

## بررسی کاربردی قراردادهای شرینک‌رپ و کلیک‌رپ

سیدسجاد سیدجعفری\*

کارشناس ارشد حقوق مالکیت فکری دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

محمدحسن صادقی مقدم

استاد گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۶/۲۹ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۱/۱۱/۹)

### چکیده

سرعت مبادلات الکترونیکی به شکل‌گیری نوع جدیدی از قراردادهای نرم‌افزاری موسوم به قراردادهای مجوز بهره‌برداری کاربر نهایی یا قراردادهای حق امتیاز کاربر نهایی انجامیده است. اعتبار این قراردادها در کشورهایی مانند امریکا همواره با شک و تردید روبه‌رو بوده و هنوز رویه ثابتی در قبال آن اتخاذ نشده است. شروع آن با قراردادهای شرینک‌رپ و کلیک‌رپ بود و قرارداد پروزرپ آخرین نوع توسعه یافته آن‌ها شمرده می‌شود. قراردادهای شرینک‌رپ معمولاً با باز کردن پوشش پلاستیکی پکیج نرم‌افزاری یا با استفاده از محصول شکل می‌گیرد. قراردادهای کلیک‌رپ با کلیک کردن بر کلمه «می‌پذیرم» منعقد می‌شود. اعتبار این قراردادها و شروط مندرج در آن که ممکن است با حقوق مصرف‌کننده در تضاد باشد، همواره محل بحث و تبادل نظر است. در این مقاله سعی شده است، اعتبار این قراردادها و شروط مندرج در آن، در حقوق ایران، با توجه به مصالح ملی بررسی شود و راهکاری مناسب برای انعقاد این قراردادها معرفی گردد.

### واژگان کلیدی

شرینک‌رپ، قرارداد امتیاز، کاربر نهایی، کلیک‌رپ، نرم‌افزار.

## ۱. مقدمه

قسمت عمده‌ای از صنعت نرم‌افزار، مربوط به تولید و توزیع نرم‌افزار برای کاربران نهایی در سطح انبوه است. سازوکارهای این شیوه توزیع نیز اقتضات خاص خودش را دارد. تولیدکنندگان نمی‌توانند برای انعقاد قرارداد به‌طور مستقیم با تک‌تک کاربران وارد مذاکره و چانه‌زنی شوند، از این‌رو از قراردادهای امتیاز آماده یا پیش‌نوشته استفاده می‌کنند. بسیاری از این قراردادهای امتیاز در فضای مجازی منعقد می‌شوند و بخش عمده‌ای از تجارت الکترونیک را تشکیل می‌دهند. قراردادهای نرم‌افزاری متنوع‌اند، ولی آنچه در این مقاله بررسی می‌شود، صرفاً قراردادهای امتیازی است که با کاربران نهایی منعقد می‌شود و عموماً به سه دسته تقسیم می‌شوند: قراردادهای امتیاز شریک‌رپ<sup>۱</sup>، کلیک‌رپ<sup>۲</sup> و بروزرپ<sup>۳</sup>.

نخست لازم است توضیح داده شود به اعتبار اینکه قراردادهای در فضای اینترنت انجام می‌شوند یا خیر، به قراردادهای برخط<sup>۴</sup> و برون‌خط<sup>۵</sup> تقسیم می‌شوند. قراردادهای برخط، قراردادهایی هستند که مشتری نرم‌افزار را از طریق اینترنت می‌خرد و قیمت آن را اینترنتی پرداخت می‌کند. اگر همین معامله به صورت شفاهی یا کتبی انجام شود، دیگر برخط نخواهد بود، بلکه به صورت برون‌خط انجام شده است (حسن پور، محمد مهدی، نک: [http://www.hoghooghghanan.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1227:1389-04-09-04-48-39&catid=82:1388-10-28-10-41-38](http://www.hoghooghghanan.com/index.php?option=com_content&view=article&id=1227:1389-04-09-04-48-39&catid=82:1388-10-28-10-41-38)، آخرین بازدید: ۱۳۹۰/۷/۲۵، ص ۸).

در قراردادهای شریک‌رپ، معمولاً شروط قراردادی از پشت پلاستیک قابل رؤیت است و باز کردن پلاستیک یا بسته نرم‌افزاری به معنای قبول شروط قراردادی است. به دلیل طولانی بودن قرارداد حق امتیاز، در پشت پلاستیک نوشته‌ای به صورت برجسته یا با فونت درشت قرار می‌دهند که مشتری را متوجه شروط کامل قرارداد امتیاز که در داخل پکیج نرم‌افزاری وجود دارد، می‌کند. در قراردادهای کلیک‌رپ، کاربر قبل از دانلود یا نصب برنامه، با کلیک بر روی عبارت «من موافقم» موافقت خود را با شروط قراردادی اعلام می‌کند.

به‌طور معمول کسی شروط قراردادی را نمی‌خواند و این باعث ایجاد یک چالش حقوقی می‌شود؛ آیا می‌توان کسی را ملزم به قراردادی دانست که از آن بی‌اطلاع است. از آنجا که همیشه تولیدکننده قدرت قراردادی بیشتری دارد، اطلاع نداشتن مصرف‌کنندگان از شروط قراردادی این گمان را ایجاد می‌کند که قراردادهای حق امتیاز یک‌طرفه، ابزاری در دست شرکت‌های قدرتمند است تا بتوانند شروط ناعادلانه‌ای به مصرف‌کنندگان تحمیل کنند. حتی

---

1. Shrink Wrap  
2. Click Wrap  
3. Browse Wrap  
4. Online  
5. Offline

اگر هم شروط قراردادی به‌طور کامل از سوی مصرف‌کننده رؤیت شود، درک آن گاهی هزینه‌ای بیش از خود محصول دارد. جملات طولانی و اصطلاحات حقوقی و دشوار مانع فهم کامل قرارداد می‌شود.

مسئله مهم دیگر، شروط محدودکننده این قراردادهاست. تقریباً تمامی این قراردادها شامل شروطی هستند که استفاده مجاز یادشده در قوانین را با محدودیت روبه‌رو می‌کنند؛ مانند شروطی که استثنائات وارد بر حقوق صاحبان اموال فکری را نادیده می‌گیرند، مثل شرط مهندسی معکوس یا حق تولید سازگار. همچنین بعضی اوقات استفاده از قلمرو عمومی را با محدودیت روبه‌رو می‌سازند. تمامی این مسائل دست به دست هم می‌دهند تا اعتبار این قراردادها را به‌طور کلی یا جزئی با تردید مواجه سازند. کشورهایی که پیش‌تاز صنعت نرم‌افزارند و قراردادهای نرم‌افزاری مسئله مبتلابه آن‌هاست، نمونه خوبی برای بررسی چالش‌های حقوقی این قراردادها هستند؛ ولی در این کشورها هم هنوز رویه کاملاً واحد و مشخصی در خصوص اعتبار این قراردادها وجود ندارد و باید هر نمونه حقوقی را با توجه به شرایط خاص آن بررسی کرد.

## ۲. ویژگی‌های قراردادهای حق امتیاز کاربر نهایی

قبل از پرداختن به این قراردادها، نخست باید با قراردادهای حق امتیاز کاربر نهایی، شروط، محدودیت‌ها، معایب و مزایای آن به‌طور کلی آشنا شویم. از طرفی قراردادهای شریک‌رپ را می‌توان مادر این‌گونه قراردادها دانست. چون از لحاظ محتوا نسبتاً با دو نوع دیگر یکسان است و می‌توان به نوعی آن دو نوع دیگر را تکامل یافته قراردادهای شریک‌رپ دانست. تنها ممکن است از لحاظ اعتبار، تفاوت‌هایی داشته باشند. ویژگی‌هایی که ذکر خواهد شد از چالش‌های حقوقی این قراردادها شمرده می‌شوند.

### ۲.۱. یک‌طرفه بودن قرارداد

قراردادهای الحاقی، معاملات تجاری را آسان‌تر، و در وقت و هزینه صرفه‌جویی می‌کنند. این یعنی یکسری از شروط، ثابت و غیرقابل چانه‌زنی هستند. شرکت‌ها نیز دریافته‌اند که استفاده از این قراردادهای استاندارد راحت‌تر است، زیرا چانه‌زنی و بحث بر سر شروط قراردادی را غیرعملی می‌سازد (Kim, Nancy S, 2010, p.1). بسیاری از محققان معتقدند که قراردادهای الحاقی ناعادلانه‌اند، زیرا ابزاری هستند در دست شرکت‌های حاکم بر بازار، تا شرایط و محدودیت‌های بسیاری را بر مصرف‌کنندگان تحمیل کنند (Marotta, Florencia, 2008 p.33 and Maxeiner, James R, 2003, p.4). باوجود تردیدهایی که درباره این قراردادها وجود دارد

قراردادهای امتیاز نرم‌افزار رشد چشمگیری داشته‌اند (Robert L. Oakley, 2005-2006, p.1047). به‌طور عمده به دو دلیل ممکن است این قراردادها ناعادلانه به‌نظر برسند: تقارن نداشتن اطلاعات در خصوص قرارداد و نبود رقابت در کیفیت قرارداد.

## ۱.۱.۲. ۱. عدم تقارن اطلاعات در خصوص قرارداد

مصرف‌کنندگان به دلایل زیر از آنچه در این قراردادهاست بی‌اطلاع‌اند:

**الف) هزینه آگاهی از مفاد قرارداد.** سر درآوردن از شروط پیچیده و اصطلاحات حقوقی کار آسانی نیست و نیازمند صرف وقت و هزینه است. این هزینه تنها در جایی توجیه‌پذیر است که قیمت بالا یا حجم بالای نرم‌افزار، آن را توجیه کند که این امر معمولاً در قراردادهای موضوع بحث ما کمتر رخ می‌دهد. زیرا این نرم‌افزارها به تعداد بالا و قیمت پایین در اختیار عموم قرار می‌گیرند و درحقیقت این هزینه می‌تواند به عنوان یک مانع برای درک درست قرارداد و مفاد آن تلقی شود.

**ب) رؤیت نشدن قرارداد.** مصرف‌کنندگان و کاربران اغلب حساسیتی نسبت به شروط قرارداد ندارند و فقط قیمت آن را مد نظر دارند. حتی اگر قرارداد، مصرف‌کننده را ملزم به خواندن آن کند، مصرف‌کننده ممکن است از آن صرف نظر کند و قراردادی را انتخاب کند که در آن چنین الزامی وجود نداشته باشد. اطلاع نداشتن مصرف‌کنندگان از مفاد قرارداد و حساس بودن آن‌ها نسبت به قیمت، باعث می‌شود که تولیدکنندگان تنها بر سر قیمت رقابت کنند و بازار رقابتی در زمینه شروط قرارداد از بین برود. در صورتی که اگر این عدم تقارن وجود نداشته باشد حتی با وجود قراردادهای یک‌طرفه و الحاقی، بازار رقابتی در زمینه شروط قرارداد به‌وجود خواهد آمد و تولیدکنندگان بر سر شرایط بهتر و جذاب‌تر، از دیدگاه مصرف‌کننده، رقابت می‌کنند و به این صورت، شروط قرارداد به نفع مصرف‌کننده تعدیل می‌شود.

قانون تجارت الکترونیکی ایران (مصوب هفدهم دی ۱۳۸۲ مجلس شورای اسلامی) مقارن با هفتم ژانویه ۲۰۰۴ (۸۱ ماده دارد). هدف آن هماهنگ کردن مشکلات تجارت الکترونیک در یک چارچوب مشروع ملی و بین‌المللی است. این قانون در شش فصل به تبادل ایمن داده‌ها و اطلاعات از طریق واسطه‌ها و فناوری‌های جدید می‌پردازد. برابر ماده ۶۲ این قانون، حق تکثیر، اجرا و توزیع (عرضه و نشر) آثار تحت حمایت قانون حمایت از حقوق و پدیدآورندگان نرم‌افزارهای یارانه‌ای مصوب چهارم دی ۱۳۷۹ به صورت «داده پیام» می‌باشد.

حمایت از مصرف‌کننده یکی از موضوعات فصل سوم قانون تجارت الکترونیکی ایران به‌شمار می‌رود که بر سه رکن اساسی استوار است: ۱. حق ارائه اطلاعات کامل؛ ۲. حق انصراف؛ ۳. حق حمایت از مصرف‌کننده در برابر شروط قراردادی غیرمنصفانه.

حق ارائه اطلاعات، تمام جوانب رابطه قراردادی و به طور خاص خصوصیات کالا و خدمات ارائه شده، تمام اطلاعات مرتبط با تولیدکننده و کلیه شروط و ضوابط عقد را با در نظر گرفتن حق انصراف پوشش می دهد. حق ارائه اطلاعات مشابه در فصل دوم قانون در خصوص قواعد تبلیغ کالا و خدمات ارائه شده از طریق اینترنت پیش بینی شده است.

#### ۲.۱.۲. نبود رقابت در کیفیت قرارداد

اگر نبود رقابت به علت انحصار در بازار یا غلبه بر بازار به وسیله کسب سهام عمده بازار باشد، دادگاه در صورت معقول نبودن بعضی از شروط، به طور حتم به آن استناد خواهد کرد؛ برای مثال در دعوی Henningsen علیه Bloomsfield Motors دادگاه در ابطال یک شرط ضمانت بسیار محدودکننده، به این قضیه استناد کرد که در آن بازار خاص، فقط سه تولیدکننده وجود دارد که نود درصد بازار را تصاحب کرده اند. خریدار گزینه های زیادی برای انتخاب قرارداد با شرایط مناسب تر ندارد و ناچار است به این شرایط گزاف تن بدهد (Marotta, Florencia, Op Cit, p.13). البته در یک تحقیق تجربی نشان داده شده است که شرایط رقابتی در اصل به کیفیت قراردادها مربوط نمی شود و رقابت، کیفیت آنها را تضمین نمی کند. شرکت هایی که بر بازار حاکم بودند یا سهم بازاری عمده ای داشتند، همان محدودیت هایی را تحمیل می کردند که شرکت های کوچک تر (Ibid, p.33). این نتیجه می تواند در تصمیم گیری قضاتی که در بررسی ناعادلانه بودن شروط قرارداد، سهم عمده ای را برای نقش بازار قائل اند، تردید جدی ایجاد کند. در نهایت به نظر می آید این قراردادها به صرف یک طرفه بودن و الحاقی بودن، ابزاری در دست حاکمان بر بازار نیست. آنچه که ممکن است این قراردادها را ناعادلانه جلوه دهد، مولود شرایط دیگری است که باعث می شود کارایی این گونه قراردادها کمتر شود.

#### ۲.۲. قرارداد حق امتیاز، قرارداد فروش نیست

در بیشتر قراردادهای حق امتیاز کاربر نهایی، این شرط آمده است که این نرم افزار به شما فروخته نشده، بلکه حق امتیاز استفاده از آن به شما واگذار شده است. بیشتر مردم نمی دانند وقتی یک کپی از این گونه نرم افزارها را می خرند، درحقیقت مالک چیزی نمی شوند و فقط می توانند به طور مشروط از آن استفاده کنند. اینکه شما با خریدن یک کپی از این نرم افزارها، مالک چیزی نمی شوید و فقط به شما یک مجوز استفاده از نرم افزار اعطا می شود، دارای دو اثر مهم حقوقی است که بررسی آن به درک کامل این موضوع کمک می کند.

## ۲.۲.۱. اعمال نشدن تئوری اولین فروش

وقتی کپی نرم‌افزار فروخته می‌شود، خریدار می‌تواند آزادانه آن را بفروشد یا اجاره دهد، چون مالک یک کپی از نرم‌افزار است، ولی درعین حال نمی‌تواند آن را تکثیر کند و بفروشد، برای اینکه نرم‌افزار یک مال فکری تحت حمایت قوانین کپی‌رایت است. اما هنگامی که گفته می‌شود این نرم‌افزار به شما فروخته نشده، بلکه حق امتیاز استفاده از آن به شما واگذار شده است، موضوع فرق می‌کند. «تئوری اولین فروش در اینجا اعمال نمی‌شود. چون شما مالک چیزی نیستید و چیزی به شما فروخته نشده است»، به عبارتی، خریدار فقط یک نسخه از آن را خریده است، نه تمام حقوق متعلق به آن را (کلود، کلمبه، ۱۳۸۵، ص ۴۴)؛ بنابراین مؤلف، حق کنترل بیشتری بر نرم‌افزار دارد و می‌تواند شما را از اجاره یا فروش مجدد آن منع کند ( Spooner, Scott J, 2001, p.p.2-3). این کار دو دلیل عمده دارد:

**الف) بازیافت هزینه‌ها.** برای نوشتن یک نرم‌افزار گاه ممکن است میلیون‌ها دلار هزینه شود. درحالی که وقتی این نرم‌افزار به دست کاربر نهایی می‌رسد فقط چند صد دلار قیمت دارد. حال اگر کاربر این اجازه را داشته باشد که آن را اجاره دهد یا بفروشد، یک بازار موازی با تولیدکننده به وجود می‌آید که این باعث می‌شود شرکت سرمایه‌گذار نتواند هزینه‌هایی را که در این راه صرف کرده است، بازیافت کند. «امروزه شرکت‌هایی به وجود آمده که کار آن‌ها فقط اجاره دادن برنامه‌های رایانه‌ای می‌باشد و با توجه به قیمت نازل آن، از اقبال خوبی برخوردارند. کاربران، بیشتر ترجیح می‌دهند نرم‌افزار را اجاره کنند تا بخرند و به دلیل همین اقبال، سود زیادی عاید این مؤسسات می‌شود» (صادق نشاط، ۱۳۸۹، ص ۱۵۱). ماده ۷ کنوانسیون حق مؤلف واپس اعلام می‌کند که پدیدآورندگان برنامه‌های رایانه‌ای، دارای حق انحصاری در تجویز اجاره کپی یا اصل کارشان به صورت تجاری هستند.

**ب) تمایل تولیدکننده به دسترسی نداشتن بعضی از کاربران.** گاهی اوقات تولیدکننده مایل نیست نرم‌افزارش در دسترس هر کاربری قرار گیرد؛ برای مثال ممکن است دسترسی بعضی از کاربران به نرم‌افزار، آن را در خطر مهندسی معکوس یا افشای کدهای منبع<sup>۱</sup> قرار دهد یا احتمال دارد بعضی از کاربران از پرداخت قسمتی از هزینه‌های نرم‌افزار ناتوان باشند؛ این است که در قراردادهای مجوز بهره‌برداری، فروش یا اجاره نرم‌افزار به صراحت ممنوع شده است. بعضی آن را فقط در صورت کسب اجازه کتبی از ناشر ممکن می‌دانند. البته گاهی دادگاه احتمالاً به دلیل بعضی شرایط مجوز بهره‌برداری، از جمله دائمی بودن آن از نظر مدت یا یکجا

۱. Source Code راهنمایی‌ها یا تقریراتی که به شکل قابل رؤیت به زبان اسمبلی یا سطح بالای برنامه‌نویسی نوشته می‌شود.  
رک. Bond, Robert T J, Op. Cit, p.49.

پرداخت کردن، آن را فروش تشخیص داده است. عنوانی را که طرفین به قرارداد خود می‌دهند مهم نیست؛ مهم این است که درحقیقت چه اتفاقی افتاده است. البته این تصمیم احتمالاً تأثیرات محدودی خواهد داشت (Phillips, Douglas E, 2009, p.p.25-26 and Fransworth, Todd; ) (2010, p.1).

### ۲.۲.۲. مجوز استفاده از کپی‌های ضروری

وقتی گفته می‌شود این نرم‌افزار حق امتیازش به شما واگذار گردیده و فروخته نشده به این معناست که شما حتی مالک یک نسخه از کپی آن هم نیستید. در نتیجه اجازه ندارید آن را کپی کنید. اگر مسئله فقط کپی کردن غیر مجاز نرم‌افزار بود، نیاز به تصریح این شرط در قرارداد امتیاز احساس نمی‌شد. چون قوانین کپی‌رایت این اجازه را به کسی نمی‌دهد؛ مگر در استثنای قانونی. لازم به توضیح است که برای آنکه برنامه‌ای اجرا شود، چه از روی حامل‌های مغناطیسی، چه فلش مموری و چه از اینترنت، نخست برنامه‌ای روی دیسکت سخت کامپیوتر ذخیره می‌شود، سپس روی حافظه اصلی قرار می‌گیرد. برای مثال ممکن است نرم‌افزار در چند سی‌دی تهیه شده باشد، لذا لازم است ابتدا نرم‌افزار به‌طور کامل در رایانه ذخیره گردد. هرچند این ذخیره کردن و کپی، گذرا، ناپایدار و خودبه‌خودی بوده و برای استفاده از نرم‌افزار ضروری است، ولی به‌رحال یک کپی شمرده می‌شود و می‌تواند حقوق پدیدآورنده را نقض کند.

مسئله دوم این است که در یک استثنای قانونی در قسمت (۱)(a) ۱۱۷ قانون کپی‌رایت امریکا، بیان شده است که مالک یک کپی برنامه رایانه‌ای، می‌تواند آن را به عنوان بخشی از استفاده‌اش تکثیر کند. همان‌طور که ملاحظه شد این استثنا مربوط به مالک یک کپی است، نه شخصی که طرف قرارداد امتیاز است و مالک کپی آن نیست.

اگر در قانون به جای مالک کپی، متصرف مجاز یا اصطلاحی برابر آن به‌کار می‌رفت، شاید این مشکل برطرف می‌شد. حال برای آنکه کاربر بتواند از نرم‌افزار استفاده کند و اجازه تکثیر مجاز آن را، به عنوان بخشی از استفاده‌اش داشته باشد، نیازمند مجوز بهره‌برداری یا قرارداد واگذاری حق امتیاز است. «به عبارت دیگر، مجوز بهره‌برداری وجود خودش را ایجاب می‌کند» (Phillips, Douglas E, Op.Cit, p.11.)

### ۳.۲.۲. محدود کردن کاربردهای مجاز

این بحث را در دو قسمت ادامه می‌دهیم؛ در قسمت اول به شروطی می‌پردازیم که برای کاربردهایی که در قلمرو عمومی<sup>۱</sup> قرار دارد محدودیت ایجاد می‌کنند و در قسمت دیگر شروطی مورد نظرند که برای کاربردهایی با عنوان استثنای قانونی محدودیت‌آورند.

**الف) محدودیت بر استفاده از قلمرو عمومی.** حقوق فکری بسیار ارزشمندند، ولی قلمرو عمومی ارزشمندتر است، لذا بسیاری معتقدند حقوق فکری، بیش از حد سخت‌گیرانه است و باید به جای آن، قلمرو عمومی را تقویت کنیم (Merges, Robert P, 2004, p.p.183-184). در یک دعوا، دادگاه بعد از اشاره به لزوم وجود خلاقیت و حمایت نکردن از ایده‌ها، اعلام می‌کند که گزیده‌ها، گلچین‌ها و ترتیبیاتی که در لیست کردن شماره تلفن‌ها در راهنمای تلفن انجام شده، فاقد چنین الزامی (اصالت) است و در حقیقت متعلق به قلمرو عمومی می‌باشد (Phillips, Douglas E, Op.Cit, p.27).

برای طراحی یک نرم‌افزار، هرچند برای ابراز راه‌های مختلفی وجود داشته باشد، محدودیت‌هایی وجود دارد که از خارج به طراح تحمیل می‌شود و انتخاب او را محدود می‌کند. این محدودیت‌ها عبارت‌اند از:

۱. مشخصات فنی کامپیوتری که قرار است نرم‌افزار روی آن کار کند؛ ۲. استانداردهای طراحی تولیدکننده کامپیوتر؛ ۳. پاسخ به تقاضاهایی که برای آن صنعت وجود دارد؛ ۴. الزامات سازگار بودن دیگر برنامه‌ها با برنامه‌ای که برای اجرا با آن طراحی شده است؛ ۵. رویه‌های برنامه‌نویسی که به‌طور گسترده در صنعت کامپیوتر پذیرفته شده است (صادق نشاط، همان، ص ۱۴۱-۱۴۰). گاهی اوقات یک راه بیشتر برای طراحی نرم‌افزار وجود ندارد که البته در این شرایط هم نمی‌توان آن را مشمول حمایت دانست.

**ب) محدودیت در کاربرد قوانینی با عنوان استثنای قانونی.** دکترین استفاده منصفانه<sup>۲</sup> اجازه می‌دهد که بتوان به‌طور محدود از محصولات که تحت حمایت کپی‌رایت هستند، استفاده‌هایی نظیر تحقیق، آموزش یا گزارش انجام داد (Pike, George H, r 2005, p.2). استفاده منصفانه به‌طور معمول در همه قوانین خارج از دایره شمول مقررات مالکیت فکری قرار می‌گیرند. برای مثال ماده ۱۰۷ قانون کپی‌رایت آمریکا به‌طور خلاصه اعلام می‌کند، استفاده منصفانه از محصولات که تحت حمایت کپی‌رایت می‌باشد، در این گونه مصداق‌ها نقض کپی‌رایت شمرده نمی‌شود: نقد، نظر دادن، گزارش اخبار، آموزش، پژوهش و تحقیق. مشابه این‌ها در مواد ۱۰ و ۱۰/۲ (محمدزاده وادقانی، ۱۳۸۸، ص ۳۹۷) کنوانسیون برن، با عنوان استفاده آزاد

1. Public Domain  
2. Fair Use

آمده است. البته در همه قوانین، این موارد مشابه هم نیستند. در قراردادهای حق امتیاز کاربر نهایی به طور معمول استفاده در دو صورت با محدودیت روبه‌رو می‌شود که این دو مشمول استفاده منصفانه هستند؛ یکی مهندسی معکوس، و دیگری حق تولید سازگار که به ترتیب در ادامه مقاله بررسی می‌شوند.

- **محدودیت مهندسی معکوس**<sup>۱</sup>. توضیح آنکه تولیدکنندگان برای ساختن محصولات سازگار با یک نرم‌افزار، نیاز به پروتکل ارتباطی آن دارند و از آنجایی که همیشه از افشای این پروتکل ارتباطی خودداری می‌شود، تنها راه به دست آوردن آن، مهندسی معکوس است تا بتوان با رسیدن به برنامه سطح بالا، کدهای واسط و پروتکل‌های یادشده را از دیگر اجزا جدا کرد.

در برخورد با این موضوع، دو رویکرد وجود دارد؛ کشورهای اروپایی که آن را تجویز می‌کنند، و آمریکا که رویه قضایی در آن هرچند کاملاً روشن نیست، اما معمولاً به طرفین این اجازه را می‌دهد که در یک قرارداد خصوصی از این حق صرف نظر کنند. این دو رویکرد به دلیل جایگاه متفاوت طرفین در صنعت نرم‌افزار به وجود آمده است. شرکت‌های اروپایی از تجویز مهندسی معکوس نفع بیشتری می‌برند تا شرکت‌های آمریکایی؛ زیرا بدون مهندسی معکوس وابستگی زیادی به شرکت‌های آمریکایی پیدا می‌کنند (صادقی نشاط، همان، ص ۱۴۲). دستورالعمل جامع اروپا که در سال ۱۹۹۲م به تصویب رسید، سه ضابطه برای جواز مهندسی معکوس تعیین می‌کند: ۱. عمل دی کمپایل به منظور به دست آوردن اطلاعات ضروری برای عملکرد متقابل دو نرم‌افزار (که مستقل از هم تولید شده‌اند) لازم باشد؛ ۲. اطلاعات به دست آمده از طریق دی کمپایل باید تنها در جهت عملکرد متقابل دو نرم‌افزار که مستقل از هم تولید شده‌اند استفاده شود؛ ۳. ضوابط ۱ و ۲ نباید طوری تفسیر شود که موجب محرومیت دارنده مجاز برنامه اول از بهره‌برداری مشروع آن گردد.

در یک دعوا، دادگاه شرط محدودیت‌آور را فاقد اعتبار و خلاف خط مشی قوانین کپی‌رایت فدرال تشخیص داده، در نتیجه‌گیری خود بیان می‌کند که مهندسی معکوس می‌تواند در شرایط معینی تحت قانون کپی‌رایت انجام شود (Hayes, David L, 1997, p.2).

- **محدودیت حق تولید سازگار**. محصولات سازگار در نرم‌افزارها را به دو دسته تقسیم

می‌کنند:

۱. (Reverse Engineering) در صورتی که از برنامه به زبان مقصد (Object Code) که به صورت صفر و یک است، برنامه‌ای به زبان سطح بالا (Source Code) به دست آورند، به این عمل، مهندسی معکوس یا دی کمپایل (Decompile) می‌گویند، زیرا در جهت عکس کار کامپیوتر است که با یک برنامه کمپایلر، برنامه از زبان سطح بالا به زبان ماشین (۰ و ۱) تبدیل می‌شود (صادقی نشاط، قبلی، ص ۱۳۱).

نخست، برنامه‌هایی که تولید می‌شوند تا با ضمیمه شدن به برنامه دیگر، بدون آنکه جانشین آن شوند، کار جدیدی را انجام دهند؛ مانند وقتی که خروجی عملکرد یک برنامه به زبان انگلیسی بر روی صفحه ظاهر می‌شود و یک برنامه سازگار، آن خروجی را به صورت فارسی نمایش می‌دهد. دوم، برنامه سازگار، تمام عملکردهای برنامه اصلی را همانندسازی<sup>۱</sup> نماید (همان، ص ۱۳۷). گفته می‌شود اگر تولید سازگار به شکل اول باشد، هیچ اشکالی ندارد، زیرا دو برنامه مکمل یکدیگر و مستقل از هم هستند و در شکل دوم، اگر متضمن ساختار یا عبارات برنامه اصلی نباشد، ایرادی ندارد؛ زیرا فقط ایده‌ها اقتباس شده است که آن‌هم ایده قابل حمایت نیست و اگر متضمن بخشی از عبارات و ساختارهای برنامه اصلی باشد، اجازه پدیدآورنده لازم است (همان).

در یک دعوا با اینکه قصد خوانندگان غیرانتفاعی بود و نرم‌افزار سازگاری که تولید کردند به‌طور رایگان در اختیار عموم قرار گرفت، دادگاه اعلام کرد تکلیف مهندسی معکوس برای تولید سازگار در شروط قرارداد امتیازی که بر روی دکمه «من موافقم» آن کلیک شده، معلوم است و در آنجا به‌صراحت مهندسی معکوس ممنوع گردیده است. دادگاه دفاعیات خواننده را مبنی بر حق تولید سازگار رد کرد (Phillips, Douglas E, Op.Cit, p.p.34-35).

به‌طور کل برای حفظ حقوق مصرف‌کننده در قانون تجارت الکترونیک ایران چنین مقرر شده است که در هر معامله از راه دور، مصرف‌کننده باید حداقل هفت روز کاری، وقت برای انصراف (حق انصراف) از قبول خود، بدون تحمل جریمه یا ارائه دلیل داشته باشد. تنها هزینه تحمیلی بر مصرف‌کننده هزینه پس‌فرستادن کالا (استرداد کالا) خواهد بود (ماده ۳۷). برای این حق، دکتین‌های مختلفی در کامن‌لا مطرح شده است که بررسی آن‌ها موضوع این مقاله نیست (Omri Ben-Shahar and Eric A. Posner, 2011, p.p.140-143). شروع اعمال حق انصراف در صورت فروش کالا، از تاریخ تسلیم کالا به مصرف‌کننده و در صورت فروش خدمات، از روز انعقاد قرارداد خواهد بود (بند «الف» ماده ۳۸). درهرحال، آغاز اعمال حق انصراف مصرف‌کننده پس از ارائه اطلاعات کامل مربوط به معامله به وی خواهد بود که تأمین‌کننده موظف به ارائه آن است (بند «ب» ماده ۳۸). به‌محض استفاده مصرف‌کننده از حق انصراف، تأمین‌کننده مکلف است بدون مطالبه هیچ‌گونه وجهی عین مبلغ دریافتی را در اسرع وقت به مصرف‌کننده برگرداند (بند «ج» ماده ۳۸).

قانون، در خصوص شروط قراردادی غیرمنصفانه، نه به‌تفصیل، که تنها در ماده‌ای کلی می‌گوید: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل [فصل اول از باب سوم در حمایت از مصرف‌کننده] و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده، مؤثر

نیست» (ماده ۴۶). این ماده دست قاضی را بیش از حد باز می‌گذارد و صلاح‌دید وسیعی به وی اعطا می‌کند.

### ۳. نتیجه

با توجه به قوانین داخلی و نکاتی که درباره این قراردادها از حقوق امریکا استنباط شد، می‌توان راه‌حلهایی را در حقوق داخلی ارائه داد که هم از حقوق مصرف‌کنندگان صیانت شود و هم تولیدکنندگان از اعتبار قراردادهایشان اطمینان حاصل کنند.

- ✓ اگر قرارداد روی بسته یا پشت پلاستیک چاپ شده است، باید با خط درشت و خوانا نوشته شود تا کاملاً آشکار و پیدا باشد.
- ✓ اگر قرارداد داخل بسته نرم‌افزاری باشد (که عموماً چنین است، زیرا نمی‌توان تمام قرارداد را با خط درشت و خوانا در پشت جعبه یا پلاستیک نوشت)، یک عبارت که حاوی اخطار در خصوص وجود شروط قرارداد در داخل جعبه است در پشت پلاستیک یا جعبه با خط درشت یا برآمده چاپ شود و به قرارداد ارجاع دهد.
- ✓ نرم‌افزار طوری طراحی شود که هر بار پیش از اجرای قرارداد، شروط قرارداد را روی صفحه نمایش کاربر نمایش دهد. البته این پیشنهاد در خصوص نرم‌افزارهای خاص بیشتر مطلوب است، زیرا ممکن است این روش همیشه مطلوب کاربر نباشد و نرم‌افزاری را انتخاب کند که هر بار قرارداد را نمایش ندهد.
- ✓ از نرم‌افزار دو کپی ارسال شود؛ یکی کپی ارزیابی و دیگری کپی اصلی به همراه قرارداد شریک‌رپ. در صورت تأیید کپی ارزیابی، کپی اصلی را نگه دارند.
- ✓ حتماً در قرارداد یا پشت بسته قید شود که مصرف‌کننده در صورت موافقت نکردن می‌تواند محصول را برگرداند و تمام قیمت را پس بگیرد؛ یعنی فرصت برگرداندن محصول از سوی خریدار در صورت موافق نبودن با شروط قرارداد شریک‌رپ فراهم شود.
- ✓ در قرارداد شریک‌رپ، با عباراتی مناسب قید شود که عنوان مالکیت آن منتقل نمی‌شود و فقط حق استفاده از آن واگذار می‌شود.
- ✓ خرده‌فروش پیش از تشکیل قرارداد، خریدار را از وجود آن آگاه سازد.
- ✓ جملات قرارداد امتیاز، روشن، واضح، خالی از ابهام، حتی‌المقدور کوتاه و برای خوانندگان عادی قابل فهم باشد.

جای امیدواری است که قانون‌گذار در ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک، شروط غیرمنصفانه را باطل شمرده و گامی در جهت حمایت از حقوق مصرف‌کننده برداشته است. ولی این ایراد به آن وارد است که این حکم کلی دست دادگاه را بیش‌ازحد باز می‌گذارد. مناسب بود قانون‌گذار حداقل برخی از مصادیق آن را بیان می‌کرد. با مطالعه‌ای که در این تحقیق انجام شد بعضی از این شروط شناخته شده است.

## منابع و مأخذ

### الف - فارسی

۱. حسن‌پور، محمد مهدی، بررسی حقوقی حق امتیاز شریک‌رپ، نک: [http://www.hoghooghdanan.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1227:138](http://www.hoghooghdanan.com/index.php?option=com_content&view=article&id=1227:138) 9-04-09-04-48-39&catid=82:1388-10-28-10-41-38. آخرین بازدید: ۱۳۹۰/۷/۲۵.
۲. سیدجعفری، سید سجاد، (۱۳۹۱). قراردادهای حق امتیاز نرم‌افزاری کاربر نهایی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، زمستان.
۳. صادقی نشاط، امیر (۱۳۸۹). حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای کامپیوتری. تهران، میزبان.
۴. کلود، کلمبه (۱۳۸۵). اصول بنیادین حقوق مؤلف و حقوق مجاور در جهان. محمدزاده وادقانی، علی‌رضا، تهران، میزبان.
۵. قانون تجارت الکترونیک ایران مصوب ۱۳۸۲.
۶. قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای

### ب - خارجی

1. A-Freibrun, Eric S, "Court Strikes Down Shrink-Wrap License Agreement", Available: <http://www.freibrun.com/articles/articl22.htm>. Last visited: 14/10/2010
2. B-Freibrun, Eric S, "Not So Fast! Appeals Court Reverses, Upholds Shrink-Wrap Agreement", Available: <http://www.freibrun.com/articles/articl24.htm>. Last Visited: 14/10/2011
3. Bond, Robert T J, SOFTWARE CONTRACTAGREEMENTS Drafting and Negotiating Techniques and Precedents, Thorogood Publishing Ltd,2004
4. Copyright act 1976 as amended
5. Fransworth, Todd; Kaminski, Jeffri A, "The End of the shrink-wrap license?", Available: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d3255856-fd79-4e4d-bd6c-127b652acf85>. Last Visited: 14/10/2011
6. Hale, William S, "Shrink-Wrap License Does Not Modify Negotiated CM Software Contract, Kansas Supreme Court Holds", Available: [http://www.constructionweblinks.com/Resources/Industry\\_Reports\\_\\_Newsletters/Jul\\_30\\_2007/shri.html](http://www.constructionweblinks.com/Resources/Industry_Reports__Newsletters/Jul_30_2007/shri.html). Last Visited: 14/10/2010
7. Hayes, David L, "Enforceability of Shrinkwrap License Agreement On-Line and Offline", Available: [http://www.fenwick.com/docstore/publications/ip/ip\\_articles/shrinkwrap.pdf](http://www.fenwick.com/docstore/publications/ip/ip_articles/shrinkwrap.pdf). Last Visited: 10/31/2009
8. [Http://Ijlit.Oxfordjournals.Org](http://Ijlit.Oxfordjournals.Org)
9. [Http://Jolt.Richmond.Edu](http://Jolt.Richmond.Edu)
10. [Http://Law.Bepress.Com](http://Law.Bepress.Com)
11. [Http://Papers.Ssrn.Com](http://Papers.Ssrn.Com)
12. [Http://Www.Constructionweblinks.Com](http://Www.Constructionweblinks.Com)
13. [Http://Www.Fenwick.Com](http://Www.Fenwick.Com)
14. [Http://Www.Freibrun.Com](http://Www.Freibrun.Com)
15. [Http://Www.Keytlaw.Com](http://Www.Keytlaw.Com)
16. [Http://Www.Lexology.Com](http://Www.Lexology.Com)

17. [Http://www.mactech.com](http://www.mactech.com)
18. [Http://www.techterms.com](http://www.techterms.com)
19. [Http://www.wipo.com](http://www.wipo.com)
20. Kim, Nancy S, "Wrap Contracts and Privacy", Available: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1580111](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1580111). Last Visited: 14/10/2011
21. Marotta, Florencia, " Competition and the Quality of Standard Form Contracts: An Empirical Analysis of Software License Agreements", *The Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 5.No. 3, September 2008, p.p. 8-36 and
22. Maxeiner, James R, "Are Your Click-Wrap Terms: 14/10/2011
23. Merges, Robert P, "A New Dynamism in the Public Domain", **University of Chicago Law Review**, Vol. 71, 2004, p.183-203
24. Omri Ben-Shahar and Eric A. Posner. "The Right to Withdraw in Contract Law", *Legal Studies*, Volume 40, issue 1, 2011, p.p.115-148
25. Phillips, Douglas E, *The Software License Unveiled How Legislation by License Controls Software Access*, Oxford University Press, Inc, 2009
26. Pike, George H, "Licenses Under Wrap", *The Journal of Information Today*, Vol. 22, No. 9, October 2005, p. 17-19
27. Robert L. OaValid? Internet Contracting in the Global Electronic Age: Comparative Perspectives for Taiwan", Available: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1250343](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1250343). Last Visited: 14/10/2011
28. Spooner, Scott J, "The Validation of Shrink-Wrap and Click-Wrap Licenses by Virginia's Uniform Computer Information Transactions Act", Available: <http://jolt.richmond.edu/v7i3/article1.html>. Last Visited: 14/10/2011
29. Uniform commercial code
30. UNIFORM COMPUTER INFORMATION TRANSACTIONS ACT
31. Virginia's Uniform Computer Information Transactions Act

### ج- قوانین

۱. قانون تجارت الکترونیک ایران مصوب ۱۳۸۲.
۲. قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم افزارهای رایانه ای مصوب ۱۳۷۹.