

بررسی نحوه تعیین قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی

مصطفی السان*

چکیده

با تبدیل «تجارت به شیوه الکترونیکی» از یک خیال و تصور به «واقعیتی غیر قابل اغماض» انعقاد قراردادهای الکترونیکی در سطح بین‌المللی و گسترده رواج یافته است. یکی از مباحث مهمی که با انعقاد این دسته از قراردادها در سطح بین‌المللی مطرح می‌شود، نحوه تعیین قانون حاکم بر آنهاست. از این لحاظ اگرچه قراردادهای مذکور، علی‌الاصول از قواعد حل تعارض مطرح در سایر قراردادها استفاده می‌کنند، با این حال، انعقاد آنها در فضایی متفاوت و جدید بودن آنها مباحثی را موجب می‌شود که در این مقاله به طرح و بررسی آنها پرداخته می‌شود.

واژگان کلیدی: تعارض قوانین، حاکمیت اراده، حقوق تطبیقی، قراردادهای الکترونیکی و قانون حاکم.

مقدمه

یکی از مباحث عمده‌ای که ممکن است در مورد قراردادهای الکترونیکی مطرح شود، بحث «تعارض قوانین» و انتخاب قانون حاکم است. از آن جهت که امکان انعقاد این قراردادها در سطح گسترده و فراملی وجود دارد، طرح چنین مباحثی کاملاً توجیه می‌گردد، زیرا اگر خریدار و فروشنده هرکدام در کشوری جدا از هم ساکن باشند، اولین مسأله‌ای که مطرح می‌شود، این است که کدام قانون بر رابطه قراردادی ایشان اعمال خواهد شد؟

البته، تعیین مقررات داخلی یک کشور با عنوان کلی «قانون حاکم» لزوماً مساوی با «حکومت» آن بر تمام جنبه‌های قرارداد نیست، زیرا امکان دارد دادگاهها از اجرای کلی یا جزئی قانونی که به موجب تراضی طرفین یا قواعد حل تعارض بر قراردادی قابل اجرا شناخته شده است، به بهانه یا دلیل مخالفت آن با نظم عمومی، قواعد آمره و... خودداری نمایند. بحث از تعیین قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی نباید این تصور را به وجود آورد که قراردادهای مذکور از این نظر با قراردادهای سنتی تفاوت دارند، زیرا علی‌الاصول قراردادهای الکترونیکی از قواعد عام حل تعارض راجع به سایر قراردادها تبعیت می‌نمایند. به همین دلیل، در این مقاله تنها به بررسی مسائلی خاصی که انعقاد این قراردادها در فضایی متفاوت به وجود می‌آورد و نیز مقررات جدید و نظریات گوناگونی که در سطح بین‌المللی در این مورد مطرحند، پرداخته خواهد شد. مبنای مطالعه مقررات داخلی ایران، حقوق اتحادیه اروپا و ایالات متحده آمریکا است و در ضمن مباحث، کنوانسیونهای بین‌المللی و حقوق برخی از کشورهای دیگر نیز مورد مطالعه قرار خواهد گرفت.

قبل از بررسی موضوع باید اشاره شود که میان مفهوم «صلاحیت» و «قانون حاکم» تفاوت وجود دارد. صلاحیت به مسائلی مربوط به تعیین دادگاهی که در واقع شایستگی رسیدگی به دعوی را دارد، ارتباط می‌یابد و حال آنکه قانون حاکم به قواعد حقوقی و مقرراتی که دادگاه صالح باید بر مبنای آن تصمیم بگیرد، می‌پردازد. لذا کشوری که مدعی صلاحیت است، لزوماً قانون ملی خود را در مورد دعوی اجرا نمی‌کند و به همین دلیل برای نمونه امکان دارد که دعوی راجع به اختلاف ناشی از یک قرارداد اینترنتی در انگلستان مطرح شود و دادگاه کشور مذکور بنا به تراضی طرفین، قانون فرانسه را در مورد آن قرارداد به مرحله اجرا گذارد.

در چهار گفتار جداگانه به شرح زیر، به بررسی مسایل مربوط به تعیین قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی خواهیم پرداخت:

گفتار نخست: اهمیت تعیین قانون حاکم و اصل حاکمیت اراده در تعیین آن؛

گفتار دوم: نظریات ارایه شده در خصوص تعیین قانون حاکم؛

گفتار سوم: محدودیتهای قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی؛

گفتار چهارم: قلمرو شمول قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی.

گفتار نخست: اهمیت تعیین قانون حاکم و اصل حاکمیت اراده در تعیین آن

لزوم تبعیت قراردادها از قوانین و مقررات معین از جهات عمده‌ای دارای اهمیت است. به عنوان یک اصل، طرفین قرارداد در تعیین قانون حاکم بر قرارداد خویش آزادند؛ از این رو می‌توانند در این زمینه به هر نحو که به مصلحت خویش می‌بینند، تصمیم‌گیری کنند. در شمول این دو مهم بر قراردادهای الکترونیکی نمی‌توان تردید داشت.

۱- ۱. اهمیت تعیین قانون حاکم در مورد قراردادهای الکترونیکی

تعیین قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی از جهات مختلف، دارای اهمیت است. از یک سو، این قانون است که تعیین می‌کند آیا قرارداد الزام‌آوری بین طرفین منعقد شده است یا نه.^۱ از سوی دیگر برخی از مسایل ویژه در قراردادهای الکترونیکی، نظیر اثبات تشکیل آن یا زمان و مکان انعقاد قرارداد ممکن است به موجب قوانین مختلف دارای احکام گوناگونی باشد که این امر فی‌نفسه بر تشکیل یا عدم تشکیل آن تأثیر می‌گذارد.

قبل از ورود به بحث، باید به این نکته اشاره شود که امروزه، اعتبار قراردادهای الکترونیکی و قایل شدن تمام آثار حقوقی برای این قراردادها - همانند سایر شیوه‌های انعقاد قرارداد - به هیچ وجه، محل تردید نیست. حتی در برخی از موارد این امر، به موجب قانون یا دستورالعمل در سطح بین‌المللی تثبیت گردیده است. بند ۱ ماده ۹ دستورالعمل اتحادیه اروپا نیز از کشورهای

1. Smedinghoff, T. J. *The Legal Requirements for Creating Secure and Enforceable Electronic Transaction*, 2002. p. 26. Available at: www.imf.org/external/np/log/sem/2002/cdmful/eng/smidin.pdf.

عضو می‌خواهد که انعقاد قرارداد از طریق الکترونیکی را مجاز بدانند و ضوابط قانونی حاکم بر قراردادها در سیستمهای حقوقی آنها، مانعی در استفاده از قراردادهای الکترونیکی به وجود نیامورد و به صرف استفاده از شیوه‌های الکترونیکی این قراردادها را بی‌اثر و فاقد اعتبار ندانند.

«البته، قانون تجارت الکترونیکی در کشور ما فاقد نص مشابه است؛ مع‌هذا از مواد ۶ و ۷ این قانون در خصوص پذیرش داده پیام در مقام نوشته و امضای الکترونیکی در عرض امضای دستی و ماده ۱۲ قانون در مورد پذیرش اسناد و دلایل الکترونیکی استنباط می‌شود که اعتبار و نفوذ قراردادهای الکترونیکی در سیستم حقوقی ما به صرف شکل آن قابل رد نیست»^۱.

سکوت قانون تجارت الکترونیکی، در موارد دیگری، نیز زمینه را برای استفاده و تمسک به قواعد عام قرارداد بازگذاشته است. به همین جهت، به نظر می‌رسد که با سکوت قانون تجارت الکترونیکی و اجرای قواعد عمومی قرارداد، زمان و مکان انعقاد عقد در عقود مکاتبه‌ای را بتوان به قراردادهای الکترونیکی نیز تسری داد. در این زمینه چهار نظریه اعلام، ارسال، وصول و اطلاع از قبول ارایه شده و آنچه در حقوق ایران قابل دفاع می‌باشد، نظریه ارسال قبول است.^۲ مطابق این نظر با ارسال الکترونیکی قبول، قرارداد منعقد شده است، زیرا فرستنده به آن دسترسی ندارد و حتی اگر نامه الکترونیکی به آدرس اشتباهی ارسال شده یا ارتباط اینترنتی بعد از کلیک کردن روی دکمه Send قطع شود، طرف قرارداد (موجب) می‌تواند با اثبات صدور قبول، تشکیل عقد را نیز ثابت نماید.

به موجب ماده ۲۷ قانون تجارت الکترونیکی ایران که به تقلید از ماده ۱۵ قانون نمونه آنسیترال درباره تجارت الکترونیکی به تصویب رسیده، «ارسال «داده پیام» زمانی تحقق می‌یابد که به یک سیستم اطلاعاتی خارج از کنترل اصل ساز یا قائم مقام وی وارد شود...».

در خصوص مکان تشکیل عقد الکترونیکی اکثر سیستمهای حقوقی معتقدند، قرارداد زمانی

۱. بتول آهنی، «انعقاد قراردادهای الکترونیکی»، فصلنامه ندای صادق، شماره ۳۴ و ۳۵، تابستان و پاییز ۱۳۸۳، ص ۵۳.

۲. دکتر مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ اول، نشر حقوقدان، تهران ۱۳۷۷، ص ۱۶۱؛ ش ۱۲۰؛ دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، تهران ۱۳۷۴، ص ۳۶۴، ش ۱۹۲. (اگرچه این نظریه، به لحاظ تطبیق با حقوق قرارداد و مبانی فقهی قابل دفاع است، اما باید توجه داشت که به ویژه در مورد قراردادهای الکترونیکی، اعمال آن اشکالات عمده‌ای را از حیث اثبات دعوی و عدم هماهنگی با حقوق خارجی و کنوانسیون‌های بین‌المللی موجب می‌شود. بنابراین در اکثر سیستمهای حقوقی راه حل میانه‌ای اتخاذ شده که بر مبانی آن «نظریه وصول» ملاک قرار می‌گیرد).

تعهدآور است که قبول واصل شده باشد.^۱ البته، امکان تراضی خصوصی بر تشکیل قرارداد با ارسال یا وصول قبول نیز منع نشده است. از این اختلاف می‌توان به اهمیت تعیین قانون ایران یا برای مثال انگلیس پی برد. در پاره‌ای از موارد، تصریح به قانون حاکم اهمیت ملموس‌تری می‌یابد. برای مثال، حراجگذار الکترونیکی باید به طور صریح آن را تابع قانون کشور خاصی نماید تا بدین وسیله در صورت تعدد تبعیت و اقامتگاه مشتریان احتمالی، سرنوشت قرارداد از حیث قانون حاکم در معرض ابهام قرار نگیرد و مراجعان به سایت جهت شرکت در حراج نیز از قانون مذکور اطلاع یابند. در مواردی از این قبیل، اغلب قانون قابل انعطاف و تفسیری به عنوان قانون حاکم معین می‌گردد.^۲ به هر حال، ظهور و گسترش اینترنت قانونگذاران کشورهای مختلف را با چالشهای جدید روبه‌رو ساخته است، بویژه در اروپا و آمریکا اصول و قواعد مجری بر تعیین قانون و دادگاه صالح متحول شده و لزوم حمایت از مصرف‌کننده زمینه‌های تحدید اصل آزادی قراردادی را فراهم آورده است؛ به گونه‌ای که «هرچه زمان می‌گذرد، در دوسوی آتلانتیک، بالاچار قواعدی اجباری برای تطبیق و هماهنگی با روابط جدید تدوین می‌یابد».^۳

۲- ۱. اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی

طرفین قرارداد همان‌گونه که در انعقاد و قید هرگونه شرط مشروع در آن آزادند، دارای این اختیار نیز هستند که قانون حاکم بر قرارداد خویش را نیز برگزینند؛ اصل حاکمیت اراده که برگرفته از فلسفه قرن هجدهم در زمینه اصالت آزادی فرد^۴ است، علی‌رغم اشکالات و ایراداتی که گاه بر آن وارد شده است، همچنان به عنوان مبنا و مدار تفسیر اراده طرفین قرارداد دارای اعتبار است.

1. Brilmayer, Lea. *Conflict of Laws: Foundations and Future Directions*, Aspen Publishers 1991.n. 32.

2. Chissick, M. & Kelman, A. *Electronic Commerce, Law and Practice*, Sweet & Maxwell, London 2000. p. 119.

3. Borichers, P.J. Tort and Contract Jurisdiction via the Internet: the Minimum Contract, Test and the Brussels Regulation Compared, *Netherlands International Law Review*, Vol. L. Issue 3, 2003. p. 418.

4. Individualism

۱-۲-۱. حقوق ایران

قانون تجارت الکترونیکی در زمینه تعارض قوانین و دادگاهها در قراردادهای الکترونیکی ساکت است و در قانون نمونه تجارت الکترونیکی آنسیترال نیز حکم خاصی در این زمینه موجود نیست. از این حیث رویه دو قانون مذکور را نمی توان دارای اشکال دانست، زیرا چنانچه گفته شد، قواعد حل تعارض در قراردادهای الکترونیکی با قراردادهای معمول تفاوتی ندارد و لذا پیش بینی آن در قانون خاص نتیجه ای جز ابهام و تردید نخواهد داشت. در مورد قانون اخیر باید گفت، اساساً هیچ یک از مقررات قانون نمونه به منظور معارض شدن با قانون ملی قابل اجرا در قراردادها تدوین نیافته است. این احساس در هنگام تدوین قانون نمونه وجود داشت که چنین اقدامی با هدف عالی قانون که عبارت از ارزش اثباتی همسان برای اسناد الکترونیکی در مقابل اسناد عادی است، در تعارض خواهد بود.^۱

در حقوق داخلی ایران، لحن ماده ۹۶۸ ق. م به گونه ای است که حکایت از محدود نمودن آزادی اراده طرفین قرارداد در صورتی که هر دو ایرانی باشند دارد. به موجب این ماده، «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است، مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند». از نظر اکثر حقوقدانان، مفاد ماده ۹۶۸ ق. م آمره به حساب می آید و طرفین عقد غیر از مواردی که هر دو تبعه بیگانه باشند، نمی توانند قرارداد خویش را که در ایران منعقد می نمایند تابع قانون کشور دیگری قرار دهند.^۲ چنانچه برخی از حقوقدانان نیز، بحق گفته اند: «قابل شدن به امری بودن قاعده مندرج در ماده ۹۶۸ قانون مدنی بر خلاف منطبق حقوقی بوده و مشکلاتی در مراودات بین المللی به وجود می آورد؛ از جمله اینکه قاعده حل تعارض فقط در قراردادهای منعقد در ایران قابل اجرا خواهد بود».^۳ به

1. *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment* 1996. p. 45, Para 387. Available at:

www.uncitral.org/english/texts/electcom/ecommerceindex.htm

۲. دکتر مهدی شهیدی، «قواعد ایرانی تعیین قانون حاکم بر قرارداد بین المللی خصوصی»، مجموعه مقالات حقوقی، چاپ دوم، نشر حقوقدان، تهران ۱۳۷۸، ص ۲۵۸.

۳. دکتر نجادعلی الماسی، تعارض قوانین، چاپ هفتم، مرکز نشر دانشگاهی، تهران ۱۳۷۹، ص ۲۱۳. این ابده که از نظر اختیار انتخاب قانون حاکم، تفاوتی میان اتباع ایران و خارجه و نیز قراردادهایی که در ایران یا خارجه منعقد می شوند، وجود نداشته باشد، با توجه به مبنا قرار گرفتن «اصل حاکمیت اراده» در روابط تجاری بین المللی، رویه معمول در قراردادها و کنوانسیون های بین المللی صحیح به نظر می رسد. با اینحال پذیرش

هر حال، حتی اگر محتوای ماده به لحاظ ظاهر و منطوق آن امره محسوب گردد، باید معتقد بود که به دلیل حکم استثنایی و خلاف حاکمیت اراده در ماده مذکور، در مواردی که اتباع ایرانی در خارج از کشور قراردادی را با همدیگر منعقد نمایند، قرارداد ایشان حداقل محکوم به قانون ایران نخواهد بود، هرچند که می‌توانند قانون ایران را بر قرارداد خویش حاکم نمایند. و به طور کلی «در مورد قراردادهای منعقد در خارجه، تفاوتی میان اتباع ایران و اتباع بیگانه در بهره مندی از این اختیار نیست».^۱

۲-۲-۱. بررسی حقوق سایر کشورها

اصل حاکمیت اراده در انتخاب قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی در حقوق اغلب کشورهای جهان مورد پذیرش قرار گرفته، هرچند با محدودیتهایی همراه گشته است. در حقوق بلژیک به موجب ماده ۳۳ قانون رویه‌های تجاری متعارف^۲ ارجاع به قانون کشوری که عضو اتحادیه اروپا نیست در جهت حمایت از حقوق مصرف‌کننده بی‌اعتبار تلقی می‌شود. در حقوق فرانسه، فروشنده می‌تواند قانون خارجی را در قراردادهای الکترونیکی بین تجار^۳ قابل اجرا

دیدگاه تفسیر موسع از ماده ۹۶۸ و قابل شدن به تکمیلی بودن محتوای آن خلاف ظاهر الفاظ ماده بوده و به سختی قابل دفاع است. لذا به ویژه در قراردادهای الکترونیکی بین‌المللی با توجه به ویژگی‌های خاص آنها بهتر آن است که چاره‌ای از این حیث اندیشیده شود. به طور کلی همواره این امر باید مورد توجه قرار گیرد که افزودن بیبوهه و غیر منطقی به حوزه سرزمینی اجرای قانون داخلی در قوانین و مقررات بدون اینکه در عمل و رویه این تمایل مورد حمایت قرار گیرد دیگر کارآمد نیست و باید آن را به سود راهکارهای عملی و واقع‌بینانه به فراموشی سپرد.

۱. دکتر محمود سلجوقی، *بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی*، چاپ اول، نشر میزان، تهران ۱۳۸۰، ص ۳۷۵، ش ۳۴۶.

2. *Act on Fair Trade Practices*, See: Presentation of the Act of 14 July 1991 on trade practices and consumer information and protection, At:

http://mineco.fgov.be/redir.asp?loc=/protection/consumer/trade_practices/trade_law/law_on_protection_en001.htm.

3. B 2 B (Business to Business). See: Andrew Goodchild, Charles Herring and Zoran Milosevic, *Business Contracts for B2B*, System Technology Center (Dste), The University of Queensland, QLD, 4072, Australia. At:

<http://titanium.dstc.edu.au/papers/LSDO00.pdf>.

قلمداد نماید، ولی در قراردادهای تاجر با مصرف کننده^۱ به عنوان یکی از جنبه‌های نظم عمومی و خدشه ناپذیر، قانون مصرف‌کننده فرانسه^۲، حتی در صورت عدم تصریح طرفین بر آن اجرا خواهد شد.^۳

در حقوق آلمان، اگرچه اغلب قوانین این کشور بر قراردادهای حاکم می‌گردد و اصل بر حکومت قانون آلمان است، ولی در قراردادهای بین تجار، طرفین آزادند که قانون کشور دیگری را برگزینند، اما در صورتی که قانون کشور دیگری برای عرضه کالاها و خدمات از سوی فروشندگان انتخاب شود، قواعد حل تعارض آلمان اجرا نمی‌شود. با این حال، قانون خارجی در صورت تعارض با نظم عمومی و قواعد امره کشور آلمان در حدی که تعارض دارد، محدود خواهد گردید. در نتیجه آن دسته از مقررات قانون آلمان درباره شروط و قیود نمونه (استاندارد)^۴ که در جهت حمایت از مصرف‌کنندگان است یا جنبه امره دارد، حتی در قراردادهای بین تجار و نیز در صورت سکوت طرفین، اجرا خواهد شد.

در حقوق ایتالیا، آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم در مواردی که خواننده مصرف‌کننده بوده و در این کشور ساکن یا مقیم باشد و نیز در تعهداتی که باید در ایتالیا اجرا گردد، حتی اگر شرکت سرویس‌دهنده اینترنتی خارج از قلمرو سرزمینی این کشور دایر باشد و نیز در صورتی که خوانندگان متعدد بوده و محل اقامت یا سکونت یکی از ایشان در ایتالیا واقع گردد، محدود شده است.^۵

در حقوق هلند، طرفین قرارداد اگر قانون دیگری را بر قرارداد الکترونیکی خویش در مورد

1. B 2 C (Business to Consumer). See: Pacini, Carol. Andrews Christine & Hillison William (2002). To Agree or to not Agree: Legal Issues in Online Contracting, *Journal of Business Horizon*, January - February. 2. French Consumer Law

3. Baker & McKenzie (2001, edition). Doing *E Commerce in Europe*. P. 66. at: [www.bakernet.com/ecommerce/doing %20 Ecommerce %20 in %20 Europe/doing %20 ECommerce %20 In %20 Europe.pdf](http://www.bakernet.com/ecommerce/doing%20Ecommerce%20in%20Europe/doing%20ECommerce%20In%20Europe.pdf)

4. *German Act on Standard Terms and Conditions*. See: Standard Terms and Conditions of IWF Wissen und Medien b& GmbH, Goettingen, Germany, Last updated: March 2005, at: <http://www.iwf.de/Navigationen/Unterehmen/Rechtliches/AllgemeineGeschaeftsbedingungen.jsp>.

5. Baker & McKenzie, Op cit, p. 124.

کالاها و خدمات حاکم نمایند، چنین انتخابی محترم است. البته، تا جایی که با مقررات امره این کشور تعارض نداشته باشد، این محدودیت بویژه قانون حمایت از مصرف کننده^۱ را دربر می‌گیرد.

در حقوق اسپانیا فرض بر این است که قراردادهای فروشندگانی که در این کشور به تجارت الکترونیکی می‌پردازند، تابع قانون اسپانیاست و از این لحاظ تفاوتی بین اقسام مختلف قراردادهای الکترونیکی وجود ندارد. در مجموع، در حقوق اسپانیا تصریح شده است که صرف نظر از قانون مرضی‌الطرفین، مقررات داخلی اسپانیا به طور خودکار بر قراردادهای منعقد شده با مصرف کنندگان اجرا خواهد شد، مشروط بر اینکه تحقق شروط استاندارد قرارداد و شروط ضمنی آن در سرزمین اسپانیا باشد.^۲

در حقوق سوئد آزادی طرفین قرارداد در انتخاب قانون حاکم، از جمله به موجب قانون معاملات از راه دور^۳ - که از اول ژوئن ۲۰۰۰ قدرت اجرایی یافته است - در جهت حمایت از حقوق مصرف کنندگان محدود گردیده است.

در حقوق انگلیس، کنوانسیون اروپا درباره قانون حاکم بر تعهدات قراردادی^۴ (در این مقاله، کنوانسیون رم) - که در سال ۱۹۸۰ در شهر رم به تصویب رسیده و از ۱۶ ژوئن همان سال برای امضای دولتهای عضو اتحادیه مفتوح بوده، از اول آوریل سال ۱۹۹۱ لازم‌الاجرا گردیده است - به موجب «قانون حاکم در قراردادها» مصوب^۵ ۱۹۹۰ مورد پذیرش قرار گرفته است و به همین جهت، مفاد این کنوانسیون در مورد حق انتخاب قانون حاکم از سوی طرفین قرارداد الکترونیکی اجرا خواهد شد.

در حقوق ایرلند، کنوانسیون رم به موجب قانون تعهدات قراردادی در سال ۱۹۹۰^۶ مورد

1. *Consumer Protection Law (Netherlands)*, See: Dinant T.L. Ooserbaan, Christiaan A. Jeekel and Louis Jonker, *E- Commerce 2003: Netherlands*; in: Getting the Deal Through: E- Commerce 2003 London: Law Business Research Ltd. 2003., p. 123 et al. See also: <http://www.itlawyers.nl/en/publications.html>

2. Baker & McKenzie, Op cit, p. 159.

3. Distant Sales Act - Sweden

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

United Kingdom.

5. Contracts (Applicable Law) Act 1990 -

6. Contractual Obligations (Applicable Law) Act, 1990

پذیرش قرار گرفته و قانون مذکور از اول ژانویه ۱۹۹۲ قابلیت اجرایی یافته است. به موجب ماده ۳۱۱۱ قانون مدنی کبک (کانادا)، قانون حاکم می‌تواند به طور صریح در قرارداد تعیین شود و چنین انتخابی در خصوص بیع اموال منقول قابل اجراست.^۱

در ایالات متحده آمریکا، ماده ۲ (ب) قانون متحدالشکل تجاری، توافق طرفین قرارداد بر قانون حاکم را معتبر می‌داند.^۲ گزارش تدوین ماده نشان می‌دهد که این گشاده‌دستی در پذیرش انتخاب قانون حاکم ضمن قرارداد و با تراضی طرفین امکان دارد که با اولویت رعایت نظم عمومی محدود گردد. با این حال، انتخاب قانون در قرارداد معتبر بوده و نیازی نیست که طرفین، رابطه قرارداد را با قانون تعیین شده بررسی نمایند و اساساً نیازی به وجود چنین رابطه‌ای نیست. اصل حاکمیت اراده در انتخاب قانون حاکم، در قانون متحدالشکل معاملات الکترونیکی^۳ محدود نگردیده است. البته، در برخی از مقررات دیگر نظیر قوانین مربوط به حمایت از مصرف‌کننده محدودیتهایی ایجاد شده است.^۴

در حقوق مجارستان به موجب تصویب نامه قانونی شماره ۱۳ سال ۱۹۷۹ درباره قواعد حل تعارض قوانین،^۵ اگر قرارداد طرفین هیچ‌گونه ارتباطی با قانون خارجی انتخابی نداشته باشد؛ به گونه‌ای که هیچ توجیهی برای چنین گزینشی نباشد، قانون خارجی انتخاب شده بر قرارداد

1. Sheehan, M. Cyber Law, the Legal Aspects of Electronic Trade, *Horizon Technology and Intellectual Property Law*, Vol. 3-No. 1, Spring 2000, p. 1.

۲. البته در حقوق آمریکا؛ بازه‌ای از نویسندگان، ماده ۲ (ب) را از حیث اعمال آن بر امضاهای دیجیتالی (از آن جهت که مصرف‌کننده صاحب امضاء را می‌توان برای سوء استفاده‌ای که دیگری از امضای او نموده، مورد تعقیب قرار داد) و برخی از اقسام تجارت الکترونیکی نارسا و منجر به ایجاد اشکال دانسته‌اند. ر.ک:

Froomkin, Michael. Article 2B as Legal Software for Electronic Contracting - Operating System or Trojan Horse? 13 *Berkeley Technology Law Journal*, 1998, pp. 1023-1031.

3. *Uniform Electronic Transactions Act* (UETA). Approved by National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL) On July 23, 1990. Available At: www.Law.upenn.edu/bll/ule/inaact99/1990s/ueta_pp.htm.

4. Smedinghoff, Op cit, p. 32.

5. *Law - Decree No 13 of 1979 on the rules of Conflicts of Law*. See: ICCA HB, LEGISLATION: (Hungarian) Law - Decree No. 13 of 1979 on Private International Law (Excerpts) Law date: 1 January 1998, At: <http://www.Kluwerarbitration.com/arbitration/arb/country/Hungary.asp>.

مذکور حکومت نخواهد داشت. قانون مذکور همچنین نباید با نظم عمومی و قواعد آمره مجارستان تعارض داشته باشد، در صورت چنین تضادی قانون مذکور تا حدودی که نظم عمومی و قواعد آمره مجار اقتضا دارد، محدود خواهد شد.^۱

در روسیه به موجب بند ۱ ماده ۱۶۶ اصول محاکمات حقوقی، مصوب ۱۹۹۱^۲ طرفین قرارداد در صورتی که خارجی باشند، می‌توانند بر قابل اجرا بودن قانون کشور دیگری توافق نمایند. اگرچه قرارداد الکترونیکی میان تاجر خارجی و تاجر روسی می‌تواند مشمول قانونی غیر از روسیه باشد، ولی در صورتی که دادگاه صالح برای رسیدگی به دعوی دادگاه روس باشد، بنابراین سابقه‌ای که در رویه قضایی وجود دارد، اگر برای مثال دادگاه رسیدگی کننده، قرارداد اینترنتی را به طور کلی یا به دلیل نداشتن برخی از شرایط نظیر لزوم امضا یا مهر قرارداد به صورت سستی شناسایی نکند، در این صورت قانون انتخابی نیز فاقد اعتبار خواهد بود.^۳

۳-۲-۱. بررسی اصل حاکمیت اراده و کنوانسیون رم

چنانکه گفته شد، کنوانسیون رم درباره قانون حاکم به سال ۱۹۸۰ در اتحادیه اروپا تدوین گردیده و به مسایل مربوط به قانون حاکم در تعهدات قراردادی پرداخته است.^۴ از آن جهت که قراردادهای الکترونیکی از نظر قانون حاکم علی‌الاصول همانند عقود سستی هستند، لذا این کنوانسیون در مورد قراردادهای مذکور نیز مجری خواهد بود.^۵ اصل بنیادین کنوانسیون رم این

1. Baker & McKenzie, Op cit, p. 221.

2. *Fundamental of civil Legislation of USSR and Republics* of 31 may 1991.

3. Baker & McKenzie, Id, p. 342.

۴. پارلمان اروپا دستور نامه‌ای (Regulation) با عنوان «دستورنامه درباره قواعد انتخاب قانون حاکم بر تعهدات غیر قراردادی» تصویب کرده است. این دستورنامه به تصریح ماده ۲۷ آن در تاریخ اول ژانویه ۲۰۰۵ دوازدهم دی ماه سال ۱۳۸۳، برای همه دولتهای عضو لازم الاجرا شده است.

Regulation on the law applicable to non-contractual obligations ["Rome II"]. See: House of Lords, European Union Committee, The Rome II Regulation, 8th Report of Session 2003-04, The Stationery Office Limited, London 2004.

5. Dusollier, Sverine. & Jacquemyns, Laetitia Rolin. *The Challenge of the Law to Electronic Commerce: The European Union Initiatives*, In: Syed M. Rahman, & Mahesh S. Raisinghani (Ed), *Electronic Commerce: Opportunity and challenges*, IDEA Group Publishing, United States, 2000, p. 386.

است که طرفین هر قراردادی اعم از الکترونیکی و سنتی در انتخاب قانون حاکم آزادند. بند ۱ ماده ۳ این حق را تأیید کرده و قرارداد را محکوم به قانونی می‌نماید که طرفین بر آن تراضی کرده‌اند.

بند ۳ ماده ۳ کنوانسیون به طرفین اجازه می‌دهد که، اولاً: قانون حاکمی را که انتخاب نموده‌اند، بعد از انعقاد قرارداد تغییر دهند. ثانیاً اگر قرارداد منعقد شده و قانون حاکم تعیین نشده باشد به این امر مبادرت ورزند. با این حال تغییر قانون حاکم نمی‌تواند به اعتبار رسمی قرارداد مقدم که در بند ۴ ماده ۹ کنوانسیون مذکور است، خللی وارد آورد یا حقوق اشخاص ثالث را متأثر سازد.

انتخاب قانون حاکم به دو صورت امکان پذیر است: یا به صورت صریح که بسیار معمول است یا چنانکه کنوانسیون ذکر کرده، از «شروط قراردادی یا اوضاع و احوال و قراین»^۱ استنباط گردد. به کار بردن عبارت مذکور، از نظر عملی دارای این اثر است که انتخاب قانون نمی‌تواند از اشارات معمولی و کم اهمیت در قرارداد استنباط شود، بلکه انتخاب ضمنی قانون حاکم باید صراحت متعارف را داشته باشد. به عبارت دیگر، هرچند کنوانسیون رم تراضی ضمنی بر قانون حاکم را در بند فوق‌الذکر شناسایی نموده ولی به موجب گزارش جولیانو و لاگارد^۲ دادگاه صرفاً زمانی قانون حاکم را استنباط خواهد کرد که طرفین هرچند به نحو غیر صریح، ولی فی الواقع بر آن توافق کرده باشند.^۳ با این حال کنوانسیون، دادگاه را در مواردی که طرفین قانون خاصی را به عنوان قانون حاکم مد نظر نداشته‌اند، مکلف به بررسی و استنباط آن ننموده است. در توضیح مفهوم «شروط قراردادی یا اوضاع و احوال و قراین» که در کنوانسیون آمده باید گفت، موارد زیر می‌تواند در شمول مفهوم مذکور باشد و تعیین قانون حاکم به طور ضمنی استنباط شود.^۴

الف - اگر در معاملات الکترونیکی از قرارداد استاندارد (با فرم و قالب خاص) استفاده شده و به عنوان مثال چنین قراردادی برای معامله بر خط^۵ در پایگاه‌های اینترنتی کشور انگلیس به کار گرفته شود، در این صورت دادگاه ممکن است چنین استنباط نماید که طرفین قانون انگلیس را برگزیده‌اند.

1. Terms of the Contract or the Circumstances of the case.

2. Giuliano - Lagarde

3. See: Chissick & Kelman, Op cit, P. 119.

4. Id, P. 021.

5. Online

ب- اگر در معاملات مقدم قانون خاصی به عنوان قانون حاکم تعیین شده باشد.
ج- انتخاب دادگاه کشور معین به عنوان دادگاه محل رسیدگی به اختلاف؛ هرچند در صورت فقدان قرائن نمی‌تواند معیار قانع‌کننده‌ای باشد.

د- ارجاع مفاد و قیود قرارداد الکترونیکی به قوانین و سیستم حقوقی کشور معین.
مسئله‌ای که مطرح می‌شود، این است که آیا طرفین قرارداد الکترونیکی می‌توانند بدون ارجاع به قوانین داخلی کشور معین، مقررات و کنوانسیونهای بین‌المللی را به عنوان قانون حاکم بر قرارداد خویش برگزینند؟

در پاسخ به مسئله، عده‌ای معتقدند: «امروزه این امر پذیرفته شده که اعتبار تراضی طرفین بر قانون حاکم منوط بر این است که قانون داخلی کشور خاصی را برگزینند. از این رو، این تعیین نمی‌تواند مبتنی بر حاکم نمودن حقوق فراملی بازرگانان^۱ یا اصول عام حقوقی^۲ باشد.»^۳ و در مورد قراردادها به طور کلی، اعتقاد بر این است که، «قواعد تعارض سیستمهای حقوقی ملی - چه در قالب قانونگذاری داخلی و چه از طریق عهدنامه‌های بین‌المللی - تمایل ندارند انتخابهای خارج از قوانین ملی (فراملی) را بپذیرند و در این زمینه قواعد خشک و غیر منعطف دارند.»^۴ با وجود این علی‌رغم سکوت کنوانسیون رم به نظر می‌رسد که با تصویب قوانین و مقررات دقیق در زمینه تجارت الکترونیکی از جمله، قانون نمونه آنسیترال درباره تجارت الکترونیکی^۵ در سال ۱۹۹۶ و قانون نمونه آنسیترال درباره امضاهای دیجیتالی در سال ۲۰۰۱، امکان ارجاع به قوانین مذکور یا کنوانسیونهای بین‌المللی دیگر، نظیر کنوانسیون بیع بین‌المللی وین ۱۹۸۰ وجود دارد.

1. Lex Mercatoria

2. General Principles of law

3. Shields, L. K. (Solicitors), *Legal Aspects of Electronic Contracts in the New Regime* 2000, p. 14. Available at: www.lkshields.ie/publications/documents/articles/puho13.pdf.

۴. حمیدرضا نیکبخت، «مسائل مطرح در قانون حاکم بر قرارداد»، *مجله تحقیقات حقوقی*، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۳۹، بهار و تابستان ۱۳۸۳، ص ۱۶۶.

5. Uncitral Model Law on Electronic Commerce 1996.

6. Uncitral Model Law on Electronic Signatures 2001.

گفتار دوم: تئوریهای تعیین قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی

بحث از قواعد انتخاب قانون حاکم یا به عبارت بهتر، تئوریهای تعیین قانون حاکم زمانی مصداق می‌یابد که طرفین در اجرای قانون خاصی بر قرارداد خویش به توافق نرسیده باشند یا توافق ایشان به هر دلیل معتبر نباشد، زیرا بدیهی است که اگر مشکلی در راه اجرای قانون مورد تراضی طرفین قرارداد وجود نداشته باشد، نیازی به ورود در بحث پیچیده تئوریهای تعیین قانون حاکم نخواهد بود. روشهای مذکور به این دلیل «تئوری» نامیده می‌شوند که هنوز در سطح جهانی به عنوان قواعد متحدالشکل مورد پذیرش قرار نگرفته‌اند.

متأسفانه قواعد انتخاب قانون حاکم منسجم و یکتواخت نیست؛ محاکم هر کشور در این زمینه به طور خاصی عمل می‌کنند و محققان تعارض قوانین گاه تئوریهایی در این خصوص ارایه می‌دهند که به خواب و خیال می‌ماند. البته، امکان دارد برخی کشورها و اتحادیه‌ها برای تعارض قوانین در اعمال حقوقی و سایر فعالیتها مقررات معینی در نظر بگیرند. در مورد قراردادهای الکترونیکی قواعدی که می‌توان اعمال آنها را بررسی نمود، بسیار متنوعند. از دیدگاه پرفسور بریل مایر تئوریهای انتخاب قانون حاکم می‌کوشند تا به این سؤال ظاهراً ساده، اما در واقع پیچیده پاسخ دهند که بر چه مبنا یک دادگاه، قانون کشور یا در سیستمهای فدرال، ایالتی را بر کشور (ایالت) دیگر ترجیح می‌دهد.^۱ جدیدترین نظریات موجود در مورد انتخاب قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی را می‌توان به شرح زیر خلاصه نمود:

پروژه‌گاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۲-۱. تئوری «حقوق مکتسبه»^۲ اصل جامع علوم انسانی

به موجب این نظریه، قرارداد محکوم به قانونی است که آخرین جزء لازم برای ایجاد «حق» مربوط به قرارداد در آنجا محقق شده است. از این لحاظ، قرارداد جایی تشکیل می‌شود که «عمده ترین رکن لازم برای انعقاد قرارداد» در آنجا شکل گرفته و این رکن در قراردادهای الکترونیکی «وصول قبول به دست ایجاب کننده» است. به عبارت دیگر، قرارداد زمانی تعهدآور است که قبول واصل شده باشد. در این تئوری «اصل وصول» مورد پذیرش قرار گرفته است. در مورد قانون حاکم در مرحله اجرای قرارداد، تئوری محل تلاقی برای اجرا را جایی می‌داند

1. Brilmayer, Op cit, n. 2.

2. Vested Rights

که اجرا در آن صورت گرفته یا مفروض است. به همین جهت، به محض ارتباط حق خاص به نقطه جغرافیایی معین، بر حسب مورد قانون آن کشور یا ایالت بر قرارداد حاکم خواهد بود. این دیدگاه با دو ایراد عمده روبه‌روست: نخست اینکه، پذیرش «اصل وصول» در مورد آن دسته از نظام‌های حقوقی که از لحاظ تحلیلی در آنها قرارداد با «ارسال قبول» منعقد می‌شود، موجه به نظر نمی‌رسد. البته، این اشکال را می‌توان با تغییر اصل از وصول به ارسال مرتفع کرد، ولی ایراد دوم مهمتر و به نظر غیر قابل حل می‌رسد، زیرا جدایی قانون حاکم بر تشکیل و اجرای قرارداد فی‌نفسه ابهامات و سردرگمی‌هایی پدید می‌آورد که یافتن معنا و مفهوم آنها بسیار دشوار است. قابل ذکر است که امکان حکومت قوانین متفاوت بر قسمت‌ها یا مراحل مختلف قرارداد به طور کامل منتفی نیست، اما نمی‌توان اعمال آنها را در تمام موارد پذیرفت.^۱

۲-۲. تنوری تشخیص دادگاه

هرچند این دیدگاه هم به معیارهای داخلی و هم بین‌المللی توجه می‌کند، ولی در آن رأی دادگاه رسیدگی‌کننده در تشخیص میزان سود و نفع هریک از کشورهای درگیر در دعوا، اهمیت خاصی دارد. این تنوری به نوعی با قواعد و طبقه‌بندیهای خاص حقوقی و وقایع معین ارتباط دارد و از همین واقعیت بسادگی می‌توان دریافت که تنوری تشخیص دادگاه زمانی اجرا می‌شود که ادعای متعارضی در بین نباشد تا برای تعیین میزان و مبنای سود و نفع و از این طریق قانون حاکم، بررسی جداگانه‌ای لازم باشد.^۲

به موجب این نظریه، در قراردادهای الکترونیکی عرضه خدمات در صورت سکوت طرفین باید قانون و قواعد حقوقی کشور یا ایالتی اجرا گردد که نیاز به خدمات ویژه، انعقاد قرارداد مذکور را ایجاد نموده است، مگر اینکه ثابت شود قراردادهای مذکور با کشور یا ایالت دیگر ارتباط بیشتری دارد. به عبارت دیگر، در این تنوری می‌توان ترکیب منسجمی از مبانی قدیم و جدید یافت: اصل بر این است که قانون محل اجرای قرارداد بر آن حاکم خواهد بود، اما این امر دادگاه را از بررسی امارات و قرائن دیگر که بر ارتباط سایر کشورها بر مبنای نفع و سود دلالت

۱. برای بحث کامل در این زمینه، رک: نیکبخت، منبع پیشین، صص ۱۹۲ - ۱۹۸.

2. Dodd, J.C. & Hernandez, J.A. Contracting in Cyberspace, *Computer Law Review and Technology Journal*, summer 1998, p.31.

دارند، منع نمی‌کند.^۱

مهمترین ایراد تئوری یادشده این است که نمی‌توان آن را در مورد قراردادهای الکترونیکی بین‌المللی که واجد عناصر مبتنی بر نفع اشخاص متبوع کشورهای گوناگون هستند، اجرا نمود.

برای مثال:

شرکت الف به عنوان توزیع‌کننده نرم‌افزارهای آموزشی در سرتاسر نقاط جهان، اقدام به ایجاد بازار الکترونیکی در کشورهای انگلیس، ایتالیا، و ژاپن می‌کند. مرکز تجاری این شرکت در آمریکا و محل ثبت آن ایالت کالیفرنیاست. حال اگر یکی از کارکنان شرکت که برای سیاحت به پرتغال رفته است، به دلیل همراه داشتن رمز عبور پایگاه اینترنتی وارد بخش فروش الکترونیکی شرکت شود و چند عدد نرم‌افزار را به صورت لوح فشرده برای یک شرکت که تبعه فرانسه است و با او وارد معامله الکترونیکی شده، رمزگشایی نموده، بفروشد؛ در این صورت تشخیص اینکه کدام کشور نفع و سود بیشتری از دعوی یا دعاوی ناشی از قرارداد مذکور، می‌برد، نه تنها با رأی قاضی (دادگاه صالح)، بلکه در واقع دشوار و پیچیده است. اینجاست که تئوری مبتنی بر قایل شدن حق تعیین قانون حاکم برای دادگاه از تعیین راه حل می‌ماند.

ایراد دیگر این است که با وجود تحول در رویه و تمایل دادگاهها به اعمال قانون مناسب، هنوز هم دادگاهها به این سوی متمایلند که قانون داخلی یا قانون مدنظر خویش را بر قرارداد حاکم کنند. بنابراین باید ضمن اصول و قواعد دقیق در زمینه حل تعارض، اختیار دادگاهها را از این حیث محدود کرد.

در مقایسه میان رسیدگی داور و قضاوت دادگاه، باید تذکر داد که تبعیت الزامی دادگاه از قانون داخلی، در صورت سکوت قرارداد و حصول سایر شرایط، بیشتر به این دلیل است که دادگاه، دارای «مقر» معین بوده و به لحاظ تأمین مالی، اداری و رعایت نظم و منافع عمومی به کشور معین وابسته است. حال آنکه در زمینه «داوری» تحول بدان سوی است که رسیدگی داوران به «مقری که دیوان در آن تشکیل می‌گردد»، وابسته نباشد. چنانچه این وضعیت را بصراحت می‌توان در قواعد داوری نهادهای داوری و شروط ضمن عقد ارجاع به داوران موردی مشاهده

کرد. تحلیل منطقی وضعیت حاضر نیز بسیار ساده است. در واقع داوری، نظامی بی طرف برای رسیدگی به آن دسته از دعاوی است که با داشتن پاره‌ای از شرایط مهم (از جمله قابلیت داوری و تراضی طرفین)، به منظور رسیدگی نزد مرجع غیر دولتی طرح شده است و اگر قرار باشد، دولتی که دیوان داوری - اعم از مواردی یا نهادی - در آن استقرار یافته، از راههای مختلف در رسیدگی این مرجع دخالت کند، در آن صورت اوصاف مهم داوری نظیر بی طرفی، خصوصی بودن، سرعت و فقدان تشریفات مخدوش خواهد گردید.

بنابراین، با توجه به تحول رویه حل و فصل اختلافات؛ از رسیدگی خشک و بر مبنای قانون ناشی از اراده دولت معین به دادرسی توافقی و گاه با توسل به قواعد فراملی، در دعاوی تجاری الکترونیکی بین‌المللی که به داوری ارجاع می‌گردد نیز، این مرجع فاقد «مقر» به مفهوم عامل مؤثر در تعیین قانون حاکم بر قرارداد اصلی یا موافقتنامه داوری است و داوران می‌توانند با تمسک به حقوق فراملی بازرگانی، عرف تجارت بین‌الملل، عدالت و انصاف، اصول کلی حقوق بین‌الملل یا معاهدات بین‌المللی و قوانین نمونه (از جمله دو قانون نمونه آنسیترال)، رسیدگی و فصل خصومت نمایند.^۱

۳-۲. تئوری بیشترین ارتباط

در تلاش برای یافتن قانون مرتبط، قاضی به دنبال آن است تا «برای طرفین معین نماید به عنوان افرادی متعارف و منطقی اگر در زمان انعقاد قرارداد در خصوص قانون مناسب فکر می‌کردند، چه قانونی را تعیین می‌کردند. در حقیقت قصدی را به ایشان اسناد می‌دهد».^۲ به

۱. در مورد «مفهوم نظریه سنتی حکومت قانون مقر داوری» و نقد آن، ر.ک: لعیا جنیدی، *قانون حاکم در داوریهای تجاری بین‌المللی*، چاپ اول، نشر دادگستر، تهران ۱۳۷۶ - صص ۲۰۳ - ۲۰۶، و نیز، ر.ش:

Davis Philip Adam, the Defamation of Choice - Law in Cyberspace: Countering the view Laws is Inadequate to Navigate the that the Restatement (Second) of Conflict of Borderless Reaches of the Intangible Frontier, *Federal Communications Law Journal*, Number 2, March 2002. P. 340; Swire, peter p. of Elephants, Mice, and Privacy: Vol. 54, *International Lawyer*, Vol. 32, No. 4 International Choice of Law and the Internet, The Winter 1998.

۲. حمیدرضا نیکبخت، «چگونگی تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی»، *مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی*، شماره ۲۱۲۲، زمستان ۷۶ تا تابستان ۷۷، صص ۲۰۱ - ۲۰۰.

عبارت دیگر، به موجب این نظریه، دادگاه در تعیین قانون حاکم باید به این امر توجه کند که کدام کشور یا ایالت بیشترین ارتباط را با اختلاف و منازعه میان طرفین دارد و تلاش برای انتساب قانون انتخابی به ذهن طرفین قرارداد در اکثر موارد تنها یک توجیه است که بر مبنای آن تلاش می‌شود تا اصل حاکمیت اراده و لو صوری مؤثر بماند.

مبنا قرار دادن این نظریه اغلب به اعمال قانون محل اجرای قرارداد می‌انجامد؛ هرچند دادگاه ملزم به اجرای آن نیست و می‌تواند قانون کشور دیگری را به دلیل ارتباط و انتفاع بیشتر برگزیند.^۱ کنوانسیون رم این دیدگاه را پذیرفته است. به موجب بند ۱ ماده ۴ کنوانسیون، در صورت فقدان انتخاب قانون حاکم از سوی طرفین، قانون کشوری اجرا می‌شود که بیشترین ارتباط را با قرارداد منعقد شده دارد. اگر تنها قسمتی از قرارداد ارتباط تنگاتنگی با مقررات کشوری دیگر داشته باشد، آن قسمت بنابر استثنا در شمول قانون کشور مذکور قرار می‌گیرد، زیرا در کنوانسیون رم رویه حکومت قوانین متعدد بر قسمت‌های مختلف قرارداد واحد به طور عام^۲ چه با تراضی طرفین و چه با اجرای قواعد انتخاب قانون حاکم پذیرفته شده است. به موجب بند ۳ ماده ۴ کنوانسیون، فرض بر این است که قرارداد بیشترین ارتباط را با کشور طرفی از قرارداد دارد که اجرای آن تأثیر عمده‌ای بر وضعیت او خواهد داشت، امر مشروط بر اینکه وی به هنگام انعقاد قرارداد در آن کشور اقامت عرفی داشته باشد. بند ۵ ماده ۴ کنوانسیون رم مقرر می‌دارد، اماره فوق الذکر در صورتی که کلیت قرارداد بیانگر این باشد که کشوری غیر از آنچه گفته شد، با قرارداد ارتباط بیشتری دارد، ساقط می‌شود و اگر این ارتباط واقعاً تنگاتنگ باشد، قانون کشور اخیر اجرا خواهد شد. کنوانسیون ضمن نکته‌ای قابل توجه مقرر می‌دارد، قانون مذکور خواه مورد توافق قرار گرفته باشد یا صرفاً بر مبنای کنوانسیون قابل اجرا باشد، بر ماهیت و اعتبار، تفسیر و اجرای قرارداد حاکم خواهد بود. بنابراین، عملاً در قراردادهای الکترونیکی مواردی وجود خواهد داشت که قانونی بر ماهیت، اجرا و تفسیر قرارداد اجرا گردد که در هنگام انعقاد آن و تعیین شرایط اساسی صحت معامله هیچ تأثیری نداشته است.^۳

در حقوق ایالات متحده آمریکا، به موجب ماده ۲۴۰۳ قانون متحدالشکل تجاری^۴ در

1. Brilmayer, Op cit, n. 67.

2. Depecege

3. Shields, Op cit, p.16.

4. *Uniform Commercial Code* (UCC). See: UCC Web Site In:

صورت فقدان توافق خصوصی طرفین بر قانون خاص، قانون حاکم بر مبنای ارتباط متعارف قرارداد به قانون ایالت خاص تعیین خواهد شد. و به موجب ماده ۳۱۱۷ قانون مدنی کبک (کانادا) در صورت عدم تراضی طرفین بر قانون خاص، قرارداد محکوم به قانون ایالتی خواهد بود که بیشترین ارتباط را با آن دارد و البته، به ماهیت عمل حقوقی و اوضاع و احوال و قرائن نیز توجه خواهد شد.^۱

گفتار سوم: موانع و محدودیتهای قانون حاکم

قانونی که با تراضی طرفین یا به کارگیری قواعد حل تعارض بر قرارداد الکترونیکی قابل اجرا شناخته می‌شود، با محدودیتهایی روبه‌رو خواهد بود که در اکثر موارد به دلیل ارتباط آنها با امنیت داخلی و نظم و منفعت عمومی کشور محل دادگاه، به هیچ وجه نمی‌توان مغایر با آن تحدیدها تراضی نمود. به همین دلیل، هرچند در بحث از حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم، ضمن نگاهی تطبیقی به برخی از این محدودیتها اشاره شد؛ در اینجا به طور عام محدودیتهای موجود در مسیر اجرای قانون حاکم بر قرارداد الکترونیکی صرف نظر از منشأ آزادی یا تحمیلی قانون مذکور مورد بررسی قرار خواهد گرفت. محدودیتهای قانون حاکم اغلب به تشخیص دادگاه رسیدگی کننده اعمال می‌گردد، ولی در مواردی ممکن است مبنای عام و فراگیر داشته باشد. در زیر به محدودیتهای مذکور پرداخته می‌شود.

۱-۳. قواعد امره

در برخی از کشورها، در مواردی که طرفین تابع و مقیم کشوری باشند که در آنجا قرارداد منعقد می‌کنند، تراضی بر قابلیت اجرای قانون کشور بیگانه به طور کلی ممکن است خلاف قواعد امره و در نتیجه، منتفی به نظر برسد. در این حالت، حتی اگر در دادگاه کشور دیگری بر اساس قانون مورد تراضی بر دعوی رسیدگی شود، آن رسیدگی فاقد اعتبار، و حکم صادره، غیر قابل اجرا خواهد بود. بدون تردید، در زمینه قراردادهای الکترونیکی باید انعطاف بیشتری در این خصوص اعمال گردد، در غیر این صورت بسیاری از روابط سودآور در عرصه تجارت

الکترونیکی، یا شکل نخواهد گرفت و یا به قانون و دادگاه کشوری ارجاع خواهد شد که منطقی تر و علمی برخوردار می‌کند.

تحدید قانون حاکم به موجب قانون آمره در اکثر موارد تنها منحصر در تعارض قانون مذکور با مقررات آمره است. برای مثال، اگر دادگاه ایرانی به اختلاف میان یک تاجر آمریکایی و یک تاجر انگلیسی در زمینه قرارداد الکترونیکی که به قانون آلمان ارجاع نموده‌اند، رسیدگی کند و در قرارداد به موجب توافق طرفین از اسرار تجاری فیما بین هیچ حمایتی نشده باشد، دادگاه ایرانی در صورت ارتباط این امر با قواعد آمره داخلی به استناد ماده ۶۴ قانون تجارت الکترونیکی، این توافق را اجرا خواهد کرد. در حقوق بین‌الملل خصوصی، امری پذیرفته شده است که همه قواعد آمره داخلی، قابلیت اجرا در روابط خصوصی بین‌المللی ندارد. نسبت بین این دو، عموم و خصوص مطلق است. آن بخش از قواعد آمره داخلی در روابط خصوصی بین‌المللی مانع ایجاد می‌کند که واقعاً عدم رعایت آن مقدور نباشد. در مسایل مالی و تجاری این دخالت بسیار محدود است، زیرا همواره اصل حاکمیت اراده مینا و ملاک تحلیل مسایل حقوقی مطروحه قرار می‌گیرد و جز در موارد استثنایی از مفاد آن تعدی نمی‌شود. برای مثال، اگر منع ربا از قواعد آمره داخلی است؛ جواز ربا بین اتباع بیگانه در قرارداد بین ایشان در حقوق داخلی ایران با مانعی روبه‌رو نخواهد شد. وقتی که طرفین خود عدم حمایت از اسرار تجاری را پذیرفته باشند، در روابط مالی بین بیگانگان، طبق حقوق خارجی، مداخله قواعد آمره داخلی بدون توجیه است.^۱

۲-۳. نظم عمومی

در موارد نادری، با مبنا قراردادن نظم عمومی کشوری که در آن اختلاف در حال رسیدگی است، امکان دارد قانون دیگری به طور کلی یا جزئی جایگزین قانون حاکمی شود که در قرارداد الکترونیکی تعیین شده است. در حقوق ایران به موجب ماده ۹۷۵ ق.م «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر، مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود، به موقع اجرا گذارد، اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد». در اتحادیه اروپا این تصور وجود دارد که

۱. در مورد این بحث، ر.ک: الماسی، منبع پیشین، ص ۱۲۹.

رعایت نظم عمومی، برای امتناع از نظم عمومی نه فقط در مورد نقض مقررات داخلی کشور محل دادگاه، بلکه برای ممانعت از نقض مقررات سرتاسر اتحادیه اروپا قابل اعمال است.^۱ از لحاظ نظری، نتیجه دخالت عنصر نظم عمومی، امتناع دادگاه از اجرای قراردادی است که برای مثال خلاف عدالت و انصاف است. البته، توسل به نظم عمومی برای امتناع از اجرای قانون حاکم از سوی کشورهای عضو اتحادیه اروپا نسبت به کل اتحادیه کاملاً جنبه نظری و استثنایی دارد. در رویه قضایی انگلیس بنابر رأی صادره از سوی یکی از محاکم^۲ قانون انتخابی را به هیچ وجه نمی توان نادیده گرفت مگر اینکه، با سوء نیت انتخاب شده یا انتخاب آن با نظم عمومی در تعارض باشد. در قانون متحدالشکل معاملات الکترونیکی (یوتا) که بیش از ۴۰ ایالت آمریکا آن را تصویب کرده اند، توافق طرفین در گزینش قانون حاکم، از جمله در صورتی معتبر است که با قواعد آمره در تعارض نباشد. برای مثال، بند ج ماده ۵ یوتا مقرر می دارد: «یکی از طرفین قرارداد که بر انعقاد آن به شیوه الکترونیکی توافق می کند، می تواند در سایر قراردادهای خود استفاده از وسایل الکترونیکی (تشکیل الکترونیکی قرارداد) را نپذیرد».^۳ در ادامه ماده آمده است که حق اعطایی در این بند از قواعد آمره محسوب می شود و با توافق خصوصی طرفین قابل تغییر نیست، لذا قانون خارجی قابل اجرا نیز اگر خلاف مفاد بند مذکور حکم کرده باشد، در صورت رسیدگی دادگاه آمریکایی به دعوی راجع به قرارداد الکترونیکی در حدی که با آن معارض باشد، اجرا نخواهد شد.

۳-۳. اخلاق حسنه

اگر تنها یک قسمت از قرارداد الکترونیکی از نظر دادگاه صالح نامشروع و خلاف اخلاق حسنه تشخیص داده شود و لو قانون حاکم آن را چنین نداند دادگاه از اجرای مفاد قرارداد و رعایت قانون حاکم معذور خواهد بود. این امر به روشنی از ماده ۹۷۵ ق.م استنباط می گردد،

1. Shields, Op cit.

2. Vita Food Products Inc V. Unus Shipping Co Ltd (1939), Mc clean, Morris, *the Conflict of Laws*, London: Swee & Maxwell Ltd, 2000.

3. Subsection 5 (C) of UETA: "A Party That Agrees to Conduct a Transaction by Electronic Means may Refuse to Conduct other Transaction by E lectronic Means".

بعلاوه به موجب ماده ۵۸ قانون تجارت الکترونیکی، «ذخیره، پردازش و یا توزیع «داده پیام»های شخصی و مبین ریشه‌های قومی یا نژادی، دیدگاه‌های عقیدتی، مذهبی، خصوصیات اخلاقی، و «داده پیام»های راجع به وضعیت جسمانی، روانی و یا جنسی اشخاص بدون رضایت صریح آنها به هر عنوان غیر قانونی است». حتی در صورت رضایت شخص موضوع داده پیام شرایطی برای ذخیره، پردازش و توزیع داده پیامهای مذکور در نظر گرفته شده (ماده ۵۹) و در موارد ۷۱ تا ۷۳ برای «نقض حمایت از داده پیامهای شخصی» مجازات تعیین شده است.

حال اگر قراردادی برخلاف ماده ۵۸ ق.ت.ا در خارج از کشور منعقد شود، دادگاه ایرانی به طور مسلم از اجرای محتوای آن به دلیل تعارض با اخلاق حسنه مندرج در قاعده آمره خودداری خواهد نمود. به طور کلی، یکی از قواعد عام تعارض قوانین، عدم اجرای قانون بیگانه‌ای است که مخالف با نظام عمومی یا اخلاق حسنه کشور محل دادگاه باشد. برای مثال، در حقوق انگلیس قرارداد الکترونیکی برای قمار یا ترویج ابتذال و هرزه‌گری^۱ که به موجب حقوق این کشور نامشروع است، صرفاً به این دلیل که قانون خارجی قابلیت اجرایی دارد، معتبر نخواهد بود.^۲

۴-۳. اموال غیر منقول

در اغلب سیستم‌های حقوقی، قرارداد مربوط به مال غیر منقول تابع قانون کشوری محسوب شده که مال در آنجا واقع شده است. به نظر می‌رسد «حاکمیت قانون محل وقوع مال غیر منقول از این جهت بیشتر تقویت می‌شود که روابط حقوقی مربوط به آن، ارتباط کافی با نظم داخلی کشور محل وقوع آن مال دارد».^۳ لذا در مورد قرارداد الکترونیکی نیز باید گفت، زمانی که قرارداد مذکور به طور مستقیم یا غیر مستقیم، با اموال غیر منقول یا حقوق ناشی از این اموال ارتباط می‌یابد، قاعده این است که قرارداد بیشترین ارتباط را با محلی دارد که مال غیر منقول در آنجا واقع شده است.

۵-۳. قراردادهای الکترونیکی حمل و نقل کالا

اگرچه در کنوانسیون رم به موجب بند ۱ ماده ۴، در صورت عدم تراضی طرفین قرارداد بر

1. Distribution of Pornography

2. Chissick, M. & Kelman, Op cit, P. 118.

۳. شهیدی. «قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی خصوصی»، مجموعه مقالات حقوقی، ص ۲۴۰.

قابلیت اجرایی قانون خاص، قانون کشوری که بیشترین ارتباط را با قرارداد دارد، اعمال می‌شود؛ با این حال، از جمله قراردادهایی که مشمول این مبنا نمی‌شوند، قرارداد حمل و نقل کالا است. هرچند اگر محل اقامت متصدی حمل و نقل در همان کشوری باشد که بارگیری یا تخلیه کالا در آنجا انجام می‌شود، یا در محلی که مرکز امور تجاری فرستنده محموله در آنجاست، علی‌الأصول قرارداد با کشور مذکور بیشترین ارتباط را دارد.^۱

۶-۳. قرارداد با مصرف‌کننده

یکی از مهمترین محدودیتهای قانون انتخابی از سوی طرفین قرارداد الکترونیکی که تا اندازه زیادی با گسترش این قراردادها توسعه یافته است، قانون حاکم در میان مصرف‌کننده و تاجر در قرارداد الکترونیکی تاجر مصرف‌کننده است. حمایت از مصرف‌کننده در قراردادهای مذکور ایجاب کرده است تا مقررات و ضوابط خاصی در این زمینه تدوین گردد. برای مثال، در اروپا هر فروشنده در قراردادهای تاجر مصرف‌کننده باید متعهد شود که قرارداد حداقل شرایط مقرر در «دستورالعمل معامله غیر حضوری»^۲ را داشته باشد.^۳

به اختصار، باید اشاره شود حداقل از حیث تعداد اغلب قراردادهای اینترنتی میان تاجر و مصرف‌کنندگان منعقد می‌شود و این طرز تلقی که نباید طرف قدرتمند (شرکتهای بزرگ تجاری) مصرف‌کنندگان را تحت فشار قرار دهند، محدودیتهایی را باعث شده است. حمایت از مصرف‌کنندگان در بازارهای الکترونیکی یکی از دغدغه‌های قانونگذاری ملی است.^۴ سازمان مشارکت اقتصادی و توسعه^۵ و کمیسیون تجارت فدرال ایالات متحده آمریکا^۶، هر کدام مقرراتی در جهت حمایت از مصرف‌کنندگان در عرصه مبادلات الکترونیکی تدوین نموده‌اند و تقریباً تمام

1. Shields, Op cit, p.51.

2. Distance Selling Directive.

3. Baker & McKenzie, Op cit, p. 22.

4. Sax, Michael M., *International Law Relating to Electronic Commerce*, Presented at the Osgood Hall Law School, Information Technology and Cyberspace Law Symposium 2000, Thursday, May 9, 2001, p.24. Available at: www.saxlaw.com/publications/saxlaw.1.pdf

5. The Organization for Economic Cooperation and Development (OECD).

6. United States Federal Trade Commission (FTC).

کشورها نیز به وضع مقررات مستقل در این زمینه اقدام کرده‌اند. قانون تجارت الکترونیکی ایران در موارد ۳۳ تا ۴۹ به طور تفصیلی، حقوق مصرف‌کننده را مورد حمایت قرار داده است. به موجب ماده ۴۵، (اجرای حقوق مصرف‌کننده به موجب این قانون نباید بر اساس سایر قوانین که حمایت ضعیفتری اعمال می‌کنند، متوقف شود). و به موجب ماده ۴۶ قانون مذکور، «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل (حمایت از مصرف‌کننده) و همچنین اعمال شروط غیر منصفانه به ضرر مصرف‌کننده، مؤثر نیست». ماده مذکور به ظاهر حتی امکان توافق خصوصی با شخص مصرف‌کننده را در تعیین قانون حاکم - غیر از قانون ایران در مواردی که در واقع صالح باشد - منتفی می‌داند که البته چنین دیدگاه سختگیرانه‌ای قابل انتقاد است.

به تصریح بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون رم، تراضی طرفین قرارداد نمی‌تواند منجر به محرومیت مصرف‌کننده از حمایتی شود که به موجب قواعد پذیرفته شده، حقوق کشوری که مصرف‌کننده در آنجا عرفاً اقامت دارد، مورد قبول واقع شده است. مصرف‌کننده از این لحاظ شخصی است که کالاها یا خدمات را صرفاً به قصد استفاده خریداری می‌کند و هدف او از این امر تجارت یا معامله حرفه‌ای نیست. اگر در کشور محل اقامت مصرف‌کننده، انعقاد قرارداد از طریق دعوت به معامله یا روشهای تبلیغاتی دیگر صورت گرفته باشد و مصرف‌کننده در آن محل تمام مراحل لازم از ناحیه خود را برای انعقاد عقد به جا آورده باشد، باید به او حق داد که در خصوص قانون حاکم توافق نماید.

آنچه در سطور بالا ذکر شد، در مواردی صادق است که طرفین قرارداد بر اجرای قانون خاصی تصریح کرده باشند، زیرا کنوانسیون مقرر می‌دارد که در صورت فقدان انتخاب قانون حاکم مطابق با ماده ۳ و در اجرای ماده ۴ کنوانسیون که به تعیین قانون حاکم در صورت عدم تراضی بر آن پرداخته است، قراردادهای منعقد با مصرف‌کننده، مشمول قانون کشوری خواهد بود که وی در آنجا اقامتگاه عرفی داشته باشد؛ با این قید مهم که مصرف‌کننده باید تمام مراحل را که در جهت انعقاد قرارداد از تکالیف اوست، انجام داده باشد.^۱ در قانون متحدالشکل معاملات الکترونیکی ایالات متحده نیز اصل آزادی در تعیین قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی در زمینه حقوق مصرف‌کننده محدود گردیده است.^۲

1. Shilds, Op cit, p.17.

2. Smedinghoff, Op cit, p. 31.

گفتار چهارم: قلمرو شمول قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی

بحث دیگری که در خصوص قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی قابل طرح است، تعیین قلمرو و محدوده شمول قانون مذکور است؛ بدین معنا که چه مسایل و اختلافاتی راجع به قرارداد می‌تواند با ارجاع به قانون حاکم تعیین تکلیف شود و دادگاه در تعیین حقوق ماهوی طرفین یک قرارداد الکترونیکی در کدامین موضوعات و مسایل باید این قانون را اعمال نماید.

در این باره باید متذکر شد که اولاً؛ شمول قانون حاکم بر قرارداد الکترونیکی، در صورتی که مورد انتخاب طرفین باشد، نیاز به دخالت دادگاه ندارد و طرفین می‌توانند مطابق با قانون مورد تراضی خویش قرارداد را اجرا نمایند و تنها در صورت خاتلاف بین ایشان یا عدم تعیین قانون، دادگاه یا محکمه داورى البته به شرط تقاضای یک یا هر دو طرف قرارداد مداخله خواهد کرد.

ثانیاً؛ همان‌گونه که در ماده ۹۶۹ ق. م به عنوان یکی از قواعد مقبول در حقوق بین‌المللی خصوصی آمده: «اسناد از حیث طرز تنظیم تابع قانون محل تنظیم قانون خود هستند»؛ چنانچه ماده ۱۲۹۵ ق. م نیز بر این قاعده به نوعی تأکید می‌کند و براین اساس، قاعده مذکور در قراردادهای الکترونیکی نیز به دلیل فقدان حکم یا اصل مخالف برای اسناد و مدارک الکترونیکی در «ق.ت.ا» یا مقررات آنسیترال اجرا خواهد شد.

ثالثاً، اعمال قانون قابل اجرای بیگانه صرفاً در زمینه حقوق ماهوی طرفین خواهد بود. لذا آیین دادرسی و نحوه رسیدگی اختلاف طرفین قرارداد الکترونیکی در دادگاه صالح، تابع قانون محلی خواهد بود که اقامه دعوی در آنجا صورت می‌گیرد. چنانچه ماده ۹۷۱ ق. م نیز به عنوان اصل کلی بر این امر اشاره نموده است. با توجه به اینکه محدوده حکومت قانون حاکم بندرت در کتب حقوقی مطرح شده و نیز با در نظر گرفتن استثناهایی که اخیراً بیان شد و محدودیتهای قانون حاکم که پیشتر مورد بحث قرار گرفت، قانون مذکور برای تعیین حکم موضوعات زیر در قراردادهای الکترونیکی به کار گرفته خواهد شد.

۱ - ۴. ماهیت و اعتبار قرارداد

اثبات اعتبار قرارداد با توسل به قانون حاکم انجام خواهد گرفت. قانون مذکور برای تعیین وضعیت حقوقی اشتباه، تدلیس، انعقاد یا عدم انعقاد قرارداد و نیز برای تعیین اینکه قبول ایجاب از سوی قابل با ارسال یا وصول تحقق می‌یابد، حکومت خواهد داشت.

۲-۴. تعارض قرارداد با نظم عمومی

اگرچه در صورت تعارض قرارداد الکترونیکی با قانون محل دادگاه^۱ یا محل انعقاد آن، دادگاه صالح این امر را اعلام می‌دارد؛ قانون حاکم نیز می‌تواند مبنای اعلام منافات قرارداد با نظم عمومی قرار گیرد. اثر هر دو تشخیص حکم دادگاه و تشخیص قانون حاکم و توجه به آن از سوی دادگاه غیر قابل اجرا بودن قرارداد مذکور است.

۳-۴. ارکان شکلی قرارداد

قانون حاکم بر ارکان شکلی قرارداد، همانند ضرورت کتبی و ممضی بودن آن و نیز ابراز اراده به هر روش با قصد التزام قانونی، حاکمیت خواهد داشت که این امر در مورد قراردادهای الکترونیکی نیز صادق خواهد بود. هر چند که تمایل به تفسیر وسیع از لزوم رعایت مسایل شکلی انعقاد قرارداد، به دلیل تنافی آن با اصل رضایی بودن عقود پسندیده نیست؛ با این حال، در قراردادهای الکترونیکی، شکل قراردادهای منعقدۀ با مصرف کنندگان تابع قانون محل اقامت ایشان و نه قانون حاکم خواهد بود. به طور کلی، اگر شکل، شرط ثبوت قرارداد باشد، تابع قانون حاکم بر قرارداد است. اما اگر شرط اثبات باشد، تابع قانون محل تنظیم سند خواهد بود.

۴-۴. اهلیت

کنوانسیون رم در خصوص اهلیت قانونی طرفین قرارداد ساکت بوده، آن را مشمول قانون داخلی کشورها دانسته است. در حقوق ایران، قانون مدنی هر چند در ماده ۶ اهلیت را جزء احوال شخصیه دانسته و در ماده ۷ آن را جدای از احوال شخصیه ذکر نموده، ولی در هر حال ماده اخیر، اتباع خارجی مقیم خاک ایران را، از جمله از حیث اهلیت، در حدود معاهدات مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع ایشان نموده است.

قسمت اول ماده ۹۶۲ ق.م.نیز این حکم را تأیید می‌کند، ولی قسمت دوم آن استثنای مهمی را بر تشخیص اهلیت بیگانگان با توسل به قانون ملی ایشان وارد می‌سازد که بنابر قواعد عمومی قراردادها به دلیل آمره بودن، در قراردادهای الکترونیکی نیز مجرا خواهد بود. به موجب این قسمت از ماده ۹۶۲: (.. معذک اگر یک نفر تبعه خارجه در ایران عمل حقوقی انجام دهد، در

1. Lex Fori (the Law of the Forum of Court).

صورتی که مطابق قانون دولت متبوع خود برای انجام آن عمل واجد اهلیت نبوده و یا اهلیت ناقصی داشته است، آن شخص برای انجام آن عمل واجد اهلیت شناخته خواهد شد؛ در صورتی که قطع نظر از تابعیت خارجی او مطابق قانون ایران نیز بتوان او را برای انجام آن عمل دارای اهلیت تشخیص داد».

بر خلاف قانون مدنی ایران، در حقوق اکثر کشورها، از جمله انگلستان، این بحث از سوی بعضی از حقوقدانان مطرح شده که اهلیت معاملاتی طرفین به موجب قانون حاکم بر قرارداد تعیین می‌شود. «البته قاعده‌ای قاطع در این باره در رویه قضایی پدید نیامده و نظریات ارایه شده متفرق بوده است».^۱ این تحلیل، از دو حیث دارای ایراد به نظر می‌رسد: نخست اینکه، تعیین قانون حاکم با تراضی طرفین به شرطی است که طرفین اهلیت تعیین قانون حاکم را داشته باشند و اگر اهلیت هم تابع قانون حاکم باشد، دور به وجود می‌آید. دومین ایراد این است که، تعیین اهلیت به موجب قانون حاکم بر قرارداد، زمینه‌ساز سوء استفاده طرفین قرارداد، نسبت به قانونی می‌گردد که بیشترین ارتباط را با قرارداد داشته و دارای قواعد متفاوتی نسبت به کشوری است که قانون آن حاکم گردیده است. چرا که طرفین با انتخاب قانونی که برای مثال قواعد ساده‌تری برای اهلیت اشخاص حقوقی دارد یا سن کمتر یا بیشتری برای اهلیت اشخاص حقوق مد نظر دارد، حسب مورد مدعی اهلیت یا عدم اهلیت - متناسب با جریان امور و منافع خویش - می‌شوند و این به نوعی «استفاده از قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی، مغایر با اهداف آن» به شمار می‌آید. بنابراین، همانند ماده ۹۶۲ قانون مدنی کشورمان، «در آلمان، سوئیس، سوئد، مصر و الجزایر نیز این راه حل پذیرفته شده که بیگانه نمی‌تواند به استناد قانون کشور متبوع خود و برخلاف قانون محل قرارداد مدعی عدم اهلیت گردد».^۲

۵-۴. تفسیر قرارداد

قرارداد علی‌الاصول باید بر مبنای قانونی تفسیر شود که بر ماهیت آن قابل اجراست. بند (الف) ماده ۱۰ کنوانسیون رم نیز به این امر اشاره کرده است.

۱. محمود سلجوقی، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۲: تعارض قوانین، چاپ اول، نشر دادگستر، تهران ۱۳۷۷.
ص ۲۸۳، ش ۴۱۴.
۲. همان.

۴-۶. اجرای قرارداد

بنابر بند «ه» ماده ۱۰ کنوانسیون رم، نتایج و آثار نقض قرارداد، از جمله جبران خسارت، بر طبق قانون حاکم تعیین می‌شود. هر چند میزان خسارت با رعایت آیین دادرسی دادگاه رسیدگی کننده مشخص می‌گردد، ولی محدوده و قواعد حاکم بر تعیین خسارت بنابر قواعد قابل اجرا مشخص خواهد گردید.

۴-۷. مسؤلیت قراردادی

اثبات مسؤلیت قراردادی در دادگاه صالح همواره با لحاظ قانونی صورت می‌گیرد که به موجب تراضی طرفین قرارداد یا قواعد حل تعارض قابل اجرا شناخته شده است. لذا ارکان مسؤلیت نیز محکوم به قانون حاکم خواهد بود. برای مثال، اگر قراردادی میان یک انگلیسی و یک ایتالیایی به صورت الکترونیکی برای حمل و نقل کالای معینی منعقد شود و کالاها در مسیر انتقال دچار خسارت گردد، در حقوق انگلیس، متصدی حمل مکلف به «احتیاط متعارف»^۱ است، در حالی که بنا بر ماده ۱۶۸۱ قانون مدنی ایتالیا، متصدی باید «تمام اقدامات لازم»^۲ را برای جلوگیری از ورود خسارت به کار گیرد.^۳ بدیهی است در مثالی که ذکر گردید، تعیین هر کدام از قوانین مذکور به عنوان قانون حاکم در مسؤلیت، عدم مسؤلیت یا میزان مسؤلیت متصدی حمل و نقل مؤثر خواهد بود.

نتیجه

به دلیل تنوع و پیچیدگی قراردادهای الکترونیکی، نمی‌توان به موجب یا در ضمن قانون خاصی به تعیین قانون حاکم بر این قراردادها اقدام کرد، زیرا قراردادهای الکترونیکی ممکن است به عوامل و توصیفهای حقوقی گوناگونی وابسته باشند که احصای تمام موارد به حکم عقل و عرف از اختیار مقنن خارج است.

برای تعیین دقیق، علمی و عادلانه قانون حاکم بر قراردادهای مذکور، در وهله اول دادگاه یا مرجع داورری باید تمام تلاش خود را برای احراز قانون مورد تراضی طرفین به کار گیرد. البته،

1. Reasonable Care

2. All the necessary measures

3. See: Chissick & Kelman, Op cit, P. 118.

انتخاب قانون حاکم نمی‌تواند از اشارات معمولی و کم اهمیت در قرارداد استنباط شود، بلکه تراضی ضمنی طرفین در این امور باید از صراحت متعارف برخوردار باشد. در صورت سکوت طرفین، دادگاه صالح باید بدون تعصب بر اجرای بدون دلیل قانون داخلی، با رعایت معیارها و موازن حقوقی و در نظر گرفتن تئوریهای مقبول و پذیرفته شده، قانون حاکم را که لزوماً قوانین و مقررات داخلی نیست مبنای تصمیم‌گیری خود در خصوص حقوق و تکالیف طرفین قرار دهد. در همین خصوص، ذکر دو نکته لازم به نظر می‌رسد:

۱. دادگاه در تعیین قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی باید به این امر توجه نماید که قرارداد با قانون کدام کشور/کشورها بیشترین ارتباط را دارد، تا از این طریق بهترین قانون را در مورد قرارداد اجرا نماید. در تشخیص بیشترین ارتباط، عرف، اوضاع و احوال قضیه، کنوانسیونهای بین‌المللی و خصوصیت فراملی قرارداد الکترونیکی باید لحاظ شود.

۲. دادگاه نباید بیهوده بر دامنه محدودیتهای وارده بر قانونی که با تراضی طرفین یا اجرای قواعد حل تعارض بر قراردادهای الکترونیکی حاکم شده، بیفزاید. تفسیر وسیع از قواعد امره و نظم عمومی داخلی علاوه بر اینکه موجبات بی‌عدالتی را فراهم می‌سازد، سوء تعبیری مبنی بر غیر قابل انعطاف و خشک بودن مقررات داخلی در نزد بازرگانان سایر کشورها به وجود می‌آورد که خود مانعی در راه تعامل و ارتباط گسترده میان بازرگانان ایران و سایر کشورها خواهد بود.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

فهرست منابع

- فارسی

- الماسی، نجاد علی: تعارض قوانین، چاپ هفتم، مرکز نشر دانشگاهی، تهران ۱۳۷۹.
- آهنی، بتول: «انعقاد قراردادهای الکترونیکی»، فصلنامه ندای صادق، شماره ۳۴ و ۳۵، تابستان و پاییز ۱۳۸۳.
- جنیدی، لعیا: قانون حاکم در داوریه‌های تجاری بین‌المللی، چاپ اول، نشر دادگستر، تهران ۱۳۷۶.
- سلجوقی، محمود: بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ اول، نشر میزان، تهران ۱۳۸۰.
- سلجوقی، محمود: حقوق بین‌المللی خصوصی، ج ۲: تعارض قوانین، چاپ اول ۷ نشر دادگستر، تهران ۱۳۷۷.

- شهیدی، مهدی: تشکیل قراردادهای و تعهدات، چاپ اول، نشر حقوقدان، تهران ۱۳۷۷.
- -----: مجموعه مقالات حقوقی، مقاله «قواعد ایرانی تعیین قانون حاکم بر قرارداد بین‌المللی خصوصی»، چاپ دوم، نشر حقوقدان، تهران ۱۳۷۸.
- کاتوزیان، ناصر: قواعد عمومی قراردادهای، ج ۱، چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، تهران ۱۳۷۴.
- نیکبخت، حمیدرضا: «چگونگی تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲۲ - ۲۱، زمستان ۷۶ تا تابستان ۷۷.
- نیکبخت، حمیدرضا: مسایل مطرح در قانون حاکم بر قرارداد، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۳۹، بهار و تابستان ۱۳۸۳.

- انگلیسی

- Baker & McKenzie (2001, edition). *Doing ECommerce in Europe*. P. 66. at: www.bakernet.com/e-commerce/doing-%20E-commerce-%20in-%20Europe/doing-%20E-commerce-%20In-%20Europe.pdf
- Brilmayer, Lea. *Conflict of Laws: Foundations and Future Directions*, Aspen Publishers 1991.
- Borichers, P.J. *Tort and Contract Jurisdiction via the Internet: the Minimum Contract, Test and the Brussels Regulation Compared*, Netherlands International Law Review, Vol. L. Issue 3, 2003.
- Chissick, M. & Kelman, A. *Electronic Commerce, Law and Practice*. Sweet & Maxwell. London 2000.
- Davis, Philip Adam. *The Defamation of Choice - of - Law in Cyberspace: Countering the view that the Restatement (Second) of Conflict of Laws is Inadequate to Navigate the Borderless Reaches of the Intangible Frontier*. Federal Communications Law Journal, Vol. 54, Number 2, March 2002.
- Dodd, J.C & Hernandez, J.A. *Contracting in Cyberspace*, Computer Law Review and Technology Journal, summer 1998.

- Dusolier, Severine. & Jacquemyns, Laetitia Rolin. *The Challenge of the Law to Electronic Commerce: The European Union Initiatives*, In: Syed M. Rahman, & Mahesh S. Raisinghani (Ed), *Electronic Commerce: Opportunity and challenges*, IDEA Group Publishing, United States, 2000.
- Froomkin, Michael. *Article 2B as Legal Software for Electronic Contracting - Operating System or Trojan Horse?* 13 Berkeley Technology Law Journal, 1998.
- Goodchild, Andrew. Charles Herring and Zoran Milosevic, *Business Contracts for B2B*, System Technology Center (Dste), The University of Queensland, QLD, 4072, Australia.
- Oosterbaan, Dinant T. L; Jeekel, Christiaan A. and Jonker, Louis. *E - Commerce 2003: Netherlands*; in: *Getting the Deal Through: E - Commerce 2003* London: Lqw Business Research Ltd. 2003.
- Pacini, Carol. Andrews Christine & Hillison William (2002). *To Agree or to not Agree: Legal Issues in Online Contracting*, Journal of Business Horizon, January - February.
- Sax, Michael M., *International Law Relating to Electronic Commerce*, Presented at the Osgood Hall Law School, Information Technology and Cyberspace Law Symposium 2000, Thursday, May 9, 2001. p.24. Available at:
www.saxlaw.com/publications/saxlaw.1.pdf
- Sheehan, M. *Cyber Law, the Legal Aspects of Electronic Trade*, Horison Technology and Intellectual Property Law, Vol. 3-No. 1, Spring 2000.
- Shields, L. K. (Solicitors), *Legal Aspects of Electronic Contracts in the New Regime 2000*, p. 14. Available at:
www.lkshields.ie/publications/documents/articles/pubo13.pdf.
- Smedinghoff, T. J. *The Legal Requirements for Creating Secure and Enforceable Electronic Transaction*, 2002. p. 26. Available at:
www.imf.org/external/np/log/scem/2002/cdm/ul/eng/smidin.pdf.
- Swire, peter p. *of Elephants, Mice, and Privacy: International Choice of Law and the Internet*, The International Lawyer, Vol. 32. No. 4 Winter 1998.
- *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996*. p. 45.

Para 387. Available at:

www.uncitral.org/english/texts/electcom/ecommerceindex.htm

- *Uniform Electronic Transactions Act (UETA)*. Approved by National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL) On July 23, 1990. Available At: www.Law.upenn.edu/bll/ulc/finacl99/1990s/ueta.pp.htm.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی