

E-commerce and its theoretical topics are still considered fantasy fields in underdeveloped countries, which have attracted the attention of many researchers. It should be noted that business has operations in its concept and content, and mere scientific study of the subject does not lead to the practical development of e-commerce. Different types of e-contracts, e-payments and e-commerce taxes, civil liability in this type of business, concluding contracts in e-commerce and also discussing the situation of e-commerce in Iran, are the main topics of e-commerce in this article. Therefore, the present article has been written with the aim that e-commerce is an integral part of commercial law and civil law in its traditional sense and intends to examine various issues of e-commerce law based on judicial and commercial practice. This article is limited to examining the status of contracts and e-commerce law in the field of cyberspace law. The result of such an approach is the simplicity of this tendency on the one hand and the applicability of the issues raised in it on the other hand.

سیاستهای حقوقی تجارت الکترونیکی در عرصه فضای مجازی

خلیل خدری^۱

تاریخ دریافت: ۱۹/۲/۱۴۰۱

خیراله رمضانی (نویسنده مسئول)^۲

تاریخ پذیرش: ۲۰/۵/۱۴۰۱

دکتر منصور عطاشنه^۳

چکیده

تجارت الکترونیکی و مباحث نظری آن، همچنان در کشورهای توسعه نیافته، حوزه‌ای فانتری محسوب می‌شوند که توجه پژوهشگران متعددی را به سوی خود جلب کرده‌اند. باید توجه داشت که تجارت در مفهوم و مفاد خود عملیات را دارد و صرف بررسی علمی موضوع، موجب پیشرفت عملی تجارت الکترونیکی نمی‌شود. انواع مختلف قراردادهای الکترونیکی، پرداخت‌های الکترونیکی و مالیات تجارت الکترونیکی، مسئولیت مدنی در این نوع از تجارت، انعقاد قراردادها در تجارت الکترونیکی و نیز بحث وضعیت تجارت الکترونیکی در ایران، از مباحث اصلی تجارت الکترونیکی در این مقاله محسوب می‌شوند. بنابراین، مقاله حاضر با این هدف نگارش شده است که تجارت الکترونیکی، بخشی جدایی ناپذیر از حقوق تجارت و حقوق مدنی در مفهوم سنتی آن محسوب می‌شود و در نظر دارد که مسائل مختلف حقوق تجارت الکترونیکی را با تکیه بر رویه قضایی و تجاری بررسی کند. این مقاله با بررسی جایگاه قراردادها و حقوق تجارت الکترونیکی در زمینه حقوق فضای مجازی محدود شده است. نتیجه چنین رویکردی، سادگی این گرایش از یک سو و کاربردی بودن مباحث مطرح در آن، از سوی دیگر است.

واژگان کلیدی: تجارت الکترونیکی، فضای مجازی، قرارداد، حقوق، اینترنت، ایران

^۱ دانشجوی دکتری تخصصی، گروه حقوق خصوصی، واحد امارات، دانشگاه آزاد اسلامی، دبی، واحد امارات متحده عربی .

khedri.khalil.۳۰۹@gmail.com

^۲ استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران ramezani@iau.com

^۳ استادیار مدعو، گروه حقوق خصوصی، واحد امارات، دانشگاه آزاد اسلامی، دبی، واحد امارات متحده عربی، (هیات علمی

دانشگاه شهید چمران، اهواز، ایران). matash۱۳۳۸@yahoo.com

پیدایش وسایل ارتباط الکترونیکی و بهره‌گیری روزافزون از آنها در امر تجارت، موجب شکل‌گیری سازوکاری ویژه برای بازرگانی با عنوان «تجارت الکترونیکی» شده است. توسعه این نوع تجارت و مزایای بسیار آن از جمله سرعت و ارزانی، کشورهای مختلف را به تلاش برای ساماندهی آن تشویق کرده است. سریع بودن تحولات و پیشرفت‌ها در تجارت الکترونیکی و تعدد مسایل حقوقی مطرح در آن آثاری را در پی دارد. از جمله این آثار آن است که نمی‌توان همه چیز را در قالب قوانین پیش‌بینی کرد. به عبارت دیگر، همانند تجارت الکترونیکی، حقوق حاکم بر این عرصه هم به طور مکرر در حال به‌روزرشدن و توسعه است و به موازات پیشرفت‌هایی که در حوزه ارتباطات و فناوری اطلاعات روی می‌دهد، در صورت لزوم، دستخوش تحول و توسعه می‌شود. این حد از توسعه و تحول را کمتر می‌توان در سایر گرایش‌های حقوق مشاهده کرد. البته زیربنای قواعد حقوقی قابل اجرا در تجارت الکترونیک، متفاوت از آنچه در دیگر شیوه‌های تجارت به کار گرفته می‌شوند، نیستند. در عین حال، اینکه اصول حقوقی چگونه در تجارت الکترونیکی به کار گرفته می‌شوند و چه تشریفات برای اعتبار ارتباطات الکترونیکی باید طی شود، مسائلی‌اند که نیاز به بررسی بیشتر دارند.

همانند سایر گرایش‌های حقوق، یکی از مباحث مقدماتی آن است که جایگاه حقوق تجارت الکترونیکی در علم حقوق مشخص شود. این جایگاه، برخلاف گرایش‌هایی همچون حقوق کار یا بیمه، از حیث تعلق به گروه حقوق خصوصی یا عمومی محل تردید نیست؛ چراکه حقوق تجارت الکترونیکی، همان‌گونه که از عنوان آن برمی‌آید، گرایشی از «حقوق تجارت» است و به طور خاص به حقوق حاکم بر آن دسته از اقسام تجارت می‌پردازد که با استفاده از ارتباطات الکترونیکی انجام می‌شوند. بنابراین، گرایش حقوق تجارت الکترونیکی به گروه اصلی حقوق خصوصی تعلق دارد. با وجود این، اگر «حقوق فضای مجازی» به عنوان یک گروه یا گرایش اصلی در علم حقوق به حساب آید، تشخیص دقیق جایگاه حقوق تجارت الکترونیکی در آن مجموعه چندان ساده نخواهد بود.

در این ارتباط، حقوق فضای مجازی را می‌توان آن دسته از قوانین، اصول و قواعد و تئوری‌های حقوقی تعریف کرد که در کلیه روابطی که در فضای مجازی شکل می‌گیرند یا با آن فضا ارتباط می‌یابند، کارایی دارد. حقوق رایانه، حقوق جرایم رایانه‌ای و مجازی، حقوق تحقیقات (در فضای) مجازی و حقوق تجارت الکترونیکی از زیرشاخه‌های اصلی حقوق فضای مجازی محسوب می‌شوند.

به رسمیت نشناختن اهمیت حقوقی فناوری اطلاعات و تجارت الکترونیکی در دنیای تجاری جهانی در عصر کنونی، امر غیرممکن است. قراردادهای و در این گستره قراردادهای الکترونیکی برای توسعه تجارت الکترونیکی نقشی محوری دارد، و همچنان این ابزار نسبتاً جدید، درباره مسائل حقوقی مستحدثی که به

وجود می‌آورد، عرصه‌هایی ایجاد کرده است. یکی از این عرصه‌ها که تکنولوژی در آن نفوذ کرده است، عرصه تجارت است. با ورود تکنولوژی، استفاده از روش‌های سنتی مذاکره و دادوستد کم‌رنگ شده است. تجار در سرتاسر جهان دیگر حوصله‌ای برای تحمل کندی تجارت به روش سنتی ندارند و برای اجتناب از هزینه‌های رفت و آمد و خطرهای ناشی از مسافرت‌های طولانی، برقراری نشست‌های مختلف برای انجام مذاکرات حضوری که گاهی روزها نیز به طول می‌انجامد و مهم‌تر از همه برای جلوگیری از اتلاف وقت و سرعت بخشیدن به فعالیت‌های تجاری خود، ترجیح می‌دهند تکنولوژی را در روابط تجاری خود با آغوش باز بپذیرند. استقبالی که منجر شده است در عرصه تجارت موضوعی به نام «تجارت الکترونیک» ظهور کند. برای نظم‌دهی به جریان این نوع تجارت، علم حقوق وارد عمل شده است تا ابعاد مختلف حقوقی آن را مورد کنکاش قرار دهد، که نتیجه آن معرفی «حقوق تجارت الکترونیکی» در حوزه علم حقوق شده است. حاصل اینکه نه تنها دنیای مجازی، دنیای بی‌قانونی نیست، بلکه تاکنون قوانین مختلفی در ابعاد مختلف آن وضع شده است که در برخی جنبه‌ها از قوانین سنتی نیز پیچیده‌تر است.

۱- قراردادهای الکترونیکی

قرارداد، لازمه تجارت است. در واقع، تجارت متشکل از توافق‌هایی است که افراد در حوزه‌های مختلف به عمل می‌آورند و نتیجه آن به صورت‌های مختلف، از جمله نقل و انتقال (مبادله) کالاها و خدمات نمایان می‌شود. تجارت الکترونیک، به آن دلیل که نوعی تجارت محسوب می‌شود، بر «قرارداد» مبتنی است. قرارداد تجاری الکترونیکی، علی‌القاعده از همان قواعدی تبعیت می‌کند که بر قرارداد در مفهوم عام آن حاکم است. در عین حال، تجارت الکترونیکی بحث‌های جالبی را برای حقوق قرارداد به ارمغان آورده که بررسی آنها ضروری است. به علاوه، اصل و نحوه اعمال برخی از قواعد حاکم بر قرارداد درباره قراردادهای الکترونیکی می‌تواند محل تردید یا بحث باشد که این بخش در قالب مباحث مختلف بدین شرح، چنین موضوعاتی را مورد توجه قرار خواهد داد: انعقاد قراردادهای الکترونیکی، اعلام اراده و دعوت به معامله، شیوه اعلام اراده (نامه الکترونیک، پایگاه اینترنتی (تارنما)، سامانه پیام خودکار).

۱-۱- انعقاد قرارداد الکترونیکی

قانون تجارت الکترونیکی، با وجود عنوان آن به قراردادهای الکترونیکی نپرداخته است. این امر، از جمله ناشی از آن است که منبع اصلی قانون مذکور، یعنی قانون نمونه ۱۹۹۶ آنسیترال به چنین موضوعی نمی‌پردازد. فصل چهارم قانون تجارت الکترونیکی، با عنوان «اعتبار قراردادهای خصوصی»، در قالب یک ماده (ماده ۵) به بحثی می‌پردازد که با عنوان این بخش سازگاری ندارد. برطبق این ماده، «هرگونه تغییر در

تولید، ارسال، دریافت، ذخیره و یا پردازش داده پیام با توافق و قرارداد خاص طرفین معتبر است». در سایر بابها، ق.ت.ا تنها آنجا که به حقوق مصرف کننده میرسد، قرارداد را به طور محدود مورد توجه قرار میدهد و در سایر مواد، به بحث قراردادها نمیپردازد. با این وصف، مباحث مربوط به قراردادهای الکترونیکی را باید با در نظر گرفتن قواعد عمومی قرارداد و نیز مقرراتی که در سطح بین‌المللی و حقوق داخلی کشورهای دیگر، در این زمینه وجود دارد بررسی کرد.

۱-۱-۱- اعلام اراده و دعوت به معامله

همانند سایر قراردادها، در قراردادهای الکترونیکی باید میان اعلام اراده به قصد انعقاد (ایجاد التزام ارادی) و دعوت به معامله^۱، تفکیک قائل شد. اعلام اراده از طریق ایجاب و قبول از ناحیه طرفین صورت میگیرد، حال آنکه، دعوت به معامله، اصولاً هیچ التزامی برای شخص دعوت کننده ایجاد نمیکند.

هرچند ممکن است تفکیک ایجاب و دعوت به معامله بسیار ساده به نظر آید، اما پرونده قدیمی موسوم به کارلیل^۲ و قضیه شرکت کداک نشان میدهد که موضوع از یک سو چندان ساده نیست و از سوی دیگر هرگاه برای مثال، اقدام شخصی که از طریق پایگاه اینترنتی خود کالا یا خدمتی را تبلیغ میکند، ظاهراً «ایجاب» باشد، وی نمیتواند به صرف ادعای ایجاب بودن آنچه اعلام شده، از آثار آن بگریزد. به عبارت دیگر، این ادعا «خلاف ظاهر» بوده و پذیرفته نمیشود.

به طور خلاصه در پرونده کارلیل، یک شرکت، داروی ضد آنفلوانزا را به نحوی تبلیغ کرد که ایجاب محسوب شد. در آگهی شرکتی آمده بود که هرکس داروی این شرکت را مصرف کند و با وجود این مریض شود، مستحق دریافت ۱۰۰ پوند خواهد بود. خانم کارلیلی چنین کرد و مریض شد. دادگاه ادعای شرکت تولیدکننده دارو را مبنی بر اینکه هدفش تبلیغاتی و دعوت به ایجاب بوده نپذیرفت (Carlill vs., ۱۹۴۹: ۲۵-۲۶).

در قضیه کدال، دوربینی که قیمت واقعی آن ۲۳۹ پوند بود، در یک پایگاه اینترنتی به قیمت ۱۰۰ پوند عرضه شد. هزاران مشتری، پیش از اینکه شرکت مجال تصحیح اشتباه را پیدا کند، آن نوع دوربین را سفارش داده بودند. با اینکه کداک سعی کرد تمامی سفارشهای انجام شده در پایگاه اینترنتی را «ایجاب برای خرید» محسوب کند، نرمافزار شرکت به نحوی طراحی شده بود که این ادعا را کاملاً باطل میکرد؛ زیرا تأیید سفارش در پایگاه اینترنتی به مفهوم انعقاد قرارداد محسوب میشد. شرکت کداک مجبور شد همه

^۱ Invitation to Treat

^۲ Carlill

سفارشهایی را که با قیمت ۱۰۰ پوند ثبت شده بود، قبول کنند و حدود دو میلیون دلار آمریکا ضرر کرد (هیل، ۱۳۸۵: ۲۴۸-۲۴۷).

برای پیشگیری از بروز چنین مشکلاتی، بهترین راهکار آن است که در صورت استفاده از پایگاه اینترنتی با سایر شیوه‌های الکترونیکی صریحاً قید شود که اقدام شرکت به عرضه کالاها و یا خدمات با چه هدفی (ایجاب یا دعوت از عموم برای ارائه ایجاب) میتواند، از قبول تمام یا برخی از ایجاب‌های واصله خودداری کند.

صرف نظر از مورد فوق که شخص موضع خود را از این حیث که ایجاب یا دعوت به ایجاب کرده، مشخص می‌سازد، در سایر موارد می‌توان معیارهایی برای تشخیص این دو ارائه داد. در واقع، «وعده عقد، چیزی جز یک قول عرفی برای ایجاد عقد در آینده نیست. پیشنهاد عقد نیز دعوت برای تشکیل عقد است و نمی‌تواند ایجاب و انشای بالفعل عقد باشد» (شهیدی، ۱۳۷۸: ۱۵۲).

ماده ۱۱ کنوانسیون ۲۰۰۵ به موضوع «دعوت به ایجاب» اختصاص یافته است. بر طبق این ماده «پیشنهاد انعقاد قرارداد از طریق یک یا چند ارتباط الکترونیکی که مخاطب آن شخص یا اشخاص معین نبوده اند، بلکه عموماً برای اشخاصی که از سیستم‌های اطلاعاتی استفاده می‌کنند، قابل دسترسی بوده، شامل پیشنهادهایی که متضمن سفارش غیرالزام‌آور از طریق سیستم‌های رایانه‌ای مذکور می‌شود، دعوت به ایجاب تلقی می‌شود، مگر آنکه آشکارا بر این امر دلالت کند که شخصی که پیشنهادها را مطرح کرده، در صورت قبول ملتزم به آن باشد» (السان، ۱۳۸۴: ۳۹۷).

این ماده، از بند ۲ ماده (۱۴) کنوانسیون وین^۱ اقتباس شده است که مقرر می‌دارد: «یک پیشنهاد را، غیر از آنچه خطاب به یک یا چند شخص معین است، باید صرفاً دعوتی برای ایجاب محسوب کرد، مگر اینکه خلاف آن توسط پیشنهاددهنده به وضوح اعلام شده باشد» (داراب‌پور، ۱۳۷۴: ۱۸۷-۱۸۶).

برخلاف تصور کنوانسیون‌های ۱۹۸۰ و ۲۰۰۵، دلالت پیشنهادها بر ایجاب (و نه دعوت به ایجاب) لازم نیست صریح باشد، بلکه دلالت ضمنی آنها یا احراز این امر از شرایط و اوضاع و احوال هم کفایت می‌کند. کما اینکه ماده ۲۲ اصول مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی، دلالت پیشنهاد برای انعقاد قرارداد، بر ایجاب را در صورتی محرز دانسته که «به حد کافی، قطعی و بیانگر قصد ایجاب دهنده برای التزام، در صورت قبول ایجاب باشد» (اخلاقی و امام، ۱۳۷۹: ۳۶).

^۱ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Good (CISG), ۱۹۸۰-Vienna.

در مواردی، اقدام انجام گرفته، نمی‌تواند دعوت به ایجاب باشد. برای مثال، در مورد دستگاه‌های فروش خودکار یا دستگاه‌های خودپرداز، فعل شخص در استفاده از دستگاه و طی مراحلی که لازم است، قبول محسوب می‌شود. مگر اینکه کالای عرضه شده در دستگاه تمام شده یا دستگاه خودپرداز (برای مثال، در موردی که برای دریافت وجه نقد از آن استفاده میشود)، فاقد پول باشد که در این صورت، اساساً ایجابی وجود ندارد که مورد قبول قرار گیرد. همچنین، در مواردی که تارنما به گونه‌ای طراحی شده که قبول را فقط از اشخاص مقیم در محدوده سرزمینی معین (برای مثال، ایران) می‌پذیرد، ارائه کالا و خدمات در تارنمای مذکور، برای اشخاص خارج از آن محدوده، حتی دعوت به ایجاب هم محسوب نمی‌شود (السان، ۱۳۸۵: ۳۵۲).

در حقوق سوئیس، بند «۳» ماده «۷» قانون تعهدات این کشور تصریح دارد که عرضه کالاهایی که بر روی آنها برچسب قیمت وجود دارد، ایجاب محسوب می‌شود. این اصل که البته خلاف آن قابل اثبات است، در مورد محصولات برخی از تارنماها صدق می‌کند. برای مثال، در تارنمای آمازون، کتاب‌های نو و دست دوم، به تفکیک مشخص می‌شود و هر شخصی که تشریفات پرداخت اینترنتی را برای تحصیل (خرید) کتابی طی کند، در واقع قرارداد الزام‌آوری را قبول میکند و نمیتواند مدعی شود که فعل وی ایجاب یا دعوت به ایجاب بوده است.

در مورد تشخیص دعوت به معامله از ایجاب، موضع حقوقی کشورهای مختلف به هم نزدیک است. به گونه‌ای که برای مثال، در حقوق آلمان این رویکرد طرفداران بیشتری دارد که دعوت به ایجاب، تنها در حد یک پیشنهاد است که اصولاً الزامی برای دعوت‌کننده ایجاد نمی‌کند (Markesinis & et al, ۲۰۰۶: ۶۲-۶۳).

گذشته از معیار فوق، در پاره‌ای از موارد می‌توان از معیارهای عینی تری برای تشخیص دعوت به معامله و ایجاب استفاده کرد: در حراج‌های اینترنتی که کالاهای عرضه شده، محدود بوده و مشتریان زیاد هستند، نمی‌توان عمل «به حراج گذاشتن» را ایجاب شمرد؛ زیرا به حکم عقل و منطق، امکان فروش کالاهای مذکور به همه مشتریان وجود ندارد (Grainger & Gough, ۲۰۰۸: ۳۲۵; Glatt, ۱۹۹۸: ۴۹-۵۱).

۱-۲-۱- شیوه اعلام اراده

مطابق ماده (۱۹۱) ق.م، «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند». در قراردادهای الکترونیکی، «چیزی که دلالت بر قصد کند»، یعنی شیوه اعلام اراده، می‌تواند حالت‌هایی مختلف داشته باشد. برخی از این شیوه‌ها، با انعقاد قرارداد از طریق مکاتبه (عقود مکاتبه‌ای) مقایسه می‌شوند. هرچند برخی دیگر هرگز قابل مقایسه با قراردادهایی که از طریق مبادله‌نامه منعقد

می‌شوند، نیستند. در این قسمت، شیوه‌های اصلی اعلام اراده با استفاده از ارتباطات الکترونیکی را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱) نامه الکترونیکی

نامه الکترونیکی، مبتنی بر یک سامانه ارسال و دریافت پیام از طریق ارتباطات الکترونیکی است؛ به نحوی که شخص از نشانی الکترونیکی مشخصی که دارد، نامه‌ای را به نشانی الکترونیکی دیگری ارسال می‌کند و او می‌تواند از طریق مراجعه به نشانی خود در اینترنت محتوای پیام را مشاهده و در صورت صلاحدید آن را چاپ یا ذخیره کند. محتوای پیام (نامه) الکترونیکی ممکن است ایجاب یا قبول قرارداد باشد. در این صورت قرارداد به موجب پیام «قبول» منعقد می‌شود. در مورد اینکه با کدام یک از «اعلام» پیام از سوی قابل یا «ارسال» آن از سوی وی و یا اینکه «وصول» یا «اطلاع» مخاطب از محتوای آن، قرارداد منعقد می‌شود، بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. به عنوان نقطه مشترک، می‌توان نظریه‌های مطرح در خصوص زمان انعقاد قراردادهای مکاتبه‌ای را در این خصوص هم اجرا کرد.

۲) پایگاه اینترنتی (تارنما)

یکی از مهم‌ترین ابزارهای انعقاد الکترونیکی قرارداد، استفاده از پایگاه اینترنتی (وب سایت/ تارنما) است؛ بدین معنا که شخص (اعم از حقیقی و حقوقی) اقدام به راه اندازی تارنما با نشانی مشخص می‌کند. این تارنما، حسب مورد ممکن است برای تبلیغات کالاها و خدمات و یا خرید و فروش آنها استفاده شود.

عرضه کالاها و خدمات در پایگاه اینترنتی، اصولاً به معنای تبلیغ آنهاست. اما اگر تارنما دارای سامانه پرداخت الکترونیکی در قبال انتخاب کالا یا خدمات مدنظر باشد، باید اقدام مالک تارنما را ایجاب (و نه دعوت به معامله) محسوب داشت. در حقیقت، با طراحی سامانه پرداخت، فروشنده قبول می‌کند که خریدار، در قبال پرداختن مشخص شده برای هر کالا یا خدمت، مالک (ذی‌حق) آن شود. در عین حال، قصد مالک تارنما و اوضاع و احوال موجود در نحوه طراحی و عرضه کالاها و خدمات در تارنما، در تشخیص اینکه اقدام وی صرفاً دعوت به معامله بوده یا ایجاب است، مؤثر خواهد بود (بناء نیاسری، ۱۳۸۵: ۵۰؛ رضایی، ۱۳۸۷: ۴۰-۳۸).

در یک فرایند معمول خرید از تارنما، نمایه (آیکون) «قبول دارم»^۱ یا «می‌پذیرم»^۲ و یا مشابه آنها در انتهای فرم خرید گنجانیده می‌شود که مشتری با انتخاب آن نمایه، قبول خود را نسبت به قرارداد اعلام می‌دارد و عملاً اگر فرایند به درستی طی شده باشد، با کسر اینترنتی وجه از کارت پرداخت وی، حق انصراف از

^۱ I Accept

^۲ I Agree

قرارداد را از دست می‌دهد، مگر اینکه خریدار، مصرف‌کننده باشد و از حق انصراف مخصوص مصرف‌کننده استفاده کند. با توجه به آنچه گفته شد، می‌توان دریافت که استفاده از سامانه تارنما برای انعقاد قرارداد می‌تواند محدودیت‌هایی را در فرایند چانه‌زنی افراد ایجاد کند. در اکثر موارد، شخصی که به تارنما مراجعه می‌کند، چاره‌ای ندارد که شرایط اعلامی را پذیرفته و قرارداد منعقد کند یا اینکه در تارنماهای دیگر به دنبال شرایط بهتری بگردد.

هرچند ادعا شده که قرارداد الکترونیکی، در حالت عادی فرایندی از چانه‌زنی‌های منجر به نتیجه است (Dodd & Hernandez, ۱۹۹۸: ۹)، اما در اکثر این قراردادها امکان چانه‌زنی وجود ندارد. البته امکان طراحی تارنمایی که مباحثه طرفین در خصوص قیمت یا سایر شرایط را فراهم سازد، وجود دارد و از نظر فنی منتفی نیست.

در اکثر موارد که از تارنمای از پیش طراحی شده برای انعقاد قرارداد استفاده می‌شود، نوعی قرارداد (فرم) استاندارد در میان است که طرف دیگر (طرفی غیر از دارنده تارنما) باید محتوای آن فرم را به دقت پر کرده، بر روی نمایه «ارسال» یا «قبول» کلیک کند. چنین قراردادی به موجب اصول حاکم بر قرارداد که از جمله در ماده ۲-۲ اصول مؤسسه بیان شده، برای هر دو طرف الزام‌آور است و اصولاً نمی‌توان به دلیل شکل (فرم)، قرارداد را قابل فسخ یا انصراف اعلام کرد.

۳) سامانه پیام خودکار

سامانه پیام خودکار^۱ عبارت اصلاح شده‌ای برای عناوین قدیمی‌تر همچون «نماینده نرم‌افزاری»^۲ و «نماینده الکترونیکی»^۳ است که پیش‌تر برای رسانیدن همین مفهوم به کار رفته و تحلیل‌های حقوقی پیچیده و گاه بیهوده‌ای را موجب شده‌اند.

الف) مفهوم سامانه پیام خودکار و اعتبار قراردادهای منعقد شده از طریق آن

هرچند استفاده از دو اصطلاح فوق (نماینده نرم‌افزاری و نماینده الکترونیکی) هم‌رواج دارد، اما بند «ز» ماده ۴ کنوانسیون ۲۰۰۵ سازمان ملل، از عبارت سامانه پیام خودکار استفاده کرده و آن را بدین شرح تعریف می‌کند: «عبارت است از برنامه رایانه‌ای یا وسایل الکترونیکی یا دیگر وسایل خودکاری که برای شروع به اقدام یا پاسخ به داده پیام یا اجرای تمام یا قسمتی از آن بدون نیاز به نظارت و مداخله شخص

^۱ Automated Message System (AMS)

^۲ Software Agent

^۳ Electronic Agent

حقیقی در زمان شروع عملیات یا پاسخ به داده پیامی که توسط سامانه تولید شده، به کار گرفته می شود»^۱ (السان و رضایی، ۱۳۸۶: ۳۹۳).

پیش از هرگونه بحث در خصوص چنین سامانه ای، باید اشاره کرد که نمی توان اعتبار یا قابلیت اجرایی قرارداد منعقد از طریق سامانه پیام خودکار را انکار کرد، به صرف اینکه به هنگام انعقاد قرارداد یا ارسال و دریافت پیام به وسیله سامانه مذکور، عامل انسانی عملیات آن را بررسی نکرده یا به طور مستقیم در آن مداخله نداشته است.^۲

در حقوق ایران، هرچند ق.ت.ا همانند بسیاری از مسائل دیگر، صراحت لازم را درخصوص اعتبار قراردادهای منعقد از طریق سامانه پیامک خودکار ندارد، اما می توان از برخی مقررات برای معتبر دانستن چنین قراردادهایی بهره گرفت. از جمله، بند «و» ماده (۲)، که در آن «سیستم رایانه ای»، «هر نوع دستگاه یا مجموعه ای از دستگاه های متصل سخت افزاری - نرم افزاری تعریف شده که از طریق اجرای برنامه های پردازش خودکار داده پیام عمل می کند». همچنین در بند «ص» ماده (۲) همان قنون، «عقد از راه دور» تعریف شده، بدون اینکه شرط یا ویژگی خاصی برای ایجاب و قبول از راه دور تعیین شده باشد.

ب) ماهیت حقوقی انعقاد قرارداد از طریق پیام خودکار

سامانه پیام خودکار، وسیله ای برای انجام ایجاب یا قبول قرارداد یا هر دو محسوب می شود. این سامانه، بدون اینکه توانایی تغییر در محتوای ایجاب و قبول را داشته باشد، این کارکرد را دارد که فرایند معامله را در فرض مطابقت آن با برنامه از پیش طراحی شده، تأیید کند. در صورت بروز هرگونه اشکال یا وجود شرایط متفاوت، سامانه به جای پیام «انجام عملیات» یا مشابه آن، پیام «خطا» خواهد بود. با وجود آنچه گفته شد، نظریه هایی مختلف درباره ماهیت حقوقی انعقاد قرارداد از طریق سامانه پیام خودکار مطرح است که به طور خلاصه به بررسی آنها می پردازیم.

۱) **سامانه پیام خودکار به عنوان شخص:** بر طبق این نظریه، سامانه پیام خودکار به نمایندگی از مالک (دارنده) خود اقدام به انعقاد قرارداد می کند (Weitzenboeck, ۲۰۰۱: ۲۰۴). ظاهر عبارت «نماینده الکترونیکی» که پیش تر به آن اشاره شد هم، این تحلیل را تأیید می کند. مطابق با این دیدگاه، چون دارنده سامانه، به هنگام انعقاد قرارداد، به طور مستقیم در جریان فعالیت های سامانه نیست، بنابراین برای حمایت از اشخاصی که با سامانه وارد قرارداد می شوند، باید برای آن شخصیت و استقلال قائل بود. در این دیدگاه، سامانه پیام خودکار به نمایندگی ای قیاس می شود که اصیل، حدود نمایندگی وی را به طور دقیق

^۱ ماده (۱۹) قانون متحدالشکل تجارت الکترونیکی کانادا هم، تعریف مشابهی از نماینده الکترونیکی ارائه می دهد.

^۲ ماده (۱۲) کنوانسیون ۲۰۰۵.

مشخص کرده و برای مثال، قیمت قطعی خرید و یا فروش را به وی اعلام کرده و در نتیجه اختیار تخلف از دستور را از وی گرفته است. می‌توان در جهت تقویت این نظریه استدلال کرد که سامانه، همانند انسان، موجودی «هوشمند» است و لذا می‌توان با لحاظ مواد ۱۹۱، ۱۹۵، ۱۹۹ و ۱۲۱۴ قانون مدنی، طرف ایجاب و قبول قرار گیرد؛ زیرا «نوع قاصد در ماهیت قصد تأثیری ندارد و آنچه در اعتبار قصد واجد اهمیت می‌باشد، «هوشمند» بودن قاصد است که این ویژگی بدون تردید در سیستم‌های رایانه‌ای خودکار وجود دارد» (السان، ۱۳۸۵: ۳۹۲).

در ادامه می‌توان استدلال کرد که به دلیل نقش تسهیل‌کننده و واسطه‌ای سامانه پیام خودکار، این وسیله کارکردی بسیار مشابه نمایندگی در حقوق قرارداد را عهده دار می‌شود. از این رو، اشتباه بزرگی نخواهد بود اگر گفته شود که سامانه پیام خودکار، نماینده و اصیل همچون کارگردان پشت صحنه به حساب می‌آید (Elsan & Subaty, ۲۰۰۹: ۱۷۲).

۲) سامانه پیام خودکار به عنوان ابزار پیام‌رسانی: هرچند گفته می‌شود که امروزه نقش رایانه از وسیله‌ای انفعالی، به دخالت‌جویی فعال در تجارت الکترونیکی تغییر یافته است (Allen & Widdison, ۱۹۹۶: ۲۵)، اما این تغییر هرگز به مفهوم تحول در ماهیت رایانه از «وسیله» به «شخص» نیست. تمامی سامانه‌های محاسبه‌گر، همچون وسایلی در اختیار شخص حقیقی اند و تنها برای انجام کارهای خاص برنامه‌ریزی می‌شوند.

«نماینده شخصی است که با اذن شخص دیگر یا به حکم قانون می‌تواند به نام این شخص و به حساب او عمل کند» (شهیدی، ۱۳۷۷: ۱۴۲). از این رو، نمایندگی یک «قرارداد» است و نماینده باید سمت خود را قبول کند. قبول، مستلزم شخصیت است و «شخصیت» در فرایند انعقاد قرارداد حاوی دو عنوان «حق» و «تکلیف» در کنار همدیگر. سامانه پیام خودکار، اهلیت تمتع و استیفا ندارد و تنها به عنوان وسیله‌ای برای دارنده آن بدان توجه می‌شود.

توضیحات معقولی در فقه برای رفع این تردیدها می‌توان یافت: اول اینکه، «بدون تردید، ساختار بیع و هر عقد و ایقاع دیگری، بسیط به شمار می‌آید. لذا ایجاد آن هیچ وقت نمی‌تواند به صورت تدریجی انجام شود. بلکه یا فوراً ایجاد شده و یا اصلاً محقق نمی‌شود» (خوانساری، ۱۴۱۸: ۲۴۰). دوم آنکه، این عقیده که قرارداد منعقد شده به وسیله سامانه پیام خودکار قابل اجرا نبوده و بنابراین قصد باید مجدداً به وسیله مالک سیستم ابراز شود، با عموم «أوفوا بالعقود» انطباق ندارد؛ زیرا پیش شرط تعهدات قراردادی این است که قرارداد تنها با قصد منعقد شود و نوعاً نیازی به سایر لوازم ارادی در خصوص انعقاد قرارداد نباشد. البته در فقه، «رضایت» طرفین برای لازم‌الاجرا بودن قرارداد ضرورت دارد. به عبارت دیگر، قراردادی که با قصد منعقد شده، با رضایت تنفیذ می‌شود و به همین دلیل تلاقی قصد طرفین در زمان

واحد لازم است، اما رضایت مالک یا شخصی که حق اجازه دارد، در مواردی که او (مالک یا نماینده) طرف ابرازکننده قصد نیست، ممکن است با تأخیر اعلام شود.

ج) انتساب قرارداد سامانه پیام خودکار به مالک آن

سامانه پیام خودکار، تنها می تواند در حدود چهارچوبی عمل کند که از پیش برای آن برنامه ریزی شده است. از این رو، این سامانه برای شخصی که به سود وی برنامه ریزی شده، کار می کند و دقیقاً به همین دلیل تمام کنش ها و واکنش های سامانه پیام خودکار به شخص مذکور منتسب می شود. به علاوه، می توان تحلیل دیگری را در اثبات این حقیقت به کار بست. وقتی شخصی اقدام به طراحی سیستم و استفاده از آن به عنوان پیام رسان در تشکیل قرارداد می کند، در واقع به طور ضمنی بر انتساب تمام محتوا و عملکرد آن به خویش اقرار می کند.

قابل ذکر است که «قصد ماهیتی است که جز از سوی قاصد نمی توان بر تحقق آن اطلاع یافت. قبول ادعای قاصد در این مورد از حیث اقرار او نیست، بلکه به آن دلیل است که راه دیگری برای اطلاع از اراده واقعی او (جز اخبار وی که در اینجا به وسیله قراین ناشی از به کارگیری دستگاه اثبات می شود) وجود ندارد. اما انکار بعدی او نباید مسموع باشد؛ زیرا ظاهر این است که به هنگام معامله قصد داشته است. بنابراین جز با ارائه دلیل قابل اعتماد نمی توان این ادعا را از وی پذیرفت» (الحسینی المراغی، ۱۴۱۸: ۶۳).

نتیجه انتساب قرارداد منعقدشده به وسیله سامانه پیام خودکار به شخص، قاعده عامی است که بر طبق آن، «شخص حقیقی یا حقوقی که سامانه از سوی وی برنامه ریزی شده، همان فردی است که نهایتاً مسئول هرگونه پیامی از سوی دستگاه می باشد» (UNCITRAL, ۲۰۰۷: ۷۰).

۲-۱- انعقاد قرارداد در فضای الکترونیکی

قبل از ورود شیوه های نوین ارتباطی به دنیای تجاری، قراردادها کلاً در فضای فیزیکی (یا واقعی) منعقد می شدند؛ یعنی انعقاد قرارداد و اجرای آن هر دو در فضای واقعی انجام می شد و وحدت فضا (از نوع فیزیکی) حاکم بود. معرفی ابزارهای جدید ارتباطی تحولی در این حوزه به وجود آورد، وحدت فضای فیزیکی را جزئاً یا کلاً دستخوش تغییر قرار داد و تعدد فضا را مطرح کرد. به این نحو که در حال حاضر می توان قراردادهای الکترونیکی را به اعتبار نحوه انعقاد و شیوه اجرا به دو دسته تقسیم کرد:

۱) **انعقاد قرارداد به شیوه الکترونیکی:** قراردادهایی که تنها انعقاد آنها در فضای الکترونیکی صورت می گیرد، ولی اجرای آنها در دنیای واقعی انجام می شود. برای مثال کتابی از یک بازار الکترونیکی خریداری

می‌شود (انعقاد قرارداد به صورت الکترونیکی) و درب منزل خریدار به صورت فیزیکی تسلیم می‌گردد (اجرای قرارداد در فضای واقعی)؛ که در این روش تعدد فضا (ترکیبی از الکترونیکی و فیزیکی) مطرح است.

۲) انعقاد قرارداد در فضای الکترونیکی: قراردادهایی که در آنها هر دو مرحله انعقاد و اجرای قرارداد در فضای مجازی (لکترونیکی) صورت می‌گیرد. برای مثال یک نرم افزار رایانه‌ای به صورت الکترونیکی از وب سایت شرکت مایکروسافت خریداری می‌شود (انعقاد قرارداد به صورت الکترونیکی) و مستقیماً روی سیستم رایانه‌ای خریدار دانلود می‌گردد (اجرای قرارداد به صورت الکترونیکی)؛ پرداخت بهای کالا نیز به صورت الکترونیکی و با استفاده از کارت اعتباری بانکی صورت می‌گیرد. در این مورد قرارداد کاملاً در فضای الکترونیکی جریان دارد و به عبارتی وحدت فضا (از نوع الکترونیکی) حاکم است. البته اگر همین کالای غیرمادی با انتقال به یک حامل مادی مانند سی دی، تسلیم خریدار شود قرارداد در گروه اول قرار خواهد گرفت.^۱

هرچند در صورت بروز اختلاف و اقامه دعوی، در هر دو دسته از این قراردادها، طرفین ناگزیرند اختلاف خود را در دنیای فیزیکی پیگیری کنند، البته اگر به حل و فصل اختلاف به شیوه الکترونیکی تن ندهند.^۲

۱-۲-۱- اهمیت این تقسیم‌بندی

این تقسیم‌بندی به چند دلیل دارای اهمیت است: اولاً، موضوع اصلی قرارداد در نوع اول کالای مادی است و در فضای واقعی قرار دارد و در دسته دوم کالای غیرمادی (دیجیتالی) است و در فضای مجازی جریان دارد. از این رو، از نظر مباحث بین حقوق اموال در تقسیم‌بندی متفاوتی قرار می‌گیرند که هر کدام دارای احکام خاصی هستند. ثانیاً، در قراردادهای نوع اول، موضوع مورد معامله خود کالای مادی است،

^۱ باید یادآوری کرد در صورتی که انعقاد قرارداد و اجرای آن هر دو در فضای واقعی انجام گیرد، مانند زمانی که فردی کتابی را از کتاب فروشی محل خریداری می‌کند، وحدت فضا از نوع فیزیکی حاکم است. همچنین ممکن است برعکس حالت (الف) نیز مطرح باشد، به این صورت که فردی با دارنده وب سایتی که نرم‌افزارهای رایانه‌ای عرضه می‌کند در عالم فیزیکی قرارداد منعقد کند و تنها با وارد کردن نام کاربری (Username) و رمز عبور (Password) دریافتی در وب سایت فروشنده، بتواند نرم‌افزار موردنظر را به صورت الکترونیکی دانلود کند (انعقاد قرارداد در فضای واقعی و اجرای قرارداد در فضای الکترونیکی). در این فرض نمی‌توان قرارداد را الکترونیکی دانست. چراکه آنچه از قرارداد الکترونیکی مدنظر است انعقاد الکترونیکی آن است نه اجرای الکترونیکی آن.

^۲ Online Dispute Resolution: این موضوع به حل و فصل اختلاف به روش داوری (Arbitration) و شیوه‌های دیگر حل و فصل اختلافات (Alternative Dispute Resolution) مانند میانجیگری (Mediator) مربوط است، که در مقابل حل و فصل اختلاف از طریق دادگاه/دادخواهی (Litigation) قرار دارد. با گسترش شیوه‌های مختلف ارتباطی نسخه الکترونیکی این روش حل و فصل اختلاف نیز مورد توجه قانونگذاران و حقوقدانان واقع شده است. این موضوع در ادامه تحقیقات به تفصیل بررسی خواهد شد.

اما در قراردادهای نوع دوم ماهیت کالای مورد بیع مجوز^۱ استفاده از آن کالاست. به این معنا که خود نرم افزار فروخته نمی شود، بلکه مجوز استفاده از آن فروخته می شود. ثالثاً، هرچند نحوه تسلیم ثمن در هر دو مورد یکسان است و اغلب به صورت الکترونیکی پرداخت می شود، اما نحوه تسلیم مبیع در هر مورد متفاوت خواهد بود. به این صورت که در قراردادهای منعقد شده به شیوه الکترونیکی تسلیم مبیع همانند قراردادهای سنتی انجام می شود، اما در قراردادهای منعقد شده در فضای الکترونیکی تسلیم مبیع نیز الکترونیکی خواهد بود. لذا از نظر فنی ممکن است به دلیل ماهیت فضای سایبر موانع و مسائلی پیش آید که ظهور آنها در فضای فیزیکی مطرح نیست. رابعاً، در گروه قراردادهای از نوع وحدت فضا (از نوع فیزیکی) قواعد حاکم بر تعیین زمان و مکان تشکیل قرارداد روشن است. اما در قراردادهایی که از نوع تعدد فضا (انعقاد به شیوه الکترونیکی و اجرا به شیوه فیزیکی) هستند و آنهایی که تماماً از نوع وحدت فضا از نوع الکترونیکی هستند، موضوع زمان و مکان تشکیل قرارداد صرفاً با استفاده از قواعد سنتی قابل تعیین نیست بلکه قواعد جدیدی لازم است که تا حدودی در قوانین تجارت الکترونیکی مورد بررسی قرار گرفته اند. خامساً، طرح برخی موضوعات مطرح در فضای واقعی در خصوص قراردادهای الکترونیکی (جزئی یا کلاً) دشوار است.

حجم قراردادی نوع دوم (وحدت فضا از نوع فیزیکی)، هرچند از نظر ارزش ممکن است کمتر از قراردادهای نوع اول باشد، اما کمیت آنها از قراردادهای نوع دوم کمتر نیست و روز به روز بر تعداد آنها افزوده می شود. دارندگان وب سایتها تنها به انعقاد قرارداد از طریق اینترنت نمی پردازند، بلکه بخشی از قرارداد را نیز به صورت الکترونیکی اجرا می کنند. توزیع الکترونیکی نرم افزارهای رایانه ای، بازی های رایانه ای، اطلاعات، تصاویر، کتابخانه های دیجیتال، موسیقی و فیلم مثال های بارز و شنیع این نوع قراردادها هستند. البته، مجدداً یادآوری می شود که اگر همین کالاهای غیرمادی با انتقال به یک حامل مادی مانند سی دی و دی وی بطور فیزیکی به خریدار تسلیم شوند، در این صورت مانند قراردادهای دسته اول خواهند بود.

۱-۲-۲- عقد مورد بحث

در فضای الکترونیکی اغلب صحبت از تشکیل عقد بیع الکترونیک می باشد و همانطور که گفته شد به دو صورت قابل تحقق است: انعقاد عقد بیع به شیوه الکترونیکی و انعقاد عقد بیع در فضای الکترونیکی. حال این سوال در ذهن خطور می کند که آیا امکان انعقاد قرارداد اجاره الکترونیکی متصور نیست؟ پاسخ این است که اگر منظور انعقاد قرارداد اجاره به شیوه الکترونیکی باشد، متصور است. مثلاً فردی از طریق ابزار

^۱ Licence

الکترونیکی مانند نامه الکترونیکی با دیگری مکاتبه کرده و خانه وی را برای مدت یک ماه به مبلغی معین اجاره می‌کند. در مفهوم دوم نیز، یعنی عقد اجاره در فضای الکترونیکی، پاسخ مثبت است مانند موردی که فردی وب سایتی دارد و فرد دیگری از وی می‌خواهد تا در حاشیه وب سایت خود محصولات وی را به مدت یک ماه در مقابل مبلغ معینی آگهی کند. این نوع عقد اجاره را می‌توان عقد اجاره در فضای الکترونیکی (نه به شیوه الکترونیکی) دانست (البته این نوع اجاره، اجاره خدمات است). همچنین، عقد عاریه الکترونیکی؛ چینی عقدی را هم به شیوه الکترونیکی می‌توان منعقد کرد. بنابراین تشکیل عقود دیگر نیز در فضای سایبر قابل تصور و بررسی است. به همین دلیل در این فصل اساساً از قواعد عمومی قراردادها صحبت می‌شود که در همه عقود مشترک هستند و اختصاصی به قرارداد خاصی ندارند. اما با این حال، برای روشن شدن مباحث عمدتاً از مبانی و مثل‌های حوزه عقد بیع استفاده می‌شود.

۲- مسئولیت قراردادی در تجارت الکترونیکی

تخلف از قرارداد، از هر نوع که باشد، اعم از اجرا نکردن، تأخیر در اجرا یا اجرای ناقص آن، مسئولیت قراردادی متعهد را در پی دارد. این قاعده عمومی در تجارت الکترونیکی هم اجرا می‌شود. احراز مسئولیت قراردادی بسیار آسان‌تر از اثبات مسئولیت غیرقراردادی است؛ زیرا درباره قرارداد، متعهدله باید اثبات کند که قراردادی وجود داشته و این قرارداد، اجرا نشده یا در اجرای آن از مفاد توافق، تخلف شده است. تخلف از قرارداد، ممکن است تخلف از قانون هم به حساب آید. برای مثال، وقتی برخلاف قرارداد، مقررات راجع به حقوق مالکیت فکری یا حقوق پدیدآورندگان نرم افزارهای رایانه‌ای نقض می‌شود، طرف قرارداد می‌تواند علاوه بر مسئولیت قراردادی، دعوای مسئولیت قهری یا کیفری را هم طرح کند. البته، به عنوان قاعده، جبران خسارت مادی از زیان دیده برای خسارت واحد، فقط برای یک بار امکان پذیر است.

۲-۱- نقض قرارداد بیع یا تأمین کالا

تجارت الکترونیکی، از جمله شامل نقل و انتقال الکترونیکی یا غیر الکترونیکی کالاها یا خدمات است. در صورتی که این قرارداد نقض شود، اصولاً مقررات عمومی مربوط به نقض قرارداد بیع و عقود دیگر اجرا می‌شود. در حقوق ایران، قانون مرجع در این خصوص، قانون مدنی است. در سطح بین‌المللی، کنوانسیون ۱۹۸۰ وین و مقررات غیرالزام‌آوری همچون اصول موسسه درباره قراردادهای تجاری

بین‌المللی^۱ دارای اهمیت خاص هستند. در اروپا، اصول حقوق قرارداد اروپا درباره قراردادهای اروپایی و نقض آنها اجرا می‌شود.

همچنین، حمایت‌هایی که از مصرف‌کننده در قبال کالاها و خدمات مصرفی به عمل می‌آید، نه تنها در تجارت الکترونیکی اعمال می‌شود، بلکه در این عرصه پررنگ‌تر نیز هست. در فصل پنجم بررسی خواهیم کرد که دلیل اصلی افزایش این حمایت‌ها در تجارت الکترونیکی، سهولت بین‌المللی شدن این نوع از تجارت و محدودیت‌های خاصی است که با تجارت الکترونیکی به مصرف‌کنندگان تحمیل می‌شود.

یکی از مقررات مهم که اعمال آن باید درباره تجارت الکترونیکی بررسی شود، مقررات مربوط به مسئولیت در قبال محصول است. پرسشی که به طور جدی مطرح شده و بدان پاسخ‌هایی متفاوت داده شده، آن است که آیا محصولات الکترونیکی همچون نرم‌افزار، محصول^۲ به مفهومی که مضمون مقررات مربوط به «مسئولیت نسبت به محصول»^۳ باشند، به شمار می‌آیند یا خیر؟

برخی بر این اعتقادند که دستگاه‌ها و افزارهایی که از آنها در تولید برنامه‌های رایانه‌ای استفاده می‌شود، «محصول» هستند، اما برنامه رایانه‌ای را نمی‌توان محصول اعلام کرد. در صورتی که نقص یا اختلال در دستگاه موجب بروز نقص یا مشکل در برنامه رایانه‌ای شود، این پرسش مطرح می‌شود که آیا می‌توان مسئولیت در قبال محصول دستگاه (برنامه) که مضمون حمایت مستقیم نیست، تسری داد؟^۴ گفته می‌شود، از یک سو، برنامه رایانه‌ای به عنوان یک سری اطلاعات محسوب می‌شود که نمی‌توان عنوان «محصول» را به آن اطلاق کرد و از سوی دیگر، اگر برنامه رایانه‌ای (اعم از نرم‌افزار، پایگاه داده و ...)، درست طراحی نشده باشد، می‌تواند موجب خسارت مادی شود. از این رو، باید بتوان آن را با کمی اغماض، محصول اعلام کرد (Rowland & Aberystwyth, ۲۰۰۰: ۲۲۱). در اروپا، سکوت دستورالعمل اروپایی مسئولیت در قبال محصول^۵ درباره تعیین اینکه آیا نرم‌افزار، محصول به شمار می‌آیند یا نه، مشکلاتی عدیده ایجاد کرده است.

یکی از حقوقدانان، بر این اعتقاد است که محصول، شامل هر نوع کالایی، از جمله برق می‌شود. هشدارهای غلط یا مبهم می‌تواند عیب محصول به شمار آید، اما نمی‌توان نرم‌افزارهای رایانه‌ای و رهنمودهای همراه آن را «کالا» دانست (Fleming, ۱۹۹۲: ۵۰۱). به نظر وی، هرچند تمایزی دقیق میان

^۱ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts

^۲ Product

^۳ Product Liability

^۴ Implementation of the EC Directive on Product Liability DTI, Nov. ۱۹۸۵, para ۴۷.

^۵ EC Directive ۸۵/۳۷۴/Liability for Defective Products

کالاها و خدمات وجود ندارد، اما می‌توان به عرف و مقررات حرفه‌ای در این تشخیص به عنوان ملاک توجه کرد.

از این رو، هرچند نرم افزار یا هر برنامه‌ای که در زمینه تجارت الکترونیکی به کار می‌رود، «کالا» نیست، اما وقتی در قالب لوح فشرده، حافظه سخت (هارد) و ... ذخیره شود، به آن دلیل که تجسم مادی یافته، کالا است و مقررات راجع به بیع کالا درباره آن هم اجرا خواهد شد. بنابراین، اطلاعات غلطی که به همراه کالا عرضه می‌شوند هم از آن تبعیت کرده و در صورت نقض یا ابهام، مسئولیت فروشنده را در پی خواهد داشت (Rogers, & et al, ۱۹۹۸: ۳۴۲).

بنابراین، اینکه صرف ارائه اطلاعات در یک کتاب یا تارنما، موجب مسئولیت در قبال محصول نباشد، محل انتقاد است. در یک پرونده، یک کتاب آشپزی نتوانسته بود مشخص کند که ترکیب غذایی خاص، سمی خواهد بود مگر اینکه به خوبی پخته شود. بنابراین، دادگاه با این اشکال روبه‌رو بود که مسئولیت مدنی را بر دوش نویسنده کتاب بگذارد یا آن را به آشپز تحمیل کند (Cardozo, ۱۹۷۷: ۳۴۲).

۲-۲- نقض قرارداد ارائه خدمات

قراردادهای خدماتی، به طور مکرر در صنعت فناوری اطلاعات استفاده می‌شوند. به عنوان قاعده، ارائه دهنده خدمات باید مهارت عرفی خود را به کار برده، احتیاط لازم را در ارائه خدمات به کار گیرد (Reed (۱۰۸: ۲۰۰۳, & Angle. برای پیشگیری از اختلافات بعدی، در تجارت الکترونیکی، اغلب بر جزئیات توافق می‌گردد و تعهدات طرفین به طور دقیق مشخص می‌شود.

یکی از مؤسساتی که مسئولیت قراردادی و قهری آن در تجارت الکترونیکی بررسی می‌شود، واحدها و مؤسسات ارائه دهنده خدمات اطلاع‌رسانی و اینترنت^۱ است. این مؤسسات، امکان اتصال به اینترنت و شبکه‌های اطلاع‌رسانی را فراهم می‌آورند و جزء ضروری دسترسی و اتصال افراد به شبکه اینترنت می‌باشند.

دستورالعمل تجارت الکترونیکی اروپا، مقرراتی مفصل را به شرح وظایف و مسئولیت‌های مؤسسات ارائه دهنده خدمات جامعه اطلاعاتی اختصاص داده است. از نظر دستورالعمل، این مؤسسات اشخاص حقیقی یا حقوقی هستند که با هدف فراهم کردن خدمات جامعه اطلاعاتی فعالیت می‌کنند و دارای امکانات فنی لازم هستند. این خدمات می‌توانند مورد استفاده تجار یا مصرف‌کنندگان قرار گیرند. مسئولیت این مؤسسات بیشتر جنبه قانونی (قهری) دارد و به ندرت از نظر حقوق قرارداد بررسی می‌شود.

^۱ Internet Service Providers (ISP)

قوانین و مقررات مختلف، در اکثر کشورها، الزام‌هایی را در جهت ضابطه مند کردن تجارت الکترونیکی برای تجار و مصرف‌کنندگان این عرصه به وجود آورده، ضمانت اجرای کیفری یا مدنی برای تخلف از این الزام‌ها تعیین می‌کنند. در این بخش از مقاله، به بررسی موضوع مسئولیت قهری در تجارت الکترونیکی خواهیم پرداخت.

۱) مفهوم و مبنای مسئولیت مدنی رسا

«رسا»، عنوانی است که آیین‌نامه واحدهای ارائه‌کننده خدمات اطلاع‌رسانی و اینترنت،^۱ برای این واحدها انتخاب کرده است. این واژه، معادل فارسی برای عبارت انگلیسی «ISP» است. طبق آیین‌نامه مذکور، رساها اقدام به ارائه مجموع خدمات ارزش افزوده برخط و برون‌خط به کاربران خود می‌کنند و می‌توانند هر نوع خدمات و امکانات اطلاعاتی و ارتباطی را در حدود قوانین و مقررات ارائه نمایند. برخلاف آیین‌نامه رسا و ق.ت.ا کشورمان که به طور دقیق مسئولیت رسا را بررسی نکرده‌اند، دستورالعمل تجارت الکترونیکی اروپا این موضوع را به طور خاص بررسی کرده است.

اولین پرسش آن است که مبنای مسئولیت رسا چیست؟ در این باره، اختلاف میان مسئولیت مطلق و تقصیر است. اگر مسئولیت مطلق پذیرفته شود، در آن صورت رسا، صرف نظر از آگاهی یا کنترل خود بر مسائلی که در حدود وظایف و اختیارات آن قرار می‌گیرد، مسئول زیان‌های وارده خواهد بود. در حالی که اگر تقصیر مبنای قرار گیرد، لازمه مسئولیت رسا، اثبات تقصیر آن است (Baistrocchi, ۲۰۰۳: ۱۱۴).

به موجب نظریه سوم باید بین دو مورد تفکیک قائل شد: اطلاع واقعی و اطلاع ضمنی. در حالت اول، وقتی رسا واقعاً بداند که محتوایی در اینترنت وجود دارد که به حقوق شخصی تعرض می‌کند، مسئول شناخته می‌شود. اما در حالت اطلاع ضمنی، وقتی رسا قرآینی را اختیار دارد که از نظر عرف نشان می‌دهد که محتوا مغایر با حقوق دیگران است، باید مسئول شناخته شود. به نظر می‌رسد، دستورالعمل تجارت الکترونیکی رویکرد اخیر را در پیش گرفته است.

۲) قواعد حقوقی حاکم بر مسئولیت مدنی رسا

^۱ آیین‌نامه واحدهای ارائه‌کننده خدمات اطلاع‌رسانی و اینترنت (رسا)، مصوب مورخ ۱۳۸۰/۹/۱۲ شورای عالی انقلاب فرهنگی.

مسئولیت مدنی رسا، از جمله با محتوایی که فراهم می‌کند یا نقشی که در مبادله محتوا دارد، در ارتباط است. طبیعی است که نوع و میزان مسئولیت شخصی که صرفاً اقدام به برقراری ارتباط از راه دور می‌کند، با شخصی که در زمینه نشر در اینترنت فعالیت دارد، متفاوت خواهد بود. در مفهوم عام، ممکن است رساها کارکردهایی متعدد داشته باشند؛ از فراهم ساختن امکان ارتباط اینترنتی تا هماهنگ سازی گروه های کاربری و میزبانی رایانه ها در پایگاه های اینترنتی. از این رو، شاید بتوان در برخی از موارد - بسته به نوع و میزان فعالیت - ارائه دهنده ارتباط اینترنتی را با شرکت مخابرات مقایسه کرد که صرفاً اقدام به ارائه خدمات ارتباط تلفنی می‌کند؛ با این حال، امکان چنین مقایسه ای درباره ناشر الکترونیکی وجود ندارد. مسئولیت در قبال نقض حق بر اثر: برای اینکه رسا بتواند آثار دارای حق مالکیت فکری (اعم از حق بر اثر، حقوق مالکیت صنعتی و حقوق مرتبط) را در اینترنت قرار دهد، باید نسخه موقتی از آنها بر روی سامانه رایانه ای خود تهیه کند.

این حد از اقدام رسا که برای ارائه اینترنتی محتوا ضرورت دارد، نقض حق بر اثر محسوب نمی‌شود. در انگلیس، قانون حق بر اثر، طرح ها و اختراعات،^۱ در مورد ممنوع نبودن تکثیر موقتی اثر به قصد پخش (توزیع) آن به درخواست پدیدآورنده یا هر ذی نفع قانونی، صراحت دارد. با این حال، اگر شخصی با علم و آگاهی یا در شرایطی که عرفاً باید می‌دانست، اقدام به عرضه بدون مجوز اثر فکری (در مفهوم عام) از طریق سامانه های ارتباطی کند و از این طریق موجب نقض حق بر اثر یا سایر حقوق فکری شود، به عنوان نقض کننده مسئول خواهد بود.

پرونده های متعددی در ایالات متحده، نشان می‌دهد که چگونه استفاده از محتوای دارای حق بر اثر دیگران در سامانه رایانه ای رسا می‌تواند موجب مسئولیت مدنی برای آن باشد. در یک پرونده، خواننده یک صفحه خبری^۲ را اداره می‌کرد که از طریق آن کاربران می‌توانستند نسخه بازی های سگا را که دارای حق بر اثر (مورد حمایت قانون) بودند، به اشتراک بگذارند یا دریافت کنند. دلایل متعددی نشان می‌داد که خواننده به خوبی از نحوه استفاده از صفحه خبری خود آگاهی داشته است. خواننده همچنین اقدام به توزیع و فروش دستگاه های تکثیر بازی ویدئویی می‌کرد که در تکثیر بدون مجوز محصولات سگا قابل استفاده بودند. دادگاه رأی داد که خواننده با تسهیل نسخه برداری (کپی) غیرمجاز، حق بر اثر سگا را نقض کرده است. همچنین دادگاه به استناد ادله و قرائینی به این تشخیص رسید که خواننده، علامت تجاری سگا را از طریق صفحه خبری خود منتشر کرده و بدین وسیله حق این شرکت را بر علامت تجاری نقض کرده است.^۳

^۱ Copyright, Designs and Patents Act ۱۹۸۸.

^۲ Bulletin Board

^۳ Sega Enterprises v. Maphia.

در پرونده ای دیگر، شرکت خواننده امکان دریافت و بارگذاری (آپلود) انواع مختلف آهنگ را در قالب دیجیتال، در صفحه خبری خود فراهم کرده بود. در این پرونده، خواهان‌ها (که گروهی از شرکت‌های تولید و تکثیر آهنگ (موسیقی) بودند)، مدعی نقض حقوق قانونی خود از این طریق شدند و دعوی آنها به نتیجه رسید.^۱

در پرونده ای دیگر، نت کام به عنوان رسا، دارای سامانه ای بود که به طور خودکار از محتوایی که باید در اینترنت قرار داده می شد، نسخه موقت تهیه می کرد. این حد از نسخه برداری، نقض حق بر اثر محسوب نشد.^۲ حال آنکه در پرونده ای دیگر، دادگاه، قیاس به پرونده نت کام و در نتیجه فرار خواننده را از مسئولیت نپذیرفت.^۳

در تأیید این تحلیل، می توان به «آیین نامه واحدهای ارائه کننده خدمات اطلاع رسانی و اینترنت (رسا) (ISP)» استناد کرد. به موجب بند ۵-۳-۱ این آیین نامه، «مسئولیت رعایت قوانین مالکیت معنوی و حق التألیف و تصنیف بر عهده ارائه کننده اطلاعات در شبکه است». همچنین مطابق با بند ۵-۳-۱ همان آیین نامه، «مؤسسات و شرکت‌های رسا (ISP) و کاربران برای محتوایی که خود بر روی شبکه عرضه می کنند، طبق این آیین نامه مسئول و پاسخگو هستند». بنابراین، در مواردی که رسا، صرفاً اقدام به ارائه خدمات دسترسی به منابع اطلاعاتی می کند و خود محتوا (اطلاعات) خاصی ارائه نمی کند، نمی توان رسا را در قبال محتوای متعلق به دیگران مسئول دانست.

ضمانت اجرایی که در آیین نامه برای تخلف از مفاد آن پیش بینی شده، در وهله اول جنبه صنفی دارد. به موجب بند «۹» این آیین نامه، «در صورت تخلف از موارد مندرج در این مصوبه، مجازات‌های اعمال شده شامل تذکر، قطع موقت مجوز، لغو پروانه و طرح در دادگاه و محاکم قانونی بسته به نوع تخلف بر اساس قوانین و ضوابط ذی ربط بر عهده کمیسیون راهبردی است که بر اساس گزارش نظارتی وزارت پست و تلگراف و تلفن بررسی و اعلام نظر می کند».

۳) مسئولیت مدنی رسا در حقوق تطبیقی

در دستورالعمل تجارت الکترونیکی اروپا، مسئولیت واسطه‌ها با جزئیات بیشتری نسبت به دستورالعمل حقوق مالکیت فکری این اتحادیه مورد توجه قرار گرفته است. مطابق با ماده (۱۲) دستورالعمل تجارت الکترونیکی، رسا مسئول اطلاعاتی نخواهد بود که از طریق شبکه‌های آن مبادله می شود؛ به شرطی که انتقال اطلاعات را آغاز نکرده، گیرندگان انتقال را معین نکرده و اطلاعات در حال انتقال را انتخاب یا

^۱ Frank Music Corp. v. Compuserve Inc.

^۲ Religious Technology Center v. Netcom on line Communications Inc.

^۳ MAI System Corp. v. Peak Computer Co.

اصلاح نکرده باشد. این موارد معافیت از مسئولیت، به ذخیره خودکار، واسطه ای و ناپایدار اطلاعات نیز تسری می یابد، مشروط بر اینکه بیش از مدتی که از نظر عرف ضرورت دارد، نگهداری نشده باشد. مدت معینی برای نگهداری تعیین نشده و این امر، حسب مورد به قانون یا عرف داخلی هر یک از کشورهای عضو اتحادیه اروپا واگذار شده است.

بنابر ماده (۱۳) دستورالعمل فوق، رسا، مسئول ذخیره خودکار، واسطه ای^۱ یا موقت^۲ اطلاعاتی نخواهد بود که تنها به منظور ارسال و پیشتاز در اختیار وی قرار می گیرند. نیز مطابق با ماده (۱۴)، رسا مسئول اطلاعات ناشی از میزبانی وی، در صورتی که به محتوای غیرمشروع آنها جاهل باشد، نخواهد بود و در صورت علم به محتوا باید آنها را به سرعت از حوزه کنترل خود خارج کند. لحن ماده اخیر، به خصوص در مواردی که اطلاعات غیرمشروع، حاوی تقلب، کلاهبرداری و اقدامات مجرمانه دیگر در عرصه تجارت الکترونیکی مورد استفاده هستند، ممکن است مورد سوء استفاده قرار گیرند و به نظر می رسد، رسا باید این اختیار را داشته باشد که محتوای اطلاعات مشکوک و ناشناخته را بررسی کرده، در صورت نبود ارتباط آنها به شخص خاص، از انتقال آنها به گیرنده مدنظر، خودداری نموده یا در خصوص اصالت و تصدیق داده پیام، استعلام لازم به عمل آید.

در حقوق ایالات متحده آمریکا، قانون حق بر اثر در عصر دیجیتال^۳ در سال ۱۹۹۸، لازم الاجرا شده است. مطابق با باب دوم این قانون، در صورتی که رسا نفع مالی از نقض حقوق مالکیت فکری نداشته، به محتوای آنچه که نقض می شود آگاهی نداشته یا از نقض بی اطلاع باشد و به اخطار مالک توجه کرده باشد، مسئول نقض حقوق مالکیت فکری نخواهد بود. رسا برای گریز از مسئولیت، باید نماینده ای برای دریافت ابلاغ ها و اخطارهای مالکیت حقوق فکری تعیین کرده باشد (Oktay & Wrenn, ۱۹۹۹: ۸۲). به علاوه، محدودیت هایی دیگر نیز بر مسئولیت رسا در خصوص ارتباطات انتقالی دیجیتال و میزبانی در نظر گرفته شده است.

ملاحظه در قانون امریکایی حق بر اثر، بیانگر افراط در محتوای آن از حیث مواردی است که رسا در صورت مراعات و استناد به آن می تواند از مسئولیت معاف شود. اعمال این افراط در تجارت الکترونیکی به آن دلیل غیر ممکن است که ارزش به نسبت بالای اطلاعات مالی و اقتصادی افراد، حمایتی مضاعف می طلبد. خوشوقتی در آن است که قانون مذکور، تنها حق بر اثر را شامل می شود و جرایم مالی - اقتصادی یا حقوق مادی افراد در حوزه تجارت الکترونیکی را دربر نمی گیرد. این ادعا به ویژه با «قانون

^۱ Intermediate

^۲ Temporary

^۳ Digital Millennium Copyright Act ۱۹۹۸.

منع سرقت الکترونیکی»^۱، مصوب ۱۹۹۷ تقویت می شود؛ زیرا این قانون درصدد جرم انگاری بزهکاری سستی دزدی، در فضای مجازی با تعریف چارچوبی دقیق برای آن برآمده است.

در حقوق انگلیس، پرونده هایی که در آنها مسئولیت رسا یا اشخاص با حرفه مشابه رسا مطرح شده اند، بیشتر با داده های شخصی و محرمانه ارتباط می یابند. به طور کلی از ملاک این پرونده ها، از جمله توتالایز^۲ و گودفری^۳ می توان استنباط کرد که رسا، حتی اگر به عنوان واسطه صرف عمل کرده باشد، ملزم به رعایت احتیاط متعارف برای اجتناب از افشای اسرار و اطلاعات الکترونیکی متعلق به دیگران است و در فرض افشا یا هرگونه اختلال دیگر در رابطه طرفین، دادگاه می تواند با لحاظ اوضاع و احوال، رسا را به جبران تمام یا قسمتی از خسارات مادی و معنوی وارده محکوم کند (Reed, ۲۰۰۴: ۱۱۳).

۴) مسئولیت مدنی در قبال محتوای تارنما

تارنماها، یکی از مهم ترین ابزارهای تبلیغ، ارتباط و معامله در تجارت هستند. در عین حال، ویژگی های خاص اینترنت نمی تواند آنها را به ابزاری برای تقلب، نقض حقوق دیگران و کلاهبرداری تبدیل کند. به همین دلیل، از همان ابتدا مسئولیت در قبال محتوای تارنما، مورد توجه حقوقدانان قرار گرفته و در برخی از کشورها، قوانین خاص آن را در قالب مسئولیت مدنی یا کیفری پیش بینی کرده اند. جرایمی همچون توهین، افتراء، نقض حقوق اسرار تجاری، نقض حریم خصوصی، کلاهبرداری، جعل رایانه ای و نقض حقوق مالکیت فکری درباره محتوای تارنما قابل تحقق هستند. در این گفتار، تنها جنبه مسئولیت مدنی در قبال محتوای پایگاه اینترنتی (تارنما) بررسی می شود.

آن دسته از تارنماها که اقدام به دریافت سفارش و تبلیغ می کنند، ممکن است با ادعاهایی همچون عرضه اطلاعات غلط، نمایش محتوای غیرواقعی در تارنما، تحریف حقایق و ... که موجب خسارت به اشخاص ثالث شده، روبه رو شوند. مسئولیت در قبال این مسائل، به ویژه برای شرکت هایی که اطلاعات خاصی را به کاربران ارائه می کنند، همانند تأمین سفارش های دارویی، بهداشتی و یا امور مالی، می تواند بسیار خطرناک بوده و حتی تعطیلی یا تعلیق فعالیت آنها را در پی داشته باشد؛ زیرا تضمین های مدنی تعلیق یا لغو پروانه فعالیت می تواند درباره تارنماهای تجاری نیز اجرا شود.

در واقع، اصل انتساب مسئولیت مدنی ناشی از محتوا به مالک تارنما، دارای این اثر است که وی را ملزم به کنترل مستمر محتوای تارنمای خود می کند. به ویژه درباره آن دسته از تارنماهایی که گستره کاری و نفوذ آنها زیاد است و از کارکنانی متعدد برای تنظیم، به روزرسانی و پاسخگویی برخط به کاربران و

^۱ No Electronic Theft Act ۱۹۹۷.

^۲ Totalise PLC v. Motley Fool LTD, ۲۰۰۱.

^۳ Godfrey v. Demon ۱۹۹۹; Bynre v. Deane ۱۹۳۷.

مشتریان استفاده می‌کنند، راهکارهای مختلف برای پیشگیری از خسارت یا کاستن از دامنه مسئولیت مدنی مالک تارنما وجود دارد: اول اینکه، مالک تارنما باید شنود (بازرسی) مستمری بر کلیه فعالیت‌های برخط کارکنان خود داشته باشد. در شرکت‌های بزرگ فعال در عرصه تجارت الکترونیکی این اقدام از طریق ایجاد واحد یا تخصیص کارکنان خبره به این موضوع انجام می‌گیرد.

دوم اینکه، شکایت‌ها و انتقادهای برخطی که درباره محتوای تارنما از سوی کاربران ارائه می‌شوند، مورد توجه قرار گیرند. بی‌توجهی به این موارد، احتمال مراجعه شاکی (مدعی) را به مراجع قانونی بیشتر می‌کند. سوم اینکه، پیش شرط دخالت کاربران در محتوای تارنما (اضافه یا ویرایش محتوا) باید قبول توافقنامه‌ای باشد که کاربر را از طریق آن، به رعایت قوانین و مقررات و حقوق مالک تارنما و اشخاص ثالث ملزم می‌شود. این توافق، در صورت بروز هر مشکلی که به کاربر قابل انتساب باشد، عامل رهایی مالک تارنما از مسئولیت یا موجد حق مراجعه (بعدی) وی به کاربر زیانکار خواهد بود. چهارم اینکه، کارکنان مالک، باید آموزش‌های لازم را در حفظ حقوق دیگران، رعایت قوانین مرتبط با حقوق فکری و جلوگیری از مداخله کاربران مشکوک در محتوا فرا گرفته می‌باشند.

۵) مسئولیت مدنی دسترسی بدون مجوز به اسرار تجاری

موضوعی دیگر که مسئولیت مدنی در قبال آن نیاز به بررسی دارد، دسترسی بدون مجوز به اسرار تجاری الکترونیکی متعلق به دیگری است. در انگلیس، رویه قضایی سال‌ها بر این امر اصرار داشته است که صرف اطلاعات نمی‌تواند مال محسوب شود و در نتیجه موضوع جرم سرقت قرار گیرد.^۱ هرچند در سراسر جهان این ایده که امکان دارد ارزش تجاری اطلاعات بسیار بیشتر از کالاهای مادی باشد، به قانون‌گذاران و دادگاه‌ها تحمیل شده است؛ اما به هر حال جنبه‌های مسئولیت مدنی نیاز به بررسی بیشتر دارد. تصدی به فراهم ساختن خدمات ارتباطی یک حرفه به شمار می‌آید. طبیعی است که یک فرد حرفه‌ای، در حدود متعارف در قبال شغل و حرفه خود مسئول است.

اگر برای برقراری ارتباط، لازم باشد که رسا به اطلاعات مشتریان و تجار دسترسی داشته باشد، در صورت تعرض به محتوای اطلاعات یا افشای آنها مسئول شناخته می‌شود؛ زیرا حق دسترسی، تنها برای ارائه خدمات ارتباطی بوده و تعرض یا افشای اطلاعات متعلق به دیگران می‌تواند حسب مورد نقض حریم خصوصی یا جرم تحصیل غیرقانونی اسرار تجاری متعلق به دیگران (ماده ۶۴ ق.ت.ا) محسوب می‌شود. در مواردی که قراردادی وجود دارد، صرف تخلف از قرارداد برای احراز مسئولیت شخص متخلف کفایت خواهد کرد. اما اگر دسترسی به اطلاعات تجاری مجرمانه ناشی از اتفاق یا هر عاملی غیر از قرارداد باشد، افشا، بهره‌برداری یا هرگونه سوء استفاده از آنها، در صورتی عامل را مسئول جبران زیان‌های وارده

^۱ Oxford v. Moss (۱۹۷۸) ۶۸ Cr. App. R. ۱۸۳. ۶۵۴.

خواهد دانست که ارکان مسئولیت مدنی محقق شده باشد. در هر حال، تعهد دارنده اطلاعات مجرمانه، محدودیت های عرفی خود را دارد؛ بدین معنا که نمی توان شخص را به موجب قرارداد ملزم کرد تا برای حفظ اطلاعات مذکور، اقداماتی انجام دهد که خارج از حیطه توان یا اختیارات قانونی اوست. از این رو رعایت احتیاط متعارف، دارنده قراردادی یا قانونی اطلاعات تجاری را از مسئولیت مدنی در قبال افشای آنها و آثار سوء این افشا مبرا می سازد.

۳- تجویز اصل امکان انعقاد قرارداد با اینترنت (نامه الکترونیکی، اتاق گفتگو و وب سایت)

قبل از ورود به سایر مباحث یکی از مسائل مهم قابل طرح این است که چه دلایلی می توانند مانع از انعقاد قرارداد با استفاده از ابزارهای نوین الکترونیکی شوند؟ و چرا نباید امکان انعقاد قرارداد از طریق اینترنت را مجاز شمرد؟ مگر جز این است که شیوه های سنتی انعقاد قرارداد مانند تلفن و پست برای تسریع و تسهیل ارتباط طرفین در انعقاد قرارداد بکار می روند تا طرفین به هدف موردنظر خود با سرعت و سهولت بیشتری دست یابند و خود ابزارها در این میان موضوعیتی ندارند؟ از این رو همان دلایل که امکان استفاده از ابزارهای دیگر ارتباطی را در روند تشکیل قرارداد تجویز می کنند (سرعت و سهولت در ارتباط)، برای توجیه استفاده از ابزارهای نوین ارتباطی نیز می توانند مورد استناد واقع شوند.^۱ از این رو می توان گفت دلیلی بر عدم امکان انعقاد قرارداد از طریق اینترنت وجود ندارد، خواه از طریق نامه الکترونیکی و یا وب سایت باشد و خواه از طرق دیگر، به شرطی که مراحل تشکیل قرارداد بطور صحیح طی شود (Gringras and Todd, ۲۰۰۸: ۱۵). و شرایط درستی قرارداد طبق سیستم حقوقی مورد نظر احراز شود. در برخی قوانین به این موضوع صریحا اشاره شده است. بعنوان مثال، در دستورالعمل تجارت الکترونیکی شورای اروپا در تایید امکان انعقاد قرارداد از طریق اینترنت مقرر شده است هر یک از دول عضو اتحادیه اروپا ملزم است در سیستم حقوقی خود امکان انعقاد قرارداد از طریق ابزارهای الکترونیک را تجویز کند و موانع حقوقی موجود در این زمینه را برطرف سازد. در سایر قوانین موضوع بحث نیز هرچند صریحا به این موضوع اشاره نشده است ولی از آنجا که از مفاهیمی چون داده پیام و ارتباط الکترونیکی برای انعقاد قرارداد استفاده شده، لذا بطور غیرمستقیم امکان استفاده از اینترنت برای انعقاد قرارداد و اجرای آن مورد پذیرش واقع شده است.

^۱ البته تجویز استفاده از طرق نوین ارتباطی محتاج مقرر قانونی است و بدون نص قانون نمی توان هر روشی را برای انعقاد قرارداد بکار بست. اساسا قوانین تجارت الکترونیکی نیز برای این منظور تدوین شده اند که شیوه های نوین انعقاد قرارداد را به رسمیت شناسند.

بنابراین به همان اندازه که امکان انعقاد قرارداد از طریق ابزارهای سنتی وجود دارد، از طریق ابزارهای الکترونیکی از سوی قوانین موضوعه در حوزه تجارت الکترونیکی نیز تجویز شده است. با این حال، خواه قرارداد به صورت سنتی منعقد شود و خواه به صورت الکترونیکی، دو استثنای مهم بر این اصل قابل اعمال است: توافق طرفین و الزام قانونی.

۳-۱- توافق طرفین

طرفین می‌توانند توافق کنند که قرارداد مورد نظر خود را با استفاده از روش‌های سنتی مانند تلفن یا نامه پستی منعقد کنند و از روش‌های نوین ارتباطی استفاده نکنند. این امر می‌تواند دلایل مختلفی داشته باشد، از جمله اینکه طرفین بخواهند مدارک قرارداد فیما بین را بطور کتبی و در قالب کاغذی در اختیار داشته باشند. عادت به روش‌های سنتی نیز می‌تواند یکی دیگر از دلایل باشد (Ibid). علاوه بر این موارد، ناآشنایی به روش‌های نوین ارتباطی الکترونیکی، بی‌اعتمادی به آنها و نبود تعیین حقوقی در برخی ابعاد حقوقی فضای سایبر در صورت بروز اختلاف نیز می‌تواند در ردیف دیگر دلایل ذکر گردد. در هر صورت بر کسانی که وارد قرارداد می‌شوند لازم است برای اجتناب از اختلافات آتی، صریحاً این موضوع را در روابط خود مشخص کنند.

در این راستا اشاره به پرونده *Hall v. Cognos* ضروری به نظر می‌رسد. در این پرونده آقای هال مهلت مقرر برای تسلیم تقاضای هزینه‌ها را به شرکتی که در آن کار می‌کرد، از دست داد. نامه الکترونیکی به مدیر شرکت ارسال کرده و تقاضای تمدید مهلت را نمود. مدیر در پاسخ جواب مثبت داد، اما بعد از دادن مهلت، از اجرای آن امتناع کرد (با این تصور که نامه الکترونیکی ارسالی از نظر حقوقی معتبر نیست). در نتیجه آقای هال در دادگاه اقامه دعوی کرد. دادگاه مقرر نمود بخش مربوط به خط مشی درخواست‌ها در قرارداد استخدام آقای هال، که در آن آمده است «هر نوع تغییری باید کتبی بوده و به امضای طرفین برسد»، از طریق نامه الکترونیکی ارسالی احراز شده است. چرا که متن نامه الکترونیکی شرط کتبی بودن را فراهم می‌کند و نام ارسال کننده در بالای نامه الکترونیکی بعنوان امضا تلقی می‌شود. لذا نامه الکترونیکی ارسالی شرکت را موظف به پذیرش هزینه درخواست‌ها می‌کند. اگر طرفین از ابتدا امکان یا عدم امکان استفاده از ابزارهای نوین ارتباطی را در روابط خود تصریح می‌کردند این اختلافات هم به وجود نمی‌آمد.

۳-۲- الزام قانونی

در برخی موارد، قانون انعقاد قرارداد یا وجود مدرکی را به شیوه خاصی لازم می‌داند. بعنوان مثال در حقوق ایران اسناد مالکیت امول غیرمنقول باید با رعایت تشریفات خاصی تنظیم شوند. قانون تجارت الکترونیکی ایران نیز به رغم شناسایی اعتبار داده پیام در احراز شروط کتبی بودن، ممضی بودن و اصل

بودن مدارک، مقرر کرده است که اسناد مالکیت اموال غیرمنقول نمی‌تواند در قالب پیام باشد^۱. این بدان معناست که مدارک حاصل از توافقات اموال غیرمنقول و با استفاده از ابزارهای الکترونیکی قابل پذیرش نیست. مثال دیگر اینکه، در حقوق انگلیس، قانون اعتبار فروشنده مصوب ۱۹۷۴ مقرر می‌کرد که توافقات مربوط به اعتبار مصرف کننده باید در قالب اسناد کاغذی منعقد شوند^۲. این قانون در سال ۱۹۹۴ اصلاح شد که در نتیجه آن توافقات مربوط به اعتبار مصرف کننده و بیشتر آگهی‌ها و مدارک می‌توانند با استفاده از ابزارهای الکترونیکی ایجاد شوند و دیگر الزامی نیست که توافقات، آگهی‌ها و مدارک حتما در قالب کاغذی باشند. البته با تدوین قوانین نمونه، کنوانسیون ارتباطات الکترونیکی و قوانین تجارت الکترونیکی در سطح ملی، مانند قانون تجارت الکترونیکی ایران، الزامات قانونی درخصوص کاغذی بودن ارتباطات طرفین و قراردادهای منعقد شده بین آنها رفع شده است و داده پیام و ارتباط الکترونیکی می‌توانند این الزامات را احراز کنند.

به استثنائات فوق باید اخلاق حسنه و نظم عمومی را نیز افزود. با این توضیح که مفهوم و دامنه توافق طرفین و الزام قانونی در هر سیستم حقوقی مشخص و نزدیک به هم است. اما مفهوم و دامنه نظام عمومی و اخلاق حسنه در همه سیستم‌های حقوقی یکسان نیست. مثلا ممکن است در جامعه‌ای توافق بر موضوعی خلاف اخلاق حسنه تلقی گردد، اما در جامعه دیگری چنین نباشد. لذا در هر مورد باید به منابع سیستم حقوقی مورد نظر مراجعه کرد.

۴- وضعیت تجارت الکترونیکی در ایران

اینترنت مانند یک جامعه است. کسانی که به هر دلیلی وارد دنیای اینترنت می‌شوند، لاجرم باید نخست زبان، ادبیات، فرهنگ، مقررات و کاربرد دقیق آن را بشناسند و بعد وارد آن شوند. برای مثال، از بعد تجاری، شرکت‌های مطرح جهان در حوزه تجارت الکترونیکی این ضرورت‌ها را به وقت خود شناخته و با احراز آنها گوی سبقت را از دیگران ربوده‌اند و در نتیجه هم به رشد اقتصادی خود آنها منجر شده و هم موجب رشد کشورهای متبوع‌شان گردیده است. اما در ایران، تجارت الکترونیکی نوپاست و شروع آن به سال ۱۳۷۶ برمی‌گردد، زمانی که کارت‌های اعتباری توسط بانک‌ها عرضه و امکان خرید از طریق آنها فراهم شد.

^۱ قانون تجارت الکترونیکی ایران، ماده (۶).

^۲ مشابه این مقرر، طبق بند (ب) ماده (۶) قانون تجارت الکترونیکی ایران نیز فروش مواد دارویی به مصرف کنندگان نهایی نمی‌تواند در قالب داده پیام باشد.

با این حال، اگرچه قریب به پانزده سال از آن واقعه می‌گذرد، اما هنوز حضور تجارت الکترونیکی در ایران در قیاس با کشورهای پیشرو در این حوزه چندان ملموس نیست. مهم‌ترین علت عدم احراز کامل ضرورت‌های ذکر شده برای انجام تجارت در فضای اینترنت است. با این حال، بررسی تجارت الکترونیکی در ایران حاکی از آن است که بخش‌های مختلف دولتی و نهادهای خصوصی در تلاش بوده و هستند تا زیرساخت‌های لازم برای توسعه تجارت الکترونیکی را در این کشور در حال توسعه ایجاد و تکمیل کنند. بخشی از این تلاش‌ها در مصوبات دولتی متجلی شده است که اهم موارد آنها به ترتیب تاریخ مورد اشاره واقع می‌شود. شناخت موانع توسعه تجارت الکترونیکی در ایران و ارائه راهکارها برای رفع آنها نیز موضوع بسیار مهمی است که در قسمت بعد به اجمال بررسی خواهد شد.

۴-۱- قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (مصوب ۱۳۷۹)

اندیشه رونق جدی تجارت الکترونیکی در اوایل سال ۱۳۷۹ در قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و در بندهای «الف» و «ب» ماده (۱۱۶) آن چنین متجلی شده است: «به منظور تقویت توان رقابت محصولات صادراتی در بازارهای بین‌المللی: الف) کلیه وزارتخانه‌ها و سازمان‌های تولیدی و خدماتی دولتی مرتبط با امر صادرات مکلف‌اند تا پایان سال برنامه سوم نسبت به راه‌اندازی مرکز اطلاع‌رسانی مربوط به خود، براساس طرح شبکه جامع اطلاع‌رسانی بازرگانی کشور اقدام کنند و خدمات اطلاع‌رسانی لازم را در اختیار متقاضیان داخلی و خارجی قرار دهند. وزارت پست و تلگراف و تلفن موظف است نسبت به راه‌اندازی شبکه جامع اطلاع‌رسانی بازرگانی کشور (داخلی و بین‌المللی) تا پایان سال دوم برنامه سوم اقدام کند».^۱

همان‌گونه که از صدر این ماده نیز پیداست، تدوین کنندگان این برنامه به درستی دریافته بودند که در صورت عدم توسعه تجارت الکترونیکی توان رقابتی محصولات صادراتی کشور در بازارهای بین‌المللی تنزل خواهد کرد. لذا وزارت پست و تلگراف و تلفن و وزارت بازرگانی و همه وزارتخانه‌های مرتبط با امر صادرات را مکلف به راه‌اندازی مرکز اطلاع‌رسانی براساس طرح شبکه جامع اطلاع‌رسانی بازرگانی کشور کرده است.

۴-۲- سیاست تجارت الکترونیکی جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳۸۱)

^۱ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۸۳-۱۳۷۹) در جلسه علنی مورخ ۱۳۷۹/۰۱/۱۷ مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۳۷۹/۰۱/۱۷ به تأیید شورای نگهبان رسیده است. برای مشاهده متن قانون رک: وب سایت رسمی مجلس شورای اسلامی ایران: www.majlis.ir

با تصویب سیاست تجارت الکترونیکی جمهوری اسلامی ایران^۱ در سال ۱۳۸۱، بحث تجارت الکترونیکی با شفافیت بیشتری پیگیری شد. این مصوبه به پیشنهاد دبیرخانه شورای عالی اطلاع‌رسانی و با استناد به اصل (۱۳۸) قانون اساسی^۲ و باتوجه به «گسترش سریع تجارت الکترونیکی در جهان، گریزناپذیر بودن استفاده از آن، نقش تجارت الکترونیکی در حفظ، تقویت و توسعه رقابتی کشور در جهان و صرفه‌جویی-های ناشی از اجرای تجارت الکترونیکی در کشور»^۳، برای استفاده و گسترش تجارت الکترونیکی در کشور تهیه شد. برای نیل به این هدف شناسایی و ایجاد زیرساخت‌های لازم اصولی چنین مقرر شد: «۱- فراهم نمودن زیرساخت‌های اصلی و زمینه‌های حقوقی و اجرایی مورد نیاز برای استفاده از تجارت الکترونیکی؛ ۲- توسعه آموزش و ترویج فرهنگ استفاده از تجارت الکترونیکی؛ ۳- حمایت از توسعه فعالیت‌های بخش غیردولتی و جلوگیری از انحصار و ایجاد زمینه‌های رقابت؛ ۴- رفع هرگونه محدودیت تبعیض‌آمیز در تجارت الکترونیکی؛ ۵- گسترش استفاده از شبکه اینترنت برای انجام تجارت الکترونیکی در کشور و اتخاذ تدابیر لازم برای بهداشت محتوای شبکه یاد شده».

در راستای نیل به اهداف فوق، سیاست‌های اجرایی نیز پیش‌بینی شده است تا اهداف موردنظر براساس اصولی که در بالا ذکر شد، تامین شود. در این راستا، تکالیفی بر دوش نهادهای مختلف دولتی گذاشته شده است.^۴ از جمله اینکه شرکت مخابرات مکلف است بستر لازم برای برقراری ارتباط بر سرعت، مطمئن و ایمن با شبکه اینترنت را فراهم کند.^۵

وزارت امور اقتصادی و دارایی مکلف است طرح جامع استفاده از سیستم انتقال الکترونیکی وجوه و خدمات کارت‌های اعتباری را ارائه دهد.^۶ وزارت علوم، تحقیقات و فناوری بایستی رشته‌ها و گرایش‌های مرتبط با تجارت الکترونیکی را ایجاد کند.^۷ لازم است سازمان صدا و سیما جهت آموزش و توسعه تجارت

^۱ تصویب‌نامه شماره ۲۱۰۶۷/ت/۲۵۵۹۸هـ مورخ ۶ مرداد ۱۳۸۱ هیات وزیران.

^۲ اصل (۱۳۸) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر می‌دارد: علاوه بر مواردی که هیات وزیران یا وزیری مأمور تدوین آئین‌نامه‌های اجرایی قوانین می‌شود، هیات وزیران حق دارد برای انجام وظایف اداری و تامین اجرای قوانین و تنظیم سازمان‌های اداری به وضع تصویب‌نامه و آئین‌نامه بپردازد. هریک از وزیران نیز در حدود وظایف خویش و مصوبات هیات وزیران حق وضع آئین‌نامه و صدور بخش‌نامه را دارد ولی مفاد این مقررات نباید با متن و روح قوانین مخالف باشد. دولت می‌تواند تصویب برخی از امور مربوط به وظایف خود را به کمیسیون‌های متشکل از چند وزیر واگذار نماید. تصویب‌نامه‌ها»

^۳ قسمت اول سیاست تجارت الکترونیکی جمهوری اسلامی ایران.

^۴ اینکه این سیاست‌نامه تا چه حدی عملی شده است، نیازمند تحقیق جداگانه‌ای است، اما به نظر می‌رسد آنطور که باید به ظهور نرسیده است.

^۵ سیاست تجارت الکترونیکی جمهوری اسلامی ایران، بندهای «۱ و ۳».

^۶ همان، بندهای «۲ و ۳».

^۷ همان، بندهای «۳ و ۴».

الکترونیکی برنامه‌های لازم را تهیه و پخش کند.^۱ برای راه‌اندازی پروژه‌های تجارت الکترونیکی و شبکه جامع اطلاع‌رسانی کشور، که در ماده (۱۱۶) برنامه سوم توسعه اشاره شد، سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور موظف است اعتبارات مورد نیاز را سالیانه در لایحه بودجه کل کشور منظور کند.^۲ دولت نیز باید بخش‌های غیردولتی را برای توسعه تجارت الکترونیکی بکار گیرد.^۳

۴-۳- قانون تجارت الکترونیکی جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳۸۲)

تجارت الکترونیکی برای رشد در عرصه داخلی و بین‌المللی از همان ابتدا با موانع حقوقی متعددی مواجه شده بود که رفع همه آنها با استفاده از مبانی حقوقی سنتی ممکن به نظر نمی‌رسید و مستلزم سازوکارهای قانونی جدید بود. در سطح بین‌المللی قوانین نمونه آنسیترال و کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی معرفی شدند. در سطح داخلی دولت‌ها نیز قوانین مصوب در حوزه تجارت الکترونیکی در صدد رفع این موانع برآمدند. ایران نیز با اندکی تاخیر از دیگر کشورها، برای رفع خلأها، ایجاد حمایت و بسترهای قانونی لازم برای توسعه تجارت الکترونیکی، قانون تجارت الکترونیکی جمهوری اسلامی ایران را در ۸۱ ماده و ۷ تبصره در ۱۷ دی ۱۳۸۲ در مجلس شورای اسلامی تصویب و یک هفته پس از آن در ۲۴ دی ۱۳۸۲ به تایید شورای نگهبان رساند.^۴ این قانون در حال حاضر در کنار مبانی حقوقی سنتی مهمترین مجموعه قانونی برای انجام معاملات الکترونیکی به شمار می‌رود. گفتنی است قوانین دیگری نیز در این حوزه به تصویب رسیده است. از جمله لایحه قانونی تشکیل شورای عالی انفورماتیک کشور، قانون جرائم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸، قانون آزادی اطلاعات مصوب ۱۳۸۵، قانون حمایت از حقوق پدید آورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای مصوب ۱۳۷۹، قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون تاسیس سازمان جهانی مالکیت فکری، مقررات و ضوابط شبکه‌های اطلاع-رسانی رایانه‌ای، مصوبه شورای عالی اداری در زمینه اتوماسیون نظام اداری و اتصال به شبکه جهانی اطلاع‌رسانی.^۵

۴-۴- قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی و فرهنگی (مصوب ۱۳۸۳)

^۱ همان، بندهای «۵» و «۳».

^۲ همان، بندهای «۱۰» و «۳».

^۳ همان، بندهای «۱۱» و «۳».

^۴ این قانون در ۱۱ بهمن ۱۳۸۲ در روزنامه رسمی به شماره ۱۷۱۶۷ منتشر شد.

^۵ بررسی کلی این قانون و سایر قوانین مرتبط در سطح ملی و بین‌المللی در فصل‌های چهارم و پنجم به تفصیل گفته خواهد شد.

این قانون در تاریخ ۱۱ شهریور ۱۳۸۳ با ۱۶۱ ماده در مجلس شورای اسلامی تصویب شد، سپس به شورای نگهبان ارجاع و در مجمع تشخیص مصلحت نظام مطرح و رسیدگی شد و نهایتاً در ۱۶ مهر ۱۳۸۳ ابلاغ آن به دولت به تایید مقام معظم رهبری رسید. بخش‌هایی از این برنامه، توسعه تجارت الکترونیکی را مدنظر قرار داده^۱ و وظایفی بر دوش نهادها و دستگاه‌های دولتی قرار داده است. از جمله مهمترین این موارد این است که قوه قضائیه را مکلف کرده است «شعبه یا شعبی از دادگاه‌ها را برای بررسی جرائم الکترونیکی و نیز جرائم مربوط به تجارت الکترونیکی و تجارت سیار اختصاص دهد».

شورای بورس، شبکه ملی دادوستد الکترونیکی اوراق بهادار را طراحی و راه‌اندازی کند. ایجاد بازارهای مجازی، برقراری نظام بانکداری الکترونیک برای عرضه خدمات در سطح ملی و بین‌المللی، به روز کردن مراکز اطلاع‌رسانی، انجام مناقصه‌ها، مزایده‌ها، خدمات و عملیات مالی-اعتباری در محیط رایانه‌ای و شبکه‌های اطلاع‌رسانی و تحقق اقتصاد مبتنی بر دانایی با گسترش ارتباطات و فناوری اطلاعات بر دوش دولت گذاشته شده است. این موارد علاوه بر موارد مذکور در سیاست تجارت الکترونیک مصوب سال ۱۳۸۱ است. در سیاست‌نامه مذکور عمده تکیه بر موضوع بسترسازی در حوزه تجارت الکترونیکی است اما در این برنامه بیشتر به توسعه کاربردهای مختلف تجارت الکترونیکی تاکید شده است، البته با این فرض که بسترهای لازم به موجب سیاست‌نامه ایجاد شده باشد.

۴-۵- برنامه جامع توسعه تجارت الکترونیکی (مصوب ۱۳۸۴)

برنامه جامع توسعه تجارت الکترونیکی ایران در پنجم تیر ۱۳۸۴ در ۴۳ ماده به پیشنهاد وزارت بازرگانی و به استناد ماده (۷۹) قانون تجارت الکترونیکی ایران^۲ مصوب ۱۳۸۲ توسط هیات وزیران به تصویب رسید. این برنامه که براساس انجام مطالعات گسترده‌ای با عنوان «طرح مطالعه امکان‌سنجی تجارت الکترونیکی» تدوین شد، تکالیف هریک از دستگاه‌های اجرایی ذیربط را برای توسعه جامع تجارت الکترونیکی در ۴۳ ماده مشخص کرده است. بررسی اجمالی این برنامه نشان می‌دهد که بخش زیادی از

^۱ از جمله مواد (۱۰، ۱۵، ۲۱، ۳۳، ۳۹، ۴۴، ۵۷).

^۲ ماده (۷۹) قانون تجارت الکترونیکی ایران مقرر می‌دارد: «وزارت بازرگانی موظف است زمینه‌های مرتبط با تجارت الکترونیکی را که در اجرای این قانون موثر می‌باشند شناسایی کرده و با ارائه پیشنهاد و تایید شورای عالی فناوری اطلاعات، خواستار تدوین مقررات مربوطه و آئین‌نامه‌های این قانون توسط نهادهای ذیربط شود. این آئین‌نامه‌ها و مقررات پس از تصویب هیات وزیران به مرحله اجرا در خواهند آمد ...».

مواد آن ناظر بر توسعه زیرساخت‌های مورد نیاز تجارت الکترونیکی است. همچنین براساس این برنامه وظایف و مسئولیت‌های دستگاه‌های اجرایی برای توسعه و ترویج تجارت الکترونیکی در کشور مشخص و تبیین شده است. با این حال، به نظر می‌رسد بسیاری از تکالیف مقرر شده به مرحله اجرا گذاشته نشده و همه اهداف مندرج در برنامه مذکور تاکنون محقق نگردیده است. برای مثال، در ماده (۳) برنامه جمع توسعه تجارت الکترونیکی آمده است این وزارت باید با همکاری قوه قضائیه «نسبت به تدوین قواعد رفع تعارض قوانین جدید بعنوان بخشی از قانون عام آئین دادرسی مدنی فضای تبادل اطلاعات و قانون آئین دادرسی خاص تجارت الکترونیکی از جمله قواعد داوری و واسطه‌گری بر خط برای تسهیل در حل و فصل اختلافات ناشی از تجارت الکترونیکی حداکثر تا پایان سال ۱۳۸۴ اقدام کند». در حالیکه هنوز با گذشت حدود پنج سال (در سال ۱۳۸۹) از مهلت مقرر در این ماده، هنوز این امر محقق نشده است.

برخی دیگر از انتظارات این برنامه نیز بطور نسبی به اجرا درآمده است، مانند ایجاد دفاتر صدور گواهی امضای الکترونیک برای شناسایی هویت طرفین در مبادلات الکترونیک. نخستین مرکز صدور گواهی امضای دیجیتال در مرداد ۱۳۸۹ افتتاح شد!

در حالیکه چندین سال قبل، هم در سیاست تجارت الکترونیکی ایران و هم در برنامه جامعه توسعه تجارت الکترونیکی ایران ایجاد چنین مراکزی پیش‌بینی شده است. علاوه بر این، در ماده (۲۳) برنامه جامع توسعه تجارت الکترونیکی وزارت بازرگانی مکلف به «تدوین قراردادها و معاهدات دو یا چندجانبه برای شناسایی بین‌المللی مراجع صدور گواهی دیجیتال حداکثر تا پایان سال ۱۳۸۴» گردیده است. در حالیکه این امر هنوز هم محقق نشده است.

۴-۶- قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران (۱۳۹۴-۱۳۹۰)

فصل چهارم از قانون برنامه پنج ساله توسعه کشور در ۲۳ ماده (مواد ۴۶ الی ۶۸) و به منظور ارتقای بخش اداری و مدیریت کشور تنظیم شده است. مواد ۴۶، ۴۷، ۴۸ و ۴۹ از این فصل به توسعه استفاده از فناوری اطلاعات اختصاص داده شده است. از جمله اینکه:

در ماده (۴۶) که «بسط خدمات دولت الکترونیکی» را مدنظر قرار دارد، وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات را مکلف به ایجاد شبکه ملی اطلاعات امن و پایدار با پهنای باند مناسب با رعایت موازین شرعی و امنیتی می‌کند. علاوه بر این، این وزارتخانه باید شبکه علمی کشور را توسعه دهد و دانشگاه‌ها، حوزه‌های علمیه، موسسات آموزشی، پژوهشی و فناوری دولتی موظف‌اند ضمن اتصال به شبکه مزبور، محتوای علمی و امکانات نرم‌افزاری و سخت‌افزاری خود را با حفظ مالکیت معنوی با رعایت استانداردهای لازم روی شبکه علمی قرار دهند. کلیه دستگاه‌های اجرایی نیز ملزم به ایجاد پایگاه‌های

اطلاعاتی با رعایت استانداردهای لازم بوده و موظف هستند تا پایان برنامه پنجم توسعه کلیه خدمات قابل ارائه به صورت الکترونیکی را به صورت الکترونیکی ارائه کنند. طبق این ماده، وزارت کشور نیز ملزم به تامین و صدور کارت هوشمند ملی چند منظوره برای آحاد ملت است. سازمان ثبت اسناد کشور نیز باید پایگاه اطلاعات حقوقی املاک را تاسیس کند و کلیه مراحل نقل و انتقال و ثبت اسناد رسمی و املاک باید به صورت الکترونیکی باشد. این سازمان باید به اشخاص حقوقی شناسه یکتا عطا کند که در آن مشخصات سهام‌داران، اعضای هیات مدیره و شماره کد ملی آنها با قابلیت جستجو و دسترسی همگانی ممکن باشد. در این لایحه گسترش سامانه الکترونیک امن معاملات املاک و مستغلات در سطح کشور نیز برعهده وزارت بازرگانی گذاشته شده است. بررسی موارد مندرج در این قانون نشان می‌دهد برخی از آنها مانند ایجاد دفاتر صدور گواهی امضای الکترونیک در طرح‌های قبلی نیز مورد توجه قرار داده شده بود. با این حال مجدداً در این قانون نیز گنجانده شده است. شاید عدم اجرای کامل آنها موجب ذکر مجدد آنها در قانون پنجم برنامه توسعه شده است.

۴-۷- طرح جامع دولت الکترونیک (مصوب ۱۳۸۹)

طرح جامع دولت الکترونیک در مرداد ۱۳۸۹ نهایی شد. براساس این طرح خدمات دولت به مردم به صورت الکترونیکی عرضه می‌شود و آنها را از مراجعه به دستگاه‌ها و نهادهای دولتی فارغ می‌کند. پیش‌بینی می‌شود به موجب این طرح تقریباً ۷۰ درصد خدمات دولت به صورت الکترونیکی عرضه شود و این میزان در پایان برنامه پنجم توسعه به ۱۰۰ درصد برسد.^۱ در این طرح مهمترین خدمات الکترونیک که دارای بیشترین متقاضی هستند در اولویت قرار داده شده‌اند و دامنه وسیع آن نشان می‌دهد که در صورت عملی شدن، می‌توان در حد چشمگیری تجارت الکترونیک را در کشور لمس کرد. این موارد عبارتند از: ارائه اطلاعات (غیرساخت یافته مانند شرح یک فرایند و ساخت یافته مانند لیست خدمات) به کاربر به صورت غیرتعاملی، ارائه اطلاعات (ساخت یافته مانند دفترچه تلفن یا کد شهرها یا محل امتحان یا دریافت قبض) به کاربر به صورت تعاملی، پاسخگویی به سوالات مختلف کاربران به صورت غیرتعاملی، پاسخگویی به سوالات کاربر به صورت تعاملی (متنی، صوتی، تصویری)، خدمات دریافت اطلاعات ساده از کاربر مانند ارسال خبر یا ارسال نظر، خدمات ثبت نام اینترنتی ساده (ثبت نام خودرو، ثبت نام مسکن، درخواست اشتراک آب، برق و گاز)، خدمات ثبت نام اینترنتی با امکان پرداخت (ثبت نام تلفن همراه)،

^۱ امید است طبق پیش‌بینی‌های انجام شده، طرح ارائه شده بطور کامل به اجرا درآید. چراکه یکی از علل مهم عدم رشد لازم در حوزه تجارت الکترونیکی در ایران عدم اجرای کامل و به موقع طرح‌های قبلی بوده است.

خدمات ثبت اینترنتی با امکان ویرایش کل یا قسمتی از اطلاعات (ثبت نام کنکور)، خدمات صدور مجوز تک سازمانی (سازمان‌های مردم نهاد، گلخانه)، صدور مجوز چندسازمانی (نیازمند استعلام مالی، اعتباری، سوء سابقه، سربازی، مقطع تحصیل، جانبازی، چک برگشتی)، خدمات دارای فرایند ساده (بررسی یک مرحله‌ای)، خدمات دارای پیوستگی زمانی (ارائه گزارش‌های ماهیانه)، خدمات صرف پیگیری (مانند پیگیری نامه)، خدمات نیازمند تشخیص هویت، خدمات نیازمند تطابق بین مشخصات ارائه شده و مشخصات موجود (کارایی)، خدمات نیازمند امضای دیجیتال، خدمات نیازمند داده‌کاوی، خدمات نیازمند تبدیل انواع اطلاع به یکدیگر، خدمات نیازمند شناسایی مکان، خدمات نیازمند جستجوی انبار داده‌ها، خدمات قابل ارائه بر تلفن همراه، خدمات آموزشی به صورت الکترونیک و خدمات مالی (واریز وجه صرف، انتقال وجه صرف).

نتیجه‌گیری

تجارت الکترونیکی، بواسطه اینترنت جزو تجارت‌های تابع اصول و قواعد عمومی شناخته می‌شود. سازگاری و مطابقت مفاهیم لفظی و عرفی قواعد حقوقی تجارت، با مفاهیم فنی محیط الکترونیکی، تحدید حقوق و اختیارات طرفین در حمایت مصالح و حفظ تعادل منافع خود در قراردادهای منعقد بواسطه اینترنت و ضوابط حاکم بر روش‌های متعدد و ایفای تعهدات بواسطه محیط اینترنت از جمله مسائلی است که انعقاد قراردادها و تجارت الکترونیکی را با تردید و تأمل مواجه ساخته است. سبب عمده آن، به این بر می‌گردد که تعداد زیادی از مفاهیم و مقررات قانون تجارت الکترونیکی حاکم بر قراردادهای الکترونیکی، فاقد هرگونه پیشینه عرف و عادت و یا نیازهای اجتماعی و اقتصادی بوده است و نسبت به مفاهیم حقوقی جاری در منابع حقوقی نسبتاً وجه نامانوس دارد. گرچه قانون تجارت الکترونیکی، با محتوای خاص خود، به ظاهر تعارضی با قواعد و مقررات عمومی قوانین مدنی و تجاری ندارد، ولی با وجود این، انسجام و هماهنگی چندانی نیز با مفاهیم و مقررات شکلی و فنی منابع قانونی، مانند قوانین مدنی و تجاری ندارد و منفذی بس محدود، در تطبیق این قواعد بر مسائل حقوقی قراردادها در تجارت الکترونیکی تلقی می‌گردد. اعلام اراده طرفین قرارداد از راه دور، نوشتاری بودن قرارداد، منحصر بودن قراردادها به معاملات داد و ستد کالا و ارائه خدمات و همچنین خصوصیت فراملی آن، از جمله ویژگی‌های عمده قراردادهای موضوع مقررات قانون تجارت الکترونیکی می‌باشد. با توجه به خصوصیات قانون تجارت الکترونیکی، می‌توان گفت که اصولاً کاربرد قراردادهای الکترونیکی بر مبنای سیستم اطلاعاتی و تبادل داده‌های پیامی می‌باشد که این اطلاعات یا مفاد بیان اراده (ایجاب و قبول) محتوای محصول

الکترونیکی قابل داد و ستد در قرارداد الکترونیکی را تشکیل می‌دهد. قرارداد الکترونیکی، بالقوه جزو قراردادهای کتبی محسوب می‌شود و امضاء الکترونیکی نیز بعنوان محور اساسی اعتبار بیان اراده در معاملات الکترونیکی معتبر شناخته شده است. این امر، از اساس باید در ضمن قواعد حقوق مدنی مقرر می‌شد که شامل جمیع معاملات الکترونیکی باشد. از طرفی، خیلی از مسائل ماهوی و شکلی متعلق به قراردادهای مدنی نیز، در حقیقت همتراز با قراردادهای تجاری در محیط الکترونیکی نیازمند بیان قواعد و مقررات، شامل و کلی است که تنظیم آن، تحت عنوان قانون تجارت الکترونیکی موجب چندگانگی مفاهیم و محدودیت تطبیق قواعد قانونی نسبت به قراردادهای الکترونیکی خواهد شد.

نکته‌ای که باید به آن توجه نمود این است که قراردادهای الکترونیکی تنها در چند مورد خاص با قراردادهای سنتی تفاوت دارد؛ از جمله در روش انعقاد، میزان تعهدات، میزان حمایت‌های قانونی. به عبارت بهتر به جز در چند مورد جزئی در سایر موارد قراردادهای الکترونیکی با قراردادهای عادی تفاوت چندانی ندارند. از جمله موارد اشتراکی بین عقود الکترونیکی و عقود سنتی (بالاخص عقد بیع) وجود اختیارات مشترک برای طرفین قرارداد می‌باشد به جز اختیار حق انصراف که ویژه عقود الکترونیکی می‌باشد. در وجود تمامی اختیارات سنتی در عقود الکترونیکی شک و تردیدی وجود ندارد و به تبعیت از قواعد عام حاکم بر قراردادها باید بیان نمود که تمامی اختیارات موجود در قوانین موضوعه در عقود الکترونیکی نیز حاکم می‌باشد. تنها تفاوت موجود بین اختیارات حاکم بر قراردادهای الکترونیکی و قراردادهای سنتی در نحوه اعمال اختیارات می‌باشد. به عبارت بهتر با توجه به روش خاص انعقاد قراردادهای الکترونیکی اعمال اختیارات در اینگونه عقود با شرایط و قواعد حاکم بر اینگونه عقود اعمال خواهد شد. به عبارت بهتر با توجه به حمایت‌های قانونگذار از مصرف کننده در این عقود، حقوق وی بیشتر از تامین کننده بایع مورد نظر قانونگذار بوده است.

فهرست منابع

فارسی:

- ۱- السان، مصطفی (۱۳۸۴). «تشکیل قراردادهای الکترونیکی»، فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، شماره ۳۶، پاییز.

- ۲- السان، مصطفی (۱۳۸۵). «ایجاب و قبول معاملات الکترونیکی»، *مجله تحقیقات حقوقی*، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی شماره ۴۳، بهار و تابستان.
- ۳- السان، مصطفی و رضایی، علی (۱۳۸۶). «کنوانسیون سازمان ملل متحد درباره استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین المللی (۲۰۰۵)» (ترجمه)، *مجله حقوقی بین المللی*، شماره ۳۷، پاییز و زمستان.
- ۴- اخلاقی، بهروز و امام، فرهاد (۱۳۷۹). *مؤسسه بین المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی، اصول قراردادهای تجاری بین المللی (UNIDROIT)* (ترجمه و تحقیق)، چاپ اول، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
- ۵- بناء نیاسری، ماشاءالله (۱۳۸۵). «تشکیل قرارداد در فضای سایبر»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، شماره ۹، نیمسال اول.
- ۶- داراب پور، مهرباب (۱۳۷۴). *تفسیری بر حقوق بیع بین المللی* (ترجمه)، نوشته هجده نفر از دانشمندان حقوق دانشگاه‌های معتبر جهان، جلد اول، چاپ اول، تهران: انتشارات گنج دانش.
- ۷- رضایی، علی (۱۳۸۷). *حقوق تجارت الکترونیکی*، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان.
- ۸- شهیدی، مهدی (۱۳۷۷). *تشکیل قراردادها و تعهدات*، چاپ اول، تهران: انتشارات حقوقدان.
- ۹- شهیدی، مهدی (۱۳۷۸). *قواعد ایرانی تعیین قانون حاکم بر قرارداد بین المللی خصوصی*، مجموعه مقالات حقوقی، چاپ دوم، تهران: نشر حقوقدان.
- ۱۰- هیل، جنیفر، ای (۱۳۸۵). «آینده قراردادهای الکترونیکی در عرصه بیع بین الملل: خلأها و گریزهای ذاتی کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به بیع بین المللی کالا»، ترجمه مصطفی السان و زینب کنعانی، *مجله حقوقی بین المللی*، شماره ۳۵، پاییز و زمستان.
- عربی:
- ۱۱- الحسینی المراغی سید میرعبدالفتاح (۱۴۱۸ ه.ق). *العناوین، الجزء الثانی، الطبعة الاولى*، مؤسسه النشر الاسلامی، التابعه لجامعه المدرسین بقم المشرفه.

۱۲- خوانساری، شیخ موسی (۱۴۱۸ ه. ق). *مُنیة الطالب فی شرح المکاسب*، تقریرات درس میرزا محمد حسین نائینی، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مؤسسه النشر الإسلامی، التابعه لجامعه المدرسین بقم المشرفه.

طرح‌ها و قوانین ایران:

- ۱۳- برنامه جامع توسعه تجارت الکترونیکی ۱۳۸۴
- ۱۴- برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کشور ۱۳۸۳
- ۱۵- برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ۱۳۷۹
- ۱۶- سیاست تجارت الکترونیکی جمهوری اسلامی ایران ۱۳۸۱
- ۱۷- طرح جامع دولت الکترونیک ۱۳۸۹

قوانین، مقررات، لوایح و مصوبات:

- ۱۸- آیین نامه واحدهای ارائه کننده خدمات اطلاع رسانی و اینترنت رسا، مصوب مورخ ۱۳۸۰/۹/۱۲ شورای عالی انقلاب فرهنگی.
- ۱۹- آیین نامه اجرایی ماده ۳۲ ق.ت.ا مصوب ۱۳۸۶/۶/۱۱ هیئت وزیران.
- ۲۰- آیین نامه اجرایی ماده ۴۸ ق.ت.ا، مصوبه شماره ۲۷۰۴۲/ت/۳۱۳۸۶ ه مورخ ۱۳۸۴/۵/۴ هیئت وزیران.
- ۲۱- آیین نامه تأسیس و فعالیت بانک های مجازی، مصوب مورخ ۱۳۹۰/۲/۲۷ شورای پول و اعتبار.
- ۲۲- آیین نامه ساماندهی فعالیت و نظارت بر فروشگاه های مجازی، مصوب مورخ ۱۳۸۸/۹/۲۱ وزیر بازرگانی.
- ۲۳- آیین نامه نظام بانکداری الکترونیک، مصوب ۱۳۸۶/۱۲/۲۲ هیئت وزیران، روزنامه رسمی شماره ۱۸۳۶۹ مورخ ۱۳۸۷/۱/۵.
- ۲۴- تصویب نامه راجع به موارد فقدان حق انصراف مصرف کننده به علت شرایط خاص کالا و خدمات به شرح مندرج در بند «د» ماده ۳۸ قانون تجارت الکترونیکی، مصوب ۱۳۸۳/۱۰/۹ هیئت وزیران، روزنامه رسمی شماره ۶۰۶۵۶/ت/۳۱۹۷۹ ه، مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۲۰.

۲۵- قانون جرایم رایانه ای، مصوب ۱۳۸۸/۳/۵ مجلس شورای اسلامی، روزنامه رسمی ۱۲/۱۶۳۰۶ مورخ ۱۳۸۸/۴/۳.

۲۶- قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی، مصوب ۱۳۵۲/۱۰/۶، به نقل از روزنامه رسمی ۱۳۵۲/۱۱/۱۳- ۸۲۶۴.

لاتین:

۲۷- Allen, Tom & Widdison, Robin (۱۹۹۶). "Can Computers Make Contracts?" *Harvard Journal of Law and Technology*, Volume ۹, No. ۱: Winter.

۲۸- Baistrocchi, Pablo Asbo (۲۰۰۲-۲۰۰۳). "Intermediary Service Providers", *Santa Clara Computer & High Technology Law Journal*, Vol. ۱۹.

۲۹- Carlill vs. (۱۹۴۹). "Carbolic Smoke Ball Co". (Note), *University of New Brunswick Law School Journal*, Vol. ۲.

۳۰- Dodd, Jeff C. & Hernandez, James A. (۱۹۹۸). "Contracting in Cyberspace", *Computer Law Review and Technology Journal*, Summer.

۳۱- Elsan, Mostafa & Subaty, Muhammad (۲۰۰۹). "Contract Formation Using Automated Message System: Survey of Islamic Contract Law", *Arab Law Quarterly*, Vol. ۲۳.

۳۲- Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, New York ۲۰۰۷; At: www.uncitral.org.

۳۳- Fleming, John J. (۱۹۹۲). *The Law of Torts*, ۸th ed., Sydney, Law Book Co.

۳۴- Glatt, Christoph (۱۹۹۸). "Comparative Issues in the Formation of Electronic Contracts", *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. ۶.

۳۵- Gringras and E. Todd (۲۰۰۸). *Gringras: the Laws of the Internet*, (ed), Tottel Publishing.

۳۶- Markesinis, Basil S, Unberath, Hannes & Johnston, Angus (۲۰۰۶). *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, Second Edition, Oregon, Oxford and Portland.

- ۳۷- Oktay, B. & Wrenn, G., A (۱۹۹۹). *Look Back at the Notice-Trade Down Provisions of the U.S-Digital Millennium Copyright Act One Year after Enactment*, WIPO Workshop, Geneva, Dec. ۹ and ۱۰.
- ۳۸- Reed, Chris and Angel, John (Editors) (۲۰۰۳). *Computer Law*, Fifth Edition, New York, Oxford University Press.
- ۳۹- Reed, Chris (۲۰۰۴). *Internet Law: Text and Materials*, Cambridge University Press, ۲nd Edition.
- ۴۰- Rogers, W.V.H. (۱۹۹۸). *Winfield & Jolowicz on Tort*, ۱۵th ed., London, Sweet & Maxwell.
- ۴۱- Rowland, Diane & Elizabeth, Aberystwyth (۲۰۰۰). *Information Technology Law*, Second Edition, London, Cavendish Publishing.
- ۴۲- Weitzenboeck, Emily M. (۲۰۰۱). "Electronic Agents and the Formation of Contracts", *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. ۹, No. ۳.

پرونده‌ها:

- ۴۳- Cardozo v. True, ۳۴۲ So.2d ۱۰۵۳ (Fla. App. ۱۹۷۷).
- ۴۴- Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co. [۱۸۹۳] ۱ Q.B. ۲۵۶ (C.A.).
- ۴۵- Frank Music Corp. v. CompuServe Inc., ۹۳-CV-۸۱۵۳ (J.F.K.) (S.D.N.Y.).
- ۴۶- Grainger & Sons v Gough [۱۸۹۶] AC ۳۲۵. Hamilton v. Volksbank Filder, Case C-۴۱۲ / ۰۶, ECR [۲۰۰۸] n.y.r., ECJ ۱۰ April ۲۰۰۸.
- ۴۷- MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc., ۹۹۱ F.2d ۵۱۱ (۹th Cir. ۱۹۹۳).
- ۴۸- Oxford v Moss (۱۹۷۸) ۶۸ Cr App R ۱۸۳ ۶۵۴. Parker v. The South Eastern Railway Co. (۱۸۷۷) ۲ CPD ۴۱۶.
- ۴۹- Religious Technology Center v. Netcom On-line Communications Inc., ۹۰۷ F. Supp. ۱۳۶۱ (N. D. Cal. ۱۹۹۰).

۵۰- Sega Enterprises v. Maphia, ۸۵۷ F.Supp.۶۷۹ (N.D. Cal. ۱۹۹۴).

قوانین، دستورالعمل‌ها و عهدنامه‌ها:

۵۱- Bynre v. Deane [۱۹۳۷] ۱ KB ۸۱۸.

۵۲- Digital Millennium Copyright Act ۱۹۹۸.

۵۳- Godfrey v Demon Internet Ltd, QBD, [۱۹۹۹] ۴ All ER ۳۴۲.

۵۴- Totalise PLC v. Motley Fool LTD, ۲۰۰۱.