موقف الفقه من مدى امكانية ضمان العيوب المعلوماتية الخفية "دراسة مقارنة"

أ.د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي

نبذة عن الباحث :

هدى سعدون لفته

نبذة عن الباحث :

تاريخ استلام البحث :
٢٠١٩/٠٣/٠٨
تاريخ قبول النشر :
٢٠١٩/٠٤/١٤

الكلمات الافتتاحية :
العيوب المعلوماتية الخفية ، ضمان العيوب الخفية .

Abstract

The doctrine is divided about the possibility of the liability of the supplier to guarantee the information defect, and whether it is possible to apply the general rules to the software contract.

The programs are immaterial and because of this special status, we have not found any regulation in the legislative texts in the comparative laws, especially in the protection of programs, in which they deal with hidden defects and clarify their provisions. The general rules regulating hidden defects are included in the provisions of the sale and rent contracts, Organizing the contract of the contract except in respect of the ten-year guarantee for the guarantee of the engineer and the architectural contractor of the buildings.

In the face of this, two trends appeared about the application of the guarantee of hidden defects on the contracts of informatics, the first of which rejects the idea of security on this type of contracts, considering that the idea of hidden defects is incompatible with the special nature of information programs as an innovative literary work, because how can describe the innovative thing as flawed hidden defect, The defect would negate the existence of innovation, while the second supported the idea of security and felt that the general rules are sufficient to address this and can guarantee the hidden defect

الملخص:

انقسم الفقه حول امكانية قيام مسؤولية المورد بضمان العيب المعلوماتي وهل من الممكن ان نطبق القواعد العامة على عقود برامج المعلوماتية .

إذ ان البرامج مال غير مادي وبسبب هذه الصفة الخاصة لم نجد تنظيما في النصوص التشريعية في القوانين محل المقارنة خاصة بحماية البرامج تتناول فيها العيوب الخفية وتوضح أحكامها . بل ان القواعد العامة المنظمة لضمان العيوب الخفية وردت في نطاق تنظيم أحكام عقدي البيع والايجار ولم ترد في نطاق تنظيم عقد المقاولة الا فيما يتعلق بالضمان العشري الخاص بضمان المهندس والمقاول المعماري للمشآت .

وامام ذلك ظهر اتجاهين حول تطبيق ضمان العيوب الخفية على عقود المعلوماتية يرفض اولهما فكرة الضمان على هذا النوع من العقود على اعتبار ان فكرة العيوب الخفية تتعارض مع الطبيعة الخاصة للبرامج المعلوماتية كعمل ادبي مبتكر وذلك لانه كيف يمكن وصف الشئ المبتكر بانه معيب بعيب خفي . بل ان العيب سينفي وجود الابتكار . بينما يؤيد ثانيهما فكرة الضمان ويرى ان القواعد العامة كفيلة لمعالجة ذلك وتستطيع ان توجب ضمان العيب الخفي.

المقدمة

ما لاجدال فيه ان العيوب الخفية التي تظهر في العناصر المادية للنظام المعلوماتي كاجهزة الحاسب الآلي يمكن ان تنطبق عليها أحكام ضمان العيوب الخفية على اعتبار ان المحل مادي . بيد ان العيوب التي تظهر على العناصر المعنويه أقصد البرامج المعلوماتي تثير العديد من الصعوبات . فهل من الممكن ان نطوع المبادئ العامة لقواعد ضمان العيوب الخفية لكي تشمل المحل بنوعيه (المادي وغير المادي) .

فقد اختلف الفقه حول مدى امكانية قيام مسؤولية المورد بضمان العيب المعلوماتي وهل من الممكن ان نطبق القواعد العامة على عقود برامج المعلوماتية .ولأجل بيان ذلك سنقسم هذا البحث على مبحثين : سنبين في اولهما موقف الفقه الرافض لضمان العيب المعلوماتي الخفي . وسنعرض في ثانيهما موقف الفقه المؤيد للضمان في هذه العقود .

المبحث الأول: الاتجاه الرافض لضمان العيوب المعلوماتية الخفية .

كما هو معلوم ان كل فكرة جديدة تظهر في العالم الخارجي نتيجة التطور او الحاجة لابد من ان تلاقي معارضة . وعقود المعلوماتية حالها حال هذه الافكار إذ لاقت فكرة امكانية ضمان عيوب هذه العقود ذات المحل غير المادي رفض من اغلب الفقه مستندين في ذلك إلى جملة من الحجج . وعليه ولغرض بيان موقف الاتجاه الرافض لفكرة الضمان في العقود المعلوماتية سنقسم هذا المبحث على مطلبين . في اولهما سنعرض هذا الاتجاه . اما في ثانيهما فسنقوم بتقويمه .

المطلب الأول ... عرض الاتجاه الرافض لضمان العيب المعلوماتي الخفي .

ذهب جانب من الفقهاء [١]إلى القول بعدم امكانية تطبيق المبادئ العامة التي تتعلق بضمان العيوب الخفية على ما قد يظهر من عيوب في برامج العقود المعلوماتية مستندين في ذلك إلى جملة من الحجج منها .

١- تقتصر دعوى ضمان العيوب الخفية على ألاشياء المادية إذ انها تطبق على المعدات المعلوماتية كالسلع المادية والاموال دون ان تواجه اي صعوبة تذكر ، وبعكس ذلك لاتستطيع ان تشمل هذه الدعوى برامج العقود المعلوماتية وذلك بالنظر إلى طبيعة هذه البرامج لكونها ذات طبيعة غير مادية (معنوية) وهذا الطابع الفني التقني ينتج عنه العديد من المشاكل وعلى وجه الخصوص البرامج الدقيقة المتخصصة التي من المستحيل معها نستطيع ان نتفادى الخلل والعيوب في المراحل التشغيلية الأولى .

إذ ان دعوى ضمان العيوب الخفية لمن غير الممكن ان تطبق على الكيانات المنطقية أقصد غير المادية ، وذلك في الاحوال التي لايلبي فيها النظام حاجات العميل ، إذ في هذه الحالة يتم الرجوع إلى دعوى الغلط .إذ طبقاً لانصار هذا الاتجاه لا تنطوي المعلوماتية على قيمة في ذاتها بل لها طبيعة من نوع خاص وهذا ما يمكن استنتاجه من تطبيق المنهج التقليدي الذي بموجبه يضفي وصف القيمة على ألاشياء المادية .[٢]

٢- لايتجاوز نطاق الالتزام بضمان العيوب الخفية عقد البيع حسب رأي انصار هذا الاتجاه ، وبما ان عقود البرامج المعلوماتية تعد من قبيل عقود المقاولة التي لاترد على خدمة او على شئ وانما ترد على عمل برنامج خاص بالعميل ، فهنا لايمكن ان يطبق عليها الأحكام الخاصة بضمان العيوب الخفية وذلك لان استخدام العميل للبرنامج لايكون الا تصرف مستقل وفي كل حال من الاحوال لانستطيع ان نساويه بعقد البيع او الايجار .[٣]

٣- يصعب تحديد المحل في نطاق عقود المعلوماتية ، خصوصا ان في اغلب الاحيان يدعي العميل بان المورد لم يقم بعمله بالشكل اللازم ليرد المورد بان هذا الالتزام ليس ضمن محتوى العقد ، وذلك بحجة انه من غير الممكن ان يتم تجهيز العميل حسب النماذج التي عين بها المحل مهما كان موضوعه . [٤]

إذ ان قيام عقود المعلوماتية او اعداد برنامج معين او حتى القيام بخدمات معلوماتية معينه كالصيانة وغيرها لايعين بالشكل الدقيق والكافي في العقد الا في مرحلة التنفيذ إذ من الممكن ان تظهر امور اكثر دقة لم يتناولها العقد وهي تعد من الامور الجوهرية وعادة مايتم حل هذه المشاكل على حساب العميل إذ يطالب المورد بمقابل اضافي وعادة القضاء بصورة عامة يرفض تعديل العقد إذا كان واضحا لايحتاجإلى اضافة او تفسير[٥].

ففي قرار محكمة باريس ذو الرقم ٣٢١ في يوليو ١٩٩٨في قضية ادعى فيها العميل ان له الحق في الحصول على برنامج من المورد هذا بالاضافةإلى بقية المعدات المثبته في العقد رفضت المحكمةهذا الادعاء لان البرنامج انما هو برنامج تطبيقي لم يذكر في صلب العقد وكذلك لايعد من ملحقات البيع .[٦]

نخلص مما تقدم ان صعوبة تحديد المحل تعد من العقبات الاساسية التي تجعل ضمان العيوب الخفية أمر ليس بالسهل خصوصا إذا علمنا ان الالتزام في هذا النوع من العقود (أقصد عقود المعلوماتية) هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة .[٧]

٤- ان الطبيعة الخاصة للبرامج محل العقود المعلوماتية كعمل ادبي مبتكر تتعارض مع قبول فكرة العيوب الخفية لانه كيف من الممكن ان نوصف الشئ المبتكر بانه معيب بعيوب خفية وهذا ما يتنافى مع وجود فكرة الابتكار .[٨]

٥- زد على ما تقدم فان مجال المعلومات يتطور بشكل سريع وهائل ، وقد يترتب على هذا التطور نشوء فكرة الخطر الناتج عن التطور العلمي والذي يقصد به التطور العلمي في المستقبل قد يكشف وجود خطا علمي في البرنامج الذي سبق وتم انتاجه وفقا للقواعد العلمية السائدة وقت الانتاج .[٩]

هذا بالاضافةإلى ان البرنامج قد لا يستطيع ان يتطور حتى يواكب ما قد يستجد في المستقبل ، فيترتب على ذلك ان البرنامج يفقد قيمته ، وذلك نظرا لان المبتكر لم يستطع تصور التطور العلمي المستقبل وبالتالي لم يستعد له [١٠]. والمثال على ذلك هو التوتر الذي ساد العالم قبل حلول الأول من يناير عام ٢٠٠٠ ، والذي استمر حتى حلول الأول من يناير عام ٢٠٠١ ، حيث انتشر الخوف من عدم توافق البرامج واجهزة الحاسب الآلي مع هذه الاوقات ، مما اثار الخوف من حدوث توقف هذه البرامج وعجزها عن اداء وظائفها مما قد يترتب عليه اضرار جسيمة في الارواح والممتلكات خاصة لو اصيب بالعطل الاجهزة الخاصة بتسيير الملاحة الجويةوبورصات الاوراق المالية والبنوك وحركة الملاحة البحرية والقطارات وانظمة المرور في المدن وحجرات العمليات بالمستشفيات والتحاليل الطبية ، وترتب على ذلك ان حاولت جميع الدول التدخل لتطوير البرامج والحاسبات لكي تتوافق مع المواعيد الجديدة للعام ٢٠٠٠ وانفقت على هذا التطوير مبالغا ضخمة بلغت نحو ٣٠٠ مليار دولار وفقا للتقديرات الصحفية .عموما مايهمنا هنا هل من الممكن اعتبار حالة عدم قابلية البرامج المعلوماتية من قبيل العيوب الخفية التي تقوم بموجبها مسؤولية المورد ، وكيف من الممكن ان يتم ذلك في ضوء الطبيعة الخاصة لهذه العقود .[١١]

المطلب الثاني ... تقويم الاتجاه الرافض لضمان العيب المعلوماتي الخفي .

على الرغم من الجهود المبذولة من الاتجاه الفقهي الرافض لتطبيق ضمان العيوب الخفية على ضمان العيوب المعلوماتية الا انها لم تستطع الصمود امام موجة النقد الموجهة لها حيث وجهت جملة من الانتقادات إلى هذا الاتجاه والتي منها :

١- لاتقتصر دعوى ضمان العيوب الخفية على الأشياء المادية وانما من الممكن ان تمتد إلىالاشياء المعنوية إذلايوجد مانع من امتداد نطاقها إلىالاشياء غير المادية لتشمل مجال عقود البرامج المعلوماتية ، إذ ان نظم البرامج المعلوماتية شانها في هذا الموضوع شأن المحل التجاري الذي يتكون من عناصر مادية واخرى غير مادية .[١٢]

٢- لايقتصر نطاق الالتزام بضمان العيوب الخفية على عقد البيع ، إذ يمكن ان يمتد إلى كل عقد ناقل للملكية ، لابل إلى كل عقد ينقل الانتفاع والحيازة ، خصوصا إذا كان العقد من قبيل عقود المعاوضات على اعتبار ان عقود المعلوماتية من عقود المعاوضة ،

لذلك فضمان العيوب الخفية يمكن ان يجعل كنظرية عامة في العقد دون ان يقتصر على عقد البيع، ولكن لكون عقد البيع هو عقد يغلب فيه استعمال هذا الضمان يكون تنظيم هذا العقد ناقصا لو خلا منه ، لذلك اخذت القوانين على بيان هذا الضمان في هذا العقد .[١٣]

٣- إذا كان ما يطلبه العميل من المورد بدرجة من الوضوح بحيث لايحتاجإلى اي اضافة او تعديل او تفسير فهنا على المورد ان يفي بطلب العميل ، ففي حال قام بتسليمه البرنامج ولم تكن تتوفر فيه المواصفات التي ارادها العميل فهنا يعد هذا النقص من العيوب الخفية التي توجب الضمان ، اما في الاحوال التي تكون فيها شروط العقد المبرم بين المورد والعميل بصورة يعتريها الغموض وعدم الوضوح ففي هذا الحال يتم اللجوء إلى القضاء الذي يستند هنا على الوثائق التي ترفق بالعقد ، فإذا كانت بدرجة من الوضوح يتم اعتمادها لحل النزاع ، اما إذا كان العكس ففي هذا الحال وحسب الاتجاه السائد في القضاء الفرنسي يحكم ببطلان العقد بسبب كون المحل مجهولا او قد يحكم بتحميل العميل المسؤولية وذلك بسبب عدم وضوح مايريده من المورد في العقد إذ ان الغموض الحاصل في العقد كان بسببه .[١٤]

٤- ان توافر صفة الابتكار في البرامج المعلوماتية او عدم توافرها ليست عقبة في سبيل تطبيق أحكام هذا الضمان ، بل ان توافر هذه الصفة في البرامج تضفي عليها حماية اضافية لابوصفه مجرد عمل ادبي ولكن بقابلية تشبيهه برخصة الاختراع التي تخضع لفكرة ضمان العيوب الخفية .[١٥]

٥- اما بالنسبة للاحوال التي يكون فيها البرامج غير قابلة لمواكبة ما يستجد من تطورات في المستقبل ، فهنا يمكن القول ان من الصفات المميزة للبرامج هي كونها جزء من نظم المعلومات التي تتطور بشكل سريع ومطرد ، بالاخص في الوقت الحالي ، وبالتالي يلزم ان يضع مبتكر البرنامج هذه الظروف امامه فيبحث عن اسس لتصميم برنامجه تقبل التوافق مع نظم المعلومات القائمة والتي تستجد في الوقت القريب ، خاصة ان هناك ظروفا مستقبلية من الممكن ان يتم التكهن بها فهنا يكون المبتكر مسؤول عن الاضرار التي تلحق بالعميل ، بينما الظروف المستقبلية غير المتوقعة والتي يصعب على اي متخصص التكهن بها فهي ظروف لايمكن ان يسال المبتكر عنها وبالتالي لايعد مسؤولا عن عدم قابلية البرنامج للتطور .[١٦]ولكن هذا لايعني ان يظل المبتكر ملتزم بالقابلية للتطور لمدة طويلة ، او ان يظل هذا الالتزام مطلقا ، وانما يجب ان ينحصر بقاء هذا الالتزام في مدة محددة يتفق عليها المتعاقدان يظل فيها المبتكر ضامنا لقابلية البرنامج للتطور ، وبالتالي لو اكتشف المتعاقدان ان البرنامج عاجز عن ملاحقة التطور الذي يحدث خلال مدة الضمان المتفق عليها فيلتزم المبتكر باستبدال البرنامج باخر يمكنه التعامل مع تلك المستجدات .

٦- إذا كان التزام المورد تجاه العميل بتقديم برامج المعلوماتية هو التزام ببذل عناية وذلك بحسب قول هذا الاتجاه فان الالتزام بضمان العيوب الخفية هو التزام بتحقيق نتيجة إذ ان وجود العيب في برامج النظم المعلوماتية يعد خطأ بذاته وان كان التزام المورد هو التزام

ببذل عناية وبالتالي لايستطيع المورد ان ينفي المسؤولية عنه الا عن طريق إثبات السبب الاجنبي .[١٧]

وعلى الرغم من كل الجهود التي بذلت من قبل هذا الاتجاه لرفض تطبيق ضمان العيوب الخفية على عقود المعلوماتية الا انها لم تسلم من النقد ولم تصمد امام الدفوع التي جاء بها انصار الاتجاه المؤيد لفكرة الضمان في هذا النوع من العقود وهذا ما سنبينه في المبحث القادم .

المبحث الثاني: الاتجاه المؤيد لضمان العيب المعلوماتي الخفي .

في الوقت الذي عارض جانب من الفقه فكرة ضمان العيوب المعلوماتية الخفية ، نادى اخرون بوجوب ضمان هذا النوع من العقود حاله في ذلك حال اي محل مادي اخر ، وعليه لغرض بيان الاتجاه المؤيد لفكرة ضمان العيوب المعلوماتية الخفية سنقسم هذا المبحث على مطلبين، سنعرض في اولهما هذه الفكرة والحجج التي استندوا اليها لغرض ضمان العيوب الخفية التي تظهر في عقود المعلوماتية . اما في ثانيهما فسنستعرض تقويم هذا الاتجاه ، واخيرا سوف نبين اتجاه القوانين محل المقارنة في هذا الشأن .

المطلب الأول ... عرض الاتجاه المؤيد لضمان العيوب المعلوماتية الخفية .

وبالنظر إلى اسهم النقد التي وجهت إلى انصار الاتجاه الرافض بضمان العيوب الخفية في عقود المعلوماتية ذهب اغلب [١٨]الفقهاء إلى القول بان هذه العقود تنشئ التزام على عاتق المورد بضمان العيوب الخفية التي قد تظهر في نظام البرنامج المعلوماتي وذلك بالنظر إلى عدة نواحي .

فمن ناحية ان العيب الخفي الذي يعتري البرنامج المعلوماتي غالبا مايكون فايروس في البرنامج نفسه قد يتكون هذا الفايروس نتيجة لخلل باجهزة الكمبيوتر التي تم تشغيل البرنامج بها وقد يكون نتيجة الاستعمال غير الصحيح من قبل العميل وكذلك قد يكون بسبب المورد نفسه يقوم بتزويد البرنامج بهذا الفايروس وذلك لغرض تهريب المعلومات منه [١٩].

هذا وقد قد يكون بقصد تخريب البرنامج او إذا كان العيب يعتري البرنامج المعلوماتي منذ الابتكار اي ابتكار المصنف المعلوماتي ، او إذا كان يخلو من الوصف المطلوب [٢٠]عند التعاقد ففي الاحوال السابقة إذا كان السبب وراء العيب الذي شاب البرنامج هو العميل نفسه فلا تقوم مسؤولية المورد هنا ، اما في الاحوال التي يكون العيب الخفي الموجود بالبرنامج المعلوماتي بسبب المورد او إذا كان العيب في البرنامج لحظة ابتكاره او قبل تسليمه إلى العميل فهنا تقوم مسؤولية المورد بضمان العيوب الخفية وذلك لان الفايروس هنا هو دائما خفي .[٢١]

بالاضافةإلى انه افة طارئة يخلو منها الوصف الطبيعي للبرنامج المعلوماتي السليم الخالي من العيوب ، ففي حالة العيب الذي قام مبتكر المصنف المعلوماتي او المورد الذي كما اوضحنا سابقا قد يكون المورد نفسه او قد يكون شخص اخر يحترف التوريد ، ففي كلا الحالتين الفيروس الذي تمت زراعته في البرنامج تنطبق عليه حتما القواعد العامة للعيوب الخفية سواء من ناحية الخفاء او حتى من ناحية عدم امكان العميل كشفه عن

طريق الفحص المعتاد ، والاكثر من ذلك قد يكون اغلب المتخصصين بالبرمجة قد يكونون عاجزين عن كشف وجود الفيروس .[٢٢]

هذا ومن البديهيات المتفق عليها ان عقود المعلوماتية تعد من عقود المعاوضات ، ومن المعروف ان هذه العقود تستوجب ضمان على اعتبار ان من ينقل الملكية إلى شخص اخر او حتى الانتفاع يجب عليه ان ينقل الحيازة بطريقة مفيدة بحيث يتمكن من انتقلت اليه ان ينتفع بالبرنامج حسب ما اعد من أجله ويترتب على ذلك ان من اللازم ان يضمن العيوب الخفية التي تعرقل هذا الانتفاع .[٢٣]

وبالاضافةإلىماتقدم فان تكييف هذه العقود أقصد العقود المعلوماتية بانها بيع او عقود مقاولة او اي تكييف اخر [٢٤]لايؤثر على التزام المورد بضمان هذه العيوب التي تظهر في البرنامج المعلوماتي وذلك لان العقد في اي تكييف يوصف يجبر المورد على ضمان العيوب الخفية التي تظهر في البرنامج محل عقد التوريد .[٢٥]

كذلك ليس هناك ما يمنع من الناحية القانونية من الرجوع إلى القواعد والمبادئ العامة للعيوب الخفية في البرنامج محل العقد المعلوماتي الذي يوصف بانه معنويا فالعيب في البرنامج ما هو الا اثر مادي ليس له اي علاقة بحقوق المورد المعنوية إذ ان عدم قيام البرنامج المعلوماتي بوظيفته التي صنع من أجلها هنا يعد عيبا خفيا يجب اللالتزام بضمانه ، وهذا ماقضت به محكمة استئناف باريس في القرار رقم ٣٩٠ في عام ١٩٩٢ والذي بين بالحكم ما يلي (عدم قيام نظام المعلوماتية بوظيفته المطلوبة بسبب عيب في البرنامج هو عيب خفي إذا كان ذو اثر مباشر على اجهزة الحاسوب)[٢٦].

ولكن مع الاخذ بنظر الاعتبار ان عدم تلبية البرنامج المعلوماتي للعمل المقصود منه قد يوسع فكرة الضمان دون ان يلغيها ففي الاحوال التي لا يحقق البرنامج محل العقد الغرض المتفق عليه فان المورد لا يمكن ان يجبر على التنفيذ العيني وذلك لانه يمس حقوق المؤلف المعنوية لذلك يصار في هذه الحالة إلى المطالبة بالفسخ مع التعويض او بالحالتين معا حسب ما منصوص عليه قانونا .[٢٧]

المطلب الثاني ... تقويم الاتجاه المؤيد لضمان العيب المعلوماتي الخفي .

ازاء الانتقادات التي وجهت إلى الاتجاه الرافض لضمان العيوب المعلوماتية الخفية فاننا نرى ان الاتجاه الثاني هو الاتجاه الراجح اي يجب تطبيق القواعد العامة للضمان على العيوب المعلوماتية وذلك لعدة اسباب ...

١- عدم وجود سبب يمنع ذلك وخصوصا بعد ان علمنا ان الفايروسات التي تصيب البرنامج المعلوماتي سواء كان المورد متعمدا بزرع هذا الفايروس او كان بسبب التصميم منذ البدء وكان من الصعب اكتشافه بالفحص المعتاد او حتى عن طريق المبرمج المختص وذلك بحسب ما ذكرنا مسبقا .

٢- ان تكييف هذه العقود مهما كان يجب ان لايؤثر على التزام المتعاقد أقصد المورد بضمان العيوب الخفية التي تظهر البرامج المعلوماتية ، وذلك لان ما يظهر من عيوب خفية تعني ان هناك اخلا لا بالعقد وبالتالي يحتاج إلى معالجة او تصحيح إذ غير من الممكن ان يبقى العقد المعلوماتي معيب او غير صالح للغرض المتفق عليه .

٣- ان طبيعة عقود برامج النظم المعلوماتية تلزم المورد بضمان العيب الخفي وذلك لانه يتضمن شيئا غير محددا وقت ابرام العقد ولايكتمل الا لحظة التنفيذ ، مما يترتب على ذلك وجوب توافر الضمان حتى يتاكد العميل من انه سوف ينتفع من البرنامج محل العقد انتفاعا هادئا في المستقبل ، خصوصا بعد ان علمنا ان العيوب الخفية يمكن ان تتواجد بشكل واسع في البرنامج المعلوماتي وذلك بسبب زيادة الطلب على البرمجيات بالاضافةإلى السرعة ، وما لهذا من دورين بنفس الوقت ، الأول هو ايجابي والمتضمن بسرعة تنفيذ الالتزام وتحقيق هدف العملاء ، اما الدور الثاني فهو سلبي إذ يتضمن امكانية تواجد العيوب الخفية التي تظهر في المستقبل بسبب السرعة في الانتاج والقدرة على انتاج العدد الاكبر من البرامج وتلبية رغبات العملاء .

وبالتالي انتهى الراي الغالب والذي نميل اليه ايضا إلى القول بوجود ضمان للعيوب الخفية في نطاق عقود المعلوماتية ، وهو ضمان متعلق بالبرامج المعلوماتية حتى لو لم يوجد عيب في المكونات المادية للحاسب الذي يقدمه مصاحبا للبرامج ، وانه يكفي الا يحقق البرنامج الهدف المرجو منه للقول بوجود عيب خفي مؤثر بغض النظر عما إذا كان عملا مبتكرا او إذا كان منقولا معنويا ماديا او ماديا ، او إذا كان البرنامج يكيف على انه عمل ادبي ام اختراع ، وان تكييف عقد توريد البرامج المعلوماتية بانه عقد مقاولة لايعد هو الاخر عقبة امام تطبيق فكرة ضمان العيوب الخفية .

وبالنسبة لموقف التشريعات محل المقارنة فبالرجوع إلى القانون الخاص بالملكية الفكرية الفرنسي [٢٨]ذو الرقم ٨٥-٦٦٠ الصادر في ٣ يوليو عام ١٩٨٥ المعدل فنلاحظ انه كيّف برامج الحاسب الآلي على انها مصنفات ادبية ، بل انه لم يكتف بذلك وانما استبعد خضوعها إلى قواعد حماية براءات الاختراع ، حيث مهد لهذا الاستبعاد بالنص عليه بصورة صريحة في المادة السادسة الفقرة (٢-٣) ، وهذا ما اكده ايضا المشرع الفرنسي في التشريع رقم ٨٥ – ٦٦٠ الصادر في ٣ يوليو عام ١٩٨٥ ليكرس خضوع البرامج المعلوماتية إلى حماية المصنفات الفنية والادبية .[٢٩]وهذا يعني باعتقادنا ان تكييف البرامج المعلوماتية على انها مصنفات ادبية لايمنع صاحبها من التصرف فيها إلى الغير عن طريق التنازل عن الحق المالي دون الحق الادبي الذي يكون غير قابل للتصرف فيه ، وهذا يعني ان مسألة التكييف لهذه العقود سواء كانت بيع او ايجا راو حتى مقاولة لاتؤثر على الالتزام بالضمان إذ يبقى ملتزما بالضمان حتى بعد اكتشاف العيب المعلوماتي من قبل العميل بعد التسليم .

وبنفس الاتجاه ذهب المشرع المصري إذ بالرجوع إلى نص المادة الثانية من قانون حماية المؤلف المصري[٣٠] ذو الرقم ٣٥٤ لعام ١٩٥٤ المعدل والتي نصت على " مصنفات الحاسب الآلي من برامج وقواعد بيانات وما يماثلها من مصنفات تحدد بقرار من وزير الثقافة " ثم جاء التعديل التشريعي على هذا القانون بقانون اخر رقم ٢٩ لعام ١٩٩٤ ليضيف إلى النص السابق عبارة (وتعتبر هذه المصنفات من المصنفات الادبية) ن واخيرا صدر قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ لعام ٢٠٠٢ واستمر بذات النهج في المادة (١٤٠) والتي نصت على " تتمتع بحماية هذا القانون حقوق المؤلفين على مصنفاتهم الادبية والفنية

وبوجه خاص المصنفات الاتية ١- الكتب والكتيبات والمقالات والنشرات وغيرها من المصنفات المكتوبه ، ٢- برامج الحاسب الآلي ....." وهذا يعني ان العقود المعلوماتية تخضع لفكرة الضمان بوصفه عملا ادبيا خاضع لقانون الملكية الفكرية هذا بالاضافةإلى تشبيهه برخصة الاختراع التي تخضع بدورها لفكرة ضمان العيوب الخفية بغض النظر عن التكييف القانوني لهذه العقود سواء بيع ام مقاولة على اعتبار ان قبول فكرة الضمان في هذه العقود يستند إلى ان مورد البرنامج المعلوماتي مسؤول عن جودة العمل ويضمن عيوب الصنعة ، وان الطبيعة الخاصة للبرامج موضوع العقد ليست عقبة في سبيل تطبيق الضمان .

ولم يختلف المشرع العراقي عن القوانين السابقة محل المقارنة إذ بالرجوع إلى نص المادة الثانية من قانون حق المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١ المعدل بموجب أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٤ والتي تنص على " تشمل الحماية المصنفات المعبر عنها بطريق الكتابة او الصوت او الرسم او التصوير او الحركة وبشكل خاص ما يلي : ٢- برامج الكمبيوتر سواء برمز المصدر او الالة التي يجب حمايتها كمصنفات ادبية " .

فسواء تم تكييف تصرف المورد بحقه المالي بيع او ايجار فلايؤثرذلك على التزامه بالضمان في ظل القانون العراقي ، إذ ان المشرع بعد ان نص في القواعد العامة بضمان العيوب الخفية ضمن النصوص الخاصة بعقد البيع [٣١] رجع ونص صراحة على التزام المقاول بضمان العيوب الخفية التي تظهر في العمل بعد تسليمه ، وذلك بالاستناد إلى نص المادة (٨٥٧) من القانون المدني العراقي وهذا يعني ان المورد في ظل القانون العراقي سواء كان بائعا او مقاولا فانه ملتزم بضمان العيوب الخفية تجاه العميل بعد ان يتسلم النظام المعلوماتي .[٣٢]

الخاتمة

بعد ان انتهينا من انجاز موضوع الدراسة الموسوم " موقف الفقه من امكانية ضمان العيوب المعلوماتية الخفية " وبغية الوصول إلى غاية الدراسة لابد من بيان اهم النتائج والتوصيات التي توصلنا لها :

اولا : النتائج

١- لم يعالج المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم ٧٨ لعام ٢٠١٢ العقود المعلوماتية لا من قريب ولا من بعيد وهذا نقص يحسب على التشريع العراقي الامر الذي جعل موضوع الدراسة محل اهتمام الفقه والاختلاف فيه .

٢- يتميز محل العقد المعلوماتي بطبيعته المعنوية (غيرالمادية) ولم يتم معالجة المحل غير المادي ضمن أحكام التشريع العراقي بصورة عامة وانما فقط اقتصر على المحل المادي فقط ، الأمر الذي سبب العديد من الاشكالايات في مجال ضمان العيوب المعلوماتية ، بسبب ذلك .

٣- لم يتفق الفقهاء حتى اليوم على امكانية ضمان العيوب المعلوماتية الخفية اذ انقسموا في ذلك بين مؤيد ومعارض مستندين الى جملة من الاسباب على الوجه المبين في متن البحث .

ثانيا: التوصيات :

بعد ان رجعنا إلى قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي فلم نلاحظ اي اشارة إلى العقود المعلوماتية التي يكون محلها برامج معلوماتية ، لذا سنعرض اهم التوصيات التي رأيناها ضرورية املين ان تكون جديرة بالاعتبار في نظر المشرع العراقي .

١- ندعو المشرع العراقي ان يورد بابا خاصا للعقود المعلوماتية في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ ، يعالج فيه هذا النوع من العقود وكل ما يتعلق به.

٢- نحث المشرع العراقي ان يبين في هذا الباب وبصورة صريحة على امكانية ضمان العيوب الخفية للعقود المعلوماتية وذلك لان الطبيعة غير المادية لمحل هذه العقود لا يجعلها قاصرة عن الحماية بالنسبة للمستهلك ، على اعتبار ان ضمان العيوب الخفية انما وجدت لمصلحة المشتري او العميل المعلوماتي ، فإذا كان المشرع قد كفل ذلك في المحل المادي ، اي انه اعطى الضمان للمشتري العادي ، فانه من الاجدر ان تشمل العميل المعلوماتي لكون المحل هنا ليس من السهل اكتشاف العيوب الخفية التي تعتريه .

هوامش البحث

(١)انظر وائل عزت عبد الهادي مبارك ، المفاهيم المستحدثة للخطأ كأساس للمسؤولية المدنية ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الزقازيق عام ٢٠١٥ ، ص٣١٩ ومابعدها .

(٢)د. حسن عبد الباسط جميعي ، عقود برامج الحاسب الالي ، دار الكتب والوثائق الوطنية ، بغداد ، ٢٠٠٨ ، ص١٣ .

(٣)د. نوري حمد خاطر ، عقود المعلومات، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠١ ، ص٤٨ ومابعدها .

(٤) انظر د. سعد السعيد المصري ، النظام القانوني لبرامج المعلوماتية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٥ ، ص٢٣ ومابعدها .

(٥)انظر د. طارق كاظم عجيل ، ثورة المعلومات وانعكاساتها على القانون المدني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١١ ، ص٢٧٦ وما بعدها .

(٦)مشار اليه في مؤلف د. نوري حمد خاطر ، مرجع سابق ، ص٤٨ ومابعدها .

(٧)وهو ما اكدته محكمة النقض الفرنسية في اكثر من مناسبة ففي القرار رقم ٤ الصادر في ٤ اذار لعام ١٩٨٩ قضت على " الالتزام في عقود المعلوماتية هو التزام ببذل عناية " .

(٨)انظر د. مدحت محمد محمود عبد العال ، الالتزامات الناشئة عن عقود تقديم برامج المعلومات ، مرجع سابق، ص٣٣ ومابعدها .

(٩)انظر د. نزيه محمد الصادق المهدي ،في بعض مشكلات المسؤولية المدنية المعاصرة ، دار النهضة العربية، القاهرة ،٢٠٠٥ ،ص١٠.

(١٠)انظر د. عزة محمود احمد الخليل ، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة القاهرة ،١٩٩٤، ص٧٣ .

(١١) د. مدحت محمد محمود عبد العال ، برامج المعلومات طبيعتها القانونية والعقود الواردة عليها ، ط١ ، معهد دبي القضائي ، الامارات ، ٢٠١٣ ، ص٣٦ .

(١٢)د.احمد عبد العال ابو قرين،ضمان العيوب الخفية وجدواه في بيوع الحاسب الالي،منشأة المعارف،الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص٦٩.

(١٣)محمد فواز المطالقه ، النظام تالقانوني لعقود اعداد برامج الحاسب الالي ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٤ ، ص١٧٦ .

(١٤)د. طارق كاظم عجيل ، مرجع سابق ، ص٢٧٠ .

(١٥)د.مدحت محمد محمود عبد العال ، الالتزامات الناشئة عن عقود تقديم برامج المعلومات ، ص٣٤ .

(١٦) وهنا نود ان نشير الى ان المشرع الفرنسي حاول ان يتدخل لمواجهة هذه المشكلة فاصدر القانون رقم ٩٨- ٣٨٩ في ١٩ ايلول ١٩٩٨ الخاص بالمسؤولية عن المنتجات المعيبة وادخل نصوصه ضمن نصوص القانون المدني في المادة (١٣٨٦-١١) في الفقرة الرابعة على اعفاء المنتج عن المنتجات التي اثبت ان القواعد العلمية والفنية السائدة وقت الانتاج لاتستطيع ان تتوصل لاثبات العيب ، وهذا يعني ان المشرع الفرنسي قد ذهب الى عدم تحميل المنتج مسؤولية عدم القابلية للتطور ، الا ان القضاء الفرنسي ذهب في احد احكامه الحديثة الصادرة من محكمة النقض في باريس وذلك في ٢٧ ايلول عام ٢٠٠٩ الى " الزام مورد البرامج بضمان

كفاءة البرامج للتطور لتواكب ما قد يستجد في المستقبل من تطور نظرا للطبيعة الخاصة لمجال المعلومات وقابليته للتطور السريع ، فهو ملزم بالحفاظ على كفاءة البرامج حتى لاتفقد قيمتها " . انظر في ذلك حسن عبد الباسط جميعي ، مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها المنتجات المعيبة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٦ ومابعدها .

(١٧)وائل عزت عبد الهادي مبارك ، مرجع سابق ، ص٣٢٦ .

(١٨)انظر د. نوري حمد خاطر ، مرجع سابق ، ص٤٩ ، د. طارق كاظم عجيل ، مرجع سابق ، ص٢٣٧ . محمد فواز المطالقه ، مرجع سابق ، ص١٧٧ .

(١٩)وائل عزت عبد الهادي ، مرجع سابق ، ص٣٢٢ .

(٢٠)هذا بالنسبة للتشريعات التي تجعل تخلف الصفه ضمن مفهوم العيوب الخفية كما هو الحال في القانون المدني المصري النافذ في المادة (٤٤٨) .

(٢١)انظر د. عزة محمود الخليل ، مرجع سابق ، ص٩٣ .

(٢٢)د. عزت محمود خليل ، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الالي ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة القاهرة في عام ١٩٩٤ ، ص ٩٢ .

(٢٣)انظر د. سعيد السيد قنديل ، المسؤولية العقدية في مجال المعلوماتية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٤، ص١١ وما بعدها ، ود. نوري حمد خاطر ، مرجع سابق ، ص١٣ .

(٢٤)اذ ان هناك من يرى ان هذه العقود غير شبيهه باي نوع من العقود المسماة وانما عقود ذات طبيعة خاصة ، وهذا هو حال اغلب الفقه الذي يعجز عن اعطاء التكييف القانوني الصحيح فيتلافى المسؤولية بقوله ان هذا العقد هو ذو طبيعة خاصة وهذا ما لانؤيده ولا نحبذه في المعاملات المدنية خصوصا اننا في عصر الحداثة والتطور بحيث تظهر لنا عقود ذات مميزات خاصه ولكن في كل الاحوال يمكن ان تدرج ضمن نوع من انواع العقود وفي اضيق نطاق يمكن ان تكون خاضعة للنظرية العامه في الالتزامات دون اعطائها ذاك الوصف .

(٢٥)انظر . د. حسن عبد الباسط جميعي ، عقود برامج الحاسب الالي ، مرجع سابق ، ص٢٢ .

(٢٦)انظر القرار متاح على الموقع الالكتروني اخر تاريخ للزيارة ٢٠١٨/٩/١٢ .

https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=75306

(٢٧)د. طارق كاظم عجيل ، مرجع سابق ، ص٢٧٢ .

(٢٨)تم تعديل هذا القانون بالقانون رقم ٥٧- ٢٩٨ الصادر في ١١ اذار ١٩٥٧ وحل محله بعد ذلك القانون رقم ٩٢ – ٥٧٩ الصادر في الاول من تموز عام ١٩٩٢ الخاص بالملكية الذهنية ، ثم ادخل عليه المشرع تعديلا في ١٠ ايار عام ١٩٩٤ بالقانون رقم ٩٤ – ٣٦١ تحت تاثير الاتجاه الذي تبنته المجموعة الاوربية في توجيهها الصادر في ١٤ ايار عام ١٩٩١ تحت رقم ٩١ – ٢٥٠ لحماية برامج==المعلومات ثم ادخل تعديلا اخر على قواعد حماية البرامج في ٢٧ اذار عام ١٩٩٧ بالقانون رقم ٩٧ – ٢٨٣ الذي نقل الى قانون الملكية الذهنية احكام التوجيه الاوربي رقم ٩٣ – ٨٣ الصادر في ٢٧ ايلول عام ١٩٩٣ ورقم ٩٣ / ٩٨ الصادر في ٢٩ اكنوبر عام ١٩٩٣ ، واخيرا تم تعديله في الاول من اذار عام ٢٠١٧ .

(٢٩)يذهب راي في الفقه ان سبب حظر حماية برامج المعلومات بطريق براءة الاختراع في التشريع الفرنسي يرجع الى اسباب اقتصادية ، وللرغبة في الحد من سيطرة الولايات المتحدة الامريكية على سوق البرمجيات ، بالاضافة الى وجود صعوبات فنية تجعل من المتعذر التحقق من جدة البرنامج ومدى استحقاقه للبراءة رغم احصائات المنظمة العالمية للملكية الفكرية تشير الى ان نسبة ١% من برامج المعلومات يمكن ان ينطبق عليها شرط الصلاحية للاستغلال الصناعي .

انظر في ذلك د. علي قاسم ، حقوق الملكية الفكرية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص ٤٠ وما بعدها . ود. مدحت محمد محمود عبد العال ، برامج المعلومات طبيعتها القانونية والعقود الواردة عليها ، ط١ ، معهد دبي القضائي ، الامارات ، ٢٠١٣ ، ص ٤٠ ومابعدها .

(٣٠)لم يضع المشرع المصري تكييفا قانونيا لبرامج المعلومات الا منذ صدور القانون رقم ٣٨ لعام ١٩٩٢ والذي ادخلت نصوصه كتعديل للمادة الثانية المتقدمة الذكر .

(٣١)انظر المواد (٥٥٨ – ٥٧٠) من القانون المدني العراقي .

(٣٢)تنص المادة (٨٥٧) من القانون المدني العراقي على "١- متى تم تسليم العمل فعلا او حكما ارتفعت مسؤولية المقاول عما يكون ظاهرا فيه من عيب وعن مخالفته لما كان عليه الاتفاق ، ٢- اما اذا كانت العيوب خفية او كانت المخالفة غير ظاهرة ولم يلحظها رب العمل وقت التسليم بل كشفها بعد ذلك ، وجب عليه ان يخبر المقاول بها بمجرد كشفها ، والا اعتبر انه قد قبل العمل "

المراجع

اولاً... الكتب القانونية

١- د. احمد عبد العال ابو قرين ، ضمان العيوب الخفية وجدواه في بيوع الحاسب الالي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ .

٢- د. حسن عبد الباسط جميعي ، عقود برامج الحاسب الالي ، دار الكتب والوثائق الوطنية ، بغداد ، ٢٠٠٨.

٣- حسن عبد الباسط جميعي ، مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها المنتجات المعيبة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ .

٤- د. سعد السعيد المصري ، النظام القانوني لبرامج المعلوماتية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٥.

٥- . سعيد السيد قنديل ، المسؤولية العقدية في مجال المعلوماتية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٤.

٦- علي قاسم ، حقوق الملكية الفكرية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ .

٧- د. طارق كاظم عجيل ، ثورة المعلومات وانعكاساتها على القانون المدني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١١.

د. مدحت محمد محمود عبد العال ، برامج المعلومات طبيعتها القانونية والعقود الواردة عليها ، ط١ ، معهد دبي القضائي ، الامارات ، ٢٠١٣ .

٨- د. نزيه محمد الصادق المهدي ،في بعض مشكلات المسؤولية المدنية المعاصرة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠٠٥ .

٩- د. نوري حمد خاطر ، عقود المعلومات، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠١.

ثانياً...الرسائل والاطاريح

١- عزت محمود خليل ، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الالي ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة القاهرة في عام ١٩٩٤ .

٢- وائل عزت عبد الهادي مبارك ، المفاهيم المستحدثة للخطأ كأساس للمسؤولية المدنية ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الزقازيق عام ٢٠١٥ .

ثالثاً.... القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

٣- القانون الفرنسي لسنة ١٨٠٤

رابعاً.... القرارات القضائية

١- قرار محكمة النقض الفرنسيرقم ٤ الصادر في ٤ اذار لعام ١٩٨٩ مشار اليه في القانون المدني الفرنسي ، نسخة مترجمة الى اللغة العربية ، بيروت ، ٢٠١٣ .

٢- قرارمحكمة استئناف باريس في رقم ٣٩٠ في عام ١٩٩٢ نظر القرار متاح على الموقع الالكتروني اخر تاريخ للزيارة ٢٠١٨/٩/١٢ .

https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=75306