مسؤولية مصممي برامج الحاسوب التقصيرية
دراسة في القانون الكويتي والمقارن

الدكتور/ أنور أحمد الفزيع
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق ـ جامعة الكويت

مقدمة

مما لا ريب فيه أن الإنسانية خطت خطوات واسعة في مجال التكنولوجيا مما سهل الكثير من الخدمات على الأفراد، وهذه هي سنة الحياة.

ويعتبر الحاسوب مثالاً واضحاً في تأكيد هذه المقولة، فبقدر ما يوفره من وقت وجهد بقدر ما تكون عواقب خلله وخيمة ومضاعفة، ولعل أخطر ما في الحاسوب ليس مجموعة القطع المادية التي يتكون منها وإنما البرنامج والذي يعتبر العقل المُدبّر حيث تصدر منه الأوامر أو التعليمات لتنفيذ وظيفة معينة أو مهمة معينة كاستخراج معلومة أو معالجتها مع معلومة أخرى أو إعطاء أمر للجهاز ليقوم بتنفيذ وظيفة مادية محددة[1].

وحيث إن الحاسوب دخل أغلب مجالات الحياة من تطبيب وهندسة وطيران وتعليم وغيرها، فإن برامج الحاسوب يمكن أن تكون سبباً في أضرار متنوعة، وهذا ليس من قبيل الافتراض وإنما حصلت على أرض الواقع بعض الأضرار نتيجة خطأ في تصميم برنامج معيّن. وتتنوع هذه الأضرار من أضرار جسدية تصيب الإنسان إلى أضرار مادية بحتة. ويمكن إعطاء مجموعة من الأمثلة على هذه الأضرار، فالخطأ

(١) LUCAS André, Le droit de l'informatique, Paris, P.U.F., 1987, No 167, p. 184

في التحليل الطبي من قبل جهاز يعمل بالحاسوب يترتب عليه خطأ في وصف الدواء اللازم لمعالجة المريض، كما أن الخطأ في حاسوب جهاز الأشعة يؤدي إلى إعطاء المريض كميات من الأشعة لا تتناسب وحالته المرضية، فإذا كانت الأشعة المعطاة أكثر من حاجته فإن هذا يؤدي إلى إحراق جلده. ويمكن أن يعطى مثالاً آخر في مجال الهندسة، حيث إن الخطأ في البرامج المخصصة لحساب أساسات البناء وكميات الحديد والإسمنت اللازمة قد يؤدي إلى انهيار المبنى، وكذا الأمر في مجال النقل الجوي، كما تستخدم برامج خاصة في مراقبة المفاعلات النووية[١].

وحيث إن الخلل في تصميم برامج الحاسوب قد يكون مصدراً ليس فقط لأضرار بسيطة وإنما لكوارث كبيرة فإن الأمر يقتضي منّا أن نعالج مشكلة المسؤولية المدنية التقصيرية الناشئة عن هذا الخلل ومعرفة طبيعة المسؤولية الملقاة على عاتق مصمم أو واضع البرنامج أو باختصار المبرمج. وقد قصرنا الدراسة على المسؤولية التقصيرية لسبب مهم وهو أن أغلب المضرورين لا تربطهم بالمبرمج أية رابطة تعاقدية. فإما أن يكونوا مستفيدين من مرفق عام أو يكونوا قد حصلوا على برنامج شائع الانتشار من السوق حيث تم بيعه لعدة مشترين متعاقبين، ولا نريد أن نخوض في هذا الصدد في طبيعة مسؤولية الصانع في مواجهة المشتري الأخير فيما إذا كانت عقدية أم تقصيرية لأن هذا الأمر يتجاوز كثيراً إطار دراستنا، إلا أننا نستطيع أن نؤكد بأن الاتجاه العام في الدول المتقدمة يعتبرها مسؤولية تقصيرية، وهذا ما عبرت عنه محكمة العدل في الاتحاد الأوروبي في حكم حديث لها [٢].

وقبل الخوض في طبيعة مسؤولية المبرمج، فإنه يجب التنويه إلى أن البرنامج يتكون من مجموعة من المعلومات مكتوبة على شكل خوارزميات Algorithme يمكن قراءتها من قبل جهاز الحاسوب[٣]، وتوضع الخوارزميات بشكل يتناسب مع

---

(١) TRIAILLE (J.P.), Responsabilité du fait des produits: logiciels, banques de données et information, Revue de droit de l'informatique, 1990/4, p. 39.

(٢) C.J.C.E. 17 Juin 1992, La Semaine juridique, J.C.P., Ed. G., no 43

(٣) CORDONNIER (V.), Informatique, PARIS, P.U.F., 1972, p. 145.

مشكلة محددة وفق منطق معين أثناء مرحلة التحليل. ويتم التحليل على مستويين، فهناك **التحليل الوظيفي** والذي يهدف إلى تركيب الوظائف المطلوبة وتعاقبها وهناك **التحليل العضوي الخاص** بهيكلية البرامج.

وتكتب البرامج بلغة رياضية وتسمى في هذه المراحل بالبرنامج المصدر Programme Source وحتى يمكن تنفيذ ما ورد فيها من أوامر فإنها تترجم إلى لغة يفهمها الجهاز، وتسمى عندها بالبرامج المادية Programme - Objet.

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب التمييز بين البرامج التشغيلية Logiciels de base والتي تكون وظيفتها مقتصرة على تشغيل جهاز الحاسوب بمختلف وظائفه والبرامج التطبيقية Logiciels d'application والتي تقوم بأداء وظيفة محددة، كما يمكن من جانب آخر التمييز بين البرامج الشائعة في الأسواق Logiciels standards والتي تلبّي حاجة عامة مثل البرامج الخاصة بالمحاسبة وبين البرامج المصممة خصيصاً لحاجة شخص معين أو مؤسسة معينة Logiciels sur mesure.

إن تنوع برامج الحاسوب لا يعني خضوعها لأكثر من نظام قانوني من حيث مسؤولية المبرمجين وإنما تنوعها يمكن أن يكون عنصراً مساعداً في معرفة درجة خطورتها أو مجال الخطأ فيها، فالبرامج التشغيلية أقل خطورة من البرامج التطبيقية كما أن مجال الخطأ في البرامج الشائعة أقل من مجال الخطأ في البرامج المصممة خصيصاً وفقاً لطلب شخص محدد.

إن معرفة طبيعة مسؤولية المبرمج التقصيرية تستوجب الإجابة عن سؤال أولي وهو ما هي الطبيعة القانونية لبرامج الحاسوب، فإذا ما حددناها بشكل منضبط أمكن معرفة إمكانية تطبيق أحد أنواع المسؤولية المقررة في القانون المدني (مسؤولية مهنية، مسؤولية عن حراسة الأشياء، مسؤولية الصانع وغيره)، أما إذا تبين انطباق القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية فقط فإننا سوف نعالج مدى ملاءمتها مع الأخطار التي يمكن أن تتبع عند استخدام برامج الحاسوب. فإذا تبيّن قصور

القواعد العامة والخاصة للمسؤولية المدنية فإننا سوف نبحث عن قواعد ملائمة في هذا الصدد، وعليه فإن هذا البحث سوف يعالج ثلاث مسائل وهي:

الفصل الأول: الطبيعة القانونية لبرنامج الحاسوب.

الفصل الثاني: قصور القواعد التقليدية للمسؤولية في مواجهة خصوصيات مسؤولية المبرمجين.

الفصل الثالث: البحث عن قواعد مسؤولية مناسبة لطبيعة عمل المبرمج.

الفصل الأول
الطبيعة القانونية لبرنامج الحاسوب

البرنامج كما أوضحنا يتكون من مجموعة من المعلومات والأوامر يقوم بوضعها المبرمج تستخدم في تشغيل أجهزة الحاسوب وأدائها لوظائف معينة إلا أن هذا البرنامج لا يمكن الاستفادة منه طالما كان مجرد فكرة موجودة في الأذهان أو مكتوبة على ورق، وتبدأ الاستفادة منه حينما يوضع في شيء مادي كأسطوانة معدنية أو بلاستيكية يمكن للجهاز من التعامل معها. وهنا يثور التساؤل عن معرفة ما إذا كان برنامج الحاسوب يعتبر **مجرد خدمة** يقدمها المبرمج للمستهلكين أم هو **شيء له وجود مادي**. إن القول بهذا الرأي أو ذاك يترتب عليه أثر كبير في تحديد طبيعة المسؤولية التي يمكن أن تلقى على عاتق المبرمج. وعلى هذا الأساس سوف نقوم بدراسة برنامج الحاسوب من حيث مدى اعتباره شيئاً مادياً (المبحث الأول) ثم نعقبه بدراسته من حيث مدى اعتباره مجرد خدمة (المبحث الثاني).

ويجدر التنويه إلى أن دراسة الطبيعة القانونية لبرنامج الحاسوب تختلف عن دراسة طرق حمايته وفقاً لقواعد حقوق المؤلف أو لقواعد براءات الاختراع أو لقواعد المسؤولية المدنية أو لغيرها[1].

المبحث الأول
برنامج الحاسوب باعتباره شيئاً مادياً

أولاً: تعريف الشيء المادي:

تقسم الأموال إلى منقولات وعقارات والمنقولات تقسم بدورها إلى منقولات

(١) د. أحمد ضاعن السمدان، النظام القانوني لحماية برامج الكمبيوتر، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الحادية عشرة، ديسمبر ١٩٨٧.

مادية ومنقولات معنوية. فالأولى يمكن تسميتها بالأشياء المادية وهي كل ما كان له حيّز مادي ويمكن نقله من مكان إلى آخر دون أن يترتب على ذلك تغيير في طبيعته أو تلفه ويمكن إدراكها بالحواس، والثانية هي ما لا يمكن إدراكها بالحواس كالأفكار والاختراعات[١].

ثانياً: مدى اعتبار برنامج الحاسوب شيئاً مادياً.

مما لا شك فيه أن برنامج الحاسوب في وضعه الأول باعتباره مجموعة معلومات أو أوامر موضوعة بشكل منطقي أو باعتباره مجموعة خوارزميات لا يمكن الاستفادة منه إلا إذا وضع في شيء مادي Support يمكن تعامله مع الجهاز. ومن هذا المنطلق، ذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار برنامج الحاسوب شيئاً مادياً، حيث إن الأسطوانة التي يوضع فيها لها وجود مادي ملموس.

وقد ذهبت بعض المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية إلى هذا الاتجاه[٢]. كما أن جانباً من الفقه قد أكد تكييف برنامج الحاسوب على أنه شيء مادي وليس مجرد خدمة[٣].

---

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ود. محمد الألفي، المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحق، جامعة الكويت، ١٩٨٦، رقم ٣٦٥، ص ٢٣٩.

(٢) انظر:

The United States Court of Appeals for the Second Circuit, Triangle Underwriters, Inc. V. Honeywell, Inc., 604 F, 2d 737 (2 d Cir. 1979)

Chatlots Systems, Inc. V. National Cash Register Corp. 479 F. Supp. 738 (D.N.J. 1979), aff. d, 635 F. 2d 1081 (3d Cir 1980).

مشار إليهما في:

Susan H. Nycum, William A - Lowell, Common law and Statutory liability for inaccurate Computer-based data, Emory Law Journal, Vol. 30, 1981, . 449.

(٣) انظر التعليقين المشار إليهما واللذين لم يحدد كاتبيهما،

Note, Computer Programs as Goods Under the U.C.C. 77, Mich. L. Rev., 1149 (1979); Note, Computer Software as a Good Under the Uniform Commercial Code: Taking a Byte Out of the Intangibility Myth, 65 B.U.I. Rev. 129 (1985).

ويستند هذا الاتجاه إلى مجموعة من الحجج القانونية والمنطقية نذكر منها:

١) أن البرنامج يشمل بطبيعته العنصرين المادي والمعنوي ولا يمكن فصل أحدهما عن الآخر، فلا يتصور أن يوجد البرنامج دون الوسيط المادي أو بعبارة أدق لا يمكن الاستفادة من البرنامج دون الوسيط، وعلى هذا الأساس اعتبرت بعض المحاكم خريطة الملاحة الجوية شيئاً مادياً لمعرفة مدى انطباق المسؤولية الموضوعية للصانع[١]، ومعلوم أن الخريطة تتكون من عنصرين: معنوي وهو مجموعة المعلومات والحقائق العلمية وعنصر مادي وهو الورق أو الجهاز الذي يمكن من استخدام هذه المعلومات، وفي المعنى نفسه حكمت إحدى المحاكم بانطباق المسؤولية الموضوعية للصانع في مسألة صالون حلاقة قام باستعمال مسحوق تجميل على إحدى النساء[٢]، علماً بأن عقد التجميل ليس بيع أشياء وإنما هو عقد خدمة.

٢) أنه يصعب التمييز في كثير من الأحيان بين الأشياء المادية والخدمات وخاصة بعد التطور الهائل في عالم التكنولوجيا الذي احتلت فيه المعلومات مركزاً مهماً يمكن على أساسه القول بأنها تصلح أن تكون محلاً للملكية وعلى هذا الأساس يمكن اعتبارها شيئاً مادياً له قيمة اقتصادية[٣].

وعلى هذا الأساس، تقدم بعض الفقه بأطروحة «ملكية المعلومات» أو «الأموال

---

(١) انظر:

Halstead V. United States, 535 F. Supp. 782, 789 (D. Conn. 1982), aff'd sub nom. Saloomey V. Japesen & Co., 707 F. 2d 671 (2d Cir 9183).

(٢) Newmark V. Gimbel's Inc., 54 N.J. 585, 1593, 258 A. 2d 697, 701 (1969).

(٣) انظر

Stuurman C., Product liability for Software in Europe. A discussion of the ECD inective of 25 July 1985, in Advanced topics of law and Information Technology, Vandenberghe (éd. x, Kluwer, 1989, p. 140).

المعلوماتية» أو بحسب التعبير الفرنسي Théorie des biens Informationnels[1]. وحيث إن هذه النظرية تناقش مسألة مدى اعتبار المعلومات مالاً فإننا لن نتطرق إلى تفصيلاتها لأن ما يهمنا في هذا المبحث هو معرفة ما إذا كان برنامج الحاسوب يعتبر شيئاً مادياً أم لا لتبنى عليه طبيعة المسؤولية الناتجة عن استخدامه.

المبحث الثاني
برنامج الحاسوب باعتباره مجرد خدمة

تعرضت أطروحة تكييف برنامج الحاسوب على أنه شيء مادي لكثير من النقد، والاتجاه الغالب اليوم هو تكييفه على أنه مجرد خدمة أو عمل قام أو يقوم به المبرمج. وقبل دراسة أوجه النقد الموجه إلى هذه الأطروحة يقتضينا الأمر أن نعرّف الخدمة وندرس نظامها القانوني.

أولاً: تعريف الخدمة:

لا يوجد تعريف منضبط للخدمة في علم الاقتصاد برغم أن قطاع الخدمات أصبح ثالث أهم قطاع بعد الصناعة والزراعة[2]. ولكن بشكل عام يمكن تحديد قطاع الخدمات على أنه يتضمن نصيباً كبيراً من القيمة المضافة، وعلى هذا الأساس تعتبر الأجور هي العنصر الأساسي في حساب تكلفة الإنتاج، كما أن الخدمات تتميز بعدم قابليتها للتخزين، فهي تستهلك بشكل فوري، وأخيراً فإن أغلب الخدمات تعتمد على استمرار ذكاء الإنسان وإبداعه[3].

أما في علم القانون فإن الأمر يقتضي التمييز بين القانون العام والقانون الخاص، ففي الأول توجد نظرية راسخة الجذور عمل القضاء والفقه على توطيدها

(١) P. Catala, Ebauche d'une théorie juridique de l'information, D. 84, Chron. p. 97.

(٢) Grelon Bernard, Les entreprises de Services, paris, Economica, 1978, p. 11, No 21

(٣) Grelon, Ibidem, p. 13, No 24.

وهي نظرية «المرافق العامة» أو «الخدمات العامة»، والتي نشأت على هدى من نظرية أن الدولة ليست فقط سلطة عامة وإنما هي أولاً وأخيراً في «خدمة» الشعب، مما أدّى إلى قيامها بتوفير العديد من الخدمات الضرورية للمواطنين على مرور الزمن، وفي المقابل لا توجد نظرية متكاملة «للخدمات» في إطار القانون الخاص، ولا يمكن العثور على كلمة خدمة إلا في مواضع متفرقة منه، ففي القانون المدني يمكن الحديث عن الخدمات في عَقدي العمل والمقاولة حيث يلتزم شخص بتقديم خدمة لآخر فإذا صاحبتها تبعية قانونية فهي عقد عمل وإن لم تصاحبها تبعية قانونية فهي عقد مقاولة، ويمكن أن يضاف إلى ذلك أن عقد النقل يرتكز على فكرة الخدمة.

وإذا كان كل من عَقدي العمل والنقل يخضعان لقواعد قانونية مستقلة، فإن ما يهمنا في هذا المضمار هو عقد المقاولة الذي أخذ يتطور بشكل سريع مع تطور المجتمع وزيادة احتياجاته، ويمكن القول إن أغلب الخدمات التي توجد في إطار القانون الخاص تخضع للنظام القانوني الخاص بعقد المقاولة، سواء أكانت خدمات مادية أم خدمات فكرية.

ويمكن القول إن عقد المقاولة أصبح تكييفاً للعديد من الخدمات التي ظهرت أخيراً من عقود «غير مسماة»[1].

ثانيا: مدى اعتبار برنامج الحاسوب مجرد خدمة:

إنه من الصعوبة بمكان اعتبار برنامج الحاسوب شيئاً مادياً لأسباب كثيرة تتعلق بالحقيقة الاقتصادية والفن القانوني.

فمما لا شك فيه أن القيمة الاقتصادية لبرنامج الحاسوب تفوق كثيراً القيمة المادية للوسيط الذي يمكن من خلاله الاستفادة من البرنامج، وتظهر هذه الحقيقة بشكل جلي بالنسبة للبرامج المصممة خصيصاً وفقاً لحاجة عميل معين أو كما

(١) Grelon, Ibidem, p. 7, No 12.

تسمى بالفرنسية Logiciel sur mesure وتقل بالنسبة للبرامج الأكثر انتشاراً حيث يلعب حجم التوزيع التجاري دوراً في سعرها.

وطالما نحن في إطار دراسة طبيعة برنامج الحاسوب لتحديد طبيعة مسؤولية المبرمج، فإنه تجدر الإشارة إلى أن الأضرار التي تنتج عن استخدام برنامج الحاسوب هي وليدة خطأ في المعلومات أو الأوامر المدوّنة فيه وليس خطأً في الوسيط المادي. ويضاف إلى ذلك أنه يمكن تكنولوجياً الاستفادة من برامج خطوط الهاتف أو خطوط خاصة، وبفرض وجود خطأ في برنامج الحاسوب الأخير ترتب عليه ضرر لهذا الشخص أو لأحد المتعاملين معه فإنه يصعب القول بأنه يوجد وسيط مادي بين الجهازين.

ونستطيع القول إن برنامج الحاسوب لا يختلف كثيراً عن أي كتاب أو مؤلف علمي أو أدبي، فبفرض حصول ضرر ناتج عن معلومات خاطئة في هذا الكتاب فهل يتم توجيه المسؤولية إلى مؤلفه على أساس القواعد العامة أم على أسس قواعد المسؤولية الخاصة بحراسة الأشياء، فالطبيب الذي يصف دواءً لمريض بناء على معلومة في أحد الكتب العلمية، والمهندس الذي يصمم بناء على أساس معادلة موجودة في أحد المراجع العلمية لا يمكن ألبتة مساءلتهما بناء على أساس المسؤولية عن حراسة الأشياء وإنما بناء على أساس القواعد العامة للمسؤولية.

والأمر ذاته يمكن أن يطبق على برامج الحاسوب، إذ أن الوسيط المادي يمكن أن يقاس على الورق الذي دونت فيه أفكار المؤلف العلمية، فالوسيط لا يمكن أن يغير طبيعة المسؤولية.

يضاف إلى ما سبق أن إعمال قاعدة «الفرع يتبع الأصل» يمكن أن تجد لها صدىً كبيراً في هذا الميدان، فالأشياء المادية يمكن أن تأخذ حكم الأشياء المعنوية طالما هي موجودة لخدمتها وطالما أن الأشياء المعنوية أكثر أهمية من الناحية الاقتصادية وهي سبب اقتناء الناس لبرنامج الحاسوب، أخذاً بعين الاعتبار أن الأشياء المعنوية في حالتنا هذه لا يمكن الاستفادة منها ألبتة إلا بواسطة الأشياء

المادية. وهذا الأمر ليس بغريب على علم القانون، فكم من منقولات اعتبرت عقارات وفقاً لنظرية العقارات بالتخصيص.

وتأكيداً على أن برامج الحاسوب هي مجرد خدمات فإن أغلب التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية تخضع حمايتها لفكرة حق المؤلّف Droit d'auteur باعتباره ملكية أدبية أو فنية، ومعلوم بالضرورة أن حق المؤلف يهدف إلى حماية أفكار أو إبداعات فنية. وهذه بطبيعتها ليس لها وجود مادي، صحيح أن الحماية تتم من خلال منع نسخ الوسيط المادي، أي منع نشر كتاب على سبيل المثال أفكار أو إبداعات فنية. وهذه بطبيعتها ليس لها وجود مادي، صحيح أن الحماية تتم من خلال منع نسخ الوسيط المادي، أي منع نشر كتاب على سبيل المثال دون الحصول على موافقة مؤلفه، إلا أن هذا الأمر لا يؤدي إلى اعتبار المؤلف شيئاً مادياً.

وتأسيساً على ذلك فإن برامج الحاسوب الآلي لا تخضع للضريبة على شراء الأشياء المادية في الولايات المتحدة الأمريكية[١]. كما أن القانون الفرنسي يميز بين البرامج الموضوعة خصيصاً لحاجة شخص معين، فهي لا تخضع لضريبة القيمة المضافة .T.V.A بينما تخضع البرامج الشائعة Logiciels Standards لمثل هذه الضريبة وهو وضع منتقد.[٢].

وللسبب ذاته فإن برامج الحاسوب لا تصلح أن تكون محلاً لدعوى الاسترداد أو محلاً لعقد الائتمان الإيجاري Crédit-bail[٣].

(١) James V. Tres Computer Systems, Inc. 642 S.W. 2d 347 (Mo. 1982).

(٢) Toubal F., Le logiciel, Analyse juridique, L.G.D.J., 1986, No 185.

(٣) Vivant Michel et autres, Lamy, Droit de l'informatique, No 1405.

الفصل الثاني
قصور القواعد التقليدية للمسؤولية عن مواجهة خصوصيات مسؤولية المبرمجين:

بالنظر إلى طبيعة برنامج الحاسوب وإلى القواعد المقررة في القانون المدني للمسؤولية عن الفعل الضارّ يمكن القول باختصار إنه لا يمكن تطبيق القواعد الخاصة بالمسؤولية الناشئة عن حراسة الأشياء أو المسؤولية الموضوعية للصانع (المبحث الثاني)، عندها لا يمكن سوى تطبيق القواعد العامة للفعل الضار (المبحث الأول).

المبحث الأول

برنامج الحاسوب والقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي

إن إعمال نظرية المسؤولية التقصيرية يستوجب، كما هو معلوم، توافر ثلاثة شروط أساسية وهي: الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما. وإذا كان الركنان الأخيران لا يثيران أية مشكلة وخاصة فيما يتعلق ببرامج الحاسوب فإن الركن الأول يقتضي معرفة درجة الحيطة التي يجب أن يلتزمها المبرمج مع دراسة صور الخطأ الممكن حصوله في برامج الحاسوب (أولا). بيد أن الأمر يقتضي دراسة مدى ملاءمة القواعد العامة مع الحاجة المتزايدة لبرامج الحاسوب في الأسواق وكيفية حماية المستهلك من الأخطار التي يمكنه التعرض لها نتيجة استخدامه هذه البرامج (ثانياً).

أولا: خطأ المبرمج وصوره:

أ - خطأ المبرمج:

١ - مما لا شك فيه أن هناك التزاماً عاماً يقع على عاتق المبرمج بالتزام الحيطة والحذر حين تصميمه لبرنامج الحاسوب، والنتيجة الطبيعية لعدم احترام هذا الالتزام هي مساءلته مدنياً وإجباره على جبر الضرر الناتج عن خطئه. والسؤال الذي يبحث عن جواب هو معرفة درجة الحيطة والحذر التي يجب أن يلتزم بها المبرمج.

إن المعيار المعمول به لمعرفة إذا ما كان الشخص مخطئاً أم لا هو «معيار الشخص المعتاد» وهو معيار موضوعي. فالشخص يقاس وفقاً لشخص آخر من وسطه الاجتماعي ومستواه العلمي. فالطبيب العام يقاس على المستوى العام للأطباء العموميين والجراح يقاس على المستوى العام للجراحين والطبيب المختص في جراحة عضو معين كالدماغ أو القلب يقاس على أقرانه، وكذا الأمر بالنسبة لغيرها من المهن. إلا أن الأمر يلقى صعوبة خاصة بالنسبة للمبرمجين من عدة نواح: - فأولاً: لا تخضع مهنة المبرمجين لتنظيم قانوني معين، كما لا تتمتع بقواعد لآداب المهنة وأخلاقياتها، وثانياً: لا يشترط مستوى علمي معين لممارستها، وإن كان واقع الأمر يقتضي أن يسيطر المبرمج على مجموعة من المعلومات الأساسية، فيتصور أن يكون المبرمج هو عبارة عن شركة متخصصة في أعمال البرمجة، يوجد فيها متخصصون من مستوى عال، كما يتصور أن يكون المبرمج مجرد شخص طبيعي لا يتمتع بشهادات عليا في مجال البرمجة. وإذا كان الأمر كذلك، فكيف يمكن إعمال «معيار الشخص المعتاد» علماً بأن المستهلك لايستطيع التفرقة بين مبرمج أو آخر من حيث مستوى إتقانه للمهنة. وعليه، هل نخضع المبرمج للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية وفقاً لمعيار فضفاض أم يتوجب على القضاء أن يخلق قواعد مهنية خاصة بالمبرمجين؟

في تقديرنا المتواضع، لا توجد مشكلة بالنسبة لعدم اشتراط مستوى علمي معين لممارسة مهنة البرمجة كما هو حاصل بالنسبة للطب أو الصيدلة أو الهندسة أو

المحاسبة أو المحاماة، إذ يجب النظر إلى هذا الشرط باعتباره وسيلة لحماية المستهلكين أو عملاء هذه المهن، فاشتراط شهادة معينة هو ضمانة لمستوى أدنى من القدرة العلمية، إلا أن هذا الأمر لا يعني أن عدم توافر شرط مستوى علمي معين يخلق مشكلة بالنسبة لإعمال قواعد المسؤولية التقصيرية، فهناك مهن كثيرة لا تخضع لمثل هذه الشروط، ونعطي مثلاً على ذلك بالمقاولة في مجال الإنشاءات وإصلاح السيارات والتجارة وغيرها،إلا أن هذا الأمر لا يمنع من تطبيق القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية في حال وجود خطأ.

كما أن انعدام قواعد الآداب المهنية لا يثير مشكلة مساءلة المبرمج مدنياً وفقاً للمنطق ذاته.

إن تحديد مستوى درجة الحيطة والحذر يرتكز على فكرتين أساسيتين هما: المستوى الفعلي للمبرمج وفقاً للظروف الواقعية وثقة المستهلك بالبرنامج. فمن يخضع لعلاج بالأشعة يتم التحكم بها بواسطة حاسوب يثق بدرجة أكبر بسلامة برنامج الحاسوب نظراً لأهمية الجهاز وخطورة الخدمة التي يقدمها وأهمية المؤسسة التي تستعمله سواء أكانت مستشفى عام أم مستشفى خاص، وكذا الأمر بالنسبة لبرنامج الحاسوب الذي يعطي الأوامر للطائرات في المطارات الكبرى، بيد أن الأمر يختلف تماماً في حالة برنامج حاسوب قام شخص طبيعي بتصميمه لحراسة منزل أو مكتب بناءً على طلب شخص آخر.

مما لا ريب فيه أنه توجد مشكلة لتحديد المعيار الذي على أساسه يقاس سلوك المبرمج، بيد أن هذا الأمر لا يمنع من إمكان مساءلة المبرمج، فتحديد مستوى الحيطة والحذر يبنى كما قلنا سابقاً على أساس ثقة المستهلك بالمبرمج ثم على أساس المستوى الفعلي له. وقد يعترض البعض على سند من القول إنه في كثير من الأحيان لا توجد أي علاقة مباشرة بين المبرمج والمضرور فكيف يمكن تحديد مستوى الحيطة والحذر؟ وهنا نجيب بأن الأمر ليس بجديد، فالمستهلك منذ زمن ليس بالبعيد يستطيع أن يرفع دعوى على الصانع بشكل مباشر على أساس

المسؤولية التقصيرية أو العقدية (وفقاً للقضاء الوطني في كل بلد) رغم انعدام العلاقة المباشرة بينهما.

وإذا كانت درجة الحيطة والحذر تختلف من مبرمج إلى آخر، فإنها تختلف أيضاً بحسب طبيعة البرنامج فيما إذا كان شائعاً في الأسواق Logiciels standards أو صمم خصيصاً بناء على طلب عميل معين Logiciels sur mesure. ففي الحالة الأخيرة يفترض أن المبرمج قد حدد الحاجات بشكل أفضل وعرف بشكل منضبط المخاطر التي يمكن أن تنتج عن استخدامه، في حين أن الحالة الأولى تقتضي أن يتم استعمال البرنامج من قبل أفراد كثيرين تتنوع حاجاتهم(١).

ونخلص إلى أنه لا يمكن إيجاد قاعدة عامة لبناء مسؤولية المبرمج على أساس الفعل الضار، وإنما يجب دراسة كل حالة على حدة لتحديد مستوى الحيطة والحذر الواجبين من جانب المبرمج.

٢ - وتزداد المشكلة تعقيداً، إذا عرفنا أنه من المسلّم به في مجال البرمجة أنه من الصعوبة بمكان إيجاد برنامج من دون خطأ، وهذه مسألة فنية بحتة(٢). وقد أخذ القضاء الفرنسي بالاعتبار هذه المسألة الفنية(٣). فنسبة الخطأ ٢٪ تعتبر طبيعية، كما أن نسبة خطأ من ٢٪ إلى ١٠٪ لا تعتبر غير طبيعية.

وعلى العموم فإن أي برنامج حاسوب يحتاج إلى فترة للتطبيق والتكييف(٤) فهناك بعض الأخطاء لا يمكن اكتشافها إلا أثناء استخدام البرنامج.

---

(١) Chris Reed, Computer Law, London. Blackstone Press Limited, 1993, p. 80.

(٢) Jean Beauchord, Communicatique et Responsabilité civile, in le droit de la communicatique, Actes du Colloque conjoint des facultés de droit de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal en sept. 1990, Litec, 1992, p. 122.

(٣) Cass. Com. 9 déc. 1986, Société Sigma C./Sociéte Locabail et autres, cité par Vivant et autres, op. cit. No 483.

(٤) Paris, 5ème Ch., B. 24 juin 1988, Société Chometon c./Société Olivetti, Juris - Data, No 23349.

ما سبق ذكره يعني أن الخطأ يمكن أن يتسامح معه إذا وقع ضمن النسب المتعارف عليها فنياً، وهذا يخلق مشكلة إضافية بالنسبة للمضرور.

ب - صور خطأ المبرمج:

بعد الاطلاع على العديد من الدراسات المتعلقة بنظم المعلومات وأجهزة الحاسوب فإنه يمكن أن يحصر صور خطأ المبرمج في أربع حالات[١]:

١ - الخطأ في تصميم البرنامج:

وهو من أكثر الأخطاء شيوعاً في الحياة العملية، حيث إن المبرمج يخطأ في كتابة الخوارزميات أو يخطىء في ترجمة هذه الخوارزميات إلى لغة عليا Higher level language يمكن للجهاز من قراءتها.

٢ - الخطأ في المعلومات الموضوعة في البرنامج:

فلو فرضنا أن برنامجاً خاصاً بتصنيف التشريعات لم يتم تحديث المعلومات الموجودة بداخله، فإن المبرمج يكون مقصراً في ذلك ويحمَّل مسؤولية الأضرار الناتجة عن خسارة محامٍ لقضية أمام المحاكم أو توجيه مشورة خاطئة لأحد العملاء.

٣ - الخطأ في تشغيل البرنامج:

وقد حكمت إحدى المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية[٢]، بمسؤولية شركة الهواتف لعدم ربط المكالمات الهاتفية لأحد العملاء (محام) نتيجة خلل في تشغيل البرنامج بصورة سليمة.

٤ - الخطأ في ربط البرنامج بجهاز الحاسوب:

إذ يجب على المبرمج أن يجعل البرنامج متلائماً فنياً مع جهاز الحاسوب أو

---

(١) Michael C. GMIGNANI, Product liability and Software, Rutgers Computer and Technology law Journal, 1981, V. 8, p. 183.

(٢) Southern Bell Telephone Co. V reeves (1979) 578 SW 2d 795.

أن يدخل عليه التعديلات اللازمة لإمكان استعماله في جهاز الحاسوب الموجود عند العميل.

ثانياً: عدم كفاية القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية:

إن الحاجة أصبحت متزايدة لأجهزة الحاسوب في جميع مناحي الحياة من تعليم وتطبيب وصناعة وغيرها وأصبح لا مفرّ من استخدامها وتطويرها، عند ذلك فإنه لابدّ من تطوير قواعد المسؤولية أو إيجاد قواعد خاصة لبرامج الحاسوب. إذ أن الحاجة المتزايدة لهذه البرامج لا تتناسب ألبتة مع القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية لاعتبارات كثيرة:

١ ـ إن الشخص المعتاد لا يمكنه إثبات خطأ المبرمج في حال وجوده إذ أن البرامج المتقدمة تحتاج إلى متخصصين على مستوى عال من الدراية في هذا الميدان.

٢ ـ كما أن المتخصصين يؤكدون أنه لا يوجد برنامج من دون نسبة خطأ مسموح بها كما بينا ذلك سلفاً.

٣ ـ إن الأضرار التي يمكن أن تنبع عن أخطاء البرامج أكثر فداحةً من الكثير من الأجهزة الكهربائية أو الإلكترونية أو غيرها.

٤ ـ إن حاجة الناس لأجهزة الحاسوب أصبحت ماسّة وتزداد يوماً بعد يوم.

إزاء كل ما تقدم من اعتبارات فإنه لا مناص من الاعتراف بعدم كفاية القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية لصعوبة إثبات الخطأ وصعوبة وجود برنامج أصلاً من غير خطأ بالإضافة إلى اعتبارات اقتصادية واجتماعية أخرى.

إن هذا الأمر يقودنا لمعرفة ما إذا كان بالإمكان إعمال القواعد الخاصة للمسؤولية التقصيرية.

المبحث الثاني
برنامج الحاسوب والقواعد الخاصة للمسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي:

نظراً لازدياد ظاهرة الاستهلاك في المجتمعات المعاصرة وخاصة المتطوّرة منها اقتصادياً وصناعياً فقد ظهرت الحاجة إلى حماية المستهلك من خلال العديد من القواعد التشريعية، ولعلّ أهم صور هذه الحماية هي خلق فكرة المسؤولية الموضوعية للصانع والتي ظهرت لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية ثم تبنتها السوق الأوروبية المشتركة اعتباراً من عام ١٩٨٥.

وحيث إننا نبحث عن قواعد مسؤولية تلائم طبيعة عمل المبرمج، فإنه يتوجب علينا دراسة إمكانية تطبيق قواعد المسؤولية الموضوعية للصانع على المبرمج في التشريعين الأمريكي والأوروبي (ثانياً)، وقبل ذلك فإن طبيعة الأمور والتطور التاريخي لفكرة المسؤولية المدنية تقتضينا أن ندرس أيضاً مدى ملاءمة القواعد الخاصة بالمسؤولية عن حراسة الأشياء الخطرة، والتي ظهرت في أوائل هذا القرن نتيجة استخدام السيارات والقطارات، مع المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن استخدام برامج الحاسبات الإلكترونية.

أولا: برنامج الحاسوب والمسؤولية عن حراسة الأشياء الخطرة:

تنص المادة ٢٤٣ من القانون المدني الكويتي على: «كل من يتولّى حراسة شيء مّما يتطلّب **عناية خاصة** لمنع وقوع الضرر منه يلتزم بتعويض الضرر الذي يحدثه هذا الشيء، ما لم يثبت أن هذا الضرر قد وقع بسبب أجنبي من قوة قاهرة أو حادث فجائي أو فعل المضرور أو فعل الغير».

إن هذا النص هو ثمرة تطور فقهي وتشريعي طويل في القانون الوضعي، فإذا كان الأصل لمساءلة أي شخص مدنياً هو ضرورة ارتكابه لتقصير ما فإن تطور مجرى الحياة ووسائط النقل في العالم المتقدم قادت إلى ضرورة مساءلة كلّ من

يحرس شيئاً خطراً مع افتراض خطئه بقرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس إلّا في حالات استثنائية حددّها النّص. ولا يسع المجال هنا للخوض في التطور التاريخي لهذه المسؤولية وأساسها الفلسفي، إذ أن هذا الأمر يتجاوز نطاق البحث، ولذا فإننا نحيله على المراجع المتخصصة[1].

إن إعمال الآثار القانونية للمسؤولية عن حراسة الأشياء الخطرة تقتضي الإجابة بالإيجاب عن الأسئلة الثلاثة التالية مجتمعة:

* هل يمكن اعتبار برنامج الحاسوب شيئاً بمقتضى حكم المادة ٢٤٣ من القانون المدني الكويتي أو المواد المقارنة لها في التشريعات الأخرى؟
* هل يمكن اعتبار المبرمج حارساً للبرنامج؟
* هل يعتبر البرنامج من الأشياء التي تحتاج إلى عناية خاصة؟

١ - أما بالنسبة للسؤال الأول، فإنه سبق الإجابة عنه في الفصل الأول من هذه الدرسة حيث بّينا أن برنامج الحاسوب لا يمكن أن يكيّف قانوناً على أنه شيء مادي وإنما هو مجرد خدمة. وقد بيّنا بأن الأسطوانة (Disk) التي تحمل البرنامج ليست إلّا مجرّد أداة للتمكين من الاستفادة من البرنامج والذي تفوق قيمته الاقتصادية كثيراً قيمة الأسطوانة، يضاف إلى ذلك أن إعمال قاعدة الفرع يتبع الأصل تقودنا إلى النتيجة السابقة، فالأسطوانة لم توجد إلّا لخدمة البرنامج وهي تدور معه وجوداً وعدماً، وكثيراً ما تندمج أشياء مادية مع أشياء غير مادية وتكون الغلبة للأخير. كما هو الحال بالنسبة للمحل التجاري Fonds de commerce والذي يكيّف قانوناً على أنه منقول غير مادي meuble incorporel[2] رغم اندماج أشياء مادية كثيرة فيه من عقار أو منقول وهي ضرورية لوجوده إلّا أنها لا تغيّر من

(١) انظر على سبيل المثال، د. بدر جاسم اليعقوب، المسؤولية عن استعمال الأشياء الخطرة في القانون الكويتي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، دار القرآن الكريم، الطبعة الأولى، ١٩٨٠.

(٢) د. سميحة القليوبي، القانون التجاري الكويتي، نظرية الأعمال التجارية - التاجر - المحل التجاري، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٤، ص ٢٧٦.

التكييف القانوني له. وهنا لا مفرّ من إعمال القياس من باب أولى فالأشياء المادية الموجودة في المحل التجاري تفوق قيمتها قيمة الأسطوانة التي يوجد فيها البرنامج مقارنة بسعر الأصل. ولا يفوتنا التذكير بأن «الشيء» المقصود في حكم المادة ٢٤٣ وما شابهها هو الشيء المادي فقط وليس الأشياء المعنوية كالحقوق الزمنية أو الديون أو الخدمات أو غيرها[١].

وتجدر الإشارة إلى أنه توجد الآن برامج من غير أسطوانة تحملها، إذ يمكن الاتصال من خلال الحاسوب بحاسوب آخر والاستفادة من البرنامج الموجود فيه وهو ما يسمّى بـ Tele- Software.

٢ - أما بالنسبة للسؤال الثاني، فإنه يجب التمييز بين نوعين من الحراسة: - حراسة الشيء في أدائه لوظيفته La garde du Comportement، وحراسة الشيء في تكوينه La garde de structure. فحراسة السلوك تقتضي خضوع الشيء للسيطرة الفعلية أو المادية لشخص على شيء من الأشياء المذكورة في نصّ المادة، سواء أكان مصدر السيطرة حقاً عينياً أم حقاً شخصيا وتتكون هذه السيطرة من ثلاث سلطات لا تنفصل عن بعضها البعض وهي سلطة الاستعمال وسلطة الرقابة وسلطة التوجيه، ومما لا شكّ فيه أنه من الصعوبة بمكان إعمال هذه القواعد على المبرمجين من حيث إنه كثيراً ما تكون الأضرار ناتجة عن استخدام البرنامج من قبل أشخاص آخرين يملكون هم بدورهم سلطة الاستعمال والرقابة والتوجيه، فمن يصمّم برنامجاً لأخذ الأشعة لا يقوم هو بالتعامل مع المرضى، كما أنه من يصمّم برنامجاً لحساب الإنشاءات في المباني لا يقوم هو بعملية الحساب لعميل معّين.

---

(١) د. بدر جاسم اليعقوب، مرجع سابق، صـ ٥٢، ويلاحظ أن أحد أحكام القضاء في فرنسا توسّع في مفهوم الشيء الخاضع لأحكام المسؤولية عن حراسة الأشياء الخطرة، إذ قبلت المحكمة الكلية في باريس اعتبار الصورة شيئاً،

T.G.I. PARIS, 1er ch., 27 fév. 1991, Association des Brasseurs de France C/Antenne 2, Juris-Data, no 44808.

إلّا أن القضاء في فرنسا اتّجه في بداية الثمانينات[١]، وقد سبقه الفقه في ذلك[٢]، إلى تبنّي فكرة جديدة للحراسة، حيث توسّع فيها نتيجة لازدياد الحاجة إلى حماية المستهلكين من الأضرار الناتجة عن عيوب في الأشياء المصنّعة مع قصور القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية لمواجهة مثل هذه المتطلبات الجديدة مع غياب فكرة المسؤولية الموضوعية للصانع التي ظهرت مبكراً في الولايات المتحدة الأمريكية. وتقوم هذه الفكرة على أنه يعتبر حارساً ليس فقط من يسيطر مادياً على الشيء وإنما أيضاً كل من يسيطر على تكوين الشيء، فكل من يصنع سيارة أو طائرة أو قاطرة أو أي آلة كهربائية أو إلكترونية أو غيرها من المنتوجات يعتبر مسؤولاً عن الأضرار الناتجة عن استخدامها على أساس أنه المؤهل في السيطرة على تكوينها وهو الخبير بعناصر الشيء وخصائصه وقد سميّت هذه الحراسة بحراسة التكوين، وحري بالذكر أن الحارس في مثل هذه الحالة لا يُعفى من العيوب الخفية الموجودة في الشيء، فمسؤوليته قائمة إلى أن يثبت وجود سبب أجنبي.

مما لا شك فيه أن التوسع في مفهوم الحراسة يفيد الموضوع الذي نحن بصدد دراسته، فيمكن القول بأن المبرمج مسؤول عن الأضرار التي يحدثها برنامجه للغير على أساس فكرة «حراسة الشيء في تكوينه»، فهو الشخص الوحيد القادر على معرفة أسرار البرنامج وطريقة تصحيحه وبالتالي فهناك قرينة على مسؤوليته.

٣ - أما إذا ما أردنا معرفة ما إذا كان برنامج الحاسوب من الأشياء التي

---

(١) انظر على سبيل المثال:

Cass. Civ. 2ème, 3 oct. 1979, J.C.P. 1980, IV; p. 360;;

Cass. Civ. 2ème, 14 déc. 1981, Gaz. Pal. 1982, 1, p. 150, note F. CHABAS;

Cass. Civ. 2ème, 4 juin 1984, Gaz. Pal. 1984, 2, p. 634, note F. CHABAS.

(٢) B. GOLDMAN, La détermination du gardien responsable du fait des choses inanimées, éd. Sirey, 1974, préface P. ROUBIER; A. TUNC, La détermination du gardien dans la responsabilité du fait des choses inanimées, J.C.P. 1960, D., I, 1592.

تحتاج إلى عناية خاصة، فإنه تجدر الإشارة إلى أن القضاء توسّع أيضاً في مفهوم «العناية الخاصة» فلم يقصره على الأشياء الخطرة بطبيعتها كالآلات الحادّة أو الأسلحة (معيار موضوعي) وإنما تعدّاها إلى كل شيء يمكن أن يشكلّ خطورة في ظروف أو ملابسات معيّنة «معيار شخصي»[1] فعلى سبيل المثال فإن السلّم يصبح خطراً إذا تمّ طلاؤه بمادة دهنية تجعل الانزلاق عليه أمراً محتملاً، وكذا الشجرة يمكن أن تصبح خطرة إذا قلعت من مكانها ورميت على الطريق.

وبإعمال المعيار الشخصي على برنامج الحاسوب يمكن تكييفه على اعتباره من الأشياء التي تحتاج إلى عناية خاصة، فكما بيّنا سابقاً فربّ خطأ في تصميم البرنامج يؤدي إلى إعطاء مريض أشعة مركّزة أكثر من حاجته تسبّب حرق جلده أو يؤدي إلى سقوط بناء على خطأ في حساب الأساسات وغيرها من الأمثلة.

وخلاصة القول إنه يمكن اعتبار المبرمج حارساً على أساس فكرة «حراسة الشيء في تكوينه» كما أنه يمكن اعتبار البرنامج من الأشياء التي تحتاج إلى عناية خاصة وفقاً للمعيار الشخصي إلّا أنه من الصعوبة بمكان تكييف البرنامج على أنه شيء مادي وهو الشرط الجوهري الذي لولاه لما يكون لمسؤولية الحراسة عن الأشياء الخطرة أي أثر.

وعليه فإننا سوف نبحث في قواعد المسؤولية الموضوعية للصانع في التشريعين الأوروبي والأمريكي علّنا نجد فيهما ضالتنا.

ثانياً: برنامج الحاسوب والمسؤولية الموضوعية للصانع:

أمام الانتقادات الكثيرة التي تم توجيهها للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية وتلك المتعلقة بحراسة الأشياء الخطرة لعدم قدرتها على حماية المستهلك في وقت ازدادت فيه ظاهرة الإنتاج الشامل Production de masse واختلّ فيه ميزان التكافؤ

(١) انظر د. بدر جاسم اليعقوب، مرجع سابق، صـ ٦١ وما بعدها، حيث يستعرض أحكام القضاء الفرنسي والمصري والكويتي التي تؤيّد هذا الاتجاه.

بين المنتج والمستهلك، فقد ظهرت الحاجة إلى خلق قواعد جديدة تستوعب الوضع الجديد، تقوم على فكرة أن المنتج أكثر قدرة في السيطرة على منتجه وعلى أساس فكرة الغرم بالغنم. إن المسؤولية الجديدة تقوم على فكرة المسؤولية بلا خطأ، فالصانع يعتبر مسؤولاً مدنياً عن جبر الأضرار الناتجة عن استعمال منتجه طالما أثبت المستهلك أنه لحق ضرر من هذا الاستعمال وأن هناك علاقة سببية بين الضرر وبين المنتج.

وقد ظهرت هذه القواعد في كل من الولايات المتحدة الأمريكية والسوق الأوروبية المشتركة (الاتحاد الأوروبي بعد اتفاقية Maastricht) ثم لحقتهما بعض الدول المتطورة صناعياً. وسوف تقصر دراستنا على مدى اعتبار برنامج الحاسوب منتجاً خاضعاً لقواعد المسؤولية الموضوعية للصانع في كل من الاتحاد الأوروبي (١) والولايات المتحدة الأمريكية (٢).

١ - برنامج الحاسوب والمسؤولية الموضوعية للصانع في الاتحاد الأوروبي:

أقرّ مجلس وزراء الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي بتاريخ ٢٥ يوليو ١٩٨٥ التوجيه (Directive)[١] رقم (85/374/CEE) والمتعلق بالمسؤولية الناشئة عن المنتجات المعيبة.

إن هذا التوجيه يهدف إلى حماية المستهلك في الدول الأعضاء بالدرجة الأولى ثم إلى خلق منافسة شريفة بين الصنّاع بإخضاعهم لقواعد مسؤولية موحدة وأخيراً لوقايته من الآثار السيئة لانتقال المنتجات بين الدول الأعضاء[٢].

(١) يجب التنويه إلى أنه يوجد فرق جوهري بين Directive و Réglement وفقاً لقواعد الاتحاد الأوروبي، فالأخيرة ذات أثر مباشر وتعتبر موجهاً للقاضي الوطني في كل بلد عضو بينما الأولى هي توجيه للمشرّع الوطني بأن يعدّل من قواعده وفقاً لها أو يخلق قواعد جديدة خلال فترة معينة من الزمن، وفيما يتعلق بالتوجيه الذي نحن بصدد دراسته فإن أغلب الدول الأعضاء قد أدمجته ضمن تشريعاتها الوطنية.

(٢) C. STUURMANN; Product liability for Software in Europe. A discussion of the EC Directive of 25 July 1985, in Vandenberghe (ed.), advanced topics of law and information technology, Computer/law series 3, KLUWER, 1989, P. 130.

وتقوم مسؤولية الصانع أو المنتج وفقاً لهذا التوجيه على فكرة المسؤولية بلا خطأ أو المسؤولية الموضوعية حيث لا يحتاج المستهلك إلى إثبات خطأ المنتج وإنما إثبات الضرر الذي لحق به وعلاقة السببية بينه وبين العيب الموجود في المنتج[١]. وتجدر الإشارة إلى أن هذه المسؤولية تضامنية بين كل المساهمين في عملية التصنيع أو التوزيع[٢]. وفي المقابل، فإن التوجيه وضع بعض الاستثناءات لمصلحة المنتج يستطيع من خلالها أن يدرأ مسؤوليته كما لو أثبت بأنه لم يوزع المنتج في السوق أو أن الحالة العلمية والتكنولوجية لحظة إنتاج المنتج لم تسمح باكتشاف العيب أو غيرها[٣].

وإذا ما نهضت مسؤولية المنتج فإنه يلزم بالتعويض عن الأضرار البدنية التي أصابت المستهلك (موت، إصابة) أو تلف الأشياء.[٤]

والسؤال الذي يحتاج إلى إجابة ناجعة هو معرفة مدى انطباق هذا التوجيه على برنامج الحاسوب؟ إن الإجابة عن هذا السؤال تستلزم دراسة النطاق الموضوعي للمسؤولية المقررة وفقاً للتوجيه. فالمادة الأولى منه تنصّ على أن المنتج مسؤول عن الضرر الذي يحدث نتيجة لعيب في «منتجه» {Produit} وتنص المادة الثانية منه على أن المنتج هو كل منقول {meuble} حتى ولو كان مدمجاً في منقول آخر أو عقار.

وأمام غموض مفهوم كل من «المنتج» ومفهوم المنقول، حيث لم يحدّدا بشكل منضبط فالمنقول لم يحدد فيما إذا كان المقصود به كل منقول سواء أكان مادياً أم معنوياً، فقد انقسم الفقه وكذلك تفسيرات الحكومات الأعضاء في صدد مسألة برامج الحاسبات الألكترونية.

(١) مادة ٤ من التوجيه.
(٢) مادة ٥ من التوجيه.
(٣) مادة ٧ من التوجيه.
(٤) مادة ٩ من التوجيه.

فهناك اتجاه أول يذهب إلى عدم انطباق قواعد التوجيه على برامج الحاسبات منطلقاً من اعتبارات كثيرة:

- إن المسؤولية الموضوعية المقررة في توجيه ١٩٨٥ قاصرة على المنتجات المادية المحسوسة {Tangible} ويستبعد من إطار تطبيقها الخدمات والأموال غير المحسوسة وهذا مستنتج من روح النص وطريقة صياغته كما أن المنقولات التي تم استثناؤها من نطاق تطبيق التوجيه جميعها مادية ومحسوسة(١).

- إن التوجيه المذكور يواجه ظاهرة الإنتاج الشامل Production de masse حيث يتم إنتاج سلع بكميات ضخمة وبتكلفة منخفضة لمواجهة متطلبات السوق وهذا الأمر لا يوجد إلّا بالنسبة للسلع أو المنتجات المحسوسة وليس للخدمات. والحقيقة أن مثل هذه الحجة غير مقنعة وتخلق الكثير من الإشكالات القانونية، فهناك العديد من البرامج يتم إنتاجها عن طريق الإنتاج الشامل وهي طائفة البرامج التطبيقية أو التشغيلية Logiciels standard أو Shrink-urapped software، كما أنه يصعب تكييف جميع برامج الحاسوب على أنها مجرد خدمات، فإذا كان هذا الوصف يمكن أن يطلق على البرامج الخاصة Logiciels sur mesure والتي تعمل بناء على طلب العميل إلا أنه يصعب تكييف البرامج التطبيقية على أنها خدمات. وفي المقابل فإنه يصعب تكييف جميع البرامج على أنها منقولات مادية محسوسة.

وقد تصدّر لهذا الاتجاه وتبنّاه الحكومة البريطانية في تفسيرها لنص المادة الثانية في التوجيه(٢).

بيد أن هذا الاتجاه لم يسلم من النقد، فقد تناولته معاول الهدم من عدة جوانب:

---

(١) Yvan Markovits, La directive C.E.E. du 25 Juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, Préface Jacques Ghestin, L. G.D.J., 1990, no 267.

(٢) C. STUURMAN, op. cit., p. 133.

- إن اللجنة الأوروبية، وهي السلطة التنفيذية في الاتحاد الأوروبي، قد أعطت المادة الثانية من التوجيه تفسيراً واسعاً عند إجابتها عن سؤال موجّه إليها[١]، حيث ترى أن التوجيه ينطبق على كل ما يتم تصنيعه بما في ذلك الأموال غير المادية. وإذا كان هذا التفسير يضمن حماية أكبر للمستهلك وخاصة في وقتنا الحاضر حيث تدخل برامج الحاسوب في أغلب الأجهزة الحديثة، إلا أنه يفتح الباب واسعاً بحيث يمكن أن تخضع للتوجيه كل الأموال غير المادية كالمعلومات مثلاً، وهذا الأمر بلا شك محل نقد[٢].

- إن الاقتصاد الحديث يقوم بشكل أساسي على صناعة المعلومات والمنقولات غير المادية وبالتالي فإنه من غير المعقول استبعاد هذه الصناعة من إطار الحماية المقررة للمستهلك، ذلك أن هذا الأخير لا يهمه فيما إذا كانت إصابته تمت من خلال جهاز يدار بطريقة ميكانيكية بحتة أو من خلال برنامج حاسوب[٣]، ومن هذا المنطلق فإن جانباً من الفقه يذهب إلى تكييف برنامج الحاسوب على أنه منتج خاضع لتوجيه الاتحاد الأوروبي الخاص بمسؤولية الصانع[٤].

- إن مسؤولية الصانع تهدف إلى حماية الثقة التي يملكها المستهلك نحو المنتج، وهذا الأمر متوافر في برامج الحاسبات الإلكترونية.

---

(١) Question écrite 706/88 du 5 juillet 1988 et réponse du 15 nov. 1988 (J.O.C.E. no C114 du 8 mai 1989).

وتجدر الإشارة إلى أن J.O.C.E. هي الصحيفة الرسمية للاتحاد الأوروبي.

(٢) B. Van DORSSELAERE, La responsabilité du fait des produits défectueux: application au domaine informatique, Cahiers Lamy du droit de l'informatique; Supplément au No 4, Juin 1989, D, p. 4.

(٣) M. VIVANT, Lamy Droit de l'informatique, 1993, No 334, p. 232

(٤) Delaval D., La responsabilité du créateur de logiciel et ses limites, Gaz. pal. 1992, 1, Doct., p. 281; Huet, R.T.D. civil; 1987, p. 555.

- إن المبرمج يملك سلطة فنية على البرنامج كما هو الحال بالنسبة للصناعيين على منتجاتهم والتي هي أساس فرض هذا النوع من المسؤولية.
- كما أن عدم تكييف برنامج الحاسوب على أنه منتج يخلق مجموعة من الإشكالات العملية، فعلى سبيل المثال فإن الإنسان الآلي Robot يخضع لأحكام التوجيه الأوروبي الخاص بمسؤولية الصانع، فهذا الأخير يكون مسؤولاً عن الأضرار التي يحدثها الإنسان الآلي إذا كان مصدرها عيباً ميكانيكياً فيه ولكن ما هو الحكم لو تبيّن أن مصدر الضرر هو عيب من البرنامج الموضوع فيه[1].
- إن قياس برنامج الحاسوب على الكتاب هو قياس مع الفارق، فإذا كان وجه التقارب بينهما هو كونهما أموالاً غير مادية لا يمكن استخدامها إلا من خلال وسيط مادي، فالكتاب لا يقرأ إلّا إذا كُتب بحروف وطبعت على ورق وبرنامج الحاسوب لا يمكن الاستفادة منه إلا إذا وُضع على إسطوانة، فإن هناك فارقاً كبيراً بينهما من حيث إن الكتاب يخاطب المشاعر والوجدان والعقل، فأثره غير مادي بيد أن برنامج الحاسوب يخلق أثراً مادياً سواء وضع في جهاز حاسوب أو في إنسان آلي، ففي الأولى تظهر معلومات مكتوبة وفي الثانية تحدث حركة مادية للجهاز تؤدي وظيفة معيّنة[2].

إن المسألة الحاسمة في معرفة مدى انطباق التوجيه الأوروبي على برامج الحاسوب هي تحديد ما إذا كانت تعتبر أشياء مادية محسوسة أم مجرد خدمات، وقد أجبنا عن هذا السؤال في الفصل الأول من هذه الدراسة وبيّنا أن برامج الحاسوب هي مجرد خدمات وبالتالي فإنه لا يمكن تطبيق التوجيه الأوروبي على

(١) C. STUURMAN, op. cit., p. 134.

(٢) J.P. TRIAILLE, Responsabilité du fait des produits: Logiciels, banques de données, droit de l'informatique, 1990, 4, p. 40.

الرغم من وجاهة الحجج الاقتصادية والاجتماعية التي ينادي بها القائلون بانطباق التوجيه الأوروبي.

وعلى الرغم من عدم قول القضاء كلمته في هذا الميدان في البلاد الأوروبية المعنية، فإن التوجه العام لدى الفقه هو ضرورة إيجاد قواعد خاصة لمسؤولية منتجي وموزعي الخدمات، إلّا أن بعض الفقه[1] يرى وجوب التمييز بين البرامج التشغيلية والبرامج التطبيقية من جهة، والبرامج الخاصة من جهة أخرى، فالأولى يعتبرونها أقرب إلى الأشياء المادية المحسوسة لالتصاق البرامج التشغيلية بجهاز الحاسوب ولانتشار البرامج التطبيقية في الأسواق مما يؤدي إلى التقليل من أهمية الخدمة الموجودة في البرامج مع زيادة قيمة الإسطوانة، إلّا أنهم يسلمون بأن البرامج الخاصة Logiciel sur mesure والتي تصمّم خدمةً لحاجة عميل معّين والتي تعرض في الأسواق للجمهور لا يمكن أن تعتبر إلّا مجرّد خدمة.

ونحن بدورنا نعتقد أن مثل هذا التقسيم لا يقوم على أساس قانوني سليم، فلا يجوز أن تتنوع المسؤولية الناتجة عن برامج الحاسوب لقواعد مختلفة، فجميعها يؤدي غرضاً واحداً ويقوم بوظيفة واحدة، كما أنه لا يمكن القول بأن البرامج التشغيلية والبرامج التطبيقية هي أشياء مادية محسوسة على الرغم من انخفاض قيمة البرنامج في السوق، ولنفترض أن مثل هذا التقسيم صحيح من الناحية القانونية فما هو حكم البرامج التطبيقية التي يدخل عليها تعديلات لتتناسب مع حاجة زبون معّين، هل تبقى برنامجاً أم تصبح برنامجاً خاصاً؟

خلاصة كل ما سبق مناقشته أن البواعث المشروعة لحماية المستهلك من أخطار برامج الحاسوب لا تكفي وحدها لتطبيق التوجيه الأوروبي رقم /85/374) (CEE فالغاية لا تبرّر الوسيلة، وحيث إنه يصعب قانونياً تكييف برامج الحاسوب على أنها «منتج»، فلا مناص من البحث عن قواعد قانونية أخرى.

(١) C. STUURMAN, op. Cit., p. 137.

٢ - برنامج الحاسوب والمسؤولية الموضوعية للصانع في الولايات المتحدة الأمريكية:

مما لا ريب فيه أن القانون الأمريكي يعتبر نموذجاً فريداً ومرجعاً لكثير من التشريعات الحديثة في مجال مسؤولية الصانع الموضوعية بشكل خاص وحماية المستهلك بشكل عام(١). والحقيقة أن هذا التطور الكبير في القانون الأمريكي نحو خلق مسؤولية موضوعية في مواجهة الصُنّاع هو وليد تطور أحكام القضاء والتي تلعب دوراً أساسياً في النظام الأنجلو سكسوني، باعتبار أن القضاء هو المصدر الرئيسي للقانون، كما أن القضاء يملك سلطة واسعة في تفسير التشريعات.

فالمحاكم الأمريكية بدأت في وضع البذور الأولى للمسؤولية الموضوعية للصنّاع منذ منتصف القرن الماضي(٢). ففي قضية Thomas V. Winchester(٣) أدانت المحكمة شركة صناعات دوائية في عدم لصق ورقة على علب مادة سمية تنبّه إلى حقيقة المادة، وقد قامت الشركة ببيع هذه المادة إلى موزعين، إلى أن وصلت إحدى العلب إلى السيد Thomas الذي قدمها إلى زوجته على أنها دواء مما ألحق بها الأذى، وعلى الرغم من عدم وجود علاقة تعاقدية بين الشركة المصنّعة وزوجة السيد Thomas فإن المحكمة أدانت الشركة على أساس أن المادة المنتجة خطرة وتهدد الحياة البشرية، قد شكّل هذا الحكم استثناء على قاعدة ضرورة أن توجد علاقة تعاقدية من أجل مساءلة الصانع والمقررة في قضية Winter botton V. Wight(٤).

وفي عام ١٩١٦ قضت إحدى المحاكم الأمريكية في قضية Mac Pherson V.

---

(١) Christian JOERGES, Le "consumer product safety act" américain et sa mise en oeuvre par le "consumer product safety commission", Revue Internationale de droit comparé, 1988/1, p. 8.

(٢) W. POSSER, Law of Torts, 641 (4th ed. 1971).

(٣) 6 N.Y. 397 (1852).

(٤) 10 M. & W. 109, 152 Eng. Rep. 402 (1842)

Buick Motor Co.[1] بإدانة شركة Buick لعدم التأكّد من سلامة العجلة الخشبية التي اشترتها من صانع عجلات، حيث أكّدت المحكمة على ضرورة فحص المنتجات الخطرة قبل عرضها في السوق.

وبعد هاتين القضيتين، فإن مساءلة الصانع عن الأضرار التي تحدثها منتجاته أصبحت أصلاً ثابتاً مع مرور الزمن بعد أن كانت استثناء مع اضطراد أحكام القضاء نحو التأكيد على هذا المبدأ[2].

وأمام استقرار القضاء نحو إلزام الصانع بجبر الضرر الذي لحق المستهلك النهائي دون الحاجة إلى إثبات خطأ الصانع، وإنما يكفي إثبات وجود عيب في المنتج وعلاقة سببية بينه وبين الضرر، فإن المشرّع الأمريكي قنن هذا الأمر في التوجيه الثاني الخاص بالمسؤولية التقصيرية في عام ١٩٦٥ Restatiment (Second) of Torts والذي التزمت به أغلب الولايات الأمريكية، فالمادة 402 A تنصّ على مسؤولية من يبيع منتجات معيبة عن الأضرار التي تلحق المستهلك بنفسه أو ممتلكاته حتى ولو بذل البائع كل ما يملك من عناية لتحضير وبيع منتجه وبدون اشتراط أن تكون هناك علاقة تعاقدية بين البائع والمستهلك.

وإذا كان القضاء الأمريكي لعب دوراً مهماً في خلق المسؤولية الموضوعية للصانع قبل تدخل المشرّع بأكثر من قرن من الزمان، فإنه لا عجب من أن موقفه من تفسير مفهوم كلمة مُنتَج Product يختلف عن نظيره الأوروبي والذي يعتبر حبيس النص القانوني.

فهناك اتجاه في الفقه والقضاء لا يرفض التوسّع في مفهوم كلمة «مُنتَج» ولا يقصره على الأشياء المادية المحسوسة Tangible ويستند في ذلك إلى عدة حجج قانونية وواقعية:

---

(١) 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1A16)

(٢) انظر على سبيل المثال

Hemingsen V. Bloomfield Motors, 32 N. 3. 358, 161 A. 2 d 69 (1960).

أ - لا يمكن تحديد مفهوم كلمة منتج على أساس المدلول اللغوي للكلمة وفقاً للقواميس وإنما لابد من معرفة الأسباب التي دعت إلى خلق هذا النوع من المسؤولية[١]. والحقيقة أن هذه الأسباب تنحصر في:

١ - عرض المنتج في السوق:

حيث يجني الصانع أرباحاً هائلة من المنتج فعليه أن يتحمّل الأذي الذي يتعرّض له المستهلك، ثم إن عرض المنتج في السوق يعني دعوة عامة الناس لاقتنائه وهذه الدعوة تعني ثقة من قبل المستهلك في أن المنتج ليس خطراً بل آمن.

٢ - مركز الصانع في التحكّم بأخطار المنتج:

فهو في مركز أفضل من المستهلك حيث يستطيع أن يحدّد فيما إذا كان المنتج آمناً أم لا.

٣ - قدرة الصانع على توزيع مقابل مسؤوليته عن الأضرار الناتجة عن المنتج على عدد كبير من المستهلكين.

ومما لا شك فيه أن كل هذه الأسباب متوافرة في برامج الحاسوب مما يقتضي الأمر إعمال القواعد الخاصة بالمسؤولية الموضوعية للصانع على مصمّميها وموزّعيها[٢]. يضاف إلى ما سبق إلى أن برامج الحاسوب تقدَّم إلى الجمهور على أنها منتجات نهائية كبقية المنتجات من خلال وسائل الإعلان المختلفة[٣].

ب - أن القضاء الأمريكي توسّع في مفهوم كلمة Product الواردة في المادة 402 A من التوجيه الأمريكي الثاني الخاص بالمسؤولية التقصيرية، فعلى سبيل

(١) - J. Prince, Negligence: Liability for defective Software, Oklahoma Law Review, 1980, V33, p. 850.

(٢) KERRY M.L. Smith, Swing the provider of computer software, How Courts ane applying U.C.C. article two, strict liability and professional malpractice, Willamette law Review, 1988, V. 24, p. 756.

(٣) David A. Hall, Strict liability and computer software, Computer law Journal, 1983, V. IV, p. 393.

المثال، فإن أحد المختصّين بالتجميل تمّت إدانته نتيجة استعماله الخاطئ لمادة خاصة بالشعر مما أدّى إلى إلحاق الأذى بأحد العملاء على أساس القواعد الخاصة بالمسؤولية الموضوعية(١).

كما أن القضاء الأمريكي اعتبر الكهرباء منتجاً في قضية Ransone v. Wisconsin Electric Power Co.(٢)، وتجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد نصّ في التوجيه الأمريكي على خضوع الكهرباء لمسؤولية الصانع الموضوعية كما هو الحال في التوجيه الأوروبي. وحديثاً حكمت إحدى المحاكم الأمريكية بأن خريطة الملاحة الجوية تعتبر منتجاً في قضية Halstead v. United States(٣). وحري بالذكر أن المدّعى عليه في القضية طالب باعتبار الخريطة مجرّد خدمة تقدّم للعميل لتزويده بمعلومات فنّية.

جـ - ويمكن القول بأن رفض المحاكم الأمريكية لتطبيق القواعد الخاصة بالمسؤولية المهنية حيث تشترط عناية أكبر، يمكن أن يعتبر حجة من أجل تطبيق قواعد المسؤولية الموضوعية للصانع على مصمّمي برامج الحاسوب(٤).

د - كما أن من دواعي تطبيق المسؤولية الموضوعية على المبرمجين ضرورة المحافظة على السلامة العامة للمواطنين، لأن تشغيل برامج الحاسوب يمكن أن يكون مصدر مخاطر جسيمة(٥).

هـ - أنه من الصعوبة قياس عمل المبرمجين بأصحاب الخدمات الأخرى

(١) Newmark v. Gimbels, Ine. 54 N.J. 585, 258 A. 2d 697 (1969)

(٢) 87 Wis. 2d 605, 275 N.W. 2d 691 (1979)

(٣) 535 F. Supp. 782 (Conn. 1982).

(٤) L. Nancy BIRNBAUM, Stricts products liability and computer software, Computer law journal 1988, V. VIII, P. 147.

(٥) Seventh Annual John Marshall National Moot Court Competition, Computer software developer's liability in actions sounding in strict products liability or professional malpractice, Software law Journal 1989, VIII, p. 207.

كالأطباء وغيرهم. فإذا كان القضاء يرفض تطبيق المسؤولية الموضوعية للصانع على الأطباء[١] لبعض الأسباب، مثل أن الخدمات الطبية ضرورية للأفراد وأنها ذات طابع تجريبي ولا تعرض في السوق التجارية وليست موضوعاً للإنتاج الشامل كما أن فرض المسؤولية الموضوعية على الأطباء ربّما يكون سبباً في تعويق التطوّر الطبي، فإن مثل هذه الحيثيات لا توجد في حالة المبرمجين[٢].

و - وبالقياس على اتجاه القضاء بشمول برامج الحاسوب في نطاق المادة الثانية من قانون التجارة الموحد U.C.C.، والخاصة بالضمان الضمني للسلع Goods من العيوب، حيث اعتبرت بعض المحاكم برامج الحاسوب **سلعة** كما هو الحال في قضية RRX Industries, Inc. v. Lab - Con Inc,[٣]، والحقيقة أن مثل هذه الحجة ليست قوية على اعتبار أن المشكلة ذاتها التي نحن بصدد دراستها ما زالت لم تحسم في مجال الضمان الضمني للسلع من العيوب، فهناك أحكام أخرى ترفض اعتبار برامج الحاسوب سلعاً كما هو الحال في قضية Data Processing Servs., Inc. v. L. H. Smith Oil corp.[٤]. وتجدر الإشارة إلى أن القضية الأولى متعلقة ببرنامج طبي لم يوضوع خصيصاً للعميل في حين أن القضية الثانية متعلقة ببرنامج وضع خصيصاً للعميل.

ورغم وجاهة الحجج التي ينادي بها أنصار الاتجاه الأول، فإن فريقاً من الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه Scott يرفض تطبيق أحكام المسؤولية الموضوعية على المبرمجين[٥]. وقد دعم أغلب أحكام القضاء الأمريكي هذا الاتجاه. ففي قضية

---

(١) Hoven v. Kelble, 79 Wis. 2d 444, 256 N.W. 2d 379 (1977).

(٢) Seventh Annual John Marshall National Moot Court Competition, op. cit., p. 209.

(٣) 772 F. 2d 543, 546 (9th Cir. 1985).

(٤) 492 N.E. 2d 314, 318-19 (Ind. Cit. App. 1986)

(٥) M.D. Scott, Computer Law, John Wilay & Sons. Inc., 1985, p. 7-12.

وانظر أيضاً في المعنى ذاته

Roy N. Freed, Products liability in the computer age, Jurimetrics Journal, 1977, P. 277.

District of Columbia v. Universal Computer Associates, Inc.[١] نحت المحكمة نحو عدم تكييف برنامج الحاسوب على أنه شيء مادي محسوس لأغراض الضريبة على المنقولات المادية المحسوسة لمدينة كولومبيا. وفي قضية La Rossa v. Scientific design Co.[٢] رفضت المحكمة إخضاع المدّعى عليه لقواعد المسؤولية الموضوعية على اعتبار أن دوره كان يقتصر على تصميم مخطّط إنشاءات كيميائية للمدّعي وهذا العمل تمّ تنفيذه من قبل المدّعى عليه وفقاً لتخصصه الدقيق، وهو لا يعرّض الجمهور للخطر. ولا عجب من إعمال حكم المحكمة على مسألة برنامج الحاسوب من حيث وحدة العلة، فسبب المسؤولية في الحالين هو تصميم تمّ وضعه في الحالة الأولى من قبل مهندس كيميائي وفي الثانية من قبل المبرمج[٣].

ويرتكز هذا الاتجاه على مجموعة من الحجج نوجزها فيما يلي:

أ ـ أن إخضاع المبرمجين لقواعد المسؤولية الموضوعية سيؤدّي لا محالة إلى عرقلة البحث العلمي في ميدان المعلوماتية وإلى غلاء أثمان برامج الحاسوب[٤].

ب ـ أن القضاء يشترط إمكانية اكتشاف العيب في المنتج قبل حصول الأذى للمستهلك[٥]، ومما لا شك فيه أن التقنية المتقدمة والمعقدة التّي توظّف في تصميم برامج الحاسوب تجعل أمر اكتشاف مثل هذا العيب صعباً.

جـ ـ وحيث إن المستهلك يعلم أن استعمال تقنيات متطوّرة ومعقدة يعرّضه لخطر وجود أخطاء في برامج الحاسوب، فإنّه لا مناص من اعتبار هذا العلم قبولاً بمثل هذه الأخطار[٦].

---

(١) 465. 2d 615 (D.C.C. 1972).

(٢) Co. 402 F. 2d 937 (3d Cir. 1968).

(٣) J. Prince, op. cit. p. 853.

(٤) - D.B. Lawrence, Strict liability, computer software and medicine: public policy at the crossroads, Tort & Insurance Law Journal, 1987, v. 23, p. 15.

(٥) Brody v. Overlook Hosp., 127 N.J. Super. 331, 317 A 2d 392, app'd, 66 N.J., 448, 332 A2d 595 (1975)

(٦) Michael C. Germignani, Produc liability and software, Rutgers Computer and Technology Law Journal, 1981, v. 8, p. 201.

د ـ كما أن المحاكم الأمريكية ترفض إعمال قواعد المسؤولية الموضوعية على المهندسين المعماريين ومهندسي التصاميم بشكل عام، فالأضرار الناتجة عن نشاطهم المهني لا يمكن جبرها إلا وفقاً لقواعد المسؤولية المهنية[١].

هـ ـ يجب التفريق بين الأشخاص الذين يقومون بأعمال علمية بحتة كالمهندسين والمبرمجين من جهة، وبين رجال الأعمال الذين يصنعون ويتاجرون بما تصنعه مصانعهم من جهة أخرى. فالأولون لا يخضعون إلّا لقواعد المسؤولية المهنية أما الآخرون فيمكن أن يخضعوا لقواعد المسؤولية الموضوعية متى ما توافرت شروطها. وكمثال على ما سبق ذكره، نقول إن المهندس الذي يصمم ميكانيكية جهاز المقود في السيارة لا يمكن مساءلته وفقاً لقواعد المسؤولية الموضوعية فيما إذا وجد لاحقاً عيب في تصميمه أدّى إلى جنوح السيارة عن الطريق وإحداث أذى للغير، بيد أن صانع هذه السيارة يمكن ملاحقته وإجباره على جبر هذا الضرر وفقاً لهذه القواعد[٢].

و ـ أن هناك إجماعاً بين المختصّين في ميدان المعلوماتية بأنه لا يوجد برنامج حاسوب بدون نسبة مقبولة من الأخطار كما أوضحنا ذلك سلفاً في الفصل الأول من هذه الدراسة.

ز ـ لا يمكن تطبيق قواعد المسؤولية الموضوعية إلّا على الأشياء المادية المحسوسة وهذا هو روح النص الذي يمكن استنباطه من المحاولات الصياغية التي جرت قبل صياغته النهائية حيث إن جميع الأشياء التي ذكرها في تلك المحاولات تذكر أمثلة على أشياء مادية محسوسة فقط مثال سيارة وطائرة وغيرها[٣]. أما الخدمات

---

(١) Germignani, op. cit., p. 197.

(٢) Germignani, op. cit., p. 201

(٣) Maloney, What is or is not a product within the meaning of section 402 A, 57 Marq. Law Review 625, 626 (1974).

التي يقدّمها المتخصصون فلا تخضع لقواعد المسؤولية الموضوعية[١]. وقد قرّر القاضي Traynor في قضية Gagne v. Bertran[٢] أن هؤلاء المتخصصين لا يخضعون إلّا لقواعد المسؤولية المهنية:

The services of experts are sought because of their special skill. They have a duty to execice the ordinary skill and competence of members of their profession, and a failure to discharge that duty will subject then to liability for negligence. Those who hire such persons are not justified in expecting infallibility, but can expect only resonable care and computer. They purchase service, not insurance.

جـ - أن أحكام المحاكم الأمريكية مستقرة على عدم اعتبار برامج الحاسوب منقولات مادية محسوسة لأغراض التشريعات الضرائبية، ونكتفي بالإشارة هنا إلى بعض القضايا المهمة مثل:

- Distric of Columbia v. Universal Computer Associates, Inc.[3]

- james v. Tres Computer Systems, Inc.[4]

- Comptroller of the treasury v. Equitable Trst Co[5].

- In ne Protest of Strayer[6].

خلاصة القول إنه لا يوجد استقرار فقهي أو قضائي أو تشريعي في مسألة

---

(١) Powers, Distinguishing Between Products and Services in Strict liability, 62 N.C.L. Review. 415 (1984).

(٢) 43 Cal. 2d 481, 487, 275 p. 2d 15, 20-21 (1954).

(٣) مشار إليها سابقاً.

(٤) 642 S.W. 2d 347 (Mo 1982).

(٥) 296 Md. 459, 464 A. 2d 248 (1983)

(٦) 239 Kan. 136, 716 D. 2d 588 (1986).

إخضاع المبرمجين لقواعد المسؤولية الموضوعية، فالأمر يتصارعه اتجاهان لكل منهما حججه القوية وإن كانت الغلبة لصالح الاتجاه المضيق لمفهوم المنتج أخذت تظهر في الآونة الأخيرة. وإزاء عدم وجود رأي حاسم، فإنه تمّ التمييز بين البرامج التطبيقية والبرامج التشغيلية من جانب والبرامج الخاصة من جانب آخر بحيث تخضع الأولى لقواعد المسؤولية الموضوعية مع عدم خضوع الأخيرة للقواعد ذاتها، ويستند هذا التمييز على أمرين أساسيين: **أولهما** أن البرامج التشغيلية تعتبر جزءاً من جهاز الحاسوب أو بتعبير آخر من ملحقاته كما أن البرامج التطبيقية يغلب عليها صفة الشيء على صفة الخدمة، نظراً للعلاقة بين قيمة الوسيط العادي وقيمة البرنامج، بينما نجد أن قيمة البرنامج في البرامج الخاصة تفوق كثيراً قيمة الوسيط المادي[١]؛ **وثانيهما** الاعتبارات التي على أساسها تم فرض المسؤولية الموضوعية على الصناع والتي توجد في البرامج التشغيلية والتطبيقية ولا توجد في البرامج الخاصة وبالأخص معيار التصنيع الشامل Mass Production والتوزيع الشامل Mass Distribution. وقد تأثّر القضاء الأمريكي بهذا التقسيم[٢].

والحقيقة أن لنا جملة من الانتقادات على مثل هذا التقسيم: فأولاً أنه من الصعوبة بمكان اعتماد معيار اقتصادي للبحث عن طبيعة المسؤولية التي يتحملها الصانع، فهو تقسيم غير منضبط؛ فلا يعقل أن تتنوع المسؤولية وفقاً لطبيعة البرنامج، وإذا قبلنا ذلك فما هو حكم البرامج التطبيقية التي يتم إدخال تعديلات عليها، وإذا كان البعض يرى إمكانية بقائها على طبيعتها الأولى، فالسؤال هو إلى أي حدّ يمكن أن تغيّر التعديلات من طبيعة البرنامج؟! وثانياً أن قواعد المسؤولية الموضوعية ذات طابع استثنائي، فلا

(١) D.B. Lawrence, op. cit., p. 13.

(٢) SDK Medical Computer Services Corp. V. professional operating management Group, Inc. [371 Mass 117 345 N.E. 2d 852 (1976)]

حيث تمّ تكييف البرنامج على أنه خدمة.

RRX Industries, Inc., v. Lab Con, Inc. [772 F. 2d 543 (9th Cir. 1985)].

حيث رفضت المحكمة تكييف البرنامج على أنه خدمة واعتبرته شيئاً مادياً محسوساً.

يجوز التوسع في القواعد الاستثنائية ويجب تفسيرها تفسيراً ضيقاً، فالأصل ما زال قائماً وهي القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية.

وحيث إن التقسيم السابق لم يصمد أمام الانتقادات القانونية، فإن بعض الفقه الأمريكي لجأ إلى تقسيم آخر وهو التمييز بين كيفية حصول الأضرار الناتجة عن برامج الحاسوب، فإذا كان الضرر ينتج بطريقة مباشرة كجهاز الأشعة الذي يعطي كميات إشعاعية أكثر من طاقة الجسم فيؤدي إلى حرق الجلد أو غيره، فإن المبرمج يجب أن يخضع لقواعد المسؤولية الموضوعية، وكذا لو حدث الأذى بطريقة غير مباشرة كما لو أعطى جهاز التحليل نتائج غير صحيحة ترتب عليها صرف دواء لمريض بطريقة خاطئة، أما إذا كان الضرر ناتجاً عن طريق تزويد البرنامج بمعلومات خاطئة فيجب مساءلة واضع المعلومات وفقاً لقواعد المسؤولية العامة حيث إن الضرر نتج ليس عن عيب في البرنامج وإنما عن خطأ في التصرّف[1].

وإذا كان للتقسيم الأخير من ميزة فهي عدم التمييز بين أنواع برامج الحاسوب، إلا أنه لا يبتعد عن فكرة التوسع في مفهوم المنتج بحيث تشمل برامج الحاسوب وهو اتجاه منتقد في القانون الوضعي كما بيّنا ذلك سابقاً. يضاف إلى ما سبق أنه لا يأخذ بعين الاعتبار الحيثيّات التي بنيت على أساسها نظرية المسؤولية الموضوعية.

من كل ما سبق نخلص إلى ما يلي: أنه لا يمكن حماية المستهلكين من أضرار برامج الحاسوب وفقاً لقواعد المسؤولية الموضوعية في التشريع الأمريكي وأن الأمر يقتضي تدخّل المشرّع لحماية المستهلكين من تلك الأضرار حتى في حالة عدم وجود أخطاء من قبل المبرمجين، أو بمعنى آخر فإن الأمر يقتضي خلق قواعد قانونية جديدة لبناء نظرية مسؤولية موضوعية خاصة بالخدمات وعلى رأسها برامج الحاسوب.

وهذا الأمر يقودنا إلى دراسة ما إذا كان بالإمكان البحث عن بداية طريق نحو تطبيق هذا الهدف.

---

(١) James N. Godes, Developping a new set of liability rules for a new generation of technology: assessing liability for computer-related injuries in the health care field, Computer Law Journal, 1987, V. 7, p. 530-532.

الفصل الثالث
البحث عن قواعد مسؤولية مناسبة لطبيعة عمل المبرمج

المبحث الأول
تأكيد عدم وجود قواعد مسؤولية مناسبة لطبيعة عمل المبرمج في القانون الوضعي

بعد دراسة مدى إمكانية إعمال القواعد العامة أو الخاصة للمسؤولية المدنية على واضعي برامج الحاسوب، يبدو جلياً أن تلك القواعد لا تناسب ألبتة طبيعة عمل المبرمج من جهة والأخطار التي يمكن أن تنتج عن استعمال برامج الحاسوب من جهة أخرى. فهناك صعوبة في إثبات الأخطاء وفقاً للقواعد العامة، وهناك صعوبة في توافر شروط المسؤوليات الخاصة سواء تلك المتعلقة بحراسة الأشياء أو تلك المتعلقة بالمسؤولية الموضوعية للصانع وفقاً للتشريعات الحديثة.

يُضاف إلى ما سبق ذكره أن المسؤولية الموضوعية للصانع ذات أثر محدود، فهي لا تلزم الصانع ألا يجبر الضرر الذي يمس النفس سواء بالموت أو بالإصابات، أو يمسّ شيئاً آخر غير المنتج الذي كان مصدراً للضرر[1]. وهذا يعني استبعاد الأضرار المالية، أو الاقتصادية كما لو تم تفويت فرصة على تاجر اضطر لإغلاق متجره نتيجة خلل في برنامج الحاسوب الخاص بالمحاسبة[2].

إن هذا الأمر يقودنا إلى البحث عن قواعد مسؤولية مناسبة لطبيعة عمل

(١) انظر على سبيل المثال المادة التاسعة من التوجيه الأوروبي.

(٢) C. STUURMAN, op. cit., p. 144.

المبرمج وتتناسب مع الحاجة الماسة إلى حماية جمهور المستهلكين الذين يشعرون بحاجتهم إلى استعمال برامج الحاسوب بشكل متزايد في السنوات الأخيرة.

وهنا تستوقفنا مسألة مهمة وهي أن هذا القصور في القانون الوضعي لا يخص فقط برامج الحاسوب وإنما كل الخدمات. وإذا كان الاقتصاد الحديث يتميز بظهور طائفة جديدة من الصناعات تختلف عن صناعة الأشياء التقليدية كالسيارات والأجهزة الكهربائية والألكترونية والمنقولات بشكل عام، وهي الخدمات التي أخذت مكاناً خاصاً في الاقتصاد الحديث وتشكل نسبةً كبيرة من الناتج القومي للكثير من البلاد المتقدمة، ولذا فلا عجب من إفراد قواعد خاصة بتنظيم تجارة الخدمات بين دول العالم في اتفاقية G.A.T.T. التي تم توقيعها في مدينة مراكش في ٢٥ أبريل ١٩٩٤ من قبل أغلب دول العالم.

إن هذا التطور الهائل في حجم تجارة الخدمات سواء الفندقية أو المالية أو غيرها لم تحظ باهتمام المشرعين الوطنيين لتوفير حماية أكبر لجمهور المستهلكين.

ولا يفوتنا من التذكير بأن الفقه المعاصر وتبعه في ذلك القضاء، قد حاول خلق التزامات جديدة لتوفير الأمن للمستهلك من خلال التوسع في فكرة مضمون العقد وقد قنّن القانون الكويتي ذلك في المادة ١٩٥ والتي تنصّ على:

- «لا يقتصر العقد على ما يرد فيه من شروط أو يسري عليه من أحكام القانون، وإنما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته، وفقاً لما تجري عليه العادة وما تمليه العدالة، ومع مراعاة طبيعة التعامل وما يقتضيه حسن النّية وشرف التعامل». ومن هذا المنطلق فإنه يمكن القول بأن عقود الاستهلاك تتضمن التزاماً بسلامة المستهلك، فصاحب المطعم مسؤول عن سلامة عملائه وصاحب الألعاب الترفيهية مسؤول أيضاً عن سلامة من يرتادون ألعابه وهكذا دواليك.

- ومما لا شك فيه أنه يمكن إعمال القواعد الخاصة بالالتزام بالسلامة L'obligation de sécurité في مواجهة المبرمجين إلّا أن مثل هذه القواعد لا توفّر حماية كافية لعدّة أسباب:
- أن الالتزام بالسلامة هو التزام تعاقدي، وبالتالي لا يستفيد منه إلّا من تربطه علاقة تعاقدية مع المبرمج.
- أن ميزة هذا الالتزام هو نقل عبء إثبات التقصير من على عاتق المضرور إلى عاتق من قدّم الخدمة، وبالتالي يستطيع هذا الأخير من درء مسؤوليته متى ما أثبت عدم تقصيره.
- أن التعويض عن التقصير بالالتزام بالسلامة يقتصر على الأضرار التي تمسّ النفس.

من كل ما سبق نخلص إلى أنه لا توجد في القانون الوضعي المعاصر قواعد مناسبة لطبيعة عمل المبرمج، رغم إجماع الفقه على ضرورة حماية المستهلك من أخطار برامج الحاسوب لوجود العلّة ذاتها التي اقتضت حمايته من أخطار المنتجات.

وبغية البحث عن قواعد مسؤولية مناسبة لطبيعة عمل المبرمج فإننا نتساءل عن إمكانية إعمال قواعد الضمان في الفقه الإسلامي وعلى رأسها قاعدة «المباشر ضامن وإن لم يتعمد أو يتعد».

المبحث الثاني

برنامج الحاسوب وقاعدة «المباشر ضامن» في الفقه الإسلامي

تبنّت مجموعة من التشريعات العربية فكرة الضمان المقررة في فقه الشريعة الإسلامية ومن بينها القانون الكويتي والذي تنصّ المادة ٢٥٥ منه على: «إذا وقع ضرر على النفس مما يستوجب الدية وفقاً لأحكام الشرع الإسلامي وما يتضمّنه

جدول الدّيات المنصوص عليه في المادة ٢٥١ وكان وقوع هذا الضرر بطريق **المباشرة**، وباستعمال شيء مما ذكر في المادة ٢٤٣، فإن المباشر يلتزم بضمانه، ما لم يكن في إتيانه ملتزماً حدود الدفاع الشرعي».

وقبل الخوض في مفهوم المباشر وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي ومعرفة ما إذا كان بالإمكان تطبيقه على واضعي برامج الحاسوب، فإنه جدير بالذكر أن نصّ المادة ٢٥٥ قاصر على التعويض عن الأضرار التي تلحق بالنفس وما عداها من أضرار فإنها تخضع للقواعد العامة للمسؤولية، حيث يشترط حصول خطأ من جانب المبرمج وفقاً لنص المادة ٢٢٧ من القانون المدني والتي تنصّ في فقرتها الأولى على: «١ - كل من أحدث الفعل الخاطئ ضرراً بغيره يلتزم بتعويضه سواء أكان في إحداثه الضرر مباشراً أو متسبباً».

ومن حسن الطالع أن اللجنة العليا لاستكمال تطبيق الشريعة الإسلامية أعدّت مشروع قانون لتعديل نصّ المادة ٢٢٧ لتصبح: - «كل فعل سبب ضرراً للغير يلتزم من ارتكبه بالتعويض ولو كان غير مميز سواء أكان في إحداثه الضرر مباشراً أو متسبباً»، وهذا التعديل يواكب ما هو معمول به في فقه الشريعة الإسلامية وما أخذت به بعض التشريعات العربية، فالنص المقترح يقابل المادة ٢٥٦ من القانون المدني الأردني والمادة ١٦٥ بحريني والمادة ٢٨٢ إماراتي. وتنصّ المذكرة الإيضاحية بشأن تعديل بعض مواد القانون المدني: - «النص الحالي يجعل أساس المسؤولية الخطأ بينما يذهب الفقه الإسلامي إلى جعل أساس المسؤولية المدنية هو الضرر، وليس الخطأ، وذلك استناداً إلى حديث «لا ضرر ولا ضرار» والقاعدة التي تقول إن الضرر يزال «المادة ٢٠ من مجلة الأحكام العدلية» وأخذ الفقه الإسلامي من ذلك أن مسؤولية من يضرّ غيره إنها مسؤولية مالية لا تقوم على الخطأ بل تقوم على الضرر، ومن ثم فلا يشترط في هذه المسؤولية أن يكون مرتكب الفعلْ الضارّ مميزاً فالتعويض يناط بالضرر المترتب على فعل محظور في ذاته، ولو صدر من عديم الأهلية، فغير المميز مسؤول في حالة التلف الذي يلحق المال أو النفس، لذا فقد استبدلت عبارة «كل فعل سبب ضرراً للغير» كل من أحدث بفعله الخاطئ

ضرراً، وميزة النص المقترح أنه يخفف من عبء الإثبات على عاتق المضرور فيكفيه إثبات الفعل الذي ترتب عليه الضرر أي إثبات نسبة هذا الفعل إلى المدّعى عليه فلا يتحمّل المضرور إثبات خطأ صدر من المسؤول وغالباً ما يصعب عليه ذلك»[١].

وقد عرّفت دائرة التمييز في محكمة الاستئناف العليا فعل المباشرة بأنه: «ينصرف إلى من يكون فعله الذي يباشره بنفسه قد جلب بذاته الضرر، وكان سبباً بدون واسطة أي بغير أمر بين هذا الفعل وبين الضرر الناجم مباشرة عنه، وتختلف المباشرة بطبيعتها عن التسبب وهو ما كان علّة للأمر، ولكنه لم يحصله بذاته»[٢].

ويتّضح من التعريف السابق أن قاعدة «المباشر ضامن» تترتب آثارها إذا توافرت مجموعة من الشروط وهي: ١) صدور فعل، ٢) وأن يؤدي هذا الفعل إلى إحداث الضرر ٣) وأن تكون علاقة السببية بينهما مباشرة[٣].

ومما لا شك فيه أن الشرط الأول متوافر في واضعي برامج الحاسوب من اعتبار أن عملية البرمجة هي فعل إيجابي، إلّا أن المشكلة تثور بالنسبة لوجود علاقة سببية مباشرة.

ونعتقد من جانبنا أن الأضرار الناتجة عن عيوب في برامج الحاسوب يمكن نسبتها بطريق المباشرة إلى المبرمجين وفقاً للمجرى المعتاد للأمور وهذا ليس بأمر استثنائي. فالفقه الإسلامي لا يشترط وجود اتصال مادي بين محدث الفعل

(١) المذكرة الإيضاحية الخاصة بتعديل بعض مواد القانون المدني، صـ ٩.

(٢) طعن التمييز رقم ١٩٨٦/٢ مدني بجلسة ١٩٨٦/٦/٣٠، مجلة القضاء والقانون، السنة الرابعة عشرة، العدد الثاني، ديسمبر ١٩٩٣، صـ ٢٥٧.

(٣) د. بدر جاسم اليعقوب، المسؤولية عن استعمال الأشياء الخطرة في القانون الكويتي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار القرآن الكريم، ١٩٨٠، صـ ٩٧ وما بعدها، د. إبراهيم دسوقي أبو الليل، الملتزم بتعويض الضرر الناجم عن حوادث السيارات، دراسة لضمان المباشر وضمان المؤمن وضمان الدولة لأذى النفس في القانون الكويتي مقارناً بالفقه الإسلامي، ذات السلاسل، ١٩٨٥، صـ ٣٠ وما بعدها.

والضرر، فقد يصدر الضرر من ذاته أو قد يصدر الضرر من شخص آخر كلفه القيام بعمل معين، كما إذا بعث الحاكم رجلاً إلى امرأة طالباً إيّاها في مسألة معيّنة فأجهضت جنينها فزعاً، وجبت الدّية على الحاكم[1].

من جانب آخر، تبدو بعض الصعوبات في توافر اشتراط وجود علاقة سببية مباشرة، أي ألّا يتدخّل أمر بين فعل المبرمج والضرر الذي حصل للغير، ففي كثير من الأحيان فإن من يستخدم البرنامج ليس المبرمج نفسه وإنما أشخاص آخرون كالموظفين في الشركات أو المستشفيات أو المطارات أو غيرها، فهل يمكن القول إن تدخّل هؤلاء الموظفين أو من شابههم يعتبر قاطعاً لعلاقة السببية؟ أو بمعنى آخر هل يمكن القول بأن علاقة السببية في هذه الحالة غير مباشرة؟

وهنا يجب النظر إلى طبيعة تدخل الشخص الثاني فإن كان دوره قاصراً على تشغيل جهاز الحاسوب والاستفادة من خدماته المختلفة فإنّه ممّا لا ريب فيه أنه يعتبر مباشراً للضرر والمبرمج يمكن مساءلته على أنه متسبب، وإذا كانت القواعد العامة للضمان في فقه الشريعة الإسلامية تقضي بتقديم المباشر على المتسبب إذا اجتمعا[2]، فإننا نخلص إلى عدم إمكانية مساءلة المبرمج وفقاً لقاعدة المباشر ضامن وإنّما وفقاً لقاعدة المتسبب والتي تقتضي بدورها أن يكون متعدياً.

ويبدو أن هذا التصوير يجانب المنطق والواقع، فلا يمكن مساءلة من باشر تشغيل الحاسوب في الوقت الذي لا يمكن تصوّر حصول الضرر بدون وجود عيب في البرنامج. وعلى هذا الأساس فإننا نستطيع القول بأن الحالة التي نحن بصدد دراستها يمكن أن تخضع للاستثناء المقرّر على قاعدة المباشر ضامن وهي قاعدة أن المتسبب الملجئ إلى المباشرة حكمه حكم المباشر.

ويقول الشيخ علي الخفيف: - «إن الضمان يجب على من أحدث التلف إلا إذا منع من إضافة التلف إليه ترتب التلف مباشرة على فعل شخص آخر أحدثه فصل

(١) د. بدر جاسم اليعقوب، مصدر سابق، صـ ١٠٣ وما بعدها.
(٢) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، صـ ٣٦.

بينه وبين فعل الأول فنسب التلف إليه على وضع انقطعت به نسبته إلى الفعل الأول، وذلك ما تختلف فيه أنظار الفقهاء اختلافاً أدّى إلى اختلافهم فيمن يلزم بالضمان أهو محدث الفعل الأول، لإضافة التلف إليه واعتباره مباشراً للتلف، أهو محدث الفعل الثاني، لامتناع إضافة التلف إلى الفعل الأول، نتيجة لفعله واعتباره بسبب ذلك مباشراً. ومن ذلك ما إذا أغرى إنسان ظالماً على أخذ مال لآخر ودلّه على مكانه، فقد ذهب أحمد إلى تضمين المغري مع أنه متسبب، والظالم مباشر، وكذلك من كذب لدى حاكم كذباً أدّى إلى أخذ مال إنسان كان ضمانه عليه لكذبه وإغرائه، لعدم انقطاع نسبة التلف إلى المتسبب حينئذ في رأيه»[1].

ويقول في موقع آخر: - «وجاء في القواعد لابن رجب الحنبلي، أن هذا الأصل مقيّد بألّا تكون المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه، أي بألّا يكون الفعل المؤدي إلى التلف مباشرة مبنياً على الفعل المتسبب وناشئاً عنه سواء أكان الفعل المتسبب ملجئاً إلى الفعل المباشر أم لا»[2].

من كل ما سبق يمكن القول باختصار بأن الفعل الأول يضمن صاحبه إذا كان الفعل الثاني غير مستقل وكان مبنياً على الفعل الأول[3]. وهذا هو حال المبرمج، فالبرنامج من فعله وهو السبب الطبيعي والفعّال للضرر وتدخل مشغّل البرنامج لا يعدو أن يكون فعلاً مادياً ناتجاً عن فعل المبرمج، ولذلك فإن تدخّل مشغّل البرنامج لا يغير من حقيقة كون البرنامج معيباً. ومن هذا المنطلق نستطيع القول بإمكانية مساءلة المبرمج وفقاً لقاعدة المباشر ضامِن حتى وإن كان هناك تدخل من قبل الغير شرط ألّا يكون هذا التدخل مستقلاً وأن يكون مبنياً على فعل المبرمج.

وتجدر الإشارة إلى أن المتسبب يضمن وحده جبر الضرر إذا كان المباشر غير

(١) الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ١٩٧١، صـ ٨٢.
(٢) الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، صـ ٨٥.
(٣) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين الإطلاق والتقرير، ١٩٨٠، ف ١٩٢.

مسؤول أو غير موجود أو غير معروف[1]. ويصرف الفقهاء مثلاً على عدم مسؤولية المباشر مع إمكانية مساءلة المتسبب فيما لو شهد جماعة من الأشخاص زوراً أمام القاضي، فترتب عليه ضياع حق إنسان أو إزهاق روحه، ثم اعترفوا بعد ذلك بكذبهم، فإنهم يضمنوا جبر الضرر ولا يضمن القاضي برغم أنه باشر الحكم[2]. ولا شك أن مشغل البرنامج أو جهاز الحاسوب لا يمكن مساءلته رغم مباشرته للضرر لانعدام رابطة السببية، فالمجرى المعتاد للأمور لا يؤدّي إلى أن تشغيل البرنامج ينتج عنه ضرر للغير.

إلا أن ما سبق لا يمكن أن ينفي إمكانية مساءلة مشغل الجهاز وحده أو بالتضامن مع المبرمج. فأولاً يمكن مساءلة مشغل الجهاز واعتباره مباشراً للضرر إذا أدخل معلومات خاطئة في البرنامج أو تمّ تشغيله بطريقة خاطئة، فالمهندس الذي يعطي جهاز حساب الإنشاءات على سبيل المثال معلومات خاطئة عن المبنى المراد تشييده يكون هو المسؤول عن الأضرار الناتجة عن سقوط المبنى وليس المبرمج، وكذا لو قام بتشغيل البرنامج على خلاف ما هو مقرر في طريقة استعماله وفقاً للدليل المرفق.

كما أن مشغل البرنامج يمكن أن يسأل بالتضامن مع المبرمج إذا كان فعل كل منهما يؤدي بنفسه إلى إحداث الضرر[3]، كما لو كان هناك إدخال معلومات خاطئة من قبل مشغل البرنامج مع وجود عيب في البرنامج.

الخلاصة

إن هناك حاجة ملحّة إلى حماية جمهور المستهلكين من الأخطار التي يمكن أن تنتج من الاستخدام المتزايد للحاسوب نتيجة عيوب في تصميم برامجها، إلّا أن القواعد الوضعية العامة والخاصة لا تسعف في تحقيق هذه الغاية لاعتبارين أساسيين

(١) د. بدر جاسم اليعقوب، مرجع سابق، صـ ١٢٠ وما بعدها.
(٢) د. بدر جاسم اليعقوب، مرجع سابق، صـ ١٢٠ وما بعدها.
(٣) د. بدر جاسم اليعقوب، مرجع سابق صـ ١٢١ وما بعدها.

وهما كون برنامج الحاسوب خدمة مع صعوبة إثبات خطأ من جانب المبرمج. ولذا فإنه من الضرورة بمكان إيجاد قواعد مسؤولية تتناسب مع طبيعة عمل المبرمج. وانتشار البرامج في الأسواق كبقية السلع الأخرى، تقوم على فكرة «الغرم بالغنم» مع عدم الحاجة إلى إثبات أي خطأ، ولم نجد ضالتنا إلا بين قواعد الضمان في الفقه الإسلامي، مما يحدو بنا إلى ضرورة التوسّع في إعمال قاعدة المباشر الضامن وعدم قصرها على الأضرار التي تمسّ النفس.