

جنبه‌های حقوقی داوری آنلاین*

مصطفی‌السنان^۱

تاریخ دریافت: ۸۵/۴/۲۸

تاریخ تأیید: ۸۵/۱۰/۶

دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی

چکیده

ممکن شدن انجام تمام یا قسمتی از چرخه تجارت (تبلیغ، دعوت به معامله، سفارش، ایجاب، قبول، تحویل و دریافت) به شیوه الکترونیکی، در مورد بسیاری از کالاها، تفکر حل و فصل اختلافات به همان شیوه را تقویت کرده است. داوری آنلاین تنها یکی از راه‌هایی است که اندیشیده شده و عملی گشته است. بنابراین امکان قضاوت یا میانجی‌گری آنلاین منتفی نمی‌باشد. در این مقاله، با تأکید بر اعتبار داوری آنلاین، به رغم پاره‌ای از مشکلات تحلیلی و اجرایی آن، به بررسی ماهیت، مزایا، معایب، خلأها و سایر مسایل حقوقی راجع به آن خواهیم پرداخت. دو رویکرد ضرورت صدور آرای قابل اجرا و شمول کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک بر آرای صادره در داوری آنلاین در سراسر مقاله ما را همراهی می‌کند. واژگان کلیدی: داوری آنلاین، آیین داوری، داوری منصفانه، کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک، اجرای رای داوری و قانون حاکم.

مقدمه

اینترنت به گسترش تعاملات بین‌المللی و تنوع آنها منجر شده است. تجار از تمام جهان با هم قرارداد منعقد می‌کنند و مالکیت معنوی ممکن است به انحای مختلف، به صورت آنلاین مورد تعرض قرار گیرد. بین‌المللی شدن روابط، منحصر به تجار نیست؛ مصرف‌کنندگانی از سراسر جهان به بازرگانی آنلاین پیوسته‌اند و همین امر، تفکر یافتن راه حلی «هم‌خط» را برای حل و فصل اختلافات «برخط»، موجب شده است. به عبارت دیگر، مطلوب آن است که تا حد امکان، اختلافات آنلاین در همان فضای الکترونیکی حل و فصل شود.

یکی از مسائل ناشی از بین‌المللی شدن اینترنت، اجراست، اجرای قراردادها و اعمال حقوق مالکیت معنوی نیازمند صرف وقت و هزینه فراوانی می‌باشد. در نتیجه، در اغلب موارد، داوری این دسته از پرونده‌ها در دادگاه‌های سنتی یا داوری چندان مناسب نبوده و یا حتی غیرممکن است. لذا باید به دنبال توسعه داوری در فضای مجازی بود. این مثل را باید پذیرفت که «اختلافات آنلاین باید به شیوه آنلاین حل و فصل گردد». برای تحقق داوری آنلاین یا میانجی‌گری در فضای مجازی، باید نظامی برای مبادله و واسطی برای امکان ارتباط اندیشیده شود. در این مورد، ارتباط

* این مقاله با راهنمایی‌های دکتر محمدعلی بهمنی (عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی) به سامان رسیده است.

اغلب از طریق اینترنت انجام می‌گیرد. برای مثال، امکان دارد که از نامه الکترونیکی به عنوان گیرنده و فرستنده پیام‌ها استفاده شود. فناوری‌های دیگر ارتباط همچون تلفن، شبکه‌های محلی، ویدئوکنفرانس و حتی ماهواره نیز قابل استفاده می‌باشند. داوری آن‌لاین، نظام نسبتاً جامعی برای حل و فصل اختلاف به شمار می‌آید. البته، آن‌لاین بودن بدین معنا نیست که در صورت لزوم از شیوه‌های سنتی استفاده نشود. رسیدگی آن‌لاین ممکن است تحت هدایت یکی از نهادهای مشهور داوری باشد (NADRAC Principles, 2002). یا به‌طور مستقل انجام یابد.

هر روز از هزینه فناوری کاسته می‌شود و روش‌های جدیدتری برای ارتباط معرفی می‌گردد (Ibid: 3). همین امر اطمینان به آینده دادرسی آن‌لاین را بیشتر می‌نماید. نرم‌افزارهایی که برای ذخیره، پردازش، اثبات اصالت و صحت مدارک مبادله شده به کار می‌روند، امکان ادعای حقوقی و ضابطه‌مند بودن روند دادرسی آن‌لاین را فراهم ساخته‌اند. برای مثال، اقامه و ثبت دعوا در پایگاه اینترنتی (Online Dispute.Org) کاملاً خودکار انجام می‌شود. به علاوه، استفاده از فناوری هوش مصنوعی و بدل‌های انسانی، تصور داور مجازی، به مفهوم دادرسی را که به شکل خودکار، خواسته و دلایل را بررسی نموده و اقدام به صدور رأی می‌نماید. ممکن می‌سازد (Katsh & Rifkin, 2001; Schellekens & Vander Wees, 2002: 271-300).

اینترنت، ضرورت رو در رو شدن طرفین اختلاف را به عنوان رکن لازم برای ملاقات حضوری آنها از بین برده است. در واقع، طرفین می‌توانند بدون حضور، از طریق وسایل ارتباط دیداری و شنیداری صدا و تصویر همدیگر و دادرس را به‌طور همزمان/ آن‌لاین دریافت نمایند. همین امر از لحاظ فنی، امکان تشکیل «جلسات مجازی» (Virtual Hearing) را فراهم می‌نماید. واسطه‌ها بقراری ارتباط و به‌کارگیری نرم‌افزارها را بر عهده دارند و عملاً دیوانی کاملاً مجازی تشکیل می‌شود که در صورت عدم بروز مشکل، اقدام به صدور رأی خواهد کرد؛ بدون این‌که حضور فیزیکی لازم باشد یا نوشته‌ای مبادله شده باشد.

داوری آن‌لاین، به لحاظ ماهوی از قواعد یکسانی در مقایسه با دادرسی سنتی تبعیت می‌کند. برای مثال، «تراضی» طرفین در برگزاری و جریان دادرسی تا صدور حکم تأثیر عمده‌ای دارد و این امر هیچ‌گاه منتفی نیست که رسیدگی با میانجیگری یا گفت‌وگو یا سازش آن‌لاین، پیش از این‌که مهیا یا مختوم به حکم شود، خاتمه یابد. البته حضور واسطه‌های فنی ناشی از ارتباطات، دخالت افرادی متخصص را می‌طلبد که همین امر و برخی مسائل دیگر، گاه منجر به ایجاد پارادایم از اشکالات می‌شود که اغلب جنبه حقوقی دارند. با این فرض که به لحاظ ماهوی، تفاوتی بین داوری آن‌لاین و نوع سنتی آن وجود ندارد و این دو فقط در «تشریفات» باهمدیگر اختلاف دارند و نیز بر این مبنا

که لازمه صحت و اعتبار داوری آن‌لاین، رعایت حقوق طرفین و اصول دادرسی عادلانه است و تخلف از این اصول و قواعد، منجر به بی‌اعتباری رسیدگی انجام شده خواهد بود، در گفتارهایی به شرح زیر به بررسی جنبه‌های حقوق داوری آن‌لاین خواهیم پرداخت:

- ۱- کلیات؛
- ۲- داوری آن‌لاین و دادرسی عادلانه؛
- ۳- فنون داوری آن‌لاین؛
- ۴- موافقتنامه، محل داوری و مفهوم اقامتگاه در داوری آن‌لاین؛
- ۵- آیین داوری، قانون حاکم و اجرای رأی در داوری آن‌لاین.

۱- کلیات

انجام پاره‌ای از اقدامات راجع به دادرسی از طریق اینترنت یا سایر وسایل ارتباط الکترونیکی، لزوماً «داوری آن‌لاین» به شمار نمی‌آید. بنابراین لازم است، نخست مفهوم و فرایند این شیوه از دادرسی تبیین گردد. به علاوه، داوری آن‌لاین دارای مزایا و معایبی است که امکان دارد گرایش به آن را کمرنگ کرده یا به حیطه‌های خاصی محدود نماید. بررسی موردی داوری آن‌لاین در مورد یکی از سازمان‌های فعال در زمینه «نام‌دامنه» (Domain Name) در اینترنت نیز برای ورود به بحث، خالی از فایده نخواهد بود.

۱-۱- مفهوم و پیشینه داوری آن‌لاین

تعریف این اصطلاح چندان ساده نیست. در واقع اولین مسئله این است که آیا فضای مجازی، قید منشأ اختلافات است یا شیوه حل و فصل آنها. از سوی دیگر، معانی متعددی از فضای مجازی و دادرسی در این فضا می‌توان ارائه داد (Girsberger & Schramm, 2002: 606). استفاده از داوری در دعاوی الکترونیکی، به دلیل عدم تحقق تمام شرایط لازم برای آن، چندان منطقی به نظر نمی‌رسد. در واقع، داوری مستلزم دادرسی و طی تشریفات خاصی می‌باشد که نتیجه آن صدور رأی الزام‌آور و قابل اجراست. بنابراین و با لحاظ اینکه امروزه از «روش‌های جایگزین» (Alternative Dispute Resolution [ADR]) برای حل و فصل اختلافات تجاری الکترونیکی استفاده می‌شود، شاید ادعای محصور شدن در همان نهاد مطرح گردد. به همین دلیل است که در توصیف امر از اصطلاح عام‌تری به نام «حل و فصل آن‌لاین اختلافات» (Online Dispute Resolution [ODR]) استفاده می‌شود تا شامل تمام انواع شیوه‌های قابل تصور برای حل و فصل اختلافات باشد. اگرچه هنوز هم این‌که اصطلاح اخیر شامل روش‌هایی همچون مذاکرات یا میانجیگری یا واسطه‌های الکترونیکی می‌شود یا نه، محل تردید می‌باشد.

استفاده از چنین مکانیسمی، هنوز هم در رویه کشورهای اروپایی به ندرت انجام می‌گیرد. بر عکس، در ایالات متحده، استفاده از شیوه آن‌لاین برای حل و فصل اختلافات تجاری شروع شده و منجر به آغاز مباحثی در این مورد در اتحادیه اروپا شده است. مسائلی همچون اطمینان، ایمنی، الزام و قابلیت اجرا، هزینه‌ها، استقلال شخص ثالثی که از طریق سیستم‌های الکترونیکی به عنوان واسطه قرار می‌گیرد، نحوه تعیین تکلیف، علنی بودن و دادرسی عادلانه از عمده مباحثی هستند که می‌توان آنها را در مورد شیوه آن‌لاین طرح کرد و در تحقق تک‌تک آنها تردید نمود.

دادرسی مجازی (Virtual Magistrate)، نخستین خدمت داوری آن‌لاین از نوع خود است که در مارس ۱۹۹۶ ایجاد گردید. دو سازمان حقوق در فضای مجازی (Cyber Law Institute [CLI]) و مرکز ملی مطالعه اطلاعات خودکار (National Center for Automated Information Research [NCAIR])^۱، در ایالات متحده، این تأسیس را راه انداختند و هدف حل و فصل سریع و مدیریت و آزادانه روند داوری بوده است. دادرسی مجازی محدود به کاربران سیستم‌های آن‌لاین، کسانی که مدعی زیان از پیام‌ها، نامه‌ها یا پوشه‌های الکترونیکی هستند و کارمندان سیستم بوده است (www.vmag.org).

در دادرسی آن‌لاین، فناوری در اختیار روش‌های جایگزین قرار گرفته است. روش‌های جایگزین در این مفهوم عام به معنی حل و فصل اختلافات از طریق غیر از دادگاه است که شامل سایر طرق رسیدگی حقوقی نظیر داوری می‌شود. به عبارت دیگر، دادرسی آن‌لاین، فناوری اطلاعات و شیوه‌های ارتباط از راه دور را برای فرایند دادرسی آن‌لاین نظیر میانجیگری، سازش و داوری به کار می‌گیرد. بنابراین، دادرسی آن‌لاین ضرورتاً نوعی توسعه در قلمرو روش‌های جایگزین به شمار می‌آید و دارای مزایای آن از جمله تأثیر بیشتر، اختیار و کنترل طرفین بر دادرسی، هزینه‌های کمتر و سرعت رسیدگی است. در واقع، ظهور فناوری‌های جدید از برخی جنبه‌ها به مزایای روش‌های جایگزین افزوده است. اگر چه دادرسی آن‌لاین بنا بر یک مفهوم مدیریت دادرسی‌ها از طریق وسایل ارتباطی جدید است، اما نباید فراموش کرد که تغییر وسایل، منجر به تغییر روش حل و فصل اختلاف نیز شده است. بنابراین باید اذعان داشت که شیوه آن‌لاین، خط مشی جدیدی را در حل و فصل اختلافات معرفی می‌کند.

دادرسی آن‌لاین به ویژه در مواردی مفید است که طرفین در فواصلی دور از هم قرار گرفته‌اند که به ناچار مسافرت را می‌طلبند. به طور خاص امکان استفاده از دادرسی آن‌لاین برای اختلافات آن‌لاین و «برون‌خط» (Offline) وجود دارد و نباید تصور آن‌لاین بودن روش، آن‌لاین بودن منشأ اختلاف را نیز تقویت نماید. به‌رغم این حقیقت، شیوه آن‌لاین اغلب برای دعاوی تجارت

۱- در سال ۱۹۶۶ به عنوان مؤسسه‌ای غیرانتفاعی در ایالت نیویورک ایجاد شد (See: www.law.ufl.edu/ficair).

الکترونیکی به کار گرفته می‌شود که در آن به طور منطقی از وسیله‌ای مشابه، همچون اینترنت برای حل و فصل اختلافات میان طرف‌هایی که از هم فاصله‌ای طولانی دارند، بهره گرفته می‌شود. البته باید بین دادرسی‌هایی که کاملاً آن‌لاین برگزار می‌شوند و رسیدگی‌هایی که برخی از قسمت‌های آن آن‌لاین است، قائل به تفکیک شد. در واقع، تمایز دقیقی وجود ندارد، اما در هر دادرسی که به نوعی از وسایل شیوه‌های نوین ارتباط استفاده شود، می‌تواند داخل در دسته‌بندی شیوه آن‌لاین باشد. این نقش بسته به مورد، ممکن است کم یا زیاد باشد.

شیوه آن‌لاین مفهومی منحصر نیست که دخالت روش‌های سنتی را نفی نماید. در اکثر موارد حل و فصل اختلاف مستلزم استفاده از تلفیقی از روش‌های سنتی و شیوه آن‌لاین است. به علاوه باید بین شیوه آن‌لاین در روابط تجار و همان مفهوم در رابطه با مصرف‌کننده، قائل به تفکیک شد، چرا که منافع تعیین‌کننده طرفین در این دو تفاوت بسیار دارند. حل و فصل اختلافات، ناگزیر از حیث مدیریت اطلاعات، و پردازش آنها و برقراری ارتباط مقوله‌ای پیچیده به شمار می‌آید. بنابراین حال که فناوری جدید برای این امر خطیر پیشگام شده است، باید احتیاط لازم را در همه مراحل و سطوح به کار بست.

۲-۱- فرایند داوری آن‌لاین

به لحاظ جدید بودن داوری آن‌لاین، رویه متحدالشکلی در سطح بین‌المللی برای استفاده از این شیوه از حل و فصل اختلافات وجود ندارد. این امر را نمی‌توان ایراد دادرسی آن‌لاین محسوب داشت. زیرا داوری در فضای سنتی نیز از قواعد یکسانی تبعیت نمی‌کند. همانند داوری سنتی، برخی از مؤسسات اصول، قواعد، تشریفات و تشکیلاتی را برای دادرسی آن‌لاین معرفی کرده و اقدام به ارائه خدمات دادرسی آن‌لاین در قبال دریافت هزینه نموده‌اند.^۱ ملاحظه در رویه مؤسسات مذکور بیانگر آن است که می‌توان فرایند کلی آن‌لاین را به شکل زیر ترسیم نمود:

- موافقتنامه داوری که به موجب آن دادرسی اختلافات فعلی یا آتی به رسیدگی آن‌لاین، به طور کلی یا دادرسی آن‌لاین نهاد معین ارجاع می‌گردد.
- مراجعه عملی به دادرسی آن‌لاین و طی تشریفات فنی لازم، مثل ثبت دادخواست، تعیین قواعد و ...
- تبادل لوایح به شیوه الکترونیکی و ارائه مدارک و ادله به همین روش.

۱- برای مثال نک:

- برگزاری جلسات رسیدگی به شیوه الکترونیکی رد صورت لزوم.
 - پرسش از طرفین اختلاف و پاسخ ایشان به شیوه الکترونیکی.
 - دعوت به مصالحه و حل و فصل مسالمت‌آمیز.
 - صدور رأی در صورت عدم حصول سازش و ابلاغ آن به شیوه آن‌لاین به طرفین اختلاف همراه با پیش‌بینی امکان یا عدم امکان تجدیدنظر.
 - اجرای آن‌لاین یا سنتی رأی صادره.
- چنان‌که ملاحظه می‌شود، داوری آن‌لاین حاوی قید جدیدی نسبت به شیوه‌های سنتی حل و فصل اختلاف نیست. تنها تغییر فضا است که جلوه‌ای دیگر از نحوه ارتباط و تعامل را معرفی کرده است. دقیقاً همین امر منجر به آن شده است که داوری آن‌لاین دارای مزایا یا معایبی باشد.

۳-۱- معایب داوری آن‌لاین

ممکن است این ایراد به داوری آن‌لاین وارد باشد که در آن حسن داوری از میان می‌رود، چرا که برای مثال برای تشکیل جلسات از طریق تلفن یا استفاده از وسایل غیر دیداری اینترنتی، امکان رو در رو شدن طرفین به لحاظ مادی از بین می‌رود (Manevy, 2001: 31). در پاسخ، ضمن اذعان به معایب هر نظام از بین برنده فاصله‌ها و هزینه‌های زاید، باید اذعان داشت که پیشرفت‌های فناوری این عیوب را به حداقل رسانیده است. برای مثال در اینترنت امکان ارتباط تصویری وجود دارد که در واقع معادلی برای ارتباط رو در رو می‌باشد. از جمله معایب دیگر که طرح آن منتفی نیست، می‌توان به تحمیل برخی از تزییقات به خواهان یا خواننده و عدم رسیدگی به مسئله خسارت (کامل نبودن دادرسی) اشاره کرد.

مذاکره، داوری، سازش و اجرا مفاهیمی هستند که با تصور انجام مستقیم آنها از سوی افراد انسانی طراحی شده‌اند. داوری آن‌لاین فاقد ویژگی ارتباط، احساس، فهم مشترک، روح حاکم بر مسائل و جو حاکم بر جلسات مذاکره و داوری است. داوری آن‌لاین، از آن جهت ذاتاً ناقص محسوب می‌گردد که این ایرادها، به هیچ وجه قابل رفع به شمار نمی‌آیند؛ ارتباط رو در رو تبعاتی دارد که مکالمه تلفنی یا ارتباط ویدیویی فاقد آن است. به علاوه، عدم حضور به تنهایی محدودیت‌هایی را از حیث بازجویی، تحقیق و استعلام به مرجع رسیدگی تحمیل می‌نماید.

۴-۱- مزایای داوری آن‌لاین

سرعت، ارزانی، آسانی دسترسی، امکان ذخیره و دسترسی آسان به اطلاعات، محدود نبودن به مرزها و همگام بودن با تحولات را از مزایای داوری آن‌لاین برشمرده‌اند (Clark et al, 2003: 9).

میانجیگری سریع برای حل و فصل اختلافات، اصالت اسناد و مدارک طرفین در صورت به روز بودن نرم‌افزارهای به کار گرفته شده برای طراحی و ارزیابی آنها و عدم نیاز به حضور فیزیکی طرفین اختلاف و داور، از جمله دیگر مزایای داوری آن‌لاین به شمار می‌آید. ذخیره خودکار اطلاعات و مدارکی که مبادله می‌شود و نیز ضبط تمام فرایند دادرسی، در داوری آن‌لاین چنان کامل است که نمی‌توان معادلی برای آن در دنیای سنتی یافت.

نکته جالب دیگر، در خصوص امکان استفاده از زبان‌های متعدد در دادرسی واحد می‌باشد. در واقع نرم‌افزارهای ترجمه امکان آن را فراهم ساخته‌اند که مدارک یا اطلاعات دیگر مبادله شده در رابطه طرفین، به زبان یا زبان‌های معتبر دنیا ترجمه شده و در اختیار داور و طرفین داوری قرار گیرد (Rule & Villamor, 2004). داوری آن‌لاین، این امکان را فراهم ساخته که به جای حضور اطراف داوری از نقاط مختلف جهان، آنها هر کدام در محل کار خود، پشت رایانه‌های بنشینند و به طور کامل در جریان داوری اختلاف خویش قرار گیرند. بنابراین «راحتی» مهم‌ترین رهاورد داوری آن‌لاین به شمار می‌آید.

قابلیت پخش مکرر جلسات رسیدگی آن‌لاین، توان مرجع رسیدگی را در بازبینی دقیق ادله و اظهارات شهود بیشتر می‌سازد و همین امر احتمال این‌که رأی صادره منصفانه و صحیح‌تر از معادل سنتی آن باشد را افزایش می‌دهد. به علاوه، رعایت اصول دادرسی و ساختار خاص داوری آن‌لاین، در ضرورت اختصاری بودن رسیدگی، موجب افزایش کنترل طرفین اختلاف بر روند داوری شده و مانع از اقدامات پشت پرده‌ای می‌شود که به ویژه در دعاوی تجاری بین‌المللی و قراردادهای دولتی احتمال آن وجود دارد. سرانجام باید اذعان داشت که داوری آن‌لاین، بهترین شیوه برای حل و فصل اختلافات ناشی از تجارت الکترونیکی و ارتباط اینترنتی به شمار می‌آید. دقیقاً به دلیل گسترش ارتباطات آن‌لاین است که ایجاد گردیده، از منظر فنی، ارتباط و تعامل افرادی از جاهای مختلف جهان اقتضا دارد که اختلافات آنها نیز تا حد امکان در دادگاه یا مرجع داوری آن‌لاین حل و فصل گردد.

۵-۱- کارکرد داوری آن‌لاین (مطالعه موردی)

به طور موردی، حل و فصل اختلافات ناشی از نام‌دانه‌ها در ایالات متحده، به شیوه آن‌لاین انجام می‌گیرد. «اتحادیه اینترنتی نام‌ها و ارقام ثبت‌شده»^۱ به تعریف رویه حل و فصل اختلافات با عنوان «رویه متحدالشکل حل و فصل اختلافات راجع به نام‌دانه» (یو.دی.پی.آر)^۲ در این زمینه

1. Internet Corporation for Assigned Names and Numbers [ICANN]. At: www.icann.org

2. Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy [UDRP]. At: www.icann.org/udrp/udrp.htm; see also: Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, (the "Rules"). At: www.icann.org/udrp/udrp-rules-24oct99.htm

پرداخته است. رویه مذکور شامل تشریفات خاص قابل اجرا در مورد نام دامنه (Domain Name) می‌باشد. قواعدی نیز در این زمینه تدوین گردیده است.

روش یو.دی.پی.آر. داوری به مفهوم خاص آن به شمار نمی‌آید، بلکه شخص بی‌طرفی اقدام به تصمیم‌گیری می‌کند که لزوماً مانع از رسیدگی در محاکم دولتی نیست؛ زیرا رأی صادره برای محاکم الزام‌آور نمی‌باشد. استفاده از شیوه آن لاین در یو.دی.پی.آر موفقیت‌های عمده‌ای را در پی داشته است. بیش از هزار پرونده از زمان تأسیس این بنگاه در آن حل و فصل شده است. آیین یو.دی.پی.آر به این صورت است که خواهان (یعنی شخصی که نام دامنه ثبت شده وی مورد تعرض قرار گرفته)، تقاضای کتبی خود را ثبت نموده و هزینه دادرسی را برای ارائه خدمات به شیوه آن لاین می‌پردازد (مواد ۴ و ۱۹ قواعد). خواننده نیز صلاحیت یو.دی.پی.آر را می‌پذیرد. پاسخ خواننده باید در مدت پنج روز واصل شود. پس از دریافت پاسخ، ظرف پنج روز، سرویس دهنده داوری آن لاین، شخص ثالث بی‌طرفی را که اصطلاحاً Neutral نامیده می‌شود، تعیین می‌نماید، مگر این‌که طرفین خواهان رسیدگی در هیأت سه نفره شوند (ماده ۶ قواعد). داور یا هیأت داوران در مدت چهارده روز اتخاذ تصمیم می‌کنند (ماده ۱۵ قواعد). سرویس‌دهنده داوری آن لاین، رأی را در مدت سه روز به طرفین، مرجع ثبتی و بنگاه ابلاغ نموده و آن را در پایگاه اینترنتی خود منتشر می‌کند (ماده ۱۶ قواعد). اگر داور یا داوران به این نتیجه برسند که نام دامنه به خواهان تعلق دارد، مرجع ثبت‌کننده این تصمیم را اجرایی می‌سازد، مگر اینکه خواننده اثبات نماید که دعوی به همین مضمون در دادگاه طرح کرده است (بند (ج) ماده ۳ و بند (ک) ماده ۴ رویه).

۲- داوری آن لاین و دادرسی عادلانه

مهم‌ترین مزایای داوری آن لاین، یعنی سرعت و ارزانی، ممکن است با تضمین‌های دادخواهی که بنیان هر نظام دادرسی را تشکیل می‌دهند، در تعارض باشد. یکی از مهم‌ترین ابعاد که باید مورد توجه قرار گیرد، ترکیب افرادی است که به مسئله ارتباط می‌یابند. در حالی‌که دعاوی شیوه آن لاین مقتضی سرعت و ارزانی است، در داوری نسبت به اختلافات، باید توجه ویژه‌ای به دقیق و عادلانه بودن دادرسی با هدف حمایت از مشتری معطوف گردد. به‌علاوه، ماهیت توافق طرفین دارای اهمیت فراوانی است؛ تعداد کمی از افراد با اراده و قبول مسئولیت و با هدف حل و فصل اختلافات به دادخواهی راضی می‌شوند و همین امر نیاز به دادرسی دقیق را دو چندان می‌کند.

یکی از مهم‌ترین ارکان دادرسی عادلانه، رسیدگی شفاهی و حضوری است، اعم از این‌که

شیوه داوری آن‌لاین یا برون‌خط باشد.^۱ شرایط آن عبارتند از: ۱) استقلال و بی‌طرفی داور؛ ۲) حق استماع دعوا و ۳) رضایت طرفین به تشریفات دادرسی. لازمه تحقق این شرایط، حصول اطمینان از ماهیت طرفین اختلاف، اعلام رضای قاطع آنها به دادرسی و وجود ادله مثبت قانع‌کننده می‌باشد. این اصول، از جمله در مواد ۳۴ و ۳۶ قانون نمونه آستیتال و ماده ۵ کنوانسیون نیویورک انعکاس یافته‌اند. آنها حقوق خدشه‌ناپذیر طرفین داوری محسوب گردیده و مبنای هر نوع رسیدگی در تمام نقاط دنیا به شمار می‌آیند. در این‌جا فقط به بررسی عمده‌ترین این حقوق خواهیم پرداخت.

۱-۲- بی‌طرفی و رفتار مساوی با طرفین

اصولاً، رعایت اصل بی‌طرفی (بعد عینی / ماهوی) و استقلال (بعد ذهنی / شکلی) در هر نوع دادرسی الزامی است (Redfern & Hunter, 1999: 217). به همین دلیل، یکی از مسائلی که در داوری آن‌لاین باید مورد بررسی قرار گیرد، مسئله ارتباطها و ابلاغ‌های یک طرفه‌ای است که بین مرجع رسیدگی و یکی از طرفین انجام می‌گیرد. این روابط که طرف دیگر دعوا در آن نقشی و از آن اطلاعی ندارد، از حیث عدالت مخدوش بوده و علی‌الأصول در داوری سنتی دیده نمی‌شود. رادحل علمی برای پیشگیری از این مشکل، تهیه رونوشتی از پیام و ارسال آن به طرف دیگر دادخواهی می‌باشد. از این طریق حتی بهتر می‌توان، در مقایسه با داوری برون‌خط، بیم بی‌عدالتی را از بین برد. تذکر این نکته لازم است که دادرسی می‌تواند به اقتضای شرایطی که صلاحدید اوست، از مطلع ساختن طرفین داوری، نسبت به اطلاعاتی که از هر کدام از ایشان دریافت می‌دارد، خودداری نماید. برای مثال، اگر یکی از طرفین مدرکی را که از اسرار تجاری وی محسوب می‌گردد، به منظور اثبات ادعا یا شفاف ساختن مورد ادعای خود به شیوه آن‌لاین برای داور یا هیأت داوران بفرستد، افشای آن برای طرف دیگر، نه تنها تلاش برای محقق ساختن اصل دادرسی منصفانه به شمار نمی‌آید، بلکه عین بی‌عدالتی است.

۲-۲- حق استماع دعوا

این حق که باید دعوای هر یک از طرفین به طور کامل شنیده شود، نوعی تعامل و تقابل با دو خصیصه سرعت و ارزانی دارد. ارکان آن عبارت است از: ۱) فراهم ساختن فرصت‌های لازم و امکانات فنی مناسب به اقتضای موقعیت‌ها و متناسب با مباحثی که پیش می‌آید و ۲) استفاده از

۱- باید تذکر داد که تمام اصول دادرسی در ODR لزوماً مراعات نمی‌گردد. با این حال، رعایت برخی از اصول چندان اهمیت دارد که بدون آن، دادرسی به نحو قانونی به انجام نرسیده و بی‌اعتبار محسوب می‌گردد (رک: مباحث بعدی همین مقاله، 610: 2002, Girsberger).

شیوه‌های مناسب برای استماع، رکن دوم، به ویژه باید در داوری‌هایی که سرعت مدنظر است، لحاظ شود. باید اشاره شود که بسیاری از آرای داوری به دلیل استماع غلط یا ناقص ادله اثباتی، مورد انتقاد قرار گرفته‌اند (Kaufmann-Kohler & Peter, 2001: 186).

رکن نخستین حق استماع، یعنی اعطای فرصت و امکانات مناسب، بسته به موقعیت و نوع اقدام مطلوب و فراهم ساختن امکان عمل متقابل در مقابل اقدامات دادرسی طرف دیگر، ممکن است در رسیدگی آن‌لاین مورد مناقشه باشد: آیا واقعاً می‌توان مبادله چند نامه الکترونیکی را کافی دانست؛ یا گاه میزگرد دیداری یا تلفنی ضرورت دارد؟ پر واضح است که یکی از ضعف‌های عمده داوری آن‌لاین، فقدان ارتباط رو در رو می‌باشد؛ ارتباطی که امکان تصمیم‌گیری صحیح را از طریق احساس بی‌طرفی، صداقت در اظهارات، شکل بیان و یا فضای حاکم بر جلسه دادرسی فراهم می‌آورد. حتی با میزگرد دیداری یا تلفنی هم این ضعف، به سختی قابل جبران است، اما نباید انکار کرد که حتی در داوری برون‌خط نیز این رویه مقبول می‌باشد که حضور شخصی (فیزیکی) برای مسلّم شدن رعایت حق استماع، ضرورتی ندارد.

بنابراین، یکی از مهم‌ترین مشکلات داوری آن‌لاین، عدم حضور فیزیکی و آثار حقوقی - روانی ناشی از این وضعیت می‌باشد. گفت‌وگوی تلفنی یا ارتباط زنده تصویری، هیچ‌گاه نمی‌تواند مبین تمام واقعیاتی باشد که ماهیت اختلاف طرفین یا ذهنیت طرف متخلف را تشکیل می‌دهد، با اطمینان می‌توان این ادعا را مطرح ساخت که این اشکال، ویژگی دائمی داوری آن‌لاین خواهد بود و باید با لحاظ معایب و مزایایی که این شیوه از داوری دارد، در مورد هر پرونده به طور خاص، این امر را بررسی کرد که آیا می‌توان از این نوع داوری، بهره گرفت یا نه. برای مثال، در مورد اختلافاتی که قاضی یا داور، نیازی به حضور و به اصطلاح دادرسی اختصاری نمی‌بیند، می‌توان از داوری آن‌لاین استفاده کرد. تعداد این دعاوی آن‌قدر زیاد است که بتوان به آینده داوری آن‌لاین و سهم عمده آن از اختلافات بازرگانی، به ویژه در حوزه تجارت الکترونیکی امیدوار بود. استفاده از شیوه‌های آن‌لاین با این خطر روبه‌روست که افراد غیرمجاز به فرایند دادرسی دسترسی پیدا کرده و با اطلاع از وقایع پرونده، حتی رأی صادره را دستکاری می‌کنند. این خطر نیز از جمله ضعف‌های داوری آن‌لاین به شمار می‌آید که باید آن را با استفاده از پیشرفته‌ترین وسایل ارتباطی و رعایت جوانب احتیاط به حداقل ممکن رسانید.

دومین رکن حق استماع، توجه کامل به ادله اثباتی است که خود می‌تواند در محیط آن‌لاین مسئله‌ساز باشد (Girsberger & Schramm, 2002: 612-613). اغلب، احتمال دست یازیدن به مدارک در پایگاه اینترنتی وجود دارد. برای بازیابی و بازیابی اطلاعات و مدارک در محیط آن‌لاین،

در اکثر موارد نیاز به متخصص ثالثی مطرح می‌شود که همین امر با اصل استماع مستقیم ادله تناقض داشته و به دخالت دیگری در متن پرونده و جریان دادرسی منجر می‌شود. علاوه بر این، استفاده از خدمات تخصصی، خودبه‌خود هزینه دادرسی را افزایش داده و منجر به اتلاف وقت می‌گردد. مسائل دیگری راجع به ادله مطرح می‌شوند که در این محیط باید نسبت به آنها دقت کافی مبذول داشت: ادله نباید در معرض گم شدن یا تحریف قرار گیرد و باید امکان تشخیص هویت شهود و مطلعین، به لحاظ علمی و فنی فراهم باشد. امکان اخیر با روش‌های رمزگذاری و شناسایی همچون امضای دیجیتال میسر می‌گردد.

فقدان ارتباط فیزیکی در رابطه داور و شاهد، عملاً مانع از کشف تمام واقعیاتی است که در دادرسی سنتی امکان آن وجود دارد. این اشکال را می‌توان با سپردن تحقیق از شهود به مرجع داوری یا دادگاه، به گونه‌ای که نتیجه آن را به مرجع آن‌لاین اعلام دارد، به حداقل رسانید. پر واضح است که تمسک به راهکار اخیر، رسیدگی را از حالت کاملاً آن‌لاین خارج می‌سازد و همین امر لزوماً اعتماد دادرسی آن‌لاین را به دنبال ندارد. به علاوه، فقدان ارتباط مستقیم بین دادرسی و شاهد، امکان دارد به عنوان مانعی در راه حق استماع محسوب گردد.

اشکالات فوق سبب طرح پرسش دقیق‌تری می‌شود: چرا باید دادرسی آن‌لاین، تنها محدود به همان نوع (آن‌لاین) باشد و آیا اساساً - حتی با وجود توافق میان طرفین مبنی بر آن‌لاین بودن سراسر فرایند دادرسی - دادرسی یا داور می‌تواند دستور انجام برخی از مراحل رسیدگی همچون تحقیق از شهود و مطلعین را به شیوه سنتی صادر نماید؟ پاسخ به طور قطع مثبت است. در واقع توافق خصوصی طرفین، اگرچه در اکثر موارد فاقد انعطاف و بی‌توجه به تمام واقعیات دادرسی می‌باشد، اما نافی این حقیقت نیست که مهم در دادرسی دست یافتن به «عدالت» است و جز در حالت سازش میان طرفین، دادرسی یا داور برای نیل به این هدف می‌تواند به تمام رویه‌های متعارف - که البته در دادرسی‌های مبتنی بر «ترازی»، همچون داوری، نباید به طور کلی خارج از «اراده صریح یا ضمنی» طرفین اختلاف باشد - متمسک شود.

ایرادهای فوق، عامل طرح سؤال دیگری می‌شوند: آیا طرفین داوری آن‌لاین می‌توانند از حقوقی که در دادرسی دارند، صرف‌نظر نمایند؟ در پاسخ باید اظهار داشت که امکان عدول از حقوق بنیادینی که هر یک از طرفین دارند، به هیچ‌وجه وجود ندارد. آزادی و اراده از جمله قواعد آمره به شمار می‌آید که عدول از آن قابل تصور نیست.

اگرچه به این بحث خواهیم پرداخت؛ اما اجمالاً باید تذکر داد که در مورد دادرسی صحیح، باید آن را با مبانی حقوق بشر مرتبط ساخت، چراکه برای مثال بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون حقوق بشر اروپا،

دادرسی صحیح را از اصول بنیادین دادرسی برمی‌شمارد. در مورد حقوق غیراساسی، در معاملات بین تجار، طرفین از آزادی عمل بیشتری در مقایسه با قراردادهای تاجر- مصرف‌کننده برخوردارند (Art. VI of the Recommendation 98). علت این امر آن است که در مورد مصرف‌کنندگان باید این اطمینان باشد که ایشان باید حداقل از این‌که در قرارداد آن‌لاین، برخی از حقوق راجع به دادرسی از ایشان سلب می‌شود، آگاهی داشته باشند. لذا، از جمله باید از آثار فعل خویش در رجوع به دادرسی آن‌لاین آگاه شوند.

از بعد تطبیقی با اسناد بین‌المللی راجع به داوری تجاری، بند ۲ ماده ۱۵ قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی، بر لزوم عادلانه بودن دادرسی دلالت دارد. حتی نقض اساسی این حق می‌تواند منجر به نقض حقوق بشر، مطابق با عهدنامه اروپایی حقوق بشر باشد. ممکن است بتوان این بحث را طرح نمود که داوری آن‌لاین، امکان مذاکرات شفاهی را که در بند ۱ ماده ۲۴ قانون نمونه آنستیرال به عنوان حق هر یک از طرفین داوری به رسمیت شناخته شده، از میان می‌برد و از این حیث، ناقض اصول مسلم دادرسی به شمار می‌آید. حتی در زمان تدوین قانون نمونه این بحث مطرح شد که اهمیت حق طرفین در تقاضای مذاکرات شفاهی آن‌قدر زیاد است که اسقاط آن امکان‌پذیر نیست (Vahrenwald, 2000: 108-109; Broches, 1990: 124). البته بند ۱ ماده ۲۴ قانون نمونه، طرفین را محق در عدم تشکیل جلسات داوری می‌داند.^۱ گزارش کمیسیون مربوط بیانگر آن است که امکان عدول از توافق بر نبود جلسات، هیچ‌گاه منتفی نیست (Vahrenwald, Id; Broches, op cit).

بنابراین در مقابل این استدلال که امکان توافق بر فقدان جلسات شفاهی وجود دارد و لذا وجود این ویژگی در ذات داوری آن‌لاین، نباید علی‌الأصول مشکل‌ساز باشد؛ می‌توان این بحث را مطرح ساخت که توافق یاد شده در هر حال قابل عدول است اما در آن دسته از دادرسی‌هایی که

۱- بند ۱ ماده ۲۴ قانون نمونه مقرر می‌دارد: «جز در مواردی که طرفین توافق دیگری کرده باشند دیوان داوری در خصوص این که آیا جهت ارائه ادله یا استدلالات شفاهی، جلسه رسیدگی شفاهی، جلسه رسیدگی شفاهی برگزار شود یا این که رسیدگی بر اساس مدارک و سایر موارد ادامه یابد، اتخاذ تصمیم خواهد کرد. مع‌الوصف در صورتی که یکی از طرفین در مقطع مناسبی از رسیدگی درخواست نماید، دیوان داوری بایستی جلسه رسیدگی شفاهی را برگزار کند. مگر این که طرفین توافق کرده باشند که هیچ نوع جلسه رسیدگی شفاهی تشکیل نشود». قسمت اخیر بند را می‌توان با دادرسی برخط - بر فرض که ویدیو-کنفرانس یا ارتباط تلفن تصویری به عنوان «جلسه شفاهی» محسوب نگردد، تطبیق داد. مطابق با بند ۱ ماده ۲۳ از «قانون داوری تجاری بین‌المللی» کشورمان، «تشخیص لزوم تشکیل جلسه برای ارائه ادله و توضیحات برعهده «داور» است لکن در صورتی که یکی از طرفین در زمان مناسب درخواست تشکیل جلسه نماید، برگزار نمودن جلسه استماع الزامی است مگر این‌که طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند». (تأکید از نویسنده). مفهوم مخالف قسمت اخیر، با بند فوق در قانون نمونه آنستیرال هماهنگی دارد.

کاملاً به صورت آن‌لاین انجام می‌شود، اساساً نبود جلسات حضوری از اوصاف ذاتی دادرسی بوده و در نتیجه امکان عدول از آن قابل تصور نیست.

۳- فنون داوری آن‌لاین

بحث از فنون و جنبه‌های علمی داوری آن‌لاین، اگرچه از بسیاری جهات فاقد وجه حقوقی است، اما از حیث شرایطی که حقوق برای اعتبار و قابل استناد بودن سیستم‌های رایانه‌ای و مدارک الکترونیکی در نظر می‌گیرد، دارای اهمیت است. فنون داوری علی‌الأصول محدود به وسایل یا شیوه خاصی نبوده و البته باید دارای دو خصیصه عمده «ایمنی» و «صحت فرایند» باشند.

۱-۳- تنوع فنون قابل استفاده در داوری آن‌لاین

استفاده از نرم‌افزارهای مختلف نیز گام‌هایی نوین برای کوتاه کردن راه است. به هر حال همراه با اعتقاد عده‌ای واقع‌پندار، باید معتقد گردید که دادرسی آن‌لاین به معنی حذف همه جانبه ارتباط فیزیکی و تشکیل جلسات سنتی داوری یا میانجیگری نیست و حداقل با شرایط و وسایل حاضر فناوری، تلاش برای به حداقل رساندن حضور فیزیکی است. مسئله دیگر که از بعد فنی دارای اهمیت می‌باشد، کیفیت فنی به کار گرفته شده می‌باشد. این امر خصوصاً به این معنا است که ارتباط الکترونیکی مانع از تأثیر و مخدوش شدن ادله می‌گردد و شهود به بهترین وجه ممکن استماع می‌شوند. چهره و صدای افراد باید شفاف باشد تا بتوان اعتبار شاهد را احراز کرد. برای مثال، اگر صورت شاهدی کدر باشد، به این دلیل که در ترکیب رنگ‌های نمایشگر اختلال ایجاد شده باشد، نمی‌توان گفت که این شرط محرز است. بنابراین سخت‌افزار باید با شرایط کار تناسب داشته و ارتباط قابلیت‌های مدنظر را دارا باشد.

یکی دیگر از روش‌ها برای تناظر میان طرفین، استفاده از گپ الکترونیکی (Chat) است. این امر امکان طرح پرسش و پاسخ آن‌لاین (در زمان واحد) را میان طرفین فراهم می‌سازد. البته نمی‌توان این نکته را نادیده انگاشت که به ویژه در گپ حروفی (بدون تصویر)، احتمال سرقت هویت شاهد از سوی ثالث یا هر خلاف دیگری وجود دارد و لذا نمی‌توان این تدبیر را با جلسه استماع محاکمات به طور شفاهی یا ویدئوکنفرانس مقایسه کرد.

با این حال ثبت الکترونیکی امکان دارد با مشکلات ایمنی همراه بوده و به همین خاطر رعایت احتیاط لازم ضرورت دارد. ممکن است از شیوه ویدئوکنفرانس به جای تعامل رودرروی طرفین استفاده شود. این روش برای استماع شهود یا روبه‌رو کردن آنها (بازجویی از ایشان) مفید خواهد بود. ویدئوکنفرانس دارای این امتیاز برجسته است که به موجب آن نه طرفین دعوا، نه داوران و نه

شهود و مطلعین نیازی به مسافرت ندارند و همین امر منجر به صرفه‌جویی در وقت و هزینه‌ها می‌شود. این روش از جمله منجر به ارجاع مدارک و ادله به محکمه، بدون نیاز به مسافرت شهود می‌شود. قواعد آیین دادرسی انگلستان، ولز و آمریکا استفاده از چنین روشی را در شرایط و اوضاع و احوال خاصی مجاز می‌دارند (Hornle, 2003: 30).

اکثر مؤسساتی که خدمات داورى (اعم از آن‌لاین و سنتی) ارائه می‌دهند، قواعد خود را برای دسترسی همگان در اینترنت ارائه می‌دهند. شاید مهم‌ترین شیوه آن‌لاین و داورى، استفاده از روش ارتباطی نامه الکترونیکی و تبادل مدارک به این شیوه در رابطه طرفین، داوران و مؤسسه داورى است. پر واضح است که نامه الکترونیکی بسیار مناسب و سریع‌تر از نامه سنتی یا فاکس می‌باشد. برای این‌که نامه الکترونیکی قابل استناد باشد، می‌توان از آن پشتوانه کاغذی تهیه کرد. به‌علاوه، باید مراتب ایمنی نامه الکترونیکی به لحاظ ویژگی‌های خاص اینترنت از حیث امنیت و نفوذ مدنظر قرار گیرد.

یکی دیگر از روش‌های عمده که می‌توان از آن استفاده کرد، سیستم مدیریت الکترونیکی مدارک (سامام) است. سامام روشی است که در آن تمام مدارک راجع به پرونده خاص، به شیوه الکترونیکی بنابر یک دستور فنی ذخیره می‌شود. سامام نرم‌افزاری است که امکان بازیابی، نمایش، پرینت، ارجاع، مقایسه، بررسی و جست‌وجو در مدارک بایگانی شده را تسهیل می‌نماید. سامام از این حیث منجر به صرفه‌جویی در وقت جست‌وجو در پرونده و استعمال مدارک کاغذی می‌شود. ارجاع نیز این امکان را فراهم می‌سازد که به هنگام استناد به قسمتی از پرونده، به راحتی در سیستم الکترونیکی بدان رجوع کرد و آن را به عنوان دلیلی برای اثبات ادعا، ارائه داد. در عمل نیز سامام کاربرد بسیاری دارد. این روش مقدمه‌ای برای دادرسی بدون کاغذ نیز به شمار می‌آید.

البته باید تذکر داد که سامام با پاره‌ای محدودیت‌ها روبه‌روست. از یک سو، برخی از مدارک را نمی‌توان به شکل الکترونیکی درآورد. به‌علاوه شیوه انتقال به محیط الکترونیکی (اعم از اسکن یا شیوه‌های دیداری دیگر)، ۹۹/۳ درصد وضوح را دارا هستند و لذا کامل نمی‌باشند. ضمن این‌که هیچ تضمینی برای بروز خطا یا اشتباه در داده در فضای مجازی وجود ندارد. اشخاص دخیل در داورى نیز، در واقع به مطالعه کاغذی عادت کرده‌اند و بر ایشان خواندن متنی از صفحه نمایشگر بسیار سخت‌تر است.

گام بعدی در ارتباط با تکنیک‌های آن‌لاین، بایگانی مدارک در یک حیظه آن‌لاین است که به شیوه الکترونیکی و از طریق ارتباط ایمن انجام می‌گیرد. امتیاز این روش آن است که تنها یک پایگاه داده مرکزی وجود دارد که به طرفین، داوران و مدیر جلسات، اختیار مشاهده، دریافت، جست‌وجو یا بازیافت مدارک را می‌دهد.

۲-۳- ایمنی داوری آن‌لاین

در اکثر رسیدگی‌هایی که به شیوه آن‌لاین انجام می‌گیرد، طرفین یا یکی از ایشان متمایل به محرمانه بودن تمام روند دادرسی است. اینترنت، شبکه‌ای باز است و ارتباط از طریق نامه الکترونیکی یا پایگاه به طور ذاتی امکان دارد که از امنیت کمتری در مقایسه با فاکس، نامه یا تلفن برخوردار باشد. این خطر وجود دارد که افرادی غیر مجاز به داده‌هایی که از اینترنت رد و بدل می‌شوند دست یابند و یا هکرها به رایانه‌ها نفوذ کرده و اسرار را برای همه افشا نمایند.

یکی از مسائل پیش پای تجارت الکترونیکی این است که چگونه می‌توان اختلافات فرامرزی را در محیط تجاری الکترونیکی فیصله داد. توسعه و گسترش اینترنت، از هر بعدی که باشد، خود به خود در ایجاد یا افزایش اختلافات موجود مؤثر است. برای مثال هرزه‌نگاری (Pornography) منجر به طرح مسئولیت طراحان صفحه پایگاه‌های مختلف یا طرح بحث آزادی بیان و حقوق بشر می‌شود. یا زیاد شدن تعداد و حجم فعالیت پایگاه‌ها، مسائل مختلف حقوق مالکیت معنوی همچون سرقت هویت، استفاده غیر مجاز از محتوای پایگاه دیگری، استفاده از علامت پایگاه، نام دامنه و... را منجر می‌گردد. بدون تردید، حل و فصل این اختلافات برای جلوگیری از مشکلات بعدی و از جمله اختلال در شبکه ضروری است. بهترین پیشنهاد در این زمینه که قابل طرح و دفاع می‌باشد. داوری آن‌لاین است. چرا که ضمن سنخیت با ساختاری که دعوی در آن به وجود آمده، موجبات تسریع و تسهیل حل و فصل اختلافات را نیز فراهم می‌سازد (UNCTAD, 2003: 7).

سال ۱۹۹۶ را باید نقطه عطفی در زمینه داوری آن‌لاین محسوب داشت، زیرا در این سال استفاده از اینترنت در سطح بین‌المللی با رویکرد حقوقی مورد بحث و تأکید ویژه‌ای قرار گرفت. به عنوان نکته بدیهی، اینترنت منجر به مباحث عدیده‌ای از حیث صلاحیت، قانون حاکم و تعهدات حقوقی شده است. تعامل در اینترنت منجر به مبادله اطلاعات و تجارت الکترونیکی (بین تجار و مصرف‌کنندگان...) شده و لامحاله رژیم پروانه‌ها و اعطای مجوز (حقوق مالکیت معنوی) را تحت تأثیر قرار داده، با حق حریم ارتباط یافته و منجر به مسائلی از حیث علائم تجاری (نام دامنه) می‌شود. برای حل و فصل این اختلافات، تنها زمانی می‌توان از شیوه هم‌خط (آن‌لاین) سخن به میان آورد که ایمنی این شیوه تا حدی تضمین شده و رأی صادره از این طریق - به دلیل تردید در اعتبار آن - بلا اجرا نماند.

۳-۳- هویت طرفین و صحت فرایند

در داوری آن‌لاین، دو چالش عمده نیز مطرح می‌شود: از یک سو، هویت طرفین در مدارک و اسنادی که مبادله می‌شود باید احراز شود و از سوی دیگر، این اطمینان باید حاصل باشد که مدارک

در معرض جعل و تزویر قرار نمی‌گیرند. برای رفع هر دو مشکل، یکی از بهترین راهکارها، رمزگذاری است که اغلب در قالب امضای دیجیتالی انجام می‌گیرد.

در اروپا، دستورالعمل امضاهای الکترونیکی^۱ این دسته از امضاها را به عنوان جایگزین مناسبی برای امضاهای دستی محسوب داشته و ضوابطی را برای ایمنی آنها مقرر نموده است. این دستورالعمل وارد حقوق داخلی کشورهای اتحادیه گردیده و گاه در قالب «قانون موضوعه» و با تفصیلی بیشتر از دستورالعمل ارائه شده است. در هر حال، احراز هویت هریک از طرفین یا شهود و مطلعینی که از سوی ایشان معرفی می‌شود، با مرجع داورى است و این مرجع می‌تواند از کارشناس و متخصص ارتباطات و فناوری اطلاعات برای حصول اطمینان از درستی اقدام خویش بهره‌گیرد. همین نکته است که در مورد صحت اسناد الکترونیکی نیز صدق می‌کند.

۴- موافقتنامه، محل داورى و مفهوم اقامتگاه در داورى آن لاین

در مورد موافقتنامه داورى این مسئله قابل طرح است که نمی‌توان وصف «مکتوب» یا نوشته بودن را با استفاده از وسایل ارتباط الکترونیکی در مورد آن محقق دانست. به علاوه، مفهوم اقامتگاه و محل داورى در فضای مجازی - به عنوان مرتبط با داورى - ممکن است به دلیل نامعلوم بودن یا تعدد اقامتگاه طرفین و داوران مورد مناقشه قرار گیرد. در ادامه به بررسی این مسائل خواهیم پرداخت.

۴-۱- موافقتنامه داورى آن لاین

برای شروع داورى آن لاین، همانند حالت سنتی این شیوه از حل اختلاف، تحقق پاردهای از شرایط لازم است. از جمله آنها اعتبار توافقتنامه‌ای است که به موجب آن اختلاف برای حل و فصل به داورى آن لاین ارجاع می‌گردد. در این خصوص چند نکته قابل ذکر به نظر می‌رسد:

الف) اعتبار توافقی که از طریق نامه الکترونیکی یا انتخاب نمایه قبول انجام می‌شود، اغلب همانند سایر قراردادهای الکترونیکی بررسی می‌شود. در حالی که اکثر مقررات داخلی و بین‌المللی بر کتبی بودن توافقتنامه داورى تأکید دارند (از جمله بند ۱ ماده ۸ قانون نمونه آنسیترال و مواد ۲ و ۵ کنوانسیون نیویورک). این بحث را می‌توان مطرح ساخت که آیا مدارک الکترونیکی، «نوشته» به شمار می‌آیند یا نه؟

قبل از پاسخ، باید به نکته‌ای غیر قابل تردید اشاره کرد: باید حقوق داخلی را با تحولات ناشی از فناوری اطلاعات تطبیق داد. مطابق با ماده ۲ کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک، «هر دولت متعاهد

1. Directive 1999/93/EC of 13 December 1999 on a Community Framework for Electronic Signatures.

موافقتنامه‌ای کتبی را که به موجب آن طرف‌ها متعهد می‌شوند که کلیه اختلافات یا هر اختلاف موجود یا محتمل الوقوع بین خود را که مربوط به رابطه حقوقی مشخص - اعم از این‌که قراردادی باشد یا نباشد و مربوط به موضوعی باشد که از طریق داوری قابل حل و فصل باشد - به داوری ارجاع کنند، شناسایی خواهد کرد» (بند ۱). «اصطلاح «موافقتنامه کتبی» شامل شرط داوری در قرارداد یا موافقتنامه داوری امضا شده توسط طرف‌ها یا گنجانده شده درنامه‌های مبادله شده یا تلگراف‌های مخابره شده خواهد بود» (بند ۲).

بند اخیر به ماده ۱۳ کنوانسیون ۱۹۸۰ وین شباهت دارد،^۱ زیرا هر دو ماده قبل از رواج تجارت الکترونیکی تدوین گردیده و لذا متعرض پدیده‌ای متفاوت که می‌تواند «نوشته غیرکاغذی» ایجاد کند، نشده‌اند. در مورد هر دو ماده، تفسیر واحدی به کار می‌رود و آن این‌که: «عبارات ماده ۱۳ [و بند ۲ ماده ۲ کنوانسیون ۱۹۵۸] به گونه‌ای بی‌نظیر تنظیم یافته تا با پیشرفت‌های آینده در زمینه روابط تجاری هماهنگی داشته باشد» (Hill, 2003: 17).

این اصل که موافقتنامه داوری باید مکتوب باشد، به مرور زمان - به خصوص در حقوق تجارت بین‌الملل - تثبیت گردیده است. کتبی یا نوشته بودن توافق، بدون این‌که قسمتی از ماهیت آن باشد، تنها اثبات وجود موافقتنامه را آسان می‌سازد و همین تسهیل موجب شده تا اسناد بین‌المللی بر کتبی بودن موافقتنامه داوری تأکید نمایند. بنابراین باید اذعان داشت که کتبی بودن تنها «احتیاط» به شمار می‌آید (Hill, 1999) و کارکردی بیش از این در موافقتنامه داوری ندارد. کنوانسیون اروپایی ۱۹۶۱ ژنو راجع به داوری تجاری بین‌المللی در بند الف-۲ از ماده ۱، علاوه بر امکان انعقاد از طریق تبادل نامه به تلگرام و دورنگار نیز اشاره دارد و به نوعی موسع‌تر از کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک است. مطابق با قسمت اخیر همان بند از کنوانسیون ژنو، اگر کشوری کتبی بودن موافقتنامه داوری را الزامی نداند، نیازی به احراز این رکن برای حصول اعتبار موافقتنامه نیست. در ماده ۱ کنوانسیون آمریکایی راجع به داوری تجاری بین‌المللی (معاهده ۱۹۷۵ پاناما)، مقرر شده که موافقتنامه داوری ممکن است توسط طرفین امضا شده یا به شکل نامه، تلگرام یا از طریق وسایل ارتباط الکترونیکی، مبادله شود. بند ۲ ماده ۷ قانون نمونه آنستیرال درباره داوری تجاری بین‌المللی مفهوم کاملاً موسعی از موافقتنامه داوری به دست می‌دهد و آن را از طریق تبادل نامه، تلکس، تلگرام یا سایر وسایل ارتباط الکترونیکی محقق می‌داند و قرارداد منعقد شده از این طریق را کتبی می‌داند.

۱- ماده ۱۳، شکل مکتوب قراردادهای بیع بین‌المللی کالا را به شیوه زیر توصیف می‌کند: «برای اهداف این کنوانسیون «نوشته» شامل تلگرام و تلکس خواهد بود» (ر.ک: کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا، ۱۹۸۰).

حصری نبودن مفهوم «نوشته» در ماده ۷ قانون نمونه که ماده ۷ قانون داوری تجاری کشورمان نیز با قید «نظایر آنها»، آن را بهتر از قانون نمونه آنستیرال منعکس کرده، حکایت از آن دارد که می‌توان از وسایل الکترونیکی برای ایجاد مدرک مکتوب و قابل استناد در محاکم بهره گرفت و اسناد کاغذی خصوصی ندارند که فقدان آنها به مفهوم فقدان موافقتنامه تعبیر شود. مدارک الکترونیکی، به طور صریح یا ضمنی، در بند ۶ ماده ۵ قانون داوری ۱۹۹۶ انگلیس، بند ۵ ماده ۱۰۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی آلمان، ماده ۱۷۸ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس، ماده ۱۴۴۳ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه، ماده ۱۶۷۷ قانون قضایی بلژیک، ماده ۱۶ قانون داوری جمهوری خلق چین (مصوب ۱۹۹۵) و بند ۲ قانون فدرال ایالات متحده راجع به داوری مورد تصریح قرار گرفته و با قانون نمونه آنستیرال درباره تجارت الکترونیکی (۱۹۹۶)، قانون نمونه آنستیرال درباره امضاهای الکترونیکی (۲۰۰۱)، کنوانسیون آنستیرال درباره استفاده از وسایل ارتباط الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی (۲۰۰۵) و قوانین داخلی کشورها در باب تجارت الکترونیکی تکمیل شده است.

ب) تنها پس از بروز اختلاف است که می‌توان به انعقاد آن دسته از توافقتنامه‌های داوری اقدام نمود که به نوعی محدودکننده حقوق طرفین اختلاف یا یکی از ایشان از حیث اصول دادرسی عادلانه به شمار می‌آیند. این دسته از توافقتنامه‌ها، به ویژه در رابطه با مصرف‌کنندگان قابل استفاده می‌باشند.

۲-۴- تعیین محل داوری و اقامتگاه (مقر) طرفین

در داوری آن‌لاین ممکن است این بحث مطرح شود که اقامتگاه طرفین اختلاف یا محل رسیدگی به اختلاف کجاست؟ این واقعیت که طرفین مقیم کشوری محسوب می‌گردند که در آن‌جا مرکز مهم امور یا عمده اموال غیرمنقول آنها استقرار دارد، حداقل در داوری آن‌لاین چندان راهگشا نیست، زیرا طرفین امکان دارد که محل استقرار سرویس‌دهنده اینترنتی یا محل دیگری را به عنوان اقامتگاه خویش معرفی نمایند. در مورد دعاوی‌ای که دادرسی آنها نیازمند تحقیق و تفحصی خارج از ادله و مدارک نمی‌باشد، حتی می‌توان تصور عدم نیاز به معرفی اقامتگاه از سوی طرفین داوری آن‌لاین را مطرح ساخت.

در مورد محل داوری نیز بحث فوق قابل طرح است. اگر چه در داوری تجاری بین‌المللی، مقر داوری از مهم‌ترین ارکانی است که بسیاری از آثار حقوقی با آن ارتباط می‌یابد (برای مثال، بند ۲ ماده قانون نمونه و بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک، به پاره‌ای از این آثار اشاره دارند)، که از جمله می‌تواند در حکومت قواعد آمره و تشخیص آیین حاکم به نوعی مؤثر باشد؛ با این حال در داوری آن‌لاین، واقعاً تعیین این‌که کجا محل رسیدگی است، بسیار سخت به نظر می‌رسد (Hill, 1997: 104). در حالی که در اغلب توافقتنامه‌های داوری، محل رسیدگی از پیش معین می‌گردد یا در صورت فقدان

چنین تصریحی، داوران در این زمینه تصمیم‌گیری می‌کنند، در اغلب موارد قید داوری آن‌لاین حاوی پیش‌بینی محل داوری نمی‌باشد. همین امر تعیین بعدی آن را با مشکل روبه‌رو می‌سازد. در مورد اطراف داوری، از آن‌رو که نامه الکترونیکی یا آدرس اینترنتی، لزوماً دلالت بر محل دقیق اقامت طرفین ندارد، مشکل تعیین محل اقامت ایشان مطرح می‌گردد (Girsberger, 2002: 171); یکی دیگر از ابهاماتی که امکان دارد بر مشکلات داوری آن‌لاین افزوده شود آن است که اختلاف، راجع به قرارداد آن‌لاینی باشد که در فضای مجازی اجرا می‌گردد، بهترین مثال برای این حالت، توافق‌نامه‌های بانکی اینترنتی می‌باشد که لزوماً با مدارک کاغذی همراه نیست. همانند فروض پیشین، در این حالت هم تشخیص محل انعقاد یا اجرای قرارداد با دشواری روبه‌رو می‌شود.

در نگاه تحلیلی به مسئله تعیین محل داوری و مقر طرفین و ارتباط آن با مشکلاتی که در داوری آن‌لاین ایجاد می‌نماید، مباحثی را می‌توان عنوان کرد که در عین بدیع و جالب بودن، از جمله ابهامات داوری آن‌لاین بوده و در مواردی می‌توان آنها را به عنوان موانع یا تحدیدهایی در راه پوشاندن جرگه سنتی بر پیکر نوین فناوری محسوب داشت. از یک سو، شاید بتوان ادعا کرد که غیرمحملی کردن داوری (Delocalization)، به عنوان یکی از مباحث عمده داوری تجاری بین‌المللی، در داوری آن‌لاین آسان‌تر از معادل سنتی آن قابل تحقق می‌باشد در زیرا اگر کنار نهادن محاکم و حقوق داخلی کشوری که داوری در محل آن انجام می‌شود، از جمله اهداف «غیرمحملی کردن» می‌باشد؛ در داوری آن‌لاین اساساً این بحث را می‌توان حداقل از بعد نظری طرح کرد که «مقری» به مفهوم سنتی آن برای داوری وجود ندارد و لذا انتساب یا ارتباط رسیدگی به کشور معین (از جمله کشور متبوع طرفین اختلاف یا داور یا محل ارائه سرویس ارتباطی)، آن‌قدر تصنعی به نظر می‌رسد که به مفهوم تحمیل مقررات ماهوی و شکلی آن محل به روند رسیدگی نباشد.

از سوی دیگر، فقدان «محل»، اشکالات عدیده‌ای را از حیث تعیین قانون حاکم در صورت سکوت طرفین ایجاد می‌کند، زیرا داور یا دیوان داوری در تعیین ارتباط موضوع دعوا با عوامل مختلف و در نتیجه تشخیص قانون حاکم، از جمله یا حداقل در نهایت امر به مقر داوری توجه دارد. حال آن‌که فقدان محل مصرح یا فی‌الواقع موجود بر مشکلات تعیین قانون می‌افزاید.

در نگاه سوم، می‌توان این بحث را مطرح ساخت که به هر حال تکلیف «محل» به عنوان عرصه‌ای که رأی بالاخره باید در آن اجرا شود، چیست. داوری آن‌لاین در فضای مجازی انجام می‌گیرد؛ احتمال اینکه در همان فضا خاتمه یابد، بعیدتر از آن است که بتوان آن را به عنوان قاعده پذیرفت. به همین دلیل، تشخیص پاره‌ای از محل‌ها، از جمله محل اقامت طرفین اختلاف (که خود از جمله عوامل مؤثر

در تشخیص داخلی یا بین‌المللی بودن داوری است)، محل تشکیل دیوان داوری، محل انعقاد توافقنامه اصلی یا موافقتنامه داوری (در فرضی که انعقاد قرارداد به شیوه الکترونیکی انجام شده)، از ضروریاتی است که بدون آنها، عملاً داوری - و یا حتی با تصور آن - اجرای رأی صادره در همان «فضای مجازی»، به شکلی خیالی می‌ماند و هیچ‌گاه «عینی» نمی‌گردد.

با لحاظ توضیحات فوق، چاره‌ای جز «عینیت بخشیدن به داوری آن‌لاین» در برخی از ابعاد آن، از جمله آن‌جا که بحث «محل» و «مقر» مطرح می‌گردد، وجود ندارد. در این راستا، ضرورتی ندارد که همه چیز به طور واقعی معلوم باشد. بلکه می‌توان با لحاظ شرایط و اوضاع و احوال، برخی از وقایع را «فرض» و به رابطه طرفین تحمیل کرد.

۵- آیین داوری، قانون حاکم و اجرای رأی در داوری آن‌لاین

به دلیل مسائلی که در خصوص اقامتگاه طرفین و محل داوری مطرح می‌شود و نیز با لحاظ آمره بودن اکثر قواعد شکلی دادرسی و تقابل آن با اصل حاکمیت اراده، می‌توان مباحثی را در خصوص آیین داوری آن‌لاین مطرح ساخت. به علاوه، قانون حاکم - به ویژه آن‌جا که توافق صریحی از سوی طرفین در مورد آن وجود ندارد - و اجرای آرای داوری، به دلیل احتمال عدم امکان انتساب آن به حوزه قضایی (صلاحیتی) معین، مباحثی هستند که طرح آنها مناسب به نظر می‌رسد.

۵-۱- آیین داوری آن‌لاین

از حیث آیین حاکم، داوری آن‌لاین ممکن است به روش‌های مختلفی صورت گیرد. یکی از راه‌های ممکن، استفاده از آیین‌های موجود برای داوری‌های معمول است. برای مثال می‌توان از قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی یا قواعد داوری آنستیرال بهره گرفت. راه حل دیگر این است که آیینی متناسب با وسایل ارتباطی در داوری آن‌لاین (برای مثال، اینترنت) در نظر گرفته شود. برای مثال، اختلاف به یک مرجع داوری مجازی تحویل داده شده و ابلاغ و تبادل لوایح از طریق اینترنت (نامه الکترونیکی، تبادل الکترونیکی داده و ...) انجام گیرد. این واقعیت را باید پذیرفت که گریزی از تمام قواعد داوری وجود ندارد و آن‌لاین بودن رسیدگی، در هر حال پارهای از اوصاف دادرسی سنتی را به همراه دارد، حتی اگر تمام روند داوری به صورت آن‌لاین باشد، باز هم رعایت تشریفات و آیین خاصی الزامی است، در غیر این صورت هیچ تضمینی برای دادرسی منصفانه یا التزام محاکم دولتی مبنی بر اجرای رأی صادره وجود نخواهد داشت.

داوری آن‌لاین در عین حال ممکن است اشکالات غیر قابل رفعی از حیث احضار شهود و بازجویی از ایشان داشته باشد. تأمین دلایل و برگزاری جلسات دادرسی مستلزم حضور و هم‌فکری

طرفین است و داوران از جمله باید در این زمینه اتخاذ تصمیم نمایند که کجا و کی تشریفات داوری رعایت شده است. این پرسش هنوز هم به طور جدی در داوری آن‌لاین مطرح است که آیا واقعاً می‌توان نامه الکترونیکی یا گپ اینترنتی (Chat) را جایگزین جلسات شفاهی رسیدگی کرد؟ مشکل به ویژه در کشورهایی جدی است که رسیدگی را با حضور و رو در رویی طرفین، الزامی می‌دانند. زیرا در این شرایط، مطابق با جزء «ت» از بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک،^۱ اعتبار رأی صادره از جمله منوط به رعایت چنین تشریفات است.

هدف داوری آن‌لاین، کاستن از هزینه‌ها و تسریع دادرسی خصوصی اختلاف طرفین است. اما در این راه نباید تشریفات که تضمین‌کننده دادرسی صحیح و منصفانه به شمار می‌آیند، نادیده انگاشته شوند. البته در این‌که رو در رویی طرفین رکن قویم دادرسی است، تردید وجود دارد و از این لحاظ می‌توان با تضمین فرایند و درستی روند آن‌لاین. استماع شهادت شهود یا اظهارات طرفین دعوا را به شیوه آن‌لاین به انجام رسانید. پذیرش ادله و شهادت مکتوب در روند دادرسی دولتی یا خصوصی، می‌تواند به طور عام تفسیر شده و از جمله شامل استفاده از وسایل الکترونیکی ارتباط و مدارک و امضاهایی که از این طریق ایجاد می‌شوند نیز بشود. استفاده از وسایل نوین در داوری را باید به مفهوم پیشرفت در ارتباطات و نه نقض قواعد و آیین دادرسی لازم برای داوری محسوب داشت (Yu & Nasir, 2003: 465).

مشکل عمده، همان‌طور که گفته شد، در مورد آن دسته از تشریفات دادرسی مطرح می‌شود که رعایت آنها در داوری الزامی و فقدان آنها موجب بی‌اعتباری رأی صادره و در نتیجه عدم اجرای آن است. برای مثال، تعیین مقر داوری هرچند ممکن است فی‌نفسه از اهمیت خاصی برخوردار نباشد، لیکن از حیث تأثیری که در تشخیص آیین حاکم بر داوری دارد، واجد کمال اهمیت است. در مورد داوری آن‌لاین که مقر خاصی ندارد، مرتبط ساختن آن با سرزمینی مشخص برای حل و فصل اختلافاتی که از شمول داوری خارج می‌مانند یا اجرای رأی یا اعتراض بدان و ... با مشکل حادی روبه‌رو می‌شود. در واقع اشکال از وابسته نبودن داوری آن‌لاین به «صلاحیت ملی» ناشی می‌شود، حال آن‌که داوری نمی‌تواند بدون وابستگی به صلاحیت کشوری معین واجد اعتبار باشد.

۱- مطابق با بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون، «مرجع صالحی که تقاضای شناسایی و اجرای حکم از آن شده، می‌تواند بنا به درخواست طرفی که علیه وی به حکم استناد شده و تنها در صورتی که طرف یادشده دلایل زیر را برای آن تهیه کند، از شناسایی و اجرای حکم امتناع ورزد: (ت). ترکیب مرجع داوری یا تشریفات داوری طبق توافق طرف‌ها نبوده یا در صورت فقدان چنین توافقی، طبق قانون کشوری که داوری در آن انجام شده، نباشد...» (ر.ک: قانون‌الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی تنظیم شده در نیویورک به تاریخ ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸ (۱۳۳۷/۴/۳)، مصوب ۱۳۸۰/۱/۲۱ مجلس شورای اسلامی).

بنا بر رأی صادره در پرونده بانک ملت علیه هلینکی،^۱ آیین داورى در صورت سکوت طرفین و عدم تراضی صریح یا ضمنی نسبت به آن، با مبنا قرار دادن محلی که دیوان داورى در آن تشکیل می‌شود، تعیین می‌گردد که حسب مورد ممکن است آیین دادرسی هر کشوری باشد. اما نمی‌توان این دکترین را پذیرفت که آیین داورى، فرایندی فراملی و غیر وابسته به صلاحیت قضایی کشور معین باشد.

بنابراین در مورد آیین داورى آن‌لاین، جز در مورد قواعد آمراه که نمی‌توان آنها را به صرف استفاده از وسایل نوین در روند داورى انکار کرد، در مورد تشریفات تکمیلی یا تشریفاتی که برگزاری آن‌لاین آنها خللی به حقوق طرفین، اجرای رأی یا منافع ملی یک کشور وارد نمی‌سازد، می‌توان دو ایده مجزا از هم را مطرح ساخت: به موجب یک ایده، دنیای مجازی، تفاوتی با دنیای واقعی ندارد و از همان قواعد و اصول تبعیت می‌کند. لذا در مورد استماع شهادت یا برگزاری جلسات داورى به شیوه آن‌لاین، باید قواعد سنتی به طور کامل مراعات شود (Hardy, 1994: 993-994). عده‌ای دیگر با اعلام استقلال فضای مجازی از دنیای واقعی، مراعات معادل متناسبی از آن را در فضای مجازی کافی دانسته‌اند (Johnson, 1996: 1367). بنابراین به آزادی اراده طرفین در مراجعه به داورى آن‌لاین باید احترام گذاشت و در صورت سکوت ایشان و فقدان قراین متقن برای کشف اراده آنها، آیین و قانون ماهوی حاکم را از طریق مراجعه به معیارهایی همچون ارتباط نزدیک، اقامتگاه واقعی طرفین و ... تشخیص داد. تنها در صورتی که چنین معیارهایی در دست نباشد یا باهم تعارض داشته یا مورد اختلاف باشند، چاره‌ای جز اعلام بی‌اعتباری اراده طرفین در رجوع به داورى آن‌لاین وجود ندارد.

۲-۵- قانون ماهوی حاکم

از آن جهت که آنچه در فضای مجازی مبادله می‌شود، دارای ارزش واقعی است و معاملات الکترونیکی از قواعد مجزایی نسبت به معادل سنتی خود پیروی نمی‌کنند، اعمال قواعد معمول برای تعیین قانون حاکم در این نوع از رسیدگی نیز منطقی‌ترین راه به نظر می‌رسد. این تحلیل مانع از آن نیست که آنچه در میان بازرگانان آن‌لاین به صورت عرف مسلم درآمده است، به عنوان جزئی از قانون حاکم اجرا شود. حقوق فراملی بازرگانی (Lex Mercatoria) و اصول کلی (عام) حقوق بین‌الملل (General Principles of International Law) همواره به عنوان قواعد مکمل در جایی که قانون حاکم ساکت بوده، مطرح بوده‌اند و قضات اغلب در اجرای آرای که در آنها به اصول مؤسسه یکنواخت کردن حقوق خصوصی یا حقوق فراملی بازرگانی ارجاع شده، تردید نکرده‌اند (Bonell, 2002: 335-354). در واقع، افزایش تعاملات بازرگانی در سطح

1. Bank Mellat v. Helliniki Techniki S.A. [1984].

بین‌المللی میان افرادی از کشورهای مختلف. نیاز به اصول منصفانه و مناسب را که مقبول همگان با اکثر باشد، افزایش داده است.

به نظر پاره‌ای از اندیشمندان، استفاده از حقوق فراملی بازرگانی جدید در دعاوی تجاری الکترونیکی و داوری آن‌لاین منتفی نیست (Yu & Nasir, op cit: 467). با فقدان توافق صریح طرفین در انتخاب قانون حاکم، استفاده از قاعده قدیمی پیش‌بینی قانون حاکم بر اختلافات بازرگانی بین‌المللی کارآیی نخواهد داشت. بنابراین این احتمال وجود دارد که قانونی بر رابطه طرفین مجرا باشد که هیچ‌گاه آن را پیش‌بینی نکرده‌اند. احتمال صالح شدن محکمه‌ای غیرقابل پیش‌بینی که طرفین به زبان آن آشنایی ندارند یا سختی یافتن قواعد مرتبط از قانون حاکم نیز منتفی نخواهد بود. در این شرایط آنچه منطقی حکم می‌کند و با روح روابط رو به گسترش فراملی انطباق دارد، چشم‌پوشی از قانون ناشناس و حاکم ساختن حقوق فراملی بازرگانی به عنوان مقررهای است که مقبول تجار واقع شده است.

هرچند توسل به حقوق فراملی بازرگانی، مشکل حکومت قانون ناشناس و غیر قابل پیش‌بینی را بر رابطه طرفین، به زعم مدعیان آن تا حدودی مرتفع می‌سازد، خود با ایرادهای عمده‌تری روبه‌روست که نیافتن پاسخ برای آنها، دال بر ناکارآمد بودن حقوق فراملی بازرگانی به عنوان «قانون ماهوی حاکم بر داوری آن‌لاین» خواهد بود. کامل نبودن حقوق فراملی بازرگانی، داور را ناچار از استناد به قوانین داخلی کشورها می‌سازد و بدون پذیرفتن آن، باید داور را در استنباط حکم قضیه آزاد گذاشت. از سوی دیگر، حقوق فراملی بازرگانی هیچ‌گاه مشکل صلاحیت را حل نمی‌کند، زیرا شناسایی نوعی صلاحیت بین‌المللی برای مرجع داوری آن‌لاین، مفهومی جز جدایی آن از قواعد امره داخلی حاکم بر آیین و تشریفات ندارد و یکی از آثار مهم این وضعیت، بلا تکلیف ماندن رأی صادره از حیث اجرا یا احتمالاً اعتراض است.

اشکال دیگر که کمتر مورد توجه قرار گرفته، نامنسجم بودن حقوق فراملی بازرگانی و عدم تدوین آن به عنوان مجموعه مقررات بین‌المللی حاکم بر روابط بازرگانان است. جز در مورد پاره‌ای از مجموعه‌ها همچون اصول مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی درباره قراردادهای تجاری بین‌المللی، یا قوانین نمونه آن‌سیترال، تلاش داور آن‌لاین باید از جمله بدین نکته معطوف باشد که از طرفین دعوا بخواهد تا مستندات حکمی خود را اثبات نمایند، چراکه ممکن است آنچه طرفین به عنوان حقوق فراملی بازرگانی تشخیص داده‌اند، نزد داوران چنان نباشد یا حداقل اطلاق نداشته باشد. حتی رعایت نکته اخیر نیز تمام مشکل را برطرف نمی‌سازد، زیرا ملاک قاطعی وجود ندارد که اگر برای مثال، داوری قاعده یا اصلی را به عنوان حقوق فراملی بازرگانی پذیرفت، در سایر

داوری‌ها نیز با همان معیار و به همان ترتیب عمل شده و آن مستند به عنوان حقوق فراملی بازرگانی پذیرفته شود. البته، ایراد اخیر، گاه به عنوان مزیت حقوق فراملی بازرگانی محسوب گردیده است. به نظر برخی از طرفداران حقوق فراملی بازرگانی، پذیرش وجود این اصول در وهله اول، شرط استناد به آنهاست و ادعای تعدد نه تنها مشکلی در این باره ایجاد نمی‌کند، بلکه مبین اختیار قاضی در انتخاب معیار بهتر و مرتبط‌تر به اختلاف طرفین است (Lando, 1985: 747).

سخن گفتن از این‌که در کدام دعاوی به حقوق فراملی بازرگانی به عنوان مستند حکمی یا وسیله‌ای برای استنباط اراده واقعی طرفین استناد شده، در این جا ضرورتی ندارد. فقط باید تذکر داد که با تدوین مجموعه‌های مختلف از قواعد و اصول حقوقی و تلاش‌های جهانی یا منطقه‌ای برای یکنواخت کردن قوانین و مقررات، باید به آینده حقوق فراملی بازرگانی بیش از قوانین داخلی ناکارآمد و غیر منعطف امیدوار بود. در مورد داوری آن‌لاین، حتی می‌توان تصور کرد که مشکل انتساب صلاحیت مرجع داوری به کشور معین نیز با پیش‌بینی مراجع اجرایی و تجدید نظر در سطح بین‌المللی، یا ملتزم ساختن کشورها به اجرای آرای صادره از این مراجع، حل شود. تا آن زمان چاره‌ای جز پذیرش حقوق فراملی بازرگانی به عنوان منبع تکمیلی وجود ندارد.

بنابراین واگذاری حق انتخاب قانون حاکم از سوی طرفین به داور، در صورت سکوت ایشان (امری که در بند ۳ ماده ۱۳ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی مورد تصریح قرار گرفته)، به هیچ وجه به معنی التزام داوران در رجوع به قانون کشوری معین نیست و ایشان می‌توانند قانون یک یا چند کشور را با لحاظ ارتباط با دعوا یا حقوق فراملی بازرگانی به عنوان قانون حاکم بر دعوا انتخاب نمایند. با لحاظ ایرادهای فوق مبنی بر ناقص و دقیق نبودن حقوق فراملی بازرگانی، بهترین راه، استفاده از آن به عنوان قواعد مکمل در مواردی است که قانون داخلی ساکت بوده و یا دارای اجمال باشد.

۳-۵- ماهیت و آثار رأی صادره در داوری آن‌لاین

کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک به عنوان سندی که مورد قبول اکثر کشورهای جهان می‌باشد، تضمین کافی برای به رسمیت شناختن و اجرای آرای داوری فراهم ساخته است. محکوم‌له رأی داوری مطابق ماده ۵ می‌تواند با طی تشریفات، تقریباً از اجرای آن اطمینان حاصل کند. وجود این کنوانسیون، به همراه بی‌طرفی و وابسته نبودن مراجع داوری به حکومت‌ها، باعث شده است که در سطح بین‌المللی اجرای آرای داوری، عملاً آسان‌تر از اجرای آرای صادره از محاکم دولتی باشد.

در داوری آن‌لاین، علی‌الأصول قواعد دنیای واقعی از حیث شناسایی و اجرای رأی داوری مجری است. وجود ارتباط و وابستگی اقتصادی در میان طرفین رابطه الکترونیکی، احتمال اجرای ارادی رأی از سوی محکوم‌علیه را به شدت تقویت می‌کند. مسئله جایی است که او چنین نکند و مشکلات دیگری

همچون گمنامی و جعل هویت که از اوصاف روابط الکترونیکی است نیز افزوده شود. اوصاف خاص تجارت الکترونیکی، البته می‌تواند در مورد اجرای پاره‌ای از آرای صادره در داوری آن‌لاین، موجب تسریع و اثربخشی اجرا باشد. به ویژه در اختلافات راجع به علامت تجاری، نام دامنه (Thornburg, 2000: 159-167) یا تبلیغات اینترنتی که احتمال رخداد آنها در رابطه طرفین و ارجاع آنها به داوری آن‌لاین - برای تسریع در تعیین تکلیف - بسیار زیاد است، اجرای حکم از طریق لغو علامت تجاری نامشروع، حذف یا الزام به تغییر نام دامنه مشابه و متقلبانه و منع تبلیغات، به همراه جبران خسارت در تمام این موارد است که به راحتی می‌توان آنها را از طریق اینترنت به مرحله اجرا گذاشت.

در سایر موارد، چاره‌ای جز مراجعه محکوم‌له به دادگاه و مطالبه اجرای رأی صادره وجود ندارد؛ راه‌حلی که خود پرسش‌های فراوانی را مطرح می‌سازد: از جمله این‌که کدام دادگاه و بر چه مبنایی؟ پاسخ به چنین سؤالاتی بیشتر با ماهیت رأی صادره در داوری آن‌لاین (از حیث مراعات قواعد آمره و تشریفات دادرسی) و نیز تعیین محل صدور رأی و اجرای آن، ارتباط می‌یابد. اعمال اصل سرزمینی بودن، می‌تواند به عنوان مانعی در راه اجرای رأی صادره در داوری آن‌لاین مطرح باشد. این امر به ویژه با لحاظ ماده ۱ کنوانسیون نیویورک تأیید می‌گردد. فقدان محدوده جغرافیایی مشخص برای داوری آن‌لاین در این حالت عملاً منجر به ایجاد اشکال می‌شود و تنها زمانی حل می‌شود که طرفین محل خاصی را - هر چند به طور صوری - به عنوان محل داوری تعیین نموده یا داوران اختیار این امر را داشته باشند. مطابق با بند ۳ ماده ۳۱ قانون نمونه آنسیترال، در داوری باید

۱- بند ۱ ماده ۱ کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی (کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک) مقرر می‌دارد: «این کنوانسیون در مورد شناسایی و اجرای احکام داوری صادره در قلمرو دولتی غیر از دولتی که از آن تقاضای شناسایی و اجرای احکام مزبور شده است و ناشی از اختلافات بین اشخاص - اعم از حقوقی یا حقیقی - می‌باشد، اعمال خواهد شد. این کنوانسیون در مورد احکام داوری که در دولتی که از آن تقاضای شناسایی و اجرای آنها شده است، احکام داخلی محسوب نمی‌شود نیز اعمال خواهد شد». بند ۳ همان ماده اشعار می‌دارد: «هر دولتی در زمان امضاء، تصویب یا الحاق به این کنوانسیون یا اعلام تسری به موجب ماده ۱۰ آن بر اساس عمل متقابل می‌تواند اعلام دارد که این کنوانسیون را در مورد شناسایی و اجرای احکامی که تنها در قلمرو دولت متعاقد دیگر صادر شده است، اعمال خواهد کرد. همچنین می‌تواند اعلام دارد که کنوانسیون را فقط در مورد اختلافات ناشی از روابط حقوقی - اعم از این که قراردادی باشد یا نباشد و به موجب قوانین داخلی دولت اعلام کننده، تجاری تلقی شده باشد - اعمال خواهد کرد». البته بند ۲ همان ماده، این اشکال را تا حدودی می‌زداید؛ چراکه دیوان‌هایی که به طور دائم برای حل و فصل اختلافات تشکیل می‌شوند، اصولاً وابسته به کنسوری که در آن‌جا مستقر هستند، نمی‌باشند. به موجب این بند، «اصطلاح «احکام داوری» نه تنها شامل احکام داوران منصوب برای هر پرونده می‌باشد، بلکه شامل احکام صادره از ارگان دائمی داوری که طرف‌ها به آنها رجوع کرده‌اند نیز می‌گردد».

تاریخ صدور رأی و محل آن قید شود و همان محل به عنوان محل صدور رأی فرض خواهد شد. بنابراین تعدد مراکز که برای برگزاری جلسات مذاکره آن‌لاین راجع به حل و فصل اختلاف از آنها استفاده شده و ... تأثیری در وحدت محل انجام داوری ندارد.

مطابق با بند ۳ ماده ۳۰ قانون داوری تجاری بین‌المللی کشورمان، «رأی باید حاوی تاریخ و محل داوری ... باشد». تیز بنابر بند ۱ ماده ۲۰ همان قانون، «در صورت عدم توافق، محل داوری با توجه به اوضاع و احوال دعا و سهولت دسترسی طرفین توسط داور تعیین می‌شود». توجه به اوضاع و احوال، به عنوان مبنایی برای انتخاب محل داوری، در ماده ۲۰ قانون نمونه آنستیتال و قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، مبین آن است که در داوری آن‌لاین، صرف برگزاری جلسات داوری از طریق وسایل ارتباط الکترونیکی مانع از آن نیست که محلی به عنوان داوری مفروض باشد. بنابراین حسب مورد امکان دارد که محل اقامت طرفین یا داور یا محلی که سرویس‌دهنده خدمات اینترنتی داور در آن‌جا قرار دارد، یا به لحاظ قرینه بند ۳ ماده ۳۰ قانون داوری تجاری بین‌المللی و بند ۳ ماده ۳۱ قانون نمونه آنستیتال، محلی که در آن‌جا رأی تاریخ خورده است، به عنوان مقر داوری محسوب گردد. تعیین تکلیف در این زمینه، خود اجرای بدون دغدغه رأی را در کشورهای مختلف تسهیل کرده و مانع از بهانه‌جویی به ویژه در حوزه‌هایی می‌گردد که معتقدند رأی داوران باید وابسته به حوزه قضایی معین اصدار گردد.

نتیجه‌گیری

با گسترش استفاده از وسایل ارتباط الکترونیکی در امر تجارت، دادرسی و سایر روابطی که جنبه حقوقی داشته یا دارای وصف حقوقی هستند، این تردید که آیا می‌توان برای حل و فصل اختلافات از شیوه داوری آن‌لاین بهره گرفت، به طور کامل رفع می‌شود و اگر ابرادی باشد، تنها به محدودیت‌های خاص فضای مجازی و تأثیری که ممکن است از حیث انصاف در دادرسی یا دسترسی به عدالت داشته باشد، وارد است. از حیث مسائل اخیر و مسائل دیگری که در مقاله حاضر مورد بررسی قرار گرفت، داوری آن‌لاین - همانند دادرسی دولتی یا میانجیگری در فضای آن‌لاین - قواعد سنتی حقوق را به چالش کشیده است و ثمره آن برای حقوق مدرن - بدون این‌که انصراف از داوری آن‌لاین به عنوان متعارف میان تجار و حقوق‌دانان باشد - پیشرفت و توسعه است. ماهیت داوری آن‌لاین اقتضا می‌کند که به هنگام تفسیر مسائل مربوط به آن، خودبه‌خود از اصل وابستگی رأی داوری به مرجع قضایی معین به ثوری غیر محلی کردن داوری^۱ منحرف شویم.

تئوری اخیر، در صورت پذیرش، می‌تواند در حل بسیاری از مشکلات تحلیلی ناشی از معلوم نبودن پاردهای از ابعاد داوری آن‌لاین به کار گرفته شود. البته باید تعدیل‌هایی در تئوری به تناسب اوصاف خاص داوری آن‌لاین به عمل آید و برای مثال تضمین‌های ملموسی برای اعتراض و اجرای رأی آن‌لاین اندیشیده شود.

رعایت «اصول دادرسی»، به مفهوم اصول و قواعدی که فقدان آن به مفهوم عدم امکان صدق عنوان «دادرسی» می‌باشد، در داوری آن‌لاین نیز ضروری و تخلف از آن فاقد توجیه است. بنابراین، تنها آن دسته از دعاوی را می‌توان به این نوع از داوری ارجاع داد که رو در روی فیزیکی در آن رکن ضروری نباشد و یا عدول از آن به لحاظ عرفی، به روح دادرسی خدشه وارد نسازد.

آن‌چه در این مقاله مورد بررسی قرار گرفته، تمام مباحث شکلی و ماهوی راجع به دادرسی آن‌لاین را تشکیل نمی‌دهد و مسائلی همچون حدود رابطه داوری و دادگستری در این فضا، نحوه اجرای قرارهای آن‌لاین، تحقیقات آن‌لاین و مباحث دیگری قابل طرح هستند که فقدان رویه قضایی یا قانون مشخص در مورد آنها باعث شده که هر چه در مقام تحلیل می‌آید، مستند به دیدگاه‌های سابق یا قواعد و اصول حقوقی باشد و لذا اثبات خلاف آن منتفی نباشد. در هر حال، همه حقوق مدرن - به طور خاص حقوق تجارت بین‌الملل - این چنین شکل گرفته است و باید شاهراد پیشین را در باریکه داوری آن‌لاین استمرار بخشید.

منابع

- ۱- کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا، ۱۹۸۰، مجله دفتر خدمات حقوقی و بین‌المللی، شماره نهم، پاییز و زمستان ۱۳۶۷
- 2- Bonell, Michael Joachim. *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Harmonization of International Sales Law*, *Revue Juridique Themis*, 2002.
- 3- Broches, Aron. "**Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration**", Kluwer, Deventer 1990.
- 4- Clark, Eugene; Cho, George & Hoyle, Arthur. **Online Dispute Resolution: Present Realities, Pressing Problems and Future Prospects**, *International Review of Law Computers & Technology*, Volume 17, No. 1, 2003.
- 5- Directive 1999/93/Ec Of 13 December 1999 On a Community Framework For Electronic Signatures , Available At: http://europa.eu.int/curllex/pr/en/oj/dat/2000/1_013/1_01320000119en00120020.pdf
- 6- **E-Commerce and Development Report 2003**, United Nations Conference on Trade and Development [UNCTAD], New York and Geneva, 2003.
- 7- **European Convention on International Commercial Arbitration of 1961**, Done at Geneva, April 21, 1961 United Nations, Treaty Series , vol. 484, p. 364 No. 7041 (1963-

- 1964). At: <http://arbitration.indlaw.com/datastore/sdata/treaties/arbi3.pdf>
- 8- Girsberger, D. "The Internet and Jurisdiction Based on Contract", in: Frank Emmert (ed.), 4 *European Journal of Law Reform: Special Issue on International Procedural Law 2002*.
 - 9- Girsberger, Daniel & Schramm, Dorothee. *Cyber-Arbitration, European Business Organization Law Review* 3, 2002.
 - 10- Hardy, T. The Proper Legal Regime for Cyberspace, 55 *University of Pittsburgh Law Reviews* 1994.
 - 11- Hill, Jennifer E. The Future of Electronic Contracts in International Sales: Gaps and Natural Remedies under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 2003.
 - 12- Hill, R. On-line Arbitration: Issues and Solutions, *Arbitration International*, Vol. 15, 1999.
 - 13- Hill, R. "The Internet, Electronic Commerce and Dispute Resolution: Comments", 14/4 *Journal of International Arbitration* 1997.
 - 14- Hornle, Julia. Online Dispute Resolution: The Emperor's New Clothes? Benefits and Pitfalls of Online Dispute Resolution and its Application to Commercial Arbitration, *International Review of Law Computer & Technology*, Volume 17, NO. 1, 2003.
 - 15- **Inter-American Convention on International Commercial Arbitration** (Panama Convention, January 30 1975), Available at: www.oas.org/juridico/english/treaties/b-35.htm
 - 16- Johnson, R. & Post, D. Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace, *Stanford Law Review*, Vol. 48, 1996.
 - 17- Katsh, E. & Rifkin, J. *Online Dispute Resolution: Conflict Resolution in Cyberspace*, Jossey-Bass, San Francisco, 2001.
 - 18- Kaufmann-Kohler, G. & Peter, H. "Formula 1 Racing and Arbitration: The FIA Tailor-Made System for Fast Track Dispute Resolution", *Arbitration International* 2001.
 - 19- Lando, O. The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 34, 1985.
 - 20- Manevy, Isabelle. **Online dispute resolution: what future?** D.E.A. de droit anglais et nord-américain des affaires, Université de Paris 1, Under the supervision of Maître Antoine Adeline, June 2001. At: www.ombuds.org/cyberweek2002/manevy_cdr01.pdf
 - 21- National Alternative dispute Resolution Advisory Council (NADRAC) "**Dispute resolution and information technologies: Principles for Good Practice**" (Draft), Available at: www.nadrac.gov.au/ahome/advisory/nadrac/nadrac.htm
 - 22- Recommendation 98/257/EC of the Commission dated 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes. At: www.it-retten.dk/bog/bilag/23/C-recommendation.pdf
 - 23- Redfern, A. & Hunter, M. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3rd ed, London 1999.
 - 24- Rule, Colin & Villamor Craig. **The Importance of Language in Online Dispute Resolution**, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Using Technology to Resolve Disputes, Special Supplement 2004.
 - 25- Schellekens, M. & Van der Wees, L. 'ADR and ODR in Electronic Commerce' in Prins, J. E. J. et al. (eds), *Trust in Electronic Commerce* Kluwer Law International, The Hague, 2002.
 - 26- Thornburg, Elizabeth G. Going Private: Technology, Due Process, and Internet Dispute Resolution, *University of California Davis Law Review*, 2000.
 - 27- Vahrenwald, Arnold. **Out-of-court dispute settlement systems for e-commerce**, Report on legal issues, Part IV: Arbitration, Joint Research Centre 2000.
 - 28- Yu, Hong-lin & Nasir, Motassem. Can Online Arbitration Exist Within the Traditional Arbitration Framework? *Journal of International Arbitration*, 20(5), 2003.