر من الواردات المهمة للدول المصنعة لها كالولايات المتحدة الامريكية. فمن الناحية التاريخية، برامج الكمبيوتر وجدت في الاستخدام التجاري منذ الستينات من القرن المنصرم حيث ان قيمتها تزداد يوما بعد يوم. هذا يبين الحاجة الملحة لاستعمالها سواء في حياتنا الشخصية ناهيك عن استعمالها في اعمالنا التجارية. الا انه من خلال دراستنا في المملكة المتحدة البريطانية لم نجد ما يشير الى تحديد ماهية برامج الكمبيوتر عمليا سواء من خلال القرارات القضائية او قانونيا، من خلال التشريعات القانونية سواء في قانون العرف والعادة في الدول التي تنتهج المنهج الانكلوسكسون كالقانون الانكليزي والامريكي او الدول التي تنتهج المنهج اللاتيني اي المدني كالقانون الفرنسي والعراقي. حيث تم طرح عدة تساؤلات في البحث ما اذا كانت برامج الكمبيوتر اشياء واذا كانت اشياء هل هي ملموسه او غير ملموسة وماهي الاثار

المترتبة على ذلك. على ضوء ذلك فان هذه الورق البحثية سوف تركز على ابراز الجانب النظري والعملي (القضائي والتشريعي) في فهم ماهية هذه البرامج. الباحث طرح بعض الاسئلة من خلالها استطاع تحليل ماهية برامج الكمبيوتر، وبالتالي فان منهجية هدة الورقة تعتمد على التحليل والمقارنة بين احكام القانون المدني في العراق وبين احكام قوانين العرف والعادة في انكلترا واميركا.

Abstract

Computer programs are works of importance of trade, scientific and practical, which is one of the key imports of industrialized countries such as the United States. Historically, computer programs have been found in commercial use since the sixties of the last century where the value is increasing day after day. This shows the urgent need to use them in our personal lives, let alone use in our business. However, it was during our study in the UK, I did not find what refers to determining what computer programs virtually, either through judicial decisions or legally, through legislation, both in common law countries that pursue curriculu Anglo-American system such as the law of England, and the U. S. or countries that pursue the curriculum Latin any civil such as the law and the Iraqi French. It was raised several questions in the research whether computer programs are thing and if so, are they tangibles or intangibles, and what are the circumestances of this. In light of this research, it will focus on highlighting the theoretical and practical (judicial and legislative) to understand the nature of these programs. Researcher raised some questions to analysis of what the computer programs, and therefore, the methodology of this paper relies on the analysis and comparison of the provisions of civil law in Iraq and between the provisions of the common laws in England and the USA…

مقدمة

تعتبر برامج الكمبيوتر من المصنفات ذات الاهمية التجارية والعلمية والعملية، حيث تعتبر من الواردات المهمة للدول المصنعة لها كالولايات المتحدة الامريكية. فمن الناحية التاريخية، برامج الكمبيوتر وجدت في الاستخدام التجاري منذ الستينات من القرن المنصرم حيث ان قيمتها تزداد يوما بعد يوم، حيث تشير الاحصائيات الاقتصادية انه يقدر تم صرف ٣٢٠ مليار دولا عالميا على برامج الكمبيوتر وخدمات الكمبيوتر المرتبطة بها.[1] هذا يبين الحاجة الملحة لاستعمالها سواء في حياتنا الشخصية ناهيك عن استعمالها في اعمالنا التجارية. الا انه من خلال دراستنا في المملكة المتحدة البريطانية لم نجد ما يشير الى تحديد ماهية برامج الكمبيوتر عمليا سواء من خلال القرارات القضائية او قانونيا، من خلال التشريعات القانونية سواء في قانون العرف والعادة في الدول التي تنتهج المنهج الانكلوسكسون كالقانون الانكليزي والامريكي او الدول التي تنتهج المنهج اللاتيني اي المدني كالقانون الفرنسي والعراقي. حيث تم طرح عدة تساؤلات في البحث ما اذا كانت برامج الكمبيوتر اشياء واذا كانت اشياء هل هي ملموسه او غير ملموسة وماهي الاثار المترتبة على ذلك.

وفي ضوء ذلك فان هذه الورق البحثية سوف تركز على ابراز الجانب النظري والعملي (القضائي والتشريعي) في فهم ماهية هذه البرامج. الباحث سوف يطرح بعض الاسئلة من خلالها نستطيع تحليل ماهية برامج الكمبيوتر، وبالتالي فان منهجية هدة الورقة تعتمد على التحليل والمقارنة بين احكام القانون المدني في العراق وبين احكام قوانين العرف والعادة في انكلترا واميركا.

يمكن تلخيص هذه الأسئلة على النحو الاتي: ١- هل برامج الكمبيوتر :أ- ممتلك ب- شيء ملموس، ج- شيء غير ملموس، د- بضاعة في حالة تثبيته على شيء صلب,(CD)

-2ما هو موقع برامج الكمبيوتر ضمن تصنيفات الملكية، ٣- وهل تعتبرا حكام الملكية الموجودة في القانون المدني او قانون العرف العادة كافية لحماية برامج الكمبيوتر.

طبقا لذلك فان هذا البحث سوف يتم تقسيمه الى مبحثين: المبحث الاول سوف يتناول ماهية برامج الكمبيوتر من الناحية النظرية ثم ماهيتها من الناحية العملية وذلك في المبحث الثاني.

المبحث الاول: طبيعة برنامج الكمبيوتر من الناجية النظرية

المبحث الثاني: الوضع القانوني لبرامج الكمبيوتر في القانونين العراقي والانكليزي

المبحث الاول: طبيعة برامج الكمبيوتر من الناحية النظرية

ان معرفة طبيعة برامج الكمبيوتر على المستوى النظري يؤدي الى تحليل المواضيع التي ذكرناها في المقدمة. اول هذه المواضيع هو معرفة مفهوم الممتلك والرابط بينه كمسالة نظرية او بحثية وبين برامج الكمبيوتر. للوهلة الاولى اي شيء ممتلك يشير الى الملموسية اي معنى الحيازة،[٢] فكل شيء يمكن حيازته اي لمسه بحيث لا يخرج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون يصح ان يكون محلا للحقوق المالية،[٣] لكن هذا الراي لا يمكن ان نأخذ به، اي ان الممتلك يجب ان يكون ملموسا، لان ذلك سوف يصطدم مع واقع التعامل التجاري واليومي. لنضرب مثالا على ذلك، العقار مثلا شيء ملموس ويمكن للمالك ان يمارس حقوق الملكية كالبيع والاستغلال ولكن حق الارتفاق او المرور هو حق غير ملموس ومع ذلك فان القانون اعتبره حق متفرع عن حق الملكية. كذلك الحال ينطبق على الممتلك الشخصي اي المنقول كالأسهم في الشركات هي غير ملموسة ولكنها ممتلك.[٤]

السؤال هنا ما هو موقع برامج الكمبيوتر ضمن هذا التصنيف، الملموس وغير الملموس، وتصنيفات الممتلك. علما ان القانون اشترط التثبيت بالنسبة لبرامج الكمبيوتر حتى تعتبر مصنفات محمية بموجب القانون،[٥]وكذلك السؤال ايضا في حالة شراء البرنامج الكترونيا وايضا البرنامج في حد ذاته اي قبل التثبيت هل يعتبر ممتلك ام لا.

وعلى ضوء ذلك يمكن طرح التساؤلات الاتية في هذا المبحث، وهي:

I)ولا) هل برنامج الكمبيوتر هو شيء ؟

(ثانيا) إذا كان الأمر كذلك، فإن السؤال كيف يمكن أن يكون الشيء غير الملموس ممتلك؟

(ثالثا) إذا لم يكن ما هو عليه، اي لم يكن شيئا، فماهي طبيعته ؟

(رابعا) فيما يتعلق بشراء برنامج كمبيوتر من بائع عبر الإنترنت، أين ومتى برنامج الكمبيوتر يكون موجودة بحيث يخضع للحماية؟

١ - هل توجد عندما يقوم البرنامج بتحميلها ؟

٢ - من الناحية النظرية، هل هناك أي حماية قانونية أو أي نوع من الممتلكات التي يمكن تطبيقها اثناء تحميل البرنامج؟

٣ - وبعبارة أخرى، هل يمكن اعتبارها شيئا؟

٤ - إذا لم يكن شيئا، السؤال هنا، هل يمكن أن يعتبر ممتلك؟

٥ - إذا كانت طبيعة برامج الكمبيوتر لا تنسجم مع أي نوع من انواع الممتلك، أي أنه ليس ممتلك، ومن ثم يصبح الموضوع المعني بالتحقيق في ما إذا كان يتم فهم أفضل لبرامج كمبيوتر على أنها مجرد عقد اتفاق الخدمة أو ترخيص.

وفي ضوء ذلك فان من الضروري ان نعرض للتعاريف التي قيلت بخصوص برامج الكمبيوتر لغويا، نظريا وقانونيا في البداية ثم نتعرض الى بقية الاسئلة للإجابة عليها.

المطلب الاول: تعريف برامج الكمبيوتر (نظريا وقانونيا)

الفرع الاول: التعريف النظري والفرق بين معنى برنامج الكمبيوتر (Computer Program) والسوفت وير (Software)

من الناحية اللغوية فان برنامج الكمبيوتر تم تعريفة بأنه مهمه او عملية سريعة بحيث تكون مناسبة او ملائمه لإنجازها من قبل الكمبيوتر، يسبب (نشاط او ممتلك) ينظم تلقائيا في طريقة محددة، تدرج (خاصية) في جهاز الكمبيوتر بواسطة البرمجة.[٦]

كذلك تم تعريفة من الناحية التكنلوجية بأنه مجموعة من التعليمات، في شكل الكتروني، معطاة إلى وحدة المعالجة المركزية (computer program unit) الى جهاز الكمبيوتر للتأمين بان هذا الجهاز اي الكمبيوتر يؤدي بعض الوظائف، هذه التعليمات هي ليست في شكل يمكن قراءته بالعين.[٧] وبعبارة أخرى، هو سلسلة من التعليمات التي توفر او تسيطر في تشغيل جهاز الكمبيوتر، بحيث يمكن أن تكون مخزنة على شيء مغناطيسي، او وسائط بصرية، أو في منتج أشباه الموصلات كرقائق الكمبيوتر.[٨] وعلية فان برنامج الكمبيوتر هو مجرد معلومات تعطى الى جهاز الكمبيوتر لأداء مهمة محددة.

في حقيقة الامر هناك معنيين لبرنامج الكمبيوتر فالبعض يستعمل تعبير السوفت وير (Softwareالبرمجيات) والبعض الاخر يستعمل كلمة البرنامج. السؤال هنا ايهما اصلح تعبيرا بحيث يستحق الحماية بموجب احكام الملكية بشكل عام والملكية الفكرية بشكل خاص.

فالتعبير الاول، السوفت وير (البرمجيات)، والتي تمثل المعنى الواسع ضمن مفهوم برنامج الكمبيوتر، حيث يحتضن هذا المصطلح البرامج المسجلة أي شكل من أشكال " information Digitised" وكذلك يغطي الرسومات، وتسجيل الصوت، وتسجيل الفيديو.[٩] في حين المعنى الثاني يمثل "المعنى الضيق" في تعريف برنامج الكمبيوتر وهو يعني بانه سلسلة من التعليمات المكتوبة لتنفيذ مهمة محددة مع جهاز الكمبيوتر،[١٠] مما يعني أن البرنامج هو مجرد معلومات (Information)فقط.

من خلال هذين التعريفين او المعنيين نجد ان المعنى الواسع، البرمجيات (Software,)يشمل ليس فقط البرنامج في حد ذاته وانما يشمل ايضا البرنامج وجميع الوثائق والبيانات المرتبطة بها والتي هي ضرورية لكي تجعل البرنامج قابل للتشغيل. وعلية فان نظام البرمجيات عادة ما يتكون من عدد من البرامج المنفصلة وملفات التكوين جميعا والتي تستخدم لإعداد البرامج.[١١] هذا يعني ان كل برنامج هو جزء من البرمجيات (Software) في مجال المعنى الواسع.

ومن ثم فإنه يمكن القول بأن مصطلح " البرمجيات" له معنا غامضا وأقل دقة من المعنى الضيق (برامج الكمبيوتر). ان مصطلح البرمجيات

(Software)عادة ما يتم استخدامه في صناعة الكمبيوتر والتي تشير الى البرنامج بحد ذاته والتي صيغت لهذا الغرض.[١٢]

نحن نرى ان المعنى الضيق هو المعنى الصحيح لبرنامج الكمبيوتر لان الحماية تكون للبرنامج وليس للوثائق والمعلومات المساعدة لتشغيل البرنامج وبالتالي استبعاد اي شيء اخر مرتبط بالبرنامج كالرسومات أو تسجيل الصوت، فقد تكون مملوكة من قبل أشخاص آخرين والذين هم ليسوا اصحاب البرنامج بحد ذاته. وعليه فإن مصطلح "برنامج الكمبيوتر" يكون هو موضوع البحث وليس مصطلح البرمجيات Software بسبب تعدد الملاك.

كما ذكرنا سابقا ان برنامج الكمبيوتر هو مجرد معلومات، السؤال المطروح هنا ماذا هنالك فرق بين برنامج الكمبيوتر بشكل عام والمعلومات ((Information؟ وبعبارة أخرى، هل هناك أي فرق بين الفكرة (idea)وبين التعبير (expression)عن برنامج الكمبيوتر؟ يمكن القول ان برنامج الكمبيوتر، الذي في حد ذاته هو المعلومات الموجودة بداخله، ينبغي ان تكون من المعلومات غير العادية لان برامج الكمبيوتر تتكون من معلومات قيمة تتجسد في شكل مادي : مثل قرص مضغوط. ويطلق على هذا الشكل "التثبيت " أو التعبير لان حقوق الطبع والنشر لا يمكن ان تمنح للبرنامج مالم تكن تلك المعلومات مثبته ماديا على شكل قرص .(CD) اضف الى ذلك فان برامج الكمبيوتر هي تعليمات من خلالها يتم البث بشكل مباشر من قبل أجهزة الكمبيوتر للتحكم في سلوك الكمبيوتر بالضبط. بالتالي فان الارشادات هي معلومات وبالتالي فان برامج الكمبيوتر يمكن تعريفها بأنها مجموعة من الارشادات والتي هي المعلومات.

إذا كان برنامج الكمبيوتر هو فقط معلومات وهذا يعني انه مجرد فكرة، ولكن البرنامج لكي يكون محميا بموجب حقوق النشر والتأليف لابد ان تكون تلك المعلومات مثبته على شيء مادي كالقرص كما ذكرنا سابقا. وعليه فإنه يمكن أن يقال شرط التعبير (التثبيت) هو الحد الفاصل بين خضوع البرنامج للحماية بموجب حقوق النشر والتأليف وبين عدم الخضوع واعتباره مجرد فكرة لا تخضع للحماية.[١٣]وبالتالي يمكن القول ان برنامج الكمبيوتر يظهر الى الوجود عندما تكون فكرته مجسدة في شيء مادي وبعبارة اخرى يجب ان يكون معبرا عنه ماديا اي مثبتا على شيء مادي، CD مثلا.

الفرع الثاني: التعريف القانوني لبرامج الكمبيوتر

يمكن القول ان التعريف النظري قد يسبب مشاكل عملية ولهذا السبب فان بعض التشريعات ومنها قانون حق المؤلف العراقي لم يعرف لنا برنامج الكمبيوتر وانما اشار له في المادة الثانية من الفقرة الثانية على انه من المصنفات الادبية والمحمية بموجب حقوق المؤلف. اضف الى ذلك فان قانون حق المؤلف العراقي لعام ١٩٧١ والمعدل عام ٢٠٠٤ لم يعطينا تعريفا واضحا للمصنف.

على الرغم من ذلك فهنالك قوانين عالمية، كالقانون الامريكي للنشر والتأليف لعام ١٩٧٦ والمعدل عام ٢٠٠٧والقانون الكندي لعام ١٩٨٨ وكذلك التوجيه الاوربي لحماية برامج الكمبيوتر لعام ١٩٩١ والمعدل عام ٢٠٠٩، قد وضعت تعريفات لمعنى برامج الكمبيوتر.

فقد عرفت المادة (١٠١) من قانون حق النشر والتأليف الامريكي، برنامج الكمبيوتر على انه مجموعة من التعليمات والارشادات والمستخدمة بصورة مباشرة او غير مباشرة من قبل جهاز الكمبيوتر من اجل احداث بعض النتائج.[١٤] كذلك القانون الكندي قد عرف برامج الكمبيوتر على انه مجموعة من التعليمات والارشادات معبرة او مثبته او مجسدة او مخزنة في اي وسيلة او طريقة والتي تستخدم مباشرة او غير مباشر في جهاز الكمبيوتر لإحداث نتيجة او نتائج معينة.[١٥]هذا المصطلح اي برنامج الكمبيوتر يشمل البرنامج في اي شكل من اشكال الوضع المادي مع التصميمات الاولية للمصنف والذي يقود الى تطوير برنامج الكمبيوتر، وهذا ماذهب الية المشرع الاوربي.[١٦]كما عرف المشرع القرار الخاص بإثراء اللغة الفرنسية والصادر في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٨١، برنامج الحاسوب بانه: "مجموعة الخطوات والإجراءات. بالإضافة الى الوثائق المتعلقة بها. والتي تهدف الى تشغيل نظام متكامل لمعالجة البينات".[١٧]

اما بالنسبة للمشرع البريطاني فهو كمثل المشرع العراقي لم يعط تعريفا لبرنامج الكمبيوتر كما هو الحال علية في القانونين الامريكي والكندي ناهيك عن المشرع الاوربي. الا ان المشرع البريطاني اشار الى ان برامج الكمبيوتر هي مصنفات ادبية محمية بموجب احكام المصنف الادبي مثله كمثل الكتاب.[١٨]

السؤال المطروح هنا، فيما اذا كان هناك حاجة ملحة لتعريف برامج الكمبيوتر قانونا ام ترك التحديد والتعريف الى الفقه وعلماء البرمجيات؟ اننا نرى ان اي تشريع لا يحوي في ثناياها تعريفات لأي مصطلحات علمية كبرامج الكمبيوتر ذلك لا يعد عيبا في التشريع وانما قد يعد اتجاه جيد تحاشيا لأي تطور علمي قد يؤثر على حقوق المبرمج والمستهلك، وعلية فان الباحث يرى انه من الافضل عدم تعريف برامج الكمبيوتر قانونيا تحاشيا لأي ضرر قد يقع من هذا التعريف على الاطراف المستفيدة.[١٩]

المطلب الثاني: مفهوم الممتلك وبرامج الكمبيوتر

مفهوم الممتلك يمكن ان يشير الى ثلاثة جوانب. الجانب الاول يشير الى العلاقة بين المرء والشيء، فعلى سبيل المثال يمكن القول انه لي حق واجب النفاذ ضد شخص في حالة شراء سيارة من شخص اخر، وبعبارة أخرى انها تعني " علاقة سلطة" كما أنها ليست شيئا أو مورد.[٢٠]على ضوء ذلك الممتلك هو ليس الارض او الشيء وانما هو ما موجود في الارض او الشيء.[٢١]في حين المعنى الثاني لمفهوم الممتلك يصف طبيعة الحق الذي لدى الملك في الشيء، فمثلا فالملك لدية حقان على الشيء عيني من خلاله يستطع التصرف به تصرفا قانونيا كالبيع او ماديا كالاستعمال مثلا، وكذلك لديه حق شخصي في حالة بيعه فان لدية الحق في استيفاء الثمن. أخيرا فان معنى "الممتلك " يمكن أن تستخدم اسما للدلالة على الشيء نفسه كالمساطحه باعتبارها حقا متفرعا عن الممتلك وليس الممتلك بحد ذاتها. وبالتالي فان مفهوم الممتلك في شيء ما فهي الحقوق الحصرية التي تمنح لحاملي الشيء والذي يسمى "الملكية". هذه الحقوق لا تخضع إلا للأشخاص الذين لهم جود مصلحة متفوقة او إلى أي قيد على حقوق المالك المفروضة بموجب اتفاق أو بفعل من طرف ثالث أو بحكم القانون. هذا المصطلح، أي الملكية، يمكن أن يتوزع بين اكثر من شخص فقد يملكه شخص ما ويقوم بإيجاره الى شخص اخر، كلا الشخصين لهما حقوق الممتلك.[٢٢]

وفقا لذلك، فالبحث في هذا المطلب سوف يكون في مفهوم الملكيه اولا، ثم إلى أي مدى يمكن لصاحب الحق لبرنامج الكمبيوتر الاستفادة من خصائص هذا المصطلح على برنامجه، لأن الغرض الرئيسي من استخدام برنامج الكمبيوتر

هو ان أصحاب الحقوق يجب الاستفادة من برنامجه من خلال خصائص الملكية.[٢٣] وعلية فان مفهوم "الملكية" سيتم مناقشتها خلال دراسة تصنيف الملكية وماهو موقع برنامج الكمبيوتر بين تصنيفات الممتلك.

وبالتالي فهناك علاقة بين الملكية والشيء. صاحب الشيء يمكن استخدام الشيء من خلال مفهوم الملكية. لذا فإن الخطوة الأولى سوف يتم البحث والتحقيق في التساؤل إلى أي مدى يمكن أن مفهوم "الملكية" تنطبق على برنامج الكمبيوتر حين سوف ندرس في الخطوة الثانية هل ان برامج الكمبيوتر اشياء ام لا. هذه المواضيع سيتم مناقشتها على النحو الاتي.

الفرع الاول: خصائص الملكية وبرامج الكمبيوتر

باديء ذي بدء فانه من المناسب ان نقوم بتحديد الملكية ,((Ownership حيث تم تعريفها بانها " الحق الحصري في الاستخدام، بالحيازة، والتصرف بها... فقد تكون ملكية مادية، أي اشياء مادي، التي هي نفسها قد تكون منقولة أو غير منقولة، أوقد تكون غير مادية، أي شياء غير ملموسة : مثل براءات الاختراع أو حقوق النشر الخاصة... "[٢٤]. لذلك، ووفقا لهذا التعريف، ويمكن تطبيق هذا المصطلح على الأعمال الأدبية كبرامج الكمبيوتر.[٢٥]

بعد تعريف مصطلح"الملكية"، والسؤال هنا : لماذا نحتاج التحقيق في مصطلح "الملكية" في سياق برامج الكمبيوتر؟ وما هي النتائج المترتبة من وجود خصائص الملكية على اصحاب الحقوق لبرامج الكمبيوتر ؟ وهل يمكن اعتبارها وسيلة لحماية برامج الكمبيوتر من خلال احكام الملكية؟

فيما يتعلق بالسؤال الأول، فانه يمكن القول بأن تحديد صفات الملكية في سياق البرامج يؤدي الى ان نعرف إلى أي مدى يمكن تطبيق تلك الصفات على برامج الكمبيوتر وكيف يمكن لمالك هذا البرنامج استخدامه، وحيازته وتملكه والتصرف به. التحقيق الثاني يمكن الرد عن طريق الافتراض أنه لا يوجد أي ملكية على برامج الكمبيوتر. وهذا يطرح السؤال، كيف يمكن للشخص امتلاك برنامج الكمبيوتر ؟ اما السؤال الثالث فسوف يتم الاجابة عنه في المبحث الثاني. وعلية سوف يكون الاجابة عن السؤالين الاولين.

في كتابة المعنون-- Tony Honore ربط عمل القانون[٢٦] (Making Law Bind)وضع مستويات لخصائص الملكية. هذه الخصائص يمكن ان تعتبر

عناصر في مفهوم الملكية ولكن ليست شروط ضرورية للشخص الذي يريد ان يكون كمالك لشيء معين. السؤال هنا الى اي مدى يمكن تطبيق تلك الصفات على برامج الكمبيوتر. يمكن تلخيص هذه الصفات على النحو الاتي:

١ - الحق في الحيازة. هذا الحق يعني السيطرة الحصرية على شيء والحق في البقاء في السيطرة عليها.[٢٧]وبعبارة أخرى، لا يمكن للأخرين استخدام الشيء دون الحصول على إذن من المالك ولأنه يملك الحق العيني والذي يخوله الاستخدام بدون اي مضايقة من الاخرين. ويتم تحقيق حماية الحق في الامتلاك فقط عندما يكون هناك حكم تخصيص السيطرة المادية الخالصة للمالك.[٢٨]السؤال هنا وكيف يمكننا تطبيق هذا الحق او الخصيصة على برنامج الكمبيوتر ؟

كما سنرى في الفرع القادم ان برنامج كمبيوتر، من حيث المبدأ، هو شيء غير ملموس ولا يمكن لنا لمسها وحيازتها، لكن من الناحية العملية يمكننا التعامل معها في كثير من الأحيان في الحياة التجارية كممتلكات منقولة عندما تكون مثبت على شيء مادي، كتثبيتها على قرص مضغوط، والذي يسمح لها أن تكون قابلة للتملك. ومع ذلك، ما هو الموقف عندما لا يكون برنامج الكمبيوتر مثبت على " شكل مادي " مثالا على ذلك شراء برنامج الكترونيا من خلال الانترنيت؟ هنا يمكن القول بأن صاحب الحق يمكن أن يمارس حيازة التملك على الرغم من عدم وجود شكل مادي لأن عقد البيع سوف يعطي المشتري الحق في التملك ولايحتاج الحيازة المادية لان تطبيق الحيازة على برنامج الكمبيوتر لا تحتاج الى شكل مادي كما سنرى في الفرع القادم المتعلقة بمفهوم الملموسية وعدم الملموسية.

بالإضافة إلى ذلك، فان صاحب البرنامج لكي يتملك البرنامج لا يحتاج لحيازتها ماديا لأنه يمكن أن يمارس الحق علية سواء بنفسة او بالواسطة كالوكيل مثلا. وبالتالي، مالك البرنامج لديه الحق في امتلاك البرنامج رغم انه شيء غير ملموس.[٢٩]

أما بالنسبة للسيطرة او الحيازة المادية على البرنامج، فانة لا توجد مشكلة طالما ان البرنامج لديه القدرة على الانتقال باي وسيلة كانت الى الاخرين سواء

عن طريق البيع اوالتعاقد الكترونيا او غير ذلك.[٣٠]هذا التملك يتيح للمالك أو الحائز منع الآخرين من استخدامه دون ترخيص.[٣١]

وعلية فانه من خلال هذا التحليل انه يمكن لأصحاب الحقوق تملك برنامج الكمبيوتر، على الرغم من أنه شيء غير ملموس، كشيء منقول على الرغم ان هذا الانتقال، إلكترونيا، لا يعني أننا يمكن حيازته ماديا لأن صاحب البرنامج يمكن أن يتملكه بدون السيطرة المادية طالما لدية القدرة على ممارسة الفائدة من التملك.

اخيرا لابد لنا ان نناقش موضوع اخر يرتبط بموضوع الحيازة في التملك الا وهو الرهن والذي هو ضمان لتسديد دين في ذمة الراهن لمصلحة المرتهن.[٣٢] السؤال هنا هل يمكن رهن البرنامج.[٣٣]تحت هذا التعريف، لا يمكننا رهن برنامج الكمبيوتر لأنه يتعارض مع طبيعة البرنامج والذي هو مجرد معلومات غير ملموسه، وان المكون الرئيسي لنظام الرهن هو ان الشيء يجب ان يكون ملموس.[٣٤] في الواقع، ان المرتهن يجب ان يحصل على الحيازة، وهذا هو الحق الذي يمكن استخدامه ضد طرف ثالث والراهن نفسه.[٣٥]ولذلك، فإن المبرمج أو صاحب البرنامج لا يمكن رهن برنامجه وذلك وفقا لطبيعة الرهن.

من ناحية أخرى، إذا كان "أ" قد نسخ وعدل البرنامج المملوك ل'ب ' و 'ب ' قام برهن برنامجه ل' ج ,' فان الاخير لا يمكن ان يتملك هذا البرنامج لان ' ا ' قد أصبح المالك، من خلال تعديل البرنامج الاصلي على الرغم من انه قد حصل علية بطرق غير مشروعة. ولذا، فمن الصعوبة بمكان القول ان البرنامج لديه القدرة على أن يكون شيئا مرهونا للأخرين وفقا لطبيعة الرهن لان الرهينة لا يمكن تطبيقها على البرنامج إلا إذا كان البرنامج تم تثبيته في شكل مادي. هذا الشكل المادي يجعل البرنامج كانه سلعه مثل بقية السلع والذي هو نظريا يمكن رهنه في هذه الحالة.

٢ - الحق في الاستخدام. هذا الحق يشير إلى الاستخدام الشخصي للمالك والتمتع بالشيء المملوك.[٣٦] بموجب هذا الحق فان المالك له الحق في استخدام الشيء المملوك له على الاطلاق.[٣٧]وفقا لذلك، فان مالك برنامج الكمبيوتر ان يستخدمه ويستغله، فعلى سبيل المثال صاحب الحق كمستخدم مشروع يستطيع

ان يعمل نسخة احتياطية لذلك البرنامج بما هو ضروري لاستخدامه الشخصي.[٣٨]

٣ - الحق في الإدارة. ان الممتلك يمكن ان يدار من قبل شخص او عدة اشخاص في نفس الوقت.[٣٩] فإنه يعطي المالك الصلاحية للترخيص للأخرين في استخدام الممتلك كالاعارة او القرض. هذا الحق قد يتداخل مع الخصيصة السابقة ولكن الحق في الاستخدام يشير الى الاستخدام والاستعمال للمالك الشخصي، فعلى سبيل المثال ما ورد أعلاه، صاحب حقوق الطبع والنشر في برنامج الكمبيوتر لديه صلاحية الترخيص لبرنامجه إلى الآخرين.[٤٠]

٤ - الحق في الحصول على الدخل. استخدام أو استعمال الشيء يمكن ان تعتبر أبسط طريقة للحصول على الدخل المادي. فعلى سبيل المثال، يمكن استغلال برنامج الكمبيوتر للحصول على مورد مالي.[٤١] فصاحب هذا البرنامج، سواء كان المبرمج او الشركة، لديه الحق في الحصول على الدخل من خلال منح الحيازة الى شخص اخر كالبيع والتأجير... الخ.

٥ - الحق في الحصول على رأس المال. هذا الحق يتكون من خصيصتين، الاول القدرة على عزل الشيء والحرية في الاستهلاك أو تدمير كل أو جزء منه. يمكننا أن نتصور أن "أ" لديه برنامج وانه حطم برنامجه، وفي الوقت نفسه 'ب 'قام بنسخه دون الحصول على إذن من "أ" قبل تحطيمه. السؤال هل لصاحب البرنامج القدرة على استعادة هذه النسخة من' ب 'لتدميره ؟ "أ"، كمالك، يمكن نظريا استعادة نسخته من "ب" طبقا لمباديء خصائص الملكية والتي تعطي "أ" الحق في حماية ممتلكاته. ومع ذلك فان هذا الافتراض ربما يؤدي الى اعاقة تطوير برامج الكمبيوترلانه غالبا ما يحتاج الباحثون البرامج للبحوث العلمية. بالإضافة إلى ذلك، هناك مسألة قد تثار فيما يتعلق باثبات أن هذا البرنامج ينتمي إلى' أ". فإنه يمكن القول بأن أفضل وسيلة لحل هذه المشكلة، أي نسخ البرنامج لغرض التعامل على ضوء حسن النية، هو تعويض المالك دون ارجاع البرنامج.[٤٢]

مسألة أخرى يمكن أن تنشأ في هذه المرحلة هو : هل يمكن لمالك البرنامج القدرة على استهلاك برنامجه؟ من الناحية النظرية، صاحب الحق يملك الحق في استغلال واستعمال ممتلكه على شريطة ان لا يكون مخالفا للقانون. على

سبيل المثال، صاحب حقوق الطبع والنشر لديه الحق في بيع واستئجار مصنفه ولكن لا يمنع الاخرين من استغلاله لغرض التعامل العادل.[٤٣]

٦ - الحق في الضمان. بموجب هذا الحق، أي نقل الملكية ان يكون بالتراضي، ويسمى هذا المصطلح الحق في الضمان. ومع ذلك، فان كثير من الحالات يؤدي إلى مصادرة الممتلكات من قبل الحكومة: مثل نزع الملكية للمنفعة العامة. من حيث المبدأ، عندما تحدث المصادرة يجب ان يتم عن طريق دفع تعويض عادل. ومع ذلك، فانه في بعض النظم، كالقانون الإنجليزي، فان بعض الأفراد لا يستحقون تعويضا في حالة تدمير ممتلكة عندما يكون من الضروري تدميره لحماية ممتلكات اخرى تتعرض لخطر اكبر مثل هذه القاعدة تتفق مع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات الأمنية ذات الطابع الاستثنائي.[٤٤]

٧ - خصيصة الانتقال. المبدأ الرئيس في الملكية هو أنها لديها مدة غير محدودة.[٤٥] هذا المبدأ يتكون من عنصرين، العنصر الاول هو ان الملكية تتنقل الى الخلف في حالة وفاة الوارث، والثانية يجب عدم تحديده الملكية لفترة محدودة.[٤٦] وكما ذكر آنفا ان البرنامج هو شيء منقول وملكيته لا تدوم الى الابد. وعلية يمكن القول ان برنامج الكمبيوتر باعتباره شيء منقول فان الملكية لاتدوم الى الابد مثلهه كمثل بقية الاثاث او الماشية والتي لا تدوم الى الابد، وبالتالي لا يوجد فرق بين هذه الاشياء وبرامج الكمبيوتر.

يمكن القول أن مالك البرنامج يستطيع تحويل او نقل برنامجه الى الاخرين بمقابل او بدون مقابل ولكن هذا البرنامج له عمر زمني باعتباره من المصنفات الادبية ليس كمثل العقار.

فإنه يمكن أن يستدل من تحليل خصائص الملكية التي اشار لها Mr Honoreبانه يمكن ان نعتبر برامج الكمبيوتر يمكن ان تكون قابلة للتملك رغم انها اشياء غير ملموسة.

وبالتالي، فإن السؤال ذي الصلة هنا، ما هي النتائج المترتبة إذا كان أحد الاشخاص، وليكن "أ"، يملك برنامج كمبيوتر وقام شخص اخر، وليكن "ب"، بتعديل البرنامج الاصلي وادى ذلك الى انشاء برنامج جديد: الأسئلة ذات الصلة هنا:

I)ولا) هل ان (أ) يملك البرنامج المعدل؟

(ثانيا) هل ان (ب) يملك البرنامج المعدل ؟

(ثالثا) هل ان (أ وب) يملكون معا البرنامج المعدل؟ ولماذا؟

(رابعا) ماهي النتائج المترتبة من اولا وثانيا وثالثا؟

(خامسا) أي من النتائج هي نتائج مرغوبة وأيا منها غير مرغوبة ؟

من حيث المبدأ اي شخص يملك برنامج الكمبيوتر سوف يكون صاحب الحق عليه، سواء أكان شخصا طبيعيا ام اعتباريا. هذا يؤدي إلى نتيجة مهمة وهي ان صاحب الحق سوف يمارس حقه كمالك في اي طريقة على شرط ان لا تخالف القانون. وفقا لذلك،' أ,في مثالنا، لديه القدرة على منع أي شخص من ان يقوم باي حالة من حالات الانتهاك كالنسخ والتعديل وهكذا دواليك. فإذا' ب 'قام بتعديل البرنامج وبدون ترخيص من المالك "أ"، فان الاخير يمكن ان يطالب 'ب 'بالتعويض دون استعادة البرنامج المعدل.[٤٧] لذلك فان' ب 'هو المالك لذلك البرنامج المعدل من قبله لان "أ" لا يستطيع ان يتملك البرنامج المعدل لانه يملك البرنامج الاصلي وليس المعدل. ومع ذلك اذا "أ" سمح ل "ب" بتعديل برنامجه في هذا الحالة يكون البرنامج مشتركا بينهما. وعلية فان النتيجة المرغوبة من قبلنا هوان "ب" يتملك البرنامج المعدل وان كان بدون ترخيص من المالك الاصلي "أ" على شرط ان يقوم بتعويض المالك الاصلي للبرنامج عن الخسارة لان التعويض ممكن ان يؤدي الى عمل توازن بين المالك ومطور البرنامج، بالاضافة الى ذلك ان تعديل البرنامج هو احتمالية كبيرة لتطوير البرنامج لانه يؤدي الى تطوير تكنولوجيا برامج الكمبيوتر.

على العكس من ذلك، إذا كان المالك لديه القدرة على استعادة البرنامج المعدل من مطور البرنامج فان هذا الحالة قد تؤدي الى اعاقة تطوير برنامج الكمبيوتر، وقد اشار المشرع البريطاني الى حالات تؤدي الى تطوير البرنامج بحيث لا تعتبر انتهاكا لحقوق المبرمج، كحالة الدراسة واختبار الوظائف والمراقبة من قبل المستخدم الشرعي وذلك لتحديد الافكار والمبادئ التي تعتبر عناصر في تكوين البرنامج اذا هو قام بإنجاز اي عمل من اعمال التنزيل والعرض والتشغيل والتحويل والخزن والذي هو مخول للقيام بذلك، وهذه الحالات لاتعتبر انتهاكا لحقوق النشر.[٤٨]

الفرع الثاني: هل برامج الكمبيوتر اشياء

ان الغرض الرئيس من هذا الفرع هو التحقق فيما اذا برامج الكمبيوتر هي اشياء خاضعة لأحكام القانون المدني، فاذا كان الامر كذلك فأي نوع من الاشياء هيه؟ هناك نوعان من الأشياء، اشياء قابلة للتملك بحيث يمكن ممارسة خصائص الملكية كالعقار والسيارة، والاشياء التي هي غير قابلة للتملك كالهواء[٤٩]والمياه.[٥٠]

برنامج الكمبيوتر، من حيث المبدء، هو شيء لأن صاحب البرنامج يستطيع ان يمارس خصائص الملكية، والتي تسمح للمالك هذا الشيء بالاستخدام والاستغلال على شرط ان يكون هذا الاستغلال او الاستخدام وفقا للقانون،[٥١] وبعبارة اخرى فإن صاحب البرنامج لديه الحق في استخدام البرنامج لأن هناك علاقة قانونية بين المالك وبرنامجه. وبالتالي، ليس هناك شيء بدون حق الملكية، على سبيل المثال فصاحب الفكرة ليس لديه حق الملكية على فكرته لانها ليست شيئا وهي من السهل جدا ان تؤخذ وتنشر ومن الصعب جدا السيطرة عليها.[٥٢] ومع ذلك لا بد من التمييز بين مفهوم " الفكرة " ومفهوم " المعلومات "، حيث ان جوهر " فكرة " هي مصطلح عقلي في حين ان المعلومة هومصطلح نقلي اي يمكن ان ينتقل من شخص الى اخر بينما الفكرة تبقى موجودة لدى صاحب الفكرة. وعلية فان "الفكرة" لا يمكن ان تخضع الى اي حماية لان مالك الفكرة لايمكن ان يمارس حقوق الملكية في حين ان "المعلومة" فانها من الممكن ان تكون خاضعة للحماية لأنها يمكن ان تخضع الى خصائص الملكية الفكرية ولها القدرة على الانتقال عن طريق الكتابة أو في شكل إلكتروني.[٥٣]

هناك نوعان من الأشياء يتم استبعادها من دائرة التعامل القانوني، الصنف الاول هو تلك الاشياء الي لا يمكن حيازتها طبقا لطبيعتها كالهواء والمياه وبالتالي تعتبر مستثناة قانونا، ومع ذلك فان الهواء او الماء ممكن حيازته وتملكه اذا وضع الهواء في قناني لاستعماله في الصناعة او استنشاقها اذا وضع بها عطور وكذلك الحال بالنسبة للماء اذا وضع في اقناني للشرب مثل، اما بالنسبة للصنف الثاني فان القانون يحظر التعامل في بعض الأشياء لأسباب قانونية، كالمخدرات غير المشروعة على سبيل المثال.[٥٤]

وعلية يمكن القول بان الاشياء في الفئة الأولى لا يمكن تصنيفها على انها ممتلكات بسبب طبيعتها، في حين يتم اعتبار الاشياء في الفئة الثاني اشياء لا

يجوز التعامل بها بموجب القانون ذات الصلة، وهذا الحظر يختلف باختلاف الزمان والمكان. ونتيجة لذلك، حتى تكون الأشياء مقبولة تجاريا يجب ان تكون مؤهلة قانونا للتعامل سواء كانت اشياء مادية او غير مادية. وفقا لذلك، فان برنامج الكمبيوتر ربما يكون خارج التعامل القانوني في حالتين على الاقل : الأولى في حالة ما إذا كان هذا البرنامج يحتوي على معلومات عامة عن المجتمع،[٥٥] وثانيا إذا كان هذا البرنامج محضور قانونا، على سبيل المثال اذا كان هذا الحق ينتهك أمن الدولة أو الحكومة.[٥٦]

باختصار، من خلال اعلاه نستطيع ان نقول ان برامج الكمبيوتر هي اشياء قابلة للتملك لانها تملك كل خصائص الملكية التي ذكرناها في الفرع السابق. ومع ذلك، إذا كان برنامج الكمبيوتر تم نقله عن طريق الانترنيت، فانه يمكن القول بان هذا البرنامج هو ليس بشيء لان عملية الانتقال او التحويل للبرنامج هو غير ملموس وبالتالي نستطيع ان نقول ان هذه العملية، اي عملية التحويل او الانتقال، هي مجرد رخصة لاستعمال البرنامج. هذا يقودنا إلى التحقيق في الموضوع الثاني المتعلق بمفهوم الملموسية وعدم الملموسية في الفرع الثالث لأننا نريد ان نعرف كيف يمكن لشخص ما ان يملك حق عيني وشخصي على شيء غير ملموس.

الفرع الثالث: برامج الكمبيوتر والأشياء الملموسة وغير الملموسة

وهناك اسئلة أخرى تحتاج إلى أن تطرح لكي نحدد ماهية برامج الكمبيوتر اكثر، هل هي اشياء ملموسة او غير ملموسة؟ وهل هي سلعة او بضاعة اوهي مجرد ممتلكات شخصي. ؟. الرابط بين هذه الاشياء هو لتحديد نوع الحماية التي سوف تمنح الى برامج الكمبيوتر. وهذه الحماية سوف تكون مختلفة طبقا لنوع البرنامج فيما اذا اكان ملموس او غير ملموس، فعلى سبيل المثال حماية حق المؤلف تمنح فقط الى برنامج الكمبيوتر عندما يكون مثبتا على شيء مادي كقرص مضغوط كما ذكرنا سابقا وبالتالي يصبح شيء مادي ملموس. هذا يعني ان البرنامج سوف لن يكون تحت حماية حقوق النشر والتأليف اذا لم يكن مثبتا على شيء مادي.[٥٧]من ناحية أخرى، فإن برامج الكمبيوتر لا تخضع لقواعد بيع البضائع إذا كان ذلك الشيء غير الملموس، بل سيكون مجرد اتفاق تعاقدي أو ترخيص. هذه الفرضيات سيتم دراستها في جزأين، على النحو الاتي:

اولا : تعريف الشيء الملموس وغير الملموس وعلاقته ببرامج الكمبيوتر.
الملموسية تعني بشكل مبسط هو "قابلية الشيء للمس"،[٥٨] في حين أن غير الملموسة هي عدم قابلية الشيء للمس اي انه شيء غير مادي.[٥٩] لتحديد برنامج الكمبيوتر فيما اذا كان هو شيء ملموس أو شيء غير ملموس يكتسب أهمية فيما يتعلق بانطباق التشريعات الضريبية في البلدان التي تاخذ بالنظام الرأسمالي كالولايات المتحدة الأمريكية من اجل تحديد برامج الكمبيوترهل هي بضائع او مجرد ممتلكات شخصية.[٦٠] هذا بالطبع يتوقف على الشروط المحددة في التشريع الضريبي ولكن في كثير من الأحيان، الضريبة تكون مفروضة على الاشياء التي فيها خصائص الملموسية كالسلع مثلا.

هناك ثلاث اتجاهات لتقييم الملموسية أو غير الملموسية في برامج الكمبيوتر. الاتجاه الأول يعتبر برامج الكمبيوتر هي اشياء غير ملموسة حتى وان تم تنزيلها وتخزينها على واسطة ملموسة كقرص مضغوط مثلا، وبالتالي فالبرنامج هو مستثنى من ضريبة البيع. علاوة على ذلك انة لا يمكن لمس برامج الكمبيوتر بحد ذاتها سواء تم تحويلها او انتقالها عن طريق واسطة مادية، لان اللمس يكون للقرص وليس للبرنامج نفسه خصوصا عندما يحتوي القرص على اكثر من برنامج او عبر شبكة الاتصالات السلكية واللاسلكية، وبالتالي لا يوجد لمس بالكامل، وهذا يعني أن برنامج الكمبيوتر هو شيء غير ملموس من حيث المبدأ.[٦١]

الاتجاه الثاني يرى أن برامج الكمبيوتر هي اشياء ملموسة إذا ما تم تنزيلها على شيء مادي، وهذا يعني أن برامج الكمبيوتر تخضع لضريبة المبيعات. ومع ذلك، فإن هذا الاتجاه يقر بان برامج الكمبيوتر هي اشياء غير ملموسة إذا تم تسليمها إلكترونيا عبر شبكة الاتصالات السلكية واللاسلكية، في هذه الحالة فان برامج الكمبيوتر هي من شأنها أن تكون غير ملموسة وليست خاضعة للنظام الضريبي.[٦٢]

الاتجاه الاخير يرى ان برامج الكمبيوتر هي اشياء غير ملموسة من حيث التطبيق. ومع ذلك، فإن نظام التشغيل لبرنامج الكمبيوتر غير ملموس لأنه هو " أن يعتبر جزء أساسي من أجهزة الكمبيوتر... وبالتالي تعتبر ممتلكات ملموسه بالاشتراك مع بقية اجهزة الكمبيوتر. "[٦٣]

إذا اردنا تطبيق هذه الاتجاهات الثلاثة اعلاه لتحديد ماهية الحماية لبرامج الكمبيوتر، فان الموقف سيكون على النحو الاتي:

اولا: سوف لن تكون هناك حماية لبرامج الكمبيوتر كمصنف بموجب احكام حقوق النشر والتأليف او حق المؤلف مالم يتم تثبيته على شيء مادي كقرص مضغوط كما ذكرنا سابقا.(٦٤)

ثانيا: ارسال برامج الكمبيوتر من خلال البيع مثلا، سواء بصورة مادية اي على شيء مادي او بصور غير ملموسة عن طريق الشراء عبر الانترنيت مثلا، ممكن ان تؤثر على نوع الحماية الممنوحة. فاذا تم بيعه على شيء مادي فانة يكون محمي بموجب حقوق والنشر والتأليف اما اذا لم يكن كذلك فان البرنامج لايخضع لهذه الحماية وانما لحماية اخرى فقد يكون عن طريق العقد مثلا والذي يخضع بدوره لاحكام القانون المدني. وعلية فان معرفة طريقة الارسال سوف تساعدنا على التمييز بين انواع الحماية الممنوحة لبرامج الكمبيوتر، فاذا تم تثبيت برنامج الكمبيوتر على شيء مادي، كقرص مضغوط مثلا، فانة سوف يكون خاضع الى قواعد بيع البضائع والضرائب بنفس الوقت. اما اذا كان البرنامج تم تسليمة عن طريق واسطة الكترونية كالأنترنيت مثلا، فانه يكون خاضع لأحكام عقد الخدمة او مجرد عقد رخصة ويكون خاضعا لاحكام القانون المدني او احكام العقد لانه توجد علاقة تعاقدية بين المشتري والبائع، وعلية فان احكام العقد ممكن ان تكون مصدر لحماية اطراف العقد في حالة البيع مثلا.(٦٥)

ثانيا: موقع برامج الكمبيوتر في ضوء تصنيفات الممتلك الملموس او غير الملموس

بعد ان بينا معنى الملموسية وعدم الملموسية وعلاقتها ببرامج الكمبيوتر، فان السؤال المطروح هنا : اي نوع من انواع الحماية ممكن تطبيقها على برامج الكمبيوتر من الناحية النظرية؟ من الواضح ان برامج الكمبيوتر هي ليست ممتلك عيني ملموس لأنها اشياء منقولة كما سوف نرى في المبحث الثاني، ولكن السؤال هنا هو هل من الممكن اعتباره ممتلك ملموس منقول ؟

الممتلكات المنقوله الملموسة تعني تلك الممتلك التي يمكن رؤيتها، وزنها، قياسها او لمسها، وبعبارة اخرى هي تلك الممتلكات التي يمكن لمسها عن طريق

الحواس.[٦٦] هذه الاشياء تسمى بالممتلك الي يمكن حيازتها ماديا وكما تسمى بالقانون الانكليزي"Choses in possession" والتي هي منقولات ملموسة او مادية كالبضائع مثلا.[٦٧]بالمقابل هناك نوع ثاني من الممتلك المنقولة والتي يطلق عليها بالحيازة غير الملموسةChoses in action "" وهي التي تشمل انواع مختلفة من الممتلك المنقولة غير الملموسة كالديون وبرامج الكمبيوتر وبقية انواع الملكية الفكرية. وعلية وكما ذكرنا سابقا ان برنامج الكمبيوتر يعد بضاعه او سلعه اذا تم تثبيته على شيء مادي. هذا الشكل المادي يقودنا الى اعتبار برنامج الكمبيوتر هو شيء مادي اي يمكن حيازته – .choses in possession وعلية اذا كانت طريقة التسليم للبرنامج على شيء غير مادي فان البرنامج سوف يكون مجرد شيء منقول غير ملموس- choses in action-كشراء البرنامج عن طريق الانترنيت. وبالتالي فهناك انواع مختلفة من برامج الكمبيوتر، فقد تكون بضائع وتخضع لقانون البيع والضريبة وقد تكون عقد خدمة كالترخيص مثلا.[٦٨]

نحن نرى بانه لا يوجد حاجة لهذا التقسيم بين الفئتين أعلاه لأن المالك للشيء سواء حيازته ملموسة او غير ملموسه فانه يملك حقوق الممتلك، وبالتالي نحن نتفق مع نهج الاتجاه الانكليزي عندما رفض القضاء فية التفريق بينهما.[٦٩]

لذلك إضافة الباحثون أن هناك نوع اخر من الاشياء غير الملموسية والذي هو ملموسية محضة والتي لا يمكن ان تمسك او تمس، وبالتالي يمكن اعتبارها فرع من الفئة الثانية اعلاة اي من الاشياء غير الملموسة المنقوله choses in actionوالتي تشمل حقوق النشر والتاليف والديون.[٧٠] وعلية يمكن القول ان غير الملموسات المحضة هي مجرد نوع من انواع .choses in action طبقا لذلك فان هناك مزدوج من غير الملموسية على برامج الكمبيوتر، البرنامج كمعلومات وحقوق النشر والتاليف باعتبار برامج الكمبيوتر هي مصنفات ادبية غير ملموسة. هذا الممتلك ينبغي ان يعامل بصورة مختلفة من بقية الممتلكات، وهذا يدعم ما نذهب الية بان برامج الكمبيوتر لها خصوصية وبالتالي فانها ممتلك من نوع خاص فيه الملموسية وغير الملموسية.

أما بالنسبة للأشياء غير المحجوزة ماديا,choses in action فان برنامج الكمبيوتر يمكن تخزينها وتحميلها عن طريق تجميع قرص محمول، هذا

القرص يجعل من برنامج الكمبيوتر بضاعه وبالتالي يخضع لقانون البيع والضريبة.

ومع ذلك، فالسؤال هنا ماذا سيكون الحكم إذا كان البرنامج تم نقله عن طريق الانترنيت ؟ وهذا يؤدي إلى مضاعفة الملموسية، برامج الكمبيوتر ونقلة الكترونيا، في هذه الحالة فان برنامج الكمبيوتر لايمكن تصنيفه على اساس ان بضاعة وبالتالي تزويد برامج الكمبيوتر عبر الانترنيت هو اتفاقية ترخيص ونحن لا نستطيع أن نقول ان هذه الحالة هو توريد البضائع ما لم يتم تثبيت البرامج على قرص أو التخزين المادية الأخرى. هذا يقودنا الى التساؤول بشان حماية برامج الكمبيوتر خلال فترة الانتقال الكترونيا اذا قام شخص بانتهاك برنامج من خلال القرصنة مثلا، كيف نحمي هذا البرنامج؟ يمكن القول ان قواعد أو العقد تستطيع ان تمنح حماية لأطراف البرنامج اضافة الى احكام حقوق النشروالتاليف لان شرط التعبير موجود وبموجبة يصبح البرنامج خاضعا لحقوق النشر والتأليف.

كما لاحظنا سابقا بان برامج الكمبيوتر هي بضائع اذا تم تثبيتها على شيء مادي لأنها مجرد معلومات، من حيث الاساس، قبل التثبيت وهي شيء غير ملموس لأنها انتاج فكري وبالتالي هي اشياء غير ملموسة والتي بموجبها تمنع برامج الكمبيوتر بان تكون بضائع. هذا الاستنتاج يمكن ان يؤدي الى اعتبار تلك البرامج ممتلكات منقولة لأنها ان لم تكن كذلك فانه من الصعوبة ان نحتج ونقول هي بضائع وخاضع الى قانون المبيعات لان القانون تم بناءه على اساس ان الملكية تكون في البضائع واللقب ينتقل من البائع الى المشتري. هذا الاتجاة يتفق مع ماذهب الية المشرع البريطاني والذي اعتبر انتقال حقوق النشر والتاليف انها ممتلكات منقولة.[٧١]

فإنه يمكن أن نستنتج أن حقوق النشر والتاليف او حق المؤلف يمنح الحماية الى برامج الكمبيوتر فقط عندما يتم تثبيتها على شيء مادي ولكن قبل ذلك فانها مجرد افكار لاتستحق الحماية وبالتالي فمالك الفكرة لايمكن ان يتمتع بحقوق المؤلف مالم يتم تثبيت تلك الفكرة على شيء مادي وبالتالي فان حقوق النشر والتاليف سوف لن تمنح الى برامج الكمبيوتر مالم يوجد ركن التثبيت.

في الختام، ان برامج الكمبيوتر يمكن أن تصنف على انها ممتلكات من نوع خاص من حيث الاحالة كملكيات منقولهchoses in possession) او choses) in action.ومع ذلك، فإنها ليست ممتلك في حد ذاتها لأنها اشياء غير ملموسة. هذا يعني ان الاتفاقيات التعاقدية، كالترخيص، يمنح العلاقة بين الاطراف الى احكام العقد وبالتالي فان المرخوص له الحق باستخدام البرنامج. وكذلك فان الحقوق الشخصية توجد بين الراخص والمرخص له ولكن لايربط اي طرف اخر. وعلية فان طبيعة العقد، عقد الرخصة، سوف يكون عقد لاغراض الخدمة. بمعنى اخر يمكن القول بان البرامج ممكن ان تفهم على انها عقود خدمة او مجرد عقود ترخيص بدلا من اعتبارها بضائع لان مفهوم الممتلك ينصرف للشيء الملموس وغير الملموس كبرامج الكمبيوتر. النتائج التي تنتج من هذا الاستنتاج هو صاحب الحق يملك الحق فقط على الممتلك المنقول لانه ليس له الحق باسترجاع برنامجه كما في حالة صاحب العقار، ومع ذلك فان البرنامج يملك خصائص الملكية والحيازة كما ذكرنا سابقا.

المبحث الثاني: الوضع القانوني والقضائي لبرامج الكمبيوتر في القانونين العراقي والانكليزي.

بعد ان بينا الجانب النظري في المبحث السابق سوف نسعى جاهدين لتبيان الجانب العملي والمتمثل بالجانبين القانوني والقضائي وذلك على النحو الاتي:

المطلب الاول: الطبيعة القانونية لبرامج الكمبيوتر

الفرع الاول: الملموسية وغير الملموسية لبرامج الكمبيوتر في ضوء احكام القضاء

لكي نجيب عن هذا السؤال علينا في البداية ان نثبت ان برامج الكمبيوتر هي اشياء ملموسة قانونا وقضاء. لقد تم تعريف الملموسية وغير الملموسية في المبحث السابق وبالتالي نحتاج الى نعرف موقف القضاء من برامج الكمبيوتر فيما يتعلق انها اشياء ملموسة او غير ملموسة وبالتالي فهل هي بضائع ام لا؟

لو نظرنا الى القضاء الانكليزي في موقفة من برامج الكمبيوتر هل بضائع ام، فانه اعتبر الاجابة عن هذا السؤال يعتمد على هل ان برامج الكمبيوتر هي اشياء ملموسة. ففي قضية (In St Albans City and DC v International Computers Ltd)[٧٢] فان القاضي السير Iain Glidewell حتى نقرر فيما اذا

كانت برامج الكمبيوتر هي بضائع فهذا يعتمد على الملموسية في الشيء. فقد اشار الى ان برامج الكمبيوتر هي تعليمات او اوامر غير ملموسية من حيث الاساس.[٧٣] وقد اكدا صراحة على ان برامج الكمبيوتر هي نفسها غير ملموسة. على ما يبدوا لا توجد قضايا في المملكة المتحدة تشير الى ملموسية برامج الكمبيوتر.

هذه الندرة في قرارات المحاكم في بريطانيا على ملموسية برامج الكمبيوتر ربما يتناقض مع كثرة القضايا الموجودة في الولايات المتحدة الامريكية. اغلب القضايا في امريكا هي قضايا الضريبة عندما تكون الممتلكات، بصورة خاصة، هي خاضعة ضريبيا طبقا فيما اذا كان ذلك الممتلك ملموس او غير ملموس. ومع ذلك، ففي قضايا الجرائم المتعلقة بسرقة البرامج، الملموسية هي ايضا خاضع الى قانون السرقات والذي يشترط فية ان يكون المسروق ملموسا. هناك ايضا قضايا عولجت بموجب قانون بيع البضائع وهذه القضايا تدور حول سؤال واحد وهو هل ان برامج الكمبيوتر ملموسة حتى تعتبر بضائع، يمكن عرض هذه القضايا على النحو الاتي :

١- ففي قضية "" District of Columbia v Universal Computer Associates,[٧٤] والتي تعتبر واحدة من اوائل القضايا، فان محكمة الاستئناف لدائرة المقاطعة قررت بان البرامج هي غير ملموسة، وان وسائط تخزين الملموس هي ليست في الحقيقة الهدف الحقيقي من الصفقة وبالتالي فان البرامج هي معفاة من ضريبة المبيعات

٢- أن الرأي بان برامج الكمبيوتر هي اشياء غير ملموسة كان سائدا في قرارات المحاكم الامريكية حتى عام ١٩٨٣، ففي قضيتين من محكمتين منفصلتين Comptroller of the Treasury v Equitable Trust Co [٢٧] 75 (1983) and Chittenden Trust Co v King 2876.

كلتا المحكمتين قد قررا بان البرنامج المعلب (اي التي يتم وضعها على رمز مادي (object cod والمجهزة على اشرطة ملموسة فهذه تخضع لقانون ضريبة المبيعات على اساس ان برامج الكمبيوتر لايمكن ان تنفصل من وسائطها الناقلة. والمثير للدهشة

ان المحكمتين اعتبرتا ان بيع البرنامج الكترونيا عبر نظام الهاتف سوف لايمكن ان يخضع الى قانون ضريبة المبيعات لأنه غير ملموس.

٣- قضت المحكمة العليا في ولاية تكساس في قضية[٧٧] (Protest of Strayer, Re 29) بان برامج المحددة الغرض هي اساسا غير ملموسة، ولكن نظام تشغيل البرمجيات هو شيء ملموس لان الاخير معتبر كجزء اساسي من اجهزة الكمبيوتر وأجهزته المعدنية (Harware) وبالتالي خاضعة ضريبيا كممتلك منقول بالاشترك مع احهزة الكمبيوتر المعدنية الاخرى.[٧٨]

٤- يلاحظ ان الكثير من المحاكم قد تبنت التمييز المذكر في القضايا الثلاث لقرار عدم ملموسية البرمجيات، والبرمجيات المنقولة عن طريق التلفون غير الملموس وكذلك البرمجيات المعلبة المصحوبة بنظام تشغيل البرمجيات والتي هي ملموسة.[٧٩]

٥- في قضية[٨٠] (South Central Bell Telephone Co v Barthelemy) والتي صدرت من المحكمة العليا في لوزيانا، هذه القضية تستحق تنويها وعرضا خاصا لأنها اعتبرت كأساس قانوني استندت عليها المحاكم الامريكية. هذه القضية تتضمن فرض "ضريبة الاستخدام" على البرمجيات المرخصة لهذا الغرض من قبل .South Central Bell بموجب قانون مدينة Orleans, الضريبة قابلة للتطبيق على " الممتلكات المنقولة الملموسة" فقط. من خلال الاطلاع على محتويات القرار نلاحظ ان اغلب قرار الحكم تم اتخاذه من القاضي ,Hall فقد ذكر هذا القاضي ان القانون المدني لولايات لويزيانا ساوى مصطلح Common law وهو "الممتلك الشخصي الملموس" مع مصطلح " الممتلك المنقول المادي"، واضاف " ان مغادرة التفسير الضيق بانه الماديات الملموسة هي مادية"، وبالتالي تبني وجهة النظر التي تقول بان المنقولات غير المادية هي حقوق، فالمحكمة قد قررت: ان التسجيلات لبرامج الكمبيوتر هي حقوق غير مادية او بالأحرى هي جزء من العالم المادي. الاستنتاج من خلال هذه القضية هو: " نحن نقرر ان برامج الكمبيوتر عند هذا الموضوع تشكل ممتلك مادي بموجب مفهومنا المدني لهذا المصطلح، وعليه، هو ممتلك منقول ملموس، وخاضع للضريبة بموجب القانون المدني". السيد Hall برر تصنيف البرمجيات عند هذا الموضوع كشيء ملموس لانه:"... معلومة او معرفة مسجلة في شكل مادي والتي لديها وجود مادي، ويشغل مساحة على الشريط،

قرص مضغوط او قرص صلب، يجعل الاشياء المادية تعمل، ويمكن ان ينظر اليها من خلال الحواس". علاوة على ذلك" ان البرمجيات ممكن ان تنتقل وتتحول الى العديد من الوسائط، كنقله من شريط الى قرص مضغوط او قرص صلب، او حتى يمكن تحويلة ونقله عبر خطوط التلفون، ذلك لايعني ان نكون بعيدين عن الحقيقة بان البرمجيات هي في نهاية المطاف يجب ان تسجل وتخزن في شكل مادي على جسم مادي". ولكن هذا المنطق يطرح السؤال عن طبيعة البرنامج نفسة، البرنامج هو الشيء المسجل وليس التسجيل المادي.

القاضي Hall يرى بان شكل التسليم البرمجيات ليس له علاقة، من ضمنها التسليم عن طريق خطوط الهاتف، حيث تم اقتراح بان طبيعة الضرائب، ضرائب على الاستخدام اثرت بشكل قوي على قرار South Central Bellوالذي اشار الى ان استخدام البرمجيات عندما يتم تسجيلها على قرص صلب على اجهزة الحاسوب، القرار قد يكون مختلفا، حتى في هذه المحكمة، اذا كان تطبيق مجهز الخدمة ((ASP نموذج اعمال لم يكن موظفا عندما Bell لم يجري اي تسجيل للبرنامج التي تمد من قبل مجهز الخدمة. القاضي Hall وضع ملاحظة: " نحن لانحتاج الى معالجة موضوع ماذا كان استخدام، عبر التحويل التليفوني، والذي لم يتم تنزيلها الى تسجيلات مادية او جسمية، هي خاضعة لقانون ضريبة استخدام المدينة.[٨١]

الفرع الثاني: هل برامج الكمبيوتر بضائع؟

بعد ان بينا موقف القضاء من ملموسية او عدم ملموسية برامج الكمبيوتر، والواضح ان برامج الكمبيوتر تصبح حسم مادي ملموس بعد التسجيل على شيء مادي. الان لو قلنا وسلمنا جدلا بان برامج الكمبيوتر هي اشياء ملموسة. فهل هي بضائع؟ هذا السؤال يمكن الاجابة علية من خلال القانون والقضاء على النحو الاتي:

١- موقف القانون: اعتبر قانون حق المؤلف العراقي لعام ١٩٧١ والمعدل ٢٠٠٤ ان برامج الكمبيوتر هي مصنفات ادبية مثله كمثل الكتاب وبقية المصنفات الاخرى.[٨٢]وبالتالي فان شروط وقواعد البيع تنطبق على برامج الكمبيوتر في حالة البيع او الايجار او ماشابة ذلك. فلو رجعنا الى احكام البيع فان قواعد القانون المدني قد عرفت لنا البيع في المادة ٥٠٦ هو " البيع مبادلة

المال بالمال" اما بالنسبة للمبيع (المادة ٥٠٧) فهو : اما ان يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق او بيع النقد بالنقد وهو الصرف او بيع العين بالعين وهي المقايضة". ويتبين من خلال هذه النصوص فان المبيع يشترط فية ان يكون ملموسا وبالتالي فان برامج الكمبيوتر لا تعتبر بضائع ملم تكن مسجلة او موضوعة على شيء او جسم مادي، ويترتب على ذلك فان برامج الكمبيوتر في حد ذاتها غير خاضع لاحكام البيع في القانون المدني لانها اشياء غير ملموسة.

اما بالنسبة لموقف القانون الانكليزي: فانه بموجب قانون بيع البضائع لعام ١٩٧٩، المادة ٦١ (١) وقانون تزويد الخدمات والبضائع لعام ١٩٨٢، المادة ١٨، حيث تم تعريف لمفهوم البضائع" البضائع تشمل كل المنقولات الملموسة من ضمنها المنقولات المخصصة لخدمة عقار (عقار بالتخصيص) ولا تشمل الاشياء غير المادية والنقود... " وبالتالي فالمنقولات يجب ان تكون مقيدة بشرط الاجسام الملموسة او المادية في قانون العرف والعادة،[٨٣] وهذا يطابق ماعلية ماموجود في القانون المدني العراقي. ويتبين ذلك في قضية St Albans v ICL, Sir Iain Glidewellحيث اكد القاضي التأكيد على ان القرص الصلب او المضغوط يكون مشمولا ضمن هذا التعريف، وبالتالي فانه من الواضح ان البرنامج نفسه او في حد ذاته هو غير مشمول.

٢- الموقف القضائي: من الواضح قانونا ان تثبت برامج الكمبيوتر على قرص مضغوط او صلب فانه ينظر اليها بضائع وتخضع لقانون البيع سواء في القانون المدني او في قانون العرف والعادة. ولكن المشكلة تكمن في حالة بيع البضائع الكترونيا عن طريق الانترنيت، فالسؤال هنا هل يمكن اعتبار هذه العملية هي بيع بضائع وبالتالي هي بضاعة؟

ان قانون العرف والعادة الانكليزي اعتبر، لفترة طويلة، ان الشيء المستلم هو بيع للبضائع جزئيا وخدمات جزئيا.[٨٤] السؤال المطروح هو ماذا كان التسليم هو يتميز بسهولة كبضائع بدلا من الخدمات. ففي قضية in the 1983 New South

Wales case Toby Construction Ltd v Computer Bar (Sales) Pty Ltd

القاضيRogers [٨٥] قرر بان القضية كانت لاجل التعاقد لنظام متكامل يضم اجهزة الكمبيوتر المعدنية وحزمة معالجة النصوص وحزمة البرامج المالية، هذا البيع لكامل نظام الكمبيوتر هو بيع بضائع.[٨٦]

هذا المبدا تم قبوله من قبل السير Iain Glidewell في قضية ,,St Aibans على الرغم من تاكيده وقبوله لوجهة النظر التي تقول بان البرمجيات في حد ذاتها هي ليست بضائع، ومع ذلك فانه قد قبل "... اذا القرص المضغوط قدتم بيعه او تم ايجاره من قبل مصنعي الحاسوب، ولكن البرنامج كان معيبا، فاني ارى لاول وهلة انه سوف يكون خرق للشروط فيما يتعلق بالجودة والنوعية للغرض المطلوب من قانون بيع البضائع لعام ١٩٨٢".[٨٧]

بالنسبة للقضاء الامريكي، فانه على الرغم من وجود بعض التناقض في قرارات الاحكام الصادرة من المحاكم الامريكية، فان العديد من المحاكم هناك قد اقرت بان العقد لا جل صنع برنامج كمبيوتر مخصوص لزبونا ما هو الا عقد لأغراض الخدمة[٨٨] وهي ليست بضائع، وهذا يتناقض مع التسويق الشامل للبرمجيات والتي هي معتبرة كبضائع، على الاقل عندما يتم تجهيزها على وسائط مادية. بين هذين الرأيين، هناك اتجاه وسط يعتبر صفقة البرمجيات هي مخصصة لشخص ما للقيام بمهمة معينه، في الغالب تم استخدام اختبار الغرض وفي كثير من هذه الحالات فانه اتخذ قرارا انه على الرغم من تسليم البرمجيات كونها مزيج من المنتجات والخدمات، الغرض الغالب كان هو توريد المنتج،[٨٩] ومع ذلك فان الكثير من القضاة يرى" ان البرامج هي ليست بضائع ولاخدمات".[٩٠] هذة الحالات تشير الى انه ليس مهم ان تكون البرامج قد تم نقلها الى الشاري بل ماذا قد تم شراؤها بجانب سلع اخرى، كما لو ان الاختبار هو ماذا كانت البرامج غير الملموسة كانت قد اختلطت بما فية الكفاية مع البضاعه عندما يتم الاستلام من قبل الشاري. يلاحظ انه بموجب النظريات القانونية انه عمل ملموس من شيء غير ملموس وبالتالي تكون عرضة للإصلاح (ومما لاشك فيه من الناحية النظرية اسهل للتعامل معه)، مثالا على ذلك " الوثائقيات غير الملموسه" فان الورقة ممكن ان تعد قيمة الحق الذي تمثله، وكذلك سندات الشحن الصكوك القابلة للتداول وماشابة ذلك.[٩١] في الولايات المتحدة دمج الممتلكات غير الملموسة مع شيء اخر ملموس كالوثيقة، للسماح لاصلاحات الممتلك الملموس للتطبيق وهذا يسمى بمنهج الدمج.[٩٢]

السؤال المهم في البحث هنا هو ما هو موقف القضاء في حالة ما اذا تم نيل او اكتساب البرامج اون لاين عن طريق الانترنيت كجزء من التجارة الالكترونية او الصفقات الالكترونية ومن ثم تنزيلها عبر الانترنيت من صفحة

البائع، هل تعتبر هذة الصفقه هي بيع بضاعة؟ في هذه الحالة ان البرامج لم تزود مع قرص مضغوط او صلب ولا حتى على قرص مؤقت لغرض النقل والتحويل. في هذه الحالة لايمكن تطبيق مبدا الاندماج مع شيء والذي يمكن ان يكون بضاعة. هذه البرامج المنقولة هي مجرد مندمجة مع غير ملموس اخر، اقصد هنا الاشارة الالكترونية.[٩٣] البرامج فقط بعد الاستلام من قبل الشاري او المستاجر تصبح مندمجة مع بضائع اخرى، اقصد الحاسوب المملوك من قبل المستلم. فالبرامج المسلمة لايمكن ان تكون بحال من الاحوال ان تصنف على اساس انها بضائع وفقا لمباديء المستمده من البضائع مقابل قضايا الخدمات.[٩٤]

في الختام يمكن ان يستنتج بان توريد البرمجيات اون لاين لايمكن ان تكون بضائع وبالتالي لاتخضع لقانون بيع البضائع سواء في القانون المدني او قانون العرف والعادة. فتوريد البرنامج على قرص الى الشاري لا يمنح الشخص صفة الشاري بحيث يبقى البرنامج موجودا ومستحفظا لدى البائع بعد تحميل البرنامج على جهاز الشاري هو ليس توريد البضائع. وبالتالي فان النتيجة من توريد البرامج كونها بضائع ام لا فهو يعتمد على الشاري من حيث التعاقد لاجله والاستلام.

المطلب الثاني: هل برامج الكمبيوتر ممتلك؟

كما هو معلوم ان قانون حق المؤلف العراقي وقانون حق النشر البريطاني اعتبرا برامج الكمبيوتر مصنفات ادبية خاضعة لأحكام حقوق الممتلكات الفكرية، وبالتالي فان برنامج الكمبيوتر هو ممتلك فكري. السؤال هنا هل يوجد ممتلك في برنامج الكمبيوتر اضافة الى حقوق الممتلك الفكري، كحقوق النشر والتاليف او ممكن اعتباره براءة اختراع؟ بصورة خاصة، هل برامج الكمبيوتر هي اشياء منقوله في حد ذاتها؟ هذا هو السؤال الاصعب من بين الاسئلة الثلاثة التي تم طرحها اعلاه لانه مفهوم الممتلك هو مفهوم صعب ولذلك فان المحاكم في الدول التي تسير على القانون الانكلو سكسون لم تصدر احكام خاصة به، وهذا الامر ينطيق ايضا على تشريعات الدول التي تنتهج اسلوب القانون المدني.[٩٥] العديد من المحاكم اكدت بان برامج الكمبيوتر يجب ان تكون ممتلك منقول.[٩٦]

السؤال المتعلق بكون برنامج الكمبيوتر ممتلك هو سؤال ذو مغزى بالنسبة الى قانون البرنامج في حد ذاته، ومن ضمنها عندما يكون في حالة الشكل المقروء اليا .((Machine- readable form الجواب بالنسبة للبرنامج المتحد مع وسائط التخزين لغرض التحويل. فالوسائط الحاملة للبرنامج سوف يكون محمي عادة بقواعد حماية الممتلك سواء في القانون الجنائي او المدني. السؤال ايضا يصبح ذو معنى ومخزى في حالة وجود البرنامج على اجهزة الحاسوب المعدنية computer hard driveلان اجهزة الكمبيوتر المعدنية سوف تكون مملوكة من قبل مالك الحاسوب بغض النطر عن مالك البرنامج. كذلك هذا السؤال ذو جدوى عندما تقوم اتفاقية الترخيص للمستخدم النهائي بإقرار صفة الممتلك على واسطة النقل والتي تنتقل بدورها الى المستخدم، فانه سوف لا يكتسب صفة الملكية في البرنامج.

كما ذكرنا سابقا فان برامج الكمبيوتر هي مبتكرات عقلية (مبتكرات ادبية) وهي معلومات. من خلال هاتين الموضوعين يحاول الباحث ان يبين الموقف القانوني والقضائي لهما قبل ان نخوض في كون البرنامج ككل هو ممتلك وتنطبق علية شروط الملكية.

الفرع الاول: الملكية في المعلومات

طيلة القرن المنصرم كانت هناك اراء متضاربة في المحاكم حول ماذا كانت المعلومات، ولاسيما المعلومات السرية، تعتبر ممتلك. اول هذه الاراء اعتبر " الممتلك هو اي شيء له قيمة "،[٩٧] هذا الراي الغير قاطع والفضفاض تم اتخاذه عام ١٩٢٧ من قبل القاضي Stringer في قضية New Era Printers and Publishers v Commissioner of Stamp Duties,[٩٨]

"... اي شيء مملوك الى شخص ما بحيث يمكن بيعه ونقله الى شخص اخر يحب ان يكون ذلك الشيء ممتلك وان العمليات السرية ممكن ان تملك وتباع"[٩٩]. وجهة النظر المتعلقة بان المعلومات السرية هي ليست ممتلكات تم تاكيده في قانون العمولة البريطاني في تقريره المتعلق "انتهاكات السرية"[١٠٠]. هذا القانون ذكر بانة وضع حماية لسرية المعلومات وطوره على الرغم من غياب اي مفهوم للمتلك.[١٠١] فيما يتعلق بسرقة المعلومات المخزنة في الحاسوب، فان قانون العمولة قد عارضه على اساس ان شمول المعلومات في

تعريف الممتلك في قانون السرقات لعام ١٩٦٨ سوف يسبب مشاكل والتي تتضمن تضمينات عامة خارج نطاق اساءات استعمال الكمبيوتر.[١٠٢]وكانما ان الشاري استلم نسخة واحدة فقط، وبالتالي ان البائع ربما يكون محظور تعاقديا من استخدام المعلومات، واحدة من هذه الصعوبات ان بائع سرية المعلومات فهو حتما علية ان يقوم بارجاع تلك المعلومات.[١٠٣] ولكن هذا الوضع يختلف نوعا ما من صفقة انتقال الممتلك الكلاسيكية.[١٠٤] وبنفس هذا الكلام ينطبق في المجال الجنائي في الحالات التي تكون فيها المعلومات (البيانات أو ملفات البرنامج) المزعومة قد "سرقت" من جهاز كمبيوتر، اللص قد عمل نسخة وترك الملفات الأصلية سليمة في الكمبيوتر.[١٠٥]

هناك راي اخر، وهو راي وسط، يرى ان المعلومات ذات الطبيعة التجارية ينبغي ان يتم منحها حقوق الملكية ولكن بصورة محدودة من خلال السماح للمتجاوز علية ان ياخذ حقوق الملكية ضد المنافسين التجاريين.

تاريخا، خلال العقود الاخيرة من القرن المنصرم المحاكم في المملكة المتحدة ودول الكومنولث قد رفضت القبول الدعوى بمنح صفة الممتلك على المعلومات في كلا الجانبين المدني[١٠٦] والجنائي[١٠٧]، وهذا ماتم تاكيده من القاضي Latham في قضية " Federal Commissioner of Taxation v United Aircraft Corp

"المعرفة هي قيمة، ولكنها هي ليست ممتلك عيني او شخصي (منقول) "[١٠٨]. الراي الغالب في المحاكم الى ان البرنامج هو مجرد معلومات، فهي ليست ممتلك حتى ولو كانت سرية على شكل شفرة المصدر.

راي الباحث بالموضوع: برامج الكمبيوتر وان كانت بحد ذاتها هي فكرة ثم معلومة ومن ثم تنزيلها على جسم مادي، فاننا نرى انه من الاجحاف عدم منح هذه المعلومة صفة الممتلك باعتبارها ذات اهمية وقيمة في الحياة التجارية وبالتالي نحن نؤيد الراي القائل بان المعلومة اذا كانت لها قيمة فهي تاخذ صفة الممتلك ويمكن حمايتها تجاريا من اي انتهاك لحقوق المالك حتى لا يكون هدر او ضياع لمال مالك المعلومة.

الفرع الثاني : الوضع القانوني لبرنامج الكمبيوتر ككل

كما بينا سابقا ان مالك البرنامج يستطيع ان يمارس على برنامجه كل خصائص الملكية من استعمال واستغلال وتصرف. السؤال هنا كيف عالجت القوانين والقضاء موضوع البرنامج كممتلك والى اي حد تستطيع احكام الملكية ان توفر حماية جيدة للبرنامج.

اولا: مدونات القانون المدني والقوانين الخاصة، لم تصرح بان برامج الكمبيوتر بان الشيء الغير الملموس ممكن ان يكون ممتلك.[١٠٩] اما بالنسبة الى قانون العرف والعادة لايوجد فية تعريفات حصرية للممتلك، والممتلك المنقول هو اي ممتلك ماعدا الممتلك العيني، ولكن المحاكم الانكليزية بحلول ١٨٨٥ قررت بان الممتلك المنقول يجب ان يقع تحت واحدة من هذه التصنيفات اما ان يكون منقولا ماديا ملموسا او غير مادي غير ملموس.[١١٠]

برامج الكمبيوتر هي في الاساس اشياء غير ملموسة وبالتالي لاتاخذ صفة الممتلك كما وضحنا سابقا، ولكن اذا تم تثبيتها على جسم مادي تاخذ صفة الممتلك المنقول في حالة الانتقال او التصرف وهذا مانصت علية المادة ٩٠ من قانون حق النشر والتاليف البريطاني لعام ١٩٨٨. لانه عدم اعتبار البرنامج ممتلك منقول سوف يكون من الصعب ان نقول عنه بضاعة كما بينا سابقا. الباحث يرى ان برامج الكمبيوتر هي ممتلك منقول ويتم حمايتها بموجب احكام الملكية بصورة عامة وبأحكام الملكية الفكرية بصورة خاصة. وهذا ماتم النص علية في قانون حق المؤلف العراقي لعام ١٩٧١ المعدل (٢/٢) والقانون البريطاني لعام ١٩٨٨ (٣/٣). وبالتالي فانه يمكن القول بان حقوق الملكية تستطيع ان تستوعب برامج الكمبيوتر، وهذا مانص عليه القانون المدني العراقي حيث ان الاشياء في دائرة التعامل تعتبر ممتلك بغض النظر عن طبيعتها ملموسة او غير ملموسة (المادة ٦١).

يمكن الاستنتاج من ذلك، ان برنامج الكمبيوتر هو ليس ممتلك بحد ذاته لانه مجرد معلومات غير ملموسة ولكن مالك البرنامج يملك حقوق الملكية في حال تثبيته على جسم مادي بتحويلة الى شيء ملموس وبالتالي يصبح ممتلك منقول تسري علية احكام المنقول.

ثانيا: تقييم قواعد الملكية كوسيلة لحماية الاستثمار في برامج الكمبيوتر

اذا افترضنا ان برنامج الكمبيوتر هو ممتلك بغض النظر عن نوعه، السؤال هنا الى اي مدى" احكام الملكية" في حد ذاتها ان توفر حماية للاستثمار في صناعة برامج الكمبيوتر في العراق في نطاق قانون المنافسة؟ حماية برامج الكمبيوتر بموجب قواعد القانون المدني، والذي كان معمول به قبل تعديل حق المؤلف عام ٢٠٠٤، فان القاضي علية ان يطبق احكام الملكية والعقد[١١١] لحماية صاحب الحقوق على البرنامج. الا ان هذه الاحكام كانت ومازالت غير كافية لكي توفر حماية مناسبة وملائمة للمالك والبرنامج نفسة لان احكام الملكية هي ناقصة. هذا النقصان يمكن تبريره بان احكام الملكية ممكن ان تحمي النسخة الاصلية للبرنامج كشيء، ولكن لا تمنع من الاستنساخ او النشر للعموم. هذا الوضع تم تعديله بموجب التعديل الاخير لقانون حق المؤلف العراق لعام ٢٠٠٤ والذي جعل من برامج الكمبيوتر كمصنفات ادبيه (٢/٢). بالمقابل ان قواعد واحكام الملكية بصورة عامة ربما تكون جدا قوية في الحماية لانها ممكن ان تمنع الوصول الى المصدر. هذا الوصول ممكن ان يكون ضروري للمنافسة والاختراعات الجديدة وخاصة في مجال الهندسة العكسية، وعلية قانون المنافسة والاصلاحات تستخدم لتوفير وصول الى شفرة المصدر وبقية الامور التكنولوجية.

اضف الى ذلك فان اساس السوق الحر هو المنافسة بين الشركات، لانها توفر الوفرة والسعر الاقل والابتكار. كذلك تسعى قواعد المنافسة لتعزيز المنافسة الفعالة وغير المشوهة في السوق. هذا لايعني في اقتصاد السوق الحر انه ترك كل قطاع يعمل بدون تقييد.[١١٢]وبالتالي فان صناعة البرمجيات ينبغي ان تترك الى اقتصاد السوق الحر لان مثل هكذا صناعة سوف تتطور بمرور الزمن من خلال مبادئ المنافسة.[١١٣]

ان اصلاحات قانون المنافسة ممكن ان تصنف الى صنفين بشكل عام: اصلاحات هيكلية واصلاحات سلوكية. بالنسبة للاصلاحات الاولى تهدف الى ان تكون متاحة لكافة سلطات المنافسة في الاختصاصات القانونية الاكثر رسوخا، وهي تؤدي بدورها الى تغير هيكلي في السوق وايضا هي عادة متميزة من خلال التزامات التصفية.[١١٤] اما بالنسبة الى الاصلاحات السلوكية كذلك توفر وصول الى السوق. البعض منها يمكن ان يصنف كتصنيف ثانوي بانها"

شبة الهيكلية" والتي يكون لها تاثير هيكلي فعال على السوق ولكن، في حد ذاتها، تنطوي على التصفية.[١١٥]

من كل ذلك، يمكن القول بأن احكام الملكية على هذا النحو لا يمكن أن تكون مناسبة لحماية الاستثمار في مجال البرمجيات، كما انها اي احكام الملكية لا يمكن ان توفر حماية للحالات الخاصة كانتهاكات برامج الكمبيوتر باعتباره كمصنف ادبي. هذه الحالات تحتاج الى حماية بموجب قواعد واحكام قانونية اخرى كقوانين الملكية الفكرية.[١١٦]

الخاتمة

من خلال هذه الورقة البحثية نستطيع ان نستخلص عدة نتائج وتوصيات :

١- من خلال هذا البحث وجدنا انه من الصعوبة تصنيف برنامج الكمبيوتر قبل التثبيت على جسم مادي طبقا للتصنيف الكلاسيكي القانوني للملكية، ممتلك عيني او منقول، لأنه لا يملك مميزات الممتلك العيني او المنقول لان مفهوم الملكية يحتاج الى حيازة فعلية وهذه الخاصية غير متوفرة في البرنامج في حد ذاته اي قبل التثبيت. لذلك نحن نرى ان برنامج الكمبيوتر هو ممتلك ذو طبيعة خاصة. وبالتالي فان معنى الممتلك في برامج الكمبيوتر هو مختلف عن بقية الممتلكات الاخرى، وافضل مثالك على ذلك هو كون برنامج الكمبيوتر هو ليس ممتلك وذلك عندما يتم شراؤه اون لاين.

٢- فيما يتعلق بأنواع الحقوق التي يتم منحها الى مالك البرنامج هو حقوق الممتلك المنقول وليس حقوق الممتلك العيني كالعقار. وطبقا لذلك ان برنامج الكمبيوتر في حد ذاته هو ليس ممتلك بموجب القانون العراقي والانكليزي، حيث انه ممتلك من نوع خاص سواء تم تثبيته او لا على جسم مادي لانه مفهوم الملكية يحمي الاشخاص الذين هم يملكون الحيازة الفعلية. وعلية، فان مالك برنامج الكمبيوتر يملك الحقوق الشخصية والتي يمكن تنفيذها ضد اي شخص هو طرف في العقد وان شروط العقد والترخيص سوف تكون عقد خدمة. على كل حال فان قواعد المنقول يمكن ان تطبق على البرنامج في حالة الانتقال من البائع الى المشتري.

٣- وجد الباحث اهم نقاط الضعف في القانونين العراقي والانكليزي هو ان برنامج الكمبيوتر قبل التثبيت على جسم مادي هو مجرد معلومات وهي غير محمية على اساس انها ممتلك. نحن نعتقد نظرا لأهمية هذه المعلومات فيجب ان تعتبر ممتلك ويمكن حمايتها بموجب احكام الملكية سواء احكام الملكية العادية او احكام الملكية الفكرية. السبب في ذلك هو انها مرحلة انتقالية بين الفكرة والتي لا يحميها القانون وبين البرنامج ككل بعد التثبيت. هذا المصطلح، المعلومات، هو قيم في حد ذاته وبالتالي يمكن حمايتها من حالات الانتهاك.

٤- اجابة عن سؤال البحث المتعلق بكون برامج الكمبيوتر هل هي اشياء ام لا، فقد وجدنا ان برامج الكمبيوتر هي اشياء قابلة للتملك لانها تملك كل خصائص الملكية التي ذكرناها من خلال البحث. ومع ذلك، إذا كان برنامج الكمبيوتر تم نقله عن طريق الانترنيت، فانه يمكن القول بان هذا البرنامج هو ليس بشيء لان عملية الانتقال او التحويل للبرنامج هو غير ملموسة وبالتالي نستطيع ان نقول ان هذه ان العملية، اي عملية التحويل او الانتقال، هي مجرد رخصة لاستعمال البرنامج.

٥- ان برامج الكمبيوتر يمكن أن تصنف على انها ممتلكات من نوع خاص من حيث الاحالة كملكيات منقولةchoses in possession) او .(choses in action ومع ذلك، فإنها ليست ممتلك في حد ذاتها لأنها اشياء غير ملموسة. هذا يعني ان الاتفاقيات التعاقدية، كالترخيص، يمنح العلاقة بين الاطراف الى احكام العقد وبالتالي فان المرخص له الحق باستخدام البرنامج. وكذلك فان الحقوق الشخصية توجد بين الراخص والمرخص له ولكن لا يربط اي طرف اخر. وعلية فان طبيعة العقد، عقد الرخصة، سوف يكون عقد لأغراض الخدمة. بمعنى اخر يمكن القول بان البرامج ممكن ان تفهم على انها عقود خدمة او مجرد عقود ترخيص بدلا من اعتبارها بضائع لان مفهوم الممتلك ينصرف للشيء الملموس وغير الملموس كبرامج الكمبيوتر. النتائج التي تنتج من هذا الاستنتاج هوان صاحب الحق يملك الحق فقط على الممتلك المنقول لانه ليس له الحق باسترجاع برنامجه كما في حالة صاحب العقار، ومع ذلك فان البرنامج يملك خصائص الملكية والحيازة كما ذكرنا سابقا.

٦- برنامج الكمبيوتر يمكن ان يعتبر سلعة وبالتالي بضاعه في حالة تثبيته ولكن يمكن ان يستنتج بان توريد البرمجيات اون لاين لا يمكن ان تكون بضائع وبالتالي لا تخضع لقانون بيع البضائع سواء في القانون المدني او قانون العرف والعادة. فتوريد البرنامج على قرص الى الشاري لا يمنح الشخص صفة الشاري بحيث يبقى البرنامج موجودا ومستحفظا لدى البائع بعد تحميل البرنامج على جهاز الشاري هو ليس توريد البضائع. وبالتالي فان النتيجة من توريد البرامج كونها بضائع ام لا فهو يعتمد على الشاري من حيث التعاقد لأجله والاستلام.

٧- واخيرا وليس اخرا فان احكام الملكية الموجودة في القانون المدني لا يمكن أن تكون مناسبة لحماية الاستثمار في مجال البرمجيات، كما انها اي احكام الملكية لا يمكن ان توفر حماية للحالات الخاصة كانتهاكات برامج الكمبيوتر باعتباره كمصنف ادبي. هذه الحالات تحتاج الى حماية بموجب قواعد واحكام قانونية اخرى كقوانين الملكية الفكرية. وبالتالي فأننا نرى ان احكام الملكية الفكرية هي اكثر استيعاب لبرامج الكمبيوتر سواء تم اعتباره مصنفا او براءة اختراع.

قائمة المصادر

اولا: العربية

١- المحامي محمد امين الرومي، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٩

٢- د عبد الهادي فوزي العوضي، البرمجيات الحرة في القانون المصري (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢

٣- د حسن عبد الباسط جميعي، عقود برامج الحاسوب الالي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨

٤- د عبد الرشيد مأمون، د محمد سامي عبد الصادق، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في ضوء قانون حماية حقوق الملكية الفكرية، الكتاب الاول حقوق المؤلف، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤

٥- د نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية- احكامها ومصادرها، دار المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٢

٦- د علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني- الحقوق العينية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٣

٧- محمد طه البشير ود غني حسون طه، الحقوق العينية، الجزء الاول، طبعة حديثة ٢٠١٢، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة

٨- محمد طه البشير ود غني حسون طه، الحقوق العينية، الجزء الثاني، طبعة حديثة٢٠١٢، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة

٩- د همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢

١٠- د محمد حسين منصور، شروط الاحتفاظ بالملكية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٣

١١- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الاول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، فقرة ٢٢٧. ايضا محمد ابو السعود، الوسيط في القانون المدني، الدار الجامعة، القاهرة، ١٩٩٠

١٢- د. عبد الرحمن الخواجة، الحماية القانونية للبرمجيات، دار الجامعة، القاهرة، ١٩٩٧

١٣- اسل الصدام، الحماية المدنية لبرامج الكمبيوتر، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٠

ثانيا: المراجع الانكليزية والامريكية

1- SIIA report, "Software and Information: Driving the Global Knowledge Economy"، http://www. siia. net/estore/globecon08. pdf [Accessed

June 4, 2009]

2- Alastair Hudson (ed), New Perspective on Property Law, Obligations and Restitution (Cavendish Publishing Limited 2004)

1- Charles M. Haar & Lance Liebman, Property and Law (3rd edn, Little, brown& Company (Canada) Limited 1977) 153 & seq

2- Ali Al-Eliwi,Legal Framework for Protecting Computer Programs in the Ambit of Intellectual Property: A Comparative Study between Iraqi Law (Civil Law) and English Law (Common Law), Newcastle Law School, the UK, 2013

3- William R. Trumble and Angus Stevenson (ed), Shorter Oxford English Dictionary, on Historical Principles (5th edn, OUP 2002) Volume 2, N-Z, 2361

4- Louise Carey and others, Technology and IP Law (Mark Hyland ed, 1st edn, Tottel Publishing Ltd 2008)

5- David I. Bainbridge Legal Protection of Computer Software (West Sussex Tottel Pub 2008) xvii,

6- Manender Grewal, 'Copyright Protection of Computer Software', (1996) E. I. P. R. , 18 (8), 454-458.

7- European Int Redding P A, Report on the protection afforded Computer Software in the face of Computer Software Piracy, <http://www2. warwick. ac. uk/fac/soc/law/elj/jilt/1996_3/redding>

8- Michael Gifkins, Intellectual Property Rights in Software. A Practical Guide for professional & Business managers (Swindon: British Cataloguing in publication Data 2000)

9- Elad Harison,' Software Application As Economic Goods', (2008) Economic of innovation and new technology.

10-Daehwan Koo, 'Patent and Copyright Protection of Computer Programs', (2002) IPQ25 (6), 821-839

11-Ian Somerville, Software Engineering (8th Edition, Person Education Limited. Essex. 2007)

12-Keen Moon, 'The Nature of Computer Program: Tangible? Goods? Personal Property? Intellectual Property' (2009) EIPR, 8, 1-19

13-James Buchan and Sunny Handa, 'Copyright as it applies to the Protection of Computer Programs in Canada' (1995) IRIP&CL 3.

14- Tom Allen and Wan Kwong Weng, 'Computer Software and Singapore's Law of Copyright' (1994) EIPR, 16 (11), 500-505,

15-Jane Ball, The Boundaries of Property Rights in English Law, vol. 10. 3 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (December 2006), http://www. ejcl. org/103/article103-1. pdf

16-Charles M. Haar & Lance Liebman, Property and Law (3rd edn, Little, brown& Company (Canada) Limited 1977) 153 & seq

17-Janet McLean, Property and the Constitution, (Hart Publishing 1999)

18-Elizabeth A. Martin & Jonathan Law (ed), The Dictionary of Law (OUP 2006)

19-Aileen Mcharg (ed), Property and the Law in Energy and Natural Resources (OUP 2010) 23.

20-Alison Clarke & Paul Kohler, Property Law (1stedn, CUP 2005)

21-W. T Murphy &Simon Roberts, Understanding Property Law (4th edn, Sweet & Maxwell 2004)

22- Sir Robert Megarry and Sir William Wade, The Law of Real Property (Charles Harpum, Stuart Bridge and Martin Dixon (ed), 7th edn, Sweet & Maxwell 2012)

23-Tony Honore, Making Law Bind-Essay Legal and Philosophy (OUP 1987)

24-Andrew P. Bell, Modern Law of personal Property in England and Ireland (Butterworths & Co Ltd1989) 35

25-Hugh Beale, The Law of Personal Property Security (OUP 2007)

26- Hudson N P A, Pledge' in N Palmer and E McKendrick (eds), Interests in Goods (2nd edn, 1998)

27-Daniel H. Cole, New Forms oF Private Property: Property Rights in Environmental Goods, (1999) <http://encyclo. findlaw. com/1910book. pdf > Accessed 14 December 2010

28-Sandra B. Zellmer & Jessica Harder, Unbundling Property in Water (2008) <http://works. bepress. com/cgi/viewcontent. cgi?article=1000&context=sandi_zellmer > Accessed 23 July 2008

29-Alastair Hudson, Equity and Trusts (6th edn, Routledg & Cavendish 2010)

30-M. A. Lemley, "Ex Ante versus Ex Post Justifications for Intellectual Property" (2004) 71 U. Chi. L. Rev. 129, 129.

31- Carole Deschamps, 'Patenting Computer-Related Inventions in the US and in Europe: the need for domestic and international legal harmony', (2011) E I P R, 33 (2), 103-114

32-The New Oxford Dictionary of English <http://www. oed. com/view/Entry/197490?redirectedFrom=Tangibility#eid> accessed 27 July 2010

33-Pretto-Sakmann Arianna, Boundaries of Personal Property: Shares and Sub-shares (Hart Publishing 2005) 73

34-District of Columbia v Universal Computer Associates. 465 F. 2d 615 (DC. 1972).

35- Look at the decision in both American Courts at Comptroller of the Treasuryv Equitable Trust Co (1983) and Chittenden Trust Co v King (1983). These was referred by Moon,p. 4

36- Look at the Supreme Court of Kansas in the case Protest of Strayer, Re. See Moon, p. 4

37-F. H. Lawson and Bernard Rudden, The Law of Property (OUP 2002) 3. Bell, p. 21.

38-Sarah Worthington, Personal Property Law (Portland Oregon 2000)

39-M. G. Bridge, Personal Property Law, 3rd edn (Oxford University Press Clarendon Law, 2002)

40- Garrow and Fenton, Law of Personal Property in New Zealand, 6th edn (Lexis Nexis, 1998)

41-Alison Jones & Brenda Sufrain, EC Competition Law, Texts, Cases, and Materials (3rd edn,OUP, 2008)

42- Giorgio Monti, EC Competition Law (1st edn, CUP, 2007)

43-D. G. Goyder &others, Goyder's EC Competition Law (5th edn, OUP, 2009)

44-Thomas Hoehn & Alex Lewis, 'Interoperability remedies, FRAND licensing and innovation: a review of recent case law' (2013) E. C. L. R. 34 (2), 101-111

ثالثا: القضايا الاجنبية

1- Cope v. Sharp [1912] I KB 496; Cresswell v. Sirl [1948] I KB 2

2- Sperry Rand Co v Industrial Supply Corp, 337 F. 2d 363 (5th Cir.

3- Wharton Management Group v Sigma Consultants Inc, 1990

4- Measurex Systems v State Tax Assessor, 499 A. 2d. 1192 (Me. 1985)

5- Micro-Managers Inc v Gregory, 147 Wis. 2d 500 (Ct 1988.

6- Advent Systems Ltd v Unisys Corp, 925 F. 2d 670 (3rd Cir. 1991)

7- Wake of Kremen v Cohen Houston Law Review 2, 489,2005

8- the Full Court of the Federal Court in Pont Data Australia Pty Ltd v ASX Operations Pty Ltd (1991) A. T. P. R. 41-069.

9- Federal Commissioner of Taxation v United Aircraft [1944] 68 C. L. R. 525 at 535 (High Court of Australia)),

رابعا: القوانين

١- القانون المدني العراقي

٢- قانون حق المؤلف العراقي ١٩٧١ المعدل عام ٢٠٠٤

٣- قانون النشر والتأليف البريطاني لعام ١٩٨٨

٤- قانون حقوق النشر والتأليف الامريكي لعام ١٩٧٦ المعدل عام ٢٠٠٧

٥- قانون حق النشر والتأليف الكندي ١٩٨٨

الهوامش

١ SIIA report, "Software and Information: Driving the Global Knowledge Economy", http://www. siia. net/estore/globecon08. pdf [Accessed June 4, 2009].

٢ انظر Alastair Hudson (ed), New Perspective on Property Law, Obligations and Restitution (Cavendish Publishing Limited 2004) 9

٣ انظر المادة ٦١ من القانون المدني العراقي

٤ انظر Charles M. Haar & Lance Liebman, Property and Law (3rd edn, Little, brown& Company (Canada) Limited 1977) 153 & seq

٥ انظر نص المادة ٣ الفقرة ٢ من قانون حق المؤلف البريطاني لعام ١٩٨٨

٦ انظر رسالتنا Legal Framework for Protecting Computer Programs in the Ambit of Intellectual Property: A Comparative Study between Iraqi Law (Civil Law) and English Law (Common Law), Newcastle Law School, the UK, 2013

William R. Trumble and Angus Stevenson (ed), Shorter Oxford English Dictionary, on Historical Principles (5th edn, OUP 2002) Volume 2, N-Z, 2361

٧ Louise Carey and others, Technology and IP Law (Mark Hyland ed, 1st edn, Tottel Publishing Ltd 2008) 243

٨ انظر David I. Bainbridge Legal Protection of Computer Software (West Sussex Tottel Pub 2008) xvii,Manender Grewal, 'Copyright Protection of Computer Software', (1996) E. I. P. R. , 18 (8), 454-458. European Int Redding P A, Report on the protection afforded Computer Software in the face of Computer Software Piracy, http://www2. >Accessed 30 <3/redding_warwick. ac. uk/fac/soc/law/elj/jilt/1996 September 2009.لمزيد من التعاريف الفقهية لبرنامج الكمبيوتر، انظر المحامي محمد امين الرومي، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص ص٧٢و٧٣

٩ انظر المرجع السابقDavid Bainbridge, p. 244
وكذلك رسالتنا ص٣٩

١٠ انظر Michael Gifkins, Intellectual Property Rights in Software. A Practical Guide for professional & Business managers (Swindon: British Cataloguing in publication Data 2000) 6. See inter alia; Elad Harison,' Software Application As Economic Goods', (2008) Economic of innovation and new technology. Daehwan Koo, 'Patent and Copyright Protection of Computer Programs', (2002) IPQ25 (6), 821-839

١١ Ian Somerville, Software Engineering (8th Edition, Person Education Limited. Essex. 2007) 5

١٢ انظر Keen Moon, 'The Nature of Computer Program: Tangible? Goods? Personal Property? Intellectual Property' (2009) EIPR, 8, 1-19, p. 8

١٣ انظر رسالتنا الفصل الثاني بخصوص خضوع البرنامج للحماية بموجب حقوق النشر والتأليف من عدمه

١٤ The US Copyright Act 1976, s 101

١٥ Canadian Copyright Act, as amended in 1988. See inter alia James Buchan and Sunny Handa, 'Copyright as it applies to the Protection of Computer Programs in Canada' (1995) IRIP&CL 3. Tom Allen and Wan Kwong Weng, 'Computer Software and Singapore's Law of Copyright' (1994) EIPR, 16 (11), 500-505, at 502

١٦ انظر المقدمة في التوجية الاوربي لعام ,٢٠٠٩

١٧ اشار الى هذا القرار، د عبد الهادي فوزي العوضي، البرمجيات الحرة في القانون المصري (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص ص٤٧-٤٨

١٨ انظر قانون المادة ١ من قانون حق المؤلف العراقي والمادة ٣ من قانون حق النشر والتاليف البريطاني كذلك انظر. Jane Ball, The Boundaries of Property Rights in English Law, vol. 10. 3 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (December 2006), http://www. ejcl. org/103/article103-1. pdf

١٩ ذهب الى هذا الراي د حسن عبد الباسط جميعي، عقود برامج الحاسوب الالي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص٩. د عبد الرشيد مأمون، د محمد سامي عبد الصادق، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في ضوء قانون حماية حقوق الملكية الفكرية، الكتاب الاول حقوق المؤلف، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص117

٢٠ Charles M. Haar & Lance Liebman, Property and Law (3rd edn, Little, brown& Company (Canada) Limited 1977) 153 & seq

٢١ Janet McLean, Property and the Constitution, (Hart Publishing 1999) 12

٢٢ Elizabeth A. Martin & Jonathan Law (ed), The Dictionary of Law (OUP 2006) 376

٢٣ Aileen Mcharg (ed), Property and the Law in Energy and Natural Resources (OUP 2010) 23. See also Alison Clarke & Paul Kohler, Property Law (1stedn, CUP 2005) 18

٢٤ انظر المرجع السابق Martin E & Law J,p. 376. انظر نص المادة ١٠٤٨ من القانون المدني العراقي والمادة ٨٠٢ من القانون المدني المصري. لمزيد من التفصيل، انظر د نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية- احكامها ومصادرها، دار المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٢، ص٢١ ومابعدها

٢٥ W. T Murphy &Simon Roberts, Understanding Property Law (4th edn, Sweet & Maxwell 2004) 56. Sir Robert Megarry and Sir William Wade, The Law of Real Property (Charles Harpum, Stuart Bridge and Martin Dixon (ed), 7th edn, Sweet & Maxwell 2012) 93 et seq

٢٦ Tony Honore, Making Law Bind-Essay Legal and Philosophy (OUP 1987)

٢٧ د علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني- الحقوق العينية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٣، ص٣٢

٢٨ المرجع السابق، ص ص١٦٦و ١٦٧. انظرا ايضا. Andrew P. Bell, Modern Law of personal Property in England and Ireland (Butterworths & Co Ltd1989) 35.كذلك محمد طه البشير ود غني حسون طه، الحقوق العينية، الجزء الاول، طبعة حديثة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ص٤٦

٢٩ انظر الفرع اللاحق

٣٠ انظر نص المادة ٩٠ من القانون البريطاني CDPA 1988 (s 90/3) stipulates that an " assignment of copyright is not effective unless it is in writing signed "by or on behalf of the assignor. Thus the transmissibility of a CP can be proved through writing.

٣١ انظر رسالتنا3/4 chapter

٣٢ الرهن المقصود هو الرهن الحيازي وليس الرهن التاميني لان الاول يشمل المنقول والعقار في حين ان الاخير يشمل فقط العقار. محمد طه البشير ود غني حسون طه، الحقوق العينية، الجزء الثاني، طبعة حديثة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ص١٦٢. ايضا د همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص٢٤٨. د محمد حسين منصور، شروط الاحتفاظ بالملكية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص88

٣٣ Hugh Beale, The Law of Personal Property Security (OUP 2007) 39. See generally, Hudson N P A, Pledge' in N Palmer and E McKendrick (eds), Interests in Goods (2nd edn, 1998)

٣٤ محمد طه البشير ود غني حسون طه، مرجع سابق، ص١٦٧

٣٥ المرجع السابق، ص167

٣٦ Murphy T & others, p. 52. Honore,p. 167

٣٧ انظر نص المادة ١٠٤٨ من القانون المدني العراقي

٣٨ انظر نص المادة ٥٠ من قانون حق النشر والتأليف البريطاني لعام1988

٣٩ Murphy T & others, p. 53

٤٠ انظر نص المادة ٩٠ من قانون حق النشر والتأليف البريطاني لعام1988

٤١ Honore, p. 169

٤٢ انظر نص المواد ١٤ من قانون حق المؤلف العراقي لعام ١٩٧١ و٢٨ من قانون حق المؤلف البريطاني لعام ١٩٨٨

٤٣ انظر رسالتنا ص٥٦، وكذلك القضيتين Cope v. Sharp [١٩١٢] I KB 496; Cresswell v. Sirl[١٩٤٨]I KB 241

٤٤ Honore,p. 171

٤٥ انظر محمد طه البشير ود غني حسون طه، مرجع سابق، ص٤٣

٤٦ المرجع السابق ص٤٣

٤٧ رسالتنا الفصل الثالث

٤٨ انظر نص المادة ٥٠ من قانون حق المؤلف البريطاني

٤٩ Daniel H. Cole, New Forms oF Private Property: Property Rights in Environmental Goods, (1999) >http://encyclo. findlaw. com/1910book. pdf< Accessed 14 December 2010

٥٠ Sandra B. Zellmer & Jessica Harder, Unbundling Property in Water (2008) >http://works. bepress. com/cgi/viewcontent. cgi?article=١٠٠٠&context _sandi=zellmer< Accessed 23 July 2008

٥١ في انكلترا، كل اراضيها مملوكة للتاج البريطاني. للتفصيل، انظر Alastair Hudson, Equity and Trusts (6th edn, Routledg & Cavendish 2010) 1176
انظر ايضا نص المادة (٦١) من القانون المدني العراقي والمادة ٨١ من القانون المدني المصري
٥٢ M. A. Lemley, " Ex Ante versus Ex Post Justifications for Intellectual Property" (٢٠٠٤) 71 U. Chi. L. Rev. 129, 129. It was indicated by Carole Deschamps, 'Patenting Computer-Related Inventions in the US and in Europe: the need for domestic and international legal harmony', (2011) E I P R, 33 (2), 103-114
٥٣ انظر رسالتنا ص ص٥٨ و٩٥
٥٤ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الاول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، فقرة ٢٢٧. ايضا محمد ابو السعود، الوسيط في القانون المدني، الدار الجامعة، القاهرة، ١٩٩٠، ص٤٣١
٥٥ انظر د. عبد الرحمن الخواجة، الحماية القانونية للبرمجيات، دار الجامعة، القاهرة، ١٩٩٧، ص٤٩
٥٦ اسل الصدام، الحماية المدنية لبرامج الكمبيوتر، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٠، ص٤
٥٧ انظر نص المادة ٣ من قانون حق النشر والتأليف البريطاني
٥٨ The New Oxford Dictionary of English > http://www. oed. accessed <eid#Tangibility=com/view/Entry/197490?redirectedFrom 27 July 2010
٥٩ Pretto-Sakmann Arianna, Boundaries of Personal Property: Shares and Sub-shares (Hart Publishing 2005) 73
٦٠ Moon,p3
٦١ District of Columbia v Universal Computer Associates. 465 F. 2d 615 (DC. 1972). Moon,p. 4
٦٢ Look at the decision in both American Courts at Comptroller of the Treasuryv Equitable Trust Co (1983) and Chittenden Trust Co v King (1983). These was referred by Moon,p. 4
٦٣ Look at the Supreme Court of Kansas in the case Protest of Strayer, Re. See Moon, p. 4
٦٤ الماده ٣ من قانون حق النشر والتأليف البريطاني
٦٥ رسالتنا الفصل الرابع
٦٦ Moon,p. 3
٦٧ F. H. Lawson and Bernard Rudden, The Law of Property (OUP 2002) 3. Bell, p. 21.
٦٨ Moon, p. 11-13
٦٩ المرجع السابق ص12
٧٠ Sarah Worthington, Personal Property Law (Portland Oregon 2000) 5
٧١ انظر نص المادة ٩٠ من قانون حق النشر والتأليف البريطاني
٧٢ F. S. R. 251.[١٩٩٧]
٧٣ Supra at 265.
٧٤ 465 F. 2d 615 (DC. 1972).
٧٥ 464 A. 2d 248 (Md. 1983).
٧٦ 465 A. 2d 1100 (Vt. 1983).
٧٧ 716 P. 2d 588 (Kan. 1886).

٧٨ 716 P. 2d 588 (Kan. 1886) at 593.
٧٩ انظر Moon, p. 4
٨٠ 643 So. 2d 1240; 1994 La. LEXIS 2455.
٨١ 643 So. 2d 1240; 1994 La. LEXIS 2455 at [١٢]. وكذلك Moon,p. 5
٨٢ انظرنص المادة ٢ (٢)
٨٣ M. G. Bridge, Personal Property Law, 3rd edn (Oxford University Press Clarendon Law, 2002),p. 11. However, Garrow and Fenton, Law of Personal Property in New Zealand, 6th edn (Lexis Nexis, 1998), para. 2. 001, observe that fungible goods such as oil or wheat are not usually regarded as chattels.
٨٤ e. g. Lee v Griffin (1861) 1 B & S 272, where it was held that the supply of dentures by a dentist was a supply of goods because although skilled services were employed, the substance of the contract was the production of goods.
٨٥ (1983) 2 N. S. W. L. R. 48; 1 I. P. R. 334. لمعرفة تفاصيل هذه القضية، راجع Moon, p. 6
٨٦ This has also been the universal approach of the US courts, starting with Sperry Rand Co v Industrial Supply Corp, 337 F. 2d 363 (5th Cir. ١٩٦٤), decided at a time prior to programs being unbundled from hardware.
٨٧ Cited above fn. 23, at 226.
٨٨ e. g. Wharton Management Group v Sigma Consultants Inc, 1990 W. L. 18360, 1990 Del. Super. Lexis 54 denying applicability of UCC art. 2; Measurex Systems v State Tax Assessor, 499 A. 2d. 1192 (Me. 1985) ; and Micro-Managers Inc v Gregory, 147 Wis. 2d 500 (Ct. App. 1988).
٨٩ e. g. Advent Systems Ltd v Unisys Corp, 925 F. 2d 670 (3rd Cir. 1991), where it was also held that policy grounds required software to be considered as a "good".
٩٠ نيمار كالقاضي Raymond Nimmer, one of the founding fathers of the Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA), and reiterated in his commentary "What law governs in the absence of UCITA?", 10 Hawkland UCC Series UCITA §٢٤:١٠٣.
٩١ Roy Goode, Commercial Law (Penguin, 2004), 3rd edn, pp. 29 and 47. "In many respects documentary intangibles are treated in law in the same way as tangibles, for example in the susceptibility to claims for conversion." The importance of this legal doctrine is surely declining in the face of electronic trading where there may be no physical "document and an electronic intangible" is surely not a tangible.

An example of the law merchant once again outstripping the common law?

٩٢ Franks, “Analysing the Urge to Merge: Conversion of Intangible Property and the Merger Doctrine in the Wake of Kremen v Cohen” Houston Law Review 2, 489.٢٠٠٥

٩٣ A digital signal conveying stock market data was held not to be “electricity” and therefore not goods under the Australian Trade Practices Act (which defined electricity to be goods for the purposes of the Act) by the Full Court of the Federal Court in Pont Data Australia Pty Ltd v ASX Operations Pty Ltd (1991) A. T. P. R. 41-069.

٩٤ انظر Moon, p. 7

٩٥ Unlike electricity, which although not in the French Civil Code is “special property“made by statute

٩٦ Sir Iain Glidewell stated in St Albans v ICL (cited above fn. 23, at ٢٦٥ “the property in the program… remained with ICL…“) that

٩٧ Lord Radcliffe in Herbert Morris v Saxelby [١٩١٦] 1 A. C. 688 at 714, considered know how as a form of property, intangible in the way goodwill is. But whether even goodwill constitutes property may be doubted. Harris, for example, thinks not: J. W. Harris, Property & Justice (Oxford University Press, 1996), p. 52.

٩٨ J. G. Starke in The Assignment of Choses in Action in Australia (Butterworths, 1972), p. 2 claims that secret processes and know how have gained recognition as property, citing New Era Printers &Publishers v Commissioner of Stamp Duties [١٩٢٧] N. Z. L. R. 438 at 445 and Rolls Royce v Jeffrey [١٩٦٢] 1 All E. R. 801 at 805.

٩٩ New Era Printers at 444.

١٠٠ Report No. 110 (Cmnd. 8388, 1981). انظر Moon, p. 9

١٠١ Law Commission Working Paper 110.

١٠٢ المرجع نفسة

١٠٣ Hammond sets out eight difficulties in Quantum Physics, “Econometric Models and Property Rights to Information” (١٩٨١) 27 McGill L. J. ٤٧, 54.

An influencing factor in Federal Commissioner of Taxation v United Aircraft [١٩٤٤] 68 C. L. R. 525 at 535 (High Court of Australia), where property status was denied.

١٠٤ An exclusive licence may be the true form of transaction for the conveyance of trade secrets… انظر Moon,p. 8

١٠٥ Moon,p. 8

١٠٦ [١٩٦٧] 2 A. C. 46 at 128 per Lord Upjohn: Boardman v Phipps
"But in the end the real truth is that it is not property in any normal sense but equity will restrain its transmissions to another if in breach of some confidential relationship".

١٠٧ Oxford v Moss (1979) 68 Cr. App. R. 183 (theft of examination paper with intent to return it) ; and R. v Stewart (1988) 1 S. C. R. 963 (comprehensive analysis by Lamer J. giving the unanimous judgment of the Canadian Supreme Court on attempted theft of list of names and addresses of employees of a hotel).

١٠٨ An influencing factor in Federal Commissioner of Taxation v United Aircraft [١٩٤٤] 68 C. L. R. 525 at 535 (High Court of Australia), where property status was denied.

١٠٩ القانون المدني الالماني، the Burgerliche Gesetzbuch (BGB), ((BGB لم يشمل الحقوق القانونية الى غير الملموسات حتى الديون، وضعه الملكية الفكرية وحدها، في كتابة الثالث الذي يتعامل مع الممتلكات المنقولة وغير المنقوله. علاوة على ذلك، ان حقوق الملكية الرئيسية تم تخصيصها الى الملموسات فقط. انظر الى Cohn and Zdzieblo, Manual of German Law, Vol. 1 (Oceana, 1968) ; Mincke, "Relations as Substrata of Property Rights: Assets or Power? Objects or Problems: From Genes to Pension Funds (London: Kluwer Law International, 1997).

١١٠ هذا مابيناه سابقا في المبحث السابق. انظر قضائيا .The famous dictum of Fry L. J in Colonial Bank v Whinney (1885) 30 Ch. D. 261, a view shared by the House of Lords on appeal: (1886) A. C. 426.

١١١ رسالتنا الفصل الرابع

١١٢ Alison Jones & Brenda Sufrain, EC Competition Law, Texts, Cases, and Materials (3rd edn,OUP, 2008) 1 et seq. Also, Giorgio Monti, EC Competition Law (1st edn, CUP, 2007) 440, D. G. Goyder &others, Goyder's EC Competition Law (5th edn, OUP, 2009) 8

١١٣ رسالتنا، الفصل الثالث

١١٤ Thomas Hoehn & Alex Lewis, 'Interoperability remedies, FRAND licensing and innovation: a review of recent case law' (2013) E. C. L. R. 34 (2), 101-111 at 102

١١٥ المرجع نفسه

١١٦ لمزيد من التفصيل، راجع رسالتنا الفصلين الثالث والرابع