

چالش‌های اعمال حقوقی تجاری در فضای مجازی^۱

محمود باقری

عضو هیأت علمی دانشگاه تهران

ابراهیم نوشادی

enoshadi@gmail.com |

دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل، مدرس دانشگاه پیام نور، نویسنده مسئول

پذیرش: ۱۳۹۰/۰۳/۲۰

دریافت: ۱۳۹۰/۰۱/۲۷

چکیده: استفاده از فناوری اطلاعات در تجارت، موجب پیدایش مسائلی در قواعد تعیین صلاحیت و قانون حاکم در فضای مجازی شده است. این موضوع، یکی از مهمترین مشکلاتی است که حقوق بین‌الملل خصوصی با آن مواجه است. زیرا قواعد تعیین صلاحیت و قانون حاکم، به طور سنتی بر مکان و مرز مبتنی هستند و منشأ سرزمینی دارند، در حالی که در فضای مجازی، مکان وجود ندارد. این ویژگی فضای مجازی، موجب بیان این پرسش شده است که آیا قواعد حقوقی سنتی صلاحیت که بر مکان مبتنی بوده و برای اعمال درون سرزمین‌های خاص، وضع گردیده است، در فضای مجازی انطباق‌پذیر است و می‌توان آن را اعمال کرد؟ و آیا می‌توان اعمال حقوقی را که در این فضا رخ می‌دهد، با قواعد حقوقی سنتی صلاحیت، تنظیم کرد یا لازم است نظام حقوقی جداگانه‌ای برای این حوزه وضع شود؟ این چالش با دو رویکرد نظری و عملی مواجه شده است. قانونگذاران برای رفع این مسئله در سطح جهانی، منطقه‌ای و داخلی، قوانینی وضع کردند. اما این رویکرد، موجب وضع نظام حقوقی جداگانه‌ای برای اعمال حقوقی در فضای مجازی نشده است. بلکه قانونگذاران با مبنا قرار دادن دو اصل برابری کاربردی و بی‌طرفی فنی، رویکرد انطباق قواعد حقوقی موجود بر اعمال حقوقی واقع شده در فضای مجازی را اتخاذ کرده‌اند.

کلیدواژه‌ها: صلاحیت، قانون حاکم، فضای مجازی، قرارداد الکترونیکی

۱. آنچه می‌تواند سبب ایجاد حق تکلیف برای افراد گردد و در دایره شمول حقوق قرار گیرد، اعمال حقوقی (تعهدات قراردادی) و وقایع حقوقی (تعهدات غیرقراردادی) است. در وقایع حقوقی، اراده طرفین در ایجاد مسئولیت (حق و تکلیف) بی‌تأثیر یا کم‌تأثیر است که مسئولیت مدنی و شبه جرم‌ها در این حوزه قرار می‌گیرند. اعمال حقوقی که مخلوق اراده طرفین هستند، از حیث انگیزه به دو دسته انتقالی (تجاری) نظیر معاملات تجاری و غیرانتفاعی مانند عقد ازدواج تقسیم می‌شوند. در پژوهش حاضر، صرفاً مسائل مربوط به اعمال حقوقی انتفاعی منعقد در فضای مجازی مورد بررسی قرار می‌گیرد. دلیل خروج وقایع حقوقی از حیطه عنوان، وجود نظام حقوقی جداگانه حاکم بر تعهدات غیرقراردادی، و دلیل استثنا کردن اعمال حقوقی غیرانتفاعی نیز خروج آن از قوانین حاکم بر تجارت الکترونیک است. [کنوانسیون استفاده از نشانه‌های الکترونیکی، ۲۰۰۵، بند الف ماده ۲، *Il Regulating 2007 ROM*، کنوانسیون موافقت‌نامه انتخاب دادگاه ۲۰۰۵، بند a و c ماده ۲]

مقدمه

صلاحیت در فضای مجازی، یکی از چالش‌انگیزترین موضوعاتی است که حقوق با آن مواجه است. آرای قضائی صادره از محاکم، بیانگر این است که شفافیت حقوقی لازم در این زمینه وجود ندارد، زیرا قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی که تکلیف تعیین قانون حاکم و دادگاه صالح را دارد، مبتنی بر مکان است، در حالی که فضای مجازی، لامکان است. این واسطه بدون مرز، مرزهای سیاسی و جغرافیایی را نادیده گرفته و کاربران فضای مجازی می‌توانند به وب سایت ایجاد شده کاربران کشورهای دیگر دسترسی یابند و با یکدیگر تعامل تجاری داشته باشند. این تعامل سبب می‌شود مشمول صلاحیت قضائی کشورهای دیگر قرار گیرند. زیرا دسترسی به وب‌گاه‌ها در سراسر جهان ممکن است. به همین دلیل در مواردی دادگاه‌ها بر مدیران وب‌گاه‌های خارجی اعمال صلاحیت کرده‌اند و از طریق بکارگیری قواعد حل تعارض داخلی، صلاحیت خود را بر آنان احراز کرده‌اند. زیرا اصول صلاحیت سنتی، اجرای نامحدود صلاحیت را بر اشخاص و اموال تجویز می‌کند و از آنجایی که دستیابی به وب‌گاه‌های اینترنتی در هر کشوری ممکن است، هر دولتی می‌تواند ادعا کند که صلاحیت قضایی تعاملات تجاری با آن سایت را دارد. در نتیجه، به تبع صلاحیت حاکمیت‌ها، دادگاه آن کشور بر آن عمل حقوقی اعمال صلاحیت کند. از این رو، اعمال مبانی صلاحیت سنتی بر فضای مجازی، منجر به تعارض صلاحیت می‌شود. بنابراین فضای مجازی، چالش جدید و مهمی را در حقوق صلاحیت سنتی ایجاد کرده است. این چالش، ادبیات حقوقی، رویه قضائی و قانونگذاران را مجبور به واکنش کرده و دولت‌ها را مکلف به رفع مسائل حقوقی و اعتمادسازی راجع به اعمال حقوقی در فضای مجازی کرده است. برای انجام این تکلیف، شفافیت قوانین حاکم بر فضای مجازی، به ویژه فضای مجازی فرامرزی لازم است که در حیطه تکالیف حقوق بین‌الملل خصوصی قرار می‌گیرد. بنابراین، فناوری اطلاعات بیشترین چالش را در قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی ایجاد کرده است. پس حقوق بین‌الملل خصوصی باید پاسخی درخور به معیارهای حاکم بر تعیین قانون حاکم و صلاحیت بر دعوی قراردادی و غیرقراردادی در فضای مجازی داشته باشد.^۱ اما قواعد حقوق

۱. انتخاب قانون حاکم و دادگاه صالح در فضای مجازی، موضوعات مربوط به مسئولیت مدنی ناشی از نقض حقوق مالکیت معنوی، نقض حریم خصوصی و به طور کلی، ضمان فهری ناشی از اقدامات غیرقراردادی را در فضای مجازی که واجد یک عنصر بین‌المللی است، شامل می‌شود. ولی در مقاله حاضر، صرفاً مسائل مربوط به تعیین قانون حاکم در دعوی قراردادی (اعمال حقوقی) مورد بررسی قرار می‌گیرد. یعنی با فرض انتخاب یا تعیین دادگاه صالح، تعیین قانون حاکم بر شکل و ماهیت دعوی قراردادی، با چه مسائلی در فضای مجازی مواجه است. بنابراین، در پژوهش حاضر مسائل قانون حاکم بر وقایع حقوقی، بررسی نمی‌شود. برای مطالعه انتخاب قانون حاکم و دادگاه صالح در فضای مجازی، موضوعات مربوط به وقایع حقوقی در فضای مجازی، ر.ک. به (زوزانا اسلواکوا، ۱۳۸۸) و (صادقی، ۱۳۸۹).

بین‌الملل خصوصی سنتی، مبتنی بر اصل تقرب مکانی وضع گردیده است^۱، در حالی که در فضای مجازی، مکان وجود ندارد. با حذف یا کاهش تأثیر عنصر مبنایی قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی (عامل ارتباط مکانی یا اصل تقرب مکانی)، این پرسش مطرح می‌شود که چه عوامل ارتباطی، باید مبنای تعیین قواعد قانون حاکم در این زمینه قرار گیرند؟ نظام‌های حقوقی چه عوامل ارتباطی را مبنای تعیین قانون حاکم در فضای مجازی قرار داده‌اند؟ آیا رویکرد نظام‌های حقوقی، انطباق قوانین و قواعد حقوقی موجود بر این فضا است یا نظم حقوقی جدیدی در این زمینه وضع گردیده است؟ پاسخ به این پرسش را باید در ادبیات حقوقی حاکم بر موضوع و رویکرد جهانی و منطقه‌ای و داخلی به این مسئله یافت. از این رو، ابتدا ادبیات حقوقی مرتبط با این مسئله و سپس رویکرد کشورها به آن مورد بررسی قرار می‌گیرد. فناوری اطلاعات و چالش آن در حقوق، از دهه ۱۹۹۰ در ادبیات حقوقی مورد بحث بوده و با عناوین مختلفی مانند صلاحیت واقعی در فضای مجازی، تلاقی محل دنیای واقعی با فضای مجازی، مرزهای حقوقی قراردادهای مجازی، موضوعات صلاحیتی در فضای مجازی، صلاحیت و قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی، صلاحیت بر قراردادهای الکترونیکی مصرف‌کننده مطرح شده است (بورک دل، ۱۹۹۷).

فرضیه بنیادین ادبیات حقوقی حاکم بر موضوع نیز این است که تغییر در عناصر متشکله اعمال حقوقی و جایگزینی اتم به بیت^۲، در نظام حقوقی و صلاحیتی حاکم بر اعمال حقوقی چالش ایجاد کرده است. گرچه به اعتقاد برخی افراد، می‌توان این تفاوت را نادیده گرفت و قواعد موجود، قابلیت تنظیم فضای مجازی را دارد. آنها این ادبیات را صرفاً لذتی آکادمیک می‌دانند و مباحث مرتبط با قرارداد الکترونیک و به طور کلی، تجارت الکترونیک را نظیر بحث درباره حقوق حاکم بر تلفن یا فاکس محسوب می‌کنند (آملیا اچ. بوس، ۲۰۰۷). اما بر خلاف این نظر، آثار این چالش در نظام حقوق بین‌الملل عمومی و خصوصی مشهود است و بخش عمده‌ای از ادبیات حقوقی، به این چالش اختصاص داده شده است. زیرا در حقوق بین‌الملل خصوصی، ابتدای قواعد صلاحیت بر مکان و در حقوق بین‌الملل عمومی، عناصر قدرت و مشروعیت در فضای مجازی، به چالش کشیده شده‌اند. در

۱. اصل تقرب مکانی، معادل اصطلاح Physical Approximately است. به این معنا که دادگاهی صالح به دعوی رسیدگی می‌کند و قانونی بر ماهیت آن دعوی، حاکم است که نزدیک‌ترین ارتباط مکانی با عمل یا واقعه حقوقی را دارد. ر. ک. به

(Pedro Alberto DE Miguel Asensio, 2008: 5)

۲. بیت مخفف کوچک‌ترین واحد اطلاعاتی است که رایانه آن را مدیریت می‌کند. هر بیت، نشان‌دهنده یک یا صفر و دو دویی یا درست و نادرست منطقی است. هر هشت بیت، یک بایت را تشکیل می‌دهد و می‌توان از آن برای نمایش اطلاعات استفاده کرد. ر. ک. به دیکشنری تخصصی مایکروسافت، ۱۳۸۴: ۸۶.

ادبیات حقوقی رسمی در سطح بین‌المللی و منطقه‌ای نیز این چالش با عناوینی نظیر انتخاب قانون در قراردادهای بین‌المللی، تعیین دادگاه صالح در قراردادهای بین‌المللی، صلاحیت و قانون حاکم بر تجارت الکترونیک مورد بررسی قرار گرفته است (گزارش اجلاس لندن، ۱۹۹۸؛ کاترینا کسدجیان، ۲۰۰۰). بنابراین، لامکان و جهانی بودن فضای مجازی، مبنای قواعد تعیین قانون حاکم در قراردادهای الکترونیکی بوده و در نتیجه، حقوق بین‌الملل خصوصی را مورد توجه قرار داده و بر مبنای آن انتقاد کرده است. زیرا قواعد آن بر عوامل ارتباط مکانی استوار است. در حالی که، فضای مجازی فاقد مکان است. بنابراین، در ادبیات حقوقی، این مسئله جدی دانسته شده است.

به جز مباحث نظری، رویه کشورها نیز بیانگر واکنش به این چالش حقوقی جدید از طریق قانونگذاری است. به گونه‌ای که با اطمینان می‌توان گفت، کمترین واقعه‌ای مانند فناوری اطلاعات و تغییر عناصر در روابط قراردادی و غیرقراردادی، توانسته است همه دولت‌ها و حتی رویه قضایی (مورینجیلو و رینولدس، ۲۰۰۸-۲۱۹) را در سطح داخلی و بین‌المللی با واکنش قانونگذاری مواجه کند. این واکنش‌ها را می‌توان در حوزه قانونگذاری بر قواعد ماهیتی و شکلی قرارداد الکترونیک و قواعد حل تعارض قوانین مورد بررسی قرار داد که هدف اصلی پژوهش حاضر نیز بررسی این واکنش‌ها در زمینه قوانین حل تعارض است (فرهان آل - فرهان، ۲۰۰۲؛ سامتانی آنلی و هاری اس کا تان، ۲۰۰۳). از این رو، در پژوهش حاضر، ضمن تبیین نحوه شکل‌گیری فضای مجازی، چالش‌های قواعد حقوق صلاحیت سنتی و رویکرد نظری (ادبیات حقوقی) و عملی (رویه قانونگذاری) در سطح جهانی و داخلی به این چالش مورد بررسی می‌گیرد، تا بتوان دریافت که کدامیک از نظریات مطرح در ادبیات حقوقی، مورد پذیرش قانونگذاران قرار گرفته است.

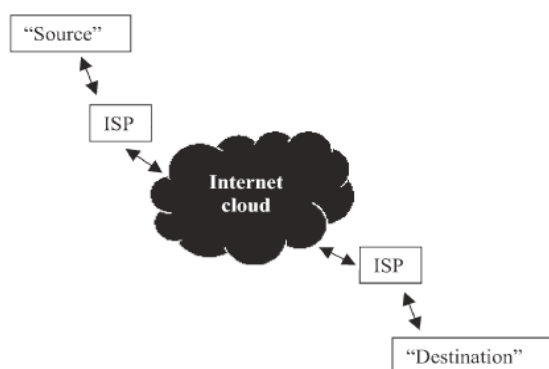
شناسایی فضای مجازی

آیا از لحاظ حقوقی، فضای مجازی، یک مکان است یا وسیله ارتباطی؟ پاسخ به این پرسش تا حدی بر پاسخ فرضیه‌های پژوهش حاضر تأثیر می‌گذارد. زیرا با فرض وسیله بودن آن، دلیلی برای ایجاد چالش در قواعد حقوقی نیست. ولی چنانچه فضا محسوب گردد، به نظم حقوقی جداگانه‌ای نیاز دارد.

آنچه اینترنت را از سایر پدیده‌ها جدا می‌کند، جهانی بودن آن است. تصور عموم از اینترنت یک دنیای بدون مرز است. اما در واقعیت، اینترنت بین نظام‌های حقوقی متعدد تقسیم شده است. برای

تشریح مسائل مرتبط با صلاحیت در فضای مجازی، شناسایی ساختار اینترنت ضرورت دارد. اینترنت به یک شبکه رایانه‌ای و افراد پشت آن محدود نیست. قصد سازندگان اینترنت، اتصال شبکه‌های کوچکتر به یکدیگر و وضع یک زبان مشترک (زبان قراردادی اینترنت) برای تعامل بین آنها است، به گونه‌ای که نظام عدم تمرکز، مبنای معماری آن باشد و فاقد یک مقام کنترل‌کننده مرکزی برای تنظیم ارتباطات و تعاملات واقع در آن باشد (اسچولتز، ۲۰۰۸: ۸۰۳).

این معماری فنی منجر به پیدایش پدیده‌ای به نام ابر اینترنتی شد، این فضا که نمی‌توان تعاملات را رهگیری و پیش‌بینی کرد، فضای مجازی نامیده می‌شود. در نتیجه، می‌توان گفت که فقط یک فضای مجازی داریم که شهروندان شبکه‌ای در این دهکده جهانی مجازی، به تعامل با یکدیگر می‌پردازند. با توجه به موارد فوق، فضای مجازی را می‌توان به شکل ذیل ترسیم کرد.



شکل (۱): فضای مجازی

به طور معمول فضای مجازی را یک مکان فاقد مقررات می‌دانند و فکر می‌کنند در فضای مجازی، هر چیزی آزاد است، آزاد نه به معنای مجازی بودن، بلکه به معنای فاقد محدودیت نظیر بازار آزاد، تجارت آزاد، اراده آزاد، انتخابات آزاد. از این رو، تصور می‌شود که عدم امکان کنترل اینترنت، ویژگی ذاتی دنیای برخط است. بیانیه استقلال فضای سایبر بر این نظریه تأکید داشت (اسچولتز، ۲۰۰۸: ۸۰۳). اما امروزه این نظریه کاربرد ندارد، زیرا این طرز تفکر، می‌تواند نظام سیاسی و اجتماعی جدید را به چالش بکشد و در نتیجه، آن نظم اجتماعی را از بین ببرد. آنچه برای بقای جوامع نیاز است. از این رو، می‌توان گفت، اولین ویژگی ذاتی مورد ادعای این پدیده (آزادی از مقررات) منسوخ

شده است. اما ویژگی دیگر آن یعنی جهانی بودن، به قوت خود باقی است، از این رو، فضای مجازی، فضایی فراملی است. جنبش حقوق الکترونیکی^۱ نیز بر اساس این فرضیه ایجاد شده است. پس فضای مجازی، صرفاً یک وسیله نیست و لازم است نظام حقوقی خاصی در این فضا حاکم باشد.

مسائل ناشی از فضای مجازی

ظهور فعالیت‌های تجاری مبتنی بر فضای مجازی، علاوه بر انتقاد به مبانی تعیین صلاحیت سنتی نظیر اصل سرزمینی و حاکمیت و حضور فیزیکی و مبانی اقتدار آن مانند قدرت کنترل و تأثیر، مشروعیت اجرای قوانین مبتنی بر مکان (مرزهای سرزمینی) را بر فضای بی‌مکان، با مشکل مواجه کرده است (بختیاروند، ۱۳۸۸: ۳۴۸). زیرا مشروعیت نظام حقوقی، مبتنی بر رضایت مردم تحت حاکمیت آن است. از این رو، دولت‌ها در فضای مجازی با دو مشکل مواجه هستند.

اول: مشکل مرسوم معاملات بین‌المللی است که یکی از طرفین واقع در کشور الف، ممکن است تابع قوانین کشور ب قرار گیرد، در حالی که وی در وضع آن قوانین تأثیر نداشته است. در گذشته، این مشکل صرفاً مخصوص برخی معاملات (قرارداد فاقد شرط گزینش قانون) بود. ولی فضای مجازی موجب تسری این موضوع شده است. زیرا سبب حذف فاصله‌ها و مرزها بین افراد شده است و این وضعیت، موجب تعامل فزاینده تجاری بین اتباع کشورها شده است. تعداد بیشتر تعاملات، به معنای تعداد بیشتر تعارض‌ها و دعاوی است و دولت‌هایی که به دنبال اجرای صلاحیت قانونی و قضایی خود بر آن دعاوی هستند، با مشکلات مشروعیتی فوق مواجه می‌شوند، در نتیجه شهروندان شبکه‌ای از اینکه تابع صلاحیتی قرار گیرند که در شکل‌گیری آن تأثیر نداشته‌اند، ناخشنود هستند.

دوم: حقوق صلاحیت سنتی، با فرض اعمال بر یک مکان فیزیکی تدوین گردیده و از این رو، مکان مهمترین عامل در تدوین این اصول بوده است. ولی فضای مجازی، رابطه بین قوانین و سرزمین را تضعیف کرده است، زیرا دولت ماهیتاً سرزمینی است. در حالی که فضای مجازی رابطه کمی با مرزهای سرزمینی دارد، هیچ یک از نظریه‌های سرزمینی مبتنی بر حاکمیت، اصل سرزمینی و حضور فیزیکی، به طور شایسته راه‌حل مسائل مربوط به صلاحیت قضایی بر اشخاص یا فعالیت‌های انجام شده در فضای مجازی نیستند. نظریه‌های سنتی صلاحیت را نمی‌توان بر فضای مجازی اعمال کرد، زیرا مبنای اساسی تعیین قواعد حاکم بر صلاحیت قضائی و قانونی، اصل تقرب فیزیکی است، بر مبنای این اصل که مشابه قاعده الاقرب فالاقرب است، هر دادگاهی که به مکان واقعه حقوقی یا عمل

حقوقی نزدیک‌تر است، باید بر آن و اختلافات ناشی از آن، اعمال صلاحیت کند و قانونی بر آن واقعه یا عمل حاکم است که ارتباط بیشتری با آن موضوع دارد. احراز این تقرب، از طریق عوامل ارتباطی ممکن است، عوامل ارتباطی که طبق آنها، عمل یا واقعه به دادگاه یا قانون کشور خاص مرتبط می‌شود. از جمله این عوامل ارتباطی، می‌توان عامل ارتباط حضور، اقامتگاه، محل انعقاد، محل اجرا، محل وقوع را نام برد که مبنای همه این عوامل ارتباطی، مکان جغرافیایی خود واقعه یا طرفین عقد یا واقعه است. به طور کلی، اصول صلاحیتی سنتی بر عامل ارتباط حضور در حوزه قضائی یا مصادیق حضور نظیر انعقاد قرارداد با سکنه حوزه قضائی، بهره‌مندی از منافع قانونی یا مادی حوزه قضائی، هدایت تجارت به سوی حوزه قضائی، و تأثیر بر حوزه قضائی استوار است (اسوانسون، ۲۰۰۴-۵۶) که این موارد، مبنای عینی صلاحیت قضائی یا عوامل ارتباطی نامیده می‌شوند که اعمال صلاحیت معقول بر اساس آن ممکن است. اما انطباق قواعد صلاحیتی فضای واقعی مبنی بر مکان، بر فضای مجازی فاقد مکان با مسائلی مواجه است. بنابراین اگر مفاهیم سنتی تعیین صلاحیت را بر فضای مجازی اعمال کنیم، موجب ایجاد تعارض بین حاکمیت‌ها خواهد شد. زیرا تا زمانی که توافق بین‌المللی در این زمینه وجود نداشته باشد، قانون‌گذاران ملی تلاش خواهند کرد قوانین ملی خود را به طور فراملی اعمال کنند. در نتیجه بین حاکمیت‌ها تعارض ایجاد خواهد شد.

همین چالش‌های ایجاد شده برای صلاحیت قانونی و قضائی در فضای مجازی و عدم توانایی حقوق سنتی برای رفع این مسائل، موجب ایجاد مکاتب فکری جدیدی شده است که در ادامه بیان خواهد شد.

رویکرد نظری

با توجه به ماهیت فضای مجازی و عدم توانایی پاسخگویی حقوق صلاحیت سنتی به مسائل مربوط به صلاحیت فضای مجازی، به دلیل ابتدای قواعد آن بر مکان، نظریات متعددی در ادبیات حقوقی برای تنظیم صلاحیت در فضای مجازی مطرح شده است که بیشتر می‌توان در قالب روش‌های متفاوت ذیل دسته‌بندی کرد،

روش اول: طبق این روش، نباید مفاهیم حقوق سنتی در فضای مجازی اعمال شود، زیرا فضای مجازی، نهادها و قواعد خاص خود را دارد (جانسون و پوست، ۱۹۹۶: ۴۸). این نظریه بر مبنای اصل تعامل آزاد و روند خودتنظیمی استوار است. طبق این مکتب که به مکتب رادیکال مشهور است، فضای سایبر باید عاری از جلوه‌های هر گونه حاکمیت، از جمله اعمال قانون دولت‌ها باشد

و با صدور بیانیه استقلال فضای سایبر، فضای مجازی عاری از قانون هر حاکمیتی دانسته شده است. از نظر مکتب فوق، اعمال و وقایع حقوقی که در فضای سایبر رخ می‌دهند، نباید تحت اقتدار حاکمیت‌ها قرار گیرند، زیرا فضای سایبر مجموعه قواعد و الگوهای رفتاری خود را دارد.^۱ به دلیل افراطی بودن این بیانیه، مبانی فکری این مکتب، مورد قبول قانون‌گذاران قرار نگرفته است، در نتیجه مکتب فکری عملی‌تر و متوازن‌تر دیگری که وضع مجموعه قوانین خاص و جداگانه برای حکومت بر فضای مجازی را ضروری می‌داند، بیشتر مورد توجه قرار گرفته است (روت، ۲۰۰۴: ۱۳). در این مکتب فکری، با شناسایی فضای مجازی به عنوان فضایی متفاوت، بر نیاز آن به مجموعه قواعدی متفاوت و خاص برای تنظیم آن فضا تأکید می‌شود. طبق این نظریه، قوانینی را که برای تنظیم فضای مادی وضع شده است، نمی‌توان بر فضای مجازی اعمال کرد. اما این روش با یک پرسش بی‌پاسخ مواجه است: اگر قوانین دولت‌ها بر فضای مجازی اعمال نشود، پس چه نهادی صلاحیت وضع قانون بر این فضا را دارد؟ به دلیل ضعف در پاسخگویی به پرسش مذکور، نظریه تلفیقی دیگری به نام نظریه ترکیب حقوق و فناوری مطرح شده است. طبق این نظریه، فضای مجازی دنیایی بی‌قانون و مقررات نیست. در واقع، نه تنها تنظیم آن محتاج قانون است، بلکه استفاده توأم از قانون و فناوری، می‌تواند مدل موفقی برای تنظیم و کنترل این فضا عرضه کند. زیرا معماری فضای مجازی یا کدها و سخت‌افزارها و نرم‌افزارهای آن، می‌تواند برخی رفتارها را با اعمال برخی محدودیت‌ها کنترل کند. این مکتب فکری با دو مکتب قبلی تفاوت بسیاری دارد. زیرا در آن هم فضای رایانه‌ای عاری از حاکمیت‌ها و قانون دانسته نمی‌شود و هم اتکای صرف به قانون و حاکمیت، راه‌حل مشکل تلقی نمی‌گردد. بلکه طبق این مکتب، مجموعه حقوق و فناوری است که توانایی تنظیم فضای مجازی را دارد. برای مثال، با وجود شناسایی صلاحیت توافقی، معتقد است به جای وضع قواعدی برای اعتبارسنجی شکلی و ماهوی شرط‌گزینش دادگاه در فضای مجازی، می‌توان از فناوری ژئوبیس برای حل مشکل صلاحیت‌های ناخواسته استفاده کرد.^۲ در این مکتب فکری نیز پاسخی به مسأله صلاحیت در فضای مجازی داده نمی‌شود.

به طور کلی، طرفداران روش اول (افراطیون) معتقدند اعمال مفاهیم حقوقی مبتنی بر مکان جغرافیایی بر یک فضای بدون مکان جغرافیایی، عقلایی نیست. تلاش برای ارتباط حقوق حاکمیت‌های سرزمینی خاص بر معاملات واقع شده در فضای مجازی یا تحلیل نتایج معاملات واقع

1. Declaration of the Independence of Cyberspace, 2003

۲. فناوری شناسایی مبتنی بر مکان (ژئوبیس)، یک برنامه هوش مصنوعی است که با شناسایی آی پی رایانه مهمان، مانع دستیابی کاربران ساکن کشورهای خاص به خدمات سایت می‌شود.

شده در شبکه به مثابه یک معامله واقع شده در یک مکان جغرافیایی خاص موجه نیست. از آنجایی که فضای مجازی، همزمان در چند کشور در دسترس است، هیچ حکومتی نمی‌تواند ادعای وضع قانون برای تنظیم معاملات واقع در فضای مجازی کند (واین کراوز، ۲۰۰۳: ۳۲).

علاوه بر این، جنس اعمال حقوقی فضای مجازی با جنس فعالیت‌های انجام شده در فضای مادی یکسان نیست، زیرا این فعالیت‌ها به طور آنی با هزینه‌ای در حدود صفر انجام می‌شود و میلیون‌ها انسان می‌توانند همزمان به آن مرتبط شوند. در نتیجه، افراطیون بین فضای مجازی و واقعی از منظر حقوقی تفاوت قائل می‌شوند و معتقدند در فضای مجازی، مفهوم "کجا" از بین رفته است (لی جنته، ۲۰۰۲: ۳). زیرا احراز مکان، در این فضا ممکن نیست، پس فضای مجازی، قواعد فضای واقعی را به چالش کشیده است، زیرا وقتی شخصی به فضای مجازی متصل می‌شود، هم همه جا هست و هم هیچ جا نیست. بنابراین، برای موضوعات جدید باید قواعد جدیدی وضع شود.

با وجود تلاش افراطیون برای اثبات نظریه مذکور، رویکرد حکومت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی، تنظیم موضوعات درباره صلاحیت و قانون حاکم با توسل به قواعد حقوقی سنتی است.

روش دوم: نهادهای حقوقی موجود، باید با فضای مجازی انطباق یابند. بنابراین تنظیم فضای مجازی از حیث صلاحیت و قانون حاکم با استفاده از نهادهای حقوق سنتی ممکن است. دکترین استفاده از نهادهای حقوقی سنتی، فضای مجازی را یک واسطه انتقال نظیر تلفن محسوب می‌کند که وظیفه‌اش انتقال اطلاعات از مکانی به مکان دیگر است و هر یک از این مکان‌ها، قانون حاکم بر خود را دارد. بنابراین، فعالیت‌های برخط و آف لاین^۱ با هم تفاوت ندارند، زیرا در هر دو، افرادی که در یک فضای واقعی تحت صلاحیت یک کشور قرار دارند، با افراد واقع در فضای واقعی تحت صلاحیت کشور دیگر، ارتباط برقرار می‌کنند. از این رو، دلیل منطقی برای معافیت فضای رایانه‌ای از اعمال قواعد سرزمینی وجود ندارد. در نتیجه، اصول حقوق سنتی کاملاً می‌تواند مسائل ناشی از صلاحیت و قانون حاکم در فضای مجازی را حل کند.

روش سوم: ماهیت تجارت الکترونیک به گونه‌ای است که فعالان این حوزه، به راحتی می‌توانند قوانینی را که بر مبنای مرزهای جغرافیایی وضع شده است، نادیده بگیرند. البته اگر قوانین داخلی یا منطقه‌ای، بیانگر اجماع جهانی در این زمینه نباشند، منافع تجارت الکترونیک را نصیب کشورهای خاصی می‌کنند. بنابراین، هر فعالیتی برای تنظیم قواعد مربوط به صلاحیت و قانون حاکم در فضای

۱. آف لاین متضاد آن لاین (برخط) و در اینجا به مفهوم اعمالی است که خارج از شبکه و به شکل غیر الکترونیکی انجام می‌شود.

مجازی، باید به طور همه‌جانبه انجام شود، زیرا فضای مجازی پدیده‌ای جهانی است (هورتنز جولی، ۱۹۹۶: ۱۱۰). طرفداران این روش، با وجود توافق در مبانی آن، یعنی تنظیم فضای مجازی از طریق وضع معاهده‌های بین‌المللی عام، درباره ماهیت معاهده‌های مورد نظر اختلاف دارند. برخی به وضع معاهده برای تعیین قانون ماهوی و برخی دیگر، صرفاً به تعیین قواعد تعارض قوانین همسان معتقد هستند. با توجه به اینکه غالباً حاکمیت‌ها به کاهش اختیار قانونگذاری خود تمایل ندارند، وضع یک معاهده بین‌المللی حاوی قواعد انتخاب قانون حاکم برای فضای مجازی فرامرزی، مناسب‌تر است تا اینکه قوانین ماهیتی برای حکومت بر فضای مجازی وضع شود. از این رو، اگر معاهده‌ای حاوی اصول انتخاب قانون حاکم در فضای مجازی وضع شود، مشکل قانون حاکم در فضای مجازی به ساده‌ترین شکل حل می‌شود. از این رو، رویکرد تنظیم معاهده، بیشتر به منظور همسان کردن قواعد تعارض قوانین و تعیین صلاحیت است.^۱

بنابراین، وضع معاهده‌ای درباره نحوه تعیین قانون حاکم، می‌تواند به شفافیت حقوق فضای مجازی کمک کند. همچنین در صورت وضع قوانین ماهوی همسان، نیاز به قواعد شکلی انتخاب قانون حاکم، کاهش خواهد یافت. با وضع یک نظام حقوقی متشکل از قواعد ماهوی همسان بین‌المللی، برای اعمال بر موضوعات فضای مجازی، همه مسائل با استناد به قانون ماهوی موضوعه، بدون نیاز به توسل به قواعد تعارض قوانین حل خواهد شد و در نتیجه، طرفین قرارداد الکترونیکی می‌توانند از قوانین ماهیتی حاکم بر قرارداد منعقد آگاهی یابند و ابهامات موجود در این زمینه رفع شود. قانون نمونه آنسیترال درباره تجارت الکترونیکی، نمونه‌ای از قوانین ماهوی همسان در این زمینه است و برای همسان کردن قواعد ماهوی نیز یا باید به دادگاه‌ها اجازه داده شود که حقوق عرفی حاکم بر فضای مجازی را از طریق رویه قضایی توسعه دهند یا معاهده‌ای بین‌المللی در این زمینه وضع شود. روش اول، به طور ضمنی مؤید شناسایی و اعمال روشی مشابه عرف بازرگانان^۲ در فضای مجازی است. یعنی مجموعه‌ای از عرف‌ها و رویه‌های کاربران، در فضای مجازی که مورد تأیید دادگاه‌ها قرار گرفته است تدوین شود و بر فضای مجازی اعمال گردد و با استفاده از روش قواعد فراملی یا حقوق بازرگانان^۳، الگویی برای حل مسأله تعارض قوانین در فضای مجازی ایجاد شود.

۱. معاهده لاهه راجع به موافقت‌نامه انتخاب دادگاه، ۲۰۰۰، معاهده استفاده از نشانه‌های الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی. Brussels I Regulation, 2001-(Bureau Permanent, 2005- 2011

2. Lex Mercatoria

۳. قانون بازرگانان، مجموعه‌ای از رویه‌های عرفی در میان بازرگانان در اروپا و آسیا بود که در همه کشورهای متمدن، اجراشدنی بود و برای حل مسائل ناشی از تجارت بین‌المللی ایجاد شد. قانون مذکور با قواعدی که بر معاملات غیرتجار حاکم بود، تفاوت داشت. حقوق بازرگانان، مجموعه‌ای از حقوق است که بسیاری از موضوعات انتخاب قانون حاکم را در حوزه خود پاسخ می‌دهد و می‌تواند قوانین کشورها را تحت شمول قرار دهد.

قیاس قواعد فراملی و حقوق بازرگانان با مسائل حقوقی مطرح در فضای مجازی، قیاس مناسبی است. همانند تجار، کاربران فضای مجازی نیز نیازهای خاص خود را دارند و از طریق توسعه رویه‌های خود به گونه‌ای که از لحاظ حقوقی الزام‌آور باشد و از لحاظ قضایی نیز به رسمیت شناخته شود، منجر به وضع مجموعه قواعدی، مخصوص فضای مجازی می‌شوند. وجه تشابه دیگر حقوق بازرگانان با فضای مجازی، قابلیت انطباق آن با تغییرات سریع در محیط الکترونیکی است. در این صورت، هنگامی که دادگاه در جستجوی قاعده‌ای برای اعمال بر واقعه‌ای خاص است، به مجموعه عرف‌ها و رویه‌های پذیرفته شده مدون یا غیرمدون تکوین یافته در فضای مجازی استناد می‌کند. همچنین برای اینکه عرف‌ها، قدرت اجرایی بیشتری داشته باشند، نباید صرفاً نقش تفسیری به آنها داد، بلکه آنها باید مبانی حقوق معاملاتی در فضای مجازی مورد توجه قرار گیرند، به گونه‌ای که بتوانند منشأ حق و تکلیف در این حوزه شوند.

منطق این روش، مشابه روش پیشنهادی افراطیون است. ولی با آن تفاوت مهمی دارد، زیرا در اینجا عرف کاربران، یگانه قانون حاکم بر فضای مجازی نیست، بلکه یکی از منابع حقوق مجازی در نظر گرفته شده و صرفاً تأثیری مهم‌تر به آن اعطا گردیده است. این نظریه رویکردی خوش‌بینانه دارد ولی همه دولت‌ها تمایل ندارند، قواعدی بر رفتار شهروندانشان اعمال شود که با قوانین داخلی آنها متفاوت است.

روش چهارم: فضای مجازی باید از طریق وضع یک معاهده بین‌المللی، فضای چهارمی نظیر دریای آزاد، ماورای جو و قطب جنوب محسوب گردد و تابعیت، به عنوان اصل اولیه برای احراز صلاحیت در نظر گرفته شود تا پیش‌بینی‌پذیری قانون حاکم و صلاحیت در این زمینه ممکن گردد (منت، ۱۹۹۸: ۴، ساجدیوا، ۲۰۰۷: ۵۴). این راه‌حل، ویژگی خاص فضای مجازی را به رسمیت شناخته می‌شناسد و از طریق شناسایی مرز حقوقی بین دنیای مجازی و غیرمجازی، فضای مجازی را به صورت مکانی متمایز به رسمیت می‌شناسد. در این روش که فضای مجازی با مناطق فاقد حاکمیت، نظیر ماورای جو و قطب جنوب قیاس شده است، انتخاب قانون باید بر اساس قواعد قانون نمونه آنستیرال در خصوص داوری تجاری بین‌المللی از طریق شرط گزینش قانون حاکم و داوری اجباری انجام شود. زیرا هیچ دولتی حق حاکمیت را بر این منطقه ندارد. دادگاه‌های خاص برای حل و فصل دعاوی واقع در فضای مجازی، نظیر دادگاه‌هایی که در قرون وسطی برای اجرای عرف و رویه‌های تجاری بازرگان و دادگاه‌های خاص دریایی که پرونده‌های دریایی را حل و فصل می‌کرده، ولی از آنجایی که ممکن است احکام داوری صادره به وسیله این‌گونه داوران، بر اساس

قواعد صلاحیتی محل اقامت طرفین یا محل وقوع اموال مرتبط، اجراءشدنی نباشد، باید فعالیت‌هایی به منظور تضمین اجرای این احکام در سطح بین‌المللی انجام شود. ایجاد چنین دادگاه‌هایی از طریق ایجاد دیوان‌های داوری تخصصی ویژه فضای سایبر ممکن است. تلاش‌هایی نیز برای ایجاد دادگاه‌های سایبری از طریق تعیین داوران منصوب از جانب طرفین دعوی در دعاوی راجع به فضای مجازی انجام شده و خطوط راهنمایی به منظور تعیین عناصر لازم برای شمول عنوان دعوی سایبری بر یک دعوی که بتواند موضوع داوری مجازی قرار گیرد، ترسیم شده است (روسنر، ۲۰۰۲: ۴). اما با وجود تلاش برای تبدیل این رویکرد نظری به رویکرد عملی و رسمی، به جز در حوزه‌هایی خاص در سطح منطقه‌ای (درفت، ۲۰۱۰ ب) چندان مورد پذیرش جهانی قرار نگرفته است.

رویکرد عملی

همان‌گونه که تبیین شد، ادبیات حقوقی حاکم بر حقوق تجارت الکترونیک، پاسخ‌ها و راهکارهای متعددی برای چالش‌های حقوقی صلاحیت و قانون حاکم در فضای مجازی ارائه کرده است. ولی سرعت بالا و فقدان مرزهای جغرافیایی در معاملات الکترونیکی موجب شده است آثار اعمال حقوقی تجاری در فضای مجازی به راحتی از مرزهای سرزمینی فراتر رود، و بر این اساس، قراردادهای الکترونیکی بین‌المللی با ترکیبی از رژیم‌های حقوقی متعدد مواجه شوند و این پرسش مطرح گردد؛ چگونه می‌توان دعوی ناشی از این روابط قراردادی را به شکل مؤثر و عادلانه‌ای حل و فصل کرد؟ پاسخ به این پرسش، علاوه بر اینکه یکی از مسائل نظری مهم در حقوق بین‌الملل خصوصی است، به اتخاذ یک رویکرد عملی نیاز دارد، زیرا پیروی از روش‌های متفاوت در کشورهای مختلف، می‌تواند سبب تفاوت در سطح حمایت از ارتباطات الکترونیکی و در نتیجه، بروز مشکل در اعتمادپذیری، اتکاپذیری اسناد و قراردادهای الکترونیکی و تزلزل در بنیان تجارت الکترونیک شود. بنابراین، حقوق بین‌الملل خصوصی موظف است قواعد تعارض قوانین جداگانه‌ای برای قراردادهای الکترونیکی وضع کند یا نحوه بکارگیری قواعد تعارض قوانین مرسوم را در فضای مجازی باز تعریف کند. رویه سازمان‌های بین‌المللی، منطقه‌ای و ملی، بیانگر اتخاذ رویکرد نوسازی یا تعریف مجدد قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی است (گیلز، ۲۰۰۸: ۳). جدیدترین تلاش جهانی در این زمینه، تدوین و تصویب موافقتنامه انتخاب دادگاه موسوم به معاهده انتخاب دادگاه است که گام مهمی در تقویت اصل حاکمیت اراده در خصوص پذیرش شرط گزینش دادگاه در قراردادهای

بین‌المللی است. روش بی‌طرفی فنی مندرج در این معاهده، به موافقت‌نامه‌های انتخاب دادگاه به شکل الکترونیکی اعتبار بخشیده است. زیرا موافقت‌نامه‌های انتخاب دادگاه را که به شیوه الکترونیکی منعقد گردیده است - در صورتی که به ایجاد یک سابقه پایدار از آن برای مراجعات بعدی منجر شود - معتبر می‌داند (معاهده لاهه راجع به موافقتنامه انتخاب دادگاه، ۲۰۰۵: ماده ۳). از آنجایی که معاهده انتخاب دادگاه، موضوع انتخاب قانون حاکم در قراردادهای بین‌المللی را مطرح نکرده است، انجمن لاهه در خصوص حقوق بین‌الملل خصوصی، در حال تدوین سند جدیدی در مورد انتخاب قانون حاکم در قراردادهای بین‌المللی با استفاده از تجارب قانونگذاری‌های منطقه‌ای نظیر معاهده قانون حاکم بر تعهدات قراردادی جامعه اروپا، انجمن بین‌آمریکایی در خصوص حقوق بین‌الملل خصوصی^۱، تجارب کمیته ملل متحد در خصوص حقوق تجارت بین‌الملل و مؤسسه بین‌المللی یکسان‌سازی حقوق بین‌الملل خصوصی^۲ و اتاق بین‌المللی تجارت است (دبیرخانه دائمی کنفرانس لاهه^۳، ۲۰۱۱). رویکرد کلی نیز پذیرش اصل حاکمیت اراده در روابط قراردادی در سطح بین‌المللی، به عنوان یک اصل پایه به منظور پیش‌بینی‌پذیری صلاحیت و قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی است. از این رو، رویکرد اصلی، تقویت اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم و دادگاه صالح است.

آنستیرال نیز در زمینه نوسازی و یکسان‌سازی قواعد تجارت بین‌المللی فعالیت‌های بسیاری انجام داده است که مهمترین آن، تدوین معاهده ملل متحد در خصوص استفاده از نشانه‌های الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی، به عنوان سند تکمیل‌کننده معاهده ملل متحد در خصوص قراردادهای فروش بین‌المللی مصوب ۱۹۸۰ است (کیسگ^۴، ۱۹۸۰). این کار موجب افزایش شفافیت حقوقی در زمینه اعتبار قراردادهای الکترونیکی بین‌المللی و کمک به تعیین مکان طرفین در فضای مجازی شده است. زیرا مکان، مهمترین عامل ارتباطی برای تعیین صلاحیت و انتخاب قانون حاکم برای قراردادهای الکترونیکی بین‌المللی است.

در اتحادیه اروپا نیز کمیته اروپا ابتدا در سال ۲۰۰۹، به منظور نوسازی مقررات بروکسل، قواعد آن را مورد بازنگری قرار داد تا ضمن یکسان‌سازی قواعد تعارض صلاحیت در موضوعات مدنی و تجاری و ساده‌سازی تشریفات دادرسی و شناسایی ساده و سریع و اجرای احکام صادره در دول

1. Cidip
2. Unidroit
3. Bureau, Permanent
4. Cisg

عضو، چالش جدید حل شود. (مقررات^۱ بروکسل اول، ۲۰۰۱)

علاوه بر این، جامعه اروپا در سال ۲۰۰۸ معاهده قانون حاکم بر تعهدات قراردادی (مقررات رم اول) را تصویب کرد که اجرای آن در دسامبر سال ۲۰۰۹، واجب شد (مقررات رم اول^۲). رویکرد کلی مقررات رم اول نیز تقویت اصل حاکمیت اراده و در غیاب انتخاب طرفین، عرضه قواعد سازگار و انطباق‌پذیر با فضای مجازی است.

در ایالات متحده آمریکا، به لحاظ حاکمیت حقوق عرفی بر نظام حقوقی آن، مجموعه قوانین مدونی در خصوص حقوق بین‌الملل خصوصی وجود ندارد و وظیفه اصلی نوسازی قواعد، بر عهده رویه قضایی است. بر این اساس، آرای قضائی متعددی در خصوص دعاوی مرتبط با اعمال حقوقی در فضای مجازی صادر گردیده است (Symeonides, 2009). قضات اصول و قواعدی را در این پرونده‌ها مورد استفاده قرار داده‌اند که مهمترین آنها، معیار "حداقل تماس"^۳، معیار "میزان فعالیت"^۴ و "روش هدف‌گیری"^۵ است. معیارهای مذکور برای رفع مسائل حقوقی اعمال حقوقی در فضای مجازی در نظر گرفته شده‌اند.

انجمن بین‌المللی حقوق بین‌الملل خصوصی نیز در حال کار درباره سندی به منظور یکسان‌سازی قواعد تعارض قوانین در قراردادهای مصرف‌کننده و تدوین قواعدی برای حل و فصل دعاوی، به منظور حمایت از مصرف‌کننده با عنوان پیش‌نویس قانون نمونه راجع به صلاحیت و قانون حاکم بر قراردادهای مصرف‌کننده (درفت ب، ۲۰۱۰) و پیش‌نویس قانون نمونه برای داوری الکترونیکی در خصوص دعاوی فرامرزی مصرف‌کنندگان است (درفت ب، ۲۰۱۰). این پیش‌نویس‌ها، گام مؤثری برای وضع یک چهارچوب حقوقی همسان، مؤثر، عادلانه و پیش‌بینی‌پذیر در خصوص حل و فصل دعاوی مرتبط با قراردادهای الکترونیکی مصرف‌کننده فرامرزی است.

در نظام حقوقی ایران، قانون تجارت الکترونیکی به منظور هماهنگی با رویکردهای جهانی و رفع چالش‌های مذکور وضع شد. ولی مسأله تعیین قانون حاکم و دادگاه صالح در قراردادهای الکترونیکی که مهمترین چالش در این حوزه است، تابع قوانین عمومی دانسته شده است. بنابراین، در این زمینه

۱. کلمه Regulation با عناوینی همچون مقرره، آئین‌نامه نیز معادل‌سازی شده است ولی در این مقاله با مقررات معادل‌سازی شده است.

2. Brussels I Regulation, 2001

3. Rome I Regulation, 2008

۴. برای بررسی مفهوم و مبنای وضع این معیارها و نحوه اعمال آنها در فضای مجازی ر.ک. به فای فنگفی ونگ، ۱۳۸۹:

Tricia Leigh Gray, 2002: 85; Earl Warren, Hanson v. Denckla, 2003: 259- Julia Alpert Gladstone, 251

5. Sliding Scale

6. Targeting

باید همان قواعد تعارض قوانین مندرج در قانون مدنی و قانون آئین دادرسی مدنی بر این فضا اعمال شود (صادقی، ۱۳۸۹: ۶۵). در این قانون، در مواد ۳۳ تا ۴۹ برخی قواعد حمایتی برای حفظ حقوق مصرف‌کننده در محیط الکترونیکی وضع شده است و به موجب آن، نباید بر اساس سایر قوانین که حمایت ضعیف‌تری اعمال می‌کنند، اجرای حقوق مصرف‌کننده متوقف شود. همچنین استفاده از شروط قراردادی، خلاف مقررات این قانون است و اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده نیز فاقد اثر حقوقی دانسته شده است (قانون تجارت الکترونیکی، ۱۳۸۲، مواد ۴۵ و ۴۶). بنابراین، در صورتی که در قانون منتخب، حمایت‌های کمتری از مصرف‌کننده نسبت به قانون ایران شود، امکان توافق خصوصی با شخص مصرف‌کننده در تعیین قانون حاکم غیر از قانون ایران بی‌اثر است (السان ب، ۱۳۸۵: ۱۶۲). بنابراین، قانون تجارت الکترونیکی ایران، اصل کشور مقصد و اصل صلاحیت حمایتی را به صورت یک قاعده تعارض قوانین در قراردادهای الکترونیکی پذیرفته است. ولی رویکرد اساسی معاهده‌های بین‌المللی و منطقه‌ای، نوسازی قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی را با هدف تقویت پذیرش اصل حاکمیت اراده در تعیین دادگاه صالح و قانون حاکم نپذیرفته است، زیرا مقررات راجع به تعیین صلاحیت در حقوق ایران، جزء قواعد آمره است و توافق اشخاص در جهت مخالف آن، باطل است و اختیار طرفین در انتخاب قانون حاکم نیز بسیار محدود است. عدم تغییر رویکرد سنتی نظام حقوقی ایران در خصوص صلاحیت و قانون حاکم، به نفع توسعه تجارت الکترونیکی نیست، از این رو، ضرورت دارد با انجام اصلاحاتی در قوانین ناظر بر تعیین قانون حاکم، جایگاه و اعتبار بیشتری به اصل حاکمیت اراده طرفین در این زمینه داده شود.

نتیجه‌گیری

برداشت‌های متعدد از ماهیت فضای مجازی، منجر به پیشنهاد نظام‌های حقوقی متعددی برای اعمال در فضای مجازی شده است. به گونه‌ای که برخی آن را صرفاً یک وسیله ارتباطی و بی‌نیاز از وضع قواعد جداگانه و برخی دیگر آن را فضای مستقل و خارج از حاکمیت تقنینی و اجرایی دولت‌ها می‌دانند. اما رویکرد قانون‌گذاری نشان می‌دهد که کشورها فضای مجازی را، فضای مستقل از حاکمیت کشورها نمی‌دانند. بلکه آن را تحت شمول حاکمیت و صلاحیت دولت‌ها تلقی می‌کنند. ولی به منظور جلوگیری از تعارض صلاحیت‌ها، دولت‌ها رویکرد همسان کردن قواعد تعیین صلاحیت و قانون حاکم را از طریق وضع معاهده‌های بین‌المللی، به عنوان یک نظریه عام پذیرفته‌اند. در زمینه قواعد ماهوی، اصول بی‌طرفی فنی و برابری کاربردی، مبنای وضع قوانین قرار گرفته

است تا تغییر اعمال حقوقی از کاغذی به الکترونیکی، تغییری در نظام حقوقی حاکم بر آن ایجاد نکند و اعمال حقوقی در فضای مجازی نیز همان حمایت‌های حقوقی اعمال حقوقی فضای واقعی را دارا باشد. بنابراین، گرچه فناوری‌های اطلاعاتی موجب پیدایش مسائل متعددی در قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی (قواعد تعارض قوانین و تعیین صلاحیت) شده است، به وضع رژیم حقوقی جداگانه‌ای برای اعمال حقوقی در فضای مجازی منجر نشده است. بلکه رویکرد کشورها، انطباق قواعد حقوقی موجود بر اعمال حقوقی فضای مجازی است. بر این اساس، با پذیرش اصل برابری کاربردی و بی‌طرفی فنی به عنوان مبنای وضع قوانین، همان قوانین ماهوی حاکم بر این فضا نیز اجراشدنی دانسته شده است. در زمینه قواعد تعارض قوانین نیز رویکرد جهانی و منطقه‌ای، اعمال قواعد مرسوم در فضای مجازی است و از وضع عامل‌های ارتباط جداگانه برای تعیین قانون حاکم در این فضا و ایجاد دو نظام حقوقی جداگانه خودداری شده است، ولی رویکرد اصلی، پیش‌بینی‌پذیری صلاحیت و قانون حاکم از طریق تقویت اصل حاکمیت اراده است. بنابراین، همان قواعد تعارض قوانین مرسوم، برای تعیین قانون ماهوی حاکم بر این نوع قراردادها اعمال می‌شود. ولی از آنجایی که قواعد سنتی تعیین قانون حاکم، بر مبنای اصل تقرب فیزیکی بین قانون حاکم و قرارداد وضع گردیده و مبنای احراز این تقرب نیز عوامل ارتباطی مبتنی بر مکان فیزیکی است، اعمال این عوامل ارتباطی در فضای مجازی برای احراز اصل تقرب و در نتیجه تعیین قانون حاکم به لحاظ تفاوت ماهوی بین فضای مادی و مجازی (عدم وجود مکان در فضای مجازی) با مشکلاتی مواجه است که قانون‌گذارها برای حل این مشکل، به بازتعریف عوامل ارتباطی تعیین قانون حاکم، نظیر اقامتگاه، محل تجارت در فضای مجازی و در نتیجه، نوسازی قواعد تعیین قانون حاکم پرداخته‌اند.

منابع

الف) فارسی

- السان، مصطفی (۱۳۸۵ الف). جنبه‌های حقوقی داوری آن‌لاین. نامه مفید، ۵۸، ۷۹-۱۰۶.
- السان، مصطفی (۱۳۸۵ ب). بررسی نحوه تعیین قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی. پژوهش حقوق و سیاست، ۱۹، ۱۳۹-۱۷۰.

بختیاروند، مصطفی (۱۳۸۸). مسئولیت مدنی در فضای سایبر. مجموعه مقالات. معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضائیه. روزنامه رسمی، ۳۸۲-۳۴۵.

سیلویا، م. رکودو (۱۳۸۹). رویکرد نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا و اروپا به تشکیل قراردادهای الکترونیکی. ترجمه ابراهیم نوشادی. ویژه‌نامه مجله حقوقی بین‌المللی، ۲۰۲-۱۸۳.

زوزانا، اسلواکوا. دادگاه صالح حاکم بر دعاوی ناشی از نقض علائم تجاری اینترنتی در اتحادیه اروپا. ترجمه محسن صادقی و حسین کاویار. ماهنامه کانون، ۱۱۲، ۱۵۵-۱۷۴.

فای فنگفی ونگ (۱۳۸۹). صلاحیت قضائی در دعاوی ناشی از قراردادهای اینترنتی، بررسی حقوق اتحادیه اروپا و ایالات متحده. ترجمه عباس کریمی. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۴۰ (۱۰۱)، ۲۳۹-۱۵۶.

صادقی، محسن (۱۳۸۹). مطالعه تطبیقی تعیین مرجع صالح رسیدگی به دعاوی حقوقی نقض اسرار تجاری در فضای دیجیتال. فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، ۵۵، ۴۷-۷۳.

کنوانسیون لاهه راجع به موافقت‌نامه انتخاب دادگاه، ۲۰۰۵، قابل دسترسی در:

http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=98

کنوانسیون استفاده از نشانه‌های الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی، ۲۰۰۵، قابل دسترسی در:

<PDF/N0548880.pdf/80/488/http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05>

ب) انگلیسی

- Anil, S. & SK, Tan, H. (2003). Legal, Regulatory and Policy Issues of E-Commerce in Asia. retrieved from [Available at] <http://www.apdip.net/projects/2003/asianforum/docs/papers/session7.pdf>.
- Anne, H. J. (1996). Commercial transactions on the internet, Institute of Comparative law McGill University. Montreal Quebec. Canada Retrieved from [Available at] <http://www.collectionscanada.gc.ca/obj/s4/f2/dsk2/ftp01/MQ29830.pdf>.
- Becher, S. I. & Zarsky, T. (2009). E-Contract Doctrine 2.0: Standard Form Contracting in the Age of Online User Participation. Michigan Telecommunications and Technology Law Review, 14(2). Retrieved from SSRN: [Available at] <http://ssrn.com/abstract=984765>.
- Brussels I. R. (2001). Council Regulation [EC] No. 442001/ of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters OJ L 012, 16.01.2000 P. 1-23, retrieved from <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R0044:EN:HTML>.
- Bureau, P. (2011). Choice of law in international contracts development process of the draft instrument. Preliminary Document No 6 of February 2011 for the attention of the Council of April 2011 on General Affairs and Policy of the Conference. retrieved from: [Available at] <http://www.hcch.net>
- Burk, D. L. (1997). Jurisdiction in a World Without Borders' 1 Virginia. Journal Of

- Law And Technology. 3 [Available at] http://vjolt.student.virginia.edu/graphics/vol1/home_art3.html> Last visited.
- Burstein, M. (1998). A Global Network in a Compartmentalized Legal Environment in Katharina Boele-Woelki and Catherin Kessedjian (eds.). Internet, which court decides? which law applies? The Hague: Kluwer Law International.
- Catherine, K. (2000). with the co-operation of the private international law team of the Ministry of Justice of Canada Electronic commerce and international jurisdiction Ottawa, 28 February to 1 March 2000, Summary of discussion available online [Available at] <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm12.pdf> last visited 2011
- Charles, L. K., Nathan, M. C., & Harry, G. P. (2011). Rules of Contract Law. Published: ISBN13: 9780735508088.
- CISG (1980). UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. UNCITRAL, retrieved from [Available at] <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/CISG.pdf>.
- Johnson, D. R. & Post D. G. (1996). Law and Borders, The Rise of Law in Cyberspace' 48 Stanford Law Review. retrieved from [Available at] <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Borders>.
- Declaration of the Independence of Cyberspace. (2003). [Available at] <http://www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html> .
- Deveci, H. A. (2006). Internet jurisdiction Personal jurisdiction: Where cyberspace meets the real world – Part II. [Available at] <http://www.sciencedirect.com>
- Draft, (2010). Model Law/Cooperative Framework for Electronic Resolution of Cross Border E-Commerce/. retrieved from
- Draft, (2010 b). Model Law on Government Redress For Consumers Including Across Borders. retrieved from [Available at] http://www.oas.org/dil/Draft_of_proposal_for_a_Model_Law_on_Jurisdiction_and_Applicable_Law_for_Consumer_Contracts_Canada.pdf
- Faye, F. W. (2009). Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal Practices in the EU, US And China. Cambridge University Press. 9789-19933-521-0-.
- Farhan AL-F. (2002). Electronic contracts The Impact of the UNCITRAL Model Law on international legal systems Saudi Arabia information technology development from a legal perspective 2002, [Available at] <http://www.cailaw.org/academy/magazine/uncitral.pdf>, last visited 2011
- Gillies, L. E. (2008). Electronic Commerce and International Private Law: A Study of Electronic Consumer Contracts, Aldershot. England; Burlington, VT: Ashgate, 2008, ISBN 9780-4855-7546-0- Reviewed by Matthew Cahill ,Journal of High Technology Law, Suffolk University Law School, [Available online at] http://www.law.suffolk.edu/highlights/stuorgs/jhtl/book_reviews/2008_2009/Cahill.pdf
- Hortense, J. A. (1996). Commercial transactions on the internet. Institute of Comparative law McGill University Montreal Quebec, Canada. [Available at] <http://www.collectionscanada.gc.ca/obj/s4/f2/dsk2/ftp01/MQ29830.pdf>.
- Pedro A. DE M. A. (2008). Applicable law in the absence of choice to contracts relating intellectual or industrial property rights. year book of private international law, x, 199-219.
- Hague Convention on Choice of Court Agreements (2005). [Available at] www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=8.

- Menthe, D. C. (1998). Jurisdiction In Cyberspace: A Theory of International Spaces. Mich. Telecomm. Tech. L. Rev. 69. [Available at] <http://www.mttr.org/vol four/menthe.pdf>.
- Michael E. M. (2008). Real jurisdiction in virtual world, AIPLA CLE PUBLICATION. retrieved from: [Available at] www.h2law.com/news/pub.asp?id=92.
- Moringiello & Reynolds (2002). Surver of the law of cyberspace, Electronic contracting case 20072008-, bus law. 219, available at papers.ssrn.com
- Lee Jeanette, Jurisdiction on the Web: Where is "Here" in Cyberspace . A paper presented by at. Intellectual Property Summit, [Available at] <http://www.bereskinparr.com/FRE/News/IntellectualPropertyArticles/pdf/whereishereJLEE.pdf>
- Rome I, Regulation (2008). Regulation [EC] No. 5932008/ of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations OJL 177. 04.07.2008 P. 6–16,
- Rome, II Regulation (2007). (EC) No 8642007/ on Laws Applicable to Non contractual Obligations. July 11, 2007 (the "Rome II Regulation"). Official Journal of the EU, 11, L 19940/.
- Rosner, n. (2002). International jurisdiction in European union E-commerce contracts. [Available at] http://www.llrx.com/features/eu_ecom.htm
- Rotterdam, R. (2009). UN Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly. A/RES/63122/.
- Raut ,B. (2004). Determining the judicial jurisdiction in the transnational cyberspace. A Thesis submitted in fulfillment of the requirements of the degree of School of law Queensland University of Technology. Retrieved from: eprints.qut.edu.au/15830/1/Bimal_Raut_Thesis.pdf
- Sachdva, A. M. (2007). international jurisdiction in cyberspace: a comparative perspective. Issue 8 .Sweet & Maxwell limited [and contributors] [2007] C.T.L.R. [Available at] www.vaishlaw.com/.../Cyberspace%20Jurisdiction-Amit%20Sachdeva.pdf.
- Samtani, A. & Harry SK Tan, L.(2003). Regulatory and Policy Issues of E-Commerce in Asia, [Available online at] <http://www.apdip.net/projects/2003/asianforum/docs/papers/session7.pdf> .1505/11/
- Svantesson, D. J.B. (2004) "An Introduction To Jurisdictional Issues In Cyberspace" ,, [Available at] http://epublications.bond.edu.au/law_pubs/265
- Polanski, P. (2005). Common Practices in the Electronic Commerce and Their Legal Significance. BLED 2005 Proceedings. Paper 14. [Available at] <http://aisel.aisnet.org/bled200514/>
- Polanski, P. (2002). International Custom as a Source of Law in Global Electronic Commerce. The University of Melbourne, Parkville, Victoria 3052, Australia [Available at] http://www.hicss.hawaii.edu/HICSS_35/HICSSpapers/PDFdocuments/INBTB03.pdf.
- Svantesson, D. J. B. (2004). An Update on the proposed Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements. Bond University, Retrieved from [Available at] http://epublications.bond.edu.au/law_pubs/60
- Symeonides, S. C. (2008). Choice of Law in the American Courts. Twenty-Second Annual Survey American Journal of Comparative Law, 57. [Available at] <http://ssrn.com/abstract=1322168Smedinghoff>,

- Thomas, J. (2008). The Legal Challenges of Implementing Electronic Transactions. Uniform Commercial Code Law Journal, 41(3). [Available at] <http://ssrn.com/abstract=1275108>
- Thomas, S. (2008). Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface. The European Journal of International Law, 19(4).
- Trakman, L. (2009). The Boundaries of Contract Law in Cyberspace. University of New South Wales Faculty of Law Research Series. Paper 13. [Available at] <http://law.bepress.com/unswwps/flrps09/art13>.
- Tricia, L. G. (2002). Minimum Contacts in Cyberspace: The Classic Jurisdiction Analysis in a New Setting. Journal of high technology law, 1(1).
- Uncitral (1996). Model Law on Electronic Commerce, with Guide to Enactment. United Nations. General Assembly Resolution 51/162 of 16.
- Uncitral (2005). UN Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts. 9. A/RES/6021/, Uncitral, retrieved from daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N0580/488//PDF/N0548880.pdf
- Wayne, C. J. R. Clyde (2003). Who Rules The Net ? Internet Governance and Jurisdiction. Washington D.C., Cato Institute, 2003, ISBN: 1-930865-43-0, 468.