

Sale of Software in the United Kingdom: Case Study

*Vahid Akefi Ghaziani*¹

1. M.A. in Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.
Email: Vahid_ghazi@yahoo.com



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2021.284569.1646

Received:
2 June 2021

Accepted:
12 August 2021

Published:
22 August 2022



A B S T R A C T

In a case pending in the Court of Appeal in 2018, the judge referred to the rigid UK judicial procedure for dealing with intangible property, which can be traced back to the ambiguous wording of Section 61 of the sale of goods Act, to the relationship of the commercial agents. This extension leads to an appeal and a question to the Court of Justice of the European Union as to whether the software is a goods in relation to trade agents and under the 1986 The Commercial Agents (Council Directive) Regulations. In the present article, while examining some of the most important cases of the British judicial system in dealing with software purchase and sale contracts and counting it as (goods) or intellectual property, the current case is also dealt with and finally, a solution is provided to synchronize the UK

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



judicial system with the advancement of technology and the need for software transactions and support for business agents. This approach is summarized in the development of the concept of chose in possession over digital content along with their physical carrier or the recognition and validity of third right over chose in action and chose in possession. In the first approach, digital content must be sold with a physical carrier, while if the second approach is accepted, there is no need for a physical carrier, and digital content without a carrier can be sold.

Keywords: Software, The Uk Case Study, Sale Contract.

Excerpted from the Master's Thesis in Private Law entitled "Digital Products and the 1980 International Sale Convention" Shahid Beheshti University, Faculty of Law

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Vahid Akefi Ghaziani: Conceptualization, Methodology, Validation, Formal analysis, Investigation, Resources, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Supervision, Project administration.

Competing interests: The author declare that they have no competing interests.

Citation:

Akefi Ghaziani, Vahid. "Sale of Software in the United Kingdom: Case Study" *Journal of Legal Research* 21, no. 50 (August 22, 2022): 435-456.

E x t e n d e d A b s t r a c t

In a case pending in the Court of Appeal in 2018, the judge referred to the rigid UK judicial procedure for dealing with intangible property to the relationship of the commercial agents, which can be traced back to the ambiguous wording of Section 61 of the Sale of goods Act. This extension leads to an appeal and a question to the Court of Justice of the European Union as to whether the software is a goods in relation to trade agents and under the 1986 The Commercial Agents (Council Directive) Regulations. In the present article, while examining some of the most important cases of the British judicial system in dealing with software purchase and sale contracts and counting it as (goods) or intellectual property, the current case is also dealt with and finally, a solution is provided to synchronize the UK judicial system with the advancement of technology and the need for software transactions and support for business agents.

It is noteworthy that in the case mentioned earlier, with the judgment of Judge Waksman in the district court and the judgment of Justice Gloster in the Court of Appeal, he himself shows the full course of English law in the present discussion. Judge Waksman presents the software as a commodity by presenting five arguments and provides an independent interpretation of the business representatives' directive. But on the other hand, Justice Gloster in the Court of Appeal, relying on the same strict English judicial procedure in the face of intangible property, violates the verdict of the district court and states the following in the open court session: I am not persuaded that it is open to this court to impute what many might think was a common-sense meaning of "goods" to the legislators of the Directive in 1986 and the Regulations in 1993 when the Directive was implemented. In this work, first, by examining the historical background of judicial cases in English courts, two realistic and credible approaches are analyzed. In the realistic approach, the courts separate the software and the disk and examine which part of the defect has occurred and only if the mentioned part is the product, the guarantee of the implementation of the law of sale of the product governs it. But in an unrealistic (credit) approach that agrees with the new order and actually values the intentions of the parties and does not separate the software from the disk; The defect spreads one part to the whole product and applies the guarantee of the implementation of the sales law regarding it. For example, in [2009] 2 Lloyd's Rep 599, [2009] EWHC 2655 (QB) Justice Tugendhat adopted a pragmatic approach, and in *Computer Associates UK Ltd v The Software Incubator Ltd* [2018] EWCA Ci v 518 (19 March 2018) Judge Waxman based his decision on the credentialism approach. Both approaches are discussed in detail in the mirror of British jurisprudence. It goes without saying that the present work, by highlighting

the judicial procedure, has made it clear to the reader that it must take a step forward with the development of computer law technology. The 2019 vote is not an example of progress and in this regard has been criticized by a number of legal thinkers of the common law system, especially British law. Ultimately, this led to a question from the European Court of Justice. But why should the narrow interpretation of Article 61 of the Law on Sale of Goods be extended to circulars? In this work, we have proved that there is no obligation or insistence on this action and the courts can interpret and explain these two regulations separately from each other. However, if the jurisprudence allowed the softening of Article 61 of the Sales Law, this article should also be re-read according to the needs of society, and it came to the conclusion that it has lost its support for the concept of goods.

This approach is summarized in the development of the concept of chose in possession over digital contents along with their physical carrier or the recognition and validity of third right over chose in action and chose in possession. In the first approach, digital content must be sold with a physical carrier, while if the second approach is accepted, there is no need for a physical carrier, and digital content without a carrier can be sold.

خرید و فروش نرم‌افزار در رویه قضایی انگلستان

وحید عاکفی قاضیانی^۱

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

Email: vahid_ghazi@yahoo.com

چکیده:

در پرونده‌ای که در سال ۲۰۱۸ در دادگاه تجدیدنظر اقامه می‌شود، قاضی پرونده رویه سخت قضایی انگلستان در خصوص مواجهه با اموال غیرمحمسوس را که منشأ آن را می‌توان عبارات مبهم بخش ۶۱ قانون فروش کالا انگلستان دانست، به رابطه نماینده تجاری و اصیل نیز سرایت می‌دهد. این تسری منجر به فرجام‌خواهی و طرح پرسشی از دیوان دادگستری اتحادیه اروپا می‌شود که آیا نرم‌افزار در رابطه با نمایندگان تجاری و ذیل بخشنامه ۱۹۸۶ نمایندگان تجاری، کالا به شمار می‌رود یا خیر. در جستار حاضر ضمن بررسی بعضی از مهم‌ترین پرونده‌های نظام قضایی انگلستان در برخورد با قراردادهای خرید و فروش نرم‌افزار و احتساب آن به‌عنوان کالا یا مال فکری به پرونده در جریان نیز پرداخته شده است و در آخر راهکاری برای همگام‌سازی نظام‌های قضایی کامن‌لا من جمله انگلستان، با

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز 4.0 Creative Commons Attribution Non-Commercial License منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌ده حقوق



نوع مقاله:
پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2021.284569.1646

تاریخ دریافت:
۱۴۰۰ خرداد ۱۲

تاریخ پذیرش:
۱۴۰۰ مرداد ۲۱

تاریخ انتشار:
۱۴۰۱ مرداد ۳۱



پیشرفت تکنولوژی و نیاز به معاملات نرم‌افزاری و حمایت از نمایندگان تجاری ارائه‌گردیده است. این راهکار خلاصه می‌شود در توسعه مفهوم حقوق عینی بر محتوای دیجیتالی به همراه حامل فیزیکی آنها یا شناسایی و اعتبار حق سومی در مقابل حقوق عینی و دینی. در رویکرد اول محتوای دیجیتالی بایستی همراه با حامل فیزیکی فروخته شود درحالی‌که در صورت پذیرش رویکرد دوم نیازی به حامل فیزیکی وجود ندارد و محتوای دیجیتالی، بدون حامل نیز می‌تواند به فروش رسد.

کلیدواژه‌ها:

نرم‌افزار، رویه قضایی انگلستان، قرارداد خرید و فروش.

برگرفته از پایان‌نامه کارشناسی ارشد گرایش حقوق خصوصی با عنوان «محصولات دیجیتالی و کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰» دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

وحید عاکفی قاضیانی: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، اعتبار‌سنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، مدیریت پروژه.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسنده این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

عاکفی قاضیانی، وحید. «خرید و فروش نرم‌افزار در رویه قضایی انگلستان». مجله پژوهش‌های حقوقی ۲۱، ش. ۵۰ (۳۱ مرداد ۱۴۰۱): ۴۳۵-۴۵۶.

مقدمه

جداسازی نرم‌افزارها از سخت‌افزارها و انواع و اقسام انتقالات نرم‌افزارها از طریق اینترنت، بلوتوث، فلاپی و... سبب شده است تا دادگاه‌ها در تفسیر قرارداد^۱ با مشکل مواجه شوند. افزون بر این مفهوم کالا نیز خود چالش‌هایی را در پی دارد^۲ که در هر مورد قاضی عهده‌دار تشخیص موضوع آن در قرارداد است. برای مثال اگر فردی از فروشگاه دیگری دیدن کند و نرم‌افزاری را از روی قفسه برگزیند و در مقابل پرداخت مبلغی بخرد ممکن است قاضی نرم‌افزار منتقل شده را کالا تلقی کند و احکام عقد بیع کالا^۳ را بر آن بار نماید و مطابق با مقررات قانون بیع کالا ۱۹۷۹^۴ عمل نماید یا اگر فرد نماینده تجاری است مطابق بند ۱ از مقرر^۵ ۲ بخشنامه ۱۹۹۳ نمایندگان تجاری^۶ با پرونده مواجهه کند. اما اگر همین نرم‌افزار توسط همین نماینده یا اصیل به صورت اینترنتی مورد نقل و انتقال قرار گیرد چه‌بسا قاضی چنین برداشتی را نداشته باشد و معامله مذکور را خرید و فروش کالا تلقی نکند. این تفسیر در سطح بین‌المللی نیز فایده‌بخش است برای مثال اگر تهیه نرم‌افزار به‌عنوان خرید و فروش کالا به شمار رود تحت شمول موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت (گات)^۷ و اگر به‌عنوان ارائه خدمات به شمار رود مشمول موافقت‌نامه تجارت خدمات (گاتس)^۸ خواهد بود.^۹ اما گاهی ممکن است در یک نظام حقوقی آن قدر تفاسیری از قراردادهای این‌چنینی به دست آید که نه‌تنها در نگاه

1. Interpreting Contracts

۲. برای نمونه در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا به دلیل آنکه ماهیت نیروی برق از حیث کالا یا کالا نبودن مورد ابهام بود، صریحاً در ماده ۲ استثنا شد. (مهراپ داراب، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی کنوانسیون ۱۹۸۰ وین، جلد ۱ (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۵)، ۸۰) دلیل این ابهام و کالا نبودن را نیز پروفیسور هانولد تشکل یافتن برق از ذرات کوانتوم (مادی بودن) و یا از امواج (غیرمادی بودن) ذکر کرده‌اند. (همايون مافی، مترجم، حقوق متحدالشکل بیع بین‌المللی کالا طبق کنوانسیون ۱۹۸۰ ملل متحد (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۴)، ۷۴). اما با این حال که بیع برق از کنوانسیون استثنا شده است بیع گاز استثنا نشده است (حسین صفایی و دیگران، حقوق بیع بین‌المللی: بررسی کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰، با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه، انگلیس و ایالات متحده آمریکا (تهران: موسسه انتشارات دانشگاه، ۱۳۹۷)، ۱۰) و همچنین بیع نرم‌افزار که به نظر می‌رسد اراده مقنن عدم شمول این مصادیق (گاز و نرم‌افزار) در دایره استثنا ماده دو باشد و همچنان در ذیل عنوان کالا جای گیرند (لااقل از منظر حقوق تجارت بین‌الملل).

3. Sale of Goods

4. Sale of Goods Act 1979

۵. در این مقرر^{۱۰} نماینده تجاری را چنین تعریف می‌کند:

commercial agent” means a self-employed intermediary who has continuing authority to negotiate the sale or purchase of goods on behalf of another person (the “principal”), or to negotiate and conclude the sale or purchase of goods on behalf of and in the name of that principal ...

نماینده تجاری واسطه معاملات است که خود اشتغال است و در خصوص انجام مذاکرات برای فروش یا خرید کالا به نمایندگی از اصیل خود و یا مذاکره و انعقاد فروش یا خرید کالا برای اصیل و به نام اصیل خود اختیار مداوم دارد.

6. The Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993

7. The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)

8. The General Agreement on Trade in Services (GATS)

9. A. Masadeh, “Classification of Software Contract”, *Mounbatten Journal of Legal Studies* 1(1&2) (2005), 1.

اول غیرمنطقی باشد بلکه بسیار کهنه و قدیمی به نظر برسد و بازنگری آن با تمام وجود توسط یک حقوق‌دان، حس شود. وقتی به این وهله رسیدیم دو راه پیش روست: ارائه راهکار برای تفسیر از قرارداد و نوین‌سازی رویکرد کهنه دادگاه‌ها و رفع تعارض آرای مختلف صادره و دومین راهکار تغییر بنیادین در نظام حقوقی از طریق تغییر در قانون ملی. که البته در بحث حاضر هر دو دیدگاه قائلین خود را دارد. فایده این جستار آن است که، اولاً ضمن بررسی مهم‌ترین پرونده‌های نرم‌افزاری حقوق انگلستان به بررسی این مهم می‌پردازد که با چه رویکردی می‌توان نرم‌افزار را با حامل فیزیکی به فروش رساند و ثانیاً وضعیت نمایندگان تجاری در خصوص فروش نرم‌افزارهای دیجیتال به چه نحو می‌باشد؟

از زمان جداسازی نرم‌افزارها از سخت‌افزارها در سال ۱۹۶۹^{۱۰} توسط شرکت آی.بی.ام.^{۱۱} تا به امروز حدود نیم قرن می‌گذرد و اما در همین نیم قرن دادگاه‌های انگلیس در مواجهه با پرونده‌های نقل و انتقال نرم‌افزار رویه‌ای نسبتاً سرسخت و ثابت داشته‌اند. بدین توضیح که نقل و انتقال نرم‌افزار را از طریق اینترنت، خرید و فروش کالا تلقی نمی‌کرده‌اند. این وضعیت کمی در پرونده در جریان دادگاه‌های کشور انگلستان^{۱۲} متغیر می‌شود و قاضی پرونده خانم گلوستر^{۱۳} نرم‌افزار آنلاین تهیه شده را در خصوص نمایندگان تجاری نیز کالا ندانست و نهایتاً پس از فرجام‌خواهی، دیوان عالی این کشور دو پرسش را از دیوان دادگستری اتحادیه اروپا در خصوص بخشنامه ۱۹۸۶ نمایندگان تجاری طرح نمود من جمله آنکه تهیه نرم‌افزار به صورت آنلاین، خرید و فروش کالا به شمار می‌رود یا خیر؟ در این مقاله سعی شده است با محوریت رویه قضایی انگلستان ابتدا رویه دستگاه قضایی این کشور در پرونده‌های مهم نرم‌افزاری تا قبل از پرونده مذکور بیان گردد (بخش اول) سپس به رأی مذکور پرداخته شده و مورد بررسی و نقد قرار گرفته (بخش دوم) در پایان نیز راهکاری برای حل مسأله ارائه شده است تا همگام با پیشرفت تکنولوژی رویه قضایی نیز یک‌سو گام نهد (نتیجه‌گیری).

۱- پیشینه رویه قضایی کشور انگلستان در برخورد با قراردادهای انتقال نرم‌افزار

می‌توان یکی از مهم‌ترین و قدیمی‌ترین دعاوی موجود در نظام قضایی انگلستان را پرونده معروف آلبانس علیه شرکت با مسئولیت محدود اینترنت‌نشال کامپیوترز در سال ۱۹۹۶^{۱۴} دانست. خواهان که مرجعی محلی بوده برای اخذ سرانه مالیاتی از شهروندان پیشنهادهایی را به شرکت‌های کامپیوتری می‌دهد تا قادر باشد پرداخت‌کنندگان مالیات را ثبت نام کند. شرکت با مسئولیت محدود اینترنت‌نشال کامپیوترز این پیشنهاد را به شرط آن پذیرفت که در صورت بروز خسارت مسئولیتی بیش از ۱۰۰۰۰۰

10. Grad, B, Scanning our Past, *Stars: Software Industry Proceedings of the IEEE* 102(8)(2014): 1298.

11. International Business Machines Corporation

12. Computer Associates UK Ltd v The Software Incubator Ltd [2018] EWCA Ci v 518 (19 March 2018)

13. Lady Justice Gloster

14. St Albans City and District Council v International Computers Ltd [1996] 4 All ER 481

پوند نداشته باشد. نهایتاً قرارداد مذکور منعقد شد، اما نرم‌افزار ساخته شده به درستی کار نمی‌کرد و همین مسأله سبب ورود خسارتی به میزان ۱۳۱۴۸۴۶ پوند^{۱۵} به مرجع مسؤوّل جمع‌آوری مالیات شهر آلبانس شد. از این رو مرجع مذکور دعوی نقض معامله علیه شرکت تولیدکننده نرم‌افزار را طرح کرد. هردو طرف استدلالاتی داشتند من جمله آنکه خواننده مدعی بود که اصلاً نقضی صورت نگرفته و آنچه را خواهان می‌خواسته (تهیه نرم‌افزار) صورت گرفته است و ایرادات جزئی نقض به شمار نمی‌رود و همچنین قرارداد مزبور تحت شمول قانون فروش ۱۹۷۹ و همچنین قانون تهیه کالا و خدمات ۱۹۸۲ قرار نمی‌گیرد. قاضی دادگاه بدوی آقای اسکات بیکر^{۱۶} با توجه به استدلالات ذیل نهایتاً به نفع خواهان رأی صادر نمود:

۱- شرط تحدید مسؤوّلیت مطابق بخش‌های ۳، ۶، ۷ و ۱۱ قانون شروط ناعادلانه قرارداد مصوب ۱۹۷۷ باطل است و شرکت کامپیوتری تمام خسارات را باید جبران کند و نه صرفاً تا سقف ۱۰۰۰۰۰ پوند.

۲- نرم‌افزار تهیه شده بر روی دیسک کالا به شمار می‌رود و مشمول مقررات قانون فروش ۱۹۷۹ است.

در این پرونده در واقع قاضی بیکر نتیجه می‌گیرد که قراردادی که برای فروش نرم‌افزار و سخت‌افزار است به‌عنوان یک سیستم یکپارچه می‌باشد و در واقع قراردادی است که نرم‌افزار تحت پوشش آن قرارداد کالا به شمار می‌رود و مشمول مقررات قانون فروش ۱۹۷۹ می‌باشد. همچنین برای تقویت نظر خود به پرونده‌ای در دادگاه استرالیا^{۱۷} استناد می‌کنند. لیکن استدلالی که قاضی بیکر می‌کند بسیار واقع‌بینانه است. ایشان بیان می‌دارند: اگر تهیه نرم‌افزار تهیه کالا به شمار نرود، امر بسیار سخت می‌شود چراکه هیچ مقرره‌ای بر آن حکومت نمی‌کند، به همین خاطر اگر در قرارداد هیچ تصریحی نشده باشد گیرنده نرم‌افزار از هیچ حمایتی برخوردار نخواهد بود. البته این واقع‌بینی قاضی بیکر پرواضح است که نمی‌تواند به دیگر پرونده‌ها سرایت کند زیرا موضوع این پرونده صرفاً نرم‌افزار تهیه شده روی دیسک بوده است.^{۱۸} بعد از فرجام‌خواهی، قاضی دیوان عالی گلیدول^{۱۹} نیز به نظر دادگاه بدوی، قاضی بیکر اشاره می‌کنند و چنین اظهار نظر می‌کنند:

بنده اظهارات قاضی بیکر را در خصوص برنامه‌های کامپیوتری راهگشا یافتیم. ایشان چنین اعلام داشتند که «سخت‌افزار به خودی خود هیچ فایده‌ای ندارد و آنچه بخش مهم یک برنامه کامپیوتری

۱۵. من جمله این خسارات که این مرجع باید در سال مالیاتی بعدی به دولت می‌داد افزایش سرانه مالیاتی بود (به مبلغ ۱۷۹۵۰۰۰) و همچنین سود منافع حاصله از مالیات‌ها در صورتی که اخذ می‌شد. نک. جدول موجود در رأی دیوان عالی کشور:

[1997] FSR 251, [1996] 4 All ER 481, 95 LGR 592, [1996] EWCA Civ 1296, 15 Tr L 444

16. Judge Scott Baker

17. Toby Constructions Products Ltd v Computa Bar (Sales) Pty L.td [1983] 2 NSWLR 48

18. MacDonald, E., "The Council, the Computer and the Unfair Contract Terms Act 1977", *The Modern Law Review* 58(4)(1995), 589. Retrieved January 17, 2021.

19. Sir Iain Glidewell

را تشکیل می‌دهد نرم‌افزار است. برنامه‌ها هستند که به سخت‌افزارها دستور می‌دهند چه کاری انجام دهند.^{۲۰} برنامه در واقع یک الگوریتم و فرمول هست و ضرورت دارد که همواره در یک رسانه فیزیکی وجود داشته باشد...» در خصوص برنامه کمسیس^{۲۱} (نام برنامه خریداری شده) مالکیت برنامه برای شرکت کامپیوتری باقی مانده است و صرفاً مرجع محلی آلبانس مجوز بهره‌برداری نرم‌افزار را مطابق قرارداد کسب کرده است. این خاصیت و ویژگی مشترک این گونه قراردادهاست. در هر صورت برای آنکه نرم‌افزار روی کامپیوتر کدگذاری و بارگذاری گردد بایستی ابتدا به روی رسانه‌ای ملموس مانند دیسک ضبط گردد تا بتواند به کامپیوتر منتقل شود. در طول جلسات دادگاه عبارت نرم‌افزار شامل هر دو عبارت دیسک (رسانه ملموس) که برنامه کمسیس در آن قرار داشته و هم بخش نامحسوس که شامل خود برنامه است، می‌شود. به هر حال برای پاسخ نهایی به سؤال بایستی میان برنامه و رسانه ملموس حامل برنامه تفاوت قائل شویم. قاضی پرونده‌ای که بعد از این پرونده به بررسی آن خواهیم پرداخت متعرض این تفکیک خواهد شد و این تفکیک را صحیح نمی‌داند.

هم در بخش ۶۱ قانون فروش مصوب ۹۷۹^{۲۲} و هم بخش ۱۸ قانون تهیه کالا و خدمات مصوب ۱۹۸۲^{۲۳} کالا شامل هر گونه دارایی شخصی دانسته شده است به جز حق طرح دعوی و پول ... بنابراین تعریف دیسک (بخش ملموس) در تعریف کالا می‌گنجد و در مقابل، برنامه (بخش نامحسوس) مشمول تعریف نمی‌شود.^{۲۴} از این رو اگر رسانه‌ای که حامل برنامه است با قرارداد فروش یا اجاره منتقل شود و برنامه به هر طریقی معیوب از آب در آید و کامپیوتر را قادر نسازد که به هدف خود برسد، آیا این عیب دیسک و رسانه حامل است؟ به بیان دقیق‌تر آیا فروشنده یا اجاره‌کننده دیسک در خصوص کیفیت و تناسب موضوع معامله با شرایط بخش ۱۴ قانون فروش ۱۹۷۹ و بخش ۹ قانون ۱۹۸۲ مذکور محکوم به نقض معامله شده است؟^{۲۵} از جانب شرکت کامپیوتری این چنین استدلال می‌کند که خیر چنین نیست و عیب در برنامه از رسانه ملموس مجزاست و به همین خاطر در مثال زده شده کالا را معیوب نمی‌داند.^{۲۶} نهایتاً قاضی دیوان عالی گرچه خود برنامه رایانه‌ای را کالا تلقی نمی‌کند لیکن با اتکا به ماده ۱۴ قانون فروش ۱۹۷۹ (شروط ضمنی)^{۲۷}، کشف اراده ضمنی

۲۰. علم کامپیوتر نرم‌افزار را مجموعه‌ای از داده‌ها می‌داند که به رایانه دستور انجام یا عدم انجام دستورات را می‌دهد: O Regan, G. *World of Computing, A Primer Companion for the Digital Age* (Switzerland: Springer, 2018), 9.

21. Comcis

22. goods “includes all personal chattels other than things in action and money, and in Scotland all corporeal moveables except money; and in particular” goods” includes emblements, industrial growing crops, and things attached to or forming part of the land which are agreed to be severed before sale or under the contract of sale.

۲۳. با کمی اختلاف در تعبیر همانند قانون فروش مصوب ۱۹۷۹ (در پاورقی پیشنهاد شده است).

24. John Adams, Atiyah, P.S Twigg-Flesner, R Canavan and H MacQueen. *Atiyah's and Adam's sale of goods* (United Kingdom (London): Pearson education limited, 2016), 54.

25. Mr. Dehn

26. [1997] FSR 251, [1996] 4 All ER 481, 95 LGR 592, [1996] EWCA Civ 1296, 15 Tr L 444

27. Implied Terms

طرفین، استدلال قاضی بیکر در این زمینه را تأیید می‌کند و حکم به جبران خسارات حاصله می‌دهد. در پرونده مذکور (آلبانس علیه شرکت کامپیوتری) قاضی گلیدول یک تمایزی بین دو نوع انتقال نرم‌افزار قائل می‌شود، جایی که در مقابل پرداخت مبلغی دیسک حامل و برنامه منتقل می‌شود (که مشمول ضمانت اجراهای قانون فروش است) و موردی که انتقال بدون رسانه ملموس (محسوس) است (که مشمول قانون فروش نیست و ضمانت اجراهای آن نیست)^{۲۸} ... معمولاً کالاها عمده‌داری اشخاص^{۲۹} هستند اما در مقابل بسیاری دیگر از دارایی‌ها وجود دارد (مانند دین، خسارات معوقه، سفته، سهام، کپی‌رایت) که بدان حق طرح دعوی^{۳۰} می‌گویند و در عین حال در قوانین فروش کالا^{۳۱}، کالا محسوب نمی‌شوند.^{۳۲} در واقع حق طرح دعوی بیانگر هرگونه حق شخصی است که صرفاً از طریق طرح دعوی قابل اقامه و دادخواهی است و نمی‌توان با تصرف فیزیکی بر آن سلطه جست. مفهوم مقابل این عبارت اموال شخصی^{۳۳} (مال مورد تصرف)^{۳۴} است که به دارایی‌های فیزیکی اشاره دارند و یا به عبارتی مبین کالا هستند لیکن حق طرح دعوی دارایی غیرفیزیکی است ... و شامل حقوق فکری، سهام و ... می‌شود.^{۳۵}

در پرونده مطروحه نیز همان‌طور که ذیلاً بدان اشاره خواهیم کرد گویی قاضی هر دو مفهوم حقوقی را مد نظر قرار داده و در یک تفصیل نرم‌افزار را مفهومی در حقوق مالکیت فکری و در مفهوم دیگر در حقوق عینی و محسوس لحاظ داشته است. لیکن این تفصیل در خصوص موضوع مورد معامله بود و گاه تفصیل در خود سبب و عنوان معامله رخ می‌دهد.

در پرونده‌ای دیگر که در سال ۲۰۱۱ طرح می‌شود^{۳۶} این تفصیل میان نوع معامله نیز دیده می‌شود. در سال ۲۰۰۶ شعبه انگلیسی شرکت با مسؤولیت محدود آی.بی.ام. طی یک قرارداد متعهد می‌گردد تا برای شورای شهر ساوت وارک بوروگ^{۳۷} یک سیستم مدیریتی داده را فراهم کند و پس از فراهم‌آوری این برنامه خدمات مشاوره‌ای مرتبط با آن را نیز ارائه دهد. هدف اصلی سیستم مذکور هماهنگ‌سازی و مدیریت داده‌های موجود در رایانه‌های شورا بود تا بدین وسیله کلیه اطلاعات مربوط به بخش‌های مختلف اداری، مالیاتی و ... در یک برنامه مدیریت شوند. در واقع هدف این بود که این نرم‌افزار یک پایگاه داده متمرکز برای تمام اطلاعات الکترونیکی مربوط به ساکنان و

28. P. Chapdelaine, *Copyright User Rights Contracts and the Erosion of Property* (Oxford: Oxford University Press, 2017), 16

29. Personal property

30. Chose in Action

۳۱. مانند قانون فروش کالا ۱۹۷۹

32. Ibid

33. Chose in Possession

۳۴. آقائی، بهمن، فرهنگ حقوقی بهمن (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸)، ۲۳۴.

35. S J. Beatson, *Burrows, A. Cartwright, J. Ansons Law Of Contract* (USA: Oxford University Press, 2010), 661.

36. London Borough of Southwark v IBM UK Ltd [2011] EWHC 549 (TCC) (17 March 2011)

37. Southwark Borough

اقامتگاه‌های ساوت وارک باشد.

شرکت آی.بی.ام در همین راستا ابزار جدیدی به نام وب اسفیر^{۳۸} طراحی کرده بود. بحث‌های گسترده‌ای میان طرفین در خصوص بهبود عملکرد سیستم مدیریتی داده‌ها رخ داد که نهایتاً منجر به انعقاد یک قرارداد چهارچوب میان ساوت وارک و آی.بی.ام. شد که از جانب ۳ قرارداد دیگر که سه طرف را به خود درگیر می‌ساخت مورد حمایت قرار گرفت. نتیجه این سه قرارداد توسعه و تولید نرم‌افزاری به نام آرک ایندکس^{۳۹} بود که قرار بود توسط شرکت ارچارد^{۴۰} تولید گردد و این نرم‌افزار به صورت مجزا از وب اسفیر شرکت آی.بی.ام کار می‌کرد. ناگفته نماند در قراردادی که ساوت وارک با آی.بی.ام برای تهیه نرم‌افزار آرک ایندکس منعقد کرد عبارت داخل قرارداد سفارش^{۴۱} بود.

شرکت آی.بی.ام هر دو نرم‌افزار را اواخر آوریل ۲۰۰۷ تحویل داد و مسؤول فنی ساوت وارک اعلام کرد که نصب کاملاً موفقیت‌آمیز بوده است. لیکن از آنجا که حسب قرارداد فی‌مابین ساوت وارک متعهد بوده تا مشخصات نقشه‌برداری را به آی.بی.ام تحویل دهد، تا این شرکت قادر باشد که نرم‌افزار را متناسب با اسناد و داده‌های تکراری علامت‌گذاری و نشانه‌گذاری کند، باوجود این از تعهد خود به ارائه نقشه امتناع می‌ورزد. در نتیجه دو نرم‌افزار مذکور بدان گونه که ساوت وارک خواستار کارایی آن بود، پردازش کافی نداشت. نهایتاً پروژه در تاریخ ۱۳ آگوست ۲۰۰۷ به طور کامل تعطیل شد. در واقع ادعای اصلی خواهان به اظهارات نادرست خوانده به قبل از ژوئن ۲۰۰۶ برمی‌گشت که مرتبط به سه قرارداد و یک قرارداد اصلی متکی بود. همچنین در اظهارات خود شرایط ضمنی عدم تناسب کالا با هدف قراردادی، فقدان کیفیت رضایت‌بخش و شرط ضمنی در خصوص مهلت معقول در تهیه سیستم داده مرکزی در مهلت زمان معقول را اعلام کرد. خواهان همچنین به بخش ۱۴ قانون فروش مصوب ۱۹۷۹^{۴۲} استناد کرد و تمایل به کالا تلقی کردن مورد معامله داشت. اما نهایتاً دادگاه به نفع آی.بی.ام رأی صادر کرد و حکم به خسارات ادعایی را رد کرد.

قاضی آکنهد^{۴۳} اعلام می‌کند: این یک پرسش مبنایی است که باید بدان جواب داد که آیا قرارداد آرک ایندکس قرارداد فروش کالا بوده یا خیر. این پرسش منجر به دو برداشت خواهد شد اول شمول یا عدم شمول بخش ۱۲(۱) قانون فروش کالا ۱۹۷۹، چراکه از شرایط تحقق آن انتقال دارایی کالا است و همچنین منتهی به چنین برداشتی خواهد شد که اصلاً در پرونده مطروحه کالا خرید و فروش شده است یا خیر. به نظر من هیچ انتقال دارایی تحت عنوان قانون فوق‌الذکر (قانون فروش کالا ۱۹۷۹) رخ نداده است. عبارت سفارش این نرم‌افزار، در قرارداد توافق شده و نه فروش آن و همچنین عبارت: تحت لیسانس شرایط شرکت ارچارد که در پیوست نخست قرارداد آمده و همچنین عوض قراردادی

38. Websphere

39. Arcindex

۴۰. طرف سوم در قرارداد چهارچوب.

41. Supply

۴۲. این بخش درباره شروط ضمنی کیفیت و تناسب کالا است.

43. Justice Akenhead

۶۷۰۰۰ پوندی تماماً حاکی از قرارداد لیسانس فی مابین طرفین است. آنچه توسط شرکت آی.بی.ام تهیه شد لیسانسی از جانب شرکت ارچارد برای ساوت وارک بود تا بتواند از نرم‌افزار استفاده کند. بنابراین هیچ‌گونه نقل و انتقال داری در این خصوص واقع نشده است ولو آنکه این لیسانس مطابق پیوست نخست قرارداد لیسانس دائمی بوده^{۴۴} اما به دلیل مفاد بندهای قسمت شرایط قرارداد در پیوست نخست باید آن را لیسانس تلقی نمود. چراکه بعضی از بندهای این قسمت روی این مسأله پافشاری دارند که هیچ‌گونه نقل و انتقال نرم‌افزار رخ نمی‌دهد. مشخصاً بند ۸.۱ قرارداد در خصوص عنوان، کپی‌رایت و سایر حقوق مالکانه نرم‌افزار سخن به میان می‌آورد که مراد این است که مالکیت نرم‌افزار برای شرکت ارچارد باقی مانده است. این استدلال بدان خاطر است که کپی‌رایت از جمله حقوقی شناخته می‌شود که برای مالک خود باقی می‌ماند و استفاده از کلماتی چون عنوان و سایر حقوق مالکانه در کنار کپی‌رایت مبین آن است که این حقوق نیز برای مالک محفوظ باقی می‌ماند. سپس بیان می‌دارند گرچه دیگر ضرورتی به تصمیم‌گیری در خصوص کالا بودن نرم‌افزار نیست مزیداً که ببینیم تحت شمول مقررات قانون فروش کالا ۱۹۷۹ قرار می‌گیرد یا خیر، اما اینجانب در این خصوص نظر تفسیری و تکمیلی خودم را اعلام می‌کنم:

۱- سی دی (دیسک فشرده) ولو آنکه چیزی به روی آن نباشد ارزش بسیار کمی دارد. لیکن هیچ محدودیتی در قانون فروش کالا در مورد کالاهای کم‌ارزش وجود ندارد و هیچ کالایی بدین علت از این قانون مستثنا نشده است. سی‌دی‌های رایانه‌ای اشیای فیزیکی و محسوس هستند و دلیلی وجود ندارد که آنها را کالا قلمداد نکند.

۲- این واقعیت که سی دی تحت تأثیر الکترون قرارداد تا کیفیت‌ها و خصوصیت‌هایی را بدان اضافه کند، یک ویژگی خاصی برای سی دی به شمار می‌رود. بنابراین، اگر مشتری سی دی موسیقی سمفونی بتهوون را بخرد، باید آنچه خریداری شده را کالا تلقی نمود. حال اگر سی دی حاوی نرم‌افزار هم باشد هیچ تفاوتی ندارد.

۳- کالا به جای یک تعریف انحصاری دارای تعریفی جامع و وسیع است. به بیان دیگر قانون مواردی را که به درستی کالا هستند مستثنا نساخته است. از این حیث می‌توان گفت که کالاها صرفاً اموال منقول اشخاص^{۴۵} را در بر نمی‌گیرند. اگرچه ممکن است سی دی موسیقی یا نرم‌افزار نیز در زمره اموال منقول اشخاص قرار داشته باشد.

سپس بیان می‌کنند: همواره باید شرایط قراردادی را که به موجب آن مشتری نرم‌افزار را به دست آورده، سنجید. اگر همانند این پرونده مجوز استفاده‌ای در قبال پرداخت مبلغی در میان باشد واضح است که مالی منتقل نمی‌شود. لیکن اگر توافق طرفین بر انتقال داری نرم‌افزار باشد دلیلی وجود ندارد که موضوع قرارداد برای اهداف قانونی کالا تلقی نگردد. صرفاً یک نظر مخالف در این خصوص وجود دارد که مرتبط است با پرونده مرجع محلی آلبانس علیه شرکت اینترنشنال کامپیوترز.

44. Perpetual Licence

45. Personal Chattel

گرچه در این پرونده موضوع اختلاف با نوع معامله حل و فصل گردید و نهایتاً به نفع شرکت آی.بی.ام. رأی صادر شد لیکن چند نکته قابل توجه است:

اولاً قاضی پرونده بسیار به تفسیر اراده طرفین بها داده است و از استنادات ایشان به پیوست نخست قرارداد و ذکر عباراتی من جمله عبارات مالکیت و ... در کنار کپی‌رایت، این مسأله کاملاً مشخص است. در آخر نیز همین امر در نظر ایشان بازتاب یافته است که اگر طرفین، اراده بر انتقال نرم‌افزار دارند ما نیز آن را انتقال در نظر می‌گیریم زیرا منع قانونی (نکته دوم) در این خصوص نداریم. و اگر لیسانس دانسته‌اند ما نیز لیسانس تلقی می‌کنیم.

ثانیاً قاضی با برداشت موسعی که از عبارت کالا در قانون فروش کالا داشته است و اینکه این عبارت تخصیص چندانی نیافته و عموماً آن کماکان به قوت خود باقی است، به معامله یک پیش‌بینی و اطمینان حقوقی^{۴۶} بخشیده و آن را ذیل چتر قوانین می‌آورد (گرچه نظر ایشان کاملاً تفسیری بود و با لیسانس دانستن قرارداد موضوع را فیصله بخشیدند).

به نظر می‌رسد این دو نکته عمده دلایل برای نیل قاضی آنکند به این نظر تفسیری بوده که البته به خلاف پرونده قبلی تفسیری همسو با نظم نوین تجارت بین‌الملل به شمار می‌رود. بنابراین دو رویکرد تابه‌حال بررسی شد:

۱- رویکرد واقع‌گرا: نرم‌افزار و دیسک را مجزا می‌سازد و بررسی می‌کند که عیب به کدام قسمت وارد آمده و صرفاً اگر قسمت مذکور کالا باشد ضمانت اجراهای قانون فروش کالا را بر آن حاکم می‌داند.

۲- رویکرد غیر واقع‌گرا (اعتباری): که موافق با نظم نوین است و در واقع به قصد طرفین بها می‌دهد و نرم‌افزار را از دیسک مجزا نمی‌سازد و عیب یک قسمت را به کل کالا سرایت می‌دهد و ضمانت اجراهای قانون فروش را در خصوص آن اعمال می‌کند.

در پرونده‌های دیگر که در سال ۲۰۰۹ در انگلستان اقامه گردید^{۴۷} مجدداً با آنکه موضوع پرونده لیسانس نرم‌افزار بوده اما به نظر می‌آید قاضی تمایل به رویکرد اول داشته است. قاضی تاگندهات^{۴۸} در این پرونده به صراحت بیان می‌کنند: نرم‌افزار از جمله اموال فکری به شمار می‌رود و جزء اموال منقول اشخاص نیست اما سخت‌افزار جزء اموال منقول اشخاص است^{۴۹} و در جای دیگر بیان می‌کنند: گرچه ساخت سخت‌افزار امری فرعی نسبت به ساخت نرم‌افزار است اما در پرونده حاضر چنین نبوده و ساخت سخت‌افزار نیز بسیار حائز اهمیت است. با این اوصاف بند یک ماده دوم از مقررات نمایندگی تجاری^{۵۰}، صرفاً در خصوص سخت‌افزار قابلیت اعمال دارد و نه نرم‌افزار.

46. Legal Certainty

47. [2009] 2 Lloyd's Rep 599, [2009] EWHC 2655 (QB)

48. Justice Tugendhat

49. Software is intellectual property, not a chattel, but hardware is a chattel.

50. The Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993

۲- رویه قضایی فعلی کشور انگلستان در برخورد با قراردادهای خرید و فروش نرم‌افزار

در میان رویه سفت و سخت قضایی انگلستان آنچه به نظر بسیار پیشرو این مسیر به نظر می‌رسد، رأیی است که به تازگی از دادگاه بدوی این کشور به قضاوت قاضی گلوستر صادر شده است.^{۵۱} موضوع بدین قرار بوده است که در ماه مارس ۲۰۱۳ شرکت تی.اس.آی.^{۵۲} و شرکت سی.آی.^{۵۳} وارد قرارداد نمایندگی می‌شوند. در راستای این قرارداد شرکت تی.اس.آی. متعهد می‌شود که به‌عنوان نماینده تا ۹ اکتبر ۲۰۱۳ برای اصیل خود (شرکت سی.آی.) به تبلیغ نرم‌افزار شرکت سی.آی. در انگلستان و ایرلند بپردازد. لیکن در ژوئن ۲۰۱۳ مالک شرکت تی.اس.آی. آقای دینتی^{۵۴} با شرکت نرم‌افزاری دیگری به نام اینتیگا^{۵۵} وارد مذاکره می‌شود. سرانجام در تاریخ ۱۶ سپتامبر ۲۰۱۳ قراردادی فی‌مابین دو شرکت منعقد می‌شود که شروطی شبیه به همان قرارداد پیشین (شرکت تی.اس.آی./ و سی.آی./) را دارد. بدین توضیح که شرکت تی.اس.آی./ اکنون بایستی بازاریابی و تبلیغات برای نرم‌افزار شرکت اینتیگا (اصیل دیگر خود را) در انگلستان و ایرلند بر عهده گیرد و این تعهد را از تاریخ ۱ اکتبر ۲۰۱۳ اجرائی نماید. در ۹ اکتبر ۲۰۱۳ شرکت سی.آی. قرارداد فی‌مابین خود و شرکت تی.اس.آی. را به دلیل نقض قرارداد توسط شرکت تی.اس.آی. فسخ می‌کند. علت فسخ مذکور را نیز دو بند از قرارداد می‌داند: ۱- نماینده تمام سعی و تلاش خود را برای ایفای تعهدات قراردادی خود انجام دهد ۲- به امری که به طور مستقیم در رقابت با نرم‌افزار است مشغول نگردد.

متعاقباً شرکت تی.اس.آی. در دادگاه بدوی علیه شرکت سی.آی. (فسخ‌کننده قرارداد) اقامه دعوی جبران خسارات (مطابق بند ۲ ماده ۱۷ بخشنامه ۱۹۹۳ نمایندگان تجاری) و اخذ حق کمیسیون (مطابق ماده ۸ بخشنامه مذکور) می‌کند. چالشی که در این پرونده دیده می‌شود آن است که سی.آی. نرم‌افزارها را برای مشتریان خود از طریق ایمیل فراهم می‌کرده است^{۵۶} و نه روی دیسک با رسانه حامل فیزیکی.^{۵۷} به همین خاطر استدلال‌های وکلای طرفین و قضات دادگاه‌های بدوی^{۵۸} و تجدیدنظر^{۵۹} به طول می‌انجامد. شرکت سی.آی. استدلال می‌کند که نرم‌افزارها به صورت آنلاین تهیه شده بوده و به همین خاطر مشمول بخشنامه مذکور نمی‌شود و هیچ جایی از این بخشنامه تعریفی از عبارت کالا وجود ندارد. از طرفی وکیل شرکت تی.اس.آی. (خواهان بدوی) حق کمیسیون خود را مطابق قرارداد و استناد به موادی چند از بخشنامه مذکور که ناظر به فروش کالا است و

51. Computer Associates UK Ltd v The Software Incubator Ltd [2018] EWCA Ci v 518 (19 March 2018)

52. The Software Incubator Ltd

53. Computer Associates UK Ltd

54. Mr.Dainty

55. Intigua

56. Supply of the Software Via an Email

57. Tangible Medium

58. Judge Waksman

59. Justice Gloster

پیش‌تر ذکر گردید اصرار دارد.

قاضی بدوی به‌طور خلاصه پنج دلیل ذکر می‌کند که نرم‌افزار کالا است و ذیل پرتو مقررات بخشنامه نمایندگان تجاری می‌گنجد:

۱- در مواجهه با بخشنامه‌ها بهتر است تفسیری مستقل از فروش کالا^{۶۰} داده شود و بهره‌گیری از نظریه محض حقوق^{۶۱} صرفاً در این مسیر کمک‌کننده است.

۲- نرم‌افزار در مقررات نمایندگی مانند سایر اموال محسوس است. از این حیث که نرم‌افزار به وضوح در دسته‌بندی محصولات^{۶۲} قرار دارند و نه خدمات^{۶۳} به همین خاطر نیز باید در دسته اموال محسوس تفسیر گردند.

۳- در دنیای مدرن و با توجه به بخشنامه مذکور دیگر نیازی به تقسیم‌بندی محصولات به محسوس یا دارایی منقول^{۶۴} نیست، مخصوصاً که این اموال قابلیت آن را دارند که در یک فضای فیزیکی نصب و اجرا گردند (مانند سخت‌افزار).

۴- هیچ مانعی از تفسیر مذکور در حقوق اتحادیه اروپا، مقررات داخلی و رویه قضایی وجود ندارد.

۵- این مسأله که ماهیت غیرمادی نرم‌افزار غالب است تغییری در موضوع مورد بحث نمی‌دهد و توفیری در نحوه استدلال نخواهد داشت.^{۶۵}

به نظر می‌رسد آنچه سبب خواهد شد من بعد نیز دیگر قضات دادگاه‌های انگلستان غاشیه‌کش استدلال قاضی واکسمن گردند، تمکین ایشان در برابر قانون است.

ایشان در جایی از رأی بدوی خود چنین بیان می‌دارد: در بخش ۶۱ قانون فروش کالا (مصوب ۱۹۷۹) کالا را چنین تعریف داشته که عبارت است از هرگونه دارایی شخصی به غیر از دین و پول. این تعریف شاید به ذهن معنای محسوس بودن را متبادر سازد لیکن تعریف جامع و مانعی نیست.^{۶۶} در ادامه برای تقویت کلام خود شاهدی از ماده ۲ قانون ضمانت‌های مصرف‌کننده نیوزلند مصوب ۱۹۹۳^{۶۷} می‌آورند.

در قانون مذکور ضمن تعریف کالا چنین عبارتی تصریح شده است: کالا عبارت است از هرگونه اموال شخصی از هر نوع (محسوس یا غیرمحسوس) به غیر از پول و دین و در بند ب ذیل شماره ۶ تصریح دارد که برای رفع هرگونه شک برنامه‌های کامپیوتری نیز کالا به شمار می‌روند.^{۶۸}

60. Sale of Goods

۶۱. اشاره به «نظریه محض حقوق» (Pure Theory of Law) هانس کلسن دارد.

62. Product

63. Service

64. Chattel

65. The Software Incubator Ltd v Computer Associates UK Ltd [2016] EWHC 1587 (QB) (01 July 2016)

۶۶. مراد آن است که صرفاً بخشی از اموال را مستثنا کرده است و بدان تصریح داشته است حالی که اگر مصادیق بیشتری داخل استثنا بود به‌طور حتم قید می‌شد.

67. Consumer Guarantees Act 1993

68. goods—(a) means personal property of every kind (whether tangible or intangible), other than money and choses in action; and (b) includes—(i) goods attached to, or incorporated in, any real or personal property:→

به‌هرحال قاضی واکسمن خرید و فروش اینترنتی نرم‌افزارها را در سایه مقررات نمایندگی تجاری (بخشنامه ۱۹۹۳) تلقی کرد و در رأی خود نیز به این مسأله اشاره کرد که اگر قانون دیگری مانند قانون فروش کالا در موضوع محل بحث بود امکان داشت رأی به نحو دیگری صادر شود. نتیجه‌ای نیز از بحث‌های خود می‌گیرند که در بحث حاضر رویه قضایی بسیار اندک است و در عمل هم محدود به موارد خاص است.^{۶۹} که پیش‌تر نیز به چند پرونده از آن اشاره کردیم و نظر قاضی واکسمن را کاملاً تأیید می‌کند.

ذکر این نکته ضروری به نظر می‌رسد که رأی قاضی واکسمن در خصوص عدم تسری وضعیت پرونده‌های پیش‌تر بیان شده در خصوص نمایندگان تجاری و استفاده از نهاد تفسیر قانونی که در اختیار دارد قابل تحسین است و با پیشرفت عرصه تکنولوژی کاملاً موافقت دارد.

لیکن در دادگاه تجدیدنظر این رأی توسط قاضی گلوستر نقض می‌شود و ایشان با توجه به تفکیک قدیمی عبارات کالا، محسوس و غیرمحسوس وضعیت نمایندگان تجاری را نیز شبیه یک خرید و فروش ساده در انگلستان می‌کنند! این نظر در حقوق انگلستان به شدت طرفدار دارد و رویه سرسختی در این خصوص نیز موجود است. البته به‌نحوی که بیان گردید آرای دادگاه‌ها قابل تفسیر هستند و می‌توان آنها را ناظر به لیسانس بودن قرارداد، تفسیری بودن و ... دانست که پیش‌تر به برخی از آنها اشاره شد و قاضی واکسمن نیز چنین نظری داشتند. اما قاضی گلوستر کاملاً با این موضوع مخالف هستند و به وضع الفاظ در زمان اجرایی شدن قوانین اشاره دارند. برای مثال در رأی خود بیان می‌دارند: هنوز بر این مسأله مجاب نشده‌ام که این دادگاه اختیار آن را دارد که آنچه خیلی‌ها گمان دارند درک عمومی از عبارت کالا است را به مقنن سال ۱۹۸۶ (تصویب بخشنامه)^{۷۰} منتسب کند.^{۷۱} سرانجام قاضی گلوستر و دیگر قضات دادگاه تجدیدنظر متفقاً رأی بدوی را نقض می‌کنند و این امر منجر به فرجام‌خواهی محکوم‌علیه (شرکت تی.اس.آی. یا همان نماینده تجاری) می‌شود.

به گفته جاسبر دپلهون^{۷۲} وکیل شرکت سازنده نرم‌افزار (سی.ای.) دیوان عالی کشور در ۲۸ مارس ۲۰۱۹ دقیقاً یک روز قبل از خروج انگلستان^{۷۳} از اتحادیه اروپا وفق قانون خروج از اتحادیه مصوب ۲۰۱۸^{۷۴} جلسه‌ای برای استماع دفاعیات طرفین برگزار می‌کند تا النهایه تشخیص دهد که نرم‌افزاری که از طریق اینترنت تهیه شده است کالا به شمار می‌رود یا خیر.^{۷۵} جلسه استماع ۱ ساعت به طول

(ii) ships, aircraft, and vehicles: (iii) animals, including fish: (iv) minerals, trees, and crops, whether on, under, or attached to land or not: (v) gas and electricity: (vi) to avoid doubt, water and computer software

69. Beale, H. *Chitty on Contracts* (London: Sweet & Maxwell, vol II, 2017), Chapter 44, Section 1,4.

70. Council Directive of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents

71. I am not persuaded that it is open to this court to impute what many might think was a common-sense meaning of “goods” to the legislators of the Directive in 1986 and the Regulations in 1993 when the Directive was implemented

72. Jasbir Dhillon

73. Exit Day

74. the European Union (Withdrawal) Act 2018

75. “Supreme Court decides to refer whether software constitutes “goods” to the Court of Justice of→

می‌انجامد.^{۷۶} بعد از خاتمه جلسه قضات دیوان تصمیم می‌گیرند تا دو پرسش در خصوص بخشنامه نمایندگان تجاری ۱۹۸۶ را از دیوان دادگستری اتحادیه اروپا طرح کنند که یکی از سؤال‌ها به این شرح است:

اگر کپی نرم‌افزار رایانه‌ای به صورت الکترونیکی و نه از طریق رسانه فیزیکی برای مشتریان اصیل نماینده تجاری فراهم گردد، آیا این کپی ذیل مقرر ماده ۱(۲) از بخشنامه نمایندگان تجاری مصوب ۱۹۸۶^{۷۷} کالا به شمار می‌رود یا خیر؟

تا به امروز دیوان دادگستری اتحادیه اروپا به سؤال مذکور پاسخی نداده است اما پاسخ مذکور چه نتیجه‌ای می‌تواند داشته باشد؟

گرچه به موجب حقوق کامن‌لا فهم عرفی از عبارت کالا منصرف به اشیای محسوس و قابل نقل است^{۷۸} لیکن در شرح بخش ۶۱ قانون فروش کالا ۱۹۷۹ می‌توان بهتر به علت آن پی برد. در بخش مذکور کالا به‌گونه‌ای جامع و مانع تعریف نگشته است و همین امر سبب اختلاف شده است که آیا اموال غیرمحسوس جزء حقوق عینی به شمار می‌روند یا دینی.^{۷۹} تاجایی که مفهوم کالا ارتباط تنگاتنگ با حقوق مادی و فیزیکی بر اشیا یافته‌اند که حتی در کتاب‌های آکادمیک نظام حقوقی کامن‌لا به طور صریح اموال غیرمحسوس را از کالاها مستثنا می‌دانند.^{۸۰} در حال حاضر بعضی از کشورهای سرآمد در خانواده حقوقی کامن‌لا مانند آمریکا با تأکید بر تئوری ایده‌آل حقوقی و با نگاهی واقع‌گرایانه فضای مجازی اینترنت را مکان واقعی و محتویات مجازی را اموال مادی در نظر گرفته‌اند.^{۸۱} علاوه بر این نسخه دیجیتالی یک کتاب یا موسیقی یا ... همان عملکرد و منفعت نسخه فیزیکی را دارد و مالک نسخه دیجیتالی دقیقاً همان منافع را دارد که اگر نسخه فیزیکی را خریداری می‌نمود کسب می‌کرد.^{۸۲} رویکرد مذکور با نظم حقوقی تجاری و پیشرفت فناوری انطباق بیشتری دارد و پیش‌بینی می‌گردد دیوان دادگستری اتحادیه اروپا نیز در خصوص نمایندگان تجاری چنین رویکردی را بپذیرد.

the European Union”, Accessed:18/05/2020, <https://www.brickcourt.co.uk/news/detail/supreme-court-decides-to-refer-whether-software-constitutes-goods-to-the-court-of-justice-of-the-european-union>

76. “Computer Associates (UK) Ltd (Respondent) v The Software Incubator Ltd (Appellant)”, Accessed:18/05/2020, <https://www.supremecourt.uk/watch/uksc-2018-0090/280319-am.html>

77. Council Directive 86/653/EEC

78. Fausing Kylkjaer, K. *The applicability of the CISG on transactions of software* (Denmark: Rettid, 2019), 9.

79. Chose in action; Smith, M. leslie, N. *The Law of Assignment* (USA: Oxford University press, 2018), 30.

80. Kudith Tilson, *Consumer and commercial law* (London: Pearson Education, 2016), 45.

۸۱ ابراهیم عبدی پور فرد و مرتضی وصالی ناصح «توسعه مفهوم و مصادیق مال در فضای مجازی مطالعه تطبیقی مالیت داده‌های رایانه‌ای در حقوق اسلام، ایران و کامن‌لا»، *فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب* ۱(۱۳۹۶)، ۱۰۷.

82. Wiank Erlank, “Books, Apps, Movies and Music – Ownership of Virtual Property in the Digital Library”, *European Property law Journal*(2013), 212.

نتیجه‌گیری

هنوز پاسخی از قضات دیوان دادگستری اتحادیه اروپا صادر نشده است اما هر آنچه صادر شود می‌تواند بسیار در زمینه روابط میان نماینده تجاری، اصیل خود و خریداران نرم‌افزاران رایانه‌ای مهم و غیرقابل اغماض باشد. برای مثال حق اخذ کمیسیون توسط نماینده تجاری مطابق ماده ۷ بخشنامه ۱۹۸۶ به رسمیت شناخته شده است و اگر ادعای شرکت سازنده (سی.ای.) در نظر دیوان دادگستری نیز صحیح باشد و نرم‌افزار کالا به شمار نرود نماینده تجاری از مزیت‌های بخشنامه مذکور برخوردار نخواهد بود. به هر جهت از آن حیث که تجارت اموال غیرمحمسوس یک نیاز مبرم اقتصادی به شمار می‌رود و جامعه به هر دلیلی بدان بی‌نیاز نیست^{۸۳} هیچ تغییری از سال ۱۹۷۹ تا به امروز در تعریف کالا در قانون فروش کالا به عمل نیامده است و همواره در میان اغلب نظام‌های کامن‌لا یک درک عمومی نسبت به این معنا وجود دارد که کالا دو خصوصیت دارد: ۱- قابلیت نقل ۲- محسوس بودن، نظام حقوقی انگلستان بایستی همگام با تکنولوژی در محدوده اعمال قوانین خود تغییراتی بدهد. دو راهکار به ذهن نویسنده مقاله می‌رسد:

۱- توسعه مفهوم حقوق عینی بر نرم‌افزارها، در مواردی که اطلاعات به روی دیسک‌های محسوس منتشر شده است. دقیقاً همانند فروش یک کتاب که با وجود اطلاعات غیرمحمسوس فراوانی که دارد و همچنین وجود حقوق معنوی مورد وفاق همگان است که نقل و انتقال آن به‌عنوان بیع محسوب می‌شود. امروزه کمتر معامله‌ای را می‌توان یافت که نتیجه اطلاعات، نیروی کار انسانی نباشد. این استدلال در رویه قضایی نیز بازتاب دارد، برای مثال قاضی دوگلاس در رأی خود در دیوان عالی ایالات متحده آمریکا مثال قرص نان را می‌زند که حاصل نیروی کار انسانی، حرارت و دیگر اشیای غیرمحمسوس است.^{۸۴}

البته پیش‌تر بیان شد که در تعریف کالا کشور نیوزلند^{۸۵} در قانون خود برای ابهام‌زدایی این کار را کرد و عبارت نرم‌افزار را نیز تصریح نمود لیکن اگر مقنن بدین روش اتخاذ مسیر نکند می‌توان از راهکار دوم با توسل به نهاد تفسیر توسط دادگاه اتکا ورزید.

۲- ایجاد یک ماهیت جداگانه و مجزا برای نرم‌افزارها در عرض دو حق عینی و دینی تحت عنوان اطلاعات یا محتویات دیجیتالی.^{۸۶} بدین توضیح که در مقابل حق عینی و مستقیم به روی اموال^{۸۷} و حق دینی و غیرمستقیم^{۸۸} امروزه، عرف حق سومی را اعتبار نموده است تحت عنوان حق بر محتویات دیجیتالی که نیازمند قواعد و مقررات به خصوصی است. و به طور محض نمی‌توان این‌گونه حقوق را جزء حقوق دینی تلقی نمود. و چون در بخش ۶۱ قانون فروش کالا ۱۹۷۹ و بند ۲ ماده ۱ بخشنامه

83. B. Blum, *Examples and explanations for contracts* (U.S: Aspen publishers, 2017), 36.

84. Douglas, W. O. & Supreme Court of The United States. (1944) U.S. Reports: U.S. v. Crescent Amusement Co., 323 U.S. 173

85. Consumer Guarantees Act 1993

86. Digital Content

87. Chose in Possession

88. Chose in Action (Things in Action)

نمایندگان تجاری ۱۹۸۶ تعریفی از آن به عمل نیامده است و صرفاً در قانون فروش کالا از عبارت حقوق دینی استفاده کرده است، بنابراین نرم‌افزار به‌عنوان حق سومی از استثنای عبارت مذکور خارج و مشمول عنوان کالا است. می‌توان شاهد این مدعا را قانون حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۲۰۱۴^{۸۹} دانست که در مواد ۳۳-۴۷ از محتویات دیجیتالی، بدون هیچ‌گونه تمایز میان محسوس بودن و غیرمحسوس بودن از این اموال یاد می‌کند. شایان ذکر است رویکرد اول صرفاً در خصوص اطلاعات منتشره بر روی دیسک، فلاپی، سی دی و یا هر رسانه حامل به دلیل آنکه شرط منقولیت را در بخش ۶۱ قانون فروش محفوظ می‌دارند و از حیث غایت هیچ تفاوتی با سایر اشیای موجد حقوق معنوی مثل کتاب، روزنامه، مقاله و ... ندارند قابلیت دفاع دارد. لیکن رویکرد دوم گستره وسیع‌تری را پوشش می‌دهد و شامل هرگونه نقل و انتقال محتوای دیجیتالی چه با رسانه حامل فیزیکی و چه بدون آن می‌شود.

89. Consumer Rights Act 2014

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

- آقائی، بهمن. فرهنگ حقوقی بهمن. تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸.
- داراب پور، مه‌راب. تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی کنوانسیون ۱۹۸۰ وین. تهران: گنج دانش، ۱۳۹۵.
- صفایی، حسین، محمود کاظمی، مرتضی عادل و اکبر میرزانزاد. حقوق بیع بین‌المللی: بررسی کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه، انگلیس و ایالات متحده آمریکا. ویرایش دوم. تهران: موسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۷.
- عبدی پور فرد، ابراهیم و مرتضی وصالی ناصح. «توسعه مفهوم و مصادیق مال در فضای مجازی مطالعه تطبیقی مالیت داده‌های رایانه‌ای در حقوق اسلام، ایران و کامن‌لا». فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب (۱۴) (۱۳۹۶): ۸۵-۱۱۲.
- مافی، همایون. حقوق متحدالشکل بیع بین‌المللی کالا طبق کنوانسیون ۱۹۸۰ ملل متحد. تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۴.

ب) منابع خارجی

Books and Articles

- Acts & Directives
- Adams, John. Atiyah, P.S Twigg-Flesner, R. Canavan and H MacQueen. *Atiyah's and Adam's sale of goods*. 13th Ed. UK: Pearson education limited, 2016.
- Beale, Hugh. *Chitty on Contracts*, 32nd Ed. London: Sweet & Maxwell, vol II, 2017.
- Beatson, S J. Burrows, A. Cartwright, J. Ansons. *Law of Contract*. 29th Ed. NYC: Oxford University Press, 2010.
- Blum, Brian A., *Examples and explanations for contracts*. U.S: Aspen publishers, 2017.
- Bridge, Michael. *Personal Property Law*, 4th Ed. UK: Oxford University Press, 2015.
- Chapdelaine, Pascale. *Copyright User Rights Contracts and the Erosion of Property*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Consumer Guarantees Act 1993 (New Zealand legislation)
- Council Directive of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents (86 / 653 /EEC)
- Erlank, wiank. "Books, Apps, Movies and Music – Ownership of Virtual Property in the Digital Library" *European Property law Journal* 2(2)(2013): 194-212.
- Fausing Kykjaer, Kristina. *The applicability of the CISG on transactions of software*. Denmark: Rettid, 2019.
- Grad, Burton. "Scanning Our Past, Stars: Software Industry" *Proceedings of the IEEE* 102(8)(2014): 1296-1303.
- MacDonald, Elizabeth. "The Council, the Computer and the Unfair Contract Terms Act 1977." *The Modern Law Review* 58(4)(1995): 585-594.

- Masadeh, Aymen. "Classification of Software Contract". *Mountbatten Journal of Legal Studies* 1(1&2)(2005): 4364.
- O Regan, Gerard. *World of Computing, A Primer Companion for the Digital Age*. Switzerland: Springer, 2018.
- Sale of Goods Act 1979
- Smith, Marcus and Nico leslie. *The Law of Assignment*. 3rd Ed. USA: Oxford University Press, 2018.
- The Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993.
- the European Union (Withdrawal) Act 2018.
- Tilson, Kudith. *Consumer and Commercial Law*. 4th Ed. London: Pearson Education, 2016.

Cases

- St Albans City and District Council v International Computers Ltd [1996] 4 All ER 481
- [1997] FSR 251, [1996] 4 All ER 481, 95 LGR 592, [1996] EWCA Civ 1296, 15 Tr L 444
- Toby Constructions Products Ltd v Computa Bar (Sales) Pty L.td [1983] 2 NSWLR 48
- *Accentuate Ltd v Asigra Inc* [2009] 2 Lloyd's Rep 599, [2009] EWHC 2655 (QB)
- Computer Associates UK Ltd v The Software Incubator Ltd [2018] EWCA Ci v 518 (19 March 2018)
- *Computer Associates UK Ltd v The Software Incubator Ltd* Case No: A3/2016/3823
- London Borough of Southwark v IBM UK Ltd [2011] EWHC 549 (TCC) (17 March 2011)
- Douglas, W. O. & Supreme Court of The United States. (1944) U.S. Reports: U.S. v. Crescent Amusement Co., 323 U.S. 173

Websites

- "Computer Associates (UK) Ltd (Respondent) v The Software Incubator Ltd (Appellant)", Accessed 18/05/2020, <https://www.supremecourt.uk/watch/uksc-2018-0090/280319-am.html>
- "Computer Associates (UK) Ltd (Respondent) v The Software Incubator Ltd (Appellant)", Accessed 18/05/2020, <https://www.brickcourt.co.uk/news/detail/supreme-court-decides-to-refer-whether-software-constitutes-goods-to-the-court-of-justice-of-the-european-union>