

The Rules Governing Conflict Resolution in Electronic Contract Claims in Iranian and European Law

Maryam Beyranvand¹, Hengameh Ghazanfari^{2*}, Firoz Ahmadi³

1. Ph.D. Student, Department of Private Law, Khorramabad Branch, Islamic Azad University, Khorramabad, Iran.

2. Assistant Professor, Department of Private Law, Khorramabad Branch, Islamic Azad University, Khorramabad, Iran.

3. Assistant Professor, Department of Private Law, Khorramabad Branch, Islamic Azad University, Khorramabad, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Article Type: Original Research

Pages: 267-282

Article history:

Received: 03 Apr 2022

Edition: 20 May 2022

Accepted: 11 Jun 2022

Published online: 22 Jun 2022

Keywords:

conflict resolution, electronic contracts, electronic claims, explicit agreement, implicit agreement.

Corresponding Author:

Hengameh Ghazanfari

Address:

Iran, Khorramabad, Islamic Azad University, Khorramabad Branch, Department of Private Law.

Orchid Code:

0000-0002-4197-2389

Tel:

06633120469

Email:

ghazanfari.h50@gmail.com

ABSTRACT

Background and Aim: The rules governing conflict resolution in electronic contract claims are very important. This law, which often does not provide the interests of the person, is the law of the country of the internet business owner. The purpose of this article is to examine the rules governing conflict resolution in electronic contract claims in Iranian and European law.

Materials and Methods: This article is descriptive and analytical. Materials and data are also qualitative and data collection was used in collecting materials and data.

Ethical Considerations: In this article, the originality of the texts, honesty and trustworthiness are respected.

Findings: The findings showed that in Iran, according to the principle of territoriality, we should consider the laws of Iran as governing the contracts. Since the provisions of Iran's civil law regarding contractual obligations are optional, the rule of conflict that considers contractual obligations to be subject to the law of the place of conclusion of the contract should be considered an optional rule, and the regime of choice of governing law in the European Union is mixed.

Conclusion: In Iranian law, the contracting parties can agree that the obligations arising from the contract are subject to Iranian law, but if the contract is concluded outside of Iran, the parties can consider the contract to be subject to another law by explicit or implicit agreement.

Cite this article as:

Beyranvand M, Ghazanfari H, Ahmadi F. The Rules Governing Conflict Resolution in Electronic Contract Claims in Iranian and European Law. *Economic Jurisprudence Studies*. 2022.



فصلنامه مطالعات فقه اقتصادی، دوره ۴، شماره ۲، شماره پیاپی ۱۳، تابستان ۱۴۰۱

قواعد حاکم بر رفع تعارض در دعاوی قراردادهای الکترونیک در حقوق ایران و اروپا

مریم بیرانوند^۱، هنگامه غضنفری^{۲*}، فیروز احمدی^۳

۱. دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، واحد خرم‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، خرم‌آباد، ایران.

۲. استادیار، گروه حقوق خصوصی، واحد خرم‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، خرم‌آباد، ایران.

۳. استادیار، گروه حقوق خصوصی، واحد خرم‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، خرم‌آباد، ایران.

چکیده

زمینه و هدف: قواعد حاکم بر رفع تعارض در دعاوی قراردادهای الکترونیک از اهمیت به‌سزایی برخوردار است. با آنکه طرفین این قراردادها نیز از حاکمیت اراده برخوردارند، در موارد بسیاری طرفین نسبت به تعیین این قانون اقدام نمی‌کنند. هدف مقاله حاضر بررسی قواعد حاکم بر رفع تعارض در دعاوی قراردادهای الکترونیک در حقوق ایران و اروپا است.

مواد و روش‌ها: مقاله حاضر توصیفی - تحلیلی است. مواد و داده‌ها نیز کیفی است و از فیش‌برداری در گردآوری مطالب و داده‌ها استفاده شده است.

ملاحظات اخلاقی: در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

یافته‌ها: یافته‌ها نشان داد با وجود اختلافاتی که در تخییری یا امر بودن ماده ۹۶۸ قانون مدنی و در نتیجه آن امکان آزادی اراده طرفین در تعیین قانون حاکم وجود دارد، می‌توان قائل بر تخییری بودن این ماده بود و آزادی طرفین بر تعیین قانون حاکم را به رسمیت شناخت. ماده ۲۷ قانون داوری تجاری ایران نیز ناظر بر تخییری بودن این ماده از قانون مدنی است و به‌موجب آن طرفین می‌توانند قانون حاکم بر قرارداد را آزادانه انتخاب نمایند. رژیم انتخاب قانون حاکم در اتحادیه اروپا مختلط است.

نتیجه: در حقوق ایران، متعاقدين می‌توانند توافق نمایند که تعهدات ناشی از قرارداد تابع قانون ایران باشد؛ ولی چنانچه عقد در خارج از ایران منعقد شده باشد طرفین می‌توانند با توافق صریح یا ضمنی قرارداد را تابع قانون دیگری بدانند.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۲۶۷-۲۸۲

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۱/۱۴

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۱/۰۲/۳۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۲۱

تاریخ انتشار: ۱۴۰۱/۰۴/۰۱

واژگان کلیدی:

رفع تعارض، قراردادهای الکترونیک، دعاوی الکترونیک، توافق صریح، توافق ضمنی.

نویسنده مسئول:

هنگامه غضنفری

آدرس پستی:

ایران، خرم‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد خرم‌آباد، گروه حقوق.

کد ارکید:

0000-0002-4197-2389

تلفن:

06633120469

پست الکترونیک:

ghazanfari.h50@gmail.com

۱. مقدمه

تعارض قوانین مندرج در قانون مدنی برویم. یکی از مباحث مهمی که در حقوق بین‌الملل خصوصی مطرح است قواعد مربوط به حل تعارض قوانین است. قانون حاکم بر قراردادها نیز از مسائل مربوط به قواعد تعارض قوانین در حقوق بین‌الملل خصوصی است. قاعده اصلی حل تعارض قوانین در تعهدات قراردادی در حقوق ایران در جلد دوم قانون مدنی و فقط در ماده ۹۶۸ قانون مدنی مطرح شده است به موجب این ماده «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است؛ مگر اینکه متعاقدین اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار دهند». طبق این ماده «اگر قراردادی در ایران منعقد گردید و یک طرف ایرانی و طرف دیگر خارجی بود، قانون حاکم بر این قرارداد قانون ایران خواهد بود؛ مگر اینکه طرفین، قرارداد خارجی باشند و قرارداد را تابع قانون دیگری قرار داده باشند. در کل در حقوق ایران، قاعده حل تعارض در قراردادها، ماده ۹۶۸ ق.م. است. ولی شیوه نگارش این ماده به گونه‌ای است که ابهاماتی را موجب شده است. مهم‌ترین ابهام در مورد این ماده این است که آیا می‌توان از این ماده اصل حاکمیت اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم را استنباط کرد یا خیر؟» (سلجوقی، ۱۳۸۵، ۴۱۷). همین امر بررسی رویکرد حقوق ایران در خصوص قواعد حاکم بر رفع تعارض در دعاوی قراردادهای الکترونیک را به ضرورت مبدل ساخته است. در خصوص قراردادهای الکترونیک، پژوهش‌های متعددی انجام شده است. عبدالحسین شیروی و محمدرضا مالکی (۱۳۹۸) در مقاله‌ای به بررسی قواعد حاکم بر حل و فصل اختلافات از طریق داوری الکترونیک در قلمرو بین-

قواعد حاکم بر رفع تعارض در دعاوی قراردادهای سنتی از طریق عامل‌های ارتباط عینی مطرح می‌گردد. عوامل ارتباط برای تعیین قانون مناسب و اینکه این قرارداد شایسته تعلق به کدامین سیستم حقوق ملی است اعمال می‌گردد و در این صورت قانونی بر قرارداد حاکم است که نزدیک‌ترین ارتباط را با قرارداد دارد. معیارهای تعیین نزدیک‌ترین ارتباط نیز عواملی مانند محل اقامت یا سکونت طرفی که اجرای تعهد شاخص به عهده اوست یا محل انعقاد عقد، مکان مذاکره طرفین، مکان اجرا، محل وقوع موضوع قرارداد و تابعیت طرفین است که عمدتاً مبتنی بر یک عامل فیزیکی ملموس است. تغییرات حاصل‌شده ناشی از فناوری ارتباطات و اطلاعات و در نتیجه ظهور پدیده فضای مجازی سبب گردیده است که عوامل ارتباط سابق یا وجود ندارد یا در صورت وجود به مفهوم سابق نباشد. در نتیجه مفهوم عوامل ارتباطی نظیر زمان و مکان انعقاد قرارداد، محل اقامت طرفین با چالش مواجه گردیده است و یا در معاملات خودکار طرف انسانی به مفهوم سابق وجود ندارد. در کل صلاحیت قضایی و قانون (قانون حاکم) به لحاظ ابتدای قواعد آن بر مکان در فضای مجازی با چالش مواجه شده‌اند. این چالش مانعی در جهت توسعه تجارت الکترونیک است؛ زیرا پیشرفت تجارت الکترونیک منوط به اعتمادسازی است و برای اعتمادسازی نیز باید معیارهای صلاحیت قضایی و قانونی حاکم بر معاملات تجاری در فضای مجازی تبیین گردد. قانون تجارت الکترونیک ایران فاقد مقررات خاصی درباره رفع تعارض در دعاوی قراردادهای الکترونیک است و لازم است در این خصوص سراغ قواعد

الملل پرداخته‌اند. هم‌چنین سیدمهدی صحرائی جمال‌الدین کلائی، (۱۴۰۱) در مقاله‌ای قواعد حاکم بر قراردادهای الکترونیکی از منظر نظام‌های حقوقی ایران را بررسی کرده است. تمایز و نوآوری مقاله حاضر نسبت به سایر پژوهش‌های انجام‌شده این است که در این مقاله تلاش شده در راستای رفع ابهام در خصوص رفع تعارض در دعاوی قراردادهای الکترونیکی، به بررسی رویکرد حقوق اروپا نیز پرداخته شود. منبع حقوق اروپا در این‌باره کنوانسیون روم است. این کنوانسیون در سال ۲۰۰۸ میلادی با اصلاحاتی که در آن به عمل آمد، با نام مقررات رم یک، در خصوص قانون حاکم بر تعهدات قراردادی (موسوم به مقررات رم یک) برای اجرا در اتحادیه اروپا به تصویب شورا و پارلمان اروپا رسید. بر اساس آنچه گفته شد سؤال مقاله بدین شکل قابل طرح است که قواعد حاکم بر رفع تعارض در دعاوی قراردادهای الکترونیکی در حقوق ایران و اروپا کدام است؟ فرضیه مقاله نیز بدین شکل مطرح شده است که: «در خصوص تخییری یا امر بودن قواعد حاکم بر رفع تعارض در دعاوی قراردادهای الکترونیکی اختلاف نظر وجود دارد؛ اما شواهد بیشتر بر تخییری بودن و آزادی طرفین بر تعیین قانون حاکم بر دعاوی قراردادهای الکترونیکی دلالت دارد». به‌منظور بررسی سؤال مورد اشاره ابتدا، رویکرد حقوق ایران و در ادامه از رویکرد حقوق اروپا در خصوص قواعد حاکم بر رفع تعارض در دعاوی قراردادهای الکترونیکی بحث می‌شود.

۲. مواد و روش‌ها

مقاله حاضر توصیفی-تحلیلی است. مواد و داده‌ها نیز کیفی است و از فیش‌برداری در گردآوری مطالب و داده‌ها استفاده شده است.

۳. ملاحظات اخلاقی

در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

۴. یافته‌ها

یافته‌ها نشان داد با وجود اختلافاتی که در تخییری یا امر بودن ماده ۹۶۸ قانون مدنی و در نتیجه آن امکان آزادی اراده طرفین در تعیین قانون حاکم وجود دارد، می‌توان قائل بر تخییری بودن این ماده بود و آزادی طرفین بر تعیین قانون حاکم را به رسمیت شناخت. ماده ۲۷ قانون داوری تجاری ایران نیز ناظر بر تخییری بودن این ماده از قانون مدنی است و به‌موجب آن طرفین می‌توانند قانون حاکم بر قرارداد را آزادانه انتخاب نمایند. رژیم انتخاب قانون حاکم در اتحادیه اروپا مختلط است.

۵. بحث

۵-۱. رویکرد حقوق ایران

«با توجه به عدم وجود نص خاصی در مورد اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قراردادهای تجاری الکترونیکی، باید به قواعد عام مندرج در قانون مدنی مراجعه کرد. اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد در ماده ۹۶۸ ق.م. آمده است» (الماسی، ۱۳۹۷، ۲۱۳). این ماده مقرر می‌دارد: «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل

بودن دارد؛ زیرا قانون‌گذار موردی را که قانون حاکم به اراده طرفین تعیین می‌شود. به‌عنوان یک استثنا بر قاعده کلی منحصر به قراردادی کرده است که طرفین آن بیگانه باشند؛ مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را به‌طور صریح یا ضمنی تابع قانون دیگری قرار دهند و اگر به نظر قانون‌گذار طرفین به‌صورت عام یا مطلق تعیین‌کننده نهایی قانون حاکم بر قرارداد می‌بودند، حق انتخاب قانون به‌صورت جمله، استثنایی منحصر به مورد بیگانه بودن طرفین نمی‌گردید و در جمله استثنا عنوان اتباع خارجه را ذکر نمی‌کرد و به‌طور مطلق مقرر می‌داشت: مگر اینکه متعاقدين صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار دهند (شهیدی، ۱۳۷۷، ۳۴).

۲- مذاکرات مقدماتی مجلس و تغییر شکل از قانون خارجی اضافه کردن عبارت اتباع خارجه دلالت بر امری بودن ماده می‌کند. این ماده از قانون فرانسه اقتباس شده و یکی از نمایندگان مجلس در زمان تصویب این ماده با پیشنهاد اضافه نمودن عبارت اتباع خارجه قصد داشت در صورتی حق انتخاب قانون به خارجیان داده شود که کشور متبوع ایشان نیز به اتباع ایرانی این حق را بدهد و در واقع مقابله به مثل کنند؛ غافل از اینکه نیازی به این کار نبوده و پیشنهاد مذکور نتیجه معکوس بر جای خواهد گذاشت. لذا حقی که در این ماده به طرفین خارجی داده شده، یک طرفه بوده و در نتیجه تصویب این پیشنهاد ماده ۹۶۸ که در هر حال از حیث حقوق بین‌الملل خصوصی ایران دارای اعتبار است اتباع ایرانی از این حق محروم شده‌اند (سلجوقی، ۱۳۸۵، ۳۷۵). با استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی نیز اتباع ایرانی نمی‌توانند قانون حاکم را انتخاب کنند؛ چون

وقوع عقد است؛ مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند». کاوش در نظریات حقوق‌دانان ایرانی نشان می‌دهد که «دو جریان که هر کدام طرفدارانی داشته، قائل به امری بودن و اختیاری بودن قسمت اول ماده ۹۶۸ ق.م. می‌باشند. آن‌ها که قسمت اول ماده را امری می‌دانند، قانون ایران را در مورد عقود منعقدشده در ایران، به‌طور اجباری مجری می‌دانند» (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ۳۷۶). در این قسمت به بررسی این دو رویکرد و نظریات دیگر در این خصوص پرداخته می‌شود.

۵-۱-۱. نظریه آمره بودن

به گفته طرفداران آمره بودن ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران «در مورد عقود منعقدشده در ایران، به‌طور اجباری مجری بوده و دیگرانی که بخش اول ماده را اختیاری می‌دانند حکم مندرج در آن را مانند همه احکام این چنینی ناظر به فرض سکوت متعاقدين تلقی می‌کنند. لذا در صورت وجود اراده صریح یا ضمنی خلاف مفاد این اراده را بر حکم مندرج در ماده ۹۶۸ مقدم خواهد بود» (نصیری، ۱۳۸۳، ۱۲۰). عده‌ای اتباع ایرانی را از چنین حقی محروم می‌دانند (شهیدی، ۱۳۷۷، ۳۴؛ جنیدی، ۱۳۷۶، ۲۷۶؛ اخلاقی، ۱۳۶۹، ۱۱۱).

دلایل این گروه عبارت است از:

۱- حکم ماده ۹۶۸ در خصوص آزادی اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد حکمی خلاف اصل است و باید تفسیر مضیق شود؛ زیرا قواعد حل تعارض اصولاً امری هستند و با اصل حاکمیت دولت ارتباط دارند سیاق ماده نیز دلالت بر غیر اختیاری

بر اساس ماده ۹۶۸ که قاعده‌ای امری است از چنین حقی محروم گردیده‌اند.

دسته‌ای از علمای حقوق اعتقاد دارند که اتباع ایرانی هم از چنین حقی برخوردار هستند و می‌توانند در صورتی که هر دو طرف ایرانی باشند و در خارج از کشور معامله کنند همانند اتباع خارجه معامله را تابع قانون دیگری غیر از محل وقوع عقد قرار دهند. این دسته از علما به رغم اذعان به ظهور امری این ماده به منظور حمایت از منافع اتباع ایرانی و احتراز از ایجاد مشکلات در مراودات بین‌المللی و هم‌چنین با استناد به اصل تبعیت، قاعده حل تعارض از قانون ماهوی و پذیرش اصل آزادی اراده در تعیین قانون قابل اجرا و استثنایی بودن حکم این ماده ممنوعیت تعیین قانون خارجی در قلمرو سرزمینی ایران توسط ایرانیان با توسل به تفسیر مضیق می‌پذیرند در مواردی که اتباع ایرانی در خارج از کشور معامله کنند، مانعی برای چنین اختیاری وجود ندارد (الماسی، ۱۳۹۷، ۲۱۳).

۵-۱-۲. نظریه انتخابی بودن

«دیگرانی که بخش اول ماده را اختیاری می‌دانند، حکم مندرج در آن را مانند همه احکام این‌چنینی ناظر به مورد سکوت متعاقدين تلقی می‌کنند. لذا در صورت وجود اراده صریح یا ضمنی خلاف، مفاد این اراده را بر حکم مندرج در ماده ۹۶۸ مقدم می‌دارند. تحلیل و بررسی نظر هر یک از این دو طیف زمان زیادی می‌طلبد. لیکن اجمالاً به نظر ما باید ماده ۹۶۸ ق.م. به‌عنوان قاعده حل تعارض در قراردادهای سنتی و الکترونیکی، اختیاری تفسیر شود» (اخلاقی، ۱۳۶۹، ۱۱۱) در غیر این صورت،

مشکلات فراوانی به شرح زیر ممکن است ایجاد شود:

۱. قاعده تعارض صرفاً در مورد قراردادهای منعقد در ایران قابل اجرا خواهد بود.

۲. «اتباع ایران در خارج از کشور، لزوماً تعهدات ناشی از قراردادهای آنان، تابع قانون کشور محل انعقاد عقد خواهد شد و مثال اتباع ایران برحسب منطق این ماده، حق نخواهند داشت هرگاه در خارج از ایران قراردادی منعقد می‌کنند، حتی قانون ایران را حاکم بر تعهدات ناشی از قرارداد خود بدانند» (سلجوقی، ۱۳۸۵، ۳۷۵).

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

نیست، قرارداد را امضا نخواهد کرد» (مدنی، ۱۳۸۸، ج ۲-۱، ۸۸).

۴. «چون قرارداد منعقدشده در ایران بهر حال تابع قانون ایرانی تلقی خواهد شد. به فرض که با مقاومت از طرف ایرانی، قرارداد در ایران امضا شود، قانون صلاحیت دار ضمن قرارداد تصریح نخواهد شد و طرف ایرانی ناچار خواهد شد شرط رجوع اختلافات به داوری را بپذیرد. هیئت داوری نیز بر حسب قواعد معمول حقوق بین الملل خصوصی، در انتخاب قانون صلاحیت دار، قاعده تعارض کشور محل اجلاس خود را در نظر می گیرد و ارجاع اختلافات را به داوری قرینه ای بر تفسیر نظر متعاملین در تمکین به صلاحیت قانون محل اجلاس داوران تلقی خواهد کرد. به تعبیر روشن تر، قراردادهای تجاری بین المللی ایران به ندرت مورد رسیدگی قضایی در محاکم ایران قرار خواهد گرفت و این خود یکی از علل کمبود رویه قضایی در ایران در زمینه مسائل حقوق بین الملل خصوصی است که با توجه به پیشرفت تجارت بین المللی در دوران ما، عدم آگاهی محاکم و مراجع حقوقی کشور نسبت به مسائل حقوق بین الملل خصوصی بسیار نامطلوب است» (نصیری، ۱۳۹۱، ۱۲۱).

برخی برای توجیه تخییری بودن ماده ۹۶۸، متوسل به دلیل عقلی و اصولی شده اند. به نظر ایشان «همان گونه که قانون گذار نمی تواند اصل وفای به عهد، اصل لزوم رد امانت، اصل لزوم جبران ضرر و نظایر این ها را نفی کند، به منتفی شدن اساس حاکمیت اراده بر قرارداد نیز نمی تواند حکم کند و بنابراین ماده ۹۶۸ نباید با قواعد بنیادین حقوقی ناسازگار باشد. نتیجه اینکه هر چند ماده ۹۶۸ را

نمی توان به دلیل لفظی تکمیلی دانست، به دلیل عقلی و اصولی باید از قید اتباع خارجه الغای خصوصیت کرد و بر آن بود که دلیلی وجود ندارد که قراردادهای اتباع خارجه از حیث حاکمیت اراده با قراردادهای ایرانیان متفاوت باشد» (نیکبخت، ۱۳۷۹، ۱۴۴). رویه قضایی و رویکرد قانون گذار ایران در سال ۱۳۷۶ در ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین المللی، مویدی دیگر بر تخییری تفسیر کردن ماده ۹۶۸ ق.م. است. رأی شماره ۱۴۷۸ مورخ ۱۳۵۲/۱۰/۱۷ شعبه هفتم دیوان عالی مقرر می دارد: «... ایراد عدم اهلیت نسبی داور (مؤسسه پنبه لیورپول) به عنوان تابعیت خارجی آن وارد نیست؛ چه طبق قسمت اخیر ماده ۶۳۳ قانون آئین دادرسی مدنی، مطلق بیگانگی داور موجب بطلان قرارداد داوری نیست؛ بلکه بطلان و بی اثر بودن قرارداد داوری منحصر است به موردی که داور دارای تابعیت طرف معامله باشد؛ حال آنکه وحدت تابعیت طرف معامله و داور اساساً مورد ادعا قرار نگرفته است. ماده ۹۶۸ ق.م. تعهدات ناشی از عقود را تابع قانون محل وقوع عقد می داند؛ مگر اینکه متعاقبین آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند. بنابراین طبق قسمت اخیر این ماده، تراضی طرفین بر اینکه قرارداد تابع مقررات مؤسسه لیورپول است، منع قانونی ندارد» (جنیدی، ۱۳۷۶، ۲۸۶).

در واقع برخی با توجه به ظاهر ماده اعتقاد دارند افزون بر آزادی طرفین خارجی در تعیین قانون حاکم، وقتی یکی از طرفین خارجی و طرف دیگر ایرانی باشد می توانند قانون حاکم بر قرارداد را تعیین نمایند؛ ولی این اختیار محدود است. اما

بنابراین رابطه این دو قانون، رابطه عام و خاص است و در این رابطه خاص عام را تخصیص می‌زند. لذا باید قائل به این نظر بود که قانون داور، تجاری ماده ۹۶۸ قانون مدنی را نسخ نکرده؛ بلکه دایره شمول آن را محدود نموده است.

در تقویت اختیاری بودن ماده ۹۶۸ هم‌چنین می‌توان چنین استدلال کرد که امری یا تخییری بودن قاعده حل تعارض قانون بین‌المللی فرع بر امری یا اختیاری بودن قانون ماهوی (قانون داخلی) مربوطه است. توضیح آنکه در هر نظام حقوقی قوانین به امری و تخییری تقسیم می‌شوند. لذا قاعده تعارضی که برای هر یک از دسته‌های روابط حقوقی وضع شده است از جهت امری یا اختیاری بودن، باید از قانون ماهوی مربوطه تبعیت نماید. مثلاً چون قوانین مربوط به اهلیت افراد جز قوانین امری است، قاعده تعارضی که اهلیت را مشمول قانون دولت متبوع افراد می‌داند، یک قاعده امری است و نتیجتاً بیگانگان نمی‌توانند توافق نمایند که اهلیت آنان تابع قانون ایران باشد، برعکس چون مقررات قانون مدنی ایران در باب تعهدات ناشی از عقد بیع اساساً جنبه اختیاری دارد قاعده تعارضی که تعهدات قراردادی را برای مثال تابع قانون محل انعقاد عقد داند، باید یک قاعده اختیاری تلقی شود. نتیجتاً متعاملین می‌توانند توافق نمایند تعهدات ناشی از عقد بیع آنان تابع قانون ایران باشد؛ اگرچه عقد در خارج از ایران منعقد شده باشد. بنابراین، اصل تبعیت قاعده حل تعارض از قانون ماهوی در باب تعهدات قراردادی باید مورد توجه قرار گیرد.

برخی برای توجیه تخییری بودن ماده ۹۶۸، متوسل به دلیل عقلی و اصولی شده‌اند. به نظر ایشان

وقتی هر دو طرف ایرانی باشند نمی‌توانند از این اختیار استفاده کنند. هم‌چنین طرفین ایرانی و خارجی اجازه ندارند غیر از قانون ملی یکی از طرفین قرارداد قانون دیگری بر قرارداد حاکم سازند (ایرانپور، ۱۳۸۱، ۸۶).

در هر حال تفسیر موسع از ماده ۹۶۸ قانون مدنی و قائل شدن حق انتخاب قانون حاکم برای اتباع ایرانی خلاف ظاهر ماده بوده و به سختی قابل دفاع است.

بند ۲ ماده ۲۷ قانون داور تجاری ایران مصوب ۱۳۷۶ بر خلاف ظاهر ماده ۹۶۸ قانون مدنی به طور صریح به اتباع ایرانی اجازه داده است قانون حاکم بر قرارداد را تعیین کنند حتی به آن‌ها اجازه داده قواعد حقوقی مانند عرف و رسوم تجاری و اصول کلی را نیز انتخاب نمایند و در صورتی که سکوت کنند طبق قانون مذکور داور قانون مناسب را تعیین می‌کند. برخلاف طرفین که اختیار تعیین قواعد حقوقی را هم دارند، داور چنین اختیاری ندارد. البته منظور از قانون مناسب ضرورتاً قانون ایران نیست.

با توضیح به اینکه قانون داور تجاری بین‌المللی ماده ۹۶۸ قانون مدنی را نسخ نکرده است؛ زیرا از یک سو مرجع رسیدگی‌کننده این دو قانون ضرورتاً یکی نیست؛ یکی دادگاه و دیگری داور است. از سوی دیگر قانون داور تجاری، قانونی خاص است که موضوع آن صرفاً قراردادهای تجاری است، آن هم نه هر قرارداد تجاری؛ بلکه قراردادهای تجاری که به داور ارجاع شده یا حاوی شرط داور است. ماده ۹۶۸ قانون مدنی قاعده‌ای عام را بیان می‌کند و بر کلیه قراردادهای مدنی و تجاری حاکم است.

۲- اتباع ایران در خارج از کشور، لزوماً تعهدات ناشی از قراردادهای تابع قانون کشور محل انعقاد عقد خواهد بود و اتباع ایران حسب منطق این ماده حق نخواهند داشت گاه در خارج از ایران قراردادی منعقد می‌کنند، حتی قانون ایران را حاکم بر تعهدات ناشی از قرارداد خود بدانند.

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

۴- چون قرارداد منعقدشده در ایران تابع قانون ایرانی تلقی خواهد شد به فرض که با مقاومت از طرف ایرانی قرارداد در ایران امضا شود قانون

همان‌گونه که قانون‌گذار نمی‌تواند اصل وفای به عهد اصل لزوم رد امانت اصل لزوم جبران ضرر و نظایر این‌ها را نفی کند به منتفی شدن اساس حاکمیت اراده بر قرارداد نیز نمی‌تواند حکم کند. بنابراین ماده ۹۶۸ نباید با قواعد بنیادین حقوقی ناسازگار باشد. نتیجه اینکه هرچند ماده ۹۶۸ را نمی‌توان تکمیلی دانست؛ ولی به دلیل عقلی و اصولی باید از قید اتباع خارجه الغای خصوصیت کرد و بر آن بود که دلیلی وجود ندارد که قراردادهای اتباع خارجه از حیث حاکمیت اراده با قراردادهای ایرانیان متفاوت باشد.

همان‌طور که گفتیم رویه قضایی و رویکرد قانون‌گذار ایران در سال ۱۳۷۶ در تنظیم ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی مؤیدی دیگر بر تخییری بودن ماده ۹۶۸ است به اعتقاد این گروه، این ماده با ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی که در سال ۱۳۷۶ تصویب گردیده است قابل جمع می‌باشد. ماده ۲۷ یکی از موارد سکوت ماده ۹۶۸ را پر کرده و رسیدن به تفسیری معتبر از طریق عام مقدم و خاص مؤخر و هم‌چنین تفسیر موسع از ماده ۱۰ قانون مدنی در باب حاکمیت اراده را تأیید می‌کند (احمدی، ۱۳۹۳، ۱۰۷).

همان‌طور که دیدیم تحلیل و بررسی نظر هر یک از این دو گروه مستلزم صرف زمان زیادی است. لیکن اجمالاً به نظر نگارنده باید این ماده در قراردادهای سنتی و الکترونیکی اختیاری تفسیر شود؛ در غیر این صورت، مشکلات فراوانی به شرح زیر ممکن است ایجاد شود.

۱- قاعده تعارض صرفاً در مورد قراردادهای منعقد در ایران قابل اجرا خواهد بود.

خاص مؤخر و همچنین تفسیر موسع از ماده ۱۰ ق.م. در باب حاکمیت اراده را تأیید می‌کند.

۵-۱-۴. انتخاب فرضی

چنانچه اراده طرفین به‌طور صریح یا ضمنی از قرارداد ایشان قابل کشف نباشد، باید اراده فرضی را به ایشان نسبت داد. انتخاب فرضی به دو روش تقسیم می‌شود: (۱) روش قابل انعطاف (اختیار دادگاه)؛ (۲) روش غیر قابل انعطاف (با حکم قانون)؛ نظام حقوقی ایران از بین دو روش فوق، متمایل به شیوه غیر قابل انعطاف است. در حقوق ایران طبق ماده ۹۶۸ ق.م. چنین مقرر شده است: «در فرض فقدان تعیین قانون حاکم توسط طرفین، قرارداد تابع قانون محل انعقاد باشد». در واقع در حقوق ایران قانون محل انعقاد به‌عنوان قاعده ثابت تعارض برای تعیین قانون صلاحیت‌دار در نظر گرفته شده است. حال باید دید در حقوق ایران چه مکانی را می‌توان محل وقوع عقد اینترنتی تلقی کرد؟ پیش از پاسخ به این سؤال این نکته قابل ذکر است که دادگاه برای توصیف محل انعقاد عقد، قانون مقر دادگاه را باید اجرا کند؛ زیرا توصیف محل انعقاد عقد یک توصیف اصلی است که در تعیین قانون صالح و لازم‌الاجرا مؤثر می‌باشد. مسلم است که مکان تشکیل قرارداد، مکانی است که قبول معتبر در آن محقق شده است. به نظر می‌رسد نظریه ارسال قبول (یا قاعده صندوق پستی) منطبق با اصول و قواعد رایج در نظام حقوق ایران و ضروریات تجارت بین‌الملل باشد. ذکر این نکته لازم است که اراده طرفین این قدرت را دارا است که مکان انعقاد قرارداد را تعیین کند (الماسی، ۱۳۹۷، ۲۸۳). پس محل انعقاد عقد الکترونیکی جایی است که قبولی

صلاحیت‌دار ضمن قرارداد تصریح نخواهد شد و طرف ایرانی ناچار خواهد شد شرط رجوع اختلافات به داوری را بپذیرد هیئت داوری نیز حسب قواعد معمول حقوق بین‌الملل خصوصی در انتخاب قانون صلاحیت‌دار قاعده تعارض کشور محل اجلاس خود را در نظر می‌گیرد و ارجاع اختلافات را به داوری قرینه‌ای بر تفسیر نظر متعاملین در تمکین به صلاحیت قانون محل اجلاس داوران تلقی خواهد کرد. به تعبیر روشن‌تر قراردادهای تجاری بین‌المللی ایران به ندرت مورد رسیدگی قضایی در محاکم ایران قرار خواهد گرفت و این خود یکی از علل کمبود رویه قضایی در ایران در زمینه مسائل حقوق بین‌الملل خصوصی است که با توجه به پیشرفت تجارت بین‌المللی در دوران ما، عدم آگاهی محاکم و مراجع حقوقی کشور نسبت به مسائل حقوق بین‌الملل خصوصی بسیار نامطلوب است.

۵-۱-۳. انتخاب صریح

در بحث قبلی دیدیم که ماده ۹۶۸ از قواعد آمره نیست تا توافق طرفین برخلاف آن بر انتخاب قانون حاکم بر قرارداد باطل باشد. از طرف دیگر، طرف ایرانی از سال ۱۳۷۶ به بعد با تصریحی که در قانون داوری تجاری بین‌المللی آمد، حق انتخاب صریح قانون حاکم را بر تعهدات قراردادی‌اش دارد. بنابراین، طرفین مجازند تا به استناد اصل بنیادین استقلال اراده، روابط معاملی خود را تحت قانون منتخب قرار دهند (صادقی صدیق، ۱۳۹۷، ۶۷). در حال حاضر ماده ۹۶۸ ق.م. با ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران قابل جمع می‌باشد: ماده ۲۷ یکی از موارد سکوت ماده ۹۶۸ را پرکرده و رسیدن به تفسیری معتبر از طریق عام مقدم و

بند ۲ ماده ۲۷ قانون داوری مقرر می‌دارد: «در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین، داور بر اساس قانونی به ماهیت اختلاف رسیدگی خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارض، مناسب تشخیص دهد». هم‌چنین بند ۴ همین ماده بیانگر این نکته است که داور باید در کلیه موارد بر اساس شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم کند و عرف بازرگانی موضوع مربوط را مورد نظر قرار دهد.

۵-۲. رویکرد نظام حقوقی اتحادیه اروپا در تعیین قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیک

اتحادیه اروپا چندین دستورالعمل برای رویارویی با موضوعات خاص ناشی از ارتباطات الکترونیکی تصویب کرده است. دستورالعمل اتحادیه اروپا راجع به حمایت از داده پیام در سال ۱۹۹۵ میلادی تصویب و در ۲۵ اکتبر ۱۹۹۸ لازم‌الاجرا شد. این دستورالعمل در مورد پردازش همه داده‌های شخصی است با استثنای بسیار محدود (مواد ۲ و ۳ دستورالعمل مزبور) اگرچه هماهنگ‌سازی کامل بسیار بعید به نظر می‌رسد؛ ولی هدف ابتدایی این دستورالعمل هماهنگی حقوق حمایت از داده‌ها بود.

با وجود این، ماده ۴ دستورالعمل فوق در مورد انتخاب قانون حاکم است. قاعده این است که هر کشور عضو اتحادیه باید مقررات خود در خصوص حمایت از داده پیام را اعمال کند. در جایی که پردازش داده پیام در زمینه فعالیت‌های یک مؤسسه پردازشگر در قلمرو کشور عضو اتحادیه صورت می‌گیرد، مکان پردازشگر است که قانون حاکم را تعیین می‌کند. همان‌طور که این دستورالعمل تأکید دارد پردازشگر شخصی است که به‌تنهایی یا به-

ارسال شده است. ارسال نیز زمانی صورت می‌گیرد که قبولی از سیستم کامپیوتری قابل خارج شود (مواد ۲۶ تا ۳۰ قانون تجارت الکترونیکی). بنابراین، قانون محل اقامت ارسال‌کننده قبولی بر تعهدات ناشی از قرارداد حاکم است؛ مگر اینکه یک طرف قرارداد، مصرف‌کننده باشد و قانون محل انعقاد، حمایت‌های کمتری از قانون تجارت الکترونیکی ایران از وی به عمل آورد (ماده ۴۵ قانون تجارت الکترونیکی). در غیر این صورت قانون ایران بر قرارداد الکترونیکی حاکم است.

۵-۱-۵. انتخاب ضمنی

در صورت عدم انتخاب صریح قانون حاکم از سوی طرفین، باید به دنبال کشف اراده ضمنی طرفین بود. این اراده ضمنی باید به موجب اوضاع و احوالی که قرارداد در آن شکل گرفته است، استنباط شود. سیستم‌های حقوقی که انتخاب ضمنی را پذیرفته‌اند، در عمل نظر به موردی دارند که یک انتخاب حقیقی توسط طرفین در قرارداد وجود دارد، اما این انتخاب با کلمات و بیان صریح مشخص نگردیده است و بند انتخاب قانونی در قرارداد مشهود نیست (نیکبخت، ۱۳۸۸، ۹۰).

ماده ۹۶۸ ق.م. در مورد انتخاب ضمنی قانون حاکم ساکت است؛ ولی با پذیرش نظریه قانون مناسب در ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی، می‌توان چنین تحلیل کرد که در صورت سکوت طرفین بر قانون حاکم، کلیه اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد بررسی می‌شود و قانونی که با توجه به این اوضاع و احوال مناسب تشخیص داده شود به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد خواهد بود.

سومین هدفی که متعاهدین معاهده ۱۹۵۷ رم در نظر داشتند یکسان‌سازی قواعد راجع به تعهدات ناشی از قراردادهای بود که نهایتاً با تصویب کنوانسیون ۱۹۸۰ رم راجع به قانون حاکم بر تعهدات ناشی از قرارداد و لازم‌الاجرا شدن آن در آوریل ۱۹۹۱ توانستند تا حدود زیادی بدان دست یابند. کنوانسیون سه بخشی ۱۹۸۰ که مشتمل بر ۳۳ ماده می‌باشد به‌طور کلی قواعد حل تعارض انتخاب قانون حاکم بر تعهدات قراردادی در دادگاه‌های کشورهای متعاهد را تعیین می‌کند. در این قواعد، پذیرفته شده است که با لحاظ شرایطی قانونی که طرفین برای حکومت بر تعهدات خود در قرارداد تعیین نموده‌اند، در نظر گرفته شده و حاکم گردد. هم‌چنین چنانچه چنین انتخابی وجود نداشت یا به هر دلیلی قانون انتخابی صالح نبود مقررات دیگری پیش‌بینی گردیده است که قانون حاکم را معین سازد.

لازم به ذکر است این کنوانسیون در سال ۲۰۰۸ با اعمال تغییراتی به‌صورت مقرر در اتحادیه اروپا درآمد و برای تمامی کشورهای عضو این اتحادیه لازم‌الاجرا می‌باشد. بند ۱ از ماده ۱ مقرر رم یک تصریح می‌نماید که این مقرر ناظر به تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی است. قانون حاکم بر قرارداد، ناظر به اعتبار، قرارداد تعهدات قراردادی طرفین، ضمانت اجرای آن در فرض نقض تعهد، تفسیر قرارداد و ... می‌باشد. بند یادشده مقرر می‌دارد این مقررات در وضعیتی بر تعهدات قراردادی در امور مدنی و تجاری اعمال می‌شود که متضمن تعارض قوانین باشد. بنابراین در زمانی که تعهدات قراردادی متضمن تعارض قوانین در

صورت مشترک اهداف پردازش داده‌های شخصی را تشخیص می‌دهد. در تجارت الکترونیک به این شخص بایع می‌گویند که به امور تجاری می‌پردازد. بایع کسی است که استفاده از اطلاعات دیجیتالی را فراهم می‌کند. بنابراین، قانون بایع باید در چنین فرضی اعمال شود.

«دومین مقرر در اروپا دستورالعمل اتحادیه اروپا راجع به حمایت از مصرف‌کنندگان در قراردادهای از راه دور مصوب ۱۹۹۷ میلادی است. انتخاب قانون حاکم یکی از سیاست‌های حمایت از مصرف‌کننده در این دستورالعمل است. این دستورالعمل مقررهای در خصوص قاعده انتخاب قانون دارد که به‌موجب آن، کشورهای عضو مکلف‌اند مطمئن شوند که اگر قرارداد در ارتباط نزدیک با قلمرو یک کشور عضو باشد، در این حالت مصرف‌کننده از حمایت‌های اعطایی مقرر در دستورالعمل از طریق قاعده انتخاب قانون کشور خارج از اتحادیه اروپا به‌عنوان قانون حاکم برخوردار می‌شود» (مافی و همکاران، ۱۳۹۲، ۹۱).

سومین مقرر در اروپا مقرر رم یک است. «زمانی که معاهده ۱۹۵۷ رم منعقد شد، کشورهای متعاهد سه هدف را دنبال می‌کردند اولین هدف تأسیس جامعه اقتصادی اروپا بود که در سال ۱۹۶۰ واقع شد. کشورهای اروپایی هم‌چنین در نظر داشتند تا با ایجاد کنوانسیون قوانین مرتبط با صلاحیت‌های قضایی و اجرای احکام را در یک سند واحد جمع نمایند؛ امری که با تحریر و امضای کنوانسیون ۱۹۶۸ بروکسل راجع به صلاحیت قضایی و اجرای احکام در موضوعات مدنی و تجاری توانستند بر آن جامه عمل بپوشانند» (امیر معزی، ۱۳۹۱، ۱۶۵).

این قراردادهای مشابه قراردادهای سنتی است، با این حال استثنائات و ملاحظات به خصوصی در مورد این قراردادهای وجود دارد.

در این قسمت، رویکرد مقررات ۲۰۰۸ میلادی موسوم به مقررات رم یک، مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد.

۱-۲-۵. استقلال اراده طرفین در انتخاب قانون و انتخاب صریح

در بند ۱ ماده ۳ مقررات رم یک، آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم به‌عنوان اصل اعلام شده است: «قانون منتخب طرفین، بر قرارداد حاکم خواهد بود». «این ماده در واقع بازتاب رویکردی است که پیش از مقررات رم یک نیز در حقوق کشورهای عضو جامعه اروپایی وجود داشت و به‌موجب آن قضات و داوران اصل حاکمیت اراده را محترم می‌شمردند. طرفین با انتخاب خود می‌توانند قانون حاکم بر همه یا فقط بخشی از قرارداد را تعیین کنند. مقررات رم یک، امکان تجزیه قرارداد را فراهم کرده است» (امیر مغزی، ۱۳۹۱، ۱۶۵). «طرفین می‌توانند هر بخش از قرارداد خود را تابع قانونی جداگانه قرار دهند» (ذیل بند ۱ ماده ۳ مقررات رم یک). بنابراین در یک قرارداد که از طریق اینترنت منعقد شده، می‌توان قانون انگلیس را در خصوص پرداخت الکترونیکی ثمن، قانون فرانسه را درباره تحویل مبیع و قانون سوئیس را در مورد مسئولیت قراردادی انتخاب نمود» (لاگارد، ۱۳۷۵، ۳۱۷).

«بند ۲ ماده ۳ مقررات رم یک، به طرفین اجازه می‌دهد قانون حاکم بر قرارداد را تغییر دهند. این اختیار اعم است از آنکه در زمان انعقاد قرارداد،

موضوعات مدنی و تجاری باشد باید با اعمال مقرر رم، یک قضیه را حل و فصل کرد.

با آنکه مقرر رم یک راجع به قانون حاکم بر تعهدات قراردادی، است قرارداد را تعریف نمی‌کند. به نظر می‌رسد عدم تعریف قرارداد از سوی نویسندگان مقرر رم یک، امری تعمدی باشد. با این حال، بندهای ۲ تا ۴ ماده ۱ مقرر رم یک، محدودکننده دامنه مفهوم قرارداد هستند. به‌طوری که برخی از قراردادهای مانند تعهدات ناشی از روابط خانوادگی تعهدات ناشی از برات سفته چک و ... ذی‌نفع را از شمول مقرر رم یک خارج می‌کند.

قراردادهای الکترونیکی نیز به‌عنوان یکی از انواع قراردادهای ویژگی‌های خود را داشته و طرفین آن لازم است ریسک‌هایی را متحمل شوند. این قراردادهای دارای سه مرحله هستند. مرحله قبل از انعقاد قرارداد که طرف استفاده‌کننده از خدمت یا محصول ممکن است در خصوص صاحب کسب و کار و نیز ویژگی خدمت یا محصول مورد نظر به اندازه کافی اطلاعات نداشته باشد. در مرحله بعدی (انعقاد قرارداد)، طرف قرارداد ممکن است در خصوص شرایط و مفاد قرارداد دچار اشتباه شود. در مرحله پسا قراردادی، این ریسک‌ها مشابه آنچه است که در قراردادهای سنتی اتفاق می‌افتد. برای مثال ممکن است کالاها در موعد قراردادی ارسال نشوند و یا به صورت آسیب‌دیده به دست مصرف‌کننده برسند (باندینگ؛ پورناگن، ۲۰۱۱). با توجه به ریسک‌های موجود تعیین قانون حاکم در این قراردادهای از اهمیت به‌سزایی برخوردار بوده و حدودی به حل اختلافات بعدی کمک خواهد کرد. با آنکه اصول کلی حاکم بر تعیین قانون حاکم در

مقررات رم یک نیز موضعی روشن‌تر از کنوانسیون ۱۹۸۰ ندارد. تنها نکته‌ای که در مقررات رم یک به آن تأکید شده اوضاع و احوال پرونده است که در زمان انتخاب قانون حاکم باید مورد توجه قرار گیرد» (امیر مغزی، ۱۳۹۱، ۱۶۷). در مقررات رم یک، توافق دو طرف در اعطای صلاحیت انحصاری به یک یا چند دادگاه کشور عضو باید یکی از عواملی باشد که در تعیین قانون حاکم مدنظر قرار می‌گیرد (بازخوانی ۱۲ از مقررات رم یک).

۶. نتیجه

قانون تجارت الکترونیکی ایران در زمینه تعارض قوانین و دادگاه‌ها در قراردادهای الکترونیکی ساکت است و دارای اجمالات و نواقصی است. قواعد حل تعارض در قراردادهای الکترونیکی با قراردادهای معمول تفاوتی ندارد. این موضوع در ماده ۹۶۸ این قانون آمده است؛ ولی شیوه نگارش این ماده به گونه‌ای است که ابهاماتی را موجب شده است طبق ظاهر ماده ۹۸۶ قانون مدنی، ایران حقوق داخلی آزادی اراده طرفین را در صورتی که هر دو ایرانی باشند محدود نموده است. به موجب ماده ۹۶۸ قانون مدنی، «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است مگر این که متعاقدین اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً و یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند». از نظر اکثر حقوق دانان، مفاد ماده ۹۶۸ قانون مدنی آمره به حساب می‌آید و طرفین عقد غیر از مواردی که هر دو تبعه بیگانه باشند نمی‌توانند قرارداد خویش را در خصوصی ایران منعقد نمایند و آن را تابع قانون کشور دیگری قرار دهند. البته درست است که فناوری‌های اطلاعاتی چالش‌های متعددی را در زمینه قانون حاکم بر قراردادهای

طرفین در خصوص قانون حاکم سکوت کرده و یا آنکه قانون حاکم را انتخاب نموده باشند. در این صورت، قانون مؤخر از همان زمان امضای قرارداد عطف به ماسبق می‌شود. این امکان می‌تواند یکی از ویژگی‌های قراردادهای الکترونیکی بین‌المللی را در ذهن تداعی کند که عبارت است از: فرآیندی بودن به جای عمل فوری. موضوعی که روزآمد کردن شروط این‌گونه قراردادهای، از جمله شرط تعیین قانون حاکم را در صورت توافق طرفین ممکن می‌سازد. طرفین آزادند هر قانونی را که می‌پسندند انتخاب کنند؛ حتی قانون کشوری که عضو مقررات نیست (ماده ۲ مقررات رم یک). مقررات رم یک هیچ ارتباطی بین قانون منتخب و قرارداد برقرار نمی‌سازد» (لاگارد، ۱۳۷۵). مطابق بند ۱ ماده ۳ مقررات رم یک: «انتخاب قانون باید صریح یا به وسیله مفاد قرارداد یا در اوضاع و احوال پرونده به طور معقول معلوم باشد».

۲-۲-۵. انتخاب ضمنی

«در صورت سکوت طرفین در انتخاب قانون، دادگاه باید جست‌وجو کند که آیا طرفین با توجه به مفاد قرارداد یا اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد، چه قانونی را انتخاب کرده‌اند. کنوانسیون ۱۹۸۰ رم از عبارت اطمینان عرفی استفاده می‌کند (بند ۱ ماده ۳). معنای اطمینان عرفی در کنوانسیون رم، قبول انتخاب ضمنی؛ ولی مطمئن و حذف انتخاب ضمنی محض است؛ مانند آنچه از شرط مربوط به اعطای صلاحیت به محاکم کشور معین ناشی می‌شود؛ بدون اینکه قرینه‌ای تکمیلی وجود داشته باشد که ثابت کند اراده طرفین این بوده که قانون کشور مزبور را به عنوان قانون قابل اجرا انتخاب نمایند.

نباشد لازم است قانونی را که بیشترین ارتباط را با قرارداد دارد بر آن حاکم نماییم. البته همان‌طور که گفتیم یکی از مشکلات این قاعده، تعیین فاکتورهایی است که باید در تعیین قانونی که بیشترین ارتباط را با قرارداد دارد، در نظر گرفته شود. بنابراین چنانچه ایجاب و قبول، قرارداد به- صورت الکترونیکی صورت گرفته و قرارداد الکترونیکی منعقد گردد، باید ابتدائاً این موضوع بررسی گردد که آیا قرارداد مزبور را می‌توان مشمول یکی از موارد مذکور در ماده ۴ مقررۀ رم یک دانست یا خیر؟ پس از تعیین تکلیف در این خصوص باید به استثنائات و ملاحظات مربوط به این قراردادها توجه نماییم. توضیح اینکه لازم است مصرف‌کنندگان در قراردادهای الکترونیکی مورد حمایت بیشتری قرار گیرند، بنابراین قانون حاکم بر این، قراردادها قانون حاکم بر محل سکونت عادی مصرف‌کننده خواهد بود. در زمینه قانون حاکم بر قراردادها و قواعد حل تعارض نظام‌های حقوقی عوامل ارتباطی جدیدی برای اعمال در فضای مجازی تعیین نکرده‌اند؛ ولی جهت انطباق قواعد حقوقی بر این محیط، اقدام به تعاریف جدید عوامل ارتباطی و به‌دنبال آن جدید نمودن قواعد تعیین قانون حاکم کرده‌اند.

۷. سهم نویسندگان

همۀ نویسندگان حاضر در این پژوهش به‌صورت برابر مشارکت داشته‌اند.

۸. تضاد منافع

در این پژوهش تضاد منافع وجود ندارد.

الکترونیکی به وجود آورده است؛ اما منجر به وضع رژیم حقوقی جداگانه‌ای برای قراردادهای الکترونیکی در فضای مجازی نشده است و بسیاری از کشورها مانند کشور ایران همچنان همان قواعد حقوقی موجود را بر اعمال حقوقی فضای مجازی به‌کار می‌برند.

نظام حقوقی اتحادیه اروپا قواعد و مقررات جامع‌تری در خصوص قراردادهای الکترونیکی دارد. مقررۀ رم یک به‌عنوان مقررات حاکم بر تعهدات قراردادی بر قراردادهای الکترونیکی نیز حاکم بوده و با در نظر داشتن ملاحظاتی می‌توان این مقررۀ رم بر این قراردادها نیز حاکم نمود. اصل حاکمیت اراده طرفین در تعیین قانون حاکم بر قرارداد در ماده ۳ مقررۀ رم یک پذیرفته شده است. طبق بند ۱ ماده ۳ مقررۀ رم یک، انتخاب قانون باید صریح یا به وسیلۀ مفاد قرارداد یا در اوضاع و احوال پرونده به‌طور معقول معلوم باشد. با این حال، در این قراردادها نیز موارد بسیاری وجود دارد که در خصوص قانون حاکم بر قرارداد توافق صورت نمی‌گیرد. عدم تعیین قانون حاکم بر قرارداد از سوی طرفین در این قراردادها نیز منجر به بروز مسائل و مشکلاتی گردیده که لازم است جهت حل آن به قواعد حل تعارض توسل جوییم. طبق مقررۀ رم یک چنانچه قرارداد مورد بحث یکی از انواع قراردادهای مذکور در بند ۱ ماده ۴ باشد، قانون حاکم بر قرارداد، قانون مفروضی است که در این مقررۀ آمده است. از سوی دیگر چنانچه قرارداد مزبور، جزو موارد مندرج در این ماده نباشد، ابتدائاً باید به‌دنبال تعیین قانون کشور محل سکونت عادی شخص متعهد شاخص باشیم و چنانچه به هر دلیل این قانون قابل اعمال

منابع

منابع فارسی

- لاگارد، پل، «حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در زمینه قراردادهای پس از لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون رم ۱۹۸۰ ژوئن»، ترجمه محمد اشتری، مجله حقوق بین‌المللی، شماره ۲۰، ۱۳۷۵.

- الماسی، نجادعلی، «معیارهای تعیین قانون حاکم در صورت سکوت طرفین در قراردادهای تجاری بین‌المللی»، فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره اول، ۱۳۹۷

- مافی، همایون؛ کاویار، حسین، «بررسی تطبیقی قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی منعقد در محیط اینترنت (از منظر نظام‌های حقوقی آمریکا- اتحادیه اروپا و ایران)»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، شماره اول، ۱۳۹۲.

- مدنی، سید جلال‌الدین، حقوق بین‌الملل خصوصی (کلیات- تابعیت- اقامتگاه- وضع بیگانگان)، چاپ بیست‌ویکم، تهران، انتشارات آگه، ۱۳۸۸.

- نصیری، محمد، حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ نهم، تهران، نشر آگه، ۱۳۹۱.

- نصیری، مرتضی، حقوق تجارت بین‌المللی در نظام حقوقی ایران، چاپ اول، تهران، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۸۳.

- نیکبخت، حمیدرضا، «ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۱، ۱۳۷۹.

- نیکبخت، حمیدرضا، «چگونگی تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی»، دو فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۲۱، ۱۳۸۸.

منابع لاتین

-Binding, Jorg; Purnhagn, Kai, "Regulations on E-Commerce Consumer Protection Rules in China and Europe Compared – Same Same but Different", Journal of Intellectual Property (Information Technology and ECommerce Law), No. 2, 2011.

- احمدی، عباس، «قانون حاکم بر قراردادهای در ایران»، مجله دادرسی، شماره ۱۰۷، ۱۳۹۳.

- اخلاقی، بهروز، «اسناد تجاری در قلمرو حقوق تجارت بین‌الملل دیدگاه‌های پیمان ژنو ۱۹۳»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۱۲، ۱۳۶۹

- امیرمعزی، احمد، قواعد حل تعارض در قانون حاکم بر تعهدات قراردادی، چاپ اول، تهران، مؤسسه انتشارات دادگستر، ۱۳۹۱.

- ایرانپور، فرهاد، «شناسایی و یا انکار اصل حاکمیت اراده در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی تهران، شماره ۵۸، ۱۳۸۱.

- جنیدی، لعیا، قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۶.

- سلجوقی، محمود، بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد دوم، چاپ پنجم، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۵.

- شهیدی، مهدی، «قواعد ایرانی تعیین قانون حاکم بر قرارداد بین‌المللی خصوصی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۱، ۱۳۷۶.

- شیروی، عبدالحسین؛ مالکی، محمدرضا، «قواعد حاکم بر حل و فصل اختلافات از طریق داوری الکترونیک در قلمرو بین‌الملل»، مجله تعالی حقوق، سال پنجم، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۸.

- صادقی صدیق، مریم، «بررسی حقوقی قانون حاکم بر عقود و قراردادهای»، فصلنامه الکترونیکی پژوهش‌های حقوقی قانون پار، شماره ۲، ۱۳۹۷.

- صحرائی جمال‌الدین کلائی، سیدمهدی، «قواعد حاکم بر قراردادهای الکترونیکی از منظر نظام‌های حقوقی ایران»، مجله فقه و حقوق معاصر، سال هشتم، شماره ۲۲، زمستان ۱۴۰۱.

- کاتوزیان، امیرناصر، حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، جلد اول، چاپ ششم، تهران، نشر شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۳.