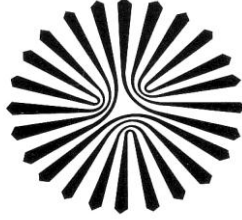


بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ

الرَّحِيمِ



دانشگاه پیام نور

مرکز تحصیلات تکمیلی

رساله

برای دریافت درجه ی دکتری (Ph.D)

رشته ی حقوق بین الملل

گروه حقوق

موضوع :

صلاحیت وقانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی

بین المللی

نگارش:

ابراهیم نوشادی

استاد راهنما :

جناب آقای دکتر غلام نبی فیضی چکاب

اساتید مشاور :

جناب آقای دکتر علیرضا حجت زاده

جناب آقای دکتر محمود باقری

آذر ۱۳۹۰



تاریخ: ۹۰۹/۲۷
شماره: ۹۰/۲۱۴۱۱
پست: _____

صور تجلسمه دفاع از رساله دکتری تخصصی (Ph.D.)

جلسه دفاع از رساله دوره دکتری تخصصی آقای ابراهیم نوشادی دانشجوی رشته حقوق بین الملل به شماره دانشجویی ۸۴۹۱۰۱۰۰۲ تحت عنوان «صلاحیت و قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی بین المللی» با حضور هیات داوران در روز پنجشنبه مورخ ۱۳۹۰/۰۹/۲۴ ساعت ۱۷ در محل ساختمان مرکز تحصیلات تکمیلی برگزار شد و هیات داوران پس از بررسی، رساله مذکور را شایسته نمره به عدد ۴۹.۵ به حروف... نوزده و نیم... با درجه... عالی... تشخیص داد.

ردیف	نام و نام خانوادگی	هیات داوران	مرتبیه دانشگاهی	دانشگاه/موسسه	اعضاء
۱	دکتر غلام نبی فیض چکاب	استاد راهنما	استاد بار	دانشگاه پیام نور	[Signature]
۲	دکتر علیرضا حجت زاده	استاد مشاور اول	استاد	دانشگاه تهران	[Signature]
۳	دکتر محمود باقری	استاد مشاور دوم	دانشیار	دانشگاه تهران	[Signature]
۴	دکتر حسین آل کجیاف	استاد داور	استاد	دانشگاه تهران	[Signature]
۵	دکتر مجتبی بابایی	استاد داور	استاد	دانشگاه تهران	[Signature]
۶	دکتر حسین شریفی طرازکوهی	استاد داور	دانشیار	دانشگاه تهران	[Signature]
۷	زهرا شادفر	نماینده تحصیلات تکمیلی			[Signature]

اینجانب ابراهیم نوشادی دانشجوی ورودی سال ۱۳۸۴ مقطع دکتری تخصصی رشته حقوق بین الملل گواهی می نمایم چنانچه در رساله خود از فکر، ایده و نوشته دیگری بهره گرفته ام با نقل قول مستقیم یا غیر مستقیم، منبع و ماخذ آن را نیز در جای مناسب ذکر کرده ام. بدیهی است مسئولیت تمامی مطالبی که نقل و قول دیگران نباشد بر عهده خویش می دانم و جوابگوی آن خواهم بود.

نام و نام خانوادگی دانشجو

تاریخ و امضاء

اینجانب ابراهیم نوشادی دانشجوی ورودی سال ۱۳۸۴ مقطع دکتری تخصصی رشته حقوق بین الملل گواهی می نمایم چنانچه بر اساس مطالب رساله خود اقدام به انتشار مقاله، کتاب و ... نمایم ضمن مطلع نمودن استاد راهنما، یا نظر ایشان نسبت به نشر مقاله، کتاب و ... و به صورت مشترک و با ذکر نام استاد راهنما مبادرت نمایم.

نام و نام خانوادگی دانشجو

تاریخ و امضاء

کلیه حقوق مادی مترتب از نتایج مطالعات، آزمایشات و نوآوری ناشی از تحقیق موضوع این رساله متعلق به دانشگاه پیام نور می باشد.

تشکر و قدردانی

بر خود واجب می دانم از اساتید گرانقدر آقایان دکتر فیضی ، دکتر حجت زاده و دکتر باقری که مشوق و راهنمای اینجانب در تهیه و تدوین این پژوهش بوده اند تشکر و قدردانی نمایم. امید است که خدمات ارزنده نامبردگان به جامعه علمی کشور تداوم یابد.

تقدیم به دختر عزیزم سحر

چکیده

پیشرفت فناوری و تغییر عناصر تشکیل دهنده قرارداد از اتم به بیت منجر به چالش در انطباق قوانین ماهوی و شکلی مرسوم بر این نوع قرار داد شده است. بررسی رویکرد سیاست اتخاذی قانونگذاران در سطح بین المللی، منطقه ای و ملی و اصول مبنایی اتخاذی قانونگذاران در وضع قانونگذاری و رویه قضایی داخلی در حوزه قانون حاکم و صلاحیت قضائی راجع به قراردادهای الکترونیکی بیانگر این است که علیرغم پذیرش این چالش رژیم حقوقی ماهوی یا شکلی جداگانه ای بر قراردادهای الکترونیکی وضع نگردیده است بلکه دو اصل برابری کاربردی و بیطرفی فنی مبنای وضع قوانین ماهوی حاکم بر قراردادهای الکترونیکی قرار گرفته و بکارگیری این دو اصل سبب همسانی قواعد ماهوی حاکم بر قراردادهای الکترونیکی بین المللی و قراردادهای سنتی شده است. در زمینه قواعد حاکم بر شکل قراردادهای الکترونیکی نیز رویکرد قانونگذاران مبتنی بر حذف موانع شکلی و اتخاذ اصل بی طرفی شکلی در اینخصوص بوده است هرچند ضرورت شناسایی در محیط الکترونیکی سبب گردیده برخی الزامات شکلی برای قراردادهای الکترونیکی وضع گردد. رویکرد اتخاذی در زمینه قواعد تعارض قوانین و تعیین صلاحیت نیز مبتنی بر اتخاذ سیاست پیش بینی پذیری صلاحیت و قانون حاکم بر مبنای تقویت پذیرش اصل حاکمیت اراده به طور عام و مصادیق خاص آن نظیر شرط گزینش دادگاه و شرط گزینش قانون حاکم است. بنابراین چون مصادیق صلاحیت قضائی وقانونی(قانون حاکم) بر مبنای دو عامل ذهنی وعینی تدوین گردیده اند. اصول حاکم بر قانونگذاری قراردادهای الکترونیکی نظیر بیطرفی فنی، برابری کاربردی، آزادی شکل قرارداد مانع از چالش جدی عامل ذهنی در ایفای نقش صلاحیتی خود گردیده است، در نتیجه اصولاً ظهور مادی عامل ذهنی صلاحیتی از طریق نشانه های الکترونیکی واجد اعتبار حقوقی است. ولی عامل عینی بعلت ابتنای آن بر اصل تقرب مکانی، انطباق آن بر فضای مجازی بیمکان با چالش مواجه گردیده است. که باز تعریف عوامل ارتباطی عینی در کنوانسیون استفاده از نشانه های الکترونیکی در قرارداد های الکترونیکی برای تسهیل انطباق آن عوامل بر این نوع قراردادها است.

واژگان کلیدی: قرارداد الکترونیک، برابری کاربردی، صلاحیت قضائی، فضای

مجازی

فهرست

- ۱ مقدمه و طرح تحقیق
- ۱۷ بخش اول قانون حاکم بر قرارداد در فضای مجازی و چالش های آن
- ۱۹ فصل اول: شناسایی فضای مجازی و نحوه تعاملات تجاری در آن
- ۱۹ مبحث اول: شناسایی فضای مجازی
- ۲۱ مبحث دوم: مفهوم تجارت در فضای مجازی
- ۲۴ مبحث سوم: ارتباطات الکترونیکی
- ۲۶ مبحث چهارم: انعقاد و اعتبار قرارداد الکترونیک
- ۲۹ مبحث پنجم: اعتبار تشکیل قرارداد از طریق نمایندگان الکترونیکی
- ۳۲ مبحث ششم: موضوع قرارداد الکترونیک
- ۳۵ فصل دوم: چالشهای صلاحیت قضائی و قانون حاکم در فضای مجازی
- ۳۹ مبحث اول: تعارض مبانی نظری صلاحیت سنتی با ویژگی اساسی فضای مجازی
- ۴۰ بند اول: نظریه حاکمیت
- ۴۰ بند دوم: نظریه سرزمینی
- ۴۱ بند سوم: نظریه حضور فیزیکی
- ۴۱ مبحث دوم: چالش در مبانی اقتدار حقوق صلاحیت
- ۴۲ بند اول: قدرت
- ۴۲ بند دوم: تاثیر
- ۴۳ بند سوم: مشروعیت
- ۴۳ مبحث سوم: عدم کفایت قواعد حقوق سنتی صلاحیت
- ۴۵ مبحث چهارم: کاهش نقش عامل ارتباطی مکان فیزیکی و چالش در مبانی حقوق بین المللی خصوصی
- ۴۶ مبحث پنجم: رویکرد نظری

فصل سوم : رویکرد قانونگذاری به قراردادهای الکترونیکی ۵۲

مبحث اول: سیاستها و روش های حاکم بر قانونگذاری قراردادهای الکترونیکی ۵۳

مبحث دوم: رویکرد قانونگذاریها در زمینه تعیین قواعد ماهوی بر تعهدات قراردادی الکترونیکی ۵۷

بند اول: اصول قانون نمونه در خصوص تجارت الکترونیکی ۵۷

بند دوم: اصول کنوانسیون استفاده از علائم الکترونیکی در قراردادهای بین المللی ۵۹

بند سوم: اصول دستورالعملهای اتحادیه اروپا ۶۱

بند چهارم: اصول مقررات ایالات متحده راجع به قراردادهای الکترونیکی ۶۴

بند پنجم: قانون تجارت الکترونیکی ایران ۶۷

مبحث سوم: رویکرد قانونگذاریها در زمینه تعیین قواعد شکلی بر تعهدات قراردادی ۶۸

مبحث چهارم: رویکرد قانونگذاریها در زمینه عوامل ارتباطی تعیین قانون حاکم ۷۱

مبحث پنجم: رویکرد رویه قضائی ۷۶

مبحث ششم: عرف در تجارت الکترونیک جهانی و ارزش حقوقی آن [] ۷۸

بند اول: عرف در سیستم حقوقی داخلی ۸۰

بند دوم: عرف در نظم حقوقی بین المللی ۸۰

بند سوم: عرف در تجارت الکترونیک بین المللی ۸۱

فصل چهارم: قانون حاکم بر شکل و ماهیت قراردادهای الکترونیکی ۸۴

مبحث اول: قانون حاکم بر شکل قراردادهای الکترونیکی ۸۴

بند اول: شرایط شکلی در محیط الکترونیکی، مانع یا ضرورت؟ ۸۵

بند دوم: تحقق شرایط شکلی از طریق ارتباطات الکترونیکی ۸۹

بند سوم : الزامات شکلی انعقاد قرارداد الکترونیک ۹۴

بند چهارم: اعتبار عقود تشریفاتی به شکل الکترونیکی ۱۰۲

بند پنجم : عواقب عدم رعایت تشریفات شکلی ۱۰۵

- مبحث دوم: قانون حاکم بر ماهیت قراردادهای الکترونیکی ۱۰۷
- بند اول: اهمیت تعیین قانون حاکم در قراردادهای الکترونیک ۱۰۸
- بند دوم : مبانی نظری تعیین قانون حاکم..... ۱۰۹
- بند سوم: روشهای تعیین قانون حاکم بر قرارداد ۱۱۱
- بند چهارم : عوامل ارتباطی تعیین قانون حاکم ۱۱۴
- بند پنجم: رویکرد قانونگذاری ۱۲۸
- جمع بندی فصل ۱۳۳
- بخش دوم عوامل ارتباطی تعیین صلاحیت قضائی در قراردادهای الکترونیکی بین المللی..... ۱۳۶**
- مقدمه ۱۳۷
- فصل اول: صلاحیت عام..... ۱۳۹**
- مبحث اول: مفهوم اقامتگاه اشخاص حقیقی ۱۴۰
- مبحث دوم: مفهوم اقامتگاه اشخاص حقوقی ۱۴۱
- مبحث سوم: صلاحیت عام در اتحادیه اروپا..... ۱۴۳
- مبحث چهارم: احراز صلاحیت بر مبنای عامل ارتباطی حضور مجازی ۱۴۴
- مبحث پنجم: صلاحیت عام در ایالات متحده ۱۴۵
- فصل دوم: مبانی صلاحیت خاص (صلاحیت خاص)..... ۱۴۵**
- مبحث اول: صلاحیت بر اساس هدف گیری عمدی و بهره مندی عامدانه ۱۵۰
- مبحث دوم: صلاحیت بر مبنای ایجاد عمدی اثر ۱۵۵
- مبحث سوم: وب سایت منفعل بعنوان عامل ارتباطی صلاحیت ۱۵۷
- مبحث چهارم: وب سایت تعاملی بعنوان عامل ارتباطی صلاحیت..... ۱۵۹
- مبحث پنجم: محل وب سایت بعنوان عامل ارتباطی صلاحیت ۱۶۰
- مبحث ششم: تبلیغ بعنوان عامل ارتباطی صلاحیت ۱۶۱

- ۱۶۲..... مبحث هفتم: صلاحیت قضائی بر مبنای اصل حمایت از مصرف کننده
- ۱۶۳..... بند اول: مفهوم قرارداد مصرف کننده
- ۱۶۴..... بند دوم: حیطه شمول اصل صلاحیت حمایتی
- ۱۶۴..... بند سوم: شرایط اعمال اصل صلاحیت حمایتی
- ۱۶۶..... بند چهارم: انتقاد به اصل صلاحیت حمایتی
- ۱۶۷..... بند پنجم: حقوق ایران
- ۱۶۸..... بند ششم: صلاحیت بر مبنای اصل کشور مقصد
- ۱۷۰..... بند هفتم: رویکرد آتی حل و فصل دعاوی قراردادهای الکترونیکی مصرف کننده
- ۱۷۳..... مبحث هشتم: محل انعقاد سبب موجد دعوی
- ۱۷۵..... بند دوم: زمان و مکان تشکیل قرارداد الکترونیک
- ۱۷۵..... بند سوم: تعیین زمان و مکان انعقاد عقد از طریق تفکیک بین مسیرهای ارتباطی بر خط
- ۱۷۷..... بند چهارم: رویکرد قانونگذاری‌ها به زمان و مکان انعقاد قرارداد الکترونیک
- ۱۸۲..... مبحث نهم: محل اجرا بعنوان عامل ارتباطی صلاحیت
- ۱۸۷..... فصل سوم: شرط گزینش دادگاه در قراردادهای الکترونیکی صلاحیت توافقی ()
- ۱۹۰..... مبحث اول: تعریف، هدف و انواع شرط گزینش دادگاه
- ۱۹۱..... مبحث دوم: شرایط موافقتنامه شرط گزینش دادگاه
- ۱۹۱..... بند اول: شرایط شکلی
- ۱۹۲..... بند دوم: شرایط ماهوی
- ۱۹۶..... مبحث سوم: روشهای درج شرط گزینش دادگاه در قراردادهای الکترونیکی
- ۱۹۷..... بند اول: قراردادهای مبتنی بر انتخاب نمایه
- ۲۰۱..... بند دوم: قراردادهای توأم با دریافت
- ۲۰۳..... مبحث چهارم: رویکرد نظامهای حقوقی به شرط گزینش دادگاه

۲۰۷.....مبحث پنجم: محدودیتهای طرفین در شرط گزینش دادگاه

۲۰۷..... بند اول: محدودیتهای مرتبط با طرفین قرارداد؛

۲۱۱..... بند دوم: محدودیت‌های موضوعی

۲۱۲..... نتیجه گیری

مقدمه و طرح تحقیق تبیین مساله

در حقوق تجارت بین الملل موضوع تعیین قانون حاکم و تعیین صلاحیت قضائی واجد اهمیت خاصی است زیرا تجارت بین الملل اصولاً مبتنی بر انعقاد قرارداد است و در هر قرارداد تجاری بین المللی اولین دغدغه طرفین این است که طرف مقابل تعهدات خود را چگونه انجام خواهد داد و خود نیز در مقابل طرف دیگر چه تعهداتی دارد و در صورت بروز اختلاف معیارهای انجام تعهد توسط وی یا معیارهای عدم انجام تعهد توسط طرف مقابل کدام است و این ادعا را باید در کدامین مرجع طرح نماید یا در کدامین مرجع این ادعا علیه وی مطرح خواهد شد. با توجه به عدم وجود یک قانون فرا حاکمیتی و یا یک مرجع بین المللی، این ابهامها و تردیدها در ذهن فعالین حوزه تجارت بین الملل باقی خواهد ماند. در نتیجه تردیدی وجود ندارد که هر قراردادی باید متکی به یک قانون ملی یا بین المللی باشد تا بتوان آن را بعنوان معیاری برای سنجش صحت تشکیل و انجام تعهدات طرفین به کار برد به همین لحاظ طرفین قراردادهای تجاری بین المللی برای رفع این ابهامات، معمولاً مبادرت به درج شرط گزینش دادگاه (تعیین مرجع صالح برای رسیدگی به اختلافات ناشی از قرارداد) و تعیین قانون داخلی یک کشور بعنوان قانون حاکم بر قرارداد می نمایند، در صورت پیش بینی چنین شرطی در قرارداد، موضوع تنفیذ یا عدم تنفیذ حاکمیت اراده طرفین در اینخصوص مطرح می گردد. که عمدتاً موضوع به بررسی، مرتبط یا مناسب بودن

قانون تعیینی بر قرارداد و جواز یا عدم جواز انتخاب قانون غیر دولتی (حقوق بازرگانی فرا ملی) محدود می گردد، چنانچه طرفین مرجعی را برای رسیدگی به اختلافات یا قانونی را برای حکومت بر قرارداد تعیین نکرده باشند. موضوع تعیین قانون حاکم یا تعیین صلاحیت از طریق عاملهای ارتباط عینی مطرح می گردد. عوامل ارتباط برای تعیین قانون مناسب و اینکه این قرارداد شایسته تعلق به کدامین سیستم حقوقی ملی است اعمال میگردد که در این صورت قانونی بر قرارداد حاکم است که نزدیک ترین ارتباط را با قرارداد دارد معیارهای تعیین نزدیک ترین ارتباط نیز عواملی مانند محل اقامت یا سکونت طرفی که اجراء تعهد شاخص به عهده اوست یا محل انعقاد عقد، مکان مذاکره طرفین، مکان اجراء، محل وقوع موضوع قرارداد و تابعیت طرفین است که عمدتاً مبتنی بر یک عامل فیزیکی ملموس است اما تغییرات حاصل شده ناشی از فناوری ارتباطات و اطلاعات و در نتیجه ظهور پدیده فضای مجازی (سایبر) سبب گردیده 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 مواجه با چالش گردیده است و یا در معاملات خودکار طرف انسانی به مفهوم سابق وجود ندارد تغییر تعاملات اقتصادی و تجاری از حالت سنتی مبتنی بر مبادلات کاغذی به انجام مبادلات از طریق بهره گیری از سیستم های مبتنی بر اطلاعات الکترونیکی و ایجاد تجارت الکترونیک ما را با چندین واقعیت روبرو کرده است الف: عقود و وقایع به فضای مجازی انتقال یافته است. ب: جنس معاملات حقوقی در فضای مجازی با فضای مادی متفاوت است. یعنی جنس فعالیت حقوقی از اتم به بیت تبدیل شده است. ج: ویژگی اصلی فضای مجازی لامکانی است و مکان مبتنی بر مرز در این فضا وجود ندارد. د: مبنای قواعد صلاحیتی غالباً اصل تقرب مکانی است. در حالی که در فضای مجازی مکان وجود ندارد. پس با حذف یا کاهش نقش عنصر مبنایی حقوق صلاحیت (عامل ارتباط مکانی یا اصل تقرب مکانی) چه عوامل ارتباطی باید مبنای تعیین قواعد صلاحیت در این خصوص قرار گیرد. نظامهای حقوقی چه عوامل ارتباطی را مبنای تعیین قواعد صلاحیت در فضای قرار داده اند و وجوه مشترک آنها کدام است. در نتیجه صلاحیت قضائی و قانونی (قانون حاکم) به لحاظ ابتدائی قواعد آن بر مکان در فضای مجازی با چالش مواجه شده اند. و این چالش مانعی در جهت توسعه تجارت الکترونیک است. زیرا پیشرفت تجارت الکترونیک منوط به اعتماد سازی است و برای اعتماد سازی نیز باید معیارهای صلاحیت قضائی و قانونی حاکم

بر معاملات تجاری در فضای مجازی تبیین گردد. علاوه بر این رویکرد جهانی و منطقه‌ای به این چالش مورد بررسی قرار گیرد و احراز شود آیا تئوری مبنایی حقوق بین‌المللی خصوصی از بخشی گرائی به جهانگرایی در این حوزه تغییر یافته است و کنوانسیون‌ها منعقد شده کدام تئوری را تقویت کرده اند؟ در نتیجه می‌توان گفت تغییر مادی در جنس قرارداد ما را با یک چالش حقوقی مواجه ساخته که اساس این چالش بر این مبناست که تغییر در عنصر متشکله قرارداد و جایگزینی اتم به بیت [۱] در نظام حقوقی و صلاحیتی حاکم بر قراردادها چالش ایجاد کرده است. هر چند برخی با عدم پذیرش این چالش معتقدند این تفاوت قابل اغماض بوده و قواعد صلاحیتی موجود قابلیت تنظیم فضای مجازی را دارد و این مباحث را صرفاً واجد یک لذت اکادمیک دانسته و مباحث مرتبط با قرارداد الکترونیک و به طور کلی تجارت الکترونیک را نظیر بحث راجع به حقوق حاکم بر تلفن یا فاکس می‌دانند، اما اثرات این چالش در نظام حقوقی بین‌الملل عمومی و بین‌الملل خصوصی مشهود است. زیرا در حقوق بین‌الملل خصوصی ابتدای قواعد صلاحیت بر مکان و در حقوق بین‌الملل عمومی عناصر قدرت [۲]، مشروعیت را به چالش کشیده شده است. برخورد با این چالش در ادبیات حقوقی رسمی در سطح بین‌المللی و منطقه‌ای تحت عناوینی نظیر جهات حقوقی تجارت الکترونیک، انتخاب قانون در قراردادهای بین‌المللی و تعیین دادگاه صالح در قراردادهای بین‌المللی مطرح شده است [۳]. ولی به نظر می‌رسد مفهوم صلاحیت و قانون حاکم بر تجارت الکترونیک بتواند پاسخی جامع تر و مانع تر به چالش‌های صلاحیتی اعم از تقنینی، قضائی و تعیین قانون حاکم بر قرارداد الکترونیک بدهد. زیرا چالش اصلی لامکانی و جهانی بودن فضای مجازی است. که دقیقاً مبنای قواعد تعیین صلاحیت قضائی و قانون حاکم را مورد هدف قرار می‌دهد. و بر مبنای آن چالش وارد می‌کند. زیرا هر دو بر عوامل ارتباط مکانی استوار هستند ولی فضای مجازی فاقد مکان است.

بنابراین انعقاد عقود در فضای مجازی با ماهیت جهان گستری می‌تواند سبب ایجاد دعاوی متعدد فرامرزی ناشی از آن بین طرفین واقع در کشورهای مختلف گردد و با توجه به عدم وجود مرزهای جغرافیایی در این فضا

^۱ - بیت مخفف کوچکترین واحد اطلاعاتی که توسط یک کامپیوتر مدیریت می‌شود. هر بیت نشانگر یک یا صفر و دو دویی یا درست و نادرست منطقی است. هر ۸ بیت یک بایت را تشکیل می‌دهد و می‌توان آن را برای نمایش اطلاعات بکار برد. رک: دیکشنری تخصصی مایکروسافت، صفحه ۸۶

^۲ - مبنای قواعد صلاحیت، تئوری قدرت است، یعنی تا حیطه‌ای که نظم حقوقی می‌تواند کنترل موثری داشته باشد، می‌توان اعمال صلاحیت کرد.

^۳ - see: Andrea Schulz, Legal Aspects of an E-Commerce Transaction International Conference in The Hague 26 and 27 October 2004

مسئله تعارض صلاحیتها و تعارض قانون در این فضا به مراتب بیشتر از تعارضهای صلاحیتی و قانونی در فضای مادی است در نتیجه تعیین قواعد حاکم بر تعیین صلاحیتها و تعیین قانون حاکم در فضای مجازی برای حل و فصل این اختلافات واجد اهمیت است که در این راستا باید کفایت قواعد حاکم بر تعیین صلاحیت و قواعد تعیین قانون حاکم مرسوم برای انطباق آنها در خصوص قراردادهای الکترونیکی بین المللی منعقد در فضای مجازی مورد بررسی قرار گیرد و به پرسشهای ذیل پاسخ داده شود :

پرسش‌های تحقیق

سوال اصلی

۱- آیا تغییر عنصر متشکله قرارداد از اتم به بیت چالشی برای حقوق قراردادهای^۱ به طور عام و مسأله تعیین قانون حاکم و مرجع صالح ایجاد کرده است.

^۱ - چالشهای حقوق قراردادهای در فضای مجازی در مراحل چهارگانه: قبل از انعقاد قرارداد، مرحله انعقاد قرارداد، مرحله اجرای قرارداد، مرحله بعد از قرارداد وحل و فصل اختلافات قراردادی قابل بررسی است. هدف این تحقیق بررسی تمامی این مراحل نیست. برای بررسی بیشتر منابع ذیل قابل مطالعه است:

Part I – Pre-Contractual Phase

Paul Torremans The Legal Aspects of an E-Commerce Transaction: The Pre-Contractual Phase

Oliver Gray Online Advertising Standards

Erich Wiegand Self-Regulation in Market Research

Lucinda Jones WIPO Update – Intellectual Property Issues in the Digital Agenda

Jane Ginsburg Copyright, E-Commerce and Conflicting National Norms: Judicial and Legislative Competence

Yuko Nishitani Copyright Infringement on the Internet and Service Provider's Liability: A Japanese Approach from a Comparative Perspective

Part II – Contractual Phase

Stefan Leible Negotiation and Conclusion of the Contract: Formal and Substantive Validity, Choice of Court and Choice of Law Clauses. An Introduction

Jose Angelo Estrella Faria Electronic Contracting and International Legal Harmonisation: Time to go beyond Functional Equivalence?

Åke Nilson Paction – the Model International Sale Contract. Creating International Sales Contracts Online

Michael Hellner The E-Commerce Directive and Private International Law

Simone van der Hof Party Autonomy and International Online Business-to-Business Contracts in Europe and USA

John Rothchild Two Facets of US Law Applying to Ecommerce Transactions: Jurisdiction over Online Disputes,

and the Uniform Computer Information Transactions Act

Part III – Performance Phase

Mads Bryde Andersen The Performance Phase

Michael Joachim Bonell UNIDROIT Principles and E-commerce

Jose Angelo Estrella Faria Legal Certainty for Electronic Transactions: The Role of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996)

Jan Ramberg Electronic Communication and Incoterms 2000

Marc Lacoursière Legal Aspects of Electronic Payments

Anna Nordén Electronic Invoicing in the Light of European Community Directive 2001/115/EC

۲- آیا قانونگذاری های حاکم بر قراردادهای الکترونیکی منجر به وضع رژیم حقوقی صلاحیتی جداگانه ای

برای اینگونه قراردادها شده است؟

سوال فرعی

لازمه پاسخ به پرسشهای اصلی فوق طرح و پاسخ به پرسشهای فرعی ذیل است: اساساً فضای مجازی چیست؟ مفهوم مکان در این فضا چیست و چه تفاوتی با مکان مادی دارد؟ آیا با توجه به تغییر مفهومی عوامل ارتباط در قراردادهای الکترونیکی منعقد در فضای مجازی آن عوامل ارتباط بر قرارداد های الکترونیکی نیز قابل اعمال هستند؟ شرایط شکلی این عقود تابع کدام قانون است؟ آیا شکل الکترونیکی قابلیت جایگزینی با شکل مرسوم را دارد؟ قانون حاکم بر اعتبار سنجی شکل و ماهیت قراردادهای الکترونیکی بین المللی کدام است؟ با فرض اثبات ارزش حقوقی قراردادهای الکترونیکی بین المللی قواعد حاکم بر انتخاب قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی بین المللی کدام است؟ در صورت حدوث اختلاف راجع به قانون حاکم، چه معیارهایی برای تعیین قانون حاکم قابل اعمال است؟ اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی تجاری بین المللی منعقد در فضای مجازی تا چه حدودی نفوذ دارد؟ در صورت عدم وجود شرط گزینش قانون و دادگاه صالح، عوامل ارتباط مرسوم تا چه اندازه در این فضا قابل اعمال است؟ آیا تئوریهای انتخاب قانون و رفع تعارض سابق قابلیت تعیین قانون حاکم و رفع اختلافات حاصله در این فضا را دارند یا تنظیم فضای مجازی محتاج تئوریها و رویکردهای جدیدی است؟ نقش حقوق کنوانسیون جهانی و منطقه ای در تعیین قانون حاکم بر قرارداد الکترونیک چگونه است؟ تاثیر فضای مجازی بر این اصول صلاحیت سنتی چیست؟ شرط گزینش دادگاه و درجه تاثیر و حدود آن و موضع حقوق ایران در

William Craig E-Commerce: Where to go with Taxation?

Part IV – Post-Contractual Phase and Dispute Resolution

Michael Geist E-Commerce: The Post-Contractual Phase

Michael Donohue Building Trust Online: Work at the OECD

Sarah Andrews Building User Trust Online

Rinaldo Sali Online Dispute Resolution (ODR): Crossing Technology and Disputes. The RisolviOnline Project of the Chamber of Arbitration of Milan

Michael Geist Untouchable? A Canadian Perspective on the Anti-Spam Battle

Alexander Matveev Key Characteristics of Modern Russian Regulation in the field of Electronic Commerce

Andrea Schulz The Hague Conference Project of a Global Convention on Jurisdiction, Recognition and Enforcement in Civil and Commercial Matters (the Hague Judgments Project), Electronic Commerce and Intellectual Property

این خصوص چگونه است؟ با فرض پذیرش این تغییر به عنوان چالش در حقوق، رویکرد قانونگذاری‌ها در سطح بین‌المللی و منطقه‌ای و داخلی به این موضوع چیست؟ با پذیرش اینکه نظام حقوقی جداگانه‌ای برای قراردادهای مجازی وضع نگردیده، آیا عوامل ارتباط مندرج در حقوق صلاحیتی مرسوم را توانایی تعیین قانون حاکم و مرجع صالح بر قراردادهای الکترونیکی را دارد؟ آیا قرارداد الکترونیک شکل خاصی دارد؟ و در صورت مثبت بودن پاسخ چه عوامل ارتباطی باید برای تعیین قانون حاکم بر شکل بکار گرفته شود؟ اراده طرفین در تعیین مرجع صالح برای رسیدگی به اختلافات ناشی از قراردادهای الکترونیکی چقدر نفوذ و اعتبار دارد؟

دامنه تحقیق و استنادات

در اثر اعمال حقوقی انجام شده در فضای مجازی دعاوی متعدد قراردادی و غیرقراردادی نظیر نقض علائم تجاری مطرح می‌گردد که محتاج تعیین دادگاه صالح و قانون حاکم است اما موضوع بررسی ما در این تحقیق صرفاً دادگاه صالح و قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی است. معهدا در مواردی ناگزیر به استناد به سایر قواعد و دعاوی مطروحه در خصوص مسائل مزبور می‌باشیم، علاوه بر این اگر چه موضوع حقوق بین‌الملل خصوصی، تعارض صلاحیت‌ها، تعارض قوانین و اجرای حکم دادگاه خارجی است اما در این تحقیق به موضوع اجرای احکام خارجی پرداخته نشده است و در خصوص مباحث استنادی نیز غالباً به کنوانسیون‌های ملل متحد و قوانین ایالات متحده، اتحادیه اروپا و ایران استناد شده است و علت انتخاب این کشورها نیز این است که غالباً جزء کشورهای صنعتی هستند و قرارداد الکترونیک نیز پدیده‌ای متعلق به دنیای صنعتی است زیرا در این کشورها دسترسی افراد به زیرساختهای فناوری اطلاعات بیشتر است، در نتیجه مباحث مربوط به قرارداد الکترونیک در این کشورها شایع‌تر است، علاوه بر این ایالات متحده آمریکا کشوری است که اینترنت از آنجا شروع شده و دادگاه‌های آن کشور نیز قبل از دادگاه‌های سایر کشورها مبادرت به صدور احکامی در خصوص مسائل مطروحه در فضای مجازی نموده‌اند. علت استناد به قوانین ایران نیز آن است که این تحقیق در کشور ایران انجام می‌شود. بنابراین ترکیب کشورهای فوق و به تبع آن

قوانین آنها می‌تواند بیانگر رویکرد حقوق عرفی و حقوق نوشته در خصوص قرارداد الکترونیک باشد. موضوع حمایت از مصرف کننده نیز تفصیلاً بررسی گردیده است زیرا برخی قواعد آمره در خصوص حمایت از مصرف کننده تأثیر مهمی بر شرط گزینش قانون و دادگاه و شکل قرارداد الکترونیکی دارد. بگونه ای که در برخی موارد می‌تواند استثنائی بر اصول کلی حاکم باشد.

روش ما نیز مبتنی بر تحلیل استقرائی است یعنی با بررسی قوانین حاکم بر صلاحیت در کشورهای دارای حقوق نوشته و رویه قضائی در حقوق عرفی و قوانین نمونه در سطح جهانی اصول مبنایی قواعد صلاحیتی حاکم بر قرارداد الکترونیکی (عامل ذهنی و عامل عینی) را استخراج و چالشهای آن اصول استخراجی را در انطباق بر اصول مبنایی حاکم بر قانونگذاری قراردادهای الکترونیکی (بیطرفی فنی، برابری کاربردی، آزادی شکل)، از طریق پاسخ به پرسش های تحقیق بطور مصداقی بررسی می کنیم .

دلیل استناد به قوانین داخلی و منطقه ای

جهان به واحدهای سرزمینی متعددی تقسیم شده است که هر یک قواعدی برای حاکمیت بر سرزمین خود وضع کرده‌اند. همه اعمال حقوقی افراد صرفاً در داخل یکی از این واحدها رخ نمی‌دهد و افراد هر سرزمین ارتباطاتی با سایر افراد سرزمین‌های دیگر دارند که در اثر این روابط اختلافاتی بروز می‌کند، در نتیجه این دعوی به دادگاه یکی از این واحدهای سرزمینی احاله می‌شود. حقوق بین‌الملل خصوصی یا تعارض قوانین و صلاحیت مجموعه‌ای از قوانینی است که مشخص می‌کند، دادگاه کدام سرزمین به این اختلاف رسیدگی کند و در بین چندین نظام حقوقی، قوانین ماهیتی کدام سرزمین بر دعوی اعمال شود. گرچه از اصطلاح حقوق بین‌الملل خصوصی چنین برمی‌آید که قواعدش باید جنبه بین‌المللی داشته باشد، اما فی‌الواقع این چنین نیست و هر کشوری قوانین داخلی خود را بر این حوزه اعمال می‌کند مگر اینکه در این خصوص معاهده‌ای منطقه‌ای یا جهانی منعقد شده باشد. در نتیجه پیش فرض حقوق بین‌الملل خصوصی مرزهای داخلی و قواعدش قواعد ملی است. هر قراردادی نیز باید متکی به یک قانون باشد آن قانون نیز باید توسط یک یا چند دولت وضع شده باشد و برای رسیدگی به اختلافات ناشی از قرارداد باید مرجعی جهت رسیدگی وجود داشته باشد با توجه به این که تا

کنون قواعد جهانی عام الشمول جهت حکومت بر قرارداد پذیرفته نشده است طرفین باید قانون حاکم و مرجع قضائی یکی از دولت ها را برای رسیدگی به اختلافات قراردادی تعیین کنند. در فرض انتخاب و نفوذ اراده طرفین مشکل حل شده محسوب می‌گردد ولی چنانچه طرفین، مبادرت به چنین کاری نکرده باشند یا اراده طرفین نافذ شناخته نشود، قانون کشوری بر قرارداد حاکم است که نزدیکترین ارتباط را با قرارداد داشته باشد. معیار نزدیکی نیز بر مبنای مظاهر مادی نظیر اقامتگاه، سکونت، محل انعقاد قرارداد است که جملگی مظاهر ومصادیقی از مکان هستند. فضای مجازی به عنوان یک فضای بی مکان سبب طرح این پرسش شده که ما چه عوامل ارتباطی را برای تعیین قانون حاکم یا مرجع صالح قراردادهای الکترونیکی که در حقوق سنتی بر اساس یکسری مظاهر مادی تعیین می‌گردد. بکار ببریم

سابقه و ضرورت انجام تحقیق

فناوری اطلاعات و تاثیر آن بر قواعد حاکم بر تعهدات قراردادی تحت عناوین مختلفی نظیر صلاحیت در فضای مجازی، محل تلاقی دنیای واقعی با فضای مجازی، مرزهای حقوقی قراردادها در فضای مجازی، موضوعات صلاحیتی در فضای مجازی، صلاحیت و قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی، صلاحیت بر قراردادهای الکترونیکی مصرف کننده در ادبیات حقوقی مطرح شده است. و در مباحث نظری رویکردهای مختلفی در اینخصوص اتخاذ شده است و در منابع لاتین این موضوع تحت عناوینی نظیر موضوعات صلاحیتی مطروحه بوسیله تجارت الکترونیک، صلاحیت قضایی بر قراردادهای الکترونیکی بین المللی، تجارت الکترونیک و حقوق بین الملل خصوصی، مطرح شده است [1] لذا تاثیر این رخداد از حیث دیدگاه نظری و عملی بر حقوق قراردادها از حیث تاثیر آن بر قواعد صلاحیتی حاکم بر قراردادها و تشکیل قراردادها مورد بررسی قرار گرفته ولی در منابع لاتین

¹ - بعنوان نمونه رک:

1. Raut Bimal, "Determing The Judicial Jurisdiction In the Transnational Cyberspace", A Thesis submitted in fulfillment of the requirements of the degree of SCHOOL OF LAW, phd theses Queensland University of Technology. available at :eprints.qut.edu.au/15830/1/Bimal_Raut_Thesis.pdf
2. Farah,youseph anton,"Jurisdiction Over Disputes Realting to Electronic Contract Transaction:phd theses "university of essex (uk)2006 available at:
3. Kathryn Louise Dykstra , "Jurisdictional Issues Raised by E-Commerce" A thesis submitted to the Faculty Graduate Studies and Research in partial fulfillment of the requirements for the degree of Master of Laws Department of Law Edmonton, Alberta Spring, 2000