

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه مازندران
دانشکده حقوق و علوم سیاسی

پایان نامه‌ی دوره‌ی کارشناسی ارشد در رشته‌ی حقوق خصوصی

تعمین قانون حاکم در قرارداد های تجاری الکترونیکی

استاد راهنما

دکتر همایون مافی

استاد مشاور

دکتر سام محمدی

نخارش

حسین کاویار

تابستان ۱۳۸۹

قدردانی

مَنْتِ خدای را عَزَّ و جَلَّ که طاعتش موجب قربت است و به شکر اندرش مزید نعمت. حمد و سپاس پروردگار جهانیان را که بر ما مَنّت نهاد و توفیق داد تا این پایان‌نامه به انجام برسد. بدون شک، تمامی این تلاش‌ها ابزار و وسیله‌ی مهمّی در جهت تبادل نظر علمی و ایجاد انگیزه و تمایل برای تلاش‌های بیشتر پژوهشی و تحقیقاتی است و در این امر، همراه با عنایات الهی و نظر کریمانه‌ی حضرت حق، وجود اساتید بزرگوار، خانواده و دوستان و همراهان امید‌ی دیگر در پیشرفت اهداف این پایان‌نامه بود.

بر خود لازم می‌دانم از استاد راهنمای ارجمندم جناب آقای دکتر همایون مافی و استاد مشاور گرامی ام جناب آقای دکتر سام محمدی به خاطر رهنمودهای ارزنده‌ی علمی، حمایت‌های بی‌دریغ و کمک‌های شایانی که در هدایت و به ثمر رسیدن این پایان‌نامه انجام داده‌اند، کمال تشکر و سپاسگزاری نمایم. همچنین، مراتب تشکر خویش را به اساتید محترم داور جناب آقایان دکتر حمید ابهری و دکتر کارن روحانی به لحاظ قبول زحمت در مطالعه و امعان نظر در مباحث مطروحه اعلام می‌دارم.

چکیده

این پایان‌نامه به بررسی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای تجاری که در محیط الکترونیکی (به ویژه اینترنت) منعقد می‌شوند، می‌پردازد. واضح است که ماهیت منحصر به فرد اینترنت در بسیاری از اصول و مفاهیم سنتی صلاحیت محاکم و تعیین قانون حاکم، تأثیراتی شگرف داشته است. کدام دادگاه، صلاحیت رسیدگی به دعوای ناشی از قرارداد الکترونیکی را دارد؟ چه قانونی باید در این دادگاه مورد استناد قرار گیرد؟ اینها سؤالات پیچیده‌ای هستند که اخیراً محاکم در سرتاسر جهان با آنها روبرو شده‌اند. برای پاسخ به این سؤالات، نخست باید صلاحیت قضایی را تعیین کنیم. به طور معمول، صلاحیت قضایی بر اساس تعدادی اصول مشخص مانند محل اقامت یا سکونت خوانده، محل وقوع مال غیرمنقول و محل انعقاد قرارداد مبتنی هستند. این اصول برای اعمال در قراردادهای الکترونیکی مطلوبیت ندارند و با واقعیات این فضا منطبق نیستند؛ اینترنت به مرزهای سنتی سرزمین‌ها بی‌اعتناست و به راحتی می‌تواند کاربران را قادر سازد بدون هیچ‌گونه تحرک فیزیکی، وارد حریم مجازی کشورهای یکدیگر شده و با کاربران دیگر وارد تعامل، مذاکره و انعقاد قرارداد شوند. بعد از اینکه دادگاه صلاحیت خود را برای استماع دعوی احراز کرد، قسمت ماهوی دادرسی شروع می‌شود. هرگاه دعوای مطروحه، دارای عامل (یا عوامل) خارجی (یا بین‌المللی) باشد، ناچاراً باید قانون حاکم تعیین شود. برای اینکه نتیجه‌ی دادرسی موفقیت‌آمیز باشد، تعیین قانون حاکم نقش حیاتی دارد. در حال حاضر، کشورهای مختلف، مقررات خود را بر منافع و مصالح ملی خاصی مبتنی می‌کنند. این قوانین ملی متفاوت، می‌تواند باعث صدور احکام متفاوتی در پرونده‌های مشابه شود. حل مسائل مرتبط با تعیین قانون حاکم، حالت سهل ممتنع دارد. اگر چه از لحاظ نظری، این پندار به نظر رسد که ساده باشد، لیکن هنگامی که به مرحله‌ی عمل برسد، تطبیق همه‌ی اوضاع و احوالات مطروحه در قضیه برای تعیین قانون حاکم بر دعوی بسیار مشکل می‌نماید. خصوصیت بین‌المللی بودن دعوای تجاری الکترونیکی در قیاس با دعوای تجاری بین‌المللی معمولی از پیچیدگی بیشتری برخوردار است. جای شگفتی ندارد که بگوییم اعمال قواعد انتخاب قانون حاکم، که در حقوق داخلی استفاده می‌شود، بر چنین دعوای، دشواری‌های خاص خود را به دنبال دارد. از این رو در این پایان‌نامه، با تکیه بر اصول حقوق ایران به بررسی رویکرد کنوانسیون‌های بین‌المللی، حقوق اتحادیه‌ی اروپا و ایالات متحده‌ی آمریکا در رابطه با تعیین قانون حاکم (و البته پیش از آن تعیین دادگاه صالح) در قراردادهای الکترونیکی می‌پردازیم و سعی می‌کنیم راهکارهایی را برای طرح و پیگیری بحث در نظام حقوقی ایران ارائه دهیم.

واژه‌های کلیدی: قرارداد تجاری الکترونیکی، دادگاه صالح، قانون حاکم.

ذ	دباجه
ذ	طرح مسأله
س	سؤالات پژوهش
س	فرضیات پژوهش
س	گستره‌ی پژوهش
س	روش پژوهش
ش	پژوهش‌های علمی انجام شده در ارتباط با پایان‌نامه
ش	تقسیم عنوان‌ها

بخش نخست: کلیات ۱

فصل نخست: مفاهیم، اهمیت تعیین و قلمرو شمول قانون حاکم ۲

۲	مبحث نخست: مفاهیم
۲	گفتار نخست: قرارداد تجاری الکترونیکی
۲	بند نخست: مفهوم قرارداد تجاری الکترونیکی
۵	بند دوم: اسباب و شرایط انعقاد قراردادهای تجاری الکترونیکی
۵	الف: ایجاب الکترونیکی
۱۰	ب: قبول الکترونیکی
۱۱	گفتار دوم: مفهوم قانون حاکم
۱۲	مبحث دوم: اهمیت تعیین قانون حاکم در مورد قراردادهای تجاری الکترونیکی
۱۳	مبحث سوم: قلمرو شمول قانون حاکم بر قراردادهای تجاری الکترونیکی

فصل دوم: ارتباط بین قرارداد تجاری الکترونیکی و قرارداد بین‌المللی ۱۶

۱۸	الف: در کنوانسیون ۱۹۵۵ لاهه راجع به قانون حاکم بر بیع بین‌المللی کالا
۱۹	ب: در کنوانسیون ۱۹۸۰ رم راجع به قانون حاکم بر تعهدات قراردادی
۱۹	ج: در کنوانسیون ۲۰۰۵ سازمان ملل متحد راجع به استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی
۲۰	د: در حقوق فرانسه
۲۱	ه: در حقوق ایران
۲۱	و: نظر مختار

بخش دوم: صلاحیت محاکم در قراردادهای تجاری الکترونیکی ۲۲

فصل نخست: رویکرد حقوق اتحادیه اروپا ۲۴

۲۶	مبحث نخست: شروط مربوط به انتخاب دادگاه در قراردادهای الکترونیکی
۲۷	مبحث دوم: صلاحیت عام
۲۹	مبحث سوم: صلاحیت خاص

۳۳	فصل دوم: رویکرد حقوق ایالات متحدهی آمریکا
۳۳	مبحث نخست: انواع صلاحیت قضایی در ایالات متحدهی آمریکا
۳۳	گفتار نخست: صلاحیت موضوعی
۳۳	گفتار دوم: صلاحیت شخصی
۳۴	بند نخست: صلاحیت عام
۳۴	بند دوم: صلاحیت خاص
۳۶	مبحث دوم: تحولات رویه‌ی قضایی پیرامون صلاحیت قضایی مبتنی بر اینترنت
۳۶	مرحله‌ی نخست: عدم توجه به واقعیات فضای سایر
۳۷	مرحله‌ی دوم: پیدایش ضابطه‌ی مقیاس متغیر
۴۳	مرحله‌ی سوم: پیدایش معیار آثار
۴۵	مرحله‌ی چهارم: معیار هدف‌گیری
۴۶	بند نخست: قراردادهای
۴۶	بند دوم: فناوری
۵۰	بند سوم: آگاهی واقعی یا مفروض
۵۱	تحلیل و ارزیابی معیار هدف‌گیری به عنوان کارآمدترین معیار
۵۴	فصل سوم: رویکرد حقوق ایران
۵۵	مبحث نخست: صلاحیت دادگاه محل اقامت خوانده
۵۶	مبحث دوم: صلاحیت دادگاه محل سکونت خوانده
۵۶	مبحث سوم: صلاحیت دادگاه محل وقوع مال غیرمنقول
۵۷	مبحث چهارم: صلاحیت دادگاه محل اقامت خواهان
۵۷	مبحث پنجم: صلاحیت دادگاه محل وقوع عقد یا اجرای تعهد
۶۰	بخش سوم: قانون حاکم بر قراردادهای تجاری الکترونیکی
۶۳	فصل نخست: مبانی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی
۶۳	مبحث نخست: نظریه‌ی حقوق مکتسبه
۶۴	مبحث دوم: نظریه‌ی تشخیص دادگاه
۶۵	مبحث سوم: نظریه‌ی بیشترین ارتباط
۶۶	فصل دوم: اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد تجاری الکترونیکی
۶۸	مبحث نخست: پذیرش اصل
۶۹	گفتار نخست: اصل حاکمیت اراده در کنوانسیون‌های بین‌المللی
۶۹	بند نخست: کنوانسیون ۱۹۵۵ لاهه راجع به قانون حاکم بر بیع بین‌المللی کالا
۶۹	بند دوم: کنوانسیون ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰ رم راجع به قانون حاکم بر تعهدات قراردادی

- بند سوم: کنوانسیون ۱۹۸۶ لاهه راجع به قانون قابل اعمال بر قراردادهای بیع بین‌المللی کالا ۷۱
- بند چهارم: کنوانسیون ۱۹۹۴ بین کشورهای آمریکایی راجع به قانون قابل اعمال بر قراردادهای بین‌المللی ۷۲
- گفتار دوم: اصل حاکمیت اراده در حقوق ایران ۷۲
- بند نخست: نظریه‌ی آمره بودن ماده ۹۶۸ ق.م. ۷۳
- الف: بیان ادله ۷۳
- ب: نقد نظریه ۷۴
- بند دوم: نظریه‌ی تخییری بودن ماده ۹۶۸ ق.م. ۷۷
- الف: تبیین نظریه ۷۷
- ب: محاسن نظریه ۷۸
- ج: معایب نظریه ۸۰
- بند سوم: نظریه‌ی مختار ۸۲
- مبحث دوم: محدودیت‌های اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی ۸۵
- گفتار نخست: قواعد آمره ۸۵
- گفتار دوم: نظم عمومی ۸۸
- گفتار سوم: اخلاق حسنه ۸۹
- گفتار چهارم: لزوم ارتباط قانون منتخب طرفین با قرارداد ۹۰
- گفتار پنجم: قراردادهای مصرف‌کننده ۹۱
- بند نخست: عدم مطابقت فروض دوم و سوم ماده ۵ کنوانسیون ۱۹۸۰ رم با قراردادهای الکترونیکی ۹۴
- الف: فرض دوم - دریافت سفارش توسط تاجر یا نماینده‌ی وی در کشور محل سکونت مصرف‌کننده ۹۴
- ب: فرض سوم - مسافرت مصرف‌کننده به کشور خارجی و انجام سفارش در آنجا ۹۵
- بند دوم: مشکلات اجرای فرض اول ماده ۵ کنوانسیون ۱۹۸۰ رم در فضای سایبر ۹۵
- مبحث سوم: انتخاب قانون خارجی و بین‌المللی بودن قرارداد ۹۹
- گفتار نخست: حقوق بین‌الملل عمومی ۱۰۲
- گفتار دوم: قوانین متحدالشکل ۱۰۲
- گفتار سوم: اصول کلی حقوق ۱۰۳
- گفتار چهارم: قواعد سازمان‌های بین‌المللی ۱۰۳
- گفتار پنجم: عرف ۱۰۴
- فصل سوم: نحوه‌ی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای تجاری الکترونیکی** ۱۰۴
- مبحث نخست: انتخاب صریح ۱۰۵
- مبحث دوم: انتخاب ضمنی ۱۰۶
- مبحث سوم: انتخاب فرضی (نظریه‌ی فقدان اختیار طرفین در انتخاب قانون صالح) ۱۰۸
- گفتار نخست: نظریه‌ی قابل انعطاف (اختیار دادگاه) ۱۰۹
- گفتار دوم: نظریه‌ی غیر قابل انعطاف (حکم قانون) ۱۱۰
- بند نخست: عوامل مرتبط با قرارداد ۱۱۱
- الف: محل اجرای تعهد ۱۱۱
- ب: محل انعقاد قرارداد ۱۱۶

ج: قانون نزدیک‌ترین ارتباط ۱۱۹
بند دوم: عوامل مرتبط با طرفین (اقامتگاه، محل سکونت و محل تجارت) ۱۲۳

نتایج و پیشنهادات ۱۲۵

فهرست منابع ۱۳۰

دیباچه

طرح مسأله

یکی از جالب‌ترین و تماشایی‌ترین وقایع اواخر قرن اخیر، استفاده از تجارت الکترونیک است.^۱ قبل از آن، مردم هرگز تصوّرش را هم نمی‌کردند که روزی می‌رسد که بدون اینکه از خانه‌شان بیرون بروند می‌توانند به کلیه‌ی اطلاعات دست یابند یا در یک جهان نامرئی به داد و ستد پردازند. در نتیجه‌ی تجمّع چندین ابداع در دهه‌ی ۱۹۸۰ میلادی، من جمله کامپیوتری کردن، تلگرافی کردن، کوچک کردن، فشرده کردن و دیجیتالی کردن تکنولوژی، نهایتاً این تصورات به وقوع پیوست.

قرارداد الکترونیکی، اصطلاحی است که امروزه در بین گروه‌های مختلف جامعه به کار می‌رود و در خصوص آن سخن گفته می‌شود. با این حال، به جرأت می‌توان گفت که در کشور ما تاکنون تلاشی جدّی و مستمر برای شناساندن این نوع از قرارداد انجام نشده است. بنابراین در هر نوشتاری که هدف از آن تبیین قواعد حاکم بر قرارداد الکترونیکی است، جا دارد که در وهله‌ی نخست، تعریفی مشخص از آن ارائه شود.

از جمله ایشاری که این اصطلاح را استفاده می‌کنند، حقوقدانان هستند که بنا به رسالت رشته‌ی حقوق همیشه در پی نظام‌مند نمودن روابط شهروندان بوده‌اند. اما باید توجه داشت که این نوع قرارداد به دلیل ویژگی‌هایی که در بطن خود دارد، به طریقی متفاوت توجه این گروه را به خود جلب کرده و مباحث مختلفی را موجب شده است.

مهم‌ترین ویژگی قرارداد الکترونیکی، انعقاد و گاه اجرای آن در محیطی است که برخلاف جهان مادی، فاقد اجزائی ملموس و ماهیتی فیزیکی است. آنچه که فضای سایبر^۲ (مجازی) نامیده می‌شود، در واقع قلمرویی است نوین که بدون آنکه دیده شود، فرصتی بی‌نظیر برای کاربران فراهم می‌کند تا به طریق دلخواه خود با یکدیگر ارتباط برقرار نمایند. بی‌شک، یکی از انواع رابطه‌هایی که افراد بر روی شبکه‌های رایانه‌ای خود ایجاد می‌کنند، رابطه‌ی قراردادی است.

در حالی که متعاملین در قرارداد سنتی با حضور نزد یکدیگر و انجام گفتگوهای مقدماتی رو در رو، این عمل حقوقی را منعقد می‌کنند، طرفین قرارداد الکترونیکی، تنها به واسطه‌ی رایانه‌های خود، با یکدیگر در تماس هستند و صرف‌نظر از روش‌های پیشرفته‌ای که در آنها ارتباط صوتی و تصویری همزمان نیز وجود دارد، معمولاً طرف قرارداد خود را مشاهده نمی‌کنند. فناوری‌های جدید و پیشرفت سریع تکنولوژی و وسایل ارتباط جمعی باعث شده است که قلمرو این ارتباطات از حدود مرزهای جغرافیایی فراتر رفته و قلمرو نوینی از فعالیت‌های انسانی و تجاری به وجود

1 . R. Perez-Esteve & L. Schuknecht, *A Quantitative Assessment of Electronic Commerce*, Economic Research and Analysis Division, WTO, Staff Working Paper ERAD-99-01, September, 1999, at 2.

2 . Cyber Space.

آید و دیگر مانند گذشته وصف داخلی در تجارت مفهوم نداشته باشد؛ چرا که در محیط‌های الکترونیکی، دیجیتالی شدن اطلاعات و همچنین انتقال بدون مرز اطلاعات از طریق اینترنت یا دیگر وسایل ارتباطی موجب شده که در تجارت الکترونیکی برخلاف تجارت سنتی، امکان تعیین صلاحیت دادگاه و قانون حاکم مشکل باشد.

بدون شک، تعیین و تبیین قانون حاکم بر قرارداد، یکی از دقیق‌ترین و مهم‌ترین وظایفی است که مقام رسیدگی کننده به دعوی، خواه قاضی دادگاه داخلی باشد و یا داور بین‌المللی، با آن روبرو می‌شود.

تجارت الکترونیکی بین‌المللی از کشورها و لذا از نظام‌های حقوقی مختلفی گذر می‌کند و هر یک از آنها بنا به قوانین و مصالح خود ممکن است آن قرارداد را تابع قوانین خویش بشناسند و قوانین خود را قانون حاکم یا صلاحیت‌دار و یا مناسب و یا قابل اعمال^۳ بر آن دعوی تشخیص دهند. یک مثال ساده، اشکالات این مبحث را در زمینه‌ی قراردادها بیشتر آشکار می‌سازد: یک واردکننده‌ی ایرانی مقیم در ترکیه برای خرید قطعات رایانه، که در آلمان تولید می‌شود، با یک صادرکننده‌ی آلمانی از طریق اینترنت وارد گفتگوهای مقدماتی می‌شود و قراردادی برای خرید لوازم مزبور و تحویل آن در ایران میان طرفین منعقد می‌شود. پرداخت ثمن معامله از طریق برواتی که تاجر آلمانی عهده‌ی یک بانک یونانی در آتن صادر کرده و به وسیله‌ی این بانک قبول شده است، پرداخت می‌گردد. طرفین در قرارداد، توافق می‌کنند که در صورت بروز اختلاف، قوانین کشور انگلستان حاکم خواهد بود و اختلافات برای حل و فصل به داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی^۴ در پاریس ارجاع خواهد شد.

در این مثال فرضی نسبتاً ساده، شش قانون ملی و دو قانون بین‌المللی احتمال دارد در برابر یکدیگر قرار گیرند و قواعد آنها در حکومت بر قرارداد مزبور و اختلافات ناشی از آن با یکدیگر متعارض باشند. قوانین حاکم بر این مثال را می‌توان به شرح زیر برشمرد:

- ۱- قانون ایران به عنوان قانون محلّ اجرای قرارداد و تحویل کالا؛^۵
- ۲- قانون آلمان به عنوان قانون محلّ اجرای قرارداد و ساخت و صدور کالا^۶ و نیز قانون محلّ اقامتگاه مدیون اگر صادر کننده‌ی آلمانی خواننده‌ی دعوی باشد که وارد کننده‌ی ایرانی علیه او طرح می‌نماید؛^۷
- ۳- قانون ترکیه به عنوان قانون محلّ انعقاد قرارداد؛^۸
- ۴- قانون یونان به عنوان قانون محلّ پرداخت ثمن معامله؛^۹
- ۵- قانون انگلستان به عنوان قانون مرضی الطرفین؛^{۱۰}

3 . Applicable Law; Governing Law; Proper Law; Competent Law.

4 . International Chamber of Commerce (ICC).

5 . Lex Loci Solutionis (for Performance of Contract and Delivery of Goods).

6 . Lex Loci Solutionis (for Performance of Contract and Manufacture and Export of Goods).

7 . Lex Loci Domicili.

8 . Lex Loci Contractus.

9 . Lex Loci Solutionis (for Payment).

10 . Governing Law Clause.

۶- قانون فرانسه به عنوان قانون محل دادگاه و داوری^{۱۱} طبق شرط مندرج در قرارداد؛

۷- قواعد و مقررات متحدالشکل و کنوانسیون‌های بین‌المللی مانند کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین^{۱۲}؛

۸- اصول و قواعد کلی حقوقی^{۱۳} از جمله عرف و عادات تجاری بین‌المللی.^{۱۴}

نظریات و مباحث پیرامون حل تعارض قوانین و محاکم در دعوایی از این قبیل در صفحات آتی، به طور مبسوط بحث خواهد شد.

به منظور پاسخگویی به مسائلی که در بالا به برخی از آنها اشاره شد، در سطوح ملی و فراملی، قوانین و مقررات ویژه‌ای تهیه شده و به تصویب رسیده است که هدف همه‌ی آنها برطرف کردن مشکلات ناشی از فضای نوین و مجازی قراردادهای الکترونیکی بوده است.

تلاش‌های تقنینی که در سطح اتحادیه‌ی اروپا انجام شده و دستورالعمل‌های مختلفی که توسط شورای وزیران اتحادیه به تصویب رسیده و نیز قوانینی که در کشورهایمانند آمریکا وضع شده و همچنین متون قانونی که به وسیله‌ی کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد^{۱۵} (آنسیترال) تدوین گردیده و جدیدترین آنها کنوانسیون ۲۰۰۵ استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی^{۱۶} است، منابعی مناسب برای مطالعه‌ی حقوق قراردادهای الکترونیکی محسوب می‌شوند.^{۱۷}

در کشور ما، تصویب قانون تجارت الکترونیک اولین گام نظام حقوقی کشور در جهت هماهنگی با واقعیات جهان امروز در حوزه‌ی تجارت الکترونیک بوده است. با وجود این، بسیاری از مسائل در این قانون طرح نشده است. از جمله مواردی که قانون پیش گفته چندان بدان نپرداخته، بحث تعیین قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی است. هر چند قانونگذار در بحث زمان و مکان انعقاد این قراردادها اماراتی را برای تعیین زمان و مکان انعقاد قرارداد که می‌توانند در تعیین دادگاه صالح و قانون حاکم نقش داشته باشند، مقرر نموده، اما چندان جامع به این موضوع نگاه نکرده است. از این رو، ضروری است تا با بررسی مقررات بین‌المللی و همچنین قوانین سایر کشورها در این موضوع راهکارهایی برای طرح و پی‌گیری بحث در نظام حقوقی کشورمان ارائه شود. در این پژوهش به بررسی قانون حاکم

11 . Lex Fori; Lex Loci Arbitri.

12 . *Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*.

13 . General Principals of Law.

14 . International Trade Custom and Usages.

15 . United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). See: *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996) and Model Law on Electronic Signatures (2001)* can be found by going through UNCITRAL's home page: <www.uncitral.org/en-index.htm>

16 . *United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts* (Resolution adopted by the General Assembly on the Report of the Sixth Committee A/60/515).

۱۷ . برای ملاحظه‌ی منابع حقوق تجارت الکترونیک بنگرید به: ذبلفون، زویه لبنان، *حقوق تجارت الکترونیک*، ترجمه و تحقیق: ستار زر کلام، انتشارات مؤسسه‌ی مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۸، صص ۴۰-۲۹. و منبع ذیل:

Hoeren. Thomas, Stauder. Jochen, *International Source of Electronic Commerce Regulation*, The E-Book Available at: www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/.../Sourcesofcommerceregulation.pdf

در قراردادهای تجاری الکترونیکی بین‌المللی می‌پردازیم.

سؤالات پژوهش

اهمّ سؤالاتی که این پژوهش در پی آنهاست، عبارتند از:

- ۱- قانون حاکم بر قراردادهای تجاری الکترونیکی کدام است؟
- ۲- تأثیر اراده‌ی طرفین بر قانون حاکم بر قراردادهای تجاری الکترونیکی تا کجاست؟

فرضیات پژوهش

به تبعیت از سؤالات مطروحه، فرضیات این نوشتار عبارتند از:

- ۱- در مورد تعیین قانون حاکم، با توجه به قواعد عامّ حلّ تعارض ایران، ماده ۹۶۸ قانون مدنی اعمال می‌شود. در کنوانسیون رم و قوانین بسیاری از کشورها قانون کشوری اعمال می‌شود که نزدیک‌ترین رابطه^{۱۸} را با قرارداد دارد.
- ۲- طرفین قرارداد، در تعیین قانون حاکم آزاد هستند.

گستره‌ی پژوهش

این پایان‌نامه، با تکیه بر حقوق ایران به بررسی رویکرد کنوانسیون‌های بین‌المللی، حقوق اتحادیه‌ی اروپا و ایالات متّحده‌ی آمریکا و با تأکید ویژه به رویه‌ی قضایی این دو نظام در رابطه با تعیین قانون حاکم (و البته پیش از آن تعیین دادگاه صالح) در قراردادهای الکترونیکی می‌پردازد و سعی می‌کند راهکارهایی را برای طرح و پیگیری بحث در نظام حقوقی ایران ارائه دهد.

به جهت فقر نظام حقوقی کشورمان در رابطه با حقوق بین‌الملل خصوصی در قراردادهای الکترونیکی، مباحث مطروح در این پایان‌نامه، با رویکردی تطبیقی به اسناد و کنوانسیون‌های بین‌المللی و نظام حقوقی اتحادیه اروپا و ایالات متّحده آمریکا و آرای محاکم این دو نظام - که در این زمینه پیشرو و پیشرفته هستند - می‌نگرد.

روش پژوهش

روش این پژوهش، تحلیلی و توصیفی است. نگارنده با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و همچنین اینترنت به جمع‌آوری

اطلاعات علمی از کتب، مقالات، اسناد قانونی، معاهدات و آرای محاکم پرداخته است. به علاوه در راستای تهیه منابع لازم، حتی ناگزیر به ارسال نامه‌ی الکترونیکی به برخی از نویسندگان کتب و مقالات مربوط به تجارت الکترونیک شد و از این طریق اطلاعات علمی مفیدی تحصیل گردید.

بر کسی پوشیده نیست که انجام مطالعه‌ای در این سطح و با موضوعی از این دست که در آن واحد با حقوق بین‌الملل خصوصی، حقوق تجارت بین‌الملل، آیین دادرسی مدنی، حقوق مصرف‌کننده و از همه مهم‌تر به مباحث فنی شبکه‌های الکترونیکی و واقعیات تجارت الکترونیک ارتباط دارد، آن هم با توجه به فقدان قوانین کافی در کشور ما به ویژه در زمینه‌ی تعارض قوانین و دادگاه‌ها در قراردادهای الکترونیکی بین‌المللی و همچنین حقوق مصرف‌کننده، کار چندان ساده‌ای نیست.

دلیل انتخاب این موضوع علاقه‌ی شخصی نگارنده بود که از چهار سال پیش تاکنون وقت خود را صرف پژوهش در زمینه‌ی حقوق فناوری اطلاعات و ارتباطات نموده و همچنین نیاز جامعه به تحقیقاتی از این نوع بوده است.

پژوهش‌های علمی انجام شده در ارتباط با پایان‌نامه

در نظام حقوقی ایران، تاکنون دکترین خاصی در خصوص موضوع تعیین قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی ارائه نشده است و موضع رویه‌ی قضایی نیز بسیار ضعیف و منفعل بوده است.

از جهت پیشینه‌ی تحقیق، موضوع پژوهش حاضر کمتر به طور مستقل مورد توجه نویسندگان حقوقی داخلی و خارجی قرار گرفته است. معمولاً در کتب و مقالات حقوقدانان خارجی، راجع به اینترنت و سایر بخش‌هایی به بحث تعیین صلاحیت قضایی و قانونی اختصاص داده شده است که اکثر این منابع مورد رجوع نگارنده بوده است.

تقسیم عنوان‌ها

پژوهش حاضر شامل سه بخش اصلی و یک نتیجه‌گیری است. عناوین بخش‌های این پایان‌نامه به شرح ذیل است:
بخش نخست) کلیات: از آنجا که موضوع این پایان‌نامه «تعیین قانون حاکم در قراردادهای تجاری الکترونیکی» است، لذا جهت درک هر چه بهتر موضوع و ورود به بحث، بررسی کلیاتی مرتبط با موضوع، ضرورت دارد. این بخش مشتمل بر دو فصل است. در فصل نخست، طی سه مبحث، مطالبی پیرامون مفاهیم، اهمیت تعیین و قلمرو شمول قانون حاکم بیان می‌شود. فصل دوم، به بررسی ارتباط بین قرارداد تجاری الکترونیکی و قرارداد بین‌المللی می‌پردازد.

بخش دوم) صلاحیت محاکم در قراردادهای تجاری الکترونیکی: فضای انعقاد قراردادهای

الکترونیکی ماهیتی جهانی دارد و ایجابی که توسط یک تاجر بر روی سایت معینی قرار داده می‌شود، اصولاً در تمام کشورهای جهان قابل دسترسی و مشاهده است و لذا احتمال اینکه ایجاب الکترونیکی توسط مصرف‌کننده‌ای که از کشوری خارجی به اینترنت متصل شده، مورد قبول واقع شود و در نتیجه قراردادی الکترونیکی منعقد شود، بسیار زیاد است. از سوی دیگر، مانند قراردادهای سنتی در قراردادهای الکترونیکی نیز وقوع اختلاف بین طرفین، امری اجتناب‌ناپذیر است. در چنین حالتی، در وهله‌ی نخست باید صلاحیت قضایی را شناسایی کنیم تا بتوانیم بعد از آن قانون حاکم را تعیین کنیم؛ چرا که تعیین صلاحیت قضایی مقدم است بر تعیین صلاحیت قانونی. این بخش مشتمل بر سه فصل است.

در فصل نخست، طی سه مبحث رویکرد حقوق اتحادیه اروپا در تعیین صلاحیت قضایی در قراردادهای الکترونیکی بیان می‌شود. در فصل دوم، طی دو مبحث رویکرد حقوق ایالات متحده‌ی آمریکا پیرامون صلاحیت قضایی مبتنی بر اینترنت تشریح می‌شود. فصل سوم، طی پنج مبحث به تشریح رویکرد حقوق ایران در تعیین صلاحیت قضایی مبتنی بر اینترنت می‌پردازد.

بخش سوم) قانون حاکم بر قراردادهای تجاری الکترونیکی: دادگاه بعد از احراز صلاحیت خود، باید قانون حاکم بر دعوا (یعنی مقررات ماهوی لازم‌الاجراء) را نیز تعیین و به اجراء درآورد. از این رو، بخش پایانی این پایان‌نامه به تعیین قانون حاکم بر قراردادهای تجاری الکترونیکی اختصاص دارد. این بخش مشتمل بر سه فصل است. فصل نخست به بررسی مبانی و نظریات مطرح در باب تعیین قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی می‌پردازد. در فصل دوم، اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قراردادهای تجاری الکترونیکی تشریح می‌شود. سرانجام در فصل سوم به بررسی نحوه‌ی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای تجاری الکترونیکی پرداخته می‌شود.

بخش تحت

کلیات

تقسیم‌بندی مباحث

از آنجا که موضوع این پایان‌نامه «تعیین قانون حاکم در قراردادهای تجاری الکترونیکی» است، لذا جهت درک هر چه بهتر موضوع و ورود به بحث، بررسی کلیاتی مرتبط با موضوع، ضرورت دارد. این بخش مشتمل بر دو فصل است. در فصل نخست، طی سه مبحث، مطالبی پیرامون مفاهیم، اهمیت تعیین و قلمرو شمول قانون حاکم بیان می‌شود. فصل دوم، به بررسی ارتباط بین قرارداد تجاری الکترونیکی و قرارداد بین‌المللی می‌پردازد.

فصل نخست: مفاهیم، اهمیت تعیین و قلمرو شمول قانون حاکم

این فصل طی سه مبحث به بیان مفاهیم کلیدی پایان‌نامه، اهمیت تعیین قانون حاکم در مورد قراردادهای تجاری الکترونیکی و قلمرو شمول قانون حاکم بر قراردادهای تجاری الکترونیکی می‌پردازد.

مبحث نخست: مفاهیم

در این مبحث به بیان مفهوم قرارداد تجاری الکترونیکی و قانون حاکم می‌پردازیم.

گفتار نخست: قرارداد تجاری الکترونیکی

تشکیل قرارداد در فضای مجازی، لزوماً به معنی انعقاد آن در محیط سایبر نیست. امروزه باید پذیرفت که با گسترش وسایل ارتباط از راه دور، جهان به دهکده‌ای تبدیل شده که در آن، تشکیل قرارداد به عنوان یکی از روابط مورد نیاز نمی‌تواند همواره از طریق ارتباط مستقیم و فیزیکی انجام گیرد. از این رو «طرفین یک توافق، ممکن است همدیگر را ندیده و حتی هیچ مکالمه‌ی تلفنی هم با یکدیگر نداشته باشند».^{۱۹}

به همین مناسبت، در این گفتار به بررسی مفهوم، اسباب، شرایط و شیوه‌های تشکیل قراردادهای تجاری الکترونیکی، به طور مختصر، پرداخته می‌شود.^{۲۰} در بند نخست، مفهوم قرارداد تجاری الکترونیکی تبیین شده و در بند دوم اسباب و شرایط تشکیل این قراردادها مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.

بند نخست: مفهوم قرارداد تجاری الکترونیکی

برخی از نویسندگان، تعریفی کلی و بسیار موسع از قرارداد الکترونیکی^{۲۱} ارائه داده‌اند، که بر طبق آن قرارداد الکترونیکی قراردادی است که «انعقاد و یا اجرای آن نیازمند بکارگیری ابزار دیجیتالی تبادل اطلاعات و یا وسیله‌ای ارتباطی از این نوع است».^{۲۲}

19 . Chissick, Michael & Kelman, Alistair, *Electronic Commerce: Law and Practice*, Sweet & Maxwell, London, 3 editions, 2002, p. 171.

۲۰. برای مطالعه‌ی تفصیلی بنگرید: ایزدی‌فرد، علی اکبر و کاویار، حسین، *ارزیابی کنوانسیون ۲۰۰۵ سازمان ملل متحد درباره‌ی استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی و انطباق آن با قوانین ایران و فقه اسلام*، طرح پژوهشی، دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، شهریور ۱۳۸۸، ص ۲۴ به بعد.

21 . Electronic Contract.

22 . Standing, Craig, *Internet Commerce Development*, Artech House Computing Inc, Boston, First Ed, 2000, p. 35.

بدیهی است که این تعریف، قراردادی را که به صورت سنتی مثلاً بر روی کاغذ منعقد شده اما اجرای آن از طریق شبکه‌ای مانند اینترنت محقق می‌شود، در بر می‌گیرد. برای نمونه یک دانشجوی رشته‌ی حقوق را در نظر بگیرید که در آخرین روز برگزاری نمایشگاه بین‌المللی کتاب با مراجعه به یکی از انتشارات، کتابی دیجیتال یا نرم‌افزار ویژه‌ای را خریداری می‌کند. به دلیل استقبال بیش از حد بازدیدکنندگان، موجودی فروشنده در لحظه‌ی انعقاد قرارداد تمام شده و بنابراین خریدار نشانی پست الکترونیکی خود را به وی می‌دهد که در اولین فرصت، فایل حاوی کتاب یا نرم‌افزار مورد نظر را برای او ارسال کند. اما آیا می‌توان این نوع قرارداد را الکترونیکی محسوب نمود؟

به نظر می‌رسد که چنین قراردادی نمی‌تواند از مصادیق قراردادهای الکترونیکی باشد؛ چرا که انعقاد آن به شکل سنتی انجام شده و فقط اجرای آن در فضای سایبر رخ داده است.

در واقع، زمانی که از نوع قرارداد سخن به میان می‌آید، هدف آن است که به ویژگی‌های قرارداد از حیث انعقاد آن توجه شود؛ زیرا مشکلات اساسی هنگام بحث از ایجاب و قبول اعلام شده از طریق شبکه و همچنین قانون حاکم بر قرارداد و دادگاه صالح برای رسیدگی به اختلافات مربوط به آن مطرح می‌شوند و همین مسائل هستند که حقوق قراردادهای را با چالش مواجه می‌کنند. تنها مشکلی که ممکن است در مورد قراردادهایی از این دست با آن مواجه شویم، موضوع اجرای تعهدات ناشی از آنهاست که باز هم نمی‌تواند باعث شود آنها را الکترونیکی تلقی نماییم.

طبق تعریف دیگر، قرارداد الکترونیکی وضعیتی است که طی آن تعهدی بین دو یا چند نفر که هر یک از رایانه‌ای متصل به یک شبکه‌ای ارتباطی به عنوان وسیله‌ی تبادل ایجاب و قبول یعنی عناصر تشکیل دهنده‌ی قرارداد مذکور استفاده می‌کنند، به وجود می‌آید.^{۲۳}

به عقیده‌ی یکی دیگر از حقوقدانان، قرارداد الکترونیکی عبارت است از قراردادی که به شکل الکترونیکی به صورت فوری و یا با تأخیر امضاء شده، بدون اینکه مذاکرات و یا اجرای این قرارداد در نظر گرفته شود.^{۲۴} نقطه‌ی قوت تعریف اخیر، توجه به نفس انعقاد قرارداد به صورت الکترونیکی است و برای نمونه قرارداد سنتی را که مذاکرات راجع به آن از طریق شبکه انجام شده ولی ایجاب و قبول آن به طور سنتی مثلاً با مکاتبه یا به صورت حضوری توسط طرفین محقق شده، به طور صریح از قلمرو شمول قراردادهای الکترونیکی خارج کرده است.

برخی دیگر از نویسندگان که شبکه‌های رایانه‌ای را به همراه خدمات ارائه شده از طریق آنها موجد فضایی

23 . Dickie. John, *Internet and Electronic Commerce Law in the European Union*, Hart Publishing, Oxford, 1999, p. 27.

24 . Todd. Paul, *E-Commerce Law*, Cavendish Publishing, First Published in Great Britain, 2005, p. 169.

مستقل از جهان سنتی دانسته و با تسمیه‌ی آن به فضای سایبر بر این استقلال تأکید می‌کنند، برای قراردادهای مورد بحث، اصطلاح «قرارداد سایبری»^{۲۵} را برگزیده و اعلام داشته‌اند که با به کارگیری چنین واژه‌ای این واقعیت که روابط طرفین در فضای مجازی به وجود می‌آید، مورد تأکید بیشتری قرار می‌گیرد و نه نوع تکنیک به کار رفته در جریان انعقاد قرارداد.^{۲۶}

لازم به ذکر است که اصطلاح قرارداد تجارت الکترونیک باید در حقوق ایران با احتیاط بیشتری به کار برده شود. اگر چه خود واژه‌ی تجارت الکترونیک در ادبیات حقوقی ما مصطلح شده و حتی قانونی به این نام هم در کشور تصویب شده است،^{۲۷} ولی باید توجه داشت که در حقوق ایران کلمه‌ی تجارت تعریف شده و هنگامی که از حقوق تجارت سخن به میان می‌آید، بلافاصله در ذهن فرد، لاقلاً در ذهن حقوقدان، مقررات خاصی تداعی می‌شود که به اشخاص و معاملات معینی مرتبط است. به همین دلیل، در کشور ما قانون مستقلی تحت عنوان «قانون تجارت» تدوین شده است.

در واقع، با بررسی باب نخست قانون تجارت ایران (مصوب ۱۳۱۱/۲/۱۳ ه.ش)، می‌توان به این نکته پی برد که حقوق تجارت، حقوق اعمال تجاری و تجار است، یعنی قانونگذار یک سلسله اعمال را به عنوان اعمال تجاری معرفی کرده است (ماده ۲ ق.ت.) و بیان می‌کند که هر کس این اعمال را شغل معمولی خود قرار دهد تاجر است (ماده ۱ ق.ت.) و هر کس که تاجر شناخته شد، همه‌ی اعمال حقوقی اش تجاری است (ماده ۳ ق.ت.) به جزء اعمالی که برای امور تجاری نباشد (مواد ۳ و ۴ ق.ت.).^{۲۸}

اما آیا دامنه‌ی قراردادهای منعقد از طریق شبکه‌های رایانه‌ای به قراردادهای تجاری محدود می‌شود؟ با اندک تأمل، پاسخ منفی خواهد بود. برای مثال، یک دانشجوی مهندسی نرم‌افزار را در نظر بگیرید که نرم‌افزاری را به عنوان کار عملی یکی از دروس خود طراحی کرده و هنگامی که از طریق پست الکترونیک متوجه می‌شود، همکلاسی‌اش به نرم‌افزار مذکور نیازمند است، پس از انجام مکاتبات الکترونیک و توافق در خصوص قیمت، آن را برای وی ارسال می‌کند. مثال‌های بسیاری وجود دارد که این نظر را اثبات می‌کند.

نتیجه آنکه، جهت دفع هرگونه شبهه، بهتر است اصطلاحات «قرارداد تجارت الکترونیک» و یا «تجارت الکترونیک» در ادبیات حقوقی ما محتاطانه به کار روند. در مواردی هم که این واژه‌ها استعمال می‌شوند، لازم است به مسامحه‌ی موجود در این استعمال عنایت داشته باشیم. در غیر این صورت، این شائبه مطرح خواهد شد که قانون تجارت الکترونیک، قانونی است ویژه‌ی تجار و اعمال تجاری که به صورت الکترونیک انجام می‌شوند.

25 . Cyber Contract.

26 . Rowland. Diane, Macdonald. Elizabeth, *Information Technology Law*, Third Edition, Published in Great Britain by Cavendish, 2005, P. 101.

۲۷. قانون تجارت الکترونیک، مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۱۷، نقل از روزنامه‌ی رسمی، سال ۵۹، مورخ ۱۳۸۲/۱۱/۱۱، شماره ۱۷۱۶۷.

۲۸. اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت: کلیات، معاملات تجاری، تجار و سازماندهی فعالیت تجاری، نشر سمت، تهران، چاپ هفتم، زمستان ۱۳۸۴، ص ۳.

نگارنده، پیش از این و در جای دیگر، پیشنهاد تغییر عنوان قانون تجارت الکترونیک را مطرح کرده و دلایل این پیشنهاد را ذکر کرده است.^{۲۹} از جمله اینکه، علاوه بر آنچه در بالا گفتیم، با توجه به مواد مختلف این قانون و به ویژه ماده‌ی یک آن که اشعار می‌دارد: «این قانون مجموعه اصول و قواعدی است که برای مبادله‌ی آسان و ایمن اطلاعات در واسطه‌های الکترونیکی و با استفاده از سیستم‌های ارتباطی جدید به کار می‌رود»، مشخص می‌شود که قانون مورد بحث، قلمروی اعمّ از روابط تجاری دارد و در واقع هدف از تصویب این قانون، ضابطه‌مند کردن تبادل اطلاعات از طریق شبکه‌های الکترونیکی است. بنابراین، عنوانی مانند «قانون معاملات الکترونیکی» که عبارتی شبیه آن برای نامگذاری یکی از قوانین ایالات متّحده آمریکا^{۳۰} به کار رفته است، اهداف و محتوای قانون مورد نظر را بهتر نمایان می‌سازد.

بند دوم: اسباب و شرایط انعقاد قراردادهای تجاری الکترونیکی

قرارداد تجاری الکترونیکی نیز مانند قرارداد سنتی حاصل اجتماع ایجاب و قبول طرفین است. بنابراین قواعد عمومی حاکم بر تراضی، در خصوص قراردادهای الکترونیکی نیز قابل اعمال است. ولی به دلیل وضعیت ویژه‌ی قراردادهای دسته‌ی اخیر و اعلام اراده‌ی طرفین آنها در محیط مجازی و به خصوص با توجه به نیاز مصرف‌کنندگان به حمایت‌های کافی در چنین فضایی، قواعد نوینی در قوانین راجع به قراردادهای الکترونیکی گنجانده شده که هدف آنها حصول اطمینان از آگاهی کافی مصرف‌کننده (مشتری) پیش از پذیرش مفاد ایجاب تأمین‌کننده و التزام به آنهاست. لذا در این بند به تحلیل ایجاب و قبول الکترونیکی خواهیم پرداخت.

الف: ایجاب الکترونیکی

چنان که گفتیم، مقررات حاکم بر قواعد عمومی قراردادهای سنتی در مورد قراردادهای الکترونیکی نیز قابل اعمال هستند و در واقع این وسیله و محیط اعلام اراده است که تغییر کرده است. با توجه به این نکته، جهت تعریف ایجاب الکترونیکی^{۳۱} می‌توان به تعاریفی که از ایجاب ارائه شده، مراجعه کرد:

مطابق بند یک ماده ۱۴ کنوانسیون ۱۹۸۰ وین راجع به بیع بین‌المللی کالا^{۳۲} «پیشنهاد انعقاد قرارداد به یک یا چند نفر معین، چنانچه به اندازه‌ی کافی مشخص و دالّ بر قصد التزام ایجاب‌کننده در صورت قبول طرف مقابل باشد،

۲۹. کاویار، حسین، تأملی در کنوانسیون سازمان ملل متحد درباره‌ی استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای تجارت الکترونیک، سیدی مجموعه مقالات همایش تجارت الکترونیک: فرصت‌ها و چالش‌ها، دانشگاه آزاد اسلامی واحد بردسیر، آذر ۱۳۸۷.

30. *Uniform Electronic Transactions Act (UETA)*. UETA was approved by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL) on July 23, 1999. A copy of UETA is available at <www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/ueta99.htm>

31. Electronic Offer.

32. *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Apr. 11, 1980, Vienna).

ایجاب محسوب است».^{۳۳}

یکی از حقوقدانان در تعریف ایجاب گوید: «ایجاب، اعلام اراده‌ی کسی است که طرف قرارداد را بر مبنای معینی به انجام دادن معامله دعوت می‌کند، به گونه‌ای که اگر پیشنهاد مورد قبول طرف قرار گیرد او به مفاد آن پایبند شود، خواه پیشنهاد خطاب به شخص معین یا عموم مردم باشد».^{۳۴}

در تعاریف فوق، ایجاب، به نوعی اعلام اراده تعریف شده و وسیله‌ی این اعلام مورد توجه قرار نگرفته است. در نتیجه، این تعاریف، به سبب عام بودن، ایجاب الکترونیکی را نیز در برمی‌گیرند و برای تعریف این نوع ایجاب کافی است که قید «اعلام اراده از طریق ابزار الکترونیکی» را به آنها بیافزاییم.

با توجه به این تعاریف، می‌توان دریافت که پیغام الکترونیکی درج شده بر روی یک سایت یا پیغامی که از طریق پست الکترونیکی ارسال شده، زمانی ایجاب تلقی می‌شوند که به اندازه‌ی کافی واضح (یعنی حاوی عناصر ضروری برای انعقاد قرارداد) باشد، به طوری که قبول مفاد آن از سوی مخاطب برای انعقاد عقد کفایت کند.

به علاوه، چنانکه از تعاریف فوق بر می‌آید، پیغام الکترونیکی که کالا یا خدمتی را توصیف می‌کند، باید بر اراده‌ی قطعی گوینده مبنی بر التزام به مفاد آن در صورت مثبت بودن پاسخ مخاطب و قبول وی دلالت نماید.

در صورت فقدان شرایط مذکور، پیغام الکترونیکی، ایجاب محسوب نمی‌شود و در حقیقت باید آن را نوعی تبلیغ یا دعوت به انعقاد قرارداد دانست. زیرا هدف از تبلیغات تجاری، آگاه ساختن مشتریان احتمالی نسبت به برخی ویژگی‌های کالا یا خدمت است.^{۳۵}

از دیگر سو، هر گاه پیغامی همه‌ی اوصاف مبیع و همچنین قیمت مورد نظر گوینده‌ی ایجاب را در خود داشته ولی دلالتی بر قصد وی مبنی بر التزام به مفاد آن در صورت قبول مخاطب ننماید، باز هم نمی‌تواند ایجاب محسوب شود و در اینجا نیز با تبلیغی صرف مواجهیم.

در واقع آنگونه که برخی از نویسندگان گفته‌اند: «تبلیغ مرحله‌ای عقب‌تر از ایجاب در فرایند انعقاد عقد است».^{۳۶} ثمره‌ی عملی تمیز ایجاب از تبلیغ از همین تقدّم و تأخّر در فرایند مذکور ناشی می‌شود؛ چرا که اگر اعلام اراده‌ای، ایجاب باشد، به صرف قبول مفاد آن از سوی مخاطب، قرارداد منعقد و گوینده به مفاد آن ملزم می‌شود.

به طور خلاصه، می‌توان رابطه‌ی منطقی تبلیغ و ایجاب را عموم و خصوص مطلق دانست. بدین توضیح که هر

۳۳. برای ملاحظه‌ی ترجمه‌ی این کنوانسیون بنگرید به: کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا (مورخ ۱۹۸۰)، مجله‌ی حقوقی (نشریه‌ی مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری)، شماره‌ی نهم، پائیز و زمستان ۱۳۶۷، صص ۲۸۵-۲۳۳.

۳۴. کاتوزیان، امیر ناصر، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادهای (مفهوم عقد، انعقاد و اعتبار قرارداد و تراضی)، جلد اول، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، تهران، چاپ ششم، ۱۳۸۳، ص ۲۸۲.

۳۵. برای مطالعه‌ی بیشتر راجع به تبلیغات تجاری اینترنتی ر.ک: دبلفون، منبع پیشین، صص ۷۱-۵۷.

36. Oughton, David & Davis, Martin, *Sourcebook of Contract Law*, Second Edition Published in Great Britain by Cavendish Publishing, 2000, p. 28.