ضمان العيوب الخفية في عقد بيع البرامج المعلوماتية (دراسة مقارنة)

م. سارة حمد أحمد
جامعة الموصل/كلية الحقوق
sarah_law@uomosul.edu.iq

المقدمة

أولاً: مدخل تعريفي بموضوع البحث وأهميته: أصبحت الثورة المعلوماتية لا تقل أهمية عن الثورة الصناعية والزراعية وبسبب ظهور شبكة الانترنت المعلوماتية اصبح الانسان بحاجة إلى التطور لمواكبة العصر في جميع مجالات حياته، وأصبح استخدام البرامج المعلوماتية شيء لا غنى عنه في الحياة اليومية، فلم تعد هذه البرامج مجرد نتاج فكري يتم حمايتها بقانون حق المؤلف أو بقانون براءات الاختراع بل اصبحت مالاً يقوم بالنقود بغض النظر عن طابعها المعنوي مما جعلها تتميز عن غيرها من الأموال فأصبحت محلاً لكثير من العقود ومنها عقد بيع البرامج المعلوماتية. ولم يعد يقتصر التزام البائع على مجرد ضمان الحيازة لمشتري هذه البرامج بل تمكينه من الحيازة المفيدة والنافعة عن طريق التزامه بضمان العيوب الخفية المعلوماتية. فزيادة الاقبال على شراء البرامج المعلوماتية المتطورة والمعقدة زاد من آثار ضمان العيوب الخفية من ناحية وزيادة الاهتمام بحماية مشتري هذه البرامج من ناحية أخرى. وتأتي أهمية هذا البحث كون العيوب الخفية التي تظهر في العناصر المادية لنظام البرامج المعلوماتية يمكن ان نطبق عليها أحكام ضمان العيوب الخفية في القواعد العامة لعقد البيع. أما العناصر المعنوية وهي البرامج المعلوماتية فتثير صعوبة عند تطبيق قواعد العيوب الخفية بمعناها التقليدي لصعوبة اكتشافه بالفحص العادي وغالباً ما يحتاج

لذوي الخبرة وأن كان بالإمكان تطبيق القواعد العامة إلا أنها تحتاج إلى التطويع حيناً وخصوصية حيناً آخر.

ثانياً: منهجية البحث: تناولنا المنهج الموضوعي الذي يقوم على الحيادية في تبني الآراء الفقهية فضلاً عن المنهج التحليلي الذي يقوم على تحليل النصوص القانونية والمنهج المقارن إذ قارنا بين القانون العراقي والمصري واليمني والفرنسي والمنهج التطبيقي في عرض آراء المحاكم كلما تسنى ذلك.

ثالثاً: اشكالية البحث: تناقش هذه الدراسة اشكالية ضمان العيوب الخفية في بيع البرامج المعلوماتية ويطرح هذا الموضوع التساؤلات الآتية: ما المقصود بالبرامج المعلوماتية والعيب المعلوماتي؟ هل يجوز ضمان العيوب التي يتم اكتشافها في البرامج المعلوماتية باعتبارها حقوق معنوية؟ هل تتمتع البرامج المعلوماتية بخصوصية تميزها عن المبيع العادي عند فحصها؟ وهل يشترط الاخبار عن العيب فيها مدة تختلف عن المبيع العادي؟ نظراً لمرور البرامج المعلوماتية بسلسلة عقود تبدأ من المؤلف وانتهاءً بالمشتري النهائي هل بامكان هذا الأخير الرجوع مباشرة على المؤلف؟ هل يكفي الجزاء المنصوص عليه في القواعد العامة عند اخلال بائع البرامج المعلوماتية بالتزامه بالضمان؟ اعادة التوازن العقدي بين البائع المهني والمشتري غير المهني؟ هل تحتاج البرامج المعلوماتية لتقادم يختلف عن تقادم المبيع العادي لما تتميز به من خصوصية؟

هيكلية البحث: تقتضي معالجة موضوع البحث تقسيمه إلى ثلاثة مباحث فضلاً عن المقدمة والخاتمة على وفق ما يأتي:

١- المبحث الأول: مفهوم ضمان العيوب الخفية للبرامج المعلوماتية.

٢- المبحث الثاني: شروط عيوب البرامج المعلوماتية.

٣- المبحث الثالث: أحكام ضمان عيوب البرامج المعلوماتية.

المبحث الأول

مفهوم ضمان العيوب الخفية للبرامج المعلوماتية

تعد تقنية برامج المعلومات من المواضيع الجديدة والمهمة في الحياة القانونية لأن الوقت الحاضر اصبح تقنية المعلومات بالنظر لدخولنا في عالم الانترنت والمعاملات الالكترونية وعصر التطور. لما يترتب عليها من اشكالات وتساؤلات حول ما المقصود ببرامج المعلومات؟ وهل يمكن ان نطبق قواعد العيوب الخفية في مفهومها التقليدي على برامج المعلومات التي هي عنصر معنوي وليس مادي، ولهذا يقتضي الأمر البحث في تعريف برامج المعلومات ومن ثم تعريف العيب المعلوماتي في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

تعريف برامج المعلومات

تعرف برامج المعلومات بأنها مجموعة من التعليمات التي تترجم خوارزمية بعبارات تفهمها الآلة أوالبرنامج المترجم وتتعرف عليها)عيسى، ١٩٩٦(. أو هي مجموعة من الايعازات أو الأوامر الموجهة إلى جهاز الحاسوب من الإنسان على شكل جمل مرتبة، متسلسلة مصاغة بلغة معينة وتمثل طريقة المعالجة الآلية للبيانات المعطاة تفيد الوصول إلى حل للمشكلة المراد معالجتها بالحاسوب)عبدالكاظم، ٢٠٠٢(. وقد عرفت المنظمة العالمية للملكية الفكرية LOMPI البرامج بأنها مجموعة من التعليمات التي يمكنها من خلال نقلها على ركائز مفهومة وتستوعبها الآلة أن تحقق نتيجة معينة بواسطة آلة يمكنها ان تتعامل مع المعلومات التي يجب معالجتها)غريب، ٢٠٠٨(. أما المنشور الفرنسي الصادر في ٢٢ تشرين الثاني عام ١٩٨١ فقد عرف البرامج في سياق تعريفه للمصطلحات في مجال المعلوماتية بأنها مجموعة البرامج والقواعد والتعليمات الخاصة والمتعلقة بتشغيل وحدة معالجة البيانات)خاطر، ٢٠٠٧(.

ولم يتضمن القانون الفرنسي الخاص بتنظيم حماية برامج المعلومات الصادر في ١٠ حزيران لسنة ١٩٩٤ لأي تعريف لبرامج المعلومات وقد سار المشرع العراقي على خطى نظيره الفرنسي فلم يتطرق إلى تعريف برامج المعلومات وأكتفى بالإشارة اليه في قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١ المعدل بموجب أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٤ وعده من المصنفات المحمية حيث نصت المادة الثانية منه على أنه تشمل الحماية المصنفات المعبر عنها بطريق الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة وبشكل خاص ما يلي: ٢- برامج الكومبيوتر سواء برمز المصدر أو الآلة التي يجب حمايتها كمصنفات أدبية.

ولو تأملنا في هذا النص نرى ان برامج المعلومات هي مجموعة التعليمات أو الأوامر التي يتم ادراجها في الكومبيوتر لاستعمالها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة والمعبر عنها بأي لغة أو رمز أو شكل يراد منها اداء وظيفة معينة أو التواصل إلى نتيجة معينة. اذ يتبين لنا بأن المشرع العراقي قد اعتبر برامج الكومبيوتر مصنفات ادبية وبالتالي فأن مفهوم البيع غير ممكن تطبيقه في حال قيام المؤلف بنشر مصنفه، ففكرة المقابل المالي الذي يأخذه صاحب حق المؤلف في حال نشره لمصنفه هي المقابل الذي ياخذه للجهد الذي بذله في نتاج فكره الذهني، فكرة البيع تنطبق على المصنف الذي تم بيعه بعدما يقوم الناشر ببيعه بعد النشر وهذه الحالة ممكن ان تتلاءم مع فكرة البحث.

وانطلاقاً من الأهمية البالغة لبرامج المعلومات ولكونها عنصراً من عناصر المعرفة الفنية، فقد تم اعتبارها من الوجهة القانونية مالاً يقوم بالنقود، تحدد قيمته وفقاً لسعر السوق بوصفه من قبيل الأموال المنتجة بغض النظر عن طابعها المعنوي وذلك نظراً لما تتمتع به من قيمة اقتصادية جديرة بأن ترفعه إلى مرتبة الأموال(Bitan, 1996) ، لذلك كان لابد من توفير الحماية للمشتري وليس لصاحب حق المؤلف فحق المؤلف محمي بقانون حق المؤلف أو بقانون براءات الاختراع(Dam, , 1994) .

المطلب الثاني

تعريف العيب المعلوماتي

يعرف العيب الخفي بأنه ما يخلو عنه أصل الفطرة السلمية من الآفات العارضة لها)عابدين، ١٩٩٢(و إلى هذا المعنى ذهبت محكمة النقض المصرية حيث عرفت العيب بأنه الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع)الفضلي، ٢٠٠٥(. وعرفه البعض الآخر (Mazeaud (H), 2000) بأنه النقص الذي يصيب الشيء بشكل عارض ولا يوجد حتماً في كل الأشياء المماثلة وعرف أيضاً بأنه النقيصة الموجودة في المبيع والتي لا تظهر عند فحصه والكشف عليه والتي تمنع المشتري من استعماله وفقاً للغاية المعد لها. كما ويعرف العيب بأنه كل ما يطرأ على الشيء من أمر تفوت أو تنتقص به المنفعة المرجوة منه بحيث يؤدي ذلك إلى نقصان قيمته عند التجار والخبراء، وكان الغالب في امثال الشيء عدم وجود هذا الأمر) د. عباس حسن الصراف, ١٩٥٥(. كما عُرف بأنه حالة تظهر في المبيع لا تتوفر في مثله وتؤدي إلى الحط من قيمة الشيء أو المنفعة المرجوة منه)شنب، ١٩٦٢(ويذهب الآخر إلى تعريف العيب بأنه حالة يخلو منها الشي عادة، لا تظهر عند البيع بفحص المبيع، ويكون من شأنها أن تنقص من قيمته نقصاً محسوساً أو تؤثر على الانتفاع به)فرج، ١٩٦٨(،)الزرقا، ١٩٦٥(

ان التعريفات أعلاه وان اختلفت بالصياغة الا انها تتفق في المضمون بأن العيب هو الآفة العارضة التي تؤدي إلى نقص قيمة المبيع أو نقص منفعة المبيع ان التشريعات المدنية متفقة على ان كل ما يؤدي إلى نقص قيمة المبيع أو منفعته بحسب ما أعد له الشيء يعتبر عيباً تطبق عليه أحكام ضمان العيب وهذا ما نصت عليه المادة ٥٥٨/ ف٢ مدني عراقي والمادة ٤٤٧/ ف١ مدني مصري والمادة ٢٤٥/ ف٣ مدني يمني والمادة ١٦٤١ مدني فرنسي .

إلا ان هذه التشريعات اختلفت في مدى تطبيق أحكام ضمان العيب على المنفعة المرجوة من المبيع باتفاق الطرفين، فقد يكفل البائع للمشتري أو يشترط الأخير على

الأول توفر صفات معينة في المبيع وقت التسليم، فهل تسري على تخلف هذه الصفات أحكام ضمان العيب، ام تسري القواعد العامة بشأن الاخلال بشرط العقد؟

نجد ان المشرع الفرنسي قد أعطى للعيب معنى ضيق وبالتالي لم يشمل تخلف الصفة في المبيع ولكن المشروع التمهيدي له سنة ١٩٨٧ أخذ بالمعنى الواسع للعيب فجعله يضم إلى جانب العيب بمعناه الضيق تخلف الصفة في المبيع . أما المشرع المصري فإنه لم يقصر ضمان البائع على العيوب الخفية وانما وسع من معنى العيب ليشمل تخلف صفة في المبيع كفل للمشتري وجودها فيه .

ولم يتطرق القانون المدني العراقي إلى موضوع تخلف الوصف في المبيع عند نصه على ضمان العيب، مما أدى إلى اختلاف الفقه فذهب جانب من الفقه إلى القول: لو اشترط المشتري على البائع وصفاً في المبيع ثم وجد هذا الوصف معدوماً أثناء التسليم كان هذا عيباً يبرر ضمان البائع للمبيع المعيب)الصراف، ١٩٥٥( )السنهوري، ٢٠١١( )مرقس، ١٩٦٨( )سلطان، ١٩٨٣(.

بينما ذهب جانب آخر في الفقه إلى ان رجوع المشتري في حالة تخلف الوصف المشروط في المبيع يتم بمقتضى القواعد العامة في الفسخ لعدم التنفيذ، ولا يمكن ان يرجع على البائع بمقتضى أحكام ضمان العيب الخفي، لأن فوات الوصف ووجود العيب أمران مختلفان من حيث المفهوم ومن حيث الحكم: فمن حيث المفهوم فإن فوات الوصف لا يدخل ضمن تعريف العيب لأنه ما يخلو منه اصل الشيء عادة، أما الوصف فهو ما يتفق المتعاقدان على وجوده في المبيع، ويختلف الحكم الخاص بفوات الصفة عن العيب الخفي من حيث الشروط، فيكفي بالنسبة إلى فوات الوصف ثبوت تخلفه وقت تسليم المبيع كما يجب ان يكون الوصف مشروطاً في العقد، أما العيب فإن ضمانه يعتبر من مقتضيات عقد البيع)الفضلي، ٢٠٠٥، p. 168)الفتلاوي، ١٩٩٧(.

ونحن نؤيد الاتجاه الثاني، إذ يجب مراعاة الفرق بين العيب بالمعنى الدقيق وبين تخلف الصفة لأن الجمع بينهما في فكرة واحدة وهي فكرة العيب واعطاءها حكماً وحداً لا يستقيم دائماً وذلك للأسباب الآتية:

١- ان القانون يشترط في العيب الذي يضمنه البائع ان يكون مؤثراً، إلا أنه لا يشترط ذلك في حالة تخلف الصفة فمجرد ثبوت عدم توفر هذه الصفة في المبيع وقت التسليم يوجب الضمان على البائع أياً كانت أهمية الصفة التي تخلفت)منصور، ١٩٥٦(.

٢- يشترط القانون في العيب الموجب للضمان ان يكون خفياً بينما لا يشترط ذلك في حالة تخلف الصفة المتفق عليها. إذ يستطيع المشتري الرجوع على البائع بالضمان لمجرد تخلف الصفة سواء كان المشتري يعلم بتخلفها وقت البيع أو لا يعلم)د.نبيل ابراهيم سعد، ٢٠١٠(.

٣- ان تخلف الصفة المتفق عليها في المبيع لا يمكن ان يتمسك بها الا المشتري الذي اشترط وجود هذه الصفة بخلاف العيب إذ يستطيع ان يتمسك بوجوده ويطالب بالضمان كل الملاك المتعاقبين للمبيع حتى ولو لم يكن المشتري الأول لانه من مقتضيات العقد)منصور، ٢٠١٠(.

وأخيراً بعد ان بينا معنى العيب وميزناه عن الصفة التي كفلها البائع للمشتري، يمكن تعريف العيب المعلوماتي بأنه ما ينقص من قيمة البرامج المعلوماتية، أو من نفعها بحسب الغاية المقصودة المبينة في العقد، أو الغرض الذي اعدت له البرامج المعلوماتية.

المطلب الثالث

مدى امكانية ضمان العيب المعلوماتي

عندما ظهرت عقود المعلوماتية اختلف الفقه بشأن تحديد طبيعتها القانونية وانعكس

هذا الاختلاف على مدى امكانية ضمان العيب المعلوماتي الخفي فظهر اتجاهان مختلفان بهذا الشأن وسوف نوضحهما كالآتي:

اولاً: الاتجاه الرافض لضمان العيب المعلوماتي الخفي: يرى اصحاب هذا الاتجاه عدم امكانية تطبيق أحكام ضمان العيوب الخفية على ما يظهر من عيب في البرامج المعلوماتية وذلك للأسباب الآتية:

١- ان الالتزام بضمان العيوب الخفية يقتصر على عقد البيع والإيجار، وبالتالي لا يمكن تطبيق أحكام ضمان العيب الخفي على ما يظهر من عيوب في النظام المعلوماتي، لان عقود المعلوماتية هي من قبيل عقد المقاولة إذ يتعلق هذا العقد بالقيام بتنفيذ عمل خاص بالعميل ولا يمكن للغير الاستفادة منه، وان استخدام العميل للبرامج ما هو الا تصرف من نوع خاص ولا يتساوى مع عملية البيع والإيجار)السنهوري، ٢٠١١، (p. 713)الجميعي، ١٩٩٨(.

٢- ان دعوى الضمان في العيب الخفي تقتصر على الأشياء المادية، فلا يصح رفعها بالنسبة للأشياء غير المادية كبرامج الحاسوب ولا يجوز الاتجاء اليها إذا تختلف صفة معنوية ككون البرامج المعلوماتية لا تلبي حاجات العميل المتعددة)البدراوي، ١٩٥٧(.

٣- يصعب في نطاق المعلوماتية تحديد المحل وبالتالي تحديد العيب المعلوماتي الموجب للضمان، خاصة وان من المعتاد ان يدعي المستفيد بأن المتعهد لم يقم بعمله بشكل كامل ويعترض المتعهد بأن هذا الالتزام لا يدخل في موضوع العقد بحجة انه من غير الممكن تجهيز المستفيد وفقاً للنماذج التي عين بها المحل، فقيام البرامج المعلوماتية أو اعداد برنامج خاص لا يعين بشكل كاف، إلا عند التنفيذ حيث تظهر امور دقيقة لم يتناولها العقد وهي جوهرية في تنفيذ العقد)خاطر، ٢٠٠١(.

ثانياً: الاتجاه المؤيد لضمان العيب المعلوماتي الخفي: يرى اصحاب هذا الاتجاه بأن عقود المعلوماتية تنشئ التزاماً على عاتق المتعهد بضمان العيوب الخفية التي تظهر في النظام المعلوماتي وللأسباب الآتية:

١- ان تكييف عقود المعلوماتية بأنها عقد بيع أو ايجار أو مقاولة ليس له أي تأثير على التزام المتعهد بضمان العيوب الخفية التي تظهر في البرامج المعلوماتية ذلك لأن عقد المقاولة كعقد البيع يلزم المقاول بضمان العيوب الخفية التي تظهر في البرامج المعلوماتية فالمقاول يلتزم بنقل حيازة مفيدة تمكن من انتقلت اليه من الانتفاع بالشيء فيما اعد له، ومن ثم يجب عليها الضمان إذا انتفى الانتفاع)المطالقة، ٢٠٠٤(.

٢- ان التسليم ولو كان نهائياً في نطاق عقود المعلوماتية باعتبارها من عقود المقاولة، لا يؤدي إلى رفع مسؤولية المقاول إلا عن العيوب الظاهرة، خاصة إذا علمنا ان التسليم في نطاق عقود المعلوماتية يتخذ صورة خاصة تتمثل بفحص النظام المعلوماتي عن طريق تشغيله من قبل العميل، فإذا ظهر في البرامج المعلوماتية اثناء تشغيلها عيوباً كان على العميل ان يخبر المقاول المبرمج بها فور اكتشافها وإلا عُدّ قابلاً بها، أما العيوب التي لا يمكن كشفها بمجر تشغيل البرامج وفحصها فتعد من قبيل العيوب الخفية التي على المقاول ضمانها بمجرد كشفها من قبل العميل واخطاره بها(D. Bohoussou, 1993) .

٣- يمكن تطبيق فكرة العيب الخفي على العناصر المعنوية للبرامج المعلوماتية دون أي مانع قانوني أو عملي، وذلك لأن العيب في وظائف البرامج هو أثر مادي لا علاقة له بالحقوق المعنوية للمبرمج)خاطر, ٢٠٠١(171 .p , .

وبعد ان بينا الاتجاه الرافض والاتجاه المؤيد لضمان العيوب المعلوماتية نؤيد الاتجاه الثاني الذي يقضي بضمان العيب المعلوماتي ذلك لأن ما يظهر من عيوب خفية في البرامج المعلوماتية يعني ان هناك اخلالاً بالعقد يجب تصحيحه أو معالجته،

فلا يمكن وفقاً للقواعد العامة في نظرية العقد اجبار المستفيد على قبول برامج معلوماتية معيبة أو غير صالحة لاداء الغرض المتفق عليه. ويجب ان لا يؤثر تكييف عقود المعلوماتية على التزام العميل بضمان العيوب الخفية التي تظهر في البرامج المعلوماتية، فالبائع كالمقاول يلتزم بأن ينقل إلى المستفيد برامج معلوماتية تلبي رغبات العميل التي تم الاتفاق عليها في العقد.

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي فقد اعتبرت المادة الثانية / ف٢ من قانون حماية حق المؤلف العراقي برامج الكومبيوتر بأنها مصنفات أدبية، وباعتقادنا ان المؤلف لا يضمن العيب الموجود في المصنف بل الناشر أو البائع للمصنف هو الذي يضمن للمشتري الدعامة المادية التي توجد فيها المصنف أو مخزون فيها العيب الخفي لكون تصرف المؤلف لمصنفه بالنشر لا يعد من قبيل البيع للناشر لنتاجه الذهني انما للمؤلف حق نشر مصنفه بمقابل بعدما يرضى الناشر بالمصنف فاذا اتى البائع وقام ببيع مصنف فيها عيب خفي في ذات الدعامة المادية المخزون فيها البرنامج المعلوماتي هنا تنهض ضمان البائع امام المشتري وليس المؤلف.

فالمشرع العراقي بعد ان نص على ضمان العيوب الخفية في عقد البيع عاد ونص صراحة على التزام المقاول المتعهد بضمان العيوب الخفية التي تظهر في العمل بعد تسليمه .

وخلاصة القول بأن المتعهد المبرمج في ظل القانون العراقي يلتزم بضمان العيوب الخفية التي يتم اكتشافها من قبل المشتري المستفيد بعد تسلمهُ البرامج المعلوماتية.

المبحث الثاني

شروط العيب المعلوماتي

يشترط في العيب المعلوماتي لكي يعد منشأ للضمان توفر شروط معينة نص عليها المشرع وهي ان يكون خفياً وان يكون مؤثراً وان يكون قديماً. وسنتناول هذه الشروط تباعاً في المطالب الآتية:

المطلب الأول

أن يكون العيب المعلوماتي خفياً

ان القاعدة العامة ان البائع لا يضمن إلا العيوب الخفية ولا يضمن العيوب الظاهرة ويكون العيب ظاهر في الحالات الآتية:

أولاً: إذا كان العيب ظاهر أي بادياً للعيان وقت ان تسلم المستفيد البرامج المعلوماتية ولم يعترض بل رضى به، فإن البائع المتعهد لا يضمنه لأن المشتري المستفيد يعتبر عالماً بالعيب وهذا دليل على انه قد راعى وجود العيب عند تحديد الثمن أو اعتبره غير مؤثر في قيمة البرامج المعلوماتية)عجيل، ٢٠١١(.

ثانياً: ويعتبر العيب ظاهراً إذا استطاع المشتري المستفيد ان يتبين العيب بنفسه من خلال فحصه البرامج المعلوماتية بعناية الرجل المعتاد، وسكت ولم يعترض فيكون سكوته تنازلاً عن حقه في الضمان)الفضلي، ٢٠٠٥، (p. 159)منصور، ٢٠١٠، p. 150) .

ويثار السؤال هنا هل عناية الرجل المعتاد تتطلب الاستعانة بخبير بسبب الطبيعة التقنية للبرامج المعلوماتية أم لا؟

هناك من يرى ان عناية الرجل المعتاد تتطلب الاستعانة بخبير وذلك بسبب الطبيعة التقنية للبرامج المعلوماتية والتي قد لا يكون المستفيد المشتري مختصاً بها مما يجعل من الصعوبة عليه ان يتبين ما قد تتضمنه البرامج المعلوماتية من عيوب وهو أمر لا يدركه الا المختص بالمعلوماتية. فعليه في هذه الحالة ان يستعين بالخبير، فإذا اكتفى بفحصه شخصياً امتنع عليه الرجوع بالضمان على البائع، طالما كان بالإمكان اكتشافها ببذل عناية الشخص المعتاد الذي يسترشد في مثل هذه الأحوال برأي اهل الخبرة(RNEAU, 2000) .

ويرى الآخر أن الزام المستفيد المشتري بالاستعانة بخبير مختص في مجال البرامج المعلوماتية لضمان خلوهُ من العيوب يعني ذلك تحميل المستفيد بالتزام تكميلي أو شرط اضافي لضمان العيب الخفي وهو مالم يستلزمه المشرع وانما يكفي بأن يقوم المستفيد المشتري ببذل عناية الشخص المعتاد للكشف عن العيب الخفي)السعود، ٢٠١٠(.

وبرأينا ان يترك الأمر لتقدير القاضي والاستعانة بخبير لتحديد العيب الخفي، لأنه توجد برامج معلوماتية يفترض علم الكافه بها أي تتطلب عناية الرجل المعتاد فقط وبرامج أخرى تتطلب اصحاب الاختصاص للنظر فيها وهنا يتطلب الفحص عناية الرجل المعتاد وكذلك الاستعانة بالخبير. كما يجب ان نشير إلى ان المشتري إذا كان مهني ويشتري ما يدخل ضمن مهنته أي لديه خبرة في مجال البرامج المعلوماتية فلا يحق له ان يدعي بوجود عيب خفي كان المفروض عليه ان يتبينه نتيجة خبرته برغم من ان هذا العيب لا يمكن كشفه من قبل الرجل المعتاد.

فالأصل انه لا رجوع على البائع المتعهد بالضمان إذا كان العيب ظاهراً سواء ظاهر بالعين أو ظاهراً بالفحص حسب ما ينبغي من عناية الرجل المعتاد إلا ان هذا الاصل يرد عليه استثناء حالتين هما:

١- إذا أثبت المشتري ان البائع أكد خلو البرامج المعلوماتية من العيب وانه لم يقم بفحصها بما ينبغي من العناية اعتماداً على هذا التأكيد.

٢- إذا تعمد البائع اخفاء العيب غشاً منه.

في هاتين الحالتين يعد العيب خفياً موجب للضمان حتى ولو كان المشتري بإمكانه كشف العيب ولو بذل عناية الرجل المعتاد .

المطلب الثاني

أن يكون العيب المعلوماتي مؤثراً

لا يضمن المتعهد العيب الا إذا كان على قدر من الجسامة والأهمية، فالعيوب

التي لا تؤثر على البرامج المعلوماتية الا تأثيراً طفيفاً لا يضمنها المتعهد. وقد عبر المشرع العراقي عن هذا الشرط بنص المادة ٥٥٨ مدني حيث يستفاد من هذا النص ان العيب المؤثر في نطاق القانون المدني هو:

١- ما ينقص من ثمن البرامج المعلوماتية بحيث لو كان المستفيد يعلم بالعيب وقت التعاقد لكان يحجم عن ابرام العقد أو على الأقل لا يقبل الشراء بالثمن الوارد في العقد وإنما بثمن اقل.

٢- ما ينقص من منفعة البرامج المعلوماتية بحيث ان المتعاقد ما كان يبرم العقد لو كان يعلم به أو كان يبرمه ولكن بمقابل أقل من الذي التزم به في العقد)سلطان، ١٩٨٣، (p. 256 .

فالعيب المؤثر اذن هو العيب الذي ينقص من قيمة المبيع أو نفعه. فالعيب قد يكون من شأنه ان ينقص من قيمة البرامج المعلوماتية المادية أو من نفعها. وقيمة الشيء ونفعه أمران متميزان فقد ينقص العيب من قيمة البرامج دون ان ينقص من نفعها والعكس صحيح فقد ينقص من نفعها دون ان ينقص من قيمتها)د. محمد عبدالله ابو هزيم، ١٩٨٦(وعلى هذا الأساس فإن المتعهد لا يلتزم بضمان عيوب البرامج إذا لم يؤدي إلى الانتقاص من قيمتها في السوق لان العيب عندئذ لا يعتبر جسيماً بل تافهاً يجب عدم الاعتداد به وكذلك الحال بالنسبة للتأثير البسيط للعيب على الانتفاع بالبرامج المعلوماتية فيعد أمراً غير مؤثر .

وقد يحتاط المستفيد فيبين في العقد الاغراض المقصودة من البرامج المعلوماتية فيجب عندئذٍ اعتبار هذه الأغراض منافع مقصودة، فإذا كان بالبرامج المعلوماتية عيب خفي يخل بهذه المنافع المقصودة اخلالاً محسوساً كان للمستفيد الرجوع على المتعهد بضمان العيوب الخفية)السنهوري، ٢٠١١، (p. 718 . ومع ذلك فإن مدى اعتبار العيب جسيماً أو بسيطاً يختلف من برامج لأخرى لاختلاف طبيعة الوظائف التي تؤديها هذه البرامج كما أنها تختلف من مستفيد لآخر وذلك بالنظر للنتيجة التي يتوقعها كل

منهما. ولهذا كان من المعتاد ان تتضمن العقود الواردة على برامج المعلوماتية على معيار يمكن من خلاله تحديد مدى تأثير العيب الخفي على البرامج، وقد يتمثل هذا المعيار بنسبة محددة يتفق عليها المتعاقدان لو نقصت عنها كفاءة أو قيمة البرامج نكون ازاء عيب خفي وهو امر يسعف القاضي وييسر عليه تقدير مدى توفر العيب الخفي من عدمه .

أما بالنسبة للبرامج إذا لم تتضمن المواصفات المتفق عليها أو التي اشترطها المستفيد. فهل تعتبر هذه المواصفات عيوب خفية مؤثرة موجبة للضمان؟

يرى البعض بأن عدم المطابقة للمواصفات المتفق عليها تعتبر عيباً ظاهراً للبرامج المعلوماتية، فإذا وجد المستفيد ان البرامج غير مطابقة للمواصفات يستطيع الرجوع على المتعهد لتخلف الشرط في العقد حسب القواعد العامة)خاطر، ٢٠٠١، (169 .p .

أما الجانب الآخر وهذا ما ذهب اليه القضاء المصري فإذا لم يتوفر في البرامج المعلوماتية وقت التسليم الصفات التي كفل المتعهد للمستفيد وجودها في هذه البرامج كان هذا عيباً موجباً للضمان بغض النظر عما إذا كانت هذه الصفات مؤثرة ام لا بشرط ان يخطر المستفيد المتعهد بعدم وجودها)د.نبيل ابراهيم سعد، ٢٠١٠، p. 394) .

ولكن الأمر في نطاق البرامج المعلوماتية قد يحتاج إلى وقت معقول لكي يتمكن المستفيد من فحص هذه البرامج واكتشاف عدم المطابقة للمواصفات ولذلك نرى ان يعطي المشرع للمستفيد مدة معقولة حسب المألوف في التعامل لفحص البرامج المعلوماتية ثم يعود على المستفيد حسب القواعد العامة. أما إذا اكتشف المستفيد عدم وجود المواصفات بمجرد تشغيل البرامج المعلوماتية وقبل بها كان هذا نزولاً عن حقه بالرجوع على المتعهد بالضمان.

وقد يثار السؤال عندما لا تكون البرامج المعلوماتية قابلة للتطور الذي قد يحصل في المستقبل فهل يعد هذا عيباً مؤثراً يوجب الضمان؟

أن المشرع الفرنسي اعفى المتعهد من المسؤولية عما يكشفه التطور العلمي في المستقبل من مخاطر أو عيوب، إذا اثبت ان القواعد العلمية والفنية السائدة وقت الانتاج لا يمكنها كشف هذا العيب أو تفاديه لأن هذا يعد أمراً خارجاً عن قدرته أو توقعه، الا إذا اشترط المستفيد ان تواكب البرامج المعلوماتية التطور الذي يحصل في المستقبل وتعهد له المتعهد بذلك فانه يصبح التزاماً عقدياً يلتزم المتعهد بالوفاء به والا اعتبر مخلاً بالتزامه .

ونرى ان يترك امر قابلية البرامج للتطور لسلطة القاضي التقديرية مع استعانته بخبير وذلك لسرعة تطور البرامج المعلوماتية كما ان البرامج منها البسيطة التي يمكن معرفة إلى أي مدى يمكن ان تواكب التطور وبرامج معقدة يصعب تحديد امكانيتها ونحن في عصر سرعة التطور والتكنولوجيا الحديثة التي قد تختلف البرامج بين يوم وضحاها.

المطلب الثالث

أن يكون العيب المعلوماتي قديماً

لا يضمن المتعهد العيب المعلوماتي الا إذا كان قديماً ويقصد بقدم العيب ان يكون العيب موجوداً قبل التعاقد أو وقت التعاقد أو يطرأ بعد العقد وهو في يد البائع وقبل التسليم. أما العيب الطارئ بعد التسليم فلا يضمنه المتعهد)العامري، ١٩٧٤(وهذا ما أكدته صراحة المادة ٢/٥٥٨ من القانون المدني العراقي . كما أن العيب يعتبر قديماً إذا كان سببه موجوداً في المبيع بعد التعاقد وقبل التسليم حتى لو لم يظهر الا بعد التسليم، حيث يكون للمستفيد الرجوع على المتعهد بضمان العيوب الخفية لأن أصل العيب قد نشأ قبل التسليم وان كان أثره قد امتد بعد ذلك .

فيجب النظر إلى نشأة العيب في البرامج المعلوماتية وهي في يد المتعهد قبل التسليم اما إذا نشأ العيب بعد التسليم وهو في يد المستفيد وبسببه فلا ضمان على

المتعهد، كما لو نشأ العيب بسبب سوء استخدام البرامج المعلوماتية أو عدم اتباع الخطوات الصحيحة لتشغيلها .

أما إذا كان سبب العيب موجوداً قبل البيع أو قبل التسليم ولكنه انتشر بسبب خطأ المشتري لعدم اتخاذه الاحتياطات اللازمة لتشغيل البرامج المعلوماتية أو استعمالها بطريقة غير سليمة وهنا يجوز للقاضي ان يخفض من الضمان بمقدار ما اسهم خطأ المشتري في تفاقم العيب استناداً إلى القواعد العامة في الخطأ المشترك .

كما اننا نجد من الصعوبة تحديد مسألة قدم العيب في البرامج المعلوماتية وذلك لعدم امكانية تحديد وقت وجود العيب وسببه في هذه البرامج. إذ في كثير من الحالات لا يظهر العيب فيها الا بعد فترة زمنية من استخدام البرامج. وهذا التأخير في ظهور العيب يجعل من الصعوبة معرفة سبب ووقت نشوءه مما يساعد المتعهد على رد ادعاء المستفيد لضمان العيوب الخفية. إذ ان عبء اثبات قدم العيب يقع على المستفيد، ولاسيما ان مسألة تحديد ما إذا كان العيب قديماً أو أنه من العيوب المستجدة بعد التسليم فضلاً عن امكانية نسبة سبب العيب لسوء الاستخدام تعد من الأمور التي قد تستعصي على أهل الخبرة والاختصاص في بعض الأحيان، أو تحتاج إلى جهد كبير وتكلفة عالية)الجميعي، ١٩٩٨، (p. 258 .

ومن الأمثلة على الصعوبات التي تواجه اثبات قدم العيب ما يعرف بفايروسات الحاسوب والتي من شأنها أن وجدت في البرامج المعلوماتية تدمير هذه البرامج واتلاف محتويات ذاكرة الحاسوب بما فيها من برامج وملفات وبيانات، وهذه الفايروسات قد توجد في البرامج محل العقد وقت التعاقد ثم تنشط بعد فترة زمنية. كما من الممكن ان تتعرض لها البرامج بعد ابرام العقد وقبل التسليم ولكن يظهر مفعوله في فترة لاحقة، فإذا ما ادت إلى الغاء البرامج وغيرها من البيانات فإن تحديد لحظة تعرض البرامج لمثل هذه الفايروسات أو تحديد مصدرها عند وجود عدد من البرامج ليس بالأمر السهل.

المبحث الثالث

أحكام ضمان عيوب البرامج المعلوماتية

يجب لرجوع المستفيد من البرامج المعلوماتية بالضمان على المتعهد ان يبادر إلى فحصها وأن يخبر المتعهد بما يكتشف فيها من عيوب، فإذا قام المستفيد بذلك كان له حق الرجوع على المتعهد بدعوى الضمان وما يترتب عليها من جزاء مدني. إلا أنه توجد حالات يسقط فيها حق المستفيد بالرجوع على المتعهد بالضمان وهذا ما سنتناوله في المطالب الأربعة الآتية:

المطلب الأول

فحص البرامج المعلوماتية وأخبار المتعهد بالعيب

من الشروط الواجب توافرها لالزام المتعهد بضمان العيوب الخفية أن يبادر المستفيد إلى فحص البرامج المعلوماتية وأن يبدي تحفظه عند اكتشافه للعيب وذلك من خلال اخباره للمتعهد خلال مدة معينة واذا تمعنا في نص المادة ٥٦٠ من القانون المدني العراقي لوجدناه يميز بين حالتين حسب ما إذا كان العيب ظاهر يمكن كشفه بالفحص المعتاد أو إذا كان العيب خفي لا يمكن كشفه بالفحص المعتاد وكالآتي :

الحالة الأولى: إذا كان العيب المعلوماتي مما يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد، فإن على المستفيد إذا تسلم البرامج المعلوماتية ان يتحقق من حالتها عن طريق الفحص المعتاد خلال المهلة المعتادة وفقاً للمألوف في التعامل، ويختلف عرف التعامل في هذا الموضوع باختلاف طبيعة البرامج المعلوماتية إذ منها ما يسهل فحصها عند الاستلام، ومنها مالا يتيسر التحقق من حالتها الا بعد الاستلام، لانها تحتاج إلى خبرة فنية خاصة، أو لأن ما قد يوجد فيها من عيب لا يظهر الا بعد الاستعمال. وعلى ذلك لا يعتبر المستفيد قابلاً للعيب بمجرد تسلمه البرامج المعلوماتية، وانما يجب ان يترك المدة المعقولة وفقاً للمألوف في التعامل للتحقق من حالتها عن طريق الفحص المعتاد. فإذا

لم يجد المستفيد عيباً بالبرامج المعلوماتية بعد تجربتها أو وجده وسكت ولم يخبر المتعهد به في مدة معقولة وفقاً للمألوف في التعامل، اعتبر قابلاً للبرامج المعلوماتية بما فيها من عيب. ويتضح من ذلك ان للمستفيد مدتان:

١- مدة معقولة وفقاً للمألوف في التعامل للتحقق من حالة المبيع عن طريق الفحص المعتاد.

٢- ومدة معقولة وفقاً للمألوف في التعامل لاخبار المتعهد بما اسفر عنه الفحص المعتاد للمبيع، وتقدير معقولية أو عدم معقولية المدة متروك لتقدير قاضي الموضوع)د. حسن علي الذنون، ١٩٥٣( )البدراوي، ١٩٥٧، (p. 518.

الحالة الثانية: إذا كان العيب المعلوماتي مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد على النحو السابق الذي بيناه في الحالة الأولى، وذلك لضخامة البرامج المعلوماتية وتعقيداتها، فإن المستفيد لا يعتبر راضياً بالبرامج المعلوماتية بما فيهما من عيب. ولكن إذا تكشف له العيب بعد ذلك أو أن المستفيد كشف العيب عن طريق فحص غير معتاد، وهو غير ملزم بذلك، فإن عليه ان يخبر به المتعهد بمجرد كشفه للعيب دون ابطاء، والا اعتبر قابلاً للبرامج المعلوماتية بما فيها من عيب)العامري، ١٩٧٤، (p. 149) .

ويرى بعض الفقهاء ان التفرقة بين الحالتين ليس له ما يبرره إذا يجب التسليم بان الاخبار دائماً يكون خلال مدة معقولة)د. منصور مصطفى منصور، ١٩٥٦، p. 205). وبطبيعة الحال فإن المستفيد لا يستطيع ان يتحقق من حالة البرامج المعلوماتية الا من وقت تسلمه تسلماً فعلياً أي من وقت الاستيلاء المادي لا التسليم الرمزي أو الحكمي)السنهوري، ٢٠١١، (p. 737 .

وعندما وجب أخبار المستفيد للمتعهد فإن هذا الاخبار لا يخضع لشكل خاص، وإنما يمكن ان يتم بأية طريقة، كالانذار عن طريق الكاتب العدل، أو برسالة مسجلة أو

غير مسجلة، وقد يكون شفوياً ولكن هنا يقع على المستفيد عبء اثبات حصول الاخبار الشفهي وله اثبات ذلك بكافة طرق الاثبات)السعود، ٢٠١٠، (358 .p .

ولكن ما هو الحكم إذا تسلم المستفيد البرامج المعلوماتية أو تقبلها قبل ان يكشف العيب ثم كشفه بعد ذلك، فما هي المدة التي يبقى فيها المستفيد ملزماً بالضمان؟

يجب التنويه إلى انه كما اسلفنا فإن الاخبار يجب ان يتم خلال مدة معقولة وان لا تترك لمطلق ارادة المستفيد وذلك لعدم الاضرار بالمتعهد وهذا ما يتطلبه استقرار المعاملات. ولذلك نرى ان المشرع العراقي حدد مدة التقادم فقرر بأنه تتقادم دعوى ضمان العيب الخفي بعد ستة أشهر من تسليم المبيع البرامج المعلوماتية حتى لو لم يكتشف المشتري العيب الا بعد ذلك وبعد مدة سنة وفقاً للقانون المصري . أما القانون الفرنسي فلم يحدد مدة للرجوع على المتعهد بضمان العيب الخفي وانما اوجب ان يتم ذلك خلال مدة معقولة ويترك تحديد هذه المدة لسلطة المحكمة التقديرية بالنظر إلى طبيعة العيب وعرف التعامل)خاطر, ٢٠٠١(173 .p , . .

ومن الافضل تحديد مدة الضمان اقل من ستة اشهر المنصوص عليها في القانون العراقي لكون برامج المعلوماتية فيها عنصر التطور والسرعة وان تبدأ المدة من تاريخ اكتشاف المستفيد للعيب أو من تاريخ كتابة تقرير الخبير، ذلك ان البرامج المعلوماتية، برامج معقدة فيها جوانب ابداعية والكترونية دقيقة لا يمكن التثبت منها بسهولة الا من قبل خبير مختص ذي كفاءة عالية.

المطلب الثاني

دعوى ضمان عيوب البرامج المعلوماتية

إذا تحققت شروط العيب المعلوماتي الموجب للضمان وأخبر المستفيد المشتري المتعهد البائع بهذه العيوب خلال المدة المعقولة كان للمستفيد الرجوع على المتعهد بدعوى ضمان العيوب الخفية. فإذا رفع المستفيد الدعوى على المتعهد مباشرة الذي تعاقد معه فإنه لا توجد صعوبة في تحديد اطراف دعوى الضمان إذ ان هذه الدعوى

تقام من قبل احد المتعاقدين في مواجهة المتعاقد الآخر، أما في حالة تعدد اطراف العلاقات العقدية والتي ترد على ذات الشيء محل التعاقد فإن مسألة تحديد اطراف الخصومة تحتاج لبعض التفصيل .

فكما هو معلوم ان البرامج المعلوماتية غالباً ما يتم تداولها عبر سلسلة من العقود، تبدأ بعقد بين مؤلف البرامج واحدى شركات تسويق البرامج يتنازل بموجبه المؤلف عن حقوق استغلال البرامج لشركة التسويق والتي تقوم بدورها بمنح رخص باستغلال البرامج لعدد من الموزعين الرئيسيين وفي اكثر من دولة والذين بدورهم يقومون بتوزيع البرامج على عدد من الموزعين الفرعيين من اجل تصريف نسخ البرامج على جمهور المستخدمين المشتري النهائي) البطاينة، ٢٠٠٢(.

ونتيجة لتعدد العلاقات فإن السؤال الذي يطرح نفسه هل بامكان المشتري النهائي المستفيد للبرامج المعلوماتية ان يرجع مباشرة على مؤلف هذه البرمج ومقاضاته بدعوى ضمان العيوب الخفية؟

لقد تواترت أحكام محكمة النقض الفرنسية على انتقال دعوى الضمان من السلف إلى الخلف، فقضت في نطاق عقود المعلوماتية بعد ان وضعت الضوابط الخاصة برجوع الخلف على الغير بدعوى السلف بأنه من حق المستفيد المشتري النهائي أو من في حكمه بالرجوع بالضمان بدعوى مباشرة على الغير مؤلف البرامج الذي تعاقد معه المتعهد لغرض تجهيز البرامج المعلوماتية شريطة ان يكون العيب موجوداً وهو في حيازة الغير قبل تسلمه أو تسليم جزء منه إلى المتعهد، اما إذا ظهر العيب بعد ذلك فلا يحق للمستفيد الرجوع على الغير المؤلف بدعوى مباشرة بل يجب مراجعة المتعهد بنفسه. كما قضت في ١٩٨٨/١/١٩ بأن دعوى ضمان العيوب الخفية تنتقل من حيث المبدأ مع الشيء المباع إلى مكتسب الملكية الثاني (CHESTIN Jacgues, n.d.).

أما عن موقف الفقه العراقي والمصري، فانه يمكن انتقال دعوى الضمان التي كانت للمشتري الأول ضد البائع الأصلي إلى المشتري اللاحق ضمن ملحقات المبيع، لانها تعد من الحقوق المكملة للشيء أي ضمن ملحقاته، ومن ثم تنتقل مع الأصل.

فالقانون المدني العراقي ينص على انه في حال ارتباط ضمان العيب الخفي بالشيء محل التعاقد وانتقال هذا الشيء إلى خلف خاص وكان يعلم بهذا الضمان وقت انتقال الشي اليه فانه لهذا الخلف مطالبة مؤلف البرامج المعلوماتية بضمان العيب الخفي . وبالتالي يمكن ان تنتقل دعوى الضمان بكل ما تخوله للمستفيد من حقوق، ويستطيع ان يرجع على البائع الاصلي المؤلف والبائع الوسيط صاحب حقوق استغلال البرامج مباشرة ويشترط للرجوع على البائع الاصلي توافر شروط ضمان العيب بالنسبة له. أي ان يكون العيب موجوداً وقت البيع الأول، ويظل العيب خفياً وقت اتمام البيعين، ويجب ان يتم الرجوع على البائع الاصلي خلال ستة اشهر في القانون العراقي وسنة في القانون المصري من وقت تسليم البرامج المعلوماتية للمستفيد تسليماً فعلياً.

وهنا تتجلى خصوصية برامج المعلومات ويتميز تداولها عن تداول البضائع والسلع. حيث يبقى المؤلف أو صاحب الحق على البرامج محتفظاً بحقوق استغلال البرامج، وبناءاً عليه يعد مسؤولاً عن ضمان العيوب الخفية.

ويجب الاشارة هنا إلى انه إذا كان البائع محترف فإننا نذهب مع ما ذهب اليه القضاء الفرنسي .Cass. 25 mai 1988, Rev. Euro. Droit ( )) Consommé. 1988, n3, p313., 1988) إلى انشاء قرنية سوء النية المفترضة وجعلها على عاتق البائع المحترف وابطال شرط الاعفاء من المسؤولية أو تحديدها. وذلك حماية للطرف الضعيف المستهلك الذي ينقصه التخصص الفني والمهني. كما بامكان هذا المستهلك اقامة دعوى مباشرة لمواجهة البائع المحترف رغم ان هذه البرامج المعلوماتية تمر بسلسلة متعاقبة من البيوع تتضمن الوسطاء والموزعين وغيرهم.

المطلب الثالث

الجزاء المترتب على ضمان عيوب البرامج المعلوماتية

وبعد بيان اطراف دعوى ضمان العيوب الخفية المعلوماتية، لابد من بيان الجزاء المترتب عليها. فإذا ثبت العيب المعلوماتي كان للمستفيد وفقاً لأحكام القانون المدني الفرنسي اما الفسخ واسترداد الثمن أو انقاص الثمن بمقدار المنفعة الفائتة من البرامج المعلوماتية. اما حق المستفيد بالمطالبة بالتعويض في حالة فسخ العقد فبالرجوع للقواعد العامة الفرنسية فإنها تفرق بين البائع سيء النية والبائع حسن النية، فالبائع سيء النية يعلم بوجود العيب واخفاه غشاً منه ولذلك فهو يلتزم بكافة التعويضات للمشتري فضلاً عن رد الثمن، اما البائع حسن النية فانه يلتزم برد الثمن فضلاً عن المصروفات التي تكبدها المشتري بسبب عيوب المبيع .

اما القانون المدني المصري فانه يميز في هذا الصدد بين العيب الجسيم والعيب غير الجسيم، ففي الحالة الأولى يخير المشتري المستفيد بين الفسخ ورد البرامج المعلوماتية المبيع أو ابقاء المبيع ومطالبة البائع بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب وجود العيب، اما في الحالة الثانية فلا يجوز للمشتري سوى المطالبة بتعويضه عما اصابه من ضرر بسبب العيب غير الجسيم، وفي هذه الحالة إذا كان البائع سيء النية فإنه يعوض المشتري عن الضرر المباشر المتوقع والغير متوقع الحدوث، اما إذا كان البائع حسن النية فانه يعوض المشتري عن الضرر المباشر المتوقع الحدوث فقط (السنهوري، ٢٠١١، p. 738)منصور، ١٩٥٦، (p. 205)سلطان، ١٩٨٣، p. 262).

اما بالنسبة للقانون المدني العراق ووفقاً للمادة ٥٥٨ فانه يكون لمشتري البرامج المعلوماتية مخيراً بين فسخ العقد ورد المبيع البرامج المعلوماتية أو قبوله بكل الثمن المسمى.

نرى ان أحكام المادة سالفة الذكر لم تتطرق إلى التعويض فهنا يثار التساؤل عن مدى امكانية الحكم للمشتري بالتعويض عما لحقه من ضرر نتيجة العيب المعلوماتي؟

نرى بأنه لا يوجد مانع من الرجوع إلى القواعد العامة بتعويض كل التزام ينشأ عن العقد سواء كان التزاماً بنقل ملكية أو منفعة .

كما ان التشريعات سالفة الذكر لم تتطرق إلى امكانية التنفيذ العيني واجبار بائع البرامج المعلوماتية بذلك، ونرى بانه لا يوجد ما يمنع مشتري البرامج المعلوماتية من المطالبة بالتنفيذ العيني وفقاً للقواعد العامة، والتنفيذ العيني هنا يجوز ان يتم باصلاح العيب أو استبدال البرامج المعينة بغيرها على نفقة البائع إذا كان ذلك ممكناً .

ويثور التساؤل عن مدى امكانية رجوع المشتري النهائي على المؤلف إذا كان العيب راجعاً إلى اصل البرامج المعلوماتية فهل يستطيع المشتري اجباره على التنفيذ العيني.

نرى بانه في هذه الحالة يتعلق الأمر بتأليف البرامج المعلوماتية وبالتالي لا يمكن اجبار المؤلف على تصحيح العيب أو استبداله لانه حق شخصي ويترك للمشتري حق الرجوع على البائع الذي اشترى منه البرامج بالفسخ والتعويض أو انقاص الثمن والتعويض استناداً إلى الجمع بين المادتان ٥٥٨ و١٦٩ مدني عراقي .

ويلاحظ ان المشرع العراقي قد نص على الحالات التي يمتنع على المشتري فسخ البيع ويقتصر حقه في المطالبة بنقصان الثمن وهذه الحالات هي:

١- إذ حدث عيب جديد في البرامج المعلوماتية بعد التسليم حيث لا يجوز لمشتري البرامج فسخ البيع وانما يكون له المطالبة بنقصان الثمن، واذا زال العيب الحادث يعود الخيار للمشتري فيكون له الرد بخيار العيب القديم .

٢- إذا حدثت زيادة من مال المشتري على البرامج المعلوماتية كما إذا تم تطوير البرامج وزيادة فاعليتها أو تحويرها .

٣- إذا هلكت البرامج المعلوماتية في يد المشتري .

ويجب التنويه إلى ان بالامكان استرجاع البرامج من خلال اعادة ترجمة برامج المصدر المكتوب باحدى لغات المعلوماتية، وبناءاً عليه إذا هلكت برامج الهدف دون برامج المصدر بسبب العيب الخفي الموجب للضمان، فانه بالامكان الرجوع إلى أحكام التنفيذ العيني واسترجاع البرامج. ذلك ان العيب الخفي في أغلب الاحوال يكون ملازماً لعملية تصميم البرامج المعلوماتية ولا يقتصر على ما يطرأ عليها من عيب اثناء تداولها من مشتري إلى آخر، فالضمان يمتد إلى ما يصيب البرامج المعلوماتية منذ نشأتها وما يطرأ عليها عند استعمالها.

المطلب الرابع

مسقطات ضمان عيوب البرامج المعلوماتية

يسقط ضمان البائع للعيوب المعلوماتية الخفية في الحالات الآتية :

أولاً: عدم فحص البرامج المعلوماتية أو عدم اخبار البائع بالعيب: على مشتري البرامج المعلوماتية بعد استلامه لهذه البرامج ان يفحصها خلال مدة معقولة وفقاً للمألوف في التعامل، أما إذا لم يبذل في فحصها العناية الكافية، أو لم يخبر البائع بالعيب بعد هذه المدة، أو لم يفحص البرامج مطلقاً، أو انه فحص البرامج على الوجه المطلوب الا انه لم يخبر البائع بالعيب، أو كان العيب المعلوماتي يحتاج إلى خبرة أي فحص غير معتاد وكشفه المشتري بعد ذلك وسكت ولم يخبر البائع بالعيب بمجرد كشفه يسقط حقه في الرجوع بالضمان على البائع. ويستثنى من ذلك إذا اكد البائع للمشتري خلو البرامج من العيوب أو اخفاها غشاً منه فللمشتري حق الرجوع في هذه الحالة استناداً إلى نص المادة ٥٥٩ مدني عراقي .

ثانياً: اشتراط البائع براءته من كل عيب أو من العيب الموجود: فإذا اشترط بائع البرامج المعلوماتية براءته من كل عيب فيكون المشتري في هذه الحالة بمثابة من اشترى ساقط الخيار فلا يجوز له الرجوع على البائع بسبب جميع ما قد يظهر في البرامج من

عيوب سواء ما كان موجوداً منها وقت ابرام العقد أو ما طرأ منها بعد انعقاد البيع وقبل التسليم. اما إذا اشترط البائع براءته من العيب الموجود في البرامج المعلوماتية فضمانه يسقط بالنسبة للعيوب الموجودة في البرامج وقت انعقاد العقد فقط ويظل مسؤولاً عن العيوب التي قد تطرأ على البرامج بعد العقد وقبل التسليم)السنهوري، ٢٠١١، (p. 757)الفضلي، ٢٠٠٥، (p. 183 كما ان كل شرط يسقط الضمان يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب .

الا اننا نرى بأن هذا الشرط عديم الجدوة في التشريع الفرنسي إذا كان المستفيد في نطاق العقود المعلوماتية غير مهني، فإن الشرط الذي يعفي المنتج من مسؤوليته عن ضمان العيوب الخفية يعد من الشروط التعسفية وقد نصت المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية الصادرة في ٢٤ آذار ١٩٧٨ لقانون اعلام وحماية المستهلكين للسلع والخدمات الفرنسي الصادر في ١٠ كانون الثاني ١٩٧٨ على بطلان هذه الشروط حماية للمستهلكين)القيسي، ٢٠٠٢(كما ذهب القضاء الفرنسي إلى اعتبار شروط اسقاط ضمان العيوب الخفية عديمة الأثر إذا كان عقد البيع بين مهني وغير مهني .

كما ان الالتزام بالتبصير في العقود المعلوماتية اصبح يقيد شرط الاعفاء من ضمان العيوب الخفية في هذه العقود. إذ يلتزم المتعهد باعلام المستفيد بما يعرفه بحيث اصبح الالتزام بالتبصير يصل إلى حد اسداء النصح إلى المستفيد في البرامج المعلوماتية شديدة التعقيد من الناحية التقنية وذات كلفة عالية وتحتاج إلى خبرة متقدمة سواء قبل البيع أو بعده)د.نبيل ابراهيم سعد، ٢٠١٠، (p. 243 . فأصبح مجرد اخفاء المتعهد علمه بالعيب يؤدي إلى بطلان شرط الاعفاء من الضمان أو الانقاص منه.

ثالثاً: تنازل المشتري عن حقه في الضمان: إذا اقدم مشتري البرامج المعلوماتية على برامج كان بائعها قد اعلمه بوجود عيب فيها فلا يجوز له الرجوع على البائع بالضمان بسبب هذا العيب، لأن شراءه البرامج رغم علمه بوجود العيب يعتبر رضاءاً منه بالعيب المسمى وتنازلاً عن حقه في الرجوع على البائع بالضمان . إلا ان للمشتري حق الرجوع على البائع بالضمان بسبب عيب آخر غير العيب المسمى . كما ان ضمان

العيوب الخفية تعتبر حقاً مقرراً لمصلحة المشتري ولهذا السبب لا يوجد مانع من ان يتنازل المشتري عن هذا الحق.

رابعاً: مضي مدة التقادم: يجب اقامة دعوى الضمان خلال ستة أشهر من تاريخ تسليم البرامج المعلوماتية والا فلا تسمع الدعوى حتى ولو لم يطلع المشتري على العيب الا بعد فوات المدة المذكورة أو لم يكتشف المشتري العيب اطلاقاً . والمقصود بالتسليم هنا التسليم الفعلي الذي يتم عن طريق خزن البرنامج في حاسوب المشتري لعدم امكانية الفحص الا بعد الخزن في الحاسبة المملوكة للمشتري والذي يهيء له فرصة فحص البرامج المعلوماتية واكتشاف العيب فيها. ويلاحظ ان حكم المادة ٥٧٠ مدني عراقي ليست من النظام العام ولذلك لطرفي العقد الاتفاق على ان يلتزم البائع بضمان العيب الخفي لمدة اطول من ستة اشهر المدة المقررة في هذه المادة، كما ان دعوى الضمان تسقط بمرور خمس عشرة سنة من يوم اكتشافة العيب إذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب غشاً منه.

وهنا يطرح السؤال هل بالامكان الاتفاق على تقصير مدة التقادم الخاصة برفع دعوى ضمان العيب الخفي؟

لا يجوز الاتفاق على تقصير مدة التقادم لأن الأصل عدم جواز الاتفاق على تعديل مدة التقادم التي عينها القانون. واذا كان يجوز الاتفاق على اطالة المدة، فذلك لأنه ورد في هذا الشأن نص صريح . كما انه في عقود المعلوماتية وما تحتاجه البرامج المعلوماتية من فحص والاستعانة بذوي الخبرة خاصة البرامج المخصصة لاجراء عمليات جراحية أو تصنيع الادوية وغيرها من الصناعات العملاقة فإن الاتفاق على تقصير مدة التقادم والتي هي ستة أشهر في القانون المدني العراقي تعتبر قليلة قد يحتاج الأمر فترة طويلة لاكتشاف العيب.

الخاتمة

إن استكمال الغرض من هذا البحث يقتضي ان نعرض ما توصلنا اليه من النتائج والمقترحات كالآتي:

أولاً: النتائج

١- أن البرامج المعلوماتية هي مجموعة التعليمات أو الأوامر التي تم ادراجها في الكومبيوتر لاستعمالها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة والمعبر عنها بأي لغة أو رمز أو شكل يراد منها اداء وظيفة معينة أو التوصل إلى نتيجة معينة، أما العيب المعلوماتي فهو ما ينقص من قيمة البرامج المعلوماتية أو من نفعها بحسب الغاية المقصودة المبينة في العقد أو الغرض الذي اعدت له البرامج المعلوماتية.

٢- وجدنا ان المشرع المصري والمشروع التمهيدي الفرنسي قد وسع معنى العيب الخفي ليشمل تخلف الصفة في المبيع أما المشرع العراقي فلم يتطرق إلى تخلف الوصف عند بيان أحكام ضمان العيب الخفي.

٣- يشترط القانون في العيب المعلوماتي الذي يضمنه البائع أو المتعهد أن يكون قديماً وخفياً ومؤثراً بينما لا يشترط ذلك في تخلف الصفة.

٤- يمكن ضمان العيوب الخفية في البرامج المعلوماتية باعتبارها عناصر معنوية دون اي مانع قانوني أو عملي، فالمشرع العراقي اعتبر برامج الكومبيوتر مصنفات أدبية وهذا لا يمنع صاحبها من التصرف بها إلى الغير عن طريق تنازله عن حقه المالي دون الأدبي وهذا يرتب بذمته التزامه بضمان العيوب الخفية تجاه كل من يشتري هذه البرامج.

٥- من الشروط الأساسية لرفع دعوى ضمان العيوب الخفية هي فحص مشتري البرامج المعلوماتية واخبار البائع بالعيب وفق معيار الرجل المعتاد. بينما إذا كانت البرامج معقدة يقتضي الأمر الاستعانة بخبير.

٦- كما بينا بأنه للمشتري النهائي مقاضاة الموزع الفرعي بائع التجزئة بدعوى الضمان وذلك استناداً للعقد المبرم بينهما، كما يجوز له الرجوع مباشرة على الناشرالبائع الاصلي خلال ستة اشهر من تاريخ التسليم الفعلي.

٧- تتميز البرامج المعلوماتية باعتبارها حقوق معنوية مقومة بالمال بأنه لا يجوز للمشتري اجبار المؤلف على التنفيذ العيني اذ ما ترتب على ذلك مساس بحقوق المؤلف الأدبية.

ثانياً: المقترحات

١- نقترح على المشرع العراقي ان يضع تنظيماً قانونياً لعقود المعلوماتية لأن دخول البرامج المعلوماتية نطاق التعاقد يقتضي وضعها في نظام تعاقدي معين، مما يكفل الحماية القانونية لأطراف العقد وخاصة المستهلك اذا كان غير مهني.

٢- إيراد نص خاص يتعلق بعدم جواز اعفاء البائع نفسه من ضمان العيوب الخفية المعلوماتية بسبب اختلاف التوازن العقدي من حيث الخبرة، فالمشتري غالباً ما يكون جاهلاً بهذه البرامج وعدم الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني واعتبار البائع المحترف أو المهني سيء النية لكونه ملزم بأن يعلم بالعيوب الموجودة في البرامج المعلوماتية على اساس انه ملتزم بتحقيق نتيجه.

٣- نقترح ايراد نص خاص بفوات الصفة المتفق عليها بين المتعاقدين لاختلافها عن العيب الخفي من حيث المفهوم والأثر.

٤- أن يتضمن النظام القانوني الخاص بالعقود المعلوماتية التزاماً بالتبصير يقع على عاتق البائع المهني.

٥- تعديل نص المادة ٥٥٨ مدني عراقي على أن يعطي للمشتري حق الرجوع على البائع بالفسخ مع التعويض أو انقاص الثمن بمقدار المنفعة الفائته من البرامج المعلوماتية.

٦- أن تبدأ مدة التقادم الخاصة بالضمان وهي ستة اشهر من تاريخ اكتشاف العيب أو من تاريخ تقرير الخبير بالبرامج المعلوماتية عند اكتشافه للعيب، وذلك لخصوصية هذه البرامج.

المصادر

المصادر باللغة العربية:

١. البدراوي، د. ع.، ١٩٥٧. عقد البيع في القانون المدني. ١ المحرر القاهرة: دار الكتاب العربي.

٢. البطاينة، أ. ا.، ٢٠٠٢. اطروحة دكتوارهk النظام القانوني لعقود برامج الحاسوب.، [فن] (كلية القانون، جامعة بغداد).

٣. الجميعي، د. ح. ع.، ١٩٩٨. عقود برامج الحاسب الآلي. ١ المحرر القاهرة: دار النهضة العربية.

٤. السنهوري، د. ع. ا.، ٢٠١١. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. ١ المحرر بيروت: منشورات الحلبي.

٥. الصراف، د. ع. ح.، ١٩٥٥. شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني الجديد. ١ المحرر بغداد: مطبعة الاهالي.

٦. الفتلاوي، د. ص. ع.، ١٩٩٧. ضمان العيوب وتخلف المواصفات في عقود البيع. ١ المحرر عمان: دار الثقافة.

٧. الفضلي، د. ج.، ٢٠٠٥. العقود المسماة، البيع والايجار والمقاولة. ١ المحرر بغداد: وزارة التعليم العالي والبحث العلمي.

٨. القيسي، د. ع. ق. ا.، ٢٠٠٢. الحماية القانونية للمستهلك. ١ المحرر عمان: دار الثقافة.

٩. المطالقة، د. م. ف.، ٢٠٠٤. النظام القانوني لعقود برامج الحاسب الآلي. ١ المحرر عمان: دار الثقافة.

١٠. خاطر، د. ص. ح.، ٢٠٠٧. الملكية الفكرية. ١ المحرر البخرين: جامعة العلوم التطبيقية.

١١. د. حسن علي الذنون،، .، . م. ا. ب. ١.، ١٩٥٣. شرح القانون المدني العراقيالعقود المسماة، عقد البيع. ١ المحرر بغداد: مطبعة الرابطة.

١٢. سلطان، د. أ.، ١٩٨٣. العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة. ١ المحرر بيروت: دار النهضة العربية.

١٣. شنب، د. م. ل.، ١٩٦٢. شرح أحكام عقد البيع،. ١ المحرر القاهرة: دار النهضة العربية.

١٤. عابدين، م. أ. ب.، ١٩٩٢. حاشية رد المحتار على الدر المحتار، شرح تنوير الابصار.، ج٢ المحرر بيروت: دار الفكر.

١٥. عبدالكاظم، ا.، ٢٠٠٢. الحماية القانونية المدنية لبرامج الحاسوب. ١ المحرر بابل، العراق: جامعة بابل.

١٦. عجيل، د. ط. ك.، ٢٠١١. ثورة المعلومات وانعكاساتها على القانون المدني. ١ المحرر بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
١٧. عيسى، ط. م.، ١٩٩٦. خصوصيات التعاقد في المعلوماتية. ١ المحرر بيروت: دار صادر.
١٨. غريب، د. ش.، ٢٠٠٨. الحق الأدبي لمؤلف برامج الحاسوب. ١ المحرر القاهرة: دار الجامعة العربية.
١٩. مرقس، د. س.، ١٩٦٨. العقود المسماة،. ١ المحرر القاهرة: مطبعة النهضة الجديدة.
٢٠. منصور، د. م. م.، ١٩٥٦. مذكرات في القانون المدني، العقود المسماة، البيع والمقايضة والايجار. ١ المحرر الاسكندرية: دار المعارف.

المصادر الاجنبية:

1. Cass. 25 mai 1988، Rev. Euro. Droit. Consommé. 1988، n3، p313. (1988) Euro. Droit. Consommé.
2. (H)، M.، n.d. Par Jug Iart، T.2 ét3m 4éme éd. 1 ed. paris: s.n.
3. Bitan، H.، 1996. Contract et litiges en in formatique la delirrance du logiciel. 1 ed. paris: s.n.
4. CHESTIN Jacgues، n.d. JAMIN Christophe et BILLIAN Marc، Traite de droit civil ،،. 2e edition، ed. L.G.D.J: Las effets du contrart.
5. CHESTIN Jacgues، n.d. JAMIN Christophe et BILLIAN Marc، Traite de droit civil‹. 2e edition ed. Las effets du contrart‹: s.n.
6. D. Bohoussou، I. M.، 1993. de garantie dans les contrats relatifs a linformatique‹. s.l.:s.n.
7. Dam، K. W. ،،1994. Some Economic Considerations in the Intellectual property protection of software، August. 1 ed. s.l.:s.n.
8. Mazeaud (H)، 2000. Par Jug Iart، T.2 ét3m 4éme éd. 1 ed. paris: dalos.
9. RNEAU، P. L. T.، 2000. "The ories etpratiqne de contrats informaiques". 1 ed. paris: Dalloz‹.
10. ا. 1 ed.

الملخص:

احتلت البرامج المعلوماتية مكانة مهمة في المعلومات المدنية والتجارب بسبب التقدم التكنولوجي الهائل وظهور شبكة الانترنت العالمية. مع وجود عدد كبير من المستهلكين عديمي أو ضعيفي الخبرة، وهذا بدوره ادى إلى ظهور مشاكل عديدة في بيع البرامج المعلوماتية من ابرزها العيوب الخفية في هذه البرامج، فهل تحل المشكلة بالرجوع إلى القواعد العامة لضمان العيوب الخفية في عقد البيع أم اننا بحاجة إلى نظام قانوني وقواعد جديدة لمعالجة العيوب المعلوماتية لما تتميز به باعتبارها عناصر معنوية وهذا ما سنجيب عليه في هذا البحث.

الكلمات المفتاحية : ضمان، العيوب الخفية، البرامج المعلوماتية .

Abstract:

Computer programs have occupied an important place in civil and commercial transactions due to the tremendous technological progress and the emergence of the World Wide Web with a large number of inexperienced customers. This, in turn, has led to many problems in the sale of software, such as hidden defects within the program. Can the problem be solved by referring to the general rules to ensure the hidden defects in the sales contract or do we need a legal system and new rules to address the information effects of what it is characterized as moral elements? And this is what we will answer in this research.

Key Words: Guarantee ،Hidden defects ،Informational programs .