

بررسی ماهیت و اعتبار لیسانس های اپن سورس

دکتر میرقاسم جعفرزاده^۱

رحمان عمروانی^۲

چکیده

لیسانس اپن سورس لیسانسی است که به موجب آن مالک یک نرم افزار، مجوز استفاده، کپی، اصلاح کدها، توزیع و سایر بهره برداری ها از نرم افزار را به کلیه افراد اعطا می نماید. مالکان نرم افزارهای اپن سورس معمولاً در ازای اعطای چنین مجوزهایی هیچ مبلغی از افراد دریافت ننموده و مجوزهای مذکور غالباً رایگان می باشد. لذا با توجه به رایگان بودن چنین مجوزهایی این سوال مطرح می شود که آیا لیسانس دهنده حق رجوع از لیسانس اپن سورس را دارد یا خیر؟

لیسانس های اپن سورس صرف نظر از شرایط ناظر بر اعطای حقوق، همچنین دارای مواد و شرایطی محدودکننده از جمله شرط عدم تضمین یا شرط عدم مسئولیت می باشند. لذا تعیین وضعیت حقوقی شروط محدودکننده مندرج در لیسانس های اپن سورس نیز یکی از موضوعات اساسی حقوق اپن سورس می باشد.

در این مقاله با مطالعات و بررسی های انجام شده مشخص شده است که اکثر لیسانس های اپن سورس دارای ماهیت قرارداد بوده و نباید آنها را لیسانس ساده (صرف اذن) دانست و لذا رجوع از آنها برای لیسانس دهنده ممکن نمی باشد. از طرفی شروط محدودکننده مندرج در لیسانس اپن سورس هر چند که ممکن است در سایر قرارداد ناعادلانه و باطل تلقی گردد، لکن علی الاصول به واسطه شرایط خاص لیسانس اپن سورس نمی توان شروط مذکور را باطل دانست. مگر آنکه در مواردی استثنایی بر اساس مقررات کشوری خاص شرط عدم تضمین یا شرط عدم مسئولیت به طور مطلق باطل شناخته شده و یا شروط ناعادلانه دارای معیارهایی باشد که شروط مندرج در لیسانس های اپن سورس را نیز در بر گیرد.

کلمات کلیدی: لیسانس اپن سورس، قابلیت رجوع، شروط ناعادلانه، شرط عدم تضمین، شرط عدم مسئولیت

Examination of nature and Validity of Open Source Licenses

Mirghasem JAFARZADEH

Rahman AMRAVANI

Persian Text, pp. 717-768

Abstract

Open-source license is the license under which the owner of software permits all persons to use, copy, modify and distribute software. Owners of open-source software not usually received any money for the granting of such licenses and permissions and these licenses are often free. Cause of being often such license gratuitous, Therefore the question arises as to whether licensor can revoke the license or not?

Open-source licenses, regardless of having conditions governing the grant of rights, as well as contains Articles and limiting conditions such as Disclaim of warranties and Limitation of Liability terms. Thus determining the legal status of restrictive provisions incorporated in open source license is one of the fundamental issues in open source law.

¹ -- استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

² دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی

Studies in this paper have shown that the nature of most open-source license is contract and should not be treated as simple license (Just leave) and therefore the licensor cannot revoke it. Also limiting provisions contained in the open-source license may be treated in other contracts as unfair and invalidate, but due to open-source licensenature, they aren't invalidate in this kind of licenses, Unless in exceptional cases based on governing law disclaim of warranties and Limitation of Liability terms be absolutely Void or Unfair terms provisions of the country has criteria which cover limiting terms of Open-source licenses.

Keywords: Open source license, revocation, Unfair Terms, disclaim of warranties, Limitation of Liability

مقدمه

نرم افزارهای اپن سورس نرم افزارهایی هستند که اولاً مالک آنها مجوز استفاده، اصلاح، کپی و توزیع نرم افزار را بدون دریافت هیچگونه رویالتی به همه افراد اعطا نموده و ثانیاً کدهای منبع نرم افزار در دسترس همه اشخاص قرار دارد و لذا هر شخص می تواند آن را بر اساس نیازهای خود اختصاصی سازی نماید.

مطابق قواعد حقوق مالکیت فکری، پدید آورنده هر نرم افزار یا هر اثر نسبت به آن حق مالکیت انحصاری داشته و بر اساس آن حق استفاده، انتشار، کپی، اصلاح، توزیع و هرگونه بهره برداری مالکانه دیگر را به طور انحصاری خواهد داشت. این موضوع از ویژگی های نرم افزارهای مالکانه می باشد و مالکان آنها می توانند در قالب لیسانس های خاص، مجوز بهره برداری، انتشار، توزیع یا اصلاح آنها را به اشخاص خاص اعطاء نمایند. اما همان طور که در تعریف نرم افزار اپن سورس بیان گردید، نرم افزارهای اپن سورس نرم افزارهایی هستند که حق استفاده، تکثیر، کپی، انتشار، توزیع و اصلاح آنها برای همگان به طور آزادانه وجود دارد. این آزادی عمومی به موجب یک لیسانس کلی و عمومی اعطاء می شود که لیسانس اپن سورس نام دارد. انواع متعددی از لیسانس های اپن سورس از جمله GPL، LGPL، BSD وجود دارد که نرم افزارها و آثار متعددی در قالب آنها به صورت اپن سورس عرضه شده اند. بنابراین در تعریف لیسانس اپن سورس می توان بیان داشت لیسانسی است که به موجب آن مالک یک نرم افزار، مجوز استفاده، کپی، اصلاح، توزیع و سایر بهره برداری ها از نرم افزار را به کلیه افراد اعطا می نماید.

در خصوص لیسانس های اپن سورس پرسش های متعددی ممکن است مطرح شود. از جمله مهمترین این سوالات که پرسش اصلی این مقاله را نیز تشکیل می دهد آنکه با توجه به رایگان بودن اکثر نرم افزارهای اپن سورس، آیا لیسانس دهنده اپن سورس حق رجوع از لیسانس مذکور را دارد یا خیر؟ همچنین در اکثر لیسانس های اپن سورس شروط متعددی از جمله شرط عدم تضمین و شرط عدم مسئولیت و بسیاری شروط ناعادلانه دیگر درج شده و لذا این سوال مطرح می شود که آیا شروط مذکور معتبر و لازم الاجرا می باشند؟

لذا با انتخاب موضوع این مقاله تحت عنوان «.....» تلاش در جهت پاسخگویی به سوالات پیرامون این موضوع شده است.

در این تحقیق کوشش خواهد شد از طریق توصیف، تحلیل و نقد ادبیات موضوعه منتشره در کتب و مجلات و پایگاه‌های اینترنتی معتبر، پاسخ مسائل حقوقی مربوط به موضوع ارزیابی و ارائه گردد. از طرفی با توجه فقدان هیچگونه سابقه تحقیقی در خصوص موضوع مقاله در حقوق ایران و با لحاظ آنکه زادگاه اپن سورس و به تبع آن مسائل حقوقی اپن سورس در آمریکا و سپس اتحادیه اروپا می‌باشد، لذا در این تحقیق تاکید بر انعکاس دیدگاه‌های مطرح در حقوق کشور آمریکا و همچنین اتحادیه اروپا می‌باشد. در نهایت نیز در جهت تبیین جایگاه مسائل مطروحه در حقوق ایران تلاش در خوری معمول و سرانجام موضع آن بیان و پیشنهادات مناسب هم ارائه می‌گردد.

مبحث اول: بررسی قابلیت رجوع از لیسانس اپن سورس

پرسشی که مطرح می‌شود آن است که آیا مالک نرم‌افزار پس از توزیع آن به صورت اپن سورس می‌تواند از لیسانس اعطایی خود رجوع نموده و در واقع حق استفاده از نرم‌افزار و کدهای آن را از افراد سلب نماید؟ در صورتی که قائل به حق رجوع برای مالک اپن سورس باشیم، وضعیت اشخاصی که با استفاده از کدهای نرم‌افزار مبادرت به ایجاد آثار اشتقاقی نموده‌اند چه خواهد شد؟ ممکن است تصور شود در صورتی که رجوع از لیسانس برای مالک ممکن باشد، پدیدآورندگان آثار اشتقاقی یا گردآوری دیگر حق توزیع کدهای نرم‌افزار پایه را نداشته و عملاً نرم‌افزار اشتقاقی آنها بلااستفاده می‌باشد؛ چرا که غالباً استفاده از کدهای اثر اشتقاقی بدون استفاده از کدهای نرم‌افزار اولیه ممکن نمی‌باشد.

پاسخ به امکان یا عدم امکان رجوع از لیسانس اپن سورس بستگی کامل به قرارداد یا لیسانس ساده (صرف اذن) دانستن لیسانس اپن سورس دارد. در صورتی که لیسانس اپن سورس را قرارداد بدانیم، جز در موارد مصرحه قانونی و قراردادی غیر قابل رجوع می‌باشد، اما چنانچه آن را لیسانس ساده بدانیم، علی‌الاصول هر زمانی قابل رجوع توسط مالک می‌باشد. لذا بررسی ماهیت لیسانس‌های اپن سورس جهت تعیین قابلیت یا عدم قابلیت رجوع از آنها ضروری می‌باشد.

گفتار اول: ماهیت لیسانس اپن سورس

یکی از سوالات اساسی در خصوص FOSS¹ آن است که آیا لیسانس نرم‌افزارهای مذکور قرارداد محسوب می‌شود یا آنکه صرف مجوز ساده (صرف اذن) می‌باشد؟ این سوال صرفاً جنبه آکادمیک نداشته و بلکه پاسخ به آن دارای آثار عملی متعدد می‌باشد.

از جمله نتایج عملی مجوز ساده (لیسانس ساده) یا قرارداد تلقی نمودن لیسانس اپن سورس آنکه اولاً چنانچه قرار باشد GPL¹ یا سایر لیسانس‌ها به عنوان یک قرارداد تلقی گردد، در این صورت دشواری‌های

¹ - Free/Open Source Software

متعددی مطرح خواهد شد. به عنوان مثال آیا تحویل نرم افزار تحت GPL، یک قرارداد بدون عوض و در نتیجه باطل تلقی می گردد؟ در موارد بطلان لیسانس به واسطه عدم وجود عوض، رابطه لیسانس دهنده و لیسانس گیرنده بر چه اساس تنظیم می گردد؟ ایجاب و قبول چنین قراردادهایی چگونه و چه زمانی صورت می گیرد؟ آیا شرط معافیت از مسئولیت نسبت به دریافت کننده نرم افزار چنانچه مصرف کننده باشد نیز معتبر است؟^۲ در حالی که چنین سوالاتی در صورتی که GPL یا سایر مجوزها را یک لیسانس ساده بدانیم چندان موضوعیت نخواهد داشت. به عنوان مثال در لیسانس ساده نیازی به اثبات تحقق «قبول» نبوده، در حالیکه در فرض قرارداد دانستن لیسانس این سورس، باید وقوع قبول به عنوان یکی از ارکان عقد اثبات گردد.

ثانیاً نوع طرق جبرانی (Remedy) قابل مطالبه نیز بستگی به قرارداد یا لیسانس ساده دانستن مجوزهای FOSS دارد. به عنوان مثال در فرض قرارداد دانستن آنها، می توان شخصی را که از رعایت شرط مندرج در GPL در خصوص توزیع آثار اشتقاقی به صورت این سورس تخلف نموده، ملزم به آن نمود که سورس منبع آثار اشتقاقی خود را مطابق مقررات GPL به صورت آزاد در دسترس همگان قرار دهد. در حالی که اگر GPL را لیسانس ساده بدانیم، تنها طریقه جبرانی، متوقف نمودن استفاده متخلف از کدها و نرم افزار و نهایتاً حق مطالبه خسارت می باشد.^۳

ثالثاً چنانچه GPL یا هر مجوز دیگر FOSS را لیسانس ساده بدانیم، تنها پدید آورنده یا صاحب مالکیت فکری حق مطالبه اجرای آن را خواهد داشت، در حالی که چنانچه آن را قرارداد بدانیم، با توجه به آنکه قرارداد برای طرفین دارای عوض می باشد، هر یک از طرفین قرارداد حق مطالبه اجرای آن را خواهند داشت.^۴

رابعاً در صورت لیسانس تلقی نمودن آن، علی الاصول قوانین مالکیت فکری بر آن حاکم می باشد که علی القاعده در اکثر کشورهای جهان علی رغم تفاوت های جزئی، به واسطه مبانی بسیار نزدیک، دارای یکنواختی و تشابه می باشند. لیکن در صورت قرارداد تلقی نمودن لیسانس های مذکور، قوانین حقوق قراردادهای جهت پاسخ به مسائل مربوط به آنها نیز باید مورد توجه بیشتر قرار گیرد که تفاوت آنها در کشورهای مختلف و

^۱ - لیسانس GPL یا General Public License از اولین لیسانس های این سورس بوده و امروزه از رایج ترین لیسانس های FOSS نیز محسوب می شود. این لیسانس توسط ریچارد استالمن رئیس موسسه بنیاد نرم افزارهای آزاد در سال ۱۹۸۹ برای عرضه نرم افزارهای پروژه گنو نوشته و طراحی شد.

^۲ - Raymond Nimmer, *Legal Issues in Open Source and Free Software Distribution*, 861 Practising Law Institute/Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series, 2006, p. 7, 11

^۳ - Jose J Gonzalez de Alaiza, *Open Source, Free Software and Contractual Issues*, bepress Legal series, 2006, p.43. Available at: <http://law.bepress.com/expresso/eps/1475>

^۴ - Jose J. Gonzalez de Alaiza, op. cit. p. 43

حتی در یک کشور واحد مانند آمریکا، مشکلات و ناهماهنگی‌هایی را به واسطه پراکندگی وسیع این سورس در سرتاسر جهان در پی خواهد داشت.^۱

خامساً اگر لیسانس‌های مذکور را قرارداد بدانیم امکان رجوع از آن برای لیسانس‌دهنده جز در موارد مصرح قراردادی وجود نخواهد داشت، در حالی که اگر آن را لیسانس ساده یا صرف اذن بدانیم لیسانس‌دهنده می‌تواند هر زمان از اذن خود رجوع نماید.

بنابراین بررسی ماهیت مجوزهای FOSS نه تنها از لحاظ نظری، بلکه از جنبه‌های متعدد عملی نیز واجد اثر می‌باشد.

بند اول: قرارداد یا صرف اذن

لیسانس‌ها از جنبه‌های متعدد به انواع مختلفی تقسیم می‌شود. لیسانس از حیث امکان یا عدم امکان فعالیت سایر اشخاص در محدوده لیسانس به لیسانس انحصاری، لیسانس منفرد و لیسانس غیر انحصاری تقسیم می‌شود.^۲ همچنین لیسانس را از حیث میزان حقوق اعطا شده به لیسانس محدود و لیسانس مطلق تقسیم نموده‌اند.^۳ یکی از تقسیم‌بندی‌های لیسانس‌ها که با بحث مانحن فیه ارتباط بیشتری دارد، تقسیم لیسانس به لیسانس ساده و لیسانس قراردادی می‌باشد. این موگلن^۴، رئیس مرکز حقوق آزادی نرم‌افزاری^۵ و مشاور موسسه FSF در تعریف لیسانس که البته به لیسانس ساده نظر دارد بیان نموده‌اند: «اصطلاح license از زمان‌های دور معنایی کاملاً فنی و تخصصی در حقوق اموال داشته است. License به معنای اجازه یکطرفه برای استفاده از اموال به دیگری می‌باشد. در تعریف دیگری از لیسانس ساده بیان شده است که: «لیسانس صرف‌نظر نمودن یکطرفه از بعضی حقوق قانونی می‌باشد که لیسانس‌دهنده به موجب قانون حق اعمال آن حقوق را در برابر طرف مقابل داشته است. لیکن از طریق لیسانس، لیسانس‌دهنده متعهد می‌شود که آن حقوق را در برابر لیسانس‌گیرنده اعمال ننماید».^۶

^۱ - Jason B. Wacha, *Taking the Case: is the GPL Enforceable*, 21 Santa Clara Computer and High Technology Law Journal, 2005, p. 455 & Jose J. Gonzalez de Alaiza, op. cit. p. 42

^۲ - ر.ک. صابری، روح‌اله، قراردادهای لیسانس، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص ۶۰-۶۱

^۳ - نسبت به هر اثر تحت حمایت حقوق مالکیت فکری، حقوق متنوعی از جمله حق کپی، حق توزیع و حق فروش و بسیاری حقوق وجود دارد. موضوع لیسانس ممکن است صرفاً برخی از این حقوق و یا کلیه حقوق مذکور باشد که حسب مورد می‌توان لیسانس مذکور را لیسانس محدود یا مطلق نامید. ر.ک. صابری، روح‌اله، منبع پیشین، ص ۶۱

^۴ - Eben Moglen

^۵ - Software Freedom Law Center

^۶ - Jason B. Wacha, op. cit. p. 456

نکته شایان ذکر در تعاریف فوق اشاره آنها به یکجانبه بودن لیسانس می‌باشد. اما باید توجه داشت که تعاریف فوق صرفاً به «لیسانس ساده» که در برابر «لیسانس قراردادی» که دارای عوض می‌باشند اشاره دارند. در واقع در یک تقسیم‌بندی کلی و اولیه، لیسانس بر دو نوع است. یکی لیسانس ساده که یکجانبه و بدون عوض بوده و در واقع صرف اجازه استفاده یا بهره‌برداری از اموال یا حقوقی است که حقوق مالکیت فکری آنها را محترم شناخته و استفاده از آنها را بدون مجوز ممنوع می‌داند. نوع دیگر لیسانس قراردادی است که برخلاف نوع اول، دارای عوض بوده و در واقع نوعی قرارداد می‌باشد. برخلاف لیسانس ساده که عوض در آن وجود ندارد، در قرارداد وجود عوض ضروری بوده و در واقع یکی از ارکان تشکیل قرارداد در حقوق کامن‌لا عوض (Consideration) می‌باشد. در تعریف قرارداد بیان شده است: «قرارداد عبارت از توافق بین دو یا چند شخص برای ایجاد تعهدات بین آنها می‌باشد»^۱. به موجب این تعریف اولاً در قرارداد بر خلاف لیسانس ساده توافق دو طرف وجود دارد. ثانیاً برخلاف لیسانس ساده که تعهد به معنای دقیق کلمه وجود نداشته و بلکه صرف اذن است، در قرارداد دو تعهد (دو عوض) در برابر یکدیگر قرار دارند.

در اینکه لیسانس قراردادی دارای ماهیت قرارداد بوده و کلیه آثار و نتایج قراردادها را به دنبال دارد تردیدی نیست. اما بحث در خصوص آن است که لیسانس ساده نیز قرارداد محسوب می‌شود یا خیر؟ به عبارتی از منظر موضوع این مقاله آیا مجوز FOSS لیسانس ساده (صرف اذن) است یا آنکه لیسانس قراردادی (قرارداد) محسوب می‌شود؟

لیسانس ساده را می‌توان در فقه با نهاد «اذن ساده- صرف اذن» یا تا حدودی با «اباحه انتفاع» مشابه دانست. لذا سوال این گفتار را می‌توان در ادبیات حقوق سنتی ایران بدین نحو مطرح نمود که لیسانس این سوره قرارداد محسوب می‌شود یا آنکه صرف اذن یا اباحه تصرف می‌باشد؟

بند دوم: نقش عوض در قراردادها

در حقوق کامن‌لا عوض به عنوان یکی از ارکان قرارداد تلقی می‌گردد. حقوقدانان انگلیس در ارکان تشکیل‌دهنده قرارداد بیان می‌دارند: «ارکان یک قرارداد در حقوق انگلیس که قرارداد را الزام‌آور می‌سازند عبارت از ایجاب، قبول، عوض و قصد ایجاد رابطه حقوقی می‌باشد»^۲. حقوقدانان دیگر انگلیس نیز غالباً همین چهار رکن را برای ایجاد یک قرارداد بیان نموده و البته برخی از آنها به جای رکن «قصد ایجاد رابطه حقوقی»، اصطلاح «قصد ملتزم بودن قانونی» را بیان نموده‌اند که در مفاد هر دو عبارت یکسان می‌باشند.^۳

^۱ - P.H. Collin , Dictionary of Law, Bloomsbury pub, London, 4th edition, 2004, p.68

^۲ - Richard Stone, *Q&A Series Contract law*, Cavendish Publishing, London, 5th ed, 2003, p. 27

^۳ - Marnah Suffm, *Essential Contract law*, Cavendish Publishing, London, Second edition, 1997, p. 1- 37

در حقوق انگلیس ضمانت اجرای فقدان عوض در توافقیها را الزام آور نبودن آن توافقیها می دانند. پرونده های متعددی در حقوق انگلیس وجود دارد که به واسطه عدم وجود عوض، دادگاه شخص متعهد را با این بیان که در برابر تعهد وی عوض وجود نداشته، ملزم به انجام تعهد ننموده است. به عنوان مثال در پرونده *Combe v Combe (1951)* دادگاه چنین نظر داد که برای تعهد خوانده مبنی بر پرداخت سالیانه ۱۰۰ پوند به همسر سابقش، هیچ عوضی وجود نداشته و لذا الزام آور نمی باشد؛ اگر چه خواهان با اعتماد به این تعهد از اقامه دعوی نفقه در دادگاه طلاق خودداری نموده و در نتیجه آن متضرر شده است. استدلال دادگاه مبنی بر اینکه چرا عدم اقدام دعوی نفقه در پرونده مذکور به عنوان عوض تلقی نگردیده آن است که هیچ درخواستی اعم از صریح یا ضمنی توسط شوهر مبنی بر اینکه زوجه نسبت به دعوی نفقه اقدام نماید وجود نداشته است.^۱

لذا ملاحظه می شود که در حقوق انگلیس و سایر کشورهای کامن لا، وجود عوض یکی از ارکان تشکیل قرارداد بوده و در صورتی که برای تعهدی خاص عوض پیش بینی نشده باشد، متعهد الزام قانونی به انجام تعهد خود ندارد.

بر خلاف حقوق کامن لا، در حقوق ایران عوض به طور مطلق به عنوان رکن قرارداد تلقی نشده است. در واقع علی رغم آنکه در بسیاری از قراردادها از جمله، بیع، معاوضه و اجاره عوض یکی از ارکان قرارداد می باشد، لیکن قراردادهای غیر معوض که الزام آور نیز می باشند در حقوق ایران به رسمیت شناخته شده است. بر همین اساس کلیه محققان حقوق مدنی ایران، قراردادها را در حقوق ایران به دو دسته قراردادهای معوض و غیر معوض (مجانی) تقسیم نموده اند.^۲ در واقع اگر چه نقش اصلی قراردادها مبادله ثروت و تامین منافع طرفین است که لازمه آن تقابل دو تعهد در برابر یکدیگر می باشد، با این وجود نباید چنین پنداشت که هدف نهایی همه قراردادها سودجویی و دادوستد است. گاه اشخاص به قصد احسان و با نیت خیر خواهانه و غیر اقتصادی با دیگران قرارداد می بندند. به عنوان مثال عقد هبه که به موجب آن واهب مالی را به متب تبلیک می نماید و همچنین عقد عاریه که به موجب آن مالک مال، به دیگری اذن بهره برداری از منافع آن مال را اعطا می نماید از جمله قراردادهای غیر معوض تلقی می شوند.

بنابراین ملاحظه می شود که در حقوق ایران بر خلاف حقوق کامن لا، عقود غیر معوض به رسمیت شناخته شده و لازم الاجرا می باشند؛ لذا این که FOSS را معوض یا غیر معوض بدانیم، اهمیتی در حقوق ایران ندارد. چرا که در هر حال عنوان قرارداد در حقوق ایران بر آن صدق نموده و لازم الاجرا می باشد.

^۱ - Marnah Suffm, op. cit, p. 16

^۲ - کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ ششم، ۱۳۸۳، ص ۱۱۳

البته ممکن است ادعا شود معوض یا غیر معوض دانستن عقد در حقوق ایران نیز بر الزام آور بودن یا نبودن عقد تاثیر می‌گذارد. توضیح آنکه در حقوق ایران عقود غیر معوض مانند ودیعه و عاریه در زمره عقود جایز قرار داشته و یا همچون هبه قابل رجوع می‌باشند که در نتیجه در هر زمان قابل فسخ یا رجوع از سوی متعهد بوده و لذا متعهد عملاً تعهدی به انجام موضوع تعهد بلاعوض وجود ندارد. حداقل امر آن است که در هنگام اقامه دعوی الزام به انجام تعهد علیه متعهد عقد جایز، متعهد می‌تواند قصد خود بر فسخ قرارداد بلاعوض جایز را اعلام نماید. لذا در حقوق ایران نیز عدم عوض در قرارداد مانع از امکان الزام متعهد به انجام موضوع قرارداد می‌باشد و لذا در نتیجه نهایی مشابه حقوق کامن‌لا می‌باشد. لیکن در پاسخ باید اظهار داشت اولاً هر چند که عقود جائز در هر زمان قابل فسخ از سوی طرفین قرارداد می‌باشد، اما به هر حال طرفین قبل از فسخ عقد جایز ملزم به مفاد آن می‌باشند.^۱ ثانیاً جایز بودن عقد در حقوق ایران ملازمه با غیر معوض بودن عقود ندارد و بلکه بسیاری از عقود معوض همچون عقد وکالت نیز جایز می‌باشند. ثالثاً در حقوق ایران نیز برخی عقود غیر معوض از جمله وقف و یا صلح غیر معوض در زمره عقود لازم قرار دارند و لذا ادعای قابل فسخ بودن (جایز بودن) و یا قابل رجوع بودن عقود غیر معوض و در نتیجه عدم امکان الزام متعهد عقود مذکور در حقوق ایران نیز پذیرفته نمی‌باشد. بنابراین ادعای لازم‌الاجرا نبودن یا عدم امکان الزام متعهد به انجام تعهد غیر معوض در حقوق ایران و ادعای مشابهت آن با حقوق کامن‌لا از این حیث قابل پذیرش نمی‌باشد.

اما نکته‌ای که باید در حقوق ایران توجه داشت آن است که هر چند پاسخ به معوض بودن یا نبودن لیسانس FOSS ممکن است تاثیری در الزام آور بودن یا نبودن مجوزهای مذکور در حقوق ایران نگذارد؛ اما به هر حال در حقوق ایران نیز بررسی ماهیت لیسانس FOSS از حیث قرارداد یا صرف اذن بودن حائز اهمیت می‌باشد. قانون مدنی ایران نیز در مواد ۹۸ و ۱۰۸ در مواردی که اذن صرف در استفاده از مال به شخصی دیگر اعطا شده باشد، امکان رجوع از اذن را پیش‌بینی نموده است،^۲ در حالی که در قراردادها اصل بر لزوم و عدم امکان فسخ یا رجوع جز در موارد مصرحه قانونی می‌باشد. لذا در حقوق ایران نیز بررسی ماهیت لیسانس FOSS از حیث قرارداد یا صرف اذن بودن اهمیت می‌یابد.

بند سوم: آیا لیسانس اپن سورس قرارداد محسوب می‌شود؟

پاسخ به ماهیت لیسانس‌های FOSS از حیث قرارداد یا صرف اذن تلقی شدن، بیشترین ارتباط را با این امر دارد که لیسانس‌های مذکور را معوض و یا غیر معوض بدانیم. به عنوان مقدمه شایان ذکر است که لیسانس‌های

^۱ -

^۲ - کاتوزیان، دکتر ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، نشر دادگستر، چاپ چهارم، بهار ۱۳۸۰، ص ۲۲۸ و ۲۲۹، ش ۲۵۰

FOSS دارای دو طرف می‌باشد که یک طرف آن دارنده کپی‌رایت یا لیسانس‌دهنده و طرف دیگر آن لیسانس‌گیرنده می‌باشد. عوضی که لیسانس‌دهنده پرداخت می‌نماید بدون هیچ اختلاف نظری مشخص بوده که عبارت از اجازه استفاده، اصلاح و توزیع نرم‌افزار می‌باشد. اما در مقابل در خصوص عوض لیسانس‌گیرنده اختلاف نظر بین محققین این حوزه وجود دارد. عده‌ای از محققین حقوقی چنین استدلال کرده‌اند که لیسانس‌دهنده غالباً در ازای اجازه یا اذن خود عوض دریافت نمی‌کند که این امر به معنای عدم شکل‌گیری قرارداد می‌باشد.^۱ ایشان تنها مواردی را که در ازای لیسانس‌اپن سورس مبلغی به عنوان رویالتی، هر چند بسیار اندک توسط لیسانس‌گیرنده پرداخت می‌شود را قرارداد می‌دانند.

در مقابل عده‌ای دیگر از محققین حقوقی در برابر اجازه لیسانس‌دهنده قائل به وجود عوض می‌باشند. این گروه عقیده دارند عوض لیسانس‌گیرنده در واقع تعهد وی به رعایت شرایط لیسانس می‌باشد. مطابق این نظر، لیسانس‌دهنده اذن استفاده، اصلاح و کپی نمودن نرم‌افزار را به تک‌تک کاربران در ازای تعهد آنها به رعایت شرایط لیسانس اعطا نموده است.^۲ لذا مطابق این نظر دو عوض در برابر یکدیگر قرار داشته و بنابراین می‌توان ماهیت لیسانس مذکور را قرارداد دانست.

لارنس روزن^۳ در پاسخ به ماهیت لیسانس FOSS بیان می‌دارد لیسانس‌اپن سورس در بعضی موارد دارای ماهیت قرارداد و در بعضی موارد دارای ماهیت لیسانس ساده (صرف اذن) می‌باشد. ایشان بیان می‌دارند چنانچه در لیسانس‌اپن سورس صرفاً بیان شده باشد که: «مالک کپی‌رایت این اثر اجازه استفاده از اثر را برای هر منظور و هر هدفی از هر نوع استفاده به شما اعطا می‌نماید»، در این صورت لیسانس مذکور یک لیسانس ساده یا اذن صرف است، زیرا لیسانس‌گیرنده در ازای این امتیاز چیزی پرداخت نمی‌نماید. ایشان در ادامه بیان می‌دارند اما چنانچه لیسانس‌گیرنده در ازای اجازه استفاده چیزی پرداخت نماید، لیسانس مذکور از نوع قرارداد خواهد بود. لارنس روزن به عنوان مثال بیان می‌دارند اگر ایشان هنگام خرید نرم‌افزار مبلغی هرچند اندک را به مغازه‌دار بپردازند، از آنجا که عوض پرداخت نموده است، لذا ماهیت لیسانس اخذ شده قرارداد می‌باشد. ایشان سپس اضافه می‌نمایند که عوض می‌تواند هر تعهدی از سوی لیسانس‌گیرنده باشد و صرفاً در پرداخت مبلغ خرید خلاصه نمی‌گردد.^۴ در مقام نقد نظر لارنس روزن باید اظهار داشت این قبول که اپن سورس در بعضی موارد

¹- Lawrence Rosen, Open Source Licensing, Software Freedom and Intellectual Property Law, published by PRENTICE HALL PTR, United States, 2005, pp. 63-65

²- Jason B. Wacha, Taking the Case: is the GPL Enforceable, 21 Santa Clara Computer and High Technology Law Journal, 2005, pp. 451, 452 & Brian W. Carver, Share and Share Alike: Understanding and Enforcing Open Source and Free Software Licenses, 20 Berkeley Technology Law Journal, 2005, pp. 443, 447

³- Lawrence Rosen

⁴- Lawrence Rosen, op. cit. pp. 57- 63

دارای ماهیت قرارداد و در بعضی موارد دارای ماهیت لیسانس ساده (صرف اذن) می‌باشد. اما در تکمیل این نظر به چند نکته باید توجه نمود. اولاً عوض باید در خود لیسانس پیش‌بینی شده باشد و به عبارتی دیگر عوض باید مورد قصد طرفین قرارداد (یعنی دارنده کپی‌رایت یا لیسانس‌دهنده از یک طرف و توزیع‌کننده یا لیسانس‌گیرنده از طرف دیگر) قرار گرفته باشد. در حالی که در مثال روزن، عوض‌ها توسط خریداران (لیسانس‌گیرنده‌های بعدی) به توزیع‌کنندگان (لیسانس‌گیرندگان قبلی) پرداخت می‌شده است و در واقع بین خریدار نرم‌افزار و توزیع‌کننده قصد شده است و صاحب کپی‌رایت قصدی در آن نداشته است. هزینه‌ای که توزیع‌کنندگان دریافت می‌کنند نه به عنوان رویالتی، بلکه در واقع هزینه تکثیر و کپی نرم‌افزار می‌باشد. وانگهی در اکثر موارد نرم‌افزارهای اپن‌سورس از طریق اینترنتی و به صورت رایگان توزیع می‌گردند. ثانیاً عوض تنها در پرداخت مبلغ خلاصه نمی‌گردد، بلکه عوض قرارداد شامل هر نوع تعهد اعم از پرداخت مبلغ یا مال، انجام تعهد و تعهد به ترک فعل می‌باشد. اکثر لیسانس‌های اپن‌سورس نیز غالباً شرایط و تعهداتی کپی‌لفتی و یا حداقل تعهداتی محدود را بر لیسانس‌گیرنده تحمیل می‌نمایند. لذا علی‌رغم پذیرفته بودن اصل نظر که لیسانس اپن‌سورس ممکن است قرارداد یا لیسانس ساده باشد، لیکن با توجه به آنکه در عمل در اکثر لیسانس‌های اپن‌سورس تعهداتی بر لیسانس‌گیرنده بار شده است، لذا فرض یافتن لیسانس اپن‌سورسی که صرف اذن یا لیسانس ساده باشد بعید است. اما به هر حال چنانچه مجوز یا اذنی صرف و بدون معوض یافت شود، صرف اذن دانستن آن خالی از وجه نمی‌باشد.

در میان لیسانس‌های اپن‌سورس، لیسانس BSD دارای شرایطی بسیار آسان بوده و احتمال لیسانس ساده دانستن آن از لیسانس‌های دیگر بسیار بیشتر می‌باشد. لیسانس BSD تنها برای «توزیع‌کنندگان» تعهد بار نموده و مقرر می‌دارد «توزیع» باید با درج اعلام کپی‌رایت و درج سایر شرایط مذکور در BSD صورت گیرد. همچنین BSD از درج نام موسسه یا شخص اصلاح‌کننده اثر جز با موافقت کتبی لیسانس‌دهنده منع می‌نماید.¹ حال سوال اساسی که مطرح می‌شود آن است که اگر شخصی خاص فقط قصد استفاده از نرم‌افزار تحت BSD را داشته باشد، از آنجا BSD برای صرف استفاده تعهدی مقرر ننموده، آیا باید قائل بر آن بود که BSD برای استفاده‌کنندگان ساده، صرف اذن تلقی و برای توزیع‌کنندگان، قرارداد تلقی می‌گردد؟ در پاسخ به این سوال باید به عنوان مقدمه اظهار داشت سابقه‌ای از طرح آن در تحقیقات محققین مشاهده نشده است. مطابق اصول پذیرفته شده حقوقی، اصل بر پذیرش تجزیه‌پذیری قرارداد است، مگر در مواردی که امکان تضرر یکی از

¹ - from BSD License:

Redistributions of source code must retain the above copyright notice, this list of conditions and the following disclaimer.

طرفین بوده و یا قصد طرفین را نتوان بر تجزیه پذیری ضمنی تفسیر نمود. اینکه BSD را برای استفاده کنندگان ساده لیسانس صرف بدانیم و برای توزیع کنندگان قرارداد تلقی نماییم، دارای توالی فاسد خواهد بود. به عنوان مثال تصور نمایید که لیسانس گیرنده نرم افزار تحت BSD را اصلاح یا اثری اشتقاقی با قصد توزیع تولید نموده، اما هنوز آن را توزیع ننموده باشد. در این صورت طبق تفکیک فوق تا قبل از توزیع، لیسانس دهنده می تواند از اذن ساده خود رجوع نماید؛ زیرا هنوز اصلاح کننده نرم افزار را توزیع ننموده تا ملزم به تعهدات BSD باشد یا به عبارتی تعهدات BSD گریبانگیر او باشد؛ در نتیجه به واسطه عدم وجود عوض یا تعهد، لیسانس قرارداد محسوب نشده و امکان رجوع از آن وجود دارد. لذا با فرض پذیرش تفکیک ماهیت بین استفاده کنندگان صرف و توزیع کنندگان، اصلاح کننده در مثال فوق الذکر با مشکل مواجه و متضرر خواهد شد. تفکیک مذکور چندان قابل پذیرش نمی باشد. زیرا صرف نظر از آنکه قصد طرفین بر تفکیک نمی باشد، وانگهی با فرض پذیرش نظر مذکور، قصد لیسانس گیرنده بر قرارداد یا لیسانس ساده بودن چگونه باید احراز شود. در اکثر موارد قبول لیسانس گیرنده با فعل وی محقق می شود و بدیهی است در بسیاری موارد توزیع، مؤخر بر استفاده شخصی و اصلاح می باشد. آیا در مراحل پایانی اصلاح لیسانس دهنده می تواند لیسانس را فسخ نماید؟ بدیهی است اگر پاسخ به این سوال مثبت باشد، اعتماد به چنین لیسانس هایی و از جمله BSD کاهش یافته که در نتیجه شکست پروژه FOSS را در پی خواهد داشت.

بنابراین به عنوان نتیجه گیری باید اظهار داشت علی الاصول و در اکثر موارد لیسانس های اپن سورس دارای ماهیت قرارداد می باشند. چرا که در اکثر آنها غالباً تعهداتی بر لیسانس گیرنده یا توزیع کننده تحمیل شده است. اما چنانچه لیسانسی یافت شود که هیچ تعهدی بر لیسانس گیرنده بار ننموده باشد، باید آن را لیسانس ساده یا صرف اذن دانست و در نتیجه آثار لیسانس ساده از جمله قابل رجوع بودن را بر آن مترتب نمود.

البته باید توجه داشت که برای قرارداد تلقی شدن لیسانس اپن سورس، علاوه بر عوض باید سایر ارکان تشکیل دهنده قرارداد از جمله ایجاب و قبول نیز در آن وجود داشته باشد. حال سوالی که مطرح می شود آن است که آیا در لیسانس های اپن سورس، ارکان ایجاب و قبول وجود دارند یا خیر؟ در واقع چنانچه ایجاب یا قبول در خصوص لیسانس های FOSS وجود نداشته باشد، نمی توان آنها را قرارداد دانسته و در نتیجه آثار قراردادی بر آنها مترتب نمی شود.

مطابق تعریف ارائه شده در ماده ۲۰ (Restatement of the Law of contract (second edition))، «ایجاب عبارت از اظهار تمایل به انعقاد قرارداد می‌باشد، به طوری که طرف مقابل از این اظهار تمایل، رضایت موجب به انعقاد قرارداد را برداشت نماید». برای آنکه پیشنهاد انجام معامله از نظر حقوقی ایجاب تلقی گردد، باید دارای شرایط ذیل باشد. اولاً پیشنهاد باید کامل باشد تا ایجاب تلقی گردد. در واقع پیشنهاد باید حاوی مبلغ قرارداد و شرایط مربوط به موضوع قرارداد باشد. ثانیاً پیشنهاد باید مشخص بوده و مردد بین دو چیز نباشد. همچنین ایجاب باید قاطع و حاکی از قصد و اعلام اراده موجب به انعقاد قرارداد باشد، به گونه‌ای که با قبول طرف مقابل قرارداد منعقد گردد.^۲ با توجه به تعریف و شرایط ذکر شده برای ایجاب، باید اظهار داشت در لیسانس اپن سورس، لیسانس‌دهنده اجازه کپی، اصلاح و توزیع نرم‌افزار تحت لیسانس را به کلیه افراد ایجاب می‌نماید. چنین ایجابی به عنوان مثال ممکن است از طریق قرار دادن نرم‌افزار و لیسانس آن در یک پورتال یا سایت اینترنت یا طرق دیگر صورت گیرد.^۳ شرایط پیشنهاد علی‌الاصول از حیث هزینه دانلود نرم‌افزار نیز کامل می‌باشد. چرا که به هر حال نرم‌افزار یا به صورت رایگان در دسترس همگان قرار داده شده و یا آنکه ذیل لینک دانلود، مبلغ آن و نحوه پرداخت مشخص شده است که در هر دو حال (رایگان یا پولی)، شرایط پیشنهاد کامل می‌باشد. لذا تردیدی در ایجاب تلقی شدن عمل مذکور نمی‌باشد. همچنین است در مواردی که نرم‌افزار اپن سورس و لیسانس آن در قالب یک پکیج (بسته) از طریق فروشنده به متقاضی پیشنهاد می‌گردد. در هر حال بین حقوقدانان نیز هیچ اختلافی در تحقق ایجاب از سوی مالک FOSS در موارد عرضه آن به صورت اپن سورس از طریق اینترنت و یا در قالب CD و عرضه در بازار وجود ندارد.

بر خلاف ایجاب، اختلاف حقوقدانان در خصوص وجود یا عدم وجود «قبول» در مورد لیسانس‌های اپن سورس می‌باشد. ایجاب لیسانس‌دهنده این توانایی را به طرف مقابل (لیسانس‌گیرنده) می‌دهد تا با قبول خود یک قرارداد را تشکیل دهد. بنابراین لیسانس‌گیرنده چنانچه شرایط ایجاب را قبول نماید و قصد قبول داشته باشد، قرارداد تشکیل می‌شود. حال سوالی که مطرح می‌شود آن است استفاده از نرم‌افزار اپن سورس نیاز به قبول دارد یا خیر؟ در مقام پاسخ باید اظهار داشت با توجه به آنکه در غالب موارد ماهیت لیسانس‌های اپن سورس قرارداد

^۱ Restatements of the Law مجموعه‌های مدونی می‌باشد که در موضوعات مختلف حقوقی از جمله حقوق قراردادها، حقوق مسئولیت مدنی، حقوق نمایندگی، حقوق اموال، حقوق تراست، حقوق رقابت و بسیاری موضوعات دیگر حقوقی توسط موسسه حقوق آمریکا ([American Law Institute](#)) به منظور اطلاع‌رسانی به قضات و حقوقدانان تنظیم گردیده است. نسخه دوم Restatement of contract در سال ۱۹۸۲ توسط موسسه مذکور منتشر شده است.

^۲ - کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، منبع پیشین، ص ۲۸۳-۲۸۴

^۳ - Lawrence Rosen, op. cit. p. 60

می‌باشد، لذا برای استفاده از نرم‌افزار، قبول قرارداد لیسانس و شرایط آن ضروری می‌باشد. سوال دیگری که مطرح می‌شود آن است که رکن قبول در یک لیسانس اپن سورس به چه صورت محقق می‌شود؟ به عبارتی دیگر ظهور خارجی قبول در لیسانس FOSS به چه شکل می‌باشد؟

در مقام پاسخ باید اظهار داشت در قراردادهای سنتی، ایجاب و قبول طرفین قرارداد از طریق امضاء آنها در ذیل سند و یا حتی به طور شفاهی ظهور خارجی می‌یابد. امروزه در خصوص قراردادهای موردی لیسانس و یا واگذاری نرم‌افزار نیز ظهور قبول در قالب امضاء در ذیل سند مشاهده می‌شود. لیکن در خصوص قراردادهای اینترنتی و قراردادهای «لیسانس از نوع بازار حجیم»^۱، شیوه تحصیل قبول متفاوت بوده و غالباً یا از طریق شیرینگ‌رپ (shrink-wrap)^۲ و یا از طریق کلیک‌رپ (click-wrap)^۳ صورت می‌گیرد. بسیاری از دادگاه‌ها^۴ و بسیاری از حقوقدانان در کشورهای مختلف قبول دارند که پاره نمودن پکیج شیرینگ رپ یا کلیک نمودن بر روی I Accept به عنوان قبول لیسانس گیرنده تلقی می‌گردد.^۵

^۱ - لیسانس از نوع بازار حجیم (Mass market license) لیسانس‌هایی هستند که به واسطه تعدد متقاضیان به صورت قراردادهای فرم و استاندارد تهیه شده که قبول در آنها غالباً به صورت shrink-wrap یا click-wrap صورت می‌گیرد. سه مورد از مهمترین ویژگی‌های لیسانس بازار حجیم عبارتند از: الف- قبول آن‌ها غالباً با افعالی غیر از امضاء روی ورقه صورت می‌گیرد. ب- قراردادهای مذکور مذاکره شده نمی‌باشند و در واقع تقریباً نوعی قرارداد "take it or leave it" می‌باشند. ج- لیسانس‌های مذکور برای محصولات یا خدمات با حجم بازار وسیع به منظور انعقاد با جامعه مصرف‌کنندگان نهایی پیش‌بینی شده‌اند که در چنین مواردی استفاده از لیسانس مذاکره‌ای، از لحاظ مالی یا اداری یا سایر جنبه‌ها به واسطه تعداد زیاد قراردادها غیر عملی می‌باشد. برای مطالعه بیشتر به منابع ذیل مراجعه نمایید:

- Terry J. Iardi, *Mass Licensing*, Practising Law Institute/Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series, 2005, pp. 251, 257. & Jean Braucher, *The Failed Promise of the UCITA Mass-Market Concept and its Lessons for Policing of Standard Form Contracts*, 7 Journal of Small and Emerging Business Law, 2003, p. 393

^۲ - لیسانس شیرینگ رپ توافقی است که غالباً در ضمن یک بسته نرم‌افزاری وجود دارد و بیان‌گر آن است که چنانچه شما درب پکیج را باز نمایید، به منزله قبول شما نسبت به تمام شرایط موافقت‌نامه لیسانس می‌باشد. به عبارتی دیگر در بسیاری موارد که نرم‌افزار از طریق مراجعه به مغازه‌ها تهیه می‌گردد، نرم‌افزار مذکور در قالب یک پکیج (بسته) به متقاضی تقدیم می‌گردد که نسخه‌ای از لیسانس مالک نرم‌افزار نیز در داخل و یا روی پکیج به عنوان ایجاب لیسانس وجود دارد و معمولاً در روی پکیج درج شده است که باز نمودن آن به معنای قبول کلیه شرایط لیسانس می‌باشد.^۲ لیسانس‌های شیرینگ رپ به دو نوع به شرح ذیل تقسیم می‌شوند.

الف- لیسانس‌های درون پکیج (In box license) - در مواردی مصداق دارد که لیسانس در داخل پکیج در بسته قرار دارد و متقاضی نرم‌افزار قبل از باز نمودن پکیج عملاً از شرایط آن آگاه نیست.

ب- لیسانس‌های روی پکیج (Box-top license) - در مواردی مصداق دارد که لیسانس روی پکیج یا در قالب ورقه‌ای به پیوست آن درج گردیده و قبل از باز نمودن پکیج قابل رویت می‌باشد.

^۳ - لیسانس کلیک‌رپ نوعی از لیسانس است که در هنگام دانلود نرم‌افزار یا نصب یک نرم‌افزار، پیغامی بر روی صفحه کامپیوتر ظاهر می‌شود که ادامه عملیات نصب یا دانلود را به قبول از طریق کلیک نمودن بر روی گزینه (I Accept) یا اصطلاحاتی مشابه آن منوط می‌نماید. به واسطه همین کلیک نمودن است که این نوع قبول را کلیک‌رپ می‌نامند. در لیسانس کلیک‌رپ قبول همزمان با دانلود نرم‌افزار یا نصب آن صورت می‌گیرد.

^۴ - E.g. *Forrest v. Verizon Comms*, 2002

^۵ - Lawrence Rosen, op. cit. p. 60 & David McGowan, *Legal Aspects of Free and Open Source Software*, 2005, pp. 10-11, Available at: <http://durietangri.com/sites/default/files/legalaspectsfoss.pdf>

البته باید توجه داشت که شیوه‌های قبول لیسانس نرم‌افزار تنها منحصر در shrink-wrap و click-wrap نمی‌باشد، بلکه هر روشی مطمئنی که بیانگر صریح رضایت باشد را می‌توان قبول تلقی نمود.

ملاحظه می‌گردد که رکن قبول نیز در لیسانس FOSS وجود داشته و لذا قرارداد دانستن آنها از این حیث نیز با مشکل مواجه نمی‌باشد. بنابراین با توجه به وجود دو رکن ایجاب و قبول در همه انواع لیسانس FOSS، لذا چنانچه لیسانس مذکور دارای عوض باشد که در اکثر موارد نیز چنین است، باید لیسانس مذکور را قرارداد دانست، اما چنانچه هیچ عوض یا تعهدی علیه لیسانس گیرنده نباشد (که این امر بسیار نادر است)، لیسانس مذکور را باید لیسانس ساده یا صرف اذن دانست.

گفتار دوم: عدم قابلیت رجوع

با مشخص شدن ماهیت لیسانس‌های اپن سورس به سوال اصلی این مبحث یعنی بررسی قابلیت رجوع از لیسانس اپن سورس برمی‌گردیم. همانطور که بیان گردید لیسانس‌های اپن سورس علی‌الاصول قرارداد تلقی می‌شوند و لذا مالک اپن سورس علی‌الاصول نمی‌تواند جز در موارد مصرحه قانونی یا قراردادی به لیسانس خاتمه دهد. به عنوان مثال ماده ۸ نسخه ۳ لیسانس GPL در موارد تخلف لیسانس گیرنده، لیسانس را به طور اتوماتیک خاتمه یافته می‌داند. البته رویکرد لیسانس‌های متعدد در این خصوص متفاوت می‌باشد. برخی لیسانس‌ها همانند نسخه ۲ Apache License صراحتاً به غیر قابل رجوع بودن لیسانس اشاره نموده‌اند. لکن بیشترین اختلاف مربوط به GPL بوده که قابلیت رجوع از آن بین حقوقدانان محل اختلاف قرار داشته است. این اختلافات با تنظیم نسخه ۲ GPL نیز همچنان باقی بود. لکن نسخه ۳ GPL به این اختلافات پایان داده و در ماده ۲ آن صراحتاً به غیر قابل رجوع بودن امتیازات اعطایی اشاره شده است.^۱

با این وجود عده‌ای از حقوقدانان از جمله دیوید مک گان^۲ حق خاتمه دادن به لیسانس یا رجوع از لیسانس را در هر زمانی برای مالک اپن سورس قائل می‌باشند. ایشان صرف نظر از تفاوت در لیسانس ساده یا قرارداد بودن لیسانس اپن سورس، رجوع از آن را برای لیسانس دهنده ممکن می‌دانند.^۳ ایشان بیان می‌کنند اگر A نرم‌افزار خود را به صورت اپن سورس تحت GPL توزیع و شخص B از کدهای موجود در آن نرم‌افزار استفاده و نرم‌افزاری اشتقاقی ایجاد و توزیع نماید، شخص A هر زمان می‌تواند از لیسانس خود رجوع نماید. در این

1 - GNU GENERAL PUBLIC LICENSE, Version 3, section 2:

All rights granted under this License are granted for the term of copyright on the Program, and are irrevocable provided the stated conditions are met....

² - David McGowan

³ - David McGowan, op. cit, pp. 13-14

صورت B دیگر حق توزیع کدهای A را نخواهد داشت.^۱ مسلماً این امر ریسک‌های متعددی برای B و سایر اشخاص مشابه وی به همراه خواهد داشت. این در حالی است که بسیاری از نویسندگان دیگر از جمله گوردن هاف^۲ رجوع از لیسانس اپن سورس را ممکن نمی‌دانند. ایشان بیان می‌دارند همین که یک نرم‌افزار به صورت اپن سورس توزیع شد، دیگر امکان رجوع از آن وجود نخواهد داشت.^۳

همانطور که بیان شد امکان یا عدم امکان رجوع از لیسانس اپن سورس بستگی کامل به قرارداد یا لیسانس ساده دانستن آن دارد. حال با فرض آنکه لیسانس اپن سورسی خاص از نوع لیسانس ساده و قابل رجوع باشد، در این فرض نیز نگرانی‌های دیوید مک‌گان مبنی بر بلا استفاده ماندن آثار اشتقاقی در صورت رجوع مالک از اذن خود،^۴ چندان موجه نمی‌باشد. زیرا با رجوع مالک از لیسانس، پدیدآورنده اثر اشتقاقی از تولید آثار جدید منع می‌شود، لکن استفاده پدیدآورنده اثر اشتقاقی از آثاری که در زمان لیسانس ایجاد نموده منع نمی‌گردد. بند ۲ ماده ۲۰۳ و قسمت (A)(6)(C) ماده ۳۰۴ قانون کپی‌رایت آمریکا نیز بر این امر صراحت دارد. مواد مذکور بیان می‌دارند خاتمه مجوز ایجاد اثر اشتقاقی تنها مانع از ایجاد آثار اشتقاقی آتی می‌باشد، لکن مانع ادامه استفاده از آثار اشتقاقی که در طول دوره لیسانس مطابق قانون ایجاد شده‌اند نخواهد بود.^۵ بنابراین حتی در نرم‌افزارهای مالکانه نیز اگر کسی مجوز ساخت آثار اشتقاقی از آن نرم‌افزار را برای مدت یک سال داشته باشد، پس از انقضای یک سال مذکور می‌تواند بدون نیاز به مجوز از لیسانس‌دهنده از اثر اشتقاقی خود استفاده نماید، لکن پس از انقضای مدت حق ایجاد آثار اشتقاقی جدید را نخواهد داشت. نکته آنکه اگر اصلاحات و تغییرات انجام شده در مدت لیسانس قابلیت اشتقاقی تلقی شدن را نداشته باشند، در این صورت اثر جدیدی که قابل حمایت و تملک باشد ایجاد نشده و لیسانس‌گیرنده برای ادامه تصرفات خود نیازمند اجازه لیسانس‌دهنده می‌باشد.^۶ بنابراین حتی در مواردی که لیسانسی خاص قابل رجوع یا بنا به دلایلی خاتمه یابد، در خصوص استفاده از آثار اشتقاقی نباید همانند دیوید مک‌گان نگران بود. این امر را می‌توان با اذن ایجاد اعیانی در عرصه متعلق به غیر در حقوق اموال مقایسه و هماهنگ دانست. توضیح آنکه در حقوق اموال نیز اگر مالک زمین صرف اذن مبنی بر ایجاد اعیانی به دیگری در ملک خود بدهد، حتی در صورت رجوع از اذن، مالک زمین نمی‌تواند قلع و قمع

¹ - Ibid

² - Gordon Haff

³ - http://news.cnet.com/8301-13556_3-9816749-61.html

⁴ - David McGowan, op.cit, p.6

⁵ - Jay T. Westemeier, Understanding the Importance of Derivative Works, March 2009, Available at: <http://www.finnegan.com/resources/articles/articlesdetail.aspx?news=9cbb473b-f87b-47eb-8d4b-0202ad56343a>

⁶ - http://www.intelproplaw.com/ip_forum/index.php?topic=14410.0

اعیانی را که در زمان اذن ایجاد شده تقاضا نماید؛ بلکه اثر رجوع از اذن آن است که پس از رجوع امکان احداث اعیانی جدید وجود نخواهد داشت.

مبحث دوم: بررسی اعتبار شروط مندرج در لیسانس اپن سورس

در لیسانس‌های اپن سورس صرف‌نظر از مواد ناظر بر اعطای حقوق، مواد و شرایطی نیز ممکن است درج گردد که بنا به دلایل مختلف از جمله تعارض با اصول حقوق مالکیت فکری یا به واسطه ناعادلانه بودن در خصوص اعتبار و لازم‌الاجرا بودن آنها تردید باشد. لذا در این مبحث در ضمن دو گفتار به بررسی این دو عامل و تاثیر آنها در لیسانس اپن سورس پرداخته خواهد شد. البته شایان ذکر است برخی شروط لیسانس‌های اپن سورس نیز ممکن است به واسطه تعارض با حقوق رقابت مضمون به بطلان باشند که این امر نیازمند مقاله‌ای جداگانه می‌باشد.

گفتار اول: شروط مخالف اصول حقوق کپی‌رایت

در بعضی موارد صاحبان مالکیت‌های فکری تلاش می‌کنند تا با استفاده از شروط قراردادی، تضمینات و حمایت‌های بیشتر نسبت به آنچه کپی‌رایت برای آنها قائل شده است را به دست آورند. در واقع از این طریق صاحبان مالکیت فکری ممکن است حتی برخی اصول کپی‌رایت را نیز زیر پا گذاشته و با وضع شروط قراردادی، قصد تغییر آن اصول را به نفع خود داشته باشند. در حقوق آمریکا همواره این سوال مطرح بوده است که آیا قرارداد طرفین می‌تواند حمایت‌های بیشتر نسبت به آنچه حقوق کپی‌رایت به رسمیت شناخته را به مالک فکری اعطا نمایند؟ به عبارتی دیگر آیا طرفین می‌توانند از طریق قرارداد، حقوقی را که قوانین مالکیت فکری برای مصرف‌کننده نهایی به رسمیت شناخته را کاهش دهند؟ به عنوان مثال در لیسانس شیرینک‌رپ آلداس^۱ مقرر شده است که لیسانس‌گیرنده حق مهندسی معکوس و یا دیکامپایلر نمودن نرم‌افزار یا حق هر گونه تلاش در جهت کشف سورس‌کدهای نرم‌افزار را ندارد. در مثال مذکور شرط عدم مهندسی معکوس در تقابل با این واقعیت کپی‌رایتی قرار دارد که حقوق کپی‌رایت اجازه مهندسی معکوس را به عنوان یک قاعده کلی به آثار تحت کپی‌رایت اعطا می‌نماید.^۲ همچنین لیسانس‌دهنده ممکن است حق استناد به دفاع «استفاده منصفانه»^۳ را از مصرف‌کننده نهایی سلب نماید که در چنین مواردی نیز از طریق قرارداد یکی از اصول پذیرفته شده کپی‌رایت، محدود شده است.

^۱ - Aldus shrinkwrap license

^۲ - William H. Neukom & Robert W. Gomulkiewicz, Licensing Rights to Computer Software, in TECHNOLOGY LICENSING AND LITIGATION 1993, p. 778

^۳ - Fair Use

در حقوق آمریکا قواعد کپی‌رایت فدرالی بر حقوق قراردادی ایالات مقدم می‌باشند و لذا امکان محدود نمودن اصول کپی‌رایت از طریق شروط قراردادی وجود ندارد.^۱ قاضی ایستبروک^۲ در یکی از آراء خود بیان می‌دارد شروط مذکور در لیسانس‌های کد بسته که اکتشاف و دی‌کامپایلر سورس کدهای نرم‌افزار را منع می‌نمایند، حتی چنانچه هدف حمایت از اموال فکری را داشته باشند نیز در تعارض با حقوق کپی‌رایت قرار دارند.^۳ البته این امر در خصوص نرم‌افزارهای کد بسته می‌باشد. اما سوال آن است که در نرم‌افزارهای اپن سورس، شرط خلاف اصول کپی‌لفت آیا لازم‌الاجرا می‌باشد یا خیر؟ بیشتر حقوق‌دانان آمریکا عقیده دارند در حوزه نرم‌افزارهای اپن سورس بر خلاف نرم‌افزارهای کد بسته با توجه به آنکه اصولاً حقوق و مزایای متعددی بیشتر از آنچه اصول کپی‌رایت مقرر داشته به مصرف‌کننده نهایی اعطا می‌گردد و در واقع اصول کپی‌رایتی نفی نمی‌گردد. لذا غالباً مساله نفی اصول کپی‌رایت با شروط لیسانس اپن سورس منتفی بوده و در واقع این موضوع در حوزه لیسانس اپن سورس معنا و مصداق ندارد.^۴ البته در لیسانس‌های اپن سورس نیز ممکن است محدودیت‌هایی توسط مالک فکری شرط گردد، اما باید توجه داشت که این محدودیت‌ها نسبت به همان حقوق است که کپی‌رایت به مالک اثر اعطا نموده و لذا اصول کپی‌رایت با شرط محدود نمی‌گردد.^۵

اما در هر حال باید اظهار داشت چنانچه در فرضی خاص در لیسانس FOSS شرط مخالف حقوق مسلم مالکیت فکری درج شود، این امر سبب بطلان و لازم‌الاجرا نداشتن لیسانس FOSS تلقی می‌گردد. البته در چنین مواردی پرسشی که مطرح می‌شود آن است که در این خصوص آیا صرفاً شرط خلاف حقوق IP باطل بوده یا آنکه کل لیسانس باطل تلقی می‌گردد؟ پاسخ به این سوال متعاقباً بیان خواهد گردید.

گفتار دوم: شروط ناعادلانه

با توجه به آنکه انعقاد قراردادهای لیسانس اپن سورس از طریق شیرینک‌رپ یا کلیک‌رپ صورت می‌گیرد، لذا لیسانس گیرنده هیچ فرصتی برای مذاکره بر سر آن ندارد و تنها می‌تواند لیسانس را به همان صورت که تنظیم شده قبول یا از پذیرش آن صرف نظر نماید. در واقع قراردادهای شیرینک‌رپ و کلیک‌رپ از نوع

1- Steve H. Lee. Open Source Software Licensing, 1999, pp. 88-89. Available at: <http://cyber.law.harvard.edu/openlaw/gpl.pdf>

2- Judge Easterbrook

3- Steve H. Lee, pp. 89-90

4- Robert W. Gomulkiewicz, *The Licensing is the Product: Comments on the Promise of Article 2B for Software and Information Licensing*, 13 BERKELEY TECH. L.J. 1998, pp. 894-900

5- Steve H. Lee, op.cit. p. 89

قراردادهای الحاقی یا Take it or leave it می‌باشند. لذا در قرارداد مذکور نیز مانند هر قرارداد الحاقی دیگر احتمال وجود شروط ناعادلانه وجود دارد.

قوانین بسیاری از کشورها از جمله «قانون شروط ناعادلانه قراردادی انگلیس (UCTA) مصوب ۱۹۷۷»^۱، «قانون شروط ناعادلانه در قراردادهای مصرف»^۲ انگلیس، دستورالعمل اتحادیه اروپا راجع به شروط ناعادلانه در قراردادهای مصرف مصوب ۱۹۹۳^۳ و قوانین استرالیا و بسیاری کشورهای دیگر، شروط ناعادلانه در قراردادها و بویژه در قراردادهای مصرف را لازم‌الاجرا نمی‌دانند. هر یک از قوانین فوق‌الذکر نیز معیاری برای ناعادلانه تلقی شدن شرط ارائه داده‌اند که از موضوع این مقاله خارج می‌باشد. مختصر آنکه دستورالعمل اروپایی ۱۹۹۳ و همچنین قانون شروط ناعادلانه در قراردادهای مصرف ۱۹۹۹ انگلیس (UTCCA) که هر دو در خصوص قراردادهای مصرف اعمال می‌گردند، وجود سه شرط را برای ناعادلانه دانستن هر شرطی لازم می‌داند. بند اول ماده ۳ دستورالعمل فوق‌الذکر در تعریف شرط ناعادلانه بیان می‌دارد: «شرط قراردادی در صورتی که به طور خاص مورد مذاکره قرار نگرفته باشد ناعادلانه تلقی خواهد شد، البته در صورتی که بر خلاف الزامات حسن نیت سبب عدم توازن اساسی در حقوق و تکالیف قراردادی طرفین به ضرر مصرف‌کننده باشد»^۴. مطابق ماده مذکور برای ناعادلانه تلقی شدن شرط، وجود سه امر ضروری می‌باشد.

الف: در خصوص شرط مذکور، مذاکره خاص بین طرفین صورت نگرفته باشد.

ب: شرط بر خلاف آثار و لوازم اصل حسن نیت باشد.

ج: شرط مذکور باعث عدم توازن اساسی در حقوق و تکالیف طرفین به ضرر مصرف‌کننده شده باشد.

قانون‌گذار انگلیس نیز در بند اول ماده ۵ UTCCR، عیناً همان تعریف ارائه شده در دستورالعمل اروپایی

(مذکور در فوق) را برای شروط ناعادلانه ارائه نموده است. قانونگذار سایر کشورها نیز معیارهایی را برای

تشخیص شروط ناعادلانه ارائه داده‌اند که در کلیت مشابه معیارهای فوق‌الذکر می‌باشد.^۵

^۱- Unfair Contract Terms Act 1977 (UCTA)

^۲- The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999

^۳- The Unfair Terms in Consumer Contracts Directive 93/13/EC

^۴- A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer.

^۵- به عنوان مثال به موجب قانون جدید حقوق مصرف ۲۰۱۰ استرالیا که در واقع اصلاحیه‌ای بر قانون رویه‌های تجاری استرالیا مصوب ۱۹۷۴ می‌باشد. یک شرط چنانچه شرایط ذیل در آن وجود داشته باشد، ناعادلانه تلقی می‌گردد: الف- سبب عدم توازن قابل توجه در حقوق و تکالیف قراردادی طرفین گردد. ب- شرط مذکور عقلاً برای حمایت از منافع مشروع طرفی که قرار است از آن شرط منتفع گردد، ضروری نباشد. ج- شرط مذکور در صورتی که انجام شود یا بدان اطمینان شود، سبب ضررهای مالی یا غیر مالی برای طرف قرارداد گردد.

- در حقوق کره جنوبی نیز قانون مقررات قراردادهای الحاقی مصوب ۱۹۸۶ که برای آخرین بار در سال ۲۰۰۵ اصلاح گردید، هرگونه شرط ناعادلانه در قراردادهای الحاقی

همانطور که بیان گردید قوانین بسیاری کشورها شروط ناعادلانه را لازم‌الاجرا نمی‌دانند. به عنوان مثال قانون شروط ناعادلانه در قراردادهای مصرف ۱۹۹۹ انگلیس در بند ۱ ماده ۸ و همچنین دستورالعمل اروپایی ۱۹۹۳ در ماده ۶ به لازم‌الاجرا نبودن شروط ناعادلانه در برابر مصرف‌کننده اشاره دارند. البته بیشتر قوانین موجود صرفاً از مصرف‌کننده در برابر شروط ناعادلانه حمایت نموده و تنها شروط مذکور را نسبت به مصرف‌کننده لازم‌الاجرا ندانسته‌اند و بنابراین چنانچه طرف قرارداد تاجر باشد، شروط ناعادلانه را به دلایل مختلف از جمله عدم ضعف اقتصادی، استفاده از کارشناسان حقوقی و فرض اطلاع از مفاد قرارداد و غیره در برابر آنها لازم‌الاجرا می‌دانند.^۱

پرسشی که مطرح می‌شود آن است که آیا امکان درج شروط ناعادلانه در لیسانس FOSS نیز وجود دارد؟ در پاسخ باید اظهار داشت با توجه به آنکه لیسانس‌های مذکور بیشتر به صورت شیرینک رپ و کلیک رپ منعقد گردیده و امکان چانه‌زنی برای لیسانس‌گیرنده‌ها وجود ندارد، لذا مانند سایر قراردادهای الحاقی احتمال درج شروط ناعادلانه در آنها بسیار زیاد می‌باشد.

حال سوال آن است که آیا قراردادهای شیرینک رپ یا کلیک رپ ویژگی خاصی داشته یا آنکه شروط ناعادلانه در قراردادهای مذکور را نیز باید باطل دانست؟ عده‌ای از حقوقدانان شروط ناعادلانه در قراردادهای لیسانس بازار حجیم را با توجه به نوع خاص تحولات و ضرورت استفاده از آنها لازم‌الاجرا می‌دانند.^۲ این در حالی است که UTCCR انگلیس و دستورالعمل اروپایی ۱۹۹۳ به طور کلی شروط ناعادلانه را صرف نظر از نوع و وسیله انعقاد آن باطل می‌دانند. قانون UCITA^۳ آمریکا نیز صراحتاً اجرای شروط ناعادلانه مندرج در قراردادهای لیسانس را ممنوع دانسته و در واقع آنها را جزیی از قرارداد نمی‌داند.^۴ امروزه اکثر حقوقدانان قبول دارند که نحوه انعقاد الکترونیکی قرارداد علی‌الاصول تاثیری در آثار قرارداد نداشته و بنابراین چنانچه معیارهای ناعادلانه بودن شرط در قراردادهای مذکور نیز وجود داشته باشد، باید شروط مذکور را ناعادلانه و غیر قابل

را باطل و بلااثر می‌داند. بند ۲ ماده ۶ قانون مذکور بیان می‌دارد: «هر شرطی در قرارداد الحاقی ناعادلانه فرض خواهد شد چنانچه:
الف- شرط مذکور به طور نامعقولی به ضرر مشتریان باشد؛
ب- شرط مذکور از شرایطی باشد که در پرتو اوضاع و احوال مختلف از قبیل نوع قرارداد و معامله و سایر اوضاع و احوال، دور از انتظار مشتری بوده است؛ یا
ج- شرط مذکور آن‌چنان محدود کننده حقوق اساسی قراردادی باشد به طوری که هدف قرارداد احتمالاً حاصل نگردد».

^۱ - Authors group, Unfair terms in contracts, The Law Commission Consultation Paper No 166. P. 132

^۲ - Michael J. Madison, *Legal-Ware: Contract and Copyright in the Digital Age*, 67 *FORDHAM L. REV.* 1998, pp. 1117-1119

^۳ - Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA)

^۴ - UCITA § 2B-208(a)(1) (unconscionable terms do not become a part of the contract).

اجرا دانست. اطلاق UTCCR انگلیس، دستورالعمل اروپایی ۱۹۹۳ و بسیاری قوانین دیگر نیز بر همین امر دلالت دارد.

پس از بیان پاسخ در خصوص وضعیت شروط ناعادلانه در قراردادهای شیرینک رپ یا کلیک رپ، پرسش دیگر که مطرح می‌شود آن است که آیا شروط ناعادلانه در لیسانس‌های این سورس نیز باطل بوده یا آنکه لیسانس‌های مذکور دارای ویژگی خاصی می‌باشند؟ در پاسخ به این سوال عده‌ای از حقوقدانان اظهار داشته‌اند که شروط ناعادلانه در لیسانس این سورس تابع قاعده کلی نبوده و بلکه لازم الاجرا می‌باشند. ایشان بیان می‌دارند لیسانس این سورس بر خلاف لیسانس نرم‌افزارهای کد بسته به مصرف‌کننده نهایی امتیاز و حقوق اعطا می‌نماید و نه آنکه حقوق قانونی آنها را سلب نماید. چگونه می‌توان قبول نمود که لیسانس این سورس که حق اصلاح و توزیع مجدد را به مصرف‌کنندگان نهایی اعطا می‌نماید، حتی چنانچه دارای شروط محدودکننده باشد، ناعادلانه تلقی گردد.^۱ در مقام تایید این نظر می‌توان اظهار داشت که مطابق UTCCR انگلیس و دستورالعمل اروپایی ۱۹۹۳ و همچنین مطابق بسیاری از مقرراتی که به بیان معیار شروط ناعادلانه پرداخته‌اند، یکی از ارکان شروط ناعادلانه ایجاد «عدم توازن در حقوق و تکالیف طرفین قرارداد و به ضرر مصرف‌کننده» می‌باشد. در حالی که در قراردادهای لیسانس این سورس با توجه به انواع امتیازاتی که لیسانس‌دهنده به لیسانس‌گیرنده اعطا نموده و علی‌الاصول نیز در برابر آنها مبلغ یا عوض متعارف در قراردادهای اقتصادی دریافت نمی‌دارد، این توازن غالباً بر هم نخورده و بلکه حتی با درج شروط محدودکننده در آنها، همچنان این توازن علی‌الاصول به نفع مصرف‌کننده نهایی باقی می‌ماند. وانگهی در جایی که لیسانس‌دهنده انواع حقوق را رایگان به لیسانس‌گیرنده اعطاء نموده، درج چند شرط محدودکننده خلاف حسن نیت تلقی نمی‌گردد.

با این وجود علی‌رغم آنکه پاسخ فوق‌الذکر تا حدود زیادی صحیح به نظر می‌رسد، لیکن اطلاق آن پذیرفتنی نیست. زیرا در هر کشور برای تشخیص ناعادلانه بودن شرط باید به معیار ارائه شده در قانون آن کشور مراجعه نمود و در اکثر کشورها نیز، به هم خوردن توازن اقتصادی را لازمه ناعادلانه تلقی شدن شرط می‌دانند؛ اما به هر حال ممکن است در قانون یک کشور خاص، معیار شروط ناعادلانه به نحوی باشد که شروط مندرج در لیسانس FOSS را نیز در بر گیرد. لذا چنانچه کلیه معیارهای شروط ناعادلانه در کشوری خاص نسبت به شرط مذکور در لیسانس FOSS نیز وجود داشته باشد، باید آن را ناعادلانه دانست. همچنین ممکن است قانون یک کشور شرطی خاص مثلاً شرط عدم مسئولیت را صرف نظر از هر معیاری غیر قانونی و باطل بداند.

¹ - Steve H. Lee, op.cit. p. 91

از جمله شروطی که در اغلب قراردادهای لیسانس اپن سورس وجود داشته و در معرض اتهام ناعادلانه بودن قرار دارند می‌توان به شرط عدم تضمین^۱، شرط عدم مسئولیت^۲ و همچنین شرط مصونیت در برابر ادعاهای اشخاص ثالث^۳ اشاره نمود که در ضمن سه بند جداگانه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

بند اول: شرط عدم تضمین

شرط تضمین کیفی نرم‌افزار از ویژگی‌های لیسانس‌های نرم‌افزارهای مالکانه می‌باشد، به عبارتی دیگر در اکثر لیسانس‌های مذکور تضمین شده است که نرم‌افزار سطح معینی از کیفیت و عملکرد را دارا می‌باشد. در حالی که در اکثر لیسانس‌های اپن سورس شرط عدم تضمین نسبت به کیفیت و عملکرد نرم‌افزار درج می‌گردد. شرط عدم تضمین در لیسانس‌های FOSS از اهمیت خاصی برای مالکان نرم‌افزار برخوردار بوده و به همین دلیل در اکثر لیسانس‌های اپن سورس برای بیان شرط مذکور از حروف بزرگ به نحوی که کاملاً جلب توجه نماید استفاده نموده‌اند.

اکثر لیسانس‌های FOSS به موجب شرط عدم تضمین، کلیه تضمین‌های صریح یا ضمنی و از جمله تضمین «قابلیت بهره‌برداری تجاری»^۴ و یا «مناسب بودن برای یک هدف خاص»^۵ را از خود سلب نموده‌اند. به عنوان مثال در لیسانس BSD تصریح شده است: «این لیسانس توسط مالک کپی رایت و کمک‌کنندگان به توسعه آن به همین صورت که وجود دارد اعطا شده و هر نوع تضمین صریح یا ضمنی شامل تضمین ضمنی تجاری بودن و یا مناسب بودن برای اهدافی خاص سلب شده است...»^۶ ماده ۹ Artistic License نیز مقرر می‌دارد: «این بسته نرم‌افزاری به همین نحو که هست، بدون هیچگونه تضمین صریح یا ضمنی از قبیل تضمین ضمنی قابلیت بهره‌برداری تجاری یا مناسب بودن برای اهدافی خاص ارائه می‌گردد». اهمیت شرط عدم تضمین در لیسانس‌های FOSS آنچنان بالا است که برخی لیسانس‌ها از جمله لیسانس GPL بر توزیع‌کنندگان نسخه‌های مجدد نرم‌افزار نیز شرط می‌نمایند که صراحتاً به شرط عدم تضمین بر روی نسخه‌های خود اشاره نمایند. ذکر این موضوع بر روی نسخه‌های جدید برای توزیع‌کننده تخلف محسوب خواهد شد.

¹ - Disclaim of warranties

^۲ - البته در لیسانس‌های FOSS معادل آن را Limitation of Liability بیان نموده‌اند که معنای تحت‌اللفظی آن شرط تحدید مسئولیت می‌باشد، با این وجود با توجه به محتوی شرط مذکور در لیسانس‌های FOSS، لذا اصطلاح مذکور به شرط عدم مسئولیت ترجمه شده است.

³ - Disclaim of Noninfringment of third party rights

⁴ - Merchantability

⁵ - Fitness for a Particular Purpose

⁶ - BSD License. Quoted from: Raymond T. Nimmer, LEGAL ISSUES IN OPEN SOURCE AND FREE SOFTWARE DISTRIBUTION, p.79 available At: <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Transactions/LegalIssuesNimmer.pdf>

مسئله اصلی که باید مورد بررسی قرار گیرد آن است که آیا شرط عدم تضمین در لیسانس‌های FOSS معتبر و لازم‌الاجرا بوده یا آنکه باطل می‌باشند؟ با توجه به تشابه پاسخ این سوال با وضعیت حقوقی شرط عدم مسئولیت، لذا پاسخ این سوال نیز در بند دوم مورد بررسی قرار می‌گیرد.

بند دوم: شرط عدم مسئولیت

ممکن است یک شرکت بزرگ در سیستم حسابداری خود از یک نرم‌افزار این‌سورس استفاده نموده و به واسطه نقص و عدم کیفیت نرم‌افزار مذکور، کلیه سیستم مالی شرکت مختل گردد. در چنین حالتی علی‌الاصول شرکت باید بتواند از پدیدآورنده نرم‌افزار مذکور مطالبه خسارت نماید. اما اکثر مالکان نرم‌افزارهای این‌سورس به واسطه آنکه همه روزه با تعداد بسیاری از این نوع دعاوی روبرو نشوند، در لیسانس‌های خود شرط عدم مسئولیت درج می‌نمایند. به موجب شرط عدم مسئولیت، مالکان FOSS خود را از هر گونه جبران خسارت وارده به استفاده‌کنندگان نرم‌افزار اعم از خسارات قراردادی، قهری و غیره معاف می‌دارند. به عنوان مثال لیسانس BSD در این خصوص بیان می‌دارد: «... در هیچ شرایطی مالک کپی‌رایت یا مشارکت‌کنندگان نسبت به خسارت‌های مستقیم یا غیرمستقیم و یا خسارات فرعی مانند خسارات ناشی از استفاده از نرم‌افزار، خسارات وارده در اثر اطلاعات اشتباه یا مناسب بودن آنها در برابر اشخاص تحت هیچ یک از تئوری‌های مسئولیت خواه مسئولیت قراردادی، مسئولیت مطلق، مسئولیت مدنی و غیره مسئول نمی‌باشند».^۱ ماده ۶ Common Public License نیز با عبارتی مشابه BSD به بیان شرط عدم مسئولیت پرداخته است. ماده مذکور مقرر می‌دارد: «به استثناء مواردی که در این توافق صراحتاً ذکر شده، هیچ یک از دریافت‌کننده و توزیع‌کننده نسبت به خسارات وارده مستقیم یا غیرمستقیم، جزئی یا اساسی بر طبق هیچ یک از تئوری‌های مسئولیت خواه قراردادی، مسئولیت مطلق، مسئولیت مدنی اعم از تقصیر و غیره که از استفاده یا توزیع نرم‌افزار یا اعمال حقوق اعطایی ناشی از آن به هر نحوی ایجاد شده، دارای مسئولیت نمی‌باشد».^۲

^۱ - BSD License:

... IN NO EVENT SHALL THE COPYRIGHT OWNER OR CONTRIBUTORS BE LIABLE FOR ANY DIRECT, INDIRECT, INCIDENTAL, SPECIAL, EXEMPLARY, OR CONSEQUENTIAL DAMAGES (INCLUDING, BUT NOT LIMITED TO, PROCUREMENT OF SUBSTITUTE GOODS OR SERVICES; LOSS OF USE, DATA, OR PROFITS; OR BUSINESS INTERRUPTION) HOWEVER CAUSED AND ON ANY THEORY OF LIABILITY, WHETHER IN CONTRACT, STRICT LIABILITY, OR TORT (INCLUDING NEGLIGENCE OR OTHERWISE) ARISING IN ANY WAY OUT OF THE USE OF THIS SOFTWARE, EVEN IF ADVISED OF THE POSSIBILITY OF SUCH DAMAGE.

^۲ - Common Public License Version 1.0, section 6

شرط عدم مسئولیت نیز همانند شرط عدم تضمین از اهمیت خاصی برخوردار بوده به همین دلیل به منظور آنکه توجه لیسانس گیرنده‌ها نسبت به آن جلب شود، در اکثر لیسانس‌های FOSS با حروف بزرگ تنظیم شده است. اکثر لیسانس‌های FOSS واجد چنین شرطی تحت عنوان Limitation of Liability می‌باشند؛ اما بعضی لیسانس‌ها از جمله Artistic License که توسط افراد آماتور تنظیم شده، فاقد شرط عدم مسئولیت هستند.

مساله اصلی که باید مورد بررسی قرار گیرد آن است که آیا شروط عدم تضمین و شرط عدم مسئولیت معتبر و لازم‌الاجرا بوده یا آنکه باطل می‌باشند؟ مساله به ویژه از آن جهت اهمیت دارد که اکثر قراردادهای لیسانس‌های اپن سورس از نوع قراردادهای مصرف بوده و با توجه به رویکرد حمایتی اکثر قوانین از مصرف‌کننده، این سوال اهمیت بیشتری می‌یابد. اهمیت مساله در جایی بیشتر می‌شود که مصرف‌کننده در ازای دریافت لیسانس نرم‌افزار، مبلغی را به عنوان عوض پرداخت نموده باشد. لذا با لحاظ همه این اوضاع و احوال و فروضات، آیا چنین شروطی معتبر و لازم‌الاجرا هستند؟

با توجه به گسترده جهانی استفاده از نرم‌افزارهای اپن سورس، لذا در مقام پاسخ به این سوال باید بدواً قانون حاکم بر هر پرونده خاص را بر اساس قانون مذکور در لیسانس FOSS مربوطه و یا بر اساس قواعد حل تعارض تعیین نمود. سپس باید وضعیت حقوقی شرط عدم مسئولیت، شرط عدم تضمین و یا به طور کلی وضعیت شروط ناعادلانه از حیث بطلان یا صحت را در قانون یا نظام حقوقی حاکم مطالعه و سپس در مرحله سوم باید بر اساس معیارهای ارائه شده در همان قانون مشخص نمود که آیا چنین شروطی در لیسانس‌های FOSS با در نظر گرفتن کلیه جوانب، ناعادلانه تلقی می‌گردند یا خیر؟ در مقام پاسخ به این سوال سه حالت کلی می‌تواند مطرح نظر قرار گیرد.

حالت اول آنکه در قانون حاکم به طور خاص مقرره‌ای راجع به شرط عدم مسئولیت و یا شرط عدم تضمین وجود داشته باشد که در این صورت بر همان اساس با رعایت کلیه امور موضوعی و شرایط آن اقدام می‌شود.

حالت دوم آنکه چنانچه قانون حاکم فاقد مقررات صریح راجع به شرط عدم مسئولیت و یا شرط عدم تضمین باشد، لیکن واجد مقرراتی در خصوص شروط ناعادلانه باشد، با کمک از قوانین شروط ناعادلانه تعیین تکلیف می‌شود. چرا که در هر حال ممکن است ادعا شود شرط عدم مسئولیت و یا شرط عدم تضمین از جمله شروط ناعادلانه می‌باشند. قوانین برخی کشورها از جمله آلمان، فرانسه، انگلیس، استرالیا، آمریکا، کره جنوبی و بسیاری کشورهای دیگر شروط ناعادلانه را بویژه نسبت به مصرف‌کننده لازم‌الاجرا ندانسته و چنین شروطی را باطل می‌دانند. قوانین هر کدام از این کشورها معیار خاصی را برای ناعادلانه شناختن شرط ارائه نموده که یکی

از معیارهای مشترک همه آنها بر هم خوردن توازن اقتصادی می‌باشد. اما نکته‌ای که باید به آن توجه داشت آن است که در قراردادهای لیسانس اپن سورس مساله توازن اقتصادی مطرح نبوده و به فرض وجود قصد تعادل اقتصادی، با توجه به انواع امتیازاتی که لیسانس‌دهنده به لیسانس‌گیرنده اعطا نموده و علی‌الاصول نیز در برابر آنها مبلغ یا عوض دریافت نمی‌دارد، این توازن غالباً بر هم نخورده و بلکه علی‌الاصول به نفع مصرف‌کننده نهایی نیز باقی می‌ماند. لذا باطل تلقی نمودن شرط عدم مسئولیت و یا شرط عدم تضمین به استناد ناعادلانه بودن آنها بر اساس قانون حاکم بسیار بعید است، با این وجود شروط مذکور ممکن است در موارد بسیار نادر بر اساس معیار ارائه شده در قانونی خاص ناعادلانه تلقی گردد.

حالت سوم آنکه در قانون حاکم مانند حقوق ایران نه مقرره‌ای خاص راجع به شرط عدم مسئولیت و شرط عدم تضمین و نه مقرره‌ای عام در خصوص شروط ناعادلانه وجود نداشته باشد. در چنین مواردی باید بر اساس اصل آزادی اراده چنین شروطی را لازم‌الاجرا دانست. در تایید این نظر بیان شده است که شرط عدم مسئولیت در قراردادهای اپن سورس لازم‌الاجرا می‌باشد و برای توجیه این نظر استدلال شده است که نرم‌افزارهای اپن سورس غالباً بدون هیچ عوضی در اختیار مصرف‌کنندگان قرارداد می‌گیرد و انواع امتیازات از جمله حق کپی، اصلاح و توزیع مجدد به لیسانس‌گیرنده اعطا می‌گردد. لذا به واسطه این رفتار لیسانس‌دهنده باید او را در برابر ریسک‌ها حمایت نمود و شرط عدم مسئولیت لیسانس‌دهنده اپن سورس را لازم‌الاجرا دانست.¹ این استدلال را می‌توان مطابق با قاعده احسان در حقوق اسلامی دانست. این توجیه هر چند قابل قبول به نظر می‌رسد، اما باید توجه داشت در مواردی که شرکت‌های تجاری با اقدام بر روی نرم‌افزارهای FOSS مبادرت به ایجاد نرم‌افزارهای اشتقاقی نموده و آنها را به فروش می‌رسانند، این توجیه مقبولیت کمتری خواهد داشت.² البته باید توجه داشت که در موارد اخیر صرفاً این توجیه مقبولیت کمتر می‌یابد، لیکن اعتبار و مقبولیت خود را به کلی از دست نخواهد داد، زیرا اولاً هزینه پرداختی برای تهیه نرم‌افزارهای اپن سورس حتی اگر رایگان نباشد بسیار اندک بوده و در واقع هزینه‌ای جزئی است که بیشتر در ازای هارد دیسک یا اجرت نشر و توزیع می‌باشد و ثانیاً حسن رفتار لیسانس‌دهنده نه مربوط به رایگان یا قیمت محدود نرم‌افزار اپن سورس، بلکه بیشتر در نوع اعطای حق استفاده، اصلاح و توزیع آن نمایان می‌گردد. لذا چنانچه نرم‌افزارهای اشتقاقی در ازای دریافت پول، اما به صورت اپن سورس توزیع گردند، توجیه به اصطلاح مبتنی بر قاعده احسان همچنان قابل پذیرش می‌باشد.

¹- Raymond T. Nimmer, op. cit. p.81

²- Raymond T. Nimmer, op. cit. p.81

برای لازم‌الاجرا دانستن شرط عدم مسئولیت در لیسانس نرم‌افزارهای اپن‌سورس صرف‌نظر از استناد به حسن رفتار لیسانس‌دهنده، بعلاوه همچنین بیان شده است نیازی به تضمین عملکرد و کیفیت نرم‌افزار اپن‌سورس نمی‌باشد. چرا که کدهای منبع نرم‌افزار در اختیار مصرف‌کننده قرار دارد و وی می‌تواند هر گونه کاستی و نقص نرم‌افزار مذکور را برطرف نماید. ممکن است ادعا شود خریدار یک اتومبیل نیز با توجه به آنکه کلیه اجزای تشکیل‌دهنده آن برای وی قابل مشاهده می‌باشد، لذا می‌تواند هر نقصی در آن را برطرف نموده و لذا نیازی به تضمین کیفیت و سلامت ندارد. اما باید اظهار داشت نرم‌افزار اپن‌سورس از ابتدا با این فرض عرضه شده که دارای نواقص و کاستی‌هایی بویژه قبل از اختصاصی‌سازی می‌باشد و لذا امکان رفع نقص به هر شخص داده شده است؛ در حالی یک اتومبیل با این فرض که در نوع خود کامل و فاقد نقص است تحویل خریدار می‌گردد. لذا ماهیت نرم‌افزارهای اپن‌سورس و اعلام ضمنی که این نرم‌افزار ممکن است دارای کاستی‌هایی باشد، توجیهی دیگر برای قول به لازم‌الاجرا بودن شرط عدم مسئولیت و عدم تضمین در لیسانس‌های FOSS می‌باشد. در واقع در نرم‌افزارهای FOSS، صاحب اثر با اعطای مجوز اصلاح، در واقع خود به نوعی اقرار بر وجود نقصان در محصول نموده و به همین دلیل هر گونه مسئولیت ناشی از آن را از خود سلب می‌نماید. لیسانس‌گیرنده نیز از ابتدا بر وجود نقص در نرم‌افزار اپن‌سورس آگاهی داشته و در واقع لیسانس‌دهنده و لیسانس‌گیرنده بر این کاستی‌های نرم‌افزار آگاهی و وحدت قصد داشته‌اند و لذا شرط عدم مسئولیت ناشی از نقص نرم‌افزار ناعادلانه تلقی نمی‌گردد.

در حقوق ایران مقرره خاصی در مورد بطلان یا بی‌اعتباری شرط عدم مسئولیت یا شرط عدم تضمین وجود ندارد. همچنین قاعده‌ای عام که بر اساس آن شروط ناعادلانه باطل شناخته شده باشد نیز در حقوق ایران وضع نشده است و در نتیجه اصل آزادی قراردادی در این خصوص تخصیص نخورده است. البته ممکن است ادعا شود در حقوق ایران به استناد ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک، شرط عدم مسئولیت و شرط عدم تضمین ناعادلانه و فاقد اثر است. ماده مذکور بیان می‌دارد: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده، مؤثر نیست». اما به نظر می‌رسد ادعای فوق صحیح نباشد، زیرا هر چند بسیاری از لیسانس‌های اپن‌سورس از طریق الکترونیکی کلیک رپ منعقد شده و تحت شمول قانون تجارت الکترونیکی قرار دارد، لیکن از آنجا که هیچ معیاری نه در قانون مذکور و نه در قوانین دیگر ایران در خصوص ناعادلانه یا غیرمنصفانه بودن شرط ارائه نشده، لذا بر اساس معیار غالب در عرف جهانی و اکثر قوانین بین‌المللی یکی از ارکان ناعادلانه بودن شرط در ایران نیز برهم خوردن توازن اقتصادی طرفین می‌باشد. اما همانطور که بیان گردید از آنجا که در لیسانس‌های اپن‌سورس توازن اقتصادی مورد توجه نبوده و

بلکه بیشتر از عقود مسامحه‌ای می‌باشد. بنابراین با توجه به اعطای حقوق متعدد به لیسانس‌گیرنده بدون دریافت رویالتی، لذا شرط عدم مسئولیت و شرط عدم تضمین توازن قرارداد را بر هم نزنه و بنابراین نمی‌توان شروط مذکور در لیسانس‌های FOSS را بر اساس ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک ایران ناعادلانه و غیر مؤثر دانست.

بند سوم: شرط عدم تضمین نسبت به ادعای اشخاص ثالث

در اکثر قراردادهای حوزه مالکیت فکری و از جمله در قراردادهای لیسانس نرم‌افزار، شرط تضمین در برابر ادعای اشخاص ثالث پیش‌بینی می‌گردد. در واقع به موجب این شرط لیسانس‌دهنده تضمین می‌نماید چنانچه شخص ثالث مدعی حقی نسبت به موضوع لیسانس بوده و علیه لیسانس‌گیرنده دعوی تجاوز مطرح نماید، لیسانس‌دهنده از مصرف‌کننده نهایی حمایت و دفاع خواهد نمود. در حالی که در برخی لیسانس‌های اپن‌سورس شرط عدم تضمین نسبت به ادعای اشخاص ثالث درج می‌گردد. به عنوان مثال در لیسانس Realnetworks^۱ بیان شده است: «شما به طور آشکار آگاه هستید و توافق می‌نمایید که علی‌رغم آنکه لیسانس‌دهنده و مشارکت‌کنندگان به شما لیسانس کدهای تحت پوشش را نسبت به سهم خود اعطا می‌نمایند، لیکن هیچ تضمینی به وسیله لیسانس‌دهنده یا هیچ یک از مشارکت‌کنندگان داده نمی‌شود که کدهای تحت پوشش به حق اختراع یا دیگر حقوق فکری اشخاص ثالث تجاوز ننموده است. لیسانس‌دهنده و هر یک از مشارکت‌کنندگان از هر گونه مسئولیت در برابر شما نسبت به ادعای اشخاص ثالث در خصوص تجاوز به حقوق فکری آنها تبری می‌نمایند. بنابراین هر گونه پاسخ در برابر ادعای مدعیان تجاوز و یا هر گونه اخذ مجوز از دارنده مثلاً یک حق اختراع بر عهده خود شما (لیسانس‌گیرنده) می‌باشد».

در لیسانس GPL علی‌رغم آنکه صراحتاً در خصوص تضمین کیفیت نرم‌افزار شرط عدم مسئولیت درج شده است، لیکن در خصوص تضمین در برابر ادعای اشخاص ثالث مقرره‌ای صریح وجود ندارد. ماده ۱۱ GPL بیان می‌دارد که این نرم‌افزار «به همین صورت که هست بدون هیچ تضمینی اعم از صریح یا ضمنی ارائه می‌شود» و ماده ۱۵ LGPL نیز مشابه همین عبارات را به کار برده است. حال سوال آن است که آیا این نوع نحوه بیان متضمن شرط عدم مسئولیت یا عدم تضمین در برابر ادعای اشخاص ثالث می‌باشد یا خیر؟ به نظر می‌رسد ماده مذکور تضمین را مطلقاً سلب نموده و بنابراین شامل مسئولیت در برابر ادعای اشخاص ثالث نیز می‌باشد. مگر آنکه در برخی موارد قانونگذار یک کشور برای سلب مسئولیت، تصریح در هر مورد را نیاز دانسته باشد. به عنوان مثال در حقوق آمریکا چنانچه لیسانس اپن‌سورس را تحت UCC بررسی نمایند، نوع بیان

^۱ - Realnetworks Public Source License, version 1.0.

GPL کافی برای سلب مسئولیت در برابر ادعای اشخاص ثالث می‌باشد، در حالیکه اگر آن را تحت UCITA بررسی نمایند، به استناد قسمت d ماده ۴۰۱ قانون مذکور، تنها در صورتی می‌توان از یک تضمین سلب مسئولیت نمود که زبان صریح برای آن به کار رفته یا اوضاع و احوال دلالت کامل بر سلب مسئولیت و اطلاع طرف مقابل از این امر داشته باشد. لذا چنانچه در مورد یک لیسانس خاص در آمریکا مقررات UCITA حاکم باشد، ممکن است نحوه بیان به کار رفته در GPL کافی برای بیان سلب مسئولیت در برابر ادعای اشخاص ثالث نباشد.^۱

نکته مهم آنکه منظور از «شرط عدم تضمین در برابر ادعای اشخاص ثالث» آن نیست که لیسانس‌دهنده در برابر ثالث فاقد مسئولیت خواهد بود. بلکه منظور آن است که چنانچه ثالث مدعی حقی نسبت به نرم‌افزار بوده و مانع استفاده جزئی یا کلی لیسانس‌گیرنده شود، لیسانس‌دهنده یا سایر مشارکت‌کنندگان تکلیفی به استرداد عوض به لیسانس‌گیرنده (در صورت وجود عوض مادی) یا پرداخت خسارت به وی و یا مداخله و دفاع از لیسانس‌گیرنده نخواهند داشت. لیکن چنانچه ثالث مستقیماً علیه لیسانس‌دهنده یا مشارکت‌کنندگان بابت تجاوز به حقوق فکری آنها اقامه دعوا نماید، بدیهی است که متجاوز در برابر ثالث مسئول می‌باشد. لیسانس Realnetworks نیز به همین نکته توجه داشته و صرفاً بیان می‌دارد لیسانس‌دهنده و هر یک از مشارکت‌کنندگان از هر گونه مسئولیت «در برابر شما» (لیسانس‌گیرنده) معاف می‌باشد.

پرسش اصلی که مطرح می‌شود آن است که آیا «شرط عدم تضمین نسبت به ادعای اشخاص ثالث» صحیح است یا آنکه از شروط باطل و غیر معتبر تلقی می‌شود؟ به نظر می‌رسد پاسخ به این سوال را نیز باید بر مطابق هر قانونی که بر اساس قواعد حل تعارض صالح شناخته می‌شود، ارائه داد. به عنوان مثال مطابق قواعد عمومی قراردادها در حقوق آمریکا، به موجب مقررات UCC چنانچه طرف قرارداد تاجر باشد، می‌توان هر گونه مسئولیت اعم از صریح یا ضمنی را از خود سلب نمود. در حالی که در برابر مصرف‌کننده علی‌الاصول شرط عدم مسئولیت پذیرفته نمی‌باشد. با این وجود به نظر می‌رسد در حوزه نرم‌افزارهای اپن سورس با توجه به حسن نیت و احسان لیسانس‌دهنده در اعطای انواع آزادی‌ها بدون هیچ چشم‌داشت مادی، شرط عدم مسئولیت در برابر لیسانس‌گیرنده صحیح باشد.

در حقوق ایران نیز برابر ماده ۳۹۰ قانون مدنی طرفین ضامن مستحق‌الغیر در آمدن کلی یا جزئی موضوع معامله می‌باشند. ماده مذکور هر چند در مبحث بیع ذکر گردیده، لیکن از قواعد عمومی قراردادها بوده و در کلیه قراردادهای معوض اعمال می‌گردد. اما باید توجه داشت که به واسطه اصل غیر آمره بودن قوانین مربوط

¹ - Raymond T. Nimmer, op. cit. pp. 85-86

به معاملات، شرط بر خلاف ماده مذکور پذیرفته می‌باشد.^۱ لذا شرط عدم مسئولیت لیسانس دهنده در برابر ادعای اشخاص ثالث در حقوق ایران صحیح می‌باشد. البته این امر مانع از آن نیست که در عقود معوض مانند بیع، شخص خریدار با اثبات علم و اطلاع فروشنده بر عدم مالکیت نسبت به مبیع نتواند از باب کلاهبرداری و (یا حتی خیار تدلیس) بهای پرداختی خود را مسترد نماید.^۲ این پاسخ در مورد حقوق ایران با توجه به قواعد عمومی قراردادها ارائه گردید. اما در خصوص قراردادهای الکترونیکی و از جمله لیسانس‌های اپن سورس که غالباً به صورت الکترونیکی و شیرینک‌رپ منعقد می‌گردند، با توجه به ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی که شروط ناعادلانه را به ضرر مصرف‌کننده نافذ نمی‌داند، تکلیف چیست؟ در پاسخ می‌توان اظهار داشت هر چند قانون تجارت الکترونیک یا سایر قوانین ایران معیار ناعادلانه بودن شرط را ارائه نداده‌اند، لیکن با تدقیق در قوانین سایر کشورها که خواستگاه کنترل شروط ناعادلانه بوده‌اند، می‌توان اظهار داشت که ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک در خصوص عقود معاوضی می‌باشد و نسبت به معاملات مسامحی از جمله صلح بلاعوض، هبه و کفالت که مبتنی بر تسامح هستند رعایت نمی‌گردد؛^۳ بنابراین علی‌رغم آنکه شرط عدم مسئولیت در برابر ادعای اشخاص ثالث ممکن است با وجود سایر معیارها ناعادلانه تلقی گردد، لیکن در حقوق ایران با توجه به اصل آزادی اراده و باطل شناختن چنین شروطی، باید آنها را صحیح دانست. وانگهی ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک نیز مانع از معتبر شناختن چنین شروطی در قراردادهای لیسانس اپن سورس نمی‌باشد. زیرا یکی از معیارهای ناعادلانه تلقی شدن شرط در اکثر کشورها، عدم توازن اساسی در حقوق و تکالیف طرفین معامله می‌باشد. در حالی که غالباً در قراردادهای لیسانس اپن سورس با توجه به انواع امتیازاتی که لیسانس‌دهنده به لیسانس‌گیرنده اعطا نموده و علی‌الاصول نیز در برابر آنها مبلغ یا عوض متعارف در قراردادهای اقتصادی دریافت نمی‌دارد، این توازن غالباً بر هم نخورده و بلکه علی‌الاصول به نفع مصرف‌کننده نهایی نیز باقی می‌ماند.

نتیجه‌گیری

در کنار هر نرم‌افزار اپن سورس الزاماً یک لیسانس اپن سورس وجود دارد و در واقع به موجب همین لیسانس است که نرم‌افزار به صورت اپن سورس عرضه شده است. علی‌رغم آنکه در خصوص ماهیت لیسانس

^۱ - امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی، انتشارات اسلامی، تهران، چاپ بیست و دوم، ۱۳۸۱، جلد ۱، ص ۴۵۹-۴۶۰؛ کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق

مدنی- دوره عقود معین (چهار جلدی)، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ هشتم، ۱۳۸۱، ج ۱، ش ۱۶۸، ص ۲۳۱

^۲ - کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی- دوره عقود معین (چهار جلدی)، ج ۱، منبع پیشین، ش ۱۶۸، ص ۲۳۲

^۳ - چرا که یکی از ارکان اصلی ناعادلانه تلقی شدن شرط، بر هم خوردن توازن اقتصادی طرفین می‌باشد و در عقود مسامحی توازن اقتصادی مورد توجه طرفین نیست.

نرم افزارهای اپن سورس از حیث قرارداد یا صرف اذن (لیسانس ساده) بودن در سال‌های ابتدایی ظهور تحقیقات حقوق FOSS اختلاف نظر وجود داشت، لکن امروزه اکثر حقوقدانان بر این امر اتفاق نظر دارند که غالب لیسانس‌های FOSS موجود تعهدی هر چند جزئی را بر لیسانس‌گیرنده تکلیف نموده و لذا معوض محسوب شده و بنابراین قرارداد تلقی می‌شوند. از لحاظ تئوری این صحیح است که اگر لیسانس اپن سورس هیچگونه تعهدی را برای لیسانس‌گیرنده ایجاد نکند، صرف اذن یا لیسانس ساده تلقی می‌گردد؛ لکن در عمل در بین لیسانس‌های موجود لیسانس فاقد تعهد مشاهده نشده است. بنابراین تردیدی در قرارداد تلقی نمودن اکثر لیسانس‌های FOSS نبوده و در نتیجه لیسانس‌های اپن سورس و شروط مذکور در لیسانس‌های مذکور علی‌الاصول لازم‌الاجرا می‌باشند، مگر شروطی مانند شرط منع استناد به استفاده عادلانه که مخالف اصول مسلم مالکیت فکری بوده و یا همچنین شرط عدم مسئولیت و شرط عدم تضمین یا سایر شروطی که معیارهای شروط ناعادلانه را دارا باشند، البته در صورتی که شروط مذکور در قانون حاکم باطل شناخته شده باشند.

منابع و مأخذ:

- 1- Authors group, Unfair terms in contracts, The Law Commission Consultation Paper No 166
- 2- Brian W. Carver, Share and Share Alike: Understanding and Enforcing Open Source and Free Software Licenses, 20 Berkeley Technology Law Journal, 2005
- 3- David McGowan, Legal Aspects of Free and Open Source Software, 2005, Available at: <http://durietangri.com/sites/default/files/legalaspectsfoss.pdf>
- 4- Jason B. Wacha, Taking the Case: is the GPL Enforceable, 21 Santa Clara Computer and High Technology Law Journal, 2005
- 5- Jay T. Westermeier, Understanding the Importance of Derivative Works, March 2009, Available at: <http://www.finnegan.com/resources/articles/articlesdetail.aspx?news=9cbb473b-f87b-47eb-8d4b-0202ad56343a>
- 6- Jean Braucher, The Failed Promise of the UCITA Mass-Market Concept and its Lessons for Policing of Standard Form Contracts, 7 Journal of Small and Emerging Business Law, 2003
- 7 Jose J Gonzalez de Alaiza, Open Source, Free Software and Contractual Issues, bepress Legal series, 2006, Available at: <http://law.bepress.com/expresso/eps/1475>
- 8- Lawrence Rosen, Open Source Licensing, Software Freedom and Intellectual Property Law, published by PRENTICE HALL PTR, United States, 2005

- 9- Marnah Suffm, Essential Contract law, Cavendish Publishing, London, Second edition, 1997
- 10- Michael J. Madison, Legal-Ware: Contract and Copyright in the Digital Age, 67 FORDHAM L. REV. 1998
- 11- P.H. Collin , Dictionary of Law, Bloomsbury pub, London, 4th edition, 2004
- 12- Raymond T. Nimmer, Legal Issues in Open Source and Free Software Distribution, 861 Practising Law Institute/Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series, 2006
- 13- Richard Stone, Q&A Series Contract law, Cavendish Publishing, London, 5th ed, 2003
- 14- Robert W. Gomulkiewicz, The Licensing is the Product: Comments on the Promise of Article 2B for Software and Information Licensing, 13 BERKELEY TECH. L.J. 1998
- 15- Steve H. Lee. Open Source Software Licensing, 1999, pp. 88-89. Available at: <http://cyber.law.harvard.edu/openlaw/gpl.pdf>
- 16- Terry J. Iardi, Mass Licensing , Practising Law Institute/Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series, 2005
- 17- William H. Neukom & Robert W. Gomulkiewicz, Licensing Rights to Computer Software, in TECHNOLOGY LICENSING AND LITIGATION 1993

- ۱۸- امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی، انتشارات اسلامیة، تهران، چاپ بیست و دوم، ۱۳۸۱، جلد ۱
- ۱۹- صابری، روح‌اله، قراردادهای لیسانس، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۷
- ۲۰- کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی- دوره عقود معین (چهار جلدی)، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ هشتم، ۱۳۸۱، ج ۱
- ۲۱- کاتوزیان، دکتر ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، نشر دادگستر، چاپ چهارم، بهار ۱۳۸۰
- ۲۲- کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، شرکت‌سهامی انتشار، تهران، چاپ ششم، ۱۳۸۳