

جایگاه عرف در تجارت الکترونیکی بین‌المللی

حسین آل کجیابف*

تاریخ وصول: ۹۳/۳/۱۰؛ تاریخ پذیرش: ۹۳/۱۰/۲۱

چکیده

قوانین ملی و بین‌المللی، هنوز نتوانسته است خود را با رشد سریع تجارت الکترونیک در عرصه داخلی و بین‌المللی هماهنگ نماید. این مسئله، به ویژه هنگامی که تجارت الکترونیک از مرزهای داخلی فراتر می‌رود، نمود بیشتری پیدا می‌کند. در این خصوص، تنگنای نظارتی وجود دارد که ممکن است برای شرکت‌های فعال در تجارت الکترونیک که درگیر دعاوی حقوقی هستند پیامدهای خلاف انتظار در پی داشته باشد. مقاله حاضر، امکان و احتمال استفاده از مفهوم عرف تجارت بین‌الملل را به عنوان یک منبع قانونی و البته راه حلی بالقوه برای برطرف نمودن اختلافات حقوقی مربوط به قراردادهای تجارت الکترونیک بین‌المللی مورد بررسی قرار می‌دهد. بر اساس این پیشنهاد، عرف الکترونیک، برخی از متداول‌ترین شیوه‌های رایج در وب را به سطح قانون ارتقا می‌دهد، تا بدین وسیله مجموعه‌ای انعطاف پذیر از ضوابط و معیارها را در رابطه با معاملات انجام شده در شبکه، در اختیار جامعه مجازی قرار دهد. عرف الکترونیک، همچنین می‌تواند قوانین داخلی موجود در زمینه تجارت الکترونیک و نیز قوانین بین‌المللی آتی در رابطه با تجارت الکترونیک را تکمیل نماید. علاوه بر موارد فوق، این مقاله در پی بررسی جایگاه عرف بین‌المللی و ارائه راه حلی برای مشکلات موجود در قراردادهای تجارت الکترونیک می‌باشد.

کلیدواژه‌ها: عرف سنتی، عرف الکترونیک، تجارت الکترونیک، تجارت بین‌الملل.

مقدمه

بهره‌گیری از تجارت الکترونیک، برای شرکت‌هایی که از اینترنت در معاملات خود استفاده می‌کنند منافع بی‌سابقه‌ای به ارمغان آورده است. رویه‌ها و عرف‌های تجاری جدید، هنوز در قانون که - معمولاً - از فناوری‌های جدید عقب‌تر هستند - به رسمیت شناخته نشده است. در نتیجه، تجارت الکترونیکی بین‌المللی با تنگناهای قانونی بسیار زیادی مواجه می‌باشد. با در نظر گرفتن وضعیت پیشرفت فناوری اطلاعات و قوانین مصوب مربوط به تجارت الکترونیکی، باید با تصویب قوانین جدید این کاستی برطرف شود. برای حل این مشکل، جامعه جهانی بارها تمایل خود را برای تعریف راهبردی قانونی در ارتباط با محیط تجاری اینترنتی اعلام نموده است.^۱ به هر حال، مراجع قانونگذاری اعم از بین‌المللی و داخلی در ضابطه‌مند کردن تجارت الکترونیک جهانی، به دلیل رشد سریع این نوع تجارت، با مشکل مواجه می‌باشند. تاکنون جامعه جهانی تنها توانسته، یک چهارچوب بسیار ابتدائی برای تجارت جهانی به منظور شناسایی اسناد، امضاها و قراردادهای الکترونیکی ارائه نماید.^۲ تعیین حقوق و وظایف دقیق طرفین معامله در قبال یکدیگر، بر عهده خود آنها گذاشته شده تا در متن قرارداد به آن اشاره نمایند. چنانچه قرارداد رسمی وجود نداشته باشد، یا قرارداد موجود برای رسیدگی به موضوع مورد اختلاف نارسا تشخیص داده شود، آنگاه طرفین قرارداد در تنگنا قرار می‌گیرند. در این صورت، باید امکان بکارگیری مفاهیم عرف تجاری الکترونیکی بین‌المللی به عنوان یکی از منابع تکمیلی حقوق تجارت بین‌المللی مورد توجه قرار گیرد.

هدف از مقاله حاضر این است که با بررسی امکان و احتمال استفاده از مفهوم عرف تجارت الکترونیک بین‌المللی که از این پس در این مقاله «عرف الکترونیک» نامیده می‌شود، منبعی قانونی، برای کامل شدن حقوق تجارت الکترونیک بین‌المللی با روش جدیدی از تعریف حقوق و وظایف تجار الکترونیکی به دست می‌دهد. استدلال در رابطه با این موضوع، از این قرار است که برخی شیوه‌های تجاری الکترونیکی که متداول‌تر هستند و اعتبار قانونی بیشتری دارند، اما لزوماً خیلی قدیمی نیستند و باید در تجارت الکترونیک بین‌المللی حالت یک قانون را پیدا کنند.

مهم‌ترین نتیجه‌ای که از این مفهوم به دست می‌آید، توانایی انطباق عرف الکترونیکی با تغییرات سریع فناوری اطلاعات بدون دخالت دولت است (Polanski, 2005: 2). نتیجه دیگری که

از عرف الکترونیکی به دست می‌آید، این است که این امر بهترین منبع برای برطرف کردن تنگنایی است که در قراردادهای تجاری نانوشته باقی می‌ماند. افزون بر آن، عرف الکترونیکی با هیچ‌یک از تحولات آتی در حوزه قوانین تجارت الکترونیک بین‌المللی تضاد ندارد و در نهایت این که در مقایسه با محیط‌های سنتی، عرف را در محیطی الکترونیکی بسیار ساده‌تر می‌توان تثبیت کرد (Polanski, 2008: 28).

در این مقاله، سعی شده است تا جایگاه و مفهوم عرف، در تجارت الکترونیکی بین‌المللی مورد بحث و بررسی قرار گیرد. همچنین روش‌های موجود، برای ضابطه‌مند کردن تجارت الکترونیکی، جایگاه زمان در عرف تجارت الکترونیک بین‌المللی و عناصر تشکیل دهنده آن بیان گردد.

روش‌های موجود برای ضابطه‌مند کردن تجارت الکترونیک بین‌المللی

قبل از پرداختن به عرف، به عنوان منبعی برای حقوق تجارت الکترونیکی، ضروری است ابتدا محدودیت‌ها و پیشرفت‌های دیگر روش‌های مهم مورد استفاده در این حوزه مورد بررسی قرار گیرد.

قانون نمونه تجارت الکترونیکی آنسیترال

اولین رویداد مهم در مورد حقوق تجارت الکترونیکی بین‌المللی «قانون نمونه تجارت الکترونیکی آنسیترال^۳» است که مجمع عمومی سازمان ملل متحد آن را در دسامبر ۱۹۹۶ تصویب کرد.^۴ هدف از آن، تسهیل استفاده از وسائل مدرن ارتباطات و ذخیره‌سازی اطلاعات و داده‌ها، مانند استفاده از پست الکترونیکی و تبادل داده‌های الکترونیکی است (شیروی، ۱۳۹۰: ۷۲). تصویب «قانون نمونه» بر دو اصل استوار است: اول: کارکرد یکسان^۵، به این معنی که اسناد الکترونیکی از نظر کارکرد ارزشی با اسناد کاغذی برابر هستند و دوم: بی‌طرفی تکنولوژی^۶، یعنی کلیه مفاد قانون نمونه به زبان بی‌طرفی تکنولوژی بیان شده‌اند، تا علی‌رغم پیشرفت‌های عرصه فناوری اطلاعات اجرا شدنی باقی بمانند (Villiger, 1997: 54).

دیگر سخن، اهمیت قانون نمونه از این جهت است که نوشته‌ها و امضاها الکترونیکی را به رسمیت می‌شناسد و از پذیرش مدارک و شواهد کامپیوتری در دادگاه حمایت می‌کند و

3. Uncitral Model Law

4. United Nations. General Assembly Resolution 51/162 of 16 December 1996 - UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment. 1996

5. Functional equivalence

6. Technology neutrality

۱. برای مثال می‌توان به قانون نمونه تجارت الکترونیکی موسوم به آنسیترال و دستورالعمل تجارت الکترونیکی اتحادیه اروپا اشاره نمود.

۲. برای اطلاعات بیشتر به مواد ۵ و ۲۵ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ مراجعه شود.

فرانسه، بلژیک، هلند و غیره را با یکدیگر پیوند می‌دهد. علاوه بر این، قانون مزبور تنها بر کشورهای اتحادیه اروپا تأثیر نمی‌گذارد بلکه ممکن است شوراهائی که متقاضی عضویت در اتحادیه اروپا می‌باشند را مجبور به تصویب و اجرای این قانون نمایند. این امر، موجب گسترش قانونی واحد برای تجارت الکترونیک در سرتاسر اروپا می‌شود. ایراداتی که ممکن است بر این قانون وارد باشد، این است که این قانون کمی محدود است و تجارت الکترونیک را تنها در ۳ ماده تنظیم می‌کند که خود موجب ایجاد مناقشات زیادی در کشورهای اتحادیه اروپا شده است (Murray, 2000: 52). به‌علاوه، اجرای این قانون فقط محدود به کشورهای عضو اروپاست و به همین دلیل نمی‌تواند مجموعه‌ای از قوانین واحد را برای تجارت الکترونیکی بین‌المللی و بین قاره‌ای تضمین نماید.

همچنین مطالب فوق را می‌توانیم، در مورد «قانون امضای الکترونیکی» نیز که شرایط لازم را برای گواهی امضای الکترونیکی و خدمات صدور گواهی امضا در سراسر اتحادیه اروپا مقرر نموده و به مکانیسم‌های همکاری با کشورهای ثالث بر مبنای به رسمیت شناختن متقابل گواهینامه‌ها و موافقتنامه‌های دوجانبه و چندجانبه اشاره دارد قائل شویم.

عرف به عنوان یک منبع حقوقی

از گذشته‌های دور، عرف یکی از منابع اصلی حقوق بوده و گاه به عنوان مادر منابع دیگر، به شمار می‌رفته است. در قسمتی از تاریخ بشر تنها عرف، زندگی و روابط اجتماعی بشر را تنظیم و تعدیل می‌نموده و خصومت‌ها را پایان می‌داده و تجارت‌ها را برپا می‌ساخته است. اکنون نیز عرف در حقوق داخلی و حقوق تجارت بین‌الملل، جایگاه والاّی دارد و یکی از منابع اصلی محسوب می‌گردد. در کشورهای مبتنی بر سیستم آنگلو ساکسون، مانند انگلستان و آمریکا عرف به عنوان یک منبع اصلی و اساسی به حساب می‌آید و در کشورهای پیرو حقوق نوشته نیز عرف اهمیت بسزایی دارد.

عرف در نظام حقوقی سنتی

شالوده اصلی هر نظام حقوقی در جهان عرف است. انسان‌ها بنا به ضرورت‌های زندگی اجتماعی و برای تنظیم روابط و هماهنگی رفتارها به تدریج بر اساس الگوهای رفتاری مشابهی عمل می‌کنند و به یک دسته قواعدی پایبند می‌شوند، بدون این که از پیش این قواعد را طراحی کرده باشند. این قواعد، همان چارچوب‌های عرفی است که به تنظیم رفتارها کمک می‌کند و دولت‌ها طبق آنها عمل می‌کنند. صنعتی شدن در قرن نوزدهم،

بر رسمیت بخشیدن به اعتبار و قابل اجرا بودن قراردادهایی که از طریق الکترونیکی منعقد شده‌اند تصریح دارد. قانون نمونه، به عنوان «شروعی مناسب برای تعریف مجموعه‌ای از اصول یکپارچه تجاری بین‌المللی برای تجارت الکترونیک» در جهان پذیرفته شده است^۱ و برخی از کشورها مانند آمریکا، استرالیا، اروپا و آسیا به طور آزاد و اختیاری مفاد آن را به اجرا درآورده‌اند (<http://www.uncitral.org>).

شایان ذکر است که هدف از «قانون نمونه» ارائه یک چهارچوب قانونی جهانی برای تجارت الکترونیک نیست، بلکه نشان دادن الگویی به قانونگذاران داخلی است تا به کمک آن قوانین داخلی مربوطه خود را وضع کنند.

مصوبات اتحادیه اروپا

از دیگر وقایع مهم حقوقی بین‌المللی می‌توان به دو مصوبه اتحادیه اروپا در زمینه تجارت الکترونیک قانون نمونه آنسیترال در خصوص تجارت الکترونیک^۲، و امضاهای الکترونیکی، قانون نمونه آنسیترال در خصوص امضای الکترونیکی^۳، اشاره کرد.

«قانون تجارت الکترونیک» تقریباً در بیشتر کشورهای عضو اتحادیه اروپا به اجرا درآمده است. در ماده ۲۲ قانون فوق‌الذکر، مجموعه‌ای از قواعد هماهنگ، برای رسمیت بخشیدن به ارائه دهندگان خدمات، روابط تجاری، وظایف واسطه‌ها، اعتبار قراردادهای الکترونیکی و حل و فصل اختلافات در خارج از دادگاه و سایر موارد بیان گردیده است. «قانون تجارت الکترونیک» فقط معاملات آنلاینی را شامل می‌شود که در محدوده اتحادیه اروپا انجام شده باشند. «قانون تجارت الکترونیک» از رویکرد «کارکرد یکسان» بهره می‌گیرد و کشورهای عضو اتحادیه اروپا را ملزم می‌نماید قوانین مربوط به از میان برداشتن الزامات فعلی را اجرا نمایند.

اهمیت «قانون تجارت الکترونیک» از این جهت است که به اجبار و به صورت فراملی قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی را در کشورهای عضو اتحادیه اروپا، اعم از کشورهای مبتنی بر سیستم آنگلو ساکسون، مانند انگلستان و اسکاتلند و غیر آنگلو ساکسون مانند

1. White House. A Framework for Global Electronic Commerce. Washington: White House. 1997.
2. Official Journal of the European Communities. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on Electronic Commerce). 2000.
3. Official Journal of the European Communities. Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures. 1999.

باعث ایجاد قواعد حقوقی به عنوان ابزار اصلی نظارتی در سطح ملی بود (Fidler, 1996: 218).

این نیز به نوبه خود بسیاری از رسوم و قواعد متداول را که پیش از آن مدون نشده بود در خود جای دادند. در نتیجه نقش قانونی عرف در سیستم‌های مدون کمرنگ شد تا حدی که می‌توان ادعا کرد، امروزه عرف به عنوان یک منبع در قانونگذاری ملی نقش حاشیه‌ای دارد.

جایگاه عرف بین‌المللی

عرف به عنوان منبع مهمی برای تعهدات حقوقی در حقوق تجارت بین‌الملل، محسوب می‌شود. بخش «ب» از بند ۱ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، عرف بین‌المللی را به عنوان دومین منبع حقوقی بعد از معاهدات به شمار آورده است. تجار به اهمیت عرف و سنن تجاری در تجارت بین‌المللی سنتی به خوبی واقفند که علت آن نیز عمدتاً تدوین این شیوه‌های تجاری توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی است. به عنوان مثال، می‌توان به «قوانین و مقررات بین‌المللی تجارت اینکوترمز»^۱ و «رویه‌ها و عرف‌های متحدالشکل برای اعتبارات اسنادی تدوین شده» اشاره نمود^۲ (مجتهدی، ۱۳۸۳: ۲۹۹).

جایگاه عرف در تجارت الکترونیک بین‌المللی

در نظام‌های حقوقی بین‌المللی، عرف مؤلفه مهمی به شمار می‌رود. علت مهم این امر، می‌تواند فقدان قوه مقننه و حاکمیت متمرکز در سطح بین‌المللی باشد. به همین ترتیب، در خصوص فضای مجازی نیز با توجه به نبود هر گونه قانون لازم‌الاجرا در سطح جهانی و نبود یک حاکمیت متمرکز، به نظر می‌رسد که این موضوع بسیار شبیه محیط بین‌المللی می‌باشد و می‌توان ادعا نمود که عرف منبعی بین‌المللی در حقوق تجارت الکترونیک بین‌المللی یا فرا ملی است.

به دیگر سخن، عرف می‌تواند به عنوان منبعی بسیار مهم برای حقوق تجارت الکترونیک بین‌المللی تبدیل شود؛ زیرا شیوه‌های رایج شناخته شده را تا حد قانون ارتقا می‌دهد. با توجه به تغییرات سریع در فضای مجازی، عرف با قابلیت توانایی و انعطاف در شناسایی رویه‌های الزام‌آور تجارت الکترونیک بین‌المللی، ممکن است بهترین گزینه تنظیم‌کننده قابل دسترس باشد (Campbell, 1998: 22).

با توجه به این که بعید به نظر می‌رسد، در آینده نزدیک، جامعه

جهانی شاهد قانون متحدالشکلی در حوزه تجارت الکترونیک باشد، بهتر است بر متحد الشکل کردن عرف‌های تجاری تأکید شود تا عرف بتواند راه حل مناسبی برای حل مشکلات تجارت الکترونیک بین‌المللی باشد. در صورت تدوین قواعد عرفی موجود در خصوص تجارت الکترونیک بین‌المللی، طرفین قرارداد حقوق و تکالیف خود را در این حوزه تشخیص خواهند داد.

نقش عرف، بسیار والاتر از آن است که فقط به عنوان قانونی موقت در رابطه با تنظیم بازار الکترونیک عمل کند. عرف در تفسیر مفاد قراردادهای و معاهدات بین‌المللی نقش مهمی داشته و خواهد داشت. همچنین باید بر قابلیت عرف در جرح و تعدیل کردن منابع همزمان موجود، یا آتی تجارت الکترونیک، مانند معاهدات یا قراردادهای تأکید کرد. علاوه بر این، عرف می‌تواند دامنه شمول معاهدات بین‌المللی را گسترش دهد و در نهایت این که عرف می‌تواند به بهترین نحو کاستی‌های منبعث از عدم قانونگذاری مرتبط با تجارت الکترونیک را برطرف کند.

تعریف عرف

عرف در لغت به معنای آنچه که در میان مردم معمول و متداول است، می‌باشد (معین، ذیل «عرف») در اصطلاح حقوقی، عرف عملی است که اکثریت صنفی از اصناف، یا طبقه‌ای از طبقات، یا گروهی از یک اجتماع به‌طور مکرر انجام دهند و آن عمل مطابق با مصلحت نوعی آن صنف یا آن طبقه و گروه باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵: ۴۴۸).

تعریف عرف بین‌المللی

عرف بین‌المللی، به همراه معاهدات و اصول حقوقی کشورهای متمدن، یکی از منابع اصلی دیوان بین‌المللی دادگستری برای حل و فصل اختلافات است. ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، عرف بین‌المللی را چنین تعریف می‌کند: «یک رویه عمومی است که به وسیله تابعان حقوق بین‌الملل به عنوان قانون پذیرفته شده است». این تعریف با وجود انتقاد بعضی از صاحب‌نظران، تعریفی بلیغ و جامع از دیدگاه نظری گروه کثیری از حقوقدانان است که عرف را مرکب از دو عنصر می‌دانند: یکی رویه‌ای عام، مرسوم، و دیگری اعتقاد به این‌که این عملکرد، نشانه وجود قاعده حقوقی یا نتیجه آن است، عنصر روانی، (اسکینی، ۱۳۶۵: ۲۵۶).

تعریف فوق بر مستمر و تدریجی بودن به عنوان یکی از عناصر اساسی عرف تأکید نمی‌کند. این امر نشان‌دهنده این واقعیت است

1. International Commercial Terms (INCOTERMS)
2. Customs and Practice for Documentary Credits (Uniform)

چند سال، تثبیت شده باشد. تعداد معاملات انجام شده ظرف یک دوره زمانی مشخص در آن باشد و محدود به یک صنعت و منطقه جغرافیایی خاص بوده یا جهانی باشد. انتظار رعایت کردن عرف بدین معنی است که طرفینی که قصد عدول از آن را دارند باید دلیل بسیار خوبی برای انجام این کار داشته باشند.

مفهوم و جایگاه زمان در عرف تجارت الکترونیک بین‌المللی

مفهوم زمان در عرف تجارت الکترونیک بین‌المللی

معنای متداول کلمه «عرف» فرض را بر وجود رویه ای رایج به مدت طولانی قرار می‌دهد، اما در حقوق تجارت بین‌الملل این دیدگاه تغییر پیدا کرده است. از جنگ جهانی دوم به بعد، پذیرفته شده است که عرف بین‌المللی می‌تواند در مدت زمان کوتاه‌تری نیز به رسمیت شناخته شود؛ زیرا پیشرفت‌هایی که در اجتماع و بویژه در رابطه با قوانین تجاری و حوزه فناوری اطلاعات رخ می‌دهند آهنگ سریع‌تری پیدا کرده‌اند (Wolfke, 1993: 87).

در این زمینه می‌توان به رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در ۲۰ فوریه ۱۹۶۹ در مورد قضیه فلات قاره دریای شمال استناد کرد که مقرر نمود:

«هرچند عملی که برای یک مدت زمان کوتاه جریان داشته، لزوماً و به خودی خود مانعی برای شکل‌گیری یک قاعده جدید حقوق بین‌الملل عرف نیست، اما لازم است که در این مدت زمان، هر چند هم که کوتاه باشد، طرز عمل عمومی کشورها، به‌خصوص کشورهای ذی‌نفع، متواتر و در عمل متحدالشکل باشد» (<http://www.icj-cij.org/docket/files/51/5535.pdf>).

همچنین به گفته یکی از قضات دیوان بین‌المللی دادگستری: «... آهنگ سریع زندگی اینترنتی امروزی که ارتباطات بسیار گسترده موجب آن بوده، اهمیت عامل زمان را به حداقل رسانده و شکل‌گیری قوانین متداول بین‌المللی را با سرعت بیشتری امکان‌پذیر ساخته است. آنچه پیشترها به صد سال زمان نیاز داشت، اکنون ممکن است به کمتر از ده سال وقت لازم داشته باشد (Judge Tanaka, I.C.J. Reports 1969).

نتایج مزبور، اهمیت ویژه‌ای برای مفهوم عرف الکترونیک دارند. برخی از رویه‌های تجارت الکترونیک پس از سپری کردن دوره زمانی بسیار کوتاهی، می‌توانند لازم‌الاجرا شوند. اگر ۳۰ سال پیش، شکل‌گیری رویه‌های لازم‌الاجرا در حقوق

که به دلیل رشد سریع تکنولوژی در قرن بیستم، عرف بین‌الملل می‌تواند با سرعت بیشتری نسبت به سابق تشکیل شود.

تعریف عرف بین‌المللی در حقوق تجارت بین‌الملل

به گفته اشمیتوف^۱، حقوق تجارت بین‌الملل، از دو منبع اقتباس شده است: قوانین بین‌المللی و عرف بین‌الملل. او در تعریف عرف تجاری بین‌المللی می‌گوید: «عرف بین‌المللی از رویه‌ها، عادات و استانداردهای تجاری‌ای تشکیل شده که آن‌قدر زیاد مورد استفاده قرار گرفته‌اند که تجار درگیر در تجارت بین‌المللی از طرف قراردادی خود انتظار دارند آنها را رعایت نمایند و مؤسسات بین‌المللی مانند «اتاق بازرگانی بین‌المللی»، «کمیسیون اقتصادی سازمان ملل برای اروپا» و یا مجامع تجاری بین‌المللی آنها را مدون نموده‌اند (Schmitt Hoff, 1988: 54).

این تعریف از عرف، سه مؤلفه مهم را در بر دارد؛ نخست این‌که: همانند تعریف قبل ضرورتی ندارد که عرف قدمتی طولانی داشته باشد تا لازم‌الاجرا تلقی شود.

دوم: عرف تجاری باید به‌صورت گسترده مورد استفاده قرار گیرد و به عنوان یک قاعده لازم‌الاجرا پذیرفته شده باشد. سوم: این‌که تدوین عرف توسط نهادهای مختلف تجاری بین‌المللی، شرط اصلی برای تشکیل موفق در تدوین عرف می‌باشد.

تعریف پیشنهادی برای عرف تجارت الکترونیک بین‌المللی (عرف الکترونیک)

عرف تجارت الکترونیک بین‌المللی، یا عرف الکترونیک می‌توان چنین تعریف نمود: عرف الکترونیک، رویه حقوقی مرتبط با خرید و فروش در اینترنت را که به واسطه، رواج بیش از حد آن می‌توان انتظار داشت که رعایت شود و از اهمیت حقوقی برخوردار باشد. برای مثال، رویه در خصوص استفاده از یک قلم کامپیوتری مشخص از لحاظ حقوقی بی‌اهمیت است و به همین دلیل لازم‌الاجرا نیست. همچنین در تعریف مزبور، نیازی به گذشت زمان طولانی یا به تعبیری دیگر نیاز به تدریجی بودن نیست. همان‌طور که در قبل گفته شد، در دنیای امروزی و در محیط مجازی، مانند تجارت الکترونیک که به سرعت در حال تغییر است، عرف می‌تواند در عرض چند ماه و یا کمتر نیز شکل بگیرد. مهم این است که رویه مزبور باید متداول باشد، بدین معنی که در یک چهارچوب زمانی معقول، خواه چند ماه و خواه

1. Schmitt Hoff

بین‌الملل کمتر از ۱۰ سال زمان می‌برد اکنون شکل‌گیری رویه‌های لازم‌الاجرای تجارت الکترونیکی می‌تواند در کمتر از ۱ سال صورت پذیرد. در حقیقت، با توجه به سرعت بسیار بالای تحولات فناوری اطلاعات می‌توان استدلال کرد که رویه‌های تجارت الکترونیکی لازم‌الاجرا می‌توانند در محدوده زمانی بسیار کوتاه‌تر و چه بسا کمتر از یک سال شکل بگیرند.

نقش حجم مبادلات در ایجاد عرف

دیدگاه سنتی در مورد مفهوم عرف، بر تداوم و استمرار رویه به عنوان شرط ضروری وجود آن تأکید دارد. این رویکرد تک بعدی و افقی به مقیاس‌های بالقوه دیگری که در تعیین اهمیت واقعی یک کار مشخص، برای مثال سنجیدن درجه شدتی که رویه مشخص در یک محدوده زمانی معین نقش دارند، مقیاس عمودی، توجهی ندارد. برای مثال، ۲۰۰ سال پیش ممکن بود ۱۰۰ مورد، عمل به یک رویه تجاری در طول یک سال مشاهده شود، اما امروزه ممکن است ۱۰۰ مورد عمل به یک رویه تجاری در طول یک روز مشاهده گردد. به عبارت دیگر، در رابطه با شکل‌گیری عرف یک روز در زمان حاضر، ممکن است به اندازه یک سال در گذشته اهمیت داشته باشد.

مقاله حاضر، دیدگاه سنتی در مورد مفهوم عرف را به چالش می‌کشد؛ زیرا ادعا شده است که در رابطه با عرف تجارت الکترونیکی نیز این حجم مبادلات است که می‌تواند در شکل‌گیری سریع‌تر ضوابط عرف الکترونیکی بین‌المللی نقش داشته باشد. فضای تجارت الکترونیکی، فرصتی استثنایی برای اندازه‌گیری تعداد و نوع معاملات انجام شده در یک محدوده زمانی مشخص فراهم می‌کند و به این ترتیب، گواه بسیار خوبی از میزان عمل کردن به رویه‌های تجاری مشخص در اختیار ما قرار می‌دهد. برای مثال، اوراق مربوط به معاملات می‌توانند اطلاعاتی در مورد میزان انجام انواع خاصی از معاملات فراهم نمایند که می‌تواند به شکل‌گیری سریع‌تر عرف الکترونیکی کمک کند.

عناصر متشکله عرف

عنصر عینی یا مادی عرف

بحث در مورد این‌که چه چیزی عرف را به وجود می‌آورد، پیشینه‌ای بسیار قدیمی دارد و به زمان روم باستان بر می‌گردد. در نظریات حقوقی جدید، اغلب حقوقدانان معتقدند که عرف

از دو عنصر اساسی تشکیل شده است: عنصر عینی یا مادی^۱ و عنصر معنوی یا روانی^۲. مفهوم «عرف و رویه» معمولاً در مورد فعل مثبت مورد استفاده قرار می‌گیرد (Danilenko, 1983: 54). اما در این رابطه بحثی وجود دارد که آیا سایر اعمال، مانند بیانیه‌ها، مذاکرات و اعلامیه‌ها می‌توانند به عنوان بخشی از عرف باشند یا خیر؟ اغلب نویسندگان بر این باورند که تنها اعمال به صورت فعل مثبت هستند که می‌توانند رویه و عرف را به وجود آورند، مانند نوشتن یک برنامه کامپیوتری (D'Amato, 1969: 23).

اما این دیدگاه، بیش از حد، محدود به نظر می‌رسد؛ زیرا افعال فیزیکی معمولاً با اعلامیه‌های شفاهی و یا کتبی، برای مثال اظهارات سیاسی آغاز شده و پس از آن در عمل تحقق پیدا می‌کنند. در نتیجه، استدلال می‌شود که در رابطه با تجارت الکترونیک واژه عرف نه تنها افعال فیزیکی، بلکه اظهارات مرتبط با آن‌چه را که شرکت قصد انجام تجارت الکترونیکی آن را دارد را نیز شامل می‌شود.

عنصر ذهنی یا روانی عرف

عنصر دوم، یعنی عنصر ذهنی یا عنصر روانی، ماهیتی روان‌شناختی دارد. بر اساس این نظریه، عادت می‌تواند به عنوان عرف مورد استناد قرار گیرد که به اعتقاد کسانی که آن را رعایت می‌کنند الزام‌آور باشد، یعنی در زمره قواعد حقوقی به شمار آید. بسیاری از عادت‌ها، با این که مدت‌ها تکرار شده و جنبه عمومی پیدا کرده است، چون به نظر مردم اجباری نیست و آن را به عنوان قاعده حقوقی محترم نمی‌دانند، به معنای خاص کلمه عرف محسوب نمی‌شود و جزو آداب و رسوم و نزاکت‌های اجتماعی محسوب می‌شود، مانند مراسم محلی که در پاره‌ای از جشن‌ها یا سوگواری‌ها برگزار می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۷۹).

برخی از حقوقدانان از جمله مایکل آکهرست معتقدند که عرف به تنهایی برای تشکیل یک ضابطه حقوقی کافی نیست و باید فعلی در سطح بین‌المللی صورت گرفته و دولت‌ها نسبت به غیر قانونی بودن آن، اعتراضی نداشته باشند و سپس لازم است که ثابت شود دولت‌ها فعل مزبور را الزامی تلقی نموده و پس از الزامی شدن فعل، ممکن است آن فعل تبدیل به عرف بین‌المللی گردد (Akehurst, 1987: 65).

اما در این‌جا بحث بر سر این است که عنصر معنوی عرف، یعنی پذیرش رویه از سوی اشخاص حقیقی و نیز احساس الزام‌آور بودن آن از نظر حقوقی، دیگر در یک محیط تجارت

1. objective
2. subjective

دهد و حتی شکل‌گیری ضابطه عرفی بین‌المللی را در پی داشته باشد. در حقوق بین‌الملل عمومی، نویسندگانی که هم رویه و هم استمرار رفتار را به عنوان قانون برای شکل‌گیری عرف لازم می‌دانند معتقدند که عمل حتی یک کشور، که به‌طور ضمنی به عنوان حق یا وظیفه قانونی توسط کشور دیگری پذیرفته می‌شود می‌تواند شکل‌گیری عرف را در پی داشته باشد (Villiger, ibid).

نمونه‌هایی از قواعد عرفی تجارت الکترونیک

عرف جدید در بانکداری

امروزه مسئله امنیت تمامی معاملات بانکی که از طریق اینترنت و اغلب با استفاده از روش رمزنگاری انجام می‌شوند به مسئله‌ای عام تبدیل شده است. حضور دائمی هک‌های کامپیوتری که به منظور دستیابی به اطلاعات مالی، مدام در حال جستجو و مرور در اینترنت هستند، محیط تجارت الکترونیکی را به محیطی بسیار پرخطر و آسیب‌پذیر مبدل ساخته است. از سوی دیگر، هیچ‌گونه قانون بین‌المللی وجود ندارد که تولیدکنندگان فناوری اطلاعات (IT) را ملزم نماید که به منظور حفاظت از جریان اطلاعات در شبکه کامپیوتر از رمزنگاری یا سایر روش‌های امنیتی استفاده کنند.

اگر چه مقاله حاضر قصد ندارد به بررسی مفصل بانکداری اینترنتی بپردازد، اما به سادگی می‌توان مشاهده کرد که عرف جدیدی در بانکداری بین‌المللی شکل گرفته است که مقرر می‌دارد: «کلیه معاملات بانکی اینترنتی باید از امنیت مناسب برخوردار باشند». عبارت «امنیت مناسب از معاملات» مبهم است و می‌توان آن را این‌طور تفسیر کرد که فناوری امنیتی پیشرفته باید هم توسط بانک، به عنوان مسئول اصلی، و هم کاربر نهایی این برنامه‌ها مورد استفاده قرار گیرد.

در نتیجه طرفی که به عنوان یک کاربر حرفه‌ای در اینترنت عمل می‌کند باید ملزم به استفاده از پیام‌های کاملاً رمزگذاری شده شود. همچنین طرف مزبور حق دارد، انتظار داشته باشد که طرف مقابل او، یعنی بانک بین‌المللی نیز برای محافظت از معاملاتشان از فناوری رمزگذاری قوی یا تکنولوژی امنیتی مشابه دیگری استفاده کند. در نتیجه، در صورتی که هر یک از طرفین قصد نقض این قانون را داشته باشند طرف مقابل می‌تواند دریافت غرامت را تقاضا نماید.

برای ترسیم بهتر نحوه استفاده از نظریه عرف الکترونیک در فضای تجارت الکترونیک، می‌توان یک نمونه فرضی را بیان

الکترونیک نباید مؤلفه‌ای الزامی باشد. دلایل زیادی برای این مسئله وجود دارد که عبارتند از: نخست این که تئوری تشکیل عرف از دو عنصر فوق، نوعی تضاد زمانی به وجود می‌آورد. طرفین قراردادی که ضابطه عرفی رابه وجود می‌آورند باید اعتقاد داشته باشند که قاعده مزبور وجود داشته است. بنابراین، شیوه آنها فرایندی است که شکل‌گیری قانون را در پی دارد. به نظر می‌رسد که این شرط، به وجود آمدن ضوابط عرفی جدید را غیر ممکن می‌کند؛ زیرا این احساس که شیوه فعلی موجب شکل‌گیری قانون می‌شود فقط در رابطه با قواعدی وجود دارد که در حال حاضر وجود دارند (Byers, 1999: 123).

دوم این که در اثبات این مؤلفه هم در تجارت سنتی و هم در تجارت الکترونیک دشواری‌های نظری و عملی وجود دارد؛ زیرا مؤلفه مزبور به عقاید و احساسات انسانی مربوط می‌شود که ماهیت ذهنی دارند و به طور واقعی قابل اندازه‌گیری نیستند. در یک محیط تجارت الکترونیکی که کلیه معاملات در آن باید به‌طور خودکار، بسیار سریع و کاملاً دور از چشم کاربر نهایی باشند، اثبات نوعی نگرش روانی در رابطه با ضابطه‌ای خاص بسیار دشوار به نظر می‌رسد. این مسئله در رابطه با سیستم‌های تجارت الکترونیک به‌طور کامل خودکار که در آنها به‌جای انسان، یک ماشین به کارهای از پیش تعیین شده پاسخ می‌دهد حتی مشکل‌تر نیز می‌شود.

ایجادکنندگان اصلی عرف تجارت الکترونیک بین‌المللی

ممکن است این سؤال مطرح شود که رویه چه کسانی در شکل‌گیری ضابطه عرفی نقش اساسی دارند؟ از آنجایی که در این مقاله هدف ما بررسی جایگاه عرف در حقوق تجارت الکترونیک بین‌المللی است، لذا بازیگران اصلی در شکل‌گیری قواعد عرفی، شرکت‌ها هستند و علاوه بر شرکت‌ها، اشخاص حقیقی، سازمان‌های بین‌المللی و کشورهای درگیر در تجارت الکترونیکی نیز می‌توانند به عنوان یک طرف قرارداد بین‌المللی عمل نمایند.

انواع عرف

قواعد عرفی به دو دسته تقسیم می‌شوند: ۱- عرف بین‌المللی ۲- عرف منطقه‌ای یا محلی.

از آنجا که عرف یا بین‌المللی است و یا محلی، حتی شیوه دو شرکت برای شکل‌گیری یک عرف محلی که برای آنها الزام‌آور باشد کافی است (Byers, 1999: 45). بی‌تردید اگر شرکت‌های دیگر شیوه تجاری این دو شرکت را دنبال کنند این کار می‌تواند دامنه کاربرد آن ضابطه عرفی خاص را گسترش

نمود:

اگر یک شرکت تولید نرم‌افزار برای یک بانک بین‌المللی و مشتریان جهانی آن سیستمی برای انتقال الکترونیکی معاملات یا داده‌های حساس تجاری بین بانک و مشتری با استفاده از فناوری سرور مشتری^۱ و نیز با بهره‌گیری از اینترنت به عنوان وسیله انتقال پیام تولید می‌کند. در مرحله بحث در مورد مشخصات سیستم، بانک و تولید کننده به صراحت در مورد مسئله رمزگذاری پیام‌ها صحبت نکرده باشند. همچنین در قرارداد مجوز لیسانس بین بانک و مشتری، به موضوع امنیت معاملات اشاره‌ای نشده باشد و در این محصول پیام‌ها رمزگذاری نشده باشند، یا رمزگذاری آنها ضعیف باشد. پیام یکی از مشتریان بین‌المللی رهگیری شده و زانی معادل قیمت معامله به دلیل عدم رعایت مسائل امنیت به مشتری وارد شود. به یقین مذاکره با بانک نتیجه‌ای نخواهد داشت و چنانچه مشتری بر علیه بانک اقامه دعوی نماید. آیا مشتری می‌تواند بانک را برای ایراد خسارت تحت تعقیب قانونی قرار دهد؟

برای حل این مشکل، می‌توانیم از عرف بهره بگیریم. آنچه لازم است وجود شواهدی است که نشان می‌دهد که در این خصوص ضابطه‌ای عرفی وجود دارد که می‌گوید «کلیه معاملات بانکی در اینترنت باید از امنیت مناسب برخوردار باشند». برای این منظور فرد باید از شواهدی که در رابطه با استفاده عمومی و فراگیر بانک‌های اینترنتی از اقدامات پیشگیرانه امنیتی اینترنتی پیشرفته وجود دارد استفاده کند. مراجعه به صفحات وب بانک‌ها یکی از راه‌های جمع‌آوری اطلاعات مورد نیاز است. معمولاً در رابطه با ویژگی‌های امنیتی که نرم‌افزار آنها دارد اطلاعات آنلاینی وجود دارد. اگر نرم‌افزار از سیستم رمزگذاری استفاده می‌کند می‌توان آن را باز کرده و در نوار وضعیت مرورگر، سطح رمزگذاری را مشاهده نمود. نتایج این بررسی‌های الکترونیکی و همچنین نظرات کارشناسان امنیتی بانک‌ها می‌تواند مدارک را در رابطه با این عمل جاری و فراگیر که بانک‌های آنلاین امروزه رمزگذاری شده ۱۲۸ بیتی فراهم می‌کنند محکم‌تر کند.

بنابراین، موفقیت در اثبات ضابطه عرفی مورد نظر متضمن استفاده از واژه‌ای در قرارداد مجوز لیسانس بانکداری است حاکی از این که معاملاتی باید با استفاده از اقدامات پیشگیرانه تکنولوژیکی پیشرفته امنیت کافی را داشته باشند. در نتیجه ادعای مشتریان بین‌المللی موجه تلقی خواهد شد و می‌توانند مطالبه خسارات وارده را از بانک عامل بخواهند.

همان‌طور که از مثال فوق استنباط می‌گردد، عرف تجارت الکترونیکی نقش بسیار مهمی در توسعه تجارت الکترونیک ایفا می‌نماید. از آنجا که این نقش بر افزودن بر ارزش قانونی برخی اعمال استوار است، می‌تواند شرکت‌های فناوری اطلاعات را وادار کند تا محصولات خود را با دقت طراحی نمایند و از فناوری پیشرفته استفاده کنند و دانش خود را به طور مداوم توسعه دهند.

بهترین رویه‌ها، بیشترین تأثیر را در شکل‌گیری عرف خواهند داشت و تردیدی نیست که عمدتاً این شرکت‌های بزرگ درگیر در تجارت الکترونیکی هستند که این رویه‌ها را ایجاد می‌نمایند. رویه‌های مزبور، به سرعت به وجود آمده‌اند، اما همزمان حجم عظیمی از شرکت‌های تجارت الکترونیکی آنها را دنبال کرده‌اند. نتیجه این امر آن است که شرکت‌های فناوری اطلاعات با پایبندی به برخی شیوه‌ها و استانداردها می‌توانند به‌طور مستقیم بر شکل‌گیری قوانین بین‌المللی و داخلی در این عرصه تأثیرگذار باشند. در عین حال، باید توجه داشت که هرچه اینترنت توسعه یابد، مسئولیتی سنگین‌تر برای این شرکت‌ها نیز ایجاد خواهد شد.

بحث و نتیجه‌گیری

این مقاله به بررسی مفهوم عرف، به عنوان منبعی برای حقوق تجارت الکترونیکی بین‌المللی پرداخته است. لازم به توضیح است که عرف می‌تواند با ضابطه‌مند کردن استفاده از اینترنت برای تجارت، به ویژه زمانی که دامنه این استفاده از مرزهای داخلی فراتر می‌رود، کاستی‌های ناشی از عدم وجود قوانین بین‌المللی و نارسایی قوانین داخلی را برطرف کند. عرف، علی‌رغم دشواری‌هایی که در استفاده از آن وجود دارد، منبعی مهم از قواعد حقوقی به شمار می‌آید که جامعه بین‌المللی باید در تجارت الکترونیکی از آن تبعیت کند. هنگامی که برخی از قواعد عرفی در متن قراردادهای رسمی وارد شوند، حتی ممکن است این مفهوم از عرف الکترونیک به عنوان یک منبع قانونی مهم شناخته شود. مقاله حاضر مسائل اصلی را در رابطه با اجرای این دیدگاه ارائه نمود و با استفاده از منابع حقوق تجارت بین‌الملل، که استفاده از عرف به عنوان یکی از منابع حقوقی در آنها سابقه داشته، به تحلیل آنها پرداخت. هنوز مسائل زیاد دیگری وجود دارند که باید در مورد آنها تحقیق به عمل آید، از جمله این که چگونه می‌توان عرف الکترونیک را اثبات کرد و یا این که چگونه می‌توان از خود اینترنت برای انجام این کار استفاده نمود.

منابع

- اسکینی، ربیعا. (۱۳۷۱). مباحثی از حقوق تجارت بین‌الملل. تهران: انتشار. نشر دانش امروز.
- «منابع حقوقی بیع تجاری بین‌المللی». مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران. شماره هفتم. زمستان ۱۳۶۵. ۴۵-۶۳.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۵). ترمینولوژی حقوق. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- شیروی، عبدالحسین. (۱۳۹۰). حقوق تجارت بین‌الملل. تهران: سمت.
- Akehurst, M. (1974 - 1975). "Custom as a Source of International Law". *British Journal of International Law*. 47/1.
- Byers, M. (1999). "Custom". Power and the Power of Rules. *International Relations and Customary International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Campbell, Dennis. (1998). *Law of International Online Business*. London: Sweet and Maxwell.
- Chissick, Michael and Kelman, Alistair. (2001). *Electronic Commerce Law and Practice*. 3rd (ed). London: Sweet and Maxwell.
- D'Amato, A. A. (1969). *The concept of custom in international law*. Michigan: UMI Information Dissertation Service.
- Danilenko, G. M. (1983), *Law-Making in the International Community*. Dordrecht. Boston. London: Martinus Nijhoff Publishers.
- Fidler, David. (1996). "Challenging the Classical Concept of Custom". *GER. Y.B. INT'L L.* 198-216/31. <http://www.uncitral.org>. Visited on: 1391/12/13.
- Judge Tanaka Continental Shelf cases. *Dissenting opinion of Judge Tanaka, I.C.J. Reports* 1969.
- Murray, A. D. (2000), Entering into Contracts Electronically: The Real W.W.W., Law and the Internet. *A Framework for Electronic Commerce*. Lillian Edwards, C. W. ed., Oxford: Hart Publishing.
- "Official Journal of the European Communities". (1999). Directive. 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures. *Official Journal of the European Communities*'. (2000). Directive. 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on Electronic Commerce).
- Polanski, Paul. (2005). "Common Practices in the Electronic Commerce and Their Legal Significance". 18th Bled E. Conference Integration in Action Bled. Slovenia. June 6-8, 2005.
- Polanski, Paul. (2008). *International Custom as a source of Law in Global Electronic Commerce*. Melbourne: University of Melbourne.
- Schmitt Hoff, C. Clive M. Schmitt Hoff's. (1988). *Selected Essays on International Trade Law*. London: Stevens & Sons.
- United Nations. *General Assembly Resolution 51/162 of 16 December 1996 - UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment*.
- Villiger, M. E. (1997). Customary International Law and Treaties. *A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*. London: Kluwer Law International.
- White House. (1997). *A Framework for Global Electronic Commerce*. Washington: White House.
- Wolfke, K. (1993). *Custom in Present International Law*. London: Martinus Nijhoff Publishers.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۰). مقدمه علم حقوق. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- مجتهدی، محمدرضا. «تأثیر واژگان بازرگانی بین‌المللی بر حقوق قابل اعمال در بیع بین‌المللی و ماهیت حقوقی آنها». مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی. دوره ۶۶. دی ماه ۱۳۸۳. ۲۹۹-۳۰۰.
- معین، محمد. (۱۳۷۵). فرهنگ فارسی. تهران: انتشارات امیر کبیر. جلد دوم.
- روزنامه رسمی. شماره ۱۷۱۶۷. مورخ ۱۳۸۲/۱۱/۱۱.