

مجله مطالعات حقوق تطبیقی،

دوره ۴، شماره ۱،

بهار و تابستان ۱۳۹۲،

صفحات ۱۵۵ تا ۱۷۵

## بررسی تطبیقی قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی منعده در محیط اینترنت از منظر نظام‌های حقوقی آمریکا، اتحادیه اروپا و ایران

۱. دکتر همایون مافی\*

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه مازندران

۲. حسین کاویار

دانشگاه آزاد اسلامی، واحد میمه، باشگاه پژوهشگران جوان و نخبگان، میمه، ایران

تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۰۱/۱۸ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۰۴/۱۸

### چکیده

بعد از اینکه دادگاه صلاحیت خود را برای استماع دعوی احراز کرد، قسمت ماهوی دادرسی آغاز می‌شود. هرگاه دعوی مطرح شده دارای عامل (یا عوامل) بین‌المللی باشد، تعیین قانون حاکم اجتناب‌ناپذیر است. خصوصیت «بین‌المللی بودن» دعوی قراردادهای تجاری الکترونیکی در قیاس با دعوی تجاری بین‌المللی معمولی پیچیدگی بیشتری دارد. محیط اینترنت چالش‌ها و تغییراتی را در زمینه قانون حاکم بر قراردادهای منعقد شده در این فضا به وجود آورده است و با محیط فیزیکی تفاوت‌های فنی و حقوقی دارد. در این پژوهش قصد پاسخ به این سؤال را داریم که در یک اختلاف ناشی از قرارداد تجاری الکترونیکی، چه قانونی حاکم است و تأثیر اراده طرفین در تعیین این قانون تا چه میزان است؟ با وجود اهمیت این موضوع، بحث تعیین قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی منعقد شده در فضای مجازی اینترنت در ادبیات حقوقی ما چندان مورد توجه قرار نگرفته است. لذا این مقاله درصدد است تا با ملاحظه جدیدترین اسناد بین‌المللی و قوانین داخلی، به بررسی تطبیقی - تحلیلی رویکرد حقوق اتحادیه اروپا، آمریکا و همچنین ایران در خصوص تعیین قانون حاکم در قراردادهای الکترونیکی بپردازد.

### کلیدواژه‌گان:

بررسی تطبیقی، حل اختلافات، قانون حاکم، قانون نزدیک‌ترین ارتباط، قرارداد الکترونیکی.

### مقدمه

در موردی که دعوی ناشی از یک قرارداد با بیش از یک کشور مرتبط باشد، حل برخی موضوعات کلیدی ضروری است. این موضوعات عبارتند از: تعیین صلاحیت، تعیین قانون حاکم، و در نهایت شناسایی و اجرای احکام. حقوق بین‌الملل خصوصی در اغلب پرونده‌های راجع به این مسائل، اغلب بر اساس عوامل سرزمینی تصمیم‌گیری می‌کند. با وجود این، به دلیل ماهیت جهانی اینترنت، اجرای عوامل یاد شده و تعیین قطعی دادگاه صلاحیت‌دار (صلاحیت قضایی) و قانون اعمال شده (صلاحیت قانونی) بسیار دشوار است (اسلواکوا، ۱۳۸۹، ص ۱۵۳). فضای سایبر یک فضای دارای ساختمان غیرمشخص

hmynmafi@yahoo.com

\* نویسنده مسئول. فاکس: ۰۱۱۲۵۳۴۲۱۰۲

است که هیچ مکان جغرافیایی یا فیزیکی را اشغال نمی‌کند (Zekos, 2007, p. 1). تجارت الکترونیک این ادعا را ندارد که مسائل نوینی در مورد قانون حاکم عرضه کرده است. بخش عمده عقاید علمای حقوق در این زمینه، طی سده‌های گذشته و در جریان رشد تجارت و کشتی‌رانی بین‌المللی، تکامل یافته است. با این همه، در گذشته، صرفاً واردکنندگان، صادرکنندگان و شرکت‌های باربری با این مسائل روبرو بوده‌اند. در دنیای بی‌کران تجارت الکترونیکی، مسئله قانون حاکم، مسئله فراگیری است که همه تجارت آنلاین با آن مواجه‌اند (Chissick & Kelman, 2002, p. 126).

امروزه آنچه موضوع جدیدی شمرده می‌شود، این نیست که آیا می‌توان قانون حاکم بر یک قرارداد الکترونیکی را به اراده طرفین واگذار کرد یا خیر، زیرا چنین اختیاری از نتایج مسلم اصل حاکمیت اراده می‌باشد. بلکه سؤالات دیگری مطرح است که این انتخاب برای یک قرارداد در فضای مجازی چگونه صورت می‌گیرد؟ و در صورتی که طرفین سکوت اختیار کرده باشند، وضعیت قانون حاکم بر چنین قراردادی چگونه است و به چه شیوه‌ای قابل تعیین است؟ نظام‌های حقوقی چه عوامل ارتباطی را مبنای تعیین قانون حاکم در قرارداد الکترونیکی قرار داده‌اند؟ و آیا رویکرد آن‌ها منطبق با ماهیت منحصربه‌فرد اینترنت است یا نظم حقوقی جدیدی در این زمینه وجود دارد؟

در راستای پاسخ به این سؤالات، مقاله حاضر به بررسی تطبیقی این موضوع در نظام حقوقی آمریکا و اتحادیه اروپا و ایران می‌پردازد. در شروع بحث به تبیین مفاهیم می‌پردازیم، سپس اهمیت قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی مورد مطالعه قرار می‌گیرد. در قسمت‌های بعدی به ترتیب رویکرد حقوق آمریکا، حقوق اروپا و حقوق ایران را بررسی می‌کنیم.

## ۱. مفاهیم

قبل از ورود به بحث اصلی، مناسب است تا مفهوم قانون حاکم و قرارداد الکترونیکی تبیین شود:

### ۱.۱ قانون حاکم

منظور از قانون حاکم، نظامی حقوقی است که قرارداد در چارچوب آن به وجود می‌آید و اعتبار و نفوذ قرارداد برگرفته از آن است و الفاظ و عبارات قرارداد به موجب آن تفسیر، و اجرای حقوق و ایفای تعهداتی که محتوای توافق‌نامه را تشکیل می‌دهد، بر اساس آن صورت می‌گیرد. از سوی دیگر، موضوعاتی نظیر آثار و احکام و التزامات و مسئولیت‌های قرارداد در مورد عدم انجام تعهد، مشمول آن بوده و در موارد اجمال و ابهام قرارداد یا سکوت طرفین قرارداد، جانشین اراده متعاقدين شده و مکمل مقررات قرارداد می‌شود. به عبارت دیگر، هدف قانون حاکم، تعیین قواعد حقوقی ناظر بر حل و فصل دعواست (مافی، ۱۳۸۷، ص ۱۹۷؛ همچنین ر.ک. سماواتی، ۱۳۷۷، ص ۲۸۶).

### ۲.۱ قرارداد الکترونیکی

هر قرارداد متشکل از دو جزء است: ایجاب و قبول. برخلاف نظر برخی (Freedman, 2000, p. 7) اصولاً انعقاد قرارداد در محیط الکترونیکی از لحاظ ماهیت تفاوت چندانی با انعقاد قرارداد سنتی ندارد و چنین قراردادی مفاهیم سنتی قواعد عمومی قراردادها را به

چالش نکشیده است.<sup>۱</sup> بنابراین میتوان قرارداد الکترونیکی را چنین تعریف کرد: توافق دو یا چند اراده در قالب ایجاب و قبول در محیط الکترونیکی. نکته قابل ذکر اینکه هر گاه قرارداد به شکل سنتی منعقد شود، حتی اگر اجرای آن نیز در فضای سایبر به وقوع بپیوندد، نباید آن را الکترونیکی دانست. پس اگر توافق اراده‌ها حضوری و اجرای قرارداد در محیط اینترنت صورت گیرد، چنین قراردادی را نمی‌توان الکترونیکی نامید.

## ۲. اهمیت تعیین قانون حاکم در قراردادهای الکترونیکی

روند صحیح و منطقی یک فعالیت اقتصادی، به خصوص در سطح بین‌المللی، وابسته به قدرت پیش‌بینی و برنامه‌ریزی است، که حاصل نمی‌شود مگر اینکه طرفین بتوانند حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد را به طور مطمئنی پیش‌بینی کنند. انتخاب قانون حاکم بر قرارداد به طرفین امکان می‌دهد آثار قرارداد را به نحو مطمئن‌تری پیش‌بینی و از بروز نتایج نامطلوب و غیر قابل انتظار اجتناب کنند (شیروی، ۱۳۸۹، ص ۱۴۹).

تعیین قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی از جنبه‌های مختلف دارای اهمیت است: از یک سو، این قانون حاکم است که تعیین می‌کند، آیا قرارداد الزام‌آوری بین طرفین منعقد شده است یا خیر. از سوی دیگر، برخی از مسائل ویژه در قراردادهای الکترونیکی نظیر اثبات تشکیل آن یا زمان و مکان انعقاد قرارداد ممکن است به موجب قوانین مختلف دارای احکام گوناگونی باشد که این امر فی‌نفسه بر تشکیل یا عدم تشکیل آن تأثیر می‌گذارد (السان، ۱۳۸۵، ص ۱۴۱).

باید توجه کرد که اصول بی‌طرفی در فناوری (Technological Neutrality) و کارکرد یکسان (Functional Equivalence) اجازه نمی‌دهد که توسعه فناوری‌ها اثر خاصی بر اصول حقوقی حاکم بر قراردادهای الکترونیکی، من جمله قانون حاکم، بگذارد<sup>۲</sup> (Matulionyte, 2011, p. 7).

## ۳. رویکرد حقوق آمریکا

نظام حقوقی آمریکا کامل‌ترین سیستم را در مورد انتخاب قانون حاکم بر قراردادها داراست. هنگام بسط و توسعه این سیستم، نویسندگان آمریکایی نظریات مختلفی ابراز کردند (See, Born, 2006, p. 491). شرط انتخاب مرجع رسیدگی عموماً در آمریکا به رسمیت شناخته شده است. هدف از شرط انتخاب مرجع رسیدگی، اعطای صلاحیت انحصاری به دادگاه‌های منتخب و جلوگیری از اعمال صلاحیت دادگاه‌های دیگر برای

۱. تصویب قوانین خاص درباره تجارت الکترونیک و قراردادهای الکترونیکی به معنای خروج موضوعی قراردادهای الکترونیکی از شمول قواعد عمومی قراردادها نیست. در حقوق ایران، ایجاب و قبول الکترونیکی به استناد موادی همچون ماده ۱۹۳ قانون مدنی قابل شناسایی است: «نشای معامله ممکن است به وسیله عملی که مبین قصد و رضا باشد، مثل قبض و اقباض، حاصل گردد؛ مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد».

۲. این اصول حکم می‌کنند که باید با معاملات کاغذی و معاملات الکترونیکی به طور یکسان برخورد شود (نک: پولانسکی، ۱۳۸۷، ص ۳۱۶).

حل و فصل اختلافات قراردادی است (مافی، ۱۳۸۷: ۲۰۵). بی تردید برای اینکه چنین شروطی معتبر باشد، باید انتخاب قانون حاکم «منطقی» (Reasonable) باشد. در مورد قراردادهای منعقد شده از طریق اینترنت، دو عامل، منطقی فرض می‌شوند: ضرورت وجود «عوامل ارتباط» (Connecting Factors) با دادگاه منتخب که بیانگر وجود ارتباط بین قانون منتخب و طرفین قرارداد باشد.

عدم وجود یک نابرابری قابل توجه در طرفین قرارداد<sup>۳</sup> (Born, 2006, p. 655). هنگامی که شرط انتخاب مرجع رسیدگی وجود ندارد، دو روش پیگیری می‌شود. این دو روش در «مجموعه اصول و قواعد حقوقی دوم تعارض قوانین» (Restatement Second of Conflict of Laws) نیز اشاره شده‌اند.

مطابق این مجموعه، قانون حاکم بر صحت و اعتبار قرارداد، قانون محل انعقاد عقد است و قانون محل اجرای قرارداد بر تعهدات قرارداد حاکم است.<sup>۵</sup> مقررات روشنی در مورد قانون حاکم در این مجموعه وجود دارد و رویکرد مترقی حقوق آمریکا را نسبت به قانون حاکم نشان می‌دهد (Brilmayer, 1995, p. 1).

در قراردادهای و تعهدات قراردادی، طرفین ممکن است به اراده خود، قانون یک ایالت را بر قرارداد حاکم کنند.<sup>۶</sup> در صورت عدم انتخاب مؤثر قانون حاکم، حقوق و تکالیف طرفین می‌تواند به وسیله قانون محلی «ایالتی که ارتباط عمده و اصلی با قرارداد و طرفین» دارد، تعیین شود.<sup>۷</sup> معیارهای زیر می‌تواند در «ارتباط عمده» مورد توجه قرار گیرد:

- ضروریات سیستم‌های بین ایالتی و بین‌المللی؛
  - خط مشی مرتبط با مقر دادگاه؛
  - سیاست‌های ایالت‌های ذینفع دیگر و منافع مرتبط با آن ایالت‌ها در تشخیص موضوع خاص؛
  - حمایت از انتظارات معقول؛
  - سیاست‌های ویژه مرتبط با مورد خاصی از قانون؛
  - اطمینان، قابلیت پیش‌بینی و یکنواختی نتایج؛
  - سهولت در تشخیص و اجرای قانون قابل اعمال.<sup>۸</sup>
- در تشخیص قانون حاکم، به عوامل ارتباط زیر می‌توان توجه کرد:
- محل انعقاد قرارداد؛
  - محل مذاکرات قرارداد؛
  - محل اجرای قرارداد؛

۳. ر.ک. به بخش ۱۸۷ مجموعه اصول و قواعد حقوقی (دوم) تعارض قوانین.

۴. لازم به ذکر است که در حقوق آمریکا مجموعه مقرراتی در خصوص حقوق بین‌الملل خصوصی وجود ندارد. مجموعه اصول و قواعد حقوقی دوم دربرگیرنده قواعد کلی آمریکا در مورد صلاحیت قضایی و قانون حاکم است. تاکنون سه مجموعه از این اصول توسط مؤسسه حقوق آمریکا چاپ شده است.

5. Restatement (Second) of Conflict of Laws, 495 U.S., § 377-397 (1990).

6. Restatement (Second) of Conflict of Laws, § 186-187.

7. Restatement (Second) of Conflict of Laws, § 188.

8. Restatement (Second) of Conflict of Laws, § 6.

- مکان استقرار موضوع قرارداد؛

- اقامتگاه، محل سکونت، تابعیت، مقر تجاری شرکت و مکان تجاری طرفین.<sup>۹</sup>  
با ظهور وسایل جدید ارتباطی، این مقررات میزان تناسب خود را با مقتضیات روز از دست داد؛ حتی در قراردادهای سنتی بین‌المللی نیز این مقررات در اغلب ایالت‌ها متروک شدند. در واکنش نسبت به عدم انعطاف مجموعه قواعد حقوقی اول، رویه قانونی جدیدی از سال ۱۹۵۰ م معرفی شد (See, Currie, 1963, pp. 183-184).

در حقوق آمریکا برای تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی، همچنین «متحدالشکل شدن معاملات اطلاعات کامپیوتری مصوب ۱۹۹۹ م» قانونی وجود دارد که معروف به «یوسیتا» (Uniform Computer Information Transactions Act) است. هدف اصلی این قانون، هدفمند و منضبط کردن معامله محصولات اطلاعات رایانه‌ای است. گستره اعمال این قانون عبارت است از «توافقی برای تولید، اصلاح، انتقال یا تصدیق اطلاعات رایانه‌ای یا حقوق اطلاعاتی در اطلاعات رایانه‌ای».<sup>۱۰</sup> این قانون بازتابی از آخرین تحولات در خصوص معاملات الکترونیکی است. این مجموعه مقررات تجاری قواعدی را برای انعقاد قراردادها در جهت پیشبرد اصل آزادی قراردادها و تسهیل اعمال بازرگانی و تجاری مقرر کرده است (Nimmer, 1999, pp. 232-233).  
یوسیتا به جای اتخاذ یک رویکرد خاص در انتخاب قانون حاکم، مقررات مختلف را ترکیب کرده است تا یک تعادل بین منافع ذیربط برقرار شود (Patchel, 2000, p. 160).

### ۱.۳. اصل استقلال طرفین در یوسیتا

اولاً، یوسیتا، طرفین را به احترام اصل آزادی قراردادی تشویق می‌کند. طرفین می‌توانند در قرارداد خود قانون حاکم بر تعهد قراردادی خود را نیز انتخاب کنند<sup>۱۱</sup> و در انتخاب این قانون هیچ محدودیتی وجود ندارد.

در تفسیر شماره دو از ماده ۱۰۹ یوسیتا آمده که هرگونه محدودیت درباره استقلال طرفین در انتخاب قانونی که ارتباط معقولی با صلاحیت دادگاه نیز دارد، قابل اعتنا نیست (See Plotkin & et.al, 2003, p. 60)؛ به ویژه در قراردادهای مجازی که فضای فیزیکی در آنها اغلب بی‌ربط یا ناشناخته است. البته در قراردادهای مصرف‌کننده مقررات مربوط به حمایت از مصرف‌کننده نباید نادیده انگاشته شود. مقررات امره مقرر دادگاه، از جمله قواعد نظم عمومی نیز باید محترم شمرده شود و عدول از آنها امکان ندارد.  
بنابراین در یوسیتا دو محدودیت در انتخاب صریح قانون حاکم وجود دارد:

محدودیت نخست، حمایت از مصرف‌کننده. یوسیتا در برخی موضوعات مانند حمایت از مصرف‌کنندگان، قواعد آمره‌ای وضع کرده است که نمی‌توان برخلاف آن توافق کرد؛ برای مثال، «اگر این قانون یا شرط مقرر در یک قرارداد با قوانین حمایت از مصرف‌کنندگان در تعارض باشد، قوانین حمایت از مصرف‌کنندگان حاکم خواهد شد».<sup>۱۲</sup>

9. Restatement (Second) of Conflict of Laws, § 188.

10. UCITA, Section 102 (11).

11. UCITA, Subsection 109 (a).

12. UCITA, Section 105 (c).

محدودیت دوم، نظم عمومی اساسی (Fundamental Public Policy) در صورتی که توافق طرفین بر قانونی خاص برخلاف نظم عمومی اساسی ایالت مقرر دادگاه باشد، دادگاه از اجرای توافق طرفین امتناع خواهد کرد<sup>۱۳</sup>. اما اینکه مفهوم نظم عمومی اساسی چیست، بسته به نظر محاکم ایالات مختلف می‌تواند پاسخی متفاوت داشته باشد.

**۲.۳. دیدگاه یوسیتا در صورت عدم انتخاب قانون حاکم از سوی طرفین**  
در صورت سکوت طرفین در مورد قانون منتخب، سه معیار برای تعیین قانون مناسب، مفروض تلقی می‌گردد:

#### معیار نخست، قانون محل استقرار اعطاکنده پروانه.

قرارداد دسترسی<sup>۱۴</sup> (Access Contract) یا قرارداد تسلیم الکترونیکی رونوشت، تابع قانون محلی است که در زمان انعقاد قرارداد، اعطاکنده پروانه در آنجا استقرار داشته است<sup>۱۵</sup>. بنابراین، یوسیتا معیار «محل استقرار اعطاکنده پروانه» را به کار برده است. در قسمت «د» ماده ۱۰۹ در تعیین محل استقرار چنین مقرر می‌دارد: «طرف قرارداد اگر یک محل تجارت داشته باشد، در همان محل تجارت خود مستقر است. اگر بیش از یک محل تجارت داشته باشد، در دفتر اجرایی اصلی خود یا اگر هیچ محل تجارت فیزیکی نداشته باشد، در محل تشکیل یا ثبت اصلی خود مستقر است. در غیر این صورت، طرف قرارداد در محل سکونت اصلی خود مستقر است»<sup>۱۶</sup>.

#### معیار دوم، قانون محل تسلیم رونوشت به مصرف‌کننده.

قرارداد مصرف که مستلزم تسلیم رونوشت در یک وسیله مادی است، تابع قانون محلی است که رونوشت در آن به مصرف‌کننده تسلیم می‌شود یا می‌بایست تسلیم شود<sup>۱۷</sup>. همانطور که ملاحظه می‌شود این مقرر در مورد معاملاتی است که از طریق اینترنت منعقد می‌شوند، ولی تعهد ناشی از آن در فضای فیزیکی ایفا می‌گردد.

#### معیار سوم، قانون نزدیک‌ترین ارتباط.

در سایر موارد، قرارداد تابع قانونی است که مهم‌ترین ارتباط (Significant Relationship) را با معامله دارد<sup>۱۸</sup>. در تعیین این معیار باید به عواملی چون محل انعقاد قرارداد، محل مذاکره، محل اجرای قرارداد، محل استقرار موضوع اصلی قرارداد، محل اقامت، محل سکونت، تابعیت، محل تشکیل شرکت، محل تجارت طرفین، نیازهای سیستم‌های بین‌المللی و بین‌ایالتی،

13. UCITA, Section 105 (b).

۱۴. در فرهنگ حقوقی بلک، قرارداد دسترسی (یا قرارداد تسلیم الکترونیکی رونوشت) چنین تعریف شده است: «توافق برای اعطای مجوز جهت مشاهده یا کپی‌برداری از یک اثر تحت کپی‌رایت» (Garner, 1999, p. 13).

15. UCITA, Subsection 109 (b) (1).

16. UCITA, Section 109 (d).

17. UCITA, Subsection 109 (b) (2).

18. UCITA, Section 109 (b) (3).

منافع ایالت مقرر دادگاه و سایر ایالات ذینفع در تعیین تکلیف مسئله مورد نظر، حمایت از انتظارات موجه طرفین، قابلیت پیش‌بینی و یکسانی نتایج توجه کرد.

#### ۴. رویکرد حقوق اتحادیه اروپا

رژیم انتخاب قانون حاکم در اتحادیه اروپا مختلط (Complex) است (See, Swire, 1998). در هر حالتی که قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی از میان قوانین چند کشور انتخاب شده باشد، کنوانسیون ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰ رم در خصوص قانون حاکم بر تعهدات قراردادی<sup>۱۹</sup> (موسوم به کنوانسیون رم) بهترین راهنما و هادی برای تعیین رویکرد حقوق اتحادیه اروپاست (See, Lindberg, 1997). این کنوانسیون در سال ۲۰۰۸ م با اصلاحاتی که در آن به عمل آمد، با نام مقررات رم یک، در خصوص قانون حاکم بر تعهدات قراردادی<sup>۲۰</sup> (موسوم به مقررات رم یک) برای اجرا در اتحادیه اروپا به تصویب شورا و پارلمان اروپا رسید. این مقررات مصوب ۱۷ ژوئن ۲۰۰۸ در استراسبورگ فرانسه است. اکنون مقررات رم یک محور اصلی تعیین قانون حاکم در اتحادیه اروپا را تشکیل می‌دهد و کنوانسیون ۱۹۸۰ م به تاریخ سپرده شده و تنها در تفسیر مقررات ۲۰۰۸ م مورد استفاده قرار گرفته است. در این قسمت، رویکرد مقررات ۲۰۰۸ موسوم به مقررات رم یک، مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد. در اتحادیه اروپا دستورالعمل‌هایی در حمایت از حقوق مصرف‌کننده نیز تصویب شده است که به آنها نیز می‌پردازیم.

#### ۱.۴. استقلال اراده طرفین در انتخاب قانون و انتخاب صریح

در بند ۱ ماده ۳ مقررات رم یک، آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم به عنوان اصل اعلام شده است: «قانون منتخب طرفین، بر قرارداد حاکم خواهد بود». این ماده در واقع بازتاب رویکردی است که پیش از مقررات رم یک نیز در حقوق کشورهای عضو جامعه اروپایی وجود داشت و به موجب آن قضاوت و داوران اصل حاکمیت اراده را محترم می‌شمردند. طرفین با انتخاب خود می‌توانند قانون حاکم بر همه یا فقط بخشی از قرارداد را تعیین کنند. مقررات رم یک، امکان تجزیه قرارداد<sup>۲۱</sup> را فراهم کرده است و طرفین می‌توانند هر بخش از قرارداد خود را تابع قانونی جداگانه قرار دهند (ذیل بند ۱ ماده ۳ مقررات رم یک). بنابراین، در یک قرارداد که از طریق اینترنت منعقد شده، می‌توان قانون انگلیس را در خصوص پرداخت الکترونیکی ثمن، قانون فرانسه را درباره تحویل مبیع، و قانون سوئیس را در مورد مسئولیت قراردادی انتخاب نمود.

بند ۲ ماده ۳ مقررات رم یک، به طرفین اجازه می‌دهد قانون حاکم بر قرارداد را تغییر دهند.

19. EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome 1980).

20. Regulation 593/2008 (Rome I), on the Law Applicable to Contractual Obligations.

این مقررات از ۱۷ دسامبر ۲۰۰۹ لازم الاجرا شده است و بر قراردادهای منعقد شده بعد از ۱۷ دسامبر ۲۰۰۹ قابلیت اعمال دارد (ماده ۲۸).

۲۱. دپاساژ (Dépeçage (Fr) = Severability (En))، یعنی تجزیه قرارداد و حاکم کردن چند قانون بر بخش‌های مختلف یک قرارداد یا به عبارت دیگر شقه کردن قانون حاکم، مشروط بر اینکه بخش‌های مختلف قرارداد قابل تفکیک باشد (امیرمعزی، ۱۳۹۱، ص ۱۶۷؛ همچنین ر.ک. لاگارد، ۱۳۷۵، صص ۳۱۷-۳۱۶).



این اختیار اعم است از آنکه در زمان انعقاد قرارداد، طرفین در خصوص قانون حاکم سکوت کرده و یا آنکه قانون حاکم را انتخاب نموده باشند. در این صورت، قانون مؤخر از همان زمان امضای قرارداد عطف به ماسبق می‌شود (ر.ک. لاگارد، ۱۳۷۵، ص ۳۱۹). این امکان می‌تواند یکی از ویژگی‌های قراردادهای الکترونیکی بین‌المللی را در ذهن تداعی کند که عبارت است از: «فرایندی بودن به جای عمل فوری»؛ موضوعی که روزآمد کردن شروط این گونه قراردادهای از جمله شرط تعیین قانون حاکم را در صورت توافق طرفین، ممکن می‌سازد.

طرفین آزادند هر قانونی را که می‌پسندند انتخاب کنند؛ حتی قانون کشوری که عضو مقررات نیست<sup>۲۲</sup> (ماده ۲ مقررات رم یک). مقررات رم یک هیچ ارتباطی بین قانون منتخب و قرارداد برقرار نمی‌سازد (ر.ک. لاگارد، ۱۳۷۵، ص ۳۱۶).

انتخاب قانون باید صریح یا به وسیله مفاد قرارداد یا در اوضاع و احوال پرونده به طور معقول معلوم باشد (بند ۱ ماده ۳ مقررات رم یک). مطمئن‌ترین راه برای حل هرگونه اختلاف تجاری ممکن در خصوص قرارداد الکترونیکی، انتخاب صریح قانون حاکم به وسیله طرفین است. این روش کاملاً ساده و قابل درک است. البته در معاملات مبتنی بر وب<sup>۲۳</sup>، تنها اپراتور وب (Web Operator) می‌تواند چنین شرطی را درج کند و نه مشتری (Todd, 2005, p. 210).

قاعده مندرج در بند ۴ ماده ۳ مقررات رم یک، یکی از محدودیت‌های انتخاب صریح قانون می‌باشد. مطابق این قاعده استثنایی، اینکه طرفین قانون خارجی را انتخاب کرده‌اند؛ اعم از اینکه همراه با انتخاب دادگاه خارجی باشد یا نباشد، آنجا که تمامی عوامل مربوط به وضعیت زمان انتخاب فقط به یک کشور ارتباط دارد، مانع از اعمال قواعد حقوقی آن کشور که نمی‌توان با قرارداد از آن تحطی نمود و از این پس قواعد آمره<sup>۲۴</sup> (Mandatory Rules) خوانده می‌شود، نمی‌گردد.

بنابراین، طبق مقررات رم یک، چنانچه همه عوامل ارتباط، به قانون کشور خاصی ارتباط و وابستگی داشته باشد، انتخاب قانون دیگر از سوی طرفین، موجب از بین بردن قابلیت اعمال قانون آن کشور خاص نمی‌گردد و نمی‌توان به وسیله توافق آن را نادیده گرفت (ر.ک. ماده ۹ مقررات رم یک).

#### ۲.۴. انتخاب ضمنی

در صورت سکوت طرفین در انتخاب قانون، دادگاه باید جستجو کند که آیا طرفین با توجه به مفاد قرارداد یا اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد، چه قانونی را انتخاب کرده‌اند. کنوانسیون ۱۹۸۰ رم از عبارت «اطمینان عرفی» (Reasonable Certainty) استفاده

۲۲. به قانون این کشور، قانون بی‌طرف (Neutre) نیز گویند (لاگارد، ۱۳۷۵، ص ۳۱۶).  
۲۳. معاملات مبتنی بر وب، معاملاتی هستند که در فضای وبسایت منعقد می‌شوند. این معاملات به اعتبار نوع وبسایت به دو دسته تقسیم می‌شوند: معاملاتی که در «وبسایت‌های منفعل» صورت می‌گیرد و معاملاتی که در «وبسایت‌های تعاملی» منعقد می‌شود. وبسایت منفعل، فقط امکان دیدن اطلاعات را برای بیننده فراهم می‌کند و هیچ‌گونه ابزاری را بر روی سایت برای پاسخ‌گویی به وی در اختیار ندارد. وبسایت‌های تعاملی امکان فرستادن اطلاعات از سوی کاربر به سایت را به وسیله تلفن مجانی، پست سنتی یا حتی پست الکترونیکی فراهم می‌آورند.

۲۴. برای تعیین اینکه آیا قواعد کشور خاصی آمره محسوب می‌شود یا خیر، باید به مقررات همان کشور رجوع کرد. بنابراین اگر دادگاه انگلیس بخواهد تشخیص دهد که آیا مقررات فرانسه آمره هستند یا خیر، باید به حقوق فرانسه مراجعه کند و طبق حقوق فرانسه این ارزیابی را انجام دهد.



می‌کند (بند ۱ ماده ۳). معنای اطمینان عرفی در کنوانسیون رم، قبول انتخاب ضمنی ولی مطمئن و حذف انتخاب ضمنی محض است؛ مانند آنچه از شرط مربوط به اعطای صلاحیت به محاکم کشور معین ناشی می‌شود، بدون اینکه قرینه‌ای تکمیلی وجود داشته باشد که ثابت کند اراده طرفین این بوده که قانون کشور مزبور را به عنوان قانون قابل اجرا انتخاب نماید (لاگارد، ۱۳۷۵، ص ۳۱۸). مقررات رم یک نیز موضعی روشن‌تر از کنوانسیون ۱۹۸۰ ندارد. تنها نکته‌ای که در مقررات رم یک به آن تأکید شده «اوضاع و احوال پرونده» است که در زمان انتخاب قانون حاکم باید مورد توجه قرار گیرد (بند ۱ ماده ۳ مقررات رم یک). در مقررات رم یک، توافق دو طرف در اعطای صلاحیت انحصاری به یک یا چند دادگاه کشور عضو باید یکی از عواملی باشد که در تعیین قانون حاکم مدنظر قرار می‌گیرد (بازخوانی ۱۲ از مقررات روم یک) (See Šarčević & et.al, 2008, p. 171).

#### ۳.۴. انتخاب فرضی و قاعده نزدیک‌ترین ارتباط

اگر هیچ قانونی (صریح یا ضمنی) انتخاب نشده بود، مطابق مقررات رم یک، قرارداد تابع قانون کشوری است که نزدیک‌ترین ارتباط را با آن دارد (بند ۴ ماده ۴ مقررات رم یک). این قاعده شبیه «قاعده ارتباط عمده»<sup>۲۵</sup> یا «نظریه قانون مرکز ثقل قرارداد»<sup>۲۶</sup> در حقوق آمریکا است. منظور از نزدیکی در مقررات، نزدیکی منطقی است و نه جغرافیایی. به منظور اعمال نزدیکی قانون به قرارداد، دادگاه باید «مرکز ثقل عملیات قراردادی» (Centre of Gravity of the Contract) را از رهگذر ارزیابی عوامل مرتبط با قرارداد جستجو نماید. مطابق بند ۲ ماده ۴ مقررات رم یک، وجود نزدیک‌ترین ارتباط با کشور محل سکونت عادی طرفی که تعهد اساسی و شاخص قرارداد به عهده اوست، مفروض تلقی می‌شود. این ماده، اماره‌ای تأسیس نمود که به موجب آن، قرارداد نزدیک‌ترین ارتباط را با کشوری دارد که در لحظه انعقاد قرارداد، محل سکونت معمولی فردی که باید اجرای شاخص<sup>۲۷</sup> را صورت دهد، در آنجا واقع شده است. مقررات رم یک، قاعده نزدیک‌ترین ارتباط را راه‌حل نهایی می‌داند.<sup>۲۸</sup> این مقررات مواردی را برای انتخاب قانون در زمانی که طرفین قانونی را انتخاب نکرده‌اند، پیش‌بینی کرده است. به موجب مقررات روم یک، در صورت سکوت طرفین، اولین مرحله برای تعیین قانون حاکم این است که آیا قرارداد در یکی از دسته‌های تعیین شده در بند ۱ ماده ۴ جای می‌گیرد یا خیر (پاراگراف ۱۹ مقدمه). اگر قرارداد در یکی از دسته‌ها توصیف شد، قانون حاکم مطابق با مقررات معین در بند ۱ مشخص می‌شود (Šarčević & et.al, 2008, p. 203). طبق بند ۱ ماده ۴ مقررات رم یک، اگر طرفین بر طبق ماده ۳، قانون حاکم بر قرارداد را تعیین نکرده

25. Restatement (Second) of Conflict of Laws § 188(1).

26. Auten v. Auten, 124 N.E.2d 99, 101-02 (N.Y. 1954).

۲۷. منظور از اجرای شاخص قرارداد، تعهدی است که پرداخت در ازای آن انجام می‌شود و به عبارتی بهتر، وجه تمایز قرارداد است. در حقیقت در اغلب قراردادهای معوض، باید پولی پرداخت شود؛ برای مثال، ثمن معامله در بیع، اجاره بها در عقد اجاره و حق بیمه در قرارداد بیمه. بنابراین، تعهد پرداخت بها ویژه یک نوع از قرارداد نیست. برعکس، تعهد فروشنده به تسلیم مبیع، تعهد موجر دایر به فراهم آوردن امکان انتفاع مستأجر از مال‌الاجاره و تعهد بیمه‌گر در جبران خطر احتمالی، تعهد شاخص محسوب می‌شود. در حقیقت این گونه تعهدات هستند که باعث تمایز قراردادها از یکدیگر می‌شوند (لاگارد، ۱۳۷۵: ۲۲۲؛ همچنین رک: اشمیتوف، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۳۵۰؛ امیرمعزی، ۱۳۹۱، صص ۲۵۶-۲۴۶).

28. Rome I Art. 4(3), (4).

باشند، بدون لطمه به انتخاب قانون در مواد ۵ (قرارداد حمل و نقل)، ۶ (قرارداد مصرف کننده)، ۷ (قرارداد بیمه) و ۸ (قرارداد استخدام شخصی) قانون حاکم بر قرارداد به ترتیب زیر خواهد بود:

الف) قرارداد فروش کالا تابع قانون کشور محل سکونت عادی بایع است؛

ب) قرارداد ارائه خدمات تابع قانون کشور محل سکونت ارائه دهنده خدمات است؛

ج) قرارداد مربوط به حقوق اموال غیرمنقول یا اجاره این اموال، تابع قانون محل وقوع مال غیرمنقول است؛

د) با وجود بند (ج)، اجاره اموال غیرمنقول که برای استفاده خصوصی به طور موقت برای دوره کمتر از شش ماه منعقد می شود، تابع قانون محل سکونت عادی مالک (موجر) است؛

ه) قرارداد فرانشیز<sup>۲۹</sup> تابع قانون کشور محل سکونت شخص امتیازگیرنده است؛

و) قرارداد توزیع تابع قانون کشور محل سکونت توزیع کننده است؛

ز) قرارداد حراج تابع قانون محل برگزاری حراج است.

ایجاب و قبول همه این توافقات ممکن است به صورت الکترونیکی منعقد شود. پس این بند قابلیت پیاده شدن در فضای مجازی اینترنت را دارد.

نکته مهم اینکه اعمال قواعد ثابت مذکور در بند ۱ ماده ۴، همه به یک نتیجه واحد منتهی می گردند که از اعمال قاعده اجرای بخش مهم و اساسی قرارداد (Characteristic Performance) که در بند ۲ ماده ۴ بدان اشاره شده، به دست می آید. در واقع در این گروه از قراردادها لازم نیست اجرای بخش مهم و شاخص قرارداد را معین کنند (امیرمعزی، ۱۳۹۱: ۲۳۹). تمام موارد مذکور در بند ۱ «فروض قانونی» است (See, Šarčević & et.al, 2008, p. 210).

بند ۲ ماده ۴ فرضی را مطرح می کند که قرارداد تحت پوشش یکی از پاراگراف های بند ۱ قرار نمی گیرد یا قرارداد تحت پوشش بیش از یکی از موارد مذکور در پاراگراف های بند ۱ است؛ در این صورت، قرارداد تابع قانون کشوری است که طرف انجام دهنده بخش مهم قرارداد در آنجا سکونت عادی دارد.

بند ۳ ماده ۴ مقررات رم یک، بیان می کند: «هنگامی که از تمام اوضاع و احوال پرونده پیداست که قرارداد به وضوح با قانون کشور دیگری به غیر از کشوری که در بندهای ۱ و ۲ فوق اشاره می نماید، ارتباط نزدیکتری دارد، قانون همان کشور بر قرارداد حاکم خواهد شد».

#### ۴.۴. قرارداد تاجر - مصرف کننده (B2C)

در اتحادیه اروپا، مصرف کننده به شدت تحت حمایت است (See, Kendall, 1995). حمایت از مصرف کننده ایجاب می کند تا مقررات و ضوابط خاصی در این زمینه تدوین گردد. اصل کلی در اتحادیه اروپا، آزادی طرفین در انتخاب قانون است، ولی حمایت از مصرف کننده به عنوان طرف ضعیف تر، عدول از این اصل را ایجاب می کند.

حمایت از مصرف کننده از طریق ابزارهای حقوق بین الملل خصوصی یکی از اهداف

۲۹. فرانشیز قراردادی است که به موجب آن، فرانسیزدهنده (Franchisor) امتیاز بهره برداری از یک سیستم و روش خاص تجاری یا تولیدی در قلمرو عرضه کالا یا خدمت که یک یا چند علامت یا نام تجاری معرف آن است، در قبال دریافت عوض معین به فرانسیزگیرنده (Franchisee) واگذار می کند (اسکینی و باقرآبادی، ۱۳۹۰، ص ۲).

واضعان مقررات رم یک است (Behr, 2011, p. 248). در مقررات رم یک، ماده ۶، اختصاص به قراردادهای مصرف‌کننده دارد. این ماده بر قراردادی اعمال می‌شود که موضوع آن، تدارک کالا یا ارائه خدمات به شخص مصرف‌کننده باشد، یعنی شخصی که برای مقاصد خارج از حرفه یا تجارتش عمل می‌کند. این ماده چنین مقرر می‌دارد: «بدون لطمه به مواد ۵ و ۷ این مقررات، قرارداد منعقدۀ توسط شخص حقیقی برای مقصودی خارج از تجارت یا حرفه او با شخص دیگری که در حال اقدام به حرفه یا تجارت خویش باشد، تابع قانون محلی است که سکونت عادی مصرف‌کننده در آنجا قرار دارد؛ مشروط بر اینکه صاحب حرفه یا تجارت فعالیت‌های تجاری یا حرفه‌ای خود را در کشوری دنبال می‌کند که محل سکونت عادی مصرف‌کننده در آنجا قرار دارد یا به هر وسیله‌ای چنین فعالیت‌هایی را به آن کشور یا کشورهای متعددی از جمله آن کشور معطوف دارد و قرارداد در قلمرو چنین فعالیت‌هایی قرار گیرد».

ماده یاد شده منوط به شرایطی، استقلال و اراده مصرف‌کننده و تاجر را محدود کرده، اعلام می‌دارد که هرگاه یکی از دو فرض پیش‌بینی شده در این ماده محقق شود، با استناد به حاکمیت اراده، نمی‌توان مصرف‌کننده را از حمایتی که در قواعد آمره قانون کشور محل سکونت عادی وی برای او تضمین شده، محروم کرد.

سؤال این است که در تعهدات اینترنتی، شرط تعقیب یا هدایت فعالیت تجاری به محل سکونت مصرف‌کننده، چگونه قابل احراز است؟

در بحث صلاحیت قضایی نیز پذیرش نظریه هدف‌گیری به عنوان معیاری برای تعیین صلاحیت در حوزه سایبر، نخستین گام برای افزایش قطعیت و اطمینان حقوقی است (مافی و همکاران، ۱۳۹۰، ص ۱۷۷). در چارچوب قراردادهای الکترونیکی، معیار هدف‌گیری می‌تواند در آن واحد هم برای تاجر و هم مصرف‌کنندگان، مفید باشد. به این صورت که تاجر از این اطمینان نسبی برخوردار خواهند شد که تأسیس و اداره یک وبسایت به خودی خود موجب صلاحیت دادگاه‌های همه کشورهای جهان نسبت به آنان نمی‌شود. آن‌ها می‌توانند مناطق معینی را که به هر دلیل مانند داشتن قوانین مطلوب، هزینه کمتر حضور در دادگاه‌ها، سیستم قضایی کارآمد، انتخاب و هدف‌گیری نموده و از این طریق ریسک حقوقی خود را پایین آورند. مصرف‌کنندگان نیز از این رویکرد بهره خواهند برد؛ چراکه آنها هم به نوبه خود مطمئن می‌شوند که در صورت بروز اختلاف می‌توانند علیه گردانندگان وبسایت‌هایی که آنان را هدف قرار داده‌اند، در حوزه قضایی خود اقامه دعوا کنند. بنابراین، در پاسخ به سؤال فوق باید گفت که در فضای سایبر، تعقیب و هدایت فعالیت تجاری را می‌توان با ایجاد وبسایت تعاملی (Interactive Website) که در محل سکونت مصرف‌کننده قابل دسترسی است، انجام داد.

در بند ۲ ماده ۶ مقررات رم یک، چنین آمده است: «با وجود بند ۱ فوق، طرفین می‌توانند قانون حاکم بر قراردادی را که شرایط بند ۱ را برآورده می‌کند، بر طبق بند ۳ انتخاب کنند. معذک این‌گونه انتخاب قانون نمی‌تواند مصرف‌کننده را از حمایتی که به وسیله مفادی غیر قابل عدول با توافق، از وی شده است در صورت نبود انتخاب بر اساس قانونی که بر مبنای بند ۱ در نبود انتخاب قانون بایستی حاکم می‌شد، محروم نماید».

در حالی که در مقررات رم یک، مقررۀ خاصی در مورد تجارت الکترونیک وجود ندارد، اتحادیه اروپا چندین دستورالعمل را برای رویارویی با موضوعات خاص ناشی از ارتباطات الکترونیکی تصویب کرد. روشن است که چارچوب اروپایی حمایت از مصرف کننده در تجارت الکترونیک به شدت تکه تکه است. «دستورالعمل اتحادیه اروپا راجع به حمایت از داده پیام»<sup>۳۰</sup> در سال ۱۹۹۵ م تصویب و در ۲۵ اکتبر ۱۹۹۸ لازم الاجرا شد. این دستورالعمل در مورد پردازش همه داده‌های شخصی است با استثنای بسیار محدود (ر.ک. به مواد ۲ و ۳ دستورالعمل مزبور). اگرچه هماهنگ‌سازی کامل بسیار بعید به نظر می‌رسد، ولی هدف ابتدایی این دستورالعمل، هماهنگی حقوق حمایت از داده‌ها بود (See, Swire, 1998). با وجود این، ماده ۴ دستورالعمل فوق در مورد انتخاب قانون حاکم است. قاعده این است که هر کشور عضو اتحادیه باید مقررات خود در خصوص حمایت از داده پیام را اعمال کند؛ در جایی که پردازش داده پیام در زمینه فعالیت‌های یک مؤسسه پردازشگر (Controller) در قلمرو کشور عضو اتحادیه صورت می‌گیرد<sup>۳۱</sup>، مکان پردازشگر است که قانون حاکم را تعیین می‌کند. همانطور که دستورالعمل تأکید دارد، پردازشگر شخصی است که به تنهایی یا به صورت مشترک اهداف پردازش داده‌های شخصی را تشخیص می‌دهد.<sup>۳۲</sup> در تجارت الکترونیک به این شخص، بایع می‌گویند که به امور تجاری می‌پردازد. بایع کسی است که استفاده از اطلاعات دیجیتالی را فراهم می‌کند؛ بنابراین، قانون بایع باید در چنین فرضی اعمال شود. دومین مقررۀ در اروپا در مورد حمایت از مصرف کننده «دستورالعمل اتحادیه اروپا راجع به حمایت از مصرف کنندگان در قراردادهای از راه دور»<sup>۳۳</sup> مصوب ۱۹۹۷ م است. انتخاب قانون حاکم یکی از سیاست‌های حمایت از مصرف کننده در این دستورالعمل است.<sup>۳۴</sup> این دستورالعمل مقرره‌ای در خصوص قاعده انتخاب قانون دارد که به موجب آن، کشورهای عضو مکلفاند مطمئن شوند که اگر قرارداد در ارتباط نزدیک با قلمرو یک کشور عضو باشد، در این حالت مصرف کننده از حمایت‌های اعطایی مقرر در دستورالعمل از طریق قاعده انتخاب قانون کشور خارج از اتحادیه اروپا به عنوان قانون حاکم برخوردار می‌شود.<sup>۳۵</sup> مشابه این مقررۀ در سایر دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا نیز آمده است.<sup>۳۶</sup>

30. Directive 95/46/EC of the European Parliament and the Council, October 24, 1995, Official Journal of the European Community, L1281 (November 23, 1995), at 31, <<http://europa.eu.int/comm/dg15/en>>.

31. Directive, Article 4 (1) (a).

32. Directive, Article 2 (d).

33. Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the Protection of Consumers in Respect of Distance Contracts. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0007:EN:NOT>

۳۴. این دستورالعمل به مصرف کننده حق انصراف از قرارداد از راه دور را طی مدت حداقل ۷ روز کاری می‌دهد بدون توجیه هیچ گونه دلیل و همچنین بدون هیچ ضمانت اجرایی به استثنای هزینه استرداد کالا. تنها هزینه تحمیلی بر مصرف کننده هزینه باز پس فرستادن کالا خواهد بود (بنگرید بند ۱ ماده ۶ دستورالعمل).

35. Distance Selling Directive, Article 12 (2).

۳۶. ر.ک. بند ۲ ماده ۶ دستورالعمل شماره ۹۳/۱۳ راجع به شرایط غیرعادلانه در قراردادها، بند ۲ ماده ۷ دستورالعمل شماره ۱۹۹۹/۴۴ راجع به برخی از جنبه‌های فروش کالای مصرفی و تضمینات وابسته به آن و همچنین بند ۲ ماده ۱۲ دستورالعمل شماره ۲۰۰۲/۶۵ راجع به بازاریابی از راه دور برای خدمات مالی به مصرف کنندگان.

سرانجام در حقوق اروپایی می‌توان گفت که مصرف‌کننده همواره امکان تحمیل قانون متبوع خود را دارد. نتیجه چنین تحلیلی این است که تجار سایبری باید قانون تعداد زیادی از کشورها را بدانند؛ امری که به گمان آنان مشکل‌زاست. از این‌رو، سازمان‌های بین‌المللی نظیر اتاق بازرگانی بین‌المللی تلاش کرده‌اند نظر مخالف را ترجیح دهند تا از تجزیه حقوق ممانعت به عمل آورند. ولی دیدگاه اخیر به درستی مورد اعتراض قرار گرفته، زیرا این مسئله (تکلیف شناسی قوانین خارجی) برای تجار سایبری موضوعی حاشیه‌ای است؛ چراکه احتمال ضعیفی وجود دارد که یک مشتری خود را درگیر دعوی بین‌المللی کند (لینان دبلفون، ۱۳۸۸، ص ۲۲۳).

##### ۵. رویکرد حقوق ایران

در حقوق ایران، قاعده حل تعارض در قراردادهای ماده ۹۶۸ ق.م.است. ولی شیوه نگارش این ماده به گونه‌ای است که ابهاماتی را موجب شده است. مهم‌ترین ابهام در مورد این ماده این است که آیا می‌توان از این ماده اصل حاکمیت اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم را استنباط کرد یا خیر. لذا در این قسمت ابتدا به این سؤال پاسخ می‌دهیم. پاسخ این سؤال راه را برای پیگیری بحث در قراردادهای الکترونیکی هموار خواهد کرد.

##### ۱.۵. پذیرش یا عدم پذیرش اصل حاکمیت اراده؟

با توجه به عدم وجود نص خاصی در مورد اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قراردادهای تجاری الکترونیکی، باید به قواعد عام مندرج در قانون مدنی مراجعه کرد. اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد در ماده ۹۶۸ ق.م. آمده است. این ماده مقرر می‌دارد: «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است؛ مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند». کاوش در نظریات حقوق دانان ایرانی نشان می‌دهد که دو جریان که هر کدام طرف‌دارانی داشته، قائل به امری بودن و اختیاری بودن قسمت اول ماده ۹۶۸ ق.م. می‌باشند. آنها که قسمت اول ماده را امری می‌دانند، قانون ایران را در مورد عقود منعقد شده در ایران، به طور اجباری مجری می‌دانند (نک: کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۳۷۶) و دیگریانی که بخش اول ماده را اختیاری می‌دانند، حکم مندرج در آن را مانند همه احکام این‌چنینی ناظر به مورد سکوت متعاقدين تلقی می‌کنند و لذا در صورت وجود اراده صریح یا ضمنی خلاف، مفاد این اراده را بر حکم مندرج در ماده ۹۶۸ مقدم می‌دارند (نک: نصیری، ۱۳۸۳، صص ۱۲۱-۱۲۰؛ جنیدی، ۱۳۷۶، صص ۲۹۲-۲۷۶؛ اخلاقی، ۱۳۶۹، ص ۱۱۱؛ الماسی، ۱۳۸۲، صص ۲۱۴-۲۱۳؛ ارفعینا، ۱۳۷۹، ج ۲، صص ۷۶-۷۵؛ سلجوقی، ۱۳۸۵، ج ۲، صص ۴۱۷-۴۱۵).

تحلیل و بررسی نظر هر یک از این دو طیف زمان زیادی می‌طلبد. لیکن اجمالاً به نظر ما باید ماده ۹۶۸ ق.م. به عنوان قاعده حل تعارض در قراردادهای سنتی و الکترونیکی، اختیاری تفسیر شود؛ در غیر این صورت، مشکلات فراوانی به شرح زیر ممکن است ایجاد شود:

۱. قاعده تعارض صرفاً در مورد قراردادهای منعقد در ایران قابل اجرا خواهد بود.
۲. اتباع ایران در خارج از کشور، لزوماً تعهدات ناشی از قراردادهای آنان، تابع قانون کشور

محل انعقاد عقد خواهد شد و مثلاً اتباع ایران بر حسب منطق این ماده، حق نخواهند داشت هر گاه در خارج از ایران قراردادی منعقد می‌کنند، حتی قانون ایران را حاکم بر تعهدات ناشی از قرارداد خود بدانند.

۳. چون به هر تقدیر نمی‌توان در روابط تجاری بین‌المللی، طرف خارجی را به قبول صلاحیت قانون ایران ناگزیر کرد، در قراردادهای مربوط به تجارت بین‌المللی ایران، یک نوع ظاهرسازی و تصنع باب می‌شود؛ به این معنی که معمولاً پس از امضای قرارداد از سوی طرف ایرانی، طرف خارجی قرارداد را در خارج از کشور امضا می‌کند تا منعقد در خارج از ایران تلقی شود؛ حتی اگر تمام مذاکرات مربوط به انعقاد قرارداد در ایران انجام شده باشد، نتیجه نامطلوب این وضعیت برای طرف ایرانی این است که حقوق ناشی از یک قرارداد تجارت بین‌المللی، ملعبه تصمیم یک‌جانبه طرف خارجی خواهد شد. به تعبیر روشن‌تر، پس از اینکه طرف ایرانی شرایط خود را پس از یک مذاکره طولانی به قبولی طرف خارجی رساند و قرارداد را امضا کرد، متن امضا شده قرارداد را برای امضای نهایی باید به خارج از ایران بفرستد و در این مرحله، هر گاه طرف خارجی قرارداد به این نتیجه رسیده باشد که بر اثر تغییر اوضاع و احوال، امضای قرارداد به مصلحت او نیست، قرارداد را امضا نخواهد کرد.

۴. چون قرارداد منعقد شده در ایران به هر حال تابع قانون ایرانی تلقی خواهد شد، به فرض که با مقاومت از طرف ایرانی، قرارداد در ایران امضا شود، قانون صلاحیت‌دار ضمن قرارداد تصریح نخواهد شد و طرف ایرانی ناچار خواهد شد شرط رجوع اختلافات به داوری را بپذیرد. هیئت داوری نیز بر حسب قواعد معمول حقوق بین‌الملل خصوصی، در انتخاب قانون صلاحیت‌دار، قاعده تعارض کشور محل اجلاس خود را در نظر می‌گیرد و ارجاع اختلافات را به داوری قریب‌ای بر تفسیر نظر متعاملین در تمکین به صلاحیت قانون محل اجلاس داوران تلقی خواهد کرد. به تعبیر روشن‌تر، قراردادهای تجاری بین‌المللی ایران به ندرت مورد رسیدگی قضایی در محاکم ایران قرار خواهد گرفت و این خود یکی از علل کمبود رویه قضایی در ایران در زمینه مسائل حقوق بین‌الملل خصوصی است که با توجه به پیشرفت تجارت بین‌المللی در دوران ما، عدم آگاهی محاکم و مراجع حقوقی کشور نسبت به مسائل حقوق بین‌الملل خصوصی بسیار نامطلوب است» (نصیری، ۱۳۸۳، صص ۱۲۱-۱۲۰).

از سوی دیگر، در تقویت نظر اختیاری بودن ماده ۹۶۸ ق.م. می‌توان چنین استدلال کرد که «منطقاً امری یا اختیاری بودن قاعده حل تعارض (قانون بین‌المللی)، فرع بر امری یا اختیاری بودن قانون ماهوی (قانون داخلی) مربوطه است. توضیح آنکه چون در هر نظام حقوقی قوانین به امری و تخییری تفسیر می‌شوند، لذا قاعده تعارضی نیز که برای هر یک از دسته‌های روابط حقوقی وضع شده است، از جهت امری یا اختیاری بودن، باید از قانون ماهوی مربوطه تبعیت نماید. مثلاً چون قوانین مربوط به اهلیت افراد جزء قوانین امری است، قاعده تعارضی نیز که اهلیت را مشمول قانون دولت متبوع افراد می‌داند، یک قاعده امری است و لذا بیگانگان نمی‌توانند توافق نمایند که اهلیت آنان تابع قانون ایران باشد. برعکس، چون مقررات قانون مدنی ایران در باب تعهدات ناشی از عقد بیع، اساساً جنبه اختیاری دارد، قاعده تعارضی نیز که تعهدات قراردادی را برای مثال تابع قانون محل انعقاد



عقد می‌داند، منطقاً باید یک قاعده اختیاری تلقی شود و لذا می‌توان قائل شد به اینکه متعاملین می‌توانند توافق نمایند که تعهدات ناشی از عقد بیع آنان تابع قانون ایران باشد؛ اگرچه عقد در خارج از ایران منعقد شده باشد. بنابراین، اصل تبعیت قاعده حل تعارض از قانون ماهوی در باب تعهدات قراردادی باید مورد توجه قرار گیرد» (نصیری، ۱۳۷۰، ص ۶۸؛ همچنین نک: الماسی، ۱۳۸۲، ص ۲۱۱).

برخی برای توجیه تخییری بودن ماده ۹۶۸، متوسل به «دلیل عقلی و اصولی» شده‌اند. به نظر ایشان «همان‌گونه که قانون‌گذار نمی‌تواند اصل وفای به عهد، اصل لزوم رد امانت، اصل لزوم جبران ضرر و نظایر اینها را نفی کند، به منتفی شدن اساس حاکمیت اراده بر قرارداد نیز نمی‌تواند حکم کند و بنابراین ماده ۹۶۸ نباید با قواعد بنیادین حقوقی ناسازگار باشد. نتیجه اینکه، هرچند ماده ۹۶۸ را نمی‌توان به دلیل لفظی تکمیلی دانست، ولی به دلیل عقلی و اصولی باید از قید اتباع خارجه الغای خصوصیت کرد و بر آن بود که دلیلی وجود ندارد که قراردادهای اتباع خارجه از حیث حاکمیت اراده با قراردادهای ایرانیان متفاوت باشد» (شریعت باقری، ۱۳۹۱، ص ۱۳۵). رویه قضایی<sup>۳۷</sup> و رویکرد قانون‌گذار ایران در سال ۱۳۷۶ ش در ماده ۲۷ قانون داور تجاری بین‌المللی<sup>۳۸</sup>، مؤیدی دیگر بر تخییری تفسیر کردن ماده ۹۶۸ ق.م. است.

## ۲.۵. انتخاب صریح

در بحث قبلی دیدیم که ماده ۹۶۸ از قواعد آمره نیست تا توافق طرفین برخلاف آن بر انتخاب قانون حاکم بر قرارداد باطل باشد. از طرف دیگر، طرف ایرانی از سال ۱۳۷۶ به بعد با تصریحی که در قانون داور تجاری بین‌المللی آمد، حق انتخاب صریح قانون حاکم را بر تعهدات قراردادی‌اش دارد. بنابراین، طرفین مجازند تا به استناد اصل بنیادین استقلال اراده، روابط معاملی خود را تحت قانون منتخب قرار دهند.

در حال حاضر ماده ۹۶۸ ق.م. با ماده ۲۷ قانون داور تجاری بین‌المللی ایران قابل جمع می‌باشد: ماده ۲۷ یکی از موارد سکوت ماده ۹۶۸ را پر کرده و رسیدن به تفسیری معتبر از طریق عام مقدم و خاص مؤخر و همچنین تفسیر موسع از ماده ۱۰ ق.م. در باب حاکمیت اراده را تأیید می‌کند (نک: امیرمعزی، ۱۳۹۱، ص ۱۲۲).

۳۷. رأی شماره ۱۴۷۸ مورخ ۱۳۵۲/۱۰/۱۷ شعبه هفتم دیوان عالی مقرر می‌دارد: «... ایراد عدم اهلیت نسبی داور (مؤسسه پنبه لیورپول) به عنوان تابعیت خارجی آن وارد نیست؛ چه طبق قسمت اخیر ماده ۶۳۳ قانون آیین دادرسی مدنی، مطلق بیگانگی داور موجب بطلان قرارداد داور نیست، بلکه بطلان و بلاثر بودن قرارداد داور منحصر است به موردی که داور دارای تابعیت طرف معامله باشد و حال آنکه وحدت تابعیت طرف معامله و داور اساساً مورد ادعا قرار نگرفته است. ماده ۹۶۸ ق.م. تعهدات ناشی از عقود را تابع قانون محل وقوع عقد می‌داند؛ مگر اینکه متعاقدين آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند. بنابراین طبق قسمت اخیر این ماده، تراضی طرفین بر اینکه قرارداد تابع مقررات مؤسسه لیورپول است، منع قانونی ندارد» (به نقل از: جنیدی، ۱۳۷۶، صص ۲۸۷-۲۸۶).

۳۸. ماده ۲۷ قانون داور تجاری بین‌المللی مقرر می‌دارد: «داور بر حسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند، اتخاذ تصمیم خواهد کرد. تعیین قانون یا سیستم حقوقی یک کشور مشخص به هر نحو که صورت گیرد، به عنوان ارجاع به قوانین ماهوی آن کشور تلقی خواهد شد، قواعد حل تعارض، مشمول این حکم نخواهد بود؛ مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند».

### ۳.۵. انتخاب ضمنی

در صورت عدم انتخاب صریح قانون حاکم از سوی طرفین، باید به دنبال کشف اراده ضمنی طرفین بود. این اراده ضمنی باید به موجب اوضاع و احوالی که قرارداد در آن شکل گرفته است، استنباط شود. سیستم‌های حقوقی که انتخاب ضمنی را پذیرفته‌اند، در عمل نظر به موردی دارند که یک انتخاب حقیقی توسط طرفین در قرارداد وجود دارد، اما این انتخاب با کلمات و بیان صریح مشخص نگردیده است و بند انتخاب قانونی در قرارداد مشهود نیست (نیکبخت، ۱۳۷۶، ص ۱۹۰). ماده ۹۶۸ ق.م. در مورد انتخاب ضمنی قانون حاکم ساکت است، ولی با پذیرش نظریه قانون مناسب در ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی، می‌توان چنین تحلیل کرد که در صورت سکوت طرفین بر قانون حاکم، کلیه اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد بررسی می‌شود و قانونی که با توجه به این اوضاع و احوال مناسب تشخیص داده شود به عنوان قانون حاکم بر قرارداد خواهد بود. بند ۲ ماده ۲۷ قانون داوری مقرر می‌دارد: «در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین، داور براساس قانونی به ماهیت اختلاف رسیدگی خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارض، مناسب تشخیص دهد». همچنین بند ۴ همین ماده بیانگر این نکته است که داور باید در کلیه موارد براساس شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم کند و عرف بازرگانی موضوع مربوط را مورد نظر قرار دهد.

### ۴.۵. انتخاب فرضی

چنانچه اراده طرفین به طور صریح یا ضمنی از قرارداد ایشان قابل کشف نباشد، باید اراده فرضی را به ایشان نسبت داد. انتخاب فرضی به دو روش تقسیم می‌شود: روش قابل انعطاف (اختیار دادگاه)؛<sup>۳۹</sup> روش غیرقابل انعطاف (یا حکم قانون).

نظام حقوقی ایران از بین دو روش فوق، متمایل به شیوه غیرقابل انعطاف است (برای مطالعه بیشتر در این باره ر.ک. نیکبخت، ۱۳۷۶، صص ۲۰۵-۱۹۹). در حقوق ایران طبق ماده ۹۶۸ ق.م. چنین مقرر شده است که در فرض فقدان تعیین قانون حاکم توسط طرفین، قرارداد تابع قانون محل انعقاد باشد. در واقع، در حقوق ایران قانون محل انعقاد به عنوان قاعده ثابت تعارض برای تعیین قانون صلاحیت‌دار در نظر گرفته شده است (نصیری، ۱۳۸۳، ص ۱۰۱). حال باید دید در حقوق ایران چه مکانی را می‌توان محل وقوع عقد اینترنتی تلقی کرد؟ پیش از پاسخ به این سؤال این نکته قابل ذکر است که دادگاه برای توصیف محل انعقاد عقد، قانون مقرّ دادگاه را باید اجرا کند؛ زیرا توصیف محل انعقاد عقد یک توصیف اصلی است که در تعیین قانون صالح و لازم‌الاجرا مؤثر می‌باشد (نصیری، ۱۳۸۱، ص ۱۸۰؛ الماسی، ۱۳۸۲، ص ۲۰۸).

۳۹. انتخاب ضمنی با روش انتخاب فرضی قابل انعطاف مشابهت دارد، اما باید توجه داشت که اوضاع و احوالی که دادگاه در انتخاب ضمنی بررسی می‌کند به منظور کشف قصد حقیقی طرفین است؛ در حالی که در انتخاب فرضی قابل انعطاف به منظور یافتن سیستم حقوقی است (Dicey & Morris, ۱۹۹۳, p. ۱۱۹۰).

مسئله است که مکان تشکیل قرارداد، مکانی است که قبول معتبر در آن محقق شده است. اما این مکان در قراردادهای از راه دور چگونه قابل احراز است؟  
 اجمالاً باید گفت در خصوص مکان تشکیل عقد چهار نظریه وجود دارد: نظریهٔ اعلان قبول (Declaration of Acceptance Theory)، نظریهٔ ارسال قبول (Dispatch of Acceptance Theory)، نظریهٔ وصول قبول (Reception of Acceptance Theory) و نظریهٔ اطلاع از قبول (Notice of Acceptance Theory). تحلیل و ارزیابی ادله هر یک از این نظریات مجال دیگری می‌طلبد. به نظر می‌رسد نظریهٔ ارسال قبول (یا قاعدهٔ صندوق پستی) منطبق با اصول و قواعد رایج در نظام حقوق ایران و ضروریات تجارت بین‌الملل باشد. ذکر این نکته لازم است که ارادهٔ طرفین این قدرت را داراست که مکان انعقاد قرارداد را تعیین کند.

پس محل انعقاد عقد الکترونیکی جایی است که قبولی ارسال شده است. ارسال نیز زمانی صورت می‌گیرد که قبولی از سیستم کامپیوتری قابل، خارج شود (ر.ک. مواد ۲۶ تا ۳۰ قانون تجارت الکترونیکی). بنابراین، قانون محل اقامت ارسال‌کنندهٔ قبولی بر تعهدات ناشی از قرارداد حاکم است، مگر اینکه یک طرف قرارداد، مصرف‌کننده باشد و قانون محل انعقاد، حمایت‌های کمتری از قانون تجارت الکترونیکی ایران از وی به عمل آورد (ماده ۴۵ قانون تجارت الکترونیکی). در اینصورت قانون ایران بر قرارداد الکترونیکی حاکم است چنانکه شرح آن در بحث بعدی خواهد آمد.

#### ۵.۵. قرارداد تاجر - مصرف‌کننده (B2C)

برخلاف اتحادیهٔ اروپا، حمایت از مصرف‌کننده در حوزهٔ حقوق بین‌الملل خصوصی و تعیین قانون حاکم، مورد توجه قانون‌گذار ایران در قانون تجارت الکترونیکی (مصوب ۱۳۸۲) و قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان (مصوب ۱۳۸۸) قرار نگرفته است. این در حالی است که به موجب مادهٔ ۹ برنامهٔ جامع توسعهٔ تجارت الکترونیکی (مصوب ۱۳۸۴) دولت مکلف شده بود تا پایان سال ۱۳۸۵ الگوی قراردادی ویژه برای حل اختلاف دعاوی در الگوی B2C تدوین کند. ضرورت داشت تا قانون‌گذار ایرانی برای ترمیم نابرابری ذاتی قدرت معاملی در الگوی B2C محدودیت در آزادی انتخاب قانون حاکم به وجود آورد.<sup>۴۰</sup> قانون تجارت الکترونیکی در مادهٔ ۴۵ مقرر می‌دارد: «اجرای حقوق مصرف‌کننده به موجب این قانون نباید بر اساس سایر قوانین که حمایت ضعیف‌تری اعمال می‌کنند، متوقف شود». مفهوم این ماده این را می‌رساند که اگر حمایت قانون منتخب طرفین در الگوی B2C، کمتر از حمایت‌های قانون تجارت الکترونیکی باشد، حمایت‌های یاد شده در مادهٔ ۴۵ اعمال می‌شود و این بدین معناست که توافق طرفین در انتخاب قانون حاکم در صورتی که حمایت کمتری از مصرف‌کننده به عمل آورد، انحصاری نیست. این ماده را می‌توان بر تحدید اصل حاکمیت

۴۰. البته حمایت از مصرف‌کننده منحصر به تعیین قانون حاکم نیست. تعیین دادگاه صالح در الگوی B2C ضوابط خاصی می‌طلبد که پیش از این در مقالهای در مقام تعیین چنین دادگاهی، ارائهٔ تحلیل مبتنی بر نظریهٔ جهت‌دهی فعالیت (Targeting) به عنوان راهکار به قانونگذار ایرانی پیشنهاد شد (بنگرید: مافی، محمدی و کاویار، ۱۳۹۰).

اراده طرفین در الگوی قراردادی B2C تفسیر کرد که در نهایت به حمایت از مصرفکننده می‌انجامد. ماده ۴۶ نیز مقرر می‌دارد: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده، مؤثر نیست».

به نظر می‌رسد اتخاذ رویکرد اتحادیه اروپا به‌ویژه مقررات رم یک، با موازین مقرر در قانون تجارت الکترونیکی ایران قابل جمع باشد. بدین نحو که:

اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم در الگوی B2C محترم است.

قانونی که توسط تاجر و مصرف‌کننده انتخاب می‌شود نباید مصرف‌کننده را از حمایت‌های اعطایی به وسیله قواعد آمره در قانون محل سکونت عادی مصرف‌کننده محروم کند.

در راستای اعمال ماده ۴۵ از بین قانون منتخب و قانونی محل سکونت مصرف‌کننده، آن قانونی اعمال می‌شود که حمایت بیشتری از حقوق مصرف‌کننده به عمل آورده است.

### نتیجه

بحث‌هایی که در زمینه انتخاب قانون حاکم بر تعهدات الکترونیکی صورت گرفته به خوبی نشان می‌دهد که مفهوم آزادی انتخاب قانون توسط طرفین در دو رژیم حقوقی کشورهای دو سوی حوزه آتلانتیک شمالی (North Atlantic) چندان هم از یکدیگر فاصله ندارد. مبنای آنها مشابه یکدیگر است و در عمل به نتیجه واحدی می‌انجامد. هر دو رژیم در مورد استقلال طرفین در انتخاب قانون حاکم بر پایه «کارآمدی اقتصادی» (Economic Efficiency) استوارند (برای مطالعه بیشتر ر.ک. امیرمعزی، ۱۳۹۱، ص ۳۶۷، Gottschalk & et.al, 2007, pp. 153-183). در صورت عدم انتخاب قانون حاکم به نحو صریح یا ضمنی، قانونی بر قرارداد حاکم می‌شود که نزدیک‌ترین ارتباط را با قرارداد دارد. برای حمایت از مصرف‌کننده در الگوی قراردادی B2C، قانون کشور محل سکونت مصرف‌کننده حاکم است.

در حقوق ایران، موضوع در قوانین خاص مسکوت است، لذا باید قضیه را بر اساس عمومیت قانون مدنی تحلیل کرد. اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد در ماده ۹۶۸ ق.م. آمده است. به نظر می‌رسد که نظریه تخییری بودن، منطقی‌ترین روش تفسیر ماده ۹۶۸ ق.م. باشد. همانطور که دیدیم قوانین ایران فاقد مقرره‌ای خاص در خصوص تعیین قانون حاکم بر قراردادهای تجاری الکترونیکی است. این قانون به‌عنوان مهم‌ترین مقرره در زمینه تجارت الکترونیک، پیش‌بینی خاصی برای تعیین قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی نداشته است. کنوانسیون ۲۰۰۵ ملل متحد درباره استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی<sup>۴۱</sup> که در سال ۲۰۰۷ وارد نظام حقوقی کشورمان شده، در این مورد ساکت است. حال آنکه با توجه به تحولات اقتصاد جهانی و حرکت جهان از قراردادهای سنتی مبتنی بر کاغذ به سمت قراردادهای الکترونیکی، ضرورت تدوین مقررات حقوقی برای حل و فصل اختلافات تجارت الکترونیک بر قانون‌گذار ایرانی ثابت شده است<sup>۴۲</sup>، لیکن تاکنون هیچ اقدامی صورت

41. United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (2005).

۴۲. هیئت وزیران در جلسه مورخ ۱۳۸۴/۴/۵ بنا به پیشنهاد شماره ۴۹۳۴ مورخ ۱۳۸۴/۳/۲۳ وزارت

نگرفته است. پیشنهاد می‌شود که قانون‌گذار با مطالعه دقیق نظام‌های حقوقی پیشرو در زمینه تجارت الکترونیکی، همچون اتحادیه اروپا و ایالات متحده آمریکا، به تصویب مقرراتی جامع پیرامون صلاحیت قضایی و قانونی در دعاوی قراردادهای الکترونیکی اقدام نماید و حقوق ایران را در زمینه قراردادهای الکترونیکی با تحولات سریع تجارت الکترونیک در سطح جهان همسو کند.

عوامل ارتباطی را که قانون مقرر دادگاه برای تعیین قانون حاکم در اختیار قاضی قرار می‌دهد، می‌توان به دو دسته تقسیم کرد: عوامل مرتبط با خود قرارداد و عوامل مرتبط با طرفین. عوامل مرتبط با قرارداد عبارتند از: محل اجرای تعهد، محل انعقاد عقد و قانون نزدیک‌ترین ارتباط. عوامل مرتبط با طرفین عبارتند از: اقامتگاه، محل سکونت و محل تجارت. به نظر می‌رسد با توجه به خصوصیات قراردادها در فضای الکترونیکی و نیز مشکلات مربوط به شناسایی تعهد شاخص به عنوان رکن قانون واجد نزدیک‌ترین ارتباط، عوامل مرتبط با قرارداد نمی‌تواند برای تعیین قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی به کار آید. از آنجا که قانون‌گذار می‌تواند تجار را به بیان اقامتگاه، محل سکونت معمولی و محل تجارت در ایجاب‌های الکترونیکی ملزم نماید و تشخیص این مکان‌ها نسبت به عوامل یاد شده، راحت‌تر است، عوامل مرتبط با طرفین در شناسایی قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی قابل اعتمادتر به نظر می‌رسند.

## منابع

۱. اخلاقی، بهروز (۱۳۶۹)، «اسناد تجاری در قلمرو حقوق تجارت بینالملل (دیدگاه‌های پیمان ژنو ۱۹۳۰)»، مجله حقوقی، شماره ۱۲، بهار و تابستان، صص ۸۷-۱۳۸.
  ۲. ارفعیان، بهشید (۱۳۷۹)، حقوق بینالملل خصوصی: تعارض قوانین و تعارض دادگاهها، جلد دوم، تهران: انتشارات بهتاب، چاپ سوم.
  ۳. اسکینی، ربیعا؛ باقرآبادی، فرامرز (۱۳۹۰)، «تعهدات اساسی فرانسیزگیرنده در قراردادهای بینالمللی فرانسیز»، فصلنامه حقوق، دوره ۴۱، شماره ۳، پاییز، صص ۲۰-۱.
- بازرگانی و به استناد ماده ۷۹ قانون تجارت الکترونیکی، «برنامه جامع توسعه تجارت الکترونیک» را در ماده ۴۳ به تصویب رساند. در ماده ۲ این برنامه، «وزارت دادگستری مکلف است با همکاری قوه قضاییه و وزارت بازرگانی اقدامات زیر را انجام دهد:
- تدوین قانون آیین دادرسی خاص تجارت الکترونیکی و امکان طرح دعاوی حقوقی در فضای تبادل اطلاعات متناسب با فضای غیرمادی و نامحسوس آن با توجه به قانون تجارت ایران و رعایت اهمیت اصل سرعت در این نوع دعاوی، حداکثر تا پایان شهریور سال ۱۳۸۵؛
- تدوین قانون خاص در زمینه صلاحیت برای تجارت الکترونیکی ... حداکثر تا اسفند سال ۱۳۸۴.»
- در ماده ۳ برنامه، «وزارت دادگستری مکلف است با همکاری قوه قضاییه، نسبت به تدوین قواعد رفع تعارض قوانین جدید به عنوان بخشی از قانون عام آیین دادرسی مدنی، فضای تبادل اطلاعات و قانون خاص تجارت الکترونیکی از جمله قواعد داور و واسطه‌گری برخط برای تسهیل در حل و فصل اختلافات ناشی از تجارت الکترونیکی، حداکثر تا پایان سال ۱۳۸۴ اقدام کند.»

۴. اسلواکوا، زوزانا (۱۳۸۹)، «دادگاه صالح و قانون حاکم بر دعاوی ناشی از نقض علائم تجاری اینترنتی در اتحادیه اروپا»، ترجمه حسین کاویار و محسن صادقی، ماهنامه کانون، سال ۵۲، دوره ۲، شماره ۱۱۲، دی ماه، صص ۱۷۱-۱۵۱.
۵. اشمیتوف، کلایو. ام (۱۳۹۰)، حقوق تجارت بینالملل، جلد اول، ترجمه بهروز اخلاقی و همکاران، تهران: نشر سمت، چاپ دوم.
۶. السان، مصطفی (۱۳۸۵)، «بررسی نحوه تعیین قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی»، پژوهش حقوق و سیاست، پاییز و زمستان، شماره ۱۹، صص ۱۷۰-۱۳۹.
۷. الماسی، نجادعلی (۱۳۸۲)، تعارض قوانین، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، چاپ دهم.
۸. امیرمعزی، احمد (۱۳۹۱)، قواعد حل تعارض در قانون حاکم بر تعهدات قراردادی، تهران: مؤسسه انتشارات دادگستر، چاپ اول.
۹. پولانسکی، پاول زیمیسلاو (۱۳۸۷)، «انعقاد قراردادهای الکترونیکی بینالمللی در جدیدترین کنوانسیون سازمان ملل متحد»، ترجمه حسین کاویار، مجله حقوقی، سال ۲۵، شماره ۳۹، پاییز و زمستان، صص ۳۳۴-۳۱۳.
۱۰. جنیدی، لعیا (۱۳۷۶)، قانون حاکم در داوریهای تجاری بینالمللی، تهران: نشر دادگستر، چاپ اول.
۱۱. سلجوقی، محمود (۱۳۸۵)، حقوق بینالملل خصوصی: تعارض قوانین و تعارض صلاحیتها، جلد دوم، تهران: نشر میزان، چاپ سوم.
۱۲. سماواتی، حشمتالله (۱۳۷۷)، حقوق معاملات بینالمللی: نظری و کاربردی، تهران: انتشارات ققنوس، چاپ اول.
۱۳. شریعت باقری، محمدجواد (۱۳۹۱)، «حاکمیت اراده بر قراردادهای بین المللی خصوصی»، فصلنامه دیدگاههای حقوق قضایی، شماره ۵۸، تابستان، صص ۱۴۰-۹۷.
۱۴. شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۹)، حقوق تجارت بینالملل، تهران: نشر سمت، چاپ اول.
۱۵. کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۸۳)، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادهای (مفهوم عقد، انعقاد و اعتبار قرارداد و تراضی)، جلد اول، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ ششم.
۱۶. لاگارد، پل (۱۳۷۵)، «حقوق بینالملل خصوصی نوین در زمینه قراردادهای پس از لازمالاجراء شدن کنوانسیون رم ۱۹۸۰ ژوئن»، ترجمه محمد اشتری، مجله حقوقی، شماره ۲۰، بهار، صص ۳۴۵-۲۹۷.
۱۷. لینان دبلفون، زویه (۱۳۸۸)، حقوق تجارت الکترونیک، ترجمه ستار زرکلام، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، چاپ اول.
۱۸. مافی، همایون (۱۳۸۷)، «تحلیلی بر عملکرد دیوان داورای دعاوی ایران - آمریکا»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال دهم، شماره بیست و چهارم، بهار و تابستان، صص ۲۲۳-۱۷۷.
۱۹. مافی، همایون؛ محمدی، سام؛ کاویار، حسین (۱۳۹۰)، «دادگاه صالح برای رسیدگی به دعاوی ناشی از قراردادهای الکترونیکی»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۵، شماره ۷۴، تابستان، صص ۱۹۰-۱۶۱.
۲۰. نصیری، محمد (۱۳۸۱)، حقوق بینالملل خصوصی، تهران: نشر آگاه، چاپ نهم.
۲۱. نصیری، مرتضی (۱۳۸۳)، حقوق تجارت بینالمللی در نظام حقوق ایران، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، چاپ اول.
۲۲. نیکبخت، حمیدرضا (۱۳۷۶)، «چگونگی تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی»، دو فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۲۲-۲۱، زمستان تا تابستان، صص ۲۲۰-۱۸۳.
23. Behr. Volker., (2011), «Rome I Regulation: A Mostly Unified Private International Law of Contractual Relationships within Most of the European Union», *Journal of Law and Commerce*, Vol. 29, pp. 233-272.
24. Born. G., (2006), *International Civil Litigation in United States Courts*, Aspen Publishers, 4<sup>th</sup> Ed.
25. Brilmayer. R. L., (1995), *Conflict of Laws: Cases and Materials*, Aspen Publishers, 4<sup>th</sup> Ed.



26. Chissick. M., Kelman. A., (2002), *Electronic Commerce: Law and Practice*, London: Sweet & Maxwell, 3<sup>th</sup> Ed.
27. Currie. B., (1963), The Constitution and the Choice of Law: Governmental Interests and the Judicial Function, in B. Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, N.C: Duke University Press, 1<sup>th</sup> Ed.
28. Dicey. A.V., Morris. J.H.C., (1993), *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, London: Sweet & Maxwell, 12<sup>th</sup> Eds.
29. Freedman. B. J., (2000), «Electronic Contracts under Canadian Law-A Practical Guide», *Manitoba Law Journal*, Vol. 28, No. 1, pp. 1-60.
30. Garner. B. A., & et.al., (1999), *Black's Law Dictionary*, USA: West Group Pub, 17<sup>th</sup> Eds.
31. Gottschalk. Eckart., & et.al., (2007), *Conflict of Laws in a Globalized World*, New York: Cambridge University Press, 1<sup>th</sup> Ed.
32. Kendall. V., (1995), *EC Consumer Law*, London: Wiley Chancery, 1<sup>th</sup> Ed.
33. Lindberg. A., (1997), *Jurisdiction on the Internet—The European Perspective: An Analysis of Conventions, Statutes and Case Law*, American Bar Association, 20 July 1997, <<http://www.abanet.org/buslaw/cyber/initiatives/eujuris.html>>.
34. Matulionyte. Rita., (2011), *Law Applicable to Copyright*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 1<sup>th</sup> Ed.
35. Nimmer. R.T., (1999), *UCITA: Modern Contract Law for a Modern Information Economy*, in Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property, Course Handbook Series, New York: Practising Law Institute.
36. Patchel. K., (2000), «Choice of Law and Software Licenses: A Framework for Discussion», *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 26, Issue. 1.
37. Plotkin. M. E., & et.al., (2003), *E-Commerce Law & Business*, Volume I, USA: Aspen Publishers, 1<sup>th</sup> Ed.
38. Šarčević. Petar., and et.al., (2008), *Yearbook of Private International Law*, Volume X, Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 1<sup>th</sup> Ed.
39. Swire. P., (1998), «Of Elephants, Mice, and Privacy: International Choice of Law and the Internet», (August 1998). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=121277>
40. Todd. Paul., (2005), *E-Commerce Law*, London: Cavendish Pub, 1<sup>th</sup> Ed.
41. Zekos. Georgios. I., (2005), «State Cyberspace Jurisdiction and Personal Cyberspace Jurisdiction», *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 15, No. 1, pp. 1-37.