

قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی بین‌المللی (بررسی تطبیقی)

علیرضا حجت‌زاده*

ابراهیم نوشادی**

چکیده

مبنای قواعد تعارض قوانین در دعاوی فرامرزی، اصل تقرب مکانی است. بر این اساس، قانون حاکم بر شکل و ماهیت دعاوی قراردادی، قانونی است که نزدیک‌ترین ارتباط مکانی را با قرارداد مورد اختلاف دارد. این اصل در قواعد تعارض قوانین، به صورت مصداقی تحت عنوان «قانون محل انعقاد قرارداد»، «قانون محل اجرای تعهد» و «قانون محل تنظیم قرارداد» تبلور یافته است. همه این مصداقیق، مظاهر مادی عوامل ارتباط مکانی هستند که لازمه تشخیص و اعمال آنها، تعیین مکانی برای اتکای این مصداقیق به آن است. ولی در فضای مجازی که مکان وجود ندارد، چگونه می‌توان از طریق این عوامل ارتباطی، قانون حاکم بر شکل و ماهیت قراردادهای الکترونیکی را تعیین کرد و اساساً چه قانونی بر شکل و ماهیت این نوع قراردادها حاکم است؟ در قبال این چالش، قانونگذاران چه رویکردی را اتخاذ کرده‌اند؟ آیا نظام حقوقی جداگانه‌ای برای قراردادهای الکترونیکی وضع کرده‌اند؟ این مقاله درصدد بررسی نحوه مواجهه حقوق ایران، ایالات متحده، اتحادیه اروپا و آنسیترال با این چالش است.

واژگان کلیدی: قرارداد الکترونیکی، عوامل ارتباط، قانون حاکم، بیطرفی فنی، برابری کاربردی

*. نویسنده مسئول، عضو هیأت علمی دانشگاه پیام نور.

** دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل.

مقدمه

مهم‌ترین پدیده از زمان انقلاب صنعتی تاکنون، ظهور فناوری اطلاعات و ارتباطات و به تبع آن ایجاد فضای مجازی است. این پدیده غالب شئون زندگی اجتماعی را تحت تأثیر قرار داده که از آن میان می‌توان به تأثیرش بر تجارت بین‌الملل اشاره کرد که منجر به ایجاد تجارت الکترونیک شده است. جالب توجه است که حجم مبادلات الکترونیکی جهان در سال ۲۰۰۶ حدود ۲/۵ تریلیون دلار بوده است.^۱ این پدیده تکالیفی را برای دولت‌ها به‌دنبال داشته است: اول) اتخاذ تدابیر لازم برای دسترسی همه افراد به این فناوری،^۲ و دوم) پاسخ به چالش‌های حقوقی ناشی از این فضا و اعتمادسازی. بی‌شک لازمه اعتمادسازی، شفافیت قوانین حاکم بر فضای مجازی، به‌ویژه فضای مجازی فرامرزی است که در حیطه تکالیف حقوق بین‌الملل خصوصی قرار می‌گیرد. بنابراین، فناوری اطلاعات بیش‌ترین چالش را در قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی ایجاد کرده است. پس حقوق بین‌الملل خصوصی باید پاسخی شایسته به معیارهای حاکم بر تعیین قانون حاکم بر دعاوی قراردادی و غیرقراردادی در فضای مجازی داشته باشد.^۳ اما قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی سنتی، بر مبنای اصل تقرب مکانی^۴ وضع شده‌اند.^۵

درحالی‌که در فضای مجازی مکان وجود ندارد، با حذف یا کاهش نقش عنصر مبنایی قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی (عامل ارتباط مکانی یا اصل تقرب مکانی)، این پرسش مطرح می‌شود که کدام عامل

۱. سیلویا م. رکودو، «رویکرد نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا و اروپا به تشکیل قراردادهای الکترونیکی»، ترجمه ابراهیم نوشادی، *ویژه‌نامه مجله حقوقی بین‌المللی*، زمستان ۱۳۸۹، ص ۱۸۴.

۲. مصوبه هیأت وزیران در خصوص برنامه جامع توسعه تجارت الکترونیکی براساس این رویکرد وضع شد.

۳. انتخاب قانون حاکم و دادگاه صالح در فضای مجازی شامل موضوعات مربوط به مسئولیت مدنی ناشی از نقض حقوق مالکیت معنوی، نقض حریم خصوصی و به‌طور کلی ضمان قهری ناشی از اقدامات غیر قراردادی در فضای مجازی است که واجد یک عنصر بین‌المللی هستند، ولی این مقاله صرفاً به موضوع چالش‌های تعیین قانون حاکم در دعاوی قراردادی می‌پردازد؛ یعنی با فرض انتخاب یا تعیین دادگاه صالح، تعیین قانون حاکم بر شکل و ماهیت دعا با چه چالش‌هایی در فضای مجازی روبه‌رو است. برای بررسی و مطالعه انتخاب قانون حاکم و دادگاه صالح در فضای مجازی و موضوعات مربوط به مسئولیت مدنی در فضای مجازی، ر.ک: زوزانا اسلواکوا، «دادگاه صالح حاکم بر دعاوی ناشی از نقض علائم تجاری اینترنتی در اتحادیه اروپا»، ترجمه محسن صادقی و حسین کاویار، *ماهنامه قانون*، ش ۱۱۲ و صادقی، محسن، «مطالعه تطبیقی تعیین مرجع صالح رسیدگی به دعاوی حقوقی نقض اسرار تجاری در فضای دیجیتال»، *فصلنامه پژوهش‌نامه بازرگانی*، ش ۵۵، تابستان ۱۳۸۹.

۴. اصل تقرب مکانی معادل اصطلاح *physical approximately* و به معنای این است که دادگاهی صالح به رسیدگی و قانونی حاکم بر ماهیت است که نزدیک‌ترین ارتباط مکانی با عمل یا واقعه حقوقی را دارد. ر.ک:

Pedro Alberto DE, Miguel Asensio, "applicable law in the absence of choice to contracts relating intellectual or industrial property rights", *yearbook of private international law*, vol. x, p. 5.

۵. اگرچه بجز عامل ارتباط مکانی (اصل تقرب مکانی)، عامل ارتباط ذهنی (قانون منتخب طرفین) نیز مبنای تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی قرار می‌گیرد، ولی نفوذ اراده طرفین در تعیین قانون حاکم مطلق نیست و در صورتی نافذ شناخته می‌شود که تعارض عمده با اصل تقرب مکانی نداشته باشد؛ زیرا در صورتی که قانون منتخب طرفین فاقد هرگونه ارتباط مکانی با قرارداد باشد، به عنوان یک قانون نامناسب شناخته خواهد شد و علی‌رغم انتخاب قانون حاکم به وسیله طرفین، قانونی بر قرارداد حاکم می‌شود که بر مبنای عوامل ارتباط مکانی، صالح شناخته شود. به همین دلیل در این مقاله اصل تقرب مکانی به عنوان یک اصل پایه در تعیین قانون حاکم لحاظ شده است.

ارتباطی باید مبنای تعیین قواعد قانون حاکم در فضای مجازی قرار گیرد؟ آیا رویکرد نظام‌های حقوقی، انطباق قوانین و قواعد حقوقی موجود بر قراردادهای الکترونیکی است و یا نظم حقوقی جدیدی برای این نوع قراردادها وضع شده است؟ پاسخ به این پرسش را باید در ادبیات حقوقی حاکم بر موضوع و همچنین رویکرد جهانی و منطقه‌ای و داخلی به این چالش پیدا کرد. لذا بدو ادبیات حقوقی مرتبط با این امر و سپس رویکرد کشورها به آن مورد بررسی قرار می‌گیرد. فناوری اطلاعات و چالش آن در حقوق از دهه ۱۹۹۰ در ادبیات حقوقی مورد بحث بوده و تحت عناوین مختلفی نظیر صلاحیت واقعی در فضای مجازی، تلاقی دنیای واقعی با فضای مجازی، مرزهای حقوقی قراردادها در فضای مجازی، موضوعات صلاحیتی در فضای مجازی، صلاحیت و قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی و صلاحیت بر قراردادهای الکترونیکی مصرف‌کننده مطرح شده است.^۶

فرضیه اصلی ادبیات حقوقی حاکم بر این موضوع نیز این است که تغییر در عنصر سازنده قرارداد و جایگزینی اتم به جای بیت،^۷ در نظام حقوقی و صلاحیتی حاکم بر قراردادها چالش ایجاد کرده است. اگر چه برخی معتقدند این تفاوت قابل اغماض است و قواعد موجود قابلیت تنظیم فضای مجازی را دارند و یا این ادبیات را صرفاً لذتی آکادمیک دانسته و مباحث مرتبط با قرارداد الکترونیک و به طور کلی تجارت الکترونیک را نظیر بحث راجع به حقوق حاکم بر تلفن یا فاکس می‌دانند،^۸ اما بر خلاف این نظر، آثار این چالش در نظام حقوق بین‌الملل عمومی و خصوصی مشهود است و بخش عمده‌ای از ادبیات حقوقی به این چالش اختصاص داده شده؛ زیرا در حقوق بین‌الملل خصوصی، ابتدای قواعد صلاحیت بر مکان و در حقوق بین‌الملل عمومی، عناصر قدرت و مشروعیت در فضای مجازی به چالش کشیده شده‌اند. در ادبیات حقوقی رسمی در سطح بین‌المللی و منطقه‌ای نیز این چالش تحت عناوینی نظیر انتخاب قانون در قراردادهای

۶. ر.ک:

Burk DL, "Jurisdiction in a World Without Borders"(1997) 1*Virginia Journal Of Law and Technology*, p. 3; Burnstein, Matthew, "Conflicts on the Internet: Choice of Law in Transnational Cyberspace", 29 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, (1996) 29; Hasan A. Deveci, *Internet Jurisdiction, Personal Jurisdiction: Where Cyberspace Meets the Real World*, Part II available at <http://www.sciencedirect.com>; Michael Bodgan, "Electronic Commerce: Problems of Jurisdiction and Applicable Law", in Jens Fejo, Ruth Nielsenog Thomas Riis, *Legal Aspects of Electronic Commerce* (2001), available at: http://www.elsa.org/fileadmin/user_upload/elsa_international/PDF/SPEL/SPEL_04_1_GUSAKOVA.pdf

۷. بیت (bit) مخفف کوچک‌ترین واحد اطلاعاتی که توسط یک کامپیوتر مدیریت می‌شود. هر بیت نشانگر یک یا صفر و دو دویی یا درست و نادرست منطقی است. هر ۸ بیت یک بایت را تشکیل می‌دهد و می‌توان آن را برای نمایش اطلاعات به کار برد. ر.ک: دیکشنری تخصصی مایکروسافت، ص ۸۶

۸. Amelia H. Boss, *Becoming Operational, Electronic Registries and Transfer of Rights*, congress to celebrate the fortieth annul session of uncitral Vienna, 2007 p. 2.

قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی بین‌المللی ... ❖ ۲۶۵

بین‌المللی، تعیین دادگاه صالح در این قراردادها، صلاحیت و قانون حاکم بر تجارت الکترونیک مورد بررسی قرار گرفته است.^۹ بنابراین، بی‌مکان و جهانی بودن فضای مجازی، مبنای قواعد تعیین قانون حاکم در قراردادهای الکترونیکی و به تبع آن حقوق بین‌الملل خصوصی را با چالش مواجه کرده؛ چرا که قواعد آن بر عوامل ارتباط مکانی استوار است، در حالی که فضای مجازی فاقد مکان است.

بجز مباحث نظری، رویه کشورها و وضع قوانین از سوی آن‌ها نیز حاکی از واکنش به این چالش حقوقی جدید است؛ به گونه‌ای که به جرأت می‌توان گفت فناوری اطلاعات و تغییر عنصر سازنده در روابط قراردادی و غیرقراردادی، منجر به واکنش دولت‌ها و حتی رویه قضایی^{۱۰} در سطح داخلی و بین‌المللی شده است. این واکنش‌ها را می‌توان در حوزه قانونگذاری در قواعد ماهیتی و شکلی قرارداد الکترونیک و قواعد حل تعارض قوانین مورد بررسی قرار داد. هدف اصلی این مقاله نیز بررسی این واکنش‌ها است.^{۱۱}

۱. قانون ماهوی قابل اعمال بر تعهدات قراردادی الکترونیک

اولین و مهم‌ترین واکنش به چالش‌های مذکور، تصویب قانون نمونه تجارت الکترونیک توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد در سال ۱۹۹۶ است. این قانون که «قانون ماهوی کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیک» خوانده می‌شود،^{۱۲} بر مبنای اصول برابری کاربردی و بیطرفی فنی تدوین شده است.^{۱۳} دلیل توسل

۹. ر.ک:

London meeting draft "Achieving Legal and Business Order in Cyberspace" Report of the American Bar Association ("ABA"), Jurisdiction in Cyberspace Project empanelled in 1998 under the title, "Transnational Issues in Cyberspace: A Project on the Law Relating to Jurisdiction."; Draft of proposal for a Model Law on Jurisdiction and Applicable Law for Consumer Contracts available at: <http://scm.oas.org/pdfs/2008/CP20891E02.pdf>, last visited 2011; Catherine Kessedjian with the co-operation of the private international law team of the Ministry of Justice of Canada, *Electronic commerce and international jurisdiction*, Ottawa, 28 February to 1 March 2000 Summary of discussion .

10. Moringiello & Reynolds, "Survey of the law of cyberspace, electronic contracting case 2007-2008", *bus. law.* 219, available at: papers.ssrn.com.

۱۱. برای بررسی واکنش قانونگذاری کشورها به این چالش، ر.ک:

Farhan AL-Farhan, *Electronic contracts The Impact of the UNCITRAL Model Law on international legal systems Saudi Arabia information technology development from a legal perspective*, 2002, available at: www.cailaw.org/academy/magazine/uncitral.pdf, last visited 2011; Samtani Anil & Harry SK Tan, *Legal, Regulatory and Policy Issues of E-Commerce in Asia*, available at: [online http://www.apdip.net/projects/2003/asianforum/docs/papers/session7.pdf](http://www.apdip.net/projects/2003/asianforum/docs/papers/session7.pdf) .15/11/05.

۱۲. چارلز اچ مارتین، «کنوانسیون قراردادهای الکترونیکی آنسیترال»، ترجمه علی رضائی، *مجله تحقیقات حقوقی*، ش ۴۷، تابستان ۸۷، ص ۳۳۰.

۱۳. برابری کاربردی، یعنی اسناد الکترونیکی از لحاظ کاربردی معادل اسناد کاغذی است. بی‌طرفی فنی به این مفهوم است که مقررات قانون نمونه، فناوری الکترونیکی خاصی را به عنوان ابزار انجام تجارت الکترونیک توصیه نمی‌کند.

۲۶۶ ❖ مجله حقوقی بین‌المللی / شماره چهل و چهار / بهار - تابستان ۱۳۹۰

به اصول مذکور این است که فناوری الکترونیک به سرعت در حال تحول است.^{۱۴} لذا قانون نمونه باید اصل بیطرفی فنی را مبنای اصلی خود قرار می‌داد تا علی‌رغم پیشرفت فناوری در سال‌های آتی، همچنان قابل اعمال باقی بماند^{۱۵} و هر نوع فناوری حال و آینده، اعم از بی‌سیم و باسیم را شامل شود و فناوری جدید آن را نسخ نکند؛ به نحوی که هر کشوری با هر درجه از فناوری اطلاعات بتواند آن را اعمال کرده، دارای راهنمایی ساده و روشن برای مصرف‌کنندگان باشد، زیرا اگر مصرف‌کننده بداند که ایجاب و قبول کتبی می‌تواند منجر به عقد قرارداد در نظام حقوقی کشورش شود، مطمئن خواهد بود که همین قرارداد بر مبنای اصل برابری کاربردی، می‌تواند به شیوه الکترونیکی نیز منعقد شده، همان نتایج را به دنبال داشته باشد. در نتیجه، اصل برابری کاربردی می‌تواند سبب اطمینان حقوقی نسبت به معاملات الکترونیکی شود. کنوانسیون استفاده از نشانه‌های الکترونیک در قراردادهای بین‌المللی نیز برای تبیین قواعد حقوقی حاکم بر استفاده از ارتباطات الکترونیک در قراردادهای الکترونیکی بین‌المللی تدوین شده است. این کنوانسیون، نظام حقوقی جداگانه‌ای برای قراردادهای الکترونیکی وضع نکرده است، بلکه با به رسمیت شناختن اصل برابری کاربردی، قراردادهای الکترونیکی را معادل قراردادهای کاغذی قرار داده و با وضع اصل بی‌طرفی فنی، زمینه را برای انطباق قواعد کنوانسیون بر فناوری‌های الکترونیک فراهم ساخته و بر این مبنای قراردادهای الکترونیکی بین‌المللی را به رسمیت شناخته و به این قراردادها اثر حقوقی اعطا کرده است. رویکرد همسان‌سازی، یعنی یکسان دانستن قراردادهای الکترونیکی و قراردادهای کاغذی سبب شده تا نظام حقوقی جداگانه‌ای برای قراردادهای الکترونیکی وضع نشود و قواعد ماهوی و شکلی حاکم بر سایر قراردادها بر این نوع قراردادها نیز حاکم باشند.

گروه کاری کمیسیون ملل متحد در خصوص حقوق تجارت بین‌الملل راجع به تجارت الکترونیک، برخی مفاهیم حقوقی تجارت الکترونیک و موضوع انعقاد قرارداد الکترونیک را مورد بررسی قرار داد و به این نتیجه رسید که کنوانسیون ملل متحد راجع به فروش بین‌المللی به عنوان قانون ماهوی حاکم بر قراردادهای الکترونیکی قابل استناد است.^{۱۶}

۴۱. دلیل و فلسفه به‌کارگیری این دو اصل در متن تفسیری کنوانسیون استفاده از نشانه‌های الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی، مورد بررسی قرار گرفته است. ر.ک:

United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, Draft Resolution II, 2005, pp. 49-53 http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf

۱۵. ر.ک: قانون نمونه تجارت الکترونیکی مصوب مجمع عمومی سازمان ملل متحد که در نشانی ذیل قابل دسترسی است: <http://www.uncitral.org>. United Nations: General Assembly Resolution 51/162 of 16 December 1996; UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment, 1996

۱۶. ر.ک: آقازاده دیزجی، حمید، بررسی حقوقی کنوانسیون ۲۰۰۵ سازمان ملل متحد درباره استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق بین‌الملل، مرداد ۱۳۸۹؛ چارلز اچ مارتین، «کنوانسیون قراردادهای الکترونیکی آنسیترال»، ترجمه علی رضائی، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۴۷، تابستان ۸۷؛ جنیفر ای هیل، «آینده قراردادهای الکترونیکی در عرصه بین‌الملل: خلاصه‌ها و گریزهای ذاتی کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به بیع بین‌المللی کالا»، ترجمه مصطفی‌السان و زینب کنعانی، مجله حقوقی بین‌المللی،

علاوه بر واکنش‌های جهانی، در سطح منطقه‌ای نیز این چالش با واکنش‌های تقنینی همراه بوده است که مهم‌ترین آن‌ها وضع دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا درخصوص تجارت الکترونیکی و امضای دیجیتالی است^{۱۷} و^{۱۸} که براساس روش برابری کاربردی قانون نمونه وضع شده‌اند.^{۱۹} اعضای اتحادیه اروپا براساس این دستورالعمل‌ها ملزمند شرایط شکلی قراردادهای نظیر کاغذی بودن را حذف کنند تا زمینه استفاده از قراردادهای الکترونیکی فراهم شود.

اتحادیه اروپا اصول برابری کاربردی و بیطرفی فنی را در مورد قراردادهای الکترونیکی با استثنائاتی پذیرفته^{۲۰} و قواعدی نیز برای تشکیل قراردادهای الکترونیکی وضع کرده است.^{۲۱} بنابراین با این رویکرد بجز در موارد خاص، کلیه اعمال حقوقی با استفاده از داده پیام‌های الکترونیکی قابل انجام است. در ایالات متحده، قانون متحدالشکل معاملات فناوری کامپیوتری (یوسیتا)^{۲۲} و قانون متحدالشکل معاملات الکترونیکی (یوتا)، و قانون امضای الکترونیکی در تجارت داخلی و خارجی، در پاسخ به این چالش وضع یا اصلاح شده و به قراردادهای الکترونیکی در سطح داخلی و بین‌المللی اثر حقوقی اعطا کرده‌اند. این قوانین با پذیرش اصل برابری کاربردی اطلاعات الکترونیکی، اسناد، امضا و برابری حقوقی قراردادهای الکترونیکی و

ش ۳۵، پاییز و زمستان ۱۳۸۵.

17. Directive on electronic signatures, *Official Journal of the European Communities*, Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures 1999.

18. Directive on Electronic Commerce, *Official Journal of the European Communities*, Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market. 2000.

۱۹. ر.ک: کریستینا هولتمارک رامبرگ، «دستورالعمل تجارت الکترونیکی و تشکیل قرارداد در چشم‌اندازی تطبیقی»، ترجمه مصطفی‌السان، *مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی*، ش ۲۰، ویژه حقوق، سال ششم، تابستان ۱۳۸۵.

۲۰. بند ۲ ماده ۹ دستورالعمل تجارت الکترونیک به دولت‌ها اجازه می‌دهد برخی از قراردادهای را از اصل برابری کاربردی استثناء کنند. بر این اساس، چهار نوع قرارداد زیر از شمول اصل برابری کاربردی اسناد الکترونیکی استثناء شده‌اند که دلیل برخی از آن‌ها روشن نیست: الف) قراردادهای راجع به انتقال حقوق راجع به اموال غیرمنقول بجز قرارداد اجاره؛ ب) قراردادهایی که انعقاد آن‌ها محتاج دخالت دادگاه است. علاوه بر ابهام موجود درخصوص نوع این قراردادها، دلیل خاصی نیز برای استثناء شدن این نوع قراردادها ذکر نشده است؛ ج) قراردادهای ضمانت؛ د) قراردادهای مربوط به حقوق خانواده.

۲۱. ماده ۹ دستورالعمل تجارت الکترونیک به استثنای موارد مندرج در بند ۲، «اصل برابری کاربردی اسناد الکترونیکی» را پذیرفته است. ماده ۵ دستورالعمل امضای الکترونیکی نیز مبین پذیرش اصل برابری کاربردی برای اسناد الکترونیکی در قراردادهای رسمی و غیررسمی است.

۲۲. یوسیتا مخفف Uniform Computer Information Transaction Act به معنای قانون متحدالشکل معاملات اطلاعات رایانه‌ای است که قراردادهای و معاملات راجع به فناوری کامپیوتری، نظیر قرارداد راجع به خرید یک نرم افزار را شامل می‌شود، هر چند که این قراردادها می‌توانند به شکل الکترونیکی یا کاغذی منعقد شوند. بنابراین، یوسیتا راجع به معاملات فناوری اطلاعات بوده، مختص انعقاد قراردادهای الکترونیکی نیست؛ ولی یوتا که مخفف Uniform Electronic Transaction Act و به معنای قانون متحدالشکل معاملات الکترونیکی است، صرفاً شامل معاملات الکترونیکی می‌شود. متن این قوانین در نشانی زیر قابل دستیابی است:

<http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ucita/2002final.pdf>; <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/ueta99.pdf>

اصل بی‌طرفی فنی، انعقاد قرارداد را با سابقه الکترونیکی و امضای الکترونیکی به رسمیت شناخته‌اند.^{۲۳} قانون تجارت الکترونیک ایران نیز با شناسایی و اعتباربخشی حقوقی به داده پیام‌های الکترونیکی، اصل برابری کاربردی داده پیام با نوشته را مورد پذیرش قرار داده است^{۲۴} و مقرر می‌دارد: «هرگاه قانون لازم بداند که اطلاعات به صورت اصل، ارائه یا نگهداری شود، این امر با نگهداری و ارائه اطلاعات به صورت داده‌پیام نیز با وجود شرایطی امکان‌پذیر است».^{۲۵} این قانون همچنین با پذیرش امضای الکترونیکی در موارد لزوم وجود امضا، اصل اعتبار امضای الکترونیکی را پذیرفته^{۲۶} و با قبول این که اسناد و ادله اثبات دعوا ممکن است به صورت داده‌پیام باشند، محاکم و ادارات دولتی را مکلف به اعطای ارزش اثباتی به داده‌پیام کرده و بدین ترتیب با این رویکرد، اصل برابری اعتبار ادله الکترونیکی با سایر ادله اثبات را پذیرفته است.^{۲۷} لذا داده‌پیام‌هایی که به طریق مطمئن ایجاد و نگهداری شده‌اند، از حیث محتویات و امضای مندرج در آن، منبع تعهدات طرفین یا طرف متعهد و قائم مقام قانونی آن‌ها محسوب می‌شوند و در نتیجه به لحاظ اجرا و سایر آثار، در حکم اسناد معتبر و قابل استناد در مراجع قضایی و حقوقی هستند.^{۲۸}

۲. قانون قابل اعمال بر شکل تعهدات قراردادی الکترونیکی

رویکرد قانونگذاری در زمینه شکل قراردادهای الکترونیکی، ناظر بر حذف شرایط شکلی است که منجر به تمایز بین قراردادهای الکترونیکی و قراردادهای کاغذی می‌شود، مگر این که حذف شرایط شکلی منجر به از بین رفتن فلسفه وضع آن شرط شکلی شود. قانون نمونه در خصوص شرایط شکلی، روش برابری کاربردی را به کار گرفته است. روش برابری کاربردی شکلی، یعنی «با مدنظر قراردادن اهداف و کاربردهای شرایط شکلی در قراردادهای کاغذی، تشخیص دهیم چگونه این اهداف و کارکردها می‌توانند از طریق فناوری‌های تجارت الکترونیک محقق شوند».^{۲۹} هدف این روش، شناسایی حقوقی اسناد الکترونیکی همانند اسناد کاغذی است. قانون نمونه، ارتباطات الکترونیکی (داده‌پیام) را صرف نظر از شکل آن به رسمیت می‌شناسد و مقرر می‌دارد: «به صرف این که ارتباطات به شکل داده‌پیام است نباید از اعطای اثر حقوقی و اجرایی به آن

۲۳. بر اساس یوتا «صرف الکترونیکی بودن، مانع از اعطای اثر حقوقی به آن نیست» و «اگر قانون، کتبی بودن سندی را ضروری بداند آن شرط از طریق ارتباط الکترونیکی نیز قابل تحقق است». همچنین «اگر قانونی امضا را ضروری بداند، امضای الکترونیکی نیز آن شرط را محقق خواهد ساخت».

۲۴. رک: نوری، مسعود، «اصول حقوقی تجارت الکترونیک با تأکید بر قانون تجارت الکترونیک ایران»، مجله حوزه و دانشگاه، ش ۴۴، پاییز ۱۳۸۴.

۲۵. قانون تجارت الکترونیک ۱۳۸۲، ماده ۸.

۲۶. قانون تجارت الکترونیک ۱۳۸۲، ماده ۷ و ۱۰.

۲۷. قانون تجارت الکترونیک ۱۳۸۲، ماده ۱۲.

۲۸. قانون تجارت الکترونیک ۱۳۸۲، ماده ۱۴.

۲۹. چارلز اچ مارتین، پیشین، ص ۳۵۷.

خودداری کرد».^{۳۰} بنابراین اگر ارتباطات الکترونیکی سابقه‌ای با دوام و قابل دسترس برای مراجعات بعدی ایجاد کنند، شرایط شکلی راجع به نوشته محقق خواهد شد. علاوه بر این روش، برابری کاربردی در امضا نیز مورد پذیرش قانون نمونه قرار گرفته و بر این اساس در مواردی که قانون امضای شخص را ضروری می‌داند، آن امضا می‌تواند از طریق داده‌پیام محقق شود، مشروط بر این که امضا به گونه‌ای باشد که بیانگر هویت فرد و تأیید محتوای داده‌پیام باشد.^{۳۱} همچنین اگر قانون لازم بداند که اطلاعات به صورت اصل ارائه یا نگهداری شوند، این امر با نگهداری و ارائه اطلاعات به صورت داده پیام نیز امکان‌پذیر است. بنابراین، برابری کاربردی نوشته و امضا، تبعیض بین اسناد الکترونیکی و اسناد کاغذی از لحاظ شرایط شکلی را از بین برده است.^{۳۲}

کنوانسیون استفاده از نشانه‌های الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی نیز با پذیرش اصل برابری کاربردی و اصل آزادی طرفین در تعیین شکل قرارداد، هیچ‌گونه شکل خاصی را برای قراردادهای الکترونیکی تحمیل نمی‌کند و مصادیق شرایط شکلی نظیر امضا، نوشته و اصالت را با داده‌پیام نیز قابل تحقق می‌داند، مشروط بر این که داده‌پیام بتواند کارکرد و فلسفه وضع آن شرط شکلی را محقق ساخته، یک سابقه پایدار نیز برای مراجعات بعدی ایجاد کند.^{۳۳}

اتحادیه اروپا نیز حذف شرایط شکلی را که منجر به ابهام در اعتبار قراردادهای الکترونیکی و ایجاد مانع در انعقاد آن‌ها می‌شود ضروری دانسته،^{۳۴} با تصویب دستورالعمل تجارت الکترونیک، تمامی دول عضو را مکلف کرده است در نظام حقوقی خود انعقاد قراردادهای الکترونیکی را به رسمیت بشناسند و الزامات قانونی آن‌ها در خصوص انعقاد قراردادها، مانعی برای انعقاد قرارداد به شکل الکترونیکی و اعطای اعتبار حقوقی و اجرایی به قراردادهای الکترونیکی ایجاد نکند.^{۳۵}

دولت‌های عضو برای اجرای این تکلیف دو روش متفاوت، شامل روش بیطرفی فنی (واسطه‌ها) و روش حذف تدریجی موانع شکلی را اتخاذ کرده‌اند. در روش بی‌طرفی فنی (واسطه‌ها)، اصل بر این است که ارتباطات الکترونیکی برای تحقق شرایط شکلی اعم از نوشته، امضا و اصالت قرارداد کفایت می‌کند، مگر

۳۰. قانون نمونه تجارت الکترونیک ۱۹۹۶، ماده ۵.

۳۱. شرایط پذیرش امضای الکترونیکی در قراردادهای الکترونیکی بین‌المللی و کارکردهای امضا در متن تفسیری کنوانسیون استفاده از نشانه‌های الکترونیکی به‌طور تفصیلی مورد بررسی قرار گرفته است. ر.ک:

United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, Draft Resolution II, 2005, p. 51, http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf

۳۲. قانون نمونه تجارت الکترونیک ۱۹۹۶، مواد ۶ و ۷ و ۸.

۳۳. کنوانسیون استفاده از نشانه‌های الکترونیکی در قراردادهای الکترونیکی، ۲۰۰۵، ماده ۶.

34. Poyton Da, *Electronic contracts: an analysis of the law applicable to electronic contracts in England and Wales and its Role in facilitating the growth of electronics*, author university, PhD, 2004, p. 143.

35. Electronic Commerce Directive, *op.cit.*, Art. 9.

این که قانونگذار صراحتاً به شکل دیگری مقرر کرده باشد. ولی در روش حذف تدریجی، قانونگذار قوانینی را که مانعی در جهت انعقاد قراردادهای الکترونیک ایجاد می‌کنند، به‌طور تدریجی حذف یا اصلاح می‌کند. ولی چون اکثر دولت‌ها متمایل به حذف سریع موانع انعقاد قرارداد الکترونیک هستند، غالباً روش بی‌طرفی فنی (واسطه‌ها) را انتخاب و صرفاً قراردادهای خاصی را از شمول این حکم خارج کرده‌اند.^{۳۶}

رویکرد قانونگذاری در ایالات متحده نیز برداشتن موانع تجارت الکترونیک و اعتبار بخشی به اسناد و سوابق و امضاهای الکترونیکی است،^{۳۷} اما استثنائات آن گسترده‌تر از سایر نظام‌های حقوقی است.^{۳۸} در حقوق ایران نیز اسناد مالکیت اموال غیرمنقول، فروش مواد دارویی به مصرف‌کنندگان نهایی، اعلام و اخطار، هشدار و یا عبارات مشابهی که دستور خاصی برای استفاده کالا صادر می‌کنند و یا از به‌کارگیری روش‌های خاص به صورت فعل و یا ترک فعل منع می‌کنند، از شمول قاعده کلی برابری داده‌پیمای با نوشته کتبی خارج شده‌اند.^{۳۹} بنابراین، علی‌رغم این که قوانین مختلف اصولاً به حذف تشریفات شکلی انعقاد قرارداد الکترونیک گرایش دارند، ولی از آن‌جا که معامله در محیط مجازی نیازمند امنیت حقوقی است، غالباً برای انعقاد قرارداد، شرایط شکلی حداقلی نظیر رضایت مصرف‌کننده به طی فرایند به شکل الکترونیکی،^{۴۰} الزام به ارائه اطلاعات مقدماتی،^{۴۱} و قابلیت ذخیره‌سازی شرایط قرارداد^{۴۲} وضع شده است و رعایت آن‌ها برای انعقاد قرارداد ضرورت دارد. بر این اساس، تأمین‌کننده ملزم است اقداماتی انجام دهد که مصرف‌کننده بدون هیچ تردید مبادرت به انعقاد قرارداد الکترونیک کند.^{۴۳} رویکرد کشورها و نهادهای بین‌المللی، بیانگر پذیرش رویکرد حذف شرایط شکلی در برخورد با شرایط شکلی در قراردادهای الکترونیک است. اگرچه به حکم

۳۶. طبق بند ۲ ماده ۹ دستورالعمل تجارت الکترونیک، قراردادهای ذیل از طریق الکترونیکی قابل انعقاد نیستند: الف) قراردادهای راجع به انتقال حقوق مربوط به اموال غیرمنقول بجز قرارداد اجاره؛ ب) قراردادهایی که انعقاد آن‌ها محتاج دخالت دادگاه است؛ ج) قراردادهای ضمانت؛ د) قراردادهای مربوط به حقوق خانواده. ر.ک:

Electronic Commerce Directive, *op.cit.*, Art. 9; Poyton. DA, *op.cit.*, p. 144.

37. UETA, *op.cit.*, § 7[b].

۳۸. سیلویا م. رکودو، پیشین، ص ۱۸۸.

۳۹. قانون تجارت الکترونیکی، ۱۳۸۲، ماده ۶.

۴۰. ماده ۳۶ قانون تجارت الکترونیک و بند ۲ ماده ۸ کنوانسیون استفاده از نشانه‌های الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی. برای بررسی دلیل درج این تکلیف در کنوانسیون، ر.ک:

United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, *op.cit.*, p. 47

۴۱. مواد ۳۵ و ۳۴ قانون تجارت الکترونیک ایران و ماده ۷ کنوانسیون استفاده از نشانه‌های الکترونیک در قراردادهای بین‌المللی و بند ۱ ماده ۱۰ دستورالعمل تجارت الکترونیک اتحادیه اروپا.

۴۲. بند ۳ ماده ۱۰ دستورالعمل تجارت الکترونیک اتحادیه اروپا و ماده ۳۵ قانون تجارت الکترونیک ایران.

۴۳. ماده ۱۰ دستورالعمل تجارت الکترونیک اتحادیه اروپا مقرر می‌دارد: «دول عضو باید تضمین کنند که افراد غیرمصرف‌کننده باید قبل از این که به عنوان گیرنده خدمات قرار گیرند اطلاعات ذیل را به صورت واضح و جامع و بدون ابهام ارائه کنند: الف) گام‌های فنی مختلف برای انعقاد قرارداد...».

ضرورت شناسایی در فضای مجازی و اعتمادسازی، برخی مقررات شکلی نظیر ارائه اطلاعات ضروری قبل از انعقاد قرارداد و ضرورت ایجاد سابقه پایدار، وضع شده‌اند.^{۴۴}

۳. عوامل ارتباطی تعیین قانون قابل اعمال بر قراردادهای الکترونیکی

سرعت بالا و فقدان مرزهای جغرافیایی، دو ویژگی مهم معاملات الکترونیکی است. لذا تجارت الکترونیک به راحتی از مرزهای سرزمینی فراتر می‌رود و بر این اساس، قراردادهای الکترونیکی بین‌المللی با ترکیبی از رژیم‌های حقوقی متعدد مواجه می‌شوند و این پرسش مطرح می‌شود که چگونه می‌توان دعاوی ناشی از این روابط قراردادی را به شکلی مؤثر و عادلانه حل و فصل کرد؟ پاسخ به این پرسش نیز از چالش‌های مهم حقوق بین‌الملل خصوصی است، زیرا پیروی از روش‌های متفاوت در کشورهای مختلف می‌تواند سبب تفاوت در سطح حمایت از ارتباطات الکترونیکی و در نتیجه بروز چالش در قابل اعتماد و اتکا بودن اسناد و قراردادهای الکترونیکی شود. لذا حقوق بین‌الملل خصوصی با چالش عدم شفافیت حقوقی در ارتباط با قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی مواجه است. بنابراین، حقوق بین‌الملل خصوصی موظف است یا قواعد تعارض قوانین جداگانه‌ای برای قراردادهای الکترونیکی وضع کند و یا نحوه به‌کارگیری قواعد تعارض قوانین مرسوم را در فضای مجازی باز تعریف کند. به همین دلیل، سازمان‌های بین‌المللی، منطقه‌ای و ملی اقداماتی در جهت نوسازی یا باز تعریف قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی انجام داده‌اند. جدیدترین تلاش جهانی در این خصوص، اقدامات کنفرانس لاهه در خصوص حقوق بین‌الملل خصوصی به منظور تدوین سند جدیدی در مورد انتخاب قانون حاکم در قراردادهای بین‌المللی است که با استفاده از تجارب قانونگذاری منطقه‌ای، نظیر کنوانسیون قانون حاکم بر تعهدات قراردادی جامعه اروپا، کنفرانس بین‌امریکایی در خصوص حقوق بین‌الملل خصوصی،^{۴۵} تجارب کمیسیون ملل متحد در خصوص حقوق تجارت بین‌الملل و مؤسسه بین‌المللی یکسان‌سازی حقوق بین‌الملل خصوصی^{۴۶} و افاق بازرگانی بین‌المللی صورت گرفته است.^{۴۷} رویکرد کلی پذیرش اصل حاکمیت اراده در روابط قراردادی در سطح بین‌المللی، منجر به قابل پیش‌بینی بودن صلاحیت و قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی می‌شود. پس هدف اصلی، تقویت اصل حاکمیت اراده در قراردادهای بین‌المللی است. این روش می‌تواند منجر به نوسازی قواعد تعارض قوانین برای اعمال در قراردادهای الکترونیکی بین‌المللی شود.

۴۴. ماده ۳۵ قانون تجارت الکترونیک ایران و بند ۱ ماده ۱۰ دستورالعمل تجارت الکترونیک اتحادیه اروپا.

۴۵. Inter-American Specialized Conferences on Private International Law.

۴۶. International Institute for the Unification of Private Law.

۴۷. Faye Fangfei Wang, *Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal Practices in the EU, US and China*, Cambridge University Press, 2009, p. 8.

آنستیرال نیز تلاش وسیعی در زمینه نو و یکسان سازی قواعد تجارت بین الملل کرده که مهم ترین آن تدوین کنوانسیون ملل متحد در خصوص استفاده از نشانه های الکترونیکی در قراردادهای بین المللی به عنوان سند تکمیل کننده کنوانسیون ملل متحد در مورد قراردادهای فروش بین المللی مصوب ۱۹۸۰ است.^{۴۸} این اقدام، منجر به افزایش شفافیت حقوقی در زمینه اعتبار قراردادهای الکترونیکی بین المللی و کمک به تعیین مکان طرفین در فضای مجازی شده؛ امری که مهم ترین عامل ارتباطی برای تعیین صلاحیت و انتخاب قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی بین المللی است.

در اتحادیه اروپا آیین نامه بروکسل ۱، در سال ۲۰۰۹ از سوی کمیسیون اروپا و به منظور نوسازی قواعد آن در جهت پاسخ به چالش های فضای مجازی، مورد بازنگری قرار گرفت تا ضمن یکسان سازی قواعد تعارض صلاحیت در زمینه موضوعات مدنی و تجاری و ساده سازی تشریفات دادرسی و شناسایی ساده و سریع اجرای احکام صادر شده در دول عضو، پاسخی نیز به این چالش جدید باشد.^{۴۹}

اتحادیه اروپا در سال ۲۰۰۸ با بازنگری در کنوانسیون قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی (رم ۱۹۸۰)، آیین نامه رم ۱ را تصویب کرده بود که در دسامبر ۲۰۰۹ لازم الاجرا شد.^{۵۰} رویکرد کلی آیین نامه رم ۱ تقویت اصل حاکمیت اراده و ارائه قواعد سازگار و قابل انطباق بر فضای مجازی در صورت عدم انتخاب از سوی طرفین است.

در ایالات متحده نیز اگر چه مجموعه مدونی در خصوص حقوق بین الملل خصوصی وجود ندارد،^{۵۱} ولی دستورالعمل ارشادی دوم در خصوص تعارض قوانین و قانون متحدالشکل تجاری، واجد قواعد کلی در رابطه با صلاحیت و انتخاب قانون است. علاوه بر این، رویه قضایی پرباری درباره دعاوی مرتبط با معاملات الکترونیکی در ایالات متحده وجود دارد. اصول و قواعد تعارض قوانین که در این پرونده ها اعمال شده اند، روش ها و منابع ارزشمندی را برای قانونگذاران ملی، منطقه ای و بین المللی فراهم کرده اند. از جمله مهم ترین روش های تعارض قوانین و صلاحیت در فضای مجازی در ایالات متحده، معیار «حداقل تماس»،^{۵۲} «میزان

48. [“CISG”], UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 11 April 1980, UNCITRAL, available at: www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/CISG.pdf, last visited 2009.

49. Brussels I Regulation, Council Regulation [EC] No. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 012, 16.01.2000 P. 1–23, available at eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R0044:EN:HTML, last visited 2011.

50. Rome I Regulation, Regulation [EC] No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations, OJ L 177, P. 6–16, available at: eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ; last visited 04.07.2008.

51. Symeon C. Symeonides, “Choice of Law in the American Courts in 2008 Twenty-Second Annual Survey”, *American Journal of Comparative Law* (2009).

52. minimum contact

فعالیت»^{۵۳} و «روش هدف‌گیری»^{۵۴} است که در پاسخ به چالش‌های حقوقی ناشی از فناوری اطلاعات به کار می‌روند.^{۵۵}

کنفرانس بین‌المللی حقوق بین‌الملل خصوصی نیز یکسان‌سازی قواعد تعارض قوانین در قراردادهای مصرف‌کننده و تدوین قواعدی برای حل و فصل دعاوی به منظور حمایت از مصرف‌کننده را تحت عنوان «پیش‌نویس قانون نمونه راجع به صلاحیت و قانون حاکم بر قراردادهای مصرف‌کننده»^{۵۶} و «پیش‌نویس قانون نمونه برای داوری الکترونیکی در خصوص دعاوی فرامرزی مصرف‌کنندگان» در دست بررسی دارد.^{۵۷} این پیش‌نویس‌ها گام مؤثری برای وضع یک چارچوب حقوقی متحدالشکل، مؤثر، عادلانه و قابل پیش‌بینی در حل و فصل دعاوی مرتبط با قراردادهای مصرف‌کننده فرامرزی، از جمله قراردادهای الکترونیکی به شمار می‌روند.

قانون تجارت الکترونیک ایران فاقد مقررات خاصی درباره تعیین قانون حاکم در قراردادهای الکترونیکی است.^{۵۸} بنابراین در این خصوص باید قواعد تعارض قوانین مندرج در قانون مدنی را اعمال کرد.^{۵۹} با این حال در مواد ۳۳ تا ۴۹ قانون تجارت الکترونیک به طور تفصیلی برخی قواعد حمایتی برای حفظ حقوق مصرف‌کننده در محیط الکترونیکی وضع شده است. طبق این مواد، اجرای حقوق مصرف‌کننده به موجب این قانون نباید براساس

53. sliding scale

54. targeting

۵۵. برای بررسی مفهوم و مبنای وضع این معیارها و نحوه اعمال آن‌ها در فضای مجازی، ر.ک: فای فنکفی ونگ، «صلاحیت قضایی در دعاوی ناشی از قراردادهای اینترنتی، بررسی حقوق اتحادیه اروپا و ایالات متحده»، ترجمه عباس کریمی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، ش ۱۰۱، بهار ۸۹، ص ۲۵۱. همچنین:

Tricia Leigh Gray, "Minimum Contacts in Cyberspace: The Classic Jurisdiction Analysis in a New Setting", *Journal of High Technology law*, Vol. 1, No. 1, 2002, p. 85; Earl Warren, "Hanson v. Denckla, bullseye!: why a "targeting" approach to personal jurisdiction in the E-Commerce context makes sense internationally", *emroy international law review*, Vol. 20, p. 259; Julia Alpert Gladstone, "Determining Jurisdiction in Cyberspace: the 'Zippo' Test of the 'Effects' Test?", *Paper Presented to the informing Science, information Technology Education Joint Conference*, Pori, Finland, June 24-27, 2003, available online at: <http://ecommerce.lebow.drexel.edu/eli/2003proceedings/docs/029glads.pdf> last visited 2011.

۵۶. این پیش‌نویس بدو با عنوان "Draft of Proposal for a Model Law on Jurisdiction and Applicable Law for Consumer Contracts" مطرح شد و سپس عنوان آن به "Model Law on Government Redress for Consumers Including Across Borders" تغییر پیدا کرد. متن این پیش‌نویس در نشانی ذیل قابل دستیابی است:

www.oas.org/dil/Draft_of_proposal_for_a_Model_Law_on_Jurisdiction_and_Applicable_Law_for_Consumer-contracts-Canada.pdf

57. Draft 2010,(a)[Model Law/Cooperative Framework] for Electronic Resolution of Cross Border E-Commerce/ retrieved from www.oas.org/dil/Legislative_Guidelines_for_Inter-American_Law_on_Availability_of_Consumer_Dispute_Resolution_Annex_B_United_States.pdf last visited 2011

۵۸. قانون تجارت الکترونیک ۱۳۸۲، ماده ۷۷.

۵۹. صادقی، محسن، «مطالعه تطبیقی تعیین مرجع صالح رسیدگی به دعاوی حقوقی نقض اسرار تجاری در فضای دیجیتال»، فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، ش ۵۵، تابستان ۱۳۸۹، ص ۶۵.

❖ ۲۷۴ / شماره چهل و چهار / بهار - تابستان ۱۳۹۰

سایر قوانین که حمایت ضعیف‌تری اعمال می‌کنند، متوقف شود. ضمن این که استفاده از شروط قراردادی مغایر با مقررات این قانون و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده، فاقد هرگونه اثر حقوقی است.^{۶۰} بنابراین، در صورتی که قانون منتخب، حمایت‌های کم‌تری از مصرف‌کننده نسبت به قانون ایران قائل باشد، امکان توافق خصوصی با شخص مصرف‌کننده در تعیین قانون حاکم غیر از قانون ایران وجود نخواهد داشت.^{۶۱} بنابراین قانون تجارت الکترونیک ایران، اصل کشور مقصد و اصل صلاحیت حمایتی را به عنوان یک قاعده تعارض قوانین در قراردادهای الکترونیکی پذیرفته است. این رویکرد بیانگر تحدید بیش‌تر عامل ذهنی تعیین صلاحیت در تعیین قانون حاکم در حقوق ایران است که با سیاست قابلیت پیش‌بینی^{۶۲} قانون حاکم از طریق تقویت اصل حاکمیت اراده و پذیرش شرط گزینش قانون حاکم در قراردادهای الکترونیکی بین‌المللی، منافات دارد. بنابراین، اصل بر این است که قانون ایران بر قراردادهای الکترونیکی مصرف‌کننده حاکم است، مگر این که طرفین قرارداد برخلاف آن توافق کرده باشند و قانون منتخب نیز در مقایسه با قانون ایران حمایت‌های کم‌تری برای مصرف‌کننده قائل نشده باشد.^{۶۳} در خصوص سایر قراردادهای الکترونیکی، عامل ارتباط عینی برای تعیین قانون حاکم، محل وقوع عقد است.^{۶۴} از این رو، تعیین محل انعقاد قراردادهای الکترونیکی، نقش عمده‌ای در تعیین قانون حاکم و حقوق و تکالیف طرفین قرارداد دارد.

محل انعقاد عقد الکترونیک مکان ارسال قبولی است. ارسال نیز زمانی صورت می‌گیرد که قبولی از سیستم رایانه‌ای قبول‌کننده خارج شود.^{۶۵} بنابراین، قانون محل اقامت ارسال‌کننده قبولی بر تعهدات ناشی از قرارداد حاکم است. قانون تجارت الکترونیک، همانند کنوانسیون استفاده از نشانه‌های الکترونیکی، مبنای کار را در تشخیص محل ارسال، محل تجاری یا کاری اصل‌ساز دانسته است و اگر اصل‌ساز، محل تجاری یا کاری نداشته باشد، در این صورت، اقامتگاه قانونی وی ملاک خواهد بود.^{۶۶} منطوق قانون تجارت الکترونیک به‌گونه‌ای است که محل تجاری یا کاری، متفاوت از اقامتگاه قانونی شخص است که این چندان صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا وفق ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی، اصل بر این است که محل سکونت شخص اقامتگاه وی است، مگر این که دارای امور مهم نیز باشد که در آن صورت، مرکز امور مهم، اقامتگاه وی تلقی می‌شود که در واقع، همان محل تجاری یا کاری است. در نتیجه، مهم‌ترین عامل در تعیین قانون حاکم بر قراردادهای

۶۰. قانون تجارت الکترونیک ۱۳۸۲، مواد ۴۵ و ۴۶.

۶۱. السان، مصطفی، «بررسی نحوه تعیین قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی»، پژوهش حقوق و سیاست، ش ۱۹، ص ۱۶۲.

۶۲. کنوانسیون استفاده از نشانه‌های الکترونیک در قراردادهای بین‌المللی، ۲۰۰۵، (مقدمه).

۶۳. السان مصطفی، پیشین، ص ۱۷۱ و قانون تجارت الکترونیک ۱۳۸۲، مواد ۴۵ و ۲۶ و ۲۳.

۶۴. قانون مدنی ایران، ماده ۹۶۸.

۶۵. قانون تجارت الکترونیک ۱۳۸۲، ماده ۲۶.

۶۶. قانون تجارت الکترونیک ۱۳۸۲، بند «الف» و «ج» ماده ۲۹ و کنوانسیون استفاده از نشانه‌های الکترونیک در قراردادهای بین‌المللی، ۲۰۰۵، بند ۳.

الکترونیکی غیر از قراردادهای مصرف‌کننده، عامل ارتباطی محل ارسال قبولی است.

نتیجه‌گیری

یافته‌ها بیانگر این است که در زمینه قواعد ماهوی، اصول بی‌طرفی فنی و برابری کاربردی، مبنای وضع قوانین ماهیتی حاکم بر قراردادهای الکترونیک قرار گرفته‌اند تا از این طریق، شخص متوجه شود که تغییر عنصر سازنده قرارداد، تغییری در رژیم حقوقی حاکم بر آن ایجاد نمی‌کند و قرارداد الکترونیک نیز از همان حمایت‌های قراردادهای سنتی برخوردار است. رویکرد کشورها و نهادهای بین‌المللی بیانگر پذیرش رویکرد حذف شرایط شکلی، در برخورد با شرایط شکلی در قراردادهای الکترونیکی است. با این حال و به حکم ضرورت شناسایی در فضای مجازی و اعتمادسازی، برخی مقررات شکلی نظیر ارائه اطلاعات ضروری قبل از انعقاد قرارداد و ضرورت وجود سابقه پایدار همچنان پابرجا هستند. در زمینه قواعد تعارض قوانین نیز رویکرد جهانی و منطقه‌ای، اعمال قواعد مرسوم در فضای مجازی است و از وضع عوامل ارتباطی جداگانه برای تعیین قانون حاکم در این فضا و ایجاد دو نظام حقوقی جداگانه خودداری شده است؛ ولی رویکرد اصلی؛ قابلیت پیش‌بینی صلاحیت و قانون حاکم از طریق تقویت اصل حاکمیت اراده است. بنابراین، همان قواعد تعارض قوانین مرسوم برای تعیین قانون ماهوی حاکم بر این نوع قراردادها اعمال می‌شود، اما چون قواعد سنتی تعیین قانون حاکم بر مبنای اصل تقرب فیزیکی بین قانون حاکم و قرارداد وضع شده و مبنای احراز این تقرب نیز عوامل ارتباطی مبتنی بر مکان فیزیکی است، اعمال این عوامل ارتباطی در فضای مجازی برای احراز اصل تقرب و در نتیجه تعیین قانون حاکم، به لحاظ تفاوت ماهوی بین فضای مادی و مجازی (عدم وجود مکان در فضای مجازی) با مشکلاتی مواجه است.

بنابراین اگرچه فناوری‌های اطلاعاتی چالش‌های متعددی را در قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی (تعارض قوانین) به دنبال داشته، ولی منجر به وضع رژیم حقوقی جداگانه‌ای برای قراردادهای الکترونیکی در فضای مجازی نشده‌اند. رویکرد کشورها نیز حاکی از انطباق قواعد حقوقی موجود بر اعمال حقوقی فضای مجازی است. بر این اساس با پذیرش اصل برابری کاربردی و بیطرفی فنی به عنوان مبنای وضع قوانین حاکم بر قراردادهای الکترونیک، همان قوانین ماهوی حاکم بر قراردادهای کاغذی بر قراردادهای الکترونیک نیز قابل اعمال است.

در زمینه شکل قراردادها با پذیرش اصل آزادی طرفین در انتخاب شکل قرارداد، به عنوان مبنای قانونگذاری در این خصوص، هیچ‌گونه شکل خاصی برای قراردادهای الکترونیکی پیش‌بینی نشده است، ولی به لحاظ ویژگی‌های خاص محیط الکترونیکی و به منظور قابلیت انتساب اعمال حقوقی، برخی الزامات شکلی حداقلی وضع شده‌اند. در زمینه قواعد تعارض قوانین نیز اگر چه نظام‌های حقوقی، عوامل ارتباطی جدیدی برای اعمال در فضای مجازی تعیین نکرده‌اند، ولی در جهت انطباق آن بر این محیط، مبادرت به بازتعریف عوامل ارتباطی و به تبع آن نوسازی قواعد تعیین قانون حاکم کرده‌اند.

فهرست منابع

الف) فارسی

۱. آهنی، بتول، «انعقاد قراردادهای الکترونیکی»، *ندای صادق*، سال نهم، تابستان و پائیز ۱۳۸۳، ش ۳۴-۳۵.
۲. بناء نیاسری، ماشاءاله، «تشکیل قرارداد در فضای سایبر»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، سال پنجم، ش ۹، بهار- تابستان ۱۳۸۵.
۳. پاول پولانسکی، «انعقاد قراردادهای الکترونیکی بین‌المللی در جدیدترین کنوانسیون سازمان ملل متحد»، ترجمه میرحسین کاویار، *مجله حقوقی بین‌المللی*، ش ۳۹.
۴. توماس جی. اسمندینگاف، «قواعد ضروری جهت اعتبار تعاملات الکترونیکی در عرصه جهانی»، ترجمه مصطفی بختیاروند، *مجله حقوقی بین‌المللی*، ش ۳۸.
۵. جنیفر ای هیل، «آینده قراردادهای الکترونیکی در عرصه بین‌الملل: خلأها و گریزهای ذاتی کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به بیع بین‌المللی کالا»، ترجمه مصطفی السان و زینب کنعانی، *مجله حقوقی بین‌المللی*، ش ۳۵، پائیز و زمستان ۱۳۸۵.
۶. چارلز اچ مارتین، «کنوانسیون قراردادهای الکترونیکی آنسیترال»، ترجمه علی رضائی، *مجله تحقیقات حقوقی*، ش ۴۷، تابستان ۸۷.
۷. السان، مصطفی، «تشکیل قراردادهای الکترونیکی»، *فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی*، ش ۳۶، پائیز ۱۳۸۴.
۸. السان، مصطفی، «بررسی نحوه تعیین قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی»، *پژوهش حقوقی و سیاست*، ش ۱۹.
۹. سیلویا م. رکودو، «رویکرد نظام حقوقی ایالات متحده امریکا و اروپا به تشکیل قراردادهای الکترونیکی»، ترجمه ابراهیم نوشادی، *ویژه نامه مجله حقوقی بین‌المللی*، زمستان ۱۳۸۹.
۱۰. فای فنگفی ونگ، «صلاحیت قضایی در دعاوی ناشی از قراردادهای اینترنتی، بررسی حقوق اتحادیه اروپا و ایالات متحده»، ترجمه عباس کریمی، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دوره ۴۰، ش ۱۰۱، بهار ۸۹.
۱۱. کریستینا هولتمارک رامبرگ، «دستورالعمل تجارت الکترونیکی و تشکیل قرارداد در چشم‌اندازی تطبیقی»، ترجمه مصطفی السان، *مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی*، ش ۲۰، سال ششم، تابستان ۱۳۸۵.

۱۲. نیکبخت، حمید رضا، «تعارض قوانین در قراردادهای (قانون حاکم بر تعهدات قراردادی و اصل حاکمیت اراده)»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۳۲، ۱۳۸۴.

پایان نامه

۱۳. آقازاده دیزجی حمید، بررسی حقوقی کنوانسیون ۲۰۰۵ سازمان ملل متحد درباره استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی، پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق بین‌الملل، مرداد ۱۳۸۹.

ب) انگلیسی

1. Faye Fangfei Wang, *Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal Practices in the EU, US And China*, Cambridge University Press.
2. Andrew D. Murray, "Regulating Electronic Contracts: Comparing the European and North American Approaches", 2 *Foro de Derecho Mercantil Revisit Internacional*, [2004]; Available at: http://works.bepress.com/andrew_murray/2,p1.
3. Andrew Murray, *Regulating E-commerce: Formal transactions in the digital age*, 14th BILETA conference, England, 1999. available online at: <http://bileta.ac.uk/99papers/murray.html>.
4. Christopher William Pappas, "Comparative U.S & EU approaches to E-commerce regulation: Jurisdiction, electronic contracts, electronic signatures and taxation", *Denver Journal of International Law and policy*, vol.31, Winter 2002, pp325-347Contracts_Canada.pdf.
5. David R. Johnson and David G. Post, "Law and Borders, The rise of law in cyberspace", 48 *Stan. L. Rev.*, 1367, 1996.
6. Earl Warren, "*Hanson v. Denckla*, bullseye!: why a "targeting" approach to personal jurisdiction in the E-Commerce context makes sense internationally", *emroy international law review*. Vol. 20 p. 259.
7. Farhan AL-Farhan, *Electronic contracts The Impact of the UNCITRAL Model Law on international legal systems Saudi Arabia information technology development from a legal perspective 2002*, available at: www.cailaw.org/academy/magazine/uncitral.pdf, last visited 2011.

8. Hisham Tahat, *Factors affecting E-commerce contract law*, University of Aberdeen April, 2005, Queen's University of Belfast April, 2005.
9. Ian Walden, "Regulating electronic commerce: Europe in the global Economy", *E.L.Rev.*, 2001, 26[6], 529-547.
10. Julia Alpert Gladstone, "Determining Jurisdiction in Cyberspace : the 'Zippo' Test of the 'Effects' Test?", *Paper Presented to the informing Science, information Technology Education Joint Conference*, Pori , Finland , June 24-27, 2003 , available online at: <http://ecommerce.lebow.drexel.edu/eli/2003proceedings/docs /029 glads.pdf> last visited 2011.
11. Murray, A. D. *Entering into Contracts Electronically: The Real W.W.W., Law and The Internet: A Framework for Electronic Commerce*, Lillian Edwards, C. W. ed., Oxford :Hart Publishing, 2000.
12. Paul Przemyslaw Polanski, *Convention on E-Contracting: The Rise of International Law of Electronic Commerce?*, Leon Kozminski Academy of Entrepreneurship and Management, 19th Bled e Conference eValues Bled, Slovenia, June 5 - 7, 2006. Pub. L. 106-229, 114 Stat. 464 [2000] [codified at 15 U.S.C. §§ 7001-7006, 7021, 7031].
13. Roger Browns Word and Gaint Howells, *Consumer Protection On the Internet, The impact of the information society on law*, available online at: <http://jsis.artsci.washington.edu/programs/europe/netconference/howekksppaer14/11/2004>.
14. Rosa Julia-Barceld, "a new legal framework for electronic contracts: the EU electronic commerce proposal", *Computer Law & Security Report*, Vol. 15 no. 3, 1999.
15. Samtani Anil & Harry SK Tan, *Legal, Regulatory and Policy Issues of E-Commerce in Asia*, available online at: <http://www.apdip.net/projects/2003/asian-forum/docs/papers/session7.pdf> .15/11/05.
16. Symeon C. Symeonides, "Choice of Law in the American Courts in 2008: Twenty-Second Annual Survey", *American Journal of Comparative Law* (2009).
17. Sylvia Mercado Kierkegaard, "E-Contract Formation: U.S. and EU Perspectives", 3 *Shidler J. L. Com. & Tech.* 12 (Feb. 14, 2007), at <http://www.lctjournal>.

washington.edu/Vol3/a012Kierkegaard.html.

18. Tricia Leigh Gray, "Minimum Contacts in Cyberspace: The Classic Jurisdiction Analysis in a New Setting", *Journal of High Technology Law*, Vol. 1, No. 1, 2002, p. 85.

19. W. Harry Thurlow, "Electronic Contracts in the United States and the European Union: Varying Approaches to the Elimination of Paper and Pen", *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 5.3 [November 2001], available at: <http://www.ejcl.org/53/art53-1.html>.

20. Poyton Da, *Electronic contracts: An Analysis of The Law Applicable to Electronic Contracts in England and Wales and its Role in Facilitating The Growth of Electronics*, author university, PhD 2004.

21. Draft Model Rules for Electronic Arbitration of Cross-Border Consumer Claims, CIDIP VII, draft / borrador 15 August 2008, available at: www.oas.org/dil/Legislative_Guidelines_for_Inter-

22. *Feasibility Study of the Choice of Law in International Contracts: Report on Work Carried Out and Suggested Work Programme for the Development of a Future Instrument*, Note prepared by the Permanent Bureau, Preliminary Document No 7 of March 2009, The Hague Conference on Private International Law, available at www.hcch.net/upload/wop/genaff2009pd07e.pdf.

23. Hague Convention on Choice of Court Agreements, concluded 30 June 2005, available at: www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=98.

24. Uniform Computer Information Transaction Act [2002] available at <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ucita/2002final.pdf>.

25. Uniform Electronic Transaction Act [1999] available at <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/UTA99.pdf>.

26. United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, Draft resolution II, 2005, http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf.

27. Draft of proposal for a Model Law on Jurisdiction and Applicable Law for Consumer Contracts, available at: <http://scm.oas.org/pdfs/2008/CP20891E02.pdf>, last visited 2011.

28. Rome I Regulation,-Regulation [EC]No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations OJ L 177, P. 6-16, available at: [eur-lex.europa.eu/ LexUriServ/ LexUriServ.do? uri=OJ](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ):last visited 04.07.2008.
29. Brussels I Regulation, - Council Regulation [EC] No. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters OJ L 012, 16.01.2000 P. 1-23, available at [eur-lex.europa.eu/ LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R0044:EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R0044:EN:HTML), last visited 2011.
30. [“CISG”], UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 11 April 1980, UNCITRAL, available at: [www.uncitral.org/pdf/ english/texts/ sales/cisg/ CISG.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/CISG.pdf) ,last visited 2009.
31. Directive on Electronic Commerce, *Official Journal of the European Communities*; Directive2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the InternalMarket, 2000.
32. Directive on electronic signatures, *Official Journal of the European Communities*, Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures, 1999.
33. Rotterdam Rules, UN Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, 2 February 2009, A/RES/63/122, available at: www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/res122e.pdf,last visited 2011.
34. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment, 1996, available at: <http://www.uncitral.org>United Nations. General Assembly Resolution 51/162.