

مطالعات حقوق تطبیقی

دوره ۷، شماره ۱

بهار و تابستان ۱۳۹۵

صفحات ۷۷ تا ۹۵

## مطالعه تطبیقی وضعیت شرط مکتوب بودن در توافقنامه‌های

### الکترونیکی داوری

لعیا جنیدی

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه تهران

(فکس: ۶۶۴۰۹۵۹۵ - Email: Joneydi@ut.ac.ir)

رضا مسعودی\*

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۱/۱۶ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۰/۱۱)

### چکیده

استفاده روزافزون و فراگیر از اینترنت و فضای مجازی، داوری تجاری بین‌المللی را نیز متأثر ساخته است. امروزه توافقنامه‌های داوری به‌جای فرم‌های سنتی که معمولاً شامل نسخه‌های کاغذی چاپی یا خطی با امضای طرفین است، بیشتر با استفاده از وسایل مدرن ارتباطات الکترونیکی مانند اینترنت منعقد می‌شوند. این درحالی است که چارچوب‌های قانونی مرتبط با چنین توافقنامه‌هایی، به‌ویژه کنوانسیون (۱۹۵۸م) نیویورک، در سال‌های پیش از فراگیر شدن اینترنت تصویب و تثبیت شده‌اند. بنابراین، این پرسش به‌وجود می‌آید که آیا می‌توان توافقنامه داوری را که با استفاده از ایمیل یا پر کردن یک فرم الکترونیکی موجود در یک وب‌سایت منعقد شده است، تحت قوانین مورد بحث جای داد و معتبر دانست. ارائه راهکاری معقول در این خصوص اصولاً به پاسخ این پرسش مهم بستگی دارد که آیا تجهیزات الکترونیکی می‌تواند شرط «مکتوب بودن» (written form) را که به‌عنوان یکی از اصلی‌ترین شروط مطرح شده و در بیشتر قوانین برای معتبر دانستن یک توافقنامه داوری در نظر گرفته شده است، تأمین کند. نگارندگان در قسمت اول مقاله برآنند تا با ذکر اهداف حقوقی گنجاندن «شرط مکتوب بودن» در کنوانسیون نیویورک و استفاده از تعاریف موجود در قوانین داوری تجاری کشورهای مختلف به این پرسش پاسخ داده، به تحلیل کارکردگرایانه موضوع بپردازند. در بخش دوم سعی شده است تا با ترکیب قوانین مؤخر با استدلال‌های بخش نخست، به استحکام این پشتوانه حقوقی برای توافقنامه‌های الکترونیکی غنای بیشتری بخشیده، با توجه به فراگیر شدن این پدیده در عصر حاضر، بستر حقوقی امنی برای استفاده‌کنندگان از این‌گونه توافقنامه‌ها ترسیم نمایند.

### واژگان کلیدی

اسناد الکترونیکی، توافقنامه الکترونیکی داوری، داوری، قابلیت استناد، مکتوب بودن.

## مقدمه

مهم‌ترین و زیربنایی‌ترین مسئله در یک داوری قراردادی، وجود یک توافقنامه معتبر است. در واقع در صورت خدشه‌پذیری یک توافقنامه، می‌بایست کل فرایند آن داوری و از جمله رای صادره در آن را از دست رفته و فاقد اعتبار دانست؛ از این رو، بیشتر توجه قواعد و اصول داوری تجاری بین‌المللی و قوانین ملی برگرفته از آن‌ها، در پی تقویت این زیربنا است. توجه به توافقنامه داوری تنها به ماهیت و محتوا ختم نمی‌شود، بلکه موضوع شکل و فرم نیز بسیار مهم است. این نکته با کنکاش در کنوانسیون ۱۹۵۸م نیویورک و قانون نمونه داوری آنسیترال به روشنی قابل درک است. حضور ناگزیر تکنولوژی در تجارت به همراه مزایای فراوانش، برخی مسائل دیگر را نیز به دنبال داشت که از جمله مهم‌ترین آن‌ها در داوری بازرگانی بین‌المللی، مسئله چگونگی انعقاد توافقنامه‌های معتبر داوری به صورت الکترونیک است. شرط «مکتوب بودن» به‌عنوان مهم‌ترین شرط شکلی یک توافقنامه داوری که برای اهالی این حوزه از حقوق به لحاظ تکرارش در کنوانسیون‌ها و قوانین مختلف، عبارتی آشنا شمرده می‌شود، می‌تواند به همان اندازه که به توافقنامه‌های کاغذی سنتی اعتبار می‌بخشد، موجب بی‌اعتباری توافقنامه‌های الکترونیکی شود. اما توجه به معنا و مفهوم چنین شرطی و اهدافی که تهیه‌کنندگان این شرط در پی دستیابی به آن بوده‌اند، می‌تواند نقاط تاریک بحث را روشن سازد. در واقع بررسی مفاد قوانین و اصول داوری تجاری بین‌المللی، برای به‌دست دادن یک ایده کلی در خصوص شرط مکتوب بودن، از ضروریات بحث پیش روست که می‌تواند در راستای ارائه تحلیلی مبتنی بر واقعیت راهگشا باشد. یکی پنداشتن مفهوم «مکتوب بودن» یک توافقنامه داوری «با جوهر و کاغذی بودن آن»، تصور نادرستی است که می‌بایست از آغاز در جهت اصلاح آن گام برداشت. دیگر اینکه این نظریه که بسیاری یک توافقنامه الکترونیک را به دلیل ایجادش در محیط مجازی، فاقد اعتبار و ماهیت مادی می‌دانند، به چالش کشیده خواهد شد. همچنین تسری دادن استدلال‌های مورد بحث به انواع توافقنامه‌های الکترونیک، به‌خصوص توافقنامه‌های داوری، موضوعی است که در این مقاله به آن توجه می‌شود

## طرح موضوع

بیشتر منابع قانونی ملی و بین‌المللی، مکتوب بودن را شرط اعتبار یک توافقنامه داوری دانسته‌اند. موضوعی که به لحاظ تقسیم‌بندی مسائل توافقنامه داوری، در مباحث مربوط به فرم و شکل توافقنامه جای می‌گیرد و باید آن را از مباحث ماهیتی مانند رضایت طرفین تفکیک نمود (G. Born, volume II, 2014, p.739). برای مثال در ماده ۲ «کنوانسیون نیویورک در

خصوص شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی»<sup>۱</sup> مصوب ۱۹۵۸م آمده است «هر کشور پذیرنده کنوانسیون باید توافقنامه‌ای را که تحت آن طرفین متعهد شده‌اند اختلافاتی را که بین آن‌ها به وجود آمده یا به وجود خواهد آمد، به داوری ارجاع نمایند، به رسمیت بشناسد به شرطی که به‌طور کتبی تنظیم شده باشد» و همچنین ماده ۷(۲) قانون نمونه آنسیترال<sup>۲</sup> که با این جمله آغاز می‌شود: «توافقنامه داوری باید به شکل مکتوب باشد...»<sup>۳</sup>. دیگر اینکه در بسیاری از قوانین داوری ملی نیز شرط مکتوب بودن توافقنامه داوری به‌عنوان شرط اصلی اعتبار آن ذکر شده است. برای مثال ماده ۱۷۸ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس می‌گوید: «چنانچه توافقنامه داوری با تلگرام، تلکس، کپی از راه دور، یا هر وسیله ارتباطی دیگری تنظیم گردد، در صورتی معتبر خواهد بود که به صورت کتبی بوده و مفاد و شروط توافقنامه را به صورت یک متن نوشته شده متجلی سازد»<sup>۴</sup>. همچنین است ماده ۱۴۴۳ قانون آیین دادرسی جدید فرانسه که اعلام داشته است «برای معتبر بودن، مفاد توافقنامه اصلی داوری باید به صورت مکتوب باشد و یا در قرارداد یا سندی که به آن ارجاع می‌گردد، به صورت مکتوب گنجانده شده باشد»<sup>۵</sup>. در مواد ۱۴۴۹ و ۱۶۷۷ قانون آیین دادرسی بلژیک نیز آمده است: «توافقنامه داوری باید به صورت یک سند مکتوب امضاشده از سوی طرفین و یا سایر اسناد الحاقی به صورت مکتوب ثبت گردد و مرجع داوری را مشخص نماید». بخش ۲ قانون داوری فدرال امریکا و ماده ۱۶ قانون داوری جمهوری خلق چین مصوب ۱۹۹۵م نیز شروط مشابهی را پیش‌بینی کرده‌اند.

## ۱. اهداف حقوقی شرط مکتوب بودن

ریشه چنین تأکید فراگیری بر مسئله «مکتوب بودن» به دلایلی است که به‌طور گسترده در داوری سنتی بحث شده است<sup>۶</sup>. در اینجا به اختصار می‌توان گفت: «کارهای تشریفاتی از قبیل نگارش و امضا در بحث توافقنامه داوری بر مبنای نیاز به شواهد فیزیکی و قابل استناد از سوی

1. The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, also known as the New York Convention

2. UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

3. "The arbitration agreement shall be in writing..."

4. "As to form, the arbitration agreement shall be valid if it is made in writing, by telegram, telex, telecopier, or any other means of communication that establishes the terms of the agreement by a text"

5. "An arbitration clause must, under penalty of nullity, be stipulated in writing in the main agreement or in a document to which the latter refers..."

6. برای مطالعه بیشتر در این خصوص ر.ک. جنیدی، لعیا، ۱۳۸۷، ص ۴۶ تا ۴۹ و J. Collier, V. Lowe.

«حل و فصل اختلافات در حقوق بین‌الملل». J. Collier, V. Lowe, "The settlement of disputes in

international law" (Oxford: University Press, 1999)

شخصی می‌باشد که از حق خود برای شکایت در دادگاه‌های ملی گذشته و در واقع این اسناد کتبی برای احراز چنین قصدی ضروری است» (J. Collier, V. Lowe, 1999, p.34). به عبارت دیگر، اهمیت توافقنامه داوری ناشی از این واقعیت است که با قبول ارجاع اختلافات شکل گرفته به محکمه داوری، طرفین حق ارجاع اختلافات به دادگاه‌های ملی را ندارند. کتبی شدن این توافق به این معناست که چنین تعهدی بایستی کاملاً جدی و الزام‌آور باشد و نباید از سوی طرفین غیر الزام‌آور تلقی شود (O. Cachard, 2003, p.31).

به دیگر سخن، «الزامات مکتوب» به طرفین این هشدار را می‌دهد که به فرایندی رسمی وارد شده‌اند که بایستی به مفاد آن پایبند باشند (R. Hill, 1999, p.15) و اصولاً از صلاحیت دادگاه‌های دولتی صرف نظر کنند.

## ۲. قوانین منعطف

به‌طور کلی می‌توان گفت سایر منابع قانونی در داوری بین‌المللی در بیشتر مباحث از رویکرد مشابه با کنوانسیون نیویورک و قانون نمونه پیروی می‌کنند. برای مثال، کنوانسیون اروپایی داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۲۱ آوریل ۱۹۶۱ به‌عنوان نوعی توافقنامه منطقه‌ای عمدتاً کشورهای اروپایی را ملزم می‌نماید توافقنامه داوری را در قسمت (a) بند ۲ ماده ۱ به این صورت تعریف کند: «شرط داوری می‌تواند در قرارداد اصلی به صورت شرط داوری و یا در توافقنامه‌ای جداگانه که از سوی طرفین امضا می‌گردد گنجانده شود و یا ممکن است در تبادل نامه‌ها، تلگرام‌ها، یا ارتباطاتی که از سوی سیستم‌های مخابراتی ثبت و ضبط می‌شود نیز درج شده باشد». با این حال، با توجه به آزادی‌گرایی بیشتر کنوانسیون اروپایی نسبت به کنوانسیون نیویورک، در ادامه ماده آمده است «در روابط بین کشورهای اروپایی که قوانینشان توافقنامه داوری مکتوب را الزامی نمی‌داند، هر گونه توافق داوری می‌تواند به شکل مذکور در قوانین آن کشورها تنظیم گردد». به‌نظر می‌رسد گنجاندن این نکته به هدف ایجاد انعطاف و انطباق با قواعد داوری برخی از کشورهای حقوق نوشته مانند فرانسه، ایتالیا، یونان<sup>۳</sup> و آلمان بوده که برخلاف کشورهای کامن‌لا، تأکید سختگیرانه‌ای در خصوص مکتوب بودن توافقنامه داوری ندارند (جنیدی، ۱۳۸۷، ص ۴۸)؛ برای مثال در آلمان، یک توافقنامه داوری تجاری می‌تواند به صورت شفاهی تنظیم شده باشد (همان). در کنوانسیون پاناما (۱۹۷۵ م) اگرچه از واژه «مکتوب» برای توافقنامه داوری استفاده نشده، ولی در ماده ۱ آمده است که توافقنامه

1. European Convention on International Commercial Arbitration. Geneva, 21 April 1961

2. G. Benini, National Reports (Italy) VI Yearbook, 1981, p.32. ص ۴۸؛ به نقل از: جنیدی، بهار ۱۳۸۷، ص ۴۸

3. A. C. Foustocos, op.cit, p.128 به نقل از پیشین

داوری باید «در اسناد امضاشده توسط طرفین قرارداد یا به شکل تبادل نامه‌ها، تلگرام‌ها یا ارتباطات از راه دور ذکر شده باشد»<sup>۱</sup>. به هر حال، عبارت «توافقنامه مکتوب» در هر دو منبع قانونی مهم داوری، یعنی کنوانسیون نیویورک و قانون نمونه ممکن است به اشکال مختلفی تفسیر گردد. با توجه به ماده ۲ کنوانسیون نیویورک، عبارت «توافقنامه در شکل مکتوب» شامل شرط داوری مندرج در قرارداد یا توافقنامه مستقل داوری می‌شود که از سوی طرفین به امضا برسد و یا در قالب نامه‌ها یا تلگرام‌ها باشد. قانون نمونه آنسیترال مصوب ۱۹۸۵م در خصوص داوری تجاری بین‌المللی جایگاه متفاوتی دارد و ماده ۷(۲) آن درک گسترده‌تری از «مکتوب بودن» ارائه می‌دهد، تا آنجا که اعلام می‌دارد «یک معاهده در صورتی «مکتوب» است که سند امضاشده توسط طرفین و یا تبادل نامه‌ها، تلکس، تلگرام‌ها یا سایر وسایل ارتباط از راه دور که یک سند ثبت شده از توافق نامه را فراهم می‌آورند، در آن گنجانده شده باشد». همچنین مفاد ماده ۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ش که در خصوص شکل توافقنامه است، اعلام می‌دارد: «موافقتنامه داوری باید طی سندی به امضای طرفین رسیده باشد، یا مبادله‌نامه، تلکس، تلگرام یا نظایر آنها بر وجود موافقتنامه مزبور دلالت نماید...». به نظر می‌رسد منظور قانون‌گذار از ذکر عبارت «...ونظایر آنها...»، اشاره به وسایل مختلف ارتباط از راه دور از جمله اینترنت باشد.

### ۳. تفسیر حقوقی شرط مکتوب بودن

در بیشتر قوانین داوری مدرن با توجه به تعریف گنجانده شده در قانون نمونه، این تمایل وجود دارد که در تعریف «مکتوب بودن» انعطاف‌پذیر عمل شود ( H. Yu & M. Nasir, 2003, p.459). با تأمل در ماده ۲(۷) قانون نمونه و ماده ۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران که برگرفته از آن است، می‌بینیم که تعریف مکتوب بودن شامل هر روش ارتباطی که قابل ثبت و ضبط باشد، می‌شود. این نگرش مبتنی بر مسامحه را در تعریف کتبی بودن، برای مثال می‌توان در قانون داوری ۱۹۹۶م انگلیس نیز یافت. این قانون، کتبی بودن را در بخش (۱) ۵ قید کرده و آن را در بخش (۶) ۵ به این صورت تعریف نموده است: «ارجاع به بحث کتبی بودن و مکتوب بودن در این بخش، شامل ثبت و ضبط با هر وسیله‌ای می‌شود»<sup>۲</sup>. همچنین، وضعیت ماده ۲

1. An agreement in which the parties undertake to submit to arbitral decision any differences that may arise or have arisen between them with respect to a commercial transaction is valid. The agreement shall be set forth in an instrument signed by the parties, or in the form of an exchange of letters, telegrams, or telex communications.
2. "References in this Part to anything being written or in writing include its being recorded by any means."

قانون داوری فدرال امریکا در برخی موارد موجب سردرگمی قضات و داوران در ارائه تحلیلی هماهنگ بین این ماده و ماده ۲ کنوانسیون نیویورک در این خصوص شده است (S. I. Strong, 2012, p.49)، اما کلیدواژه ما برای ارائه تحلیلی مناسب و منعطف با آنچه قصد توضیح آن را داریم، واژه انگلیسی «record» یا همان ثبت و ضبط کردن است. به نظر می‌رسد معنی و مفهوم واژه «record»<sup>۱</sup> در این متون به معنی اطلاعاتی است که در یک قالب محسوس (شامل نگارش اعم از مفهوم سنتی و مدرن آن) آمده، در محیط امنی (الکترونیکی یا محیط دیگر) نگهداری شود و به صورت معتبری قابل استناد باشد. چنین تفسیری با توجه به شرایط پیش روی تجارت جهانی و همه‌گیر شدن استفاده از اینترنت در تجارت، هم دارای منطقی حقوقی و هم رویکردی عمل‌گرا است. موضوعی که با دقت در آرای اخیر دادگاه‌های ایالات متحده امریکا در امور بازرگانی نیز قابل مشاهده است. نمونه چنین رویه‌ای، رای دادگاه بخش ایالت ایلینویز<sup>۲</sup> در پرونده Realnetworks.Inc V.S Privacy litigations<sup>۳</sup> می‌باشد. در این رای، دادگاه در خصوص ادعای طرف مقابل مبنی بر «غیرقابل استناد بودن توافقنامه‌ای که از طریق پست الکترونیکی بین طرفین رد و بدل شده به دلیل مکتوب نبودن»، چنین استدلال کرده است: «طبیعت قابل ثبت و مکتوب شدن چنین قراردادی برای آنکه آن را (واجد شرط) مکتوب بدانیم کفایت می‌کند»<sup>۴</sup> و در پایان رای چنین نتیجه‌گیری می‌کند که «چنین توافقنامه‌هایی که به صورت الکترونیکی تهیه شده توافقنامه مکتوب محسوب می‌شوند»<sup>۵</sup>. استدلال مشابه را نیز می‌توان در پرونده Campbell v.General Dynamics Gov't Sys. Corp مشاهده نمود که در آن، دادگاه توافقنامه‌ای را که به وسیله پست الکترونیکی منعقد شده، به دلیل قابل استناد بودن معتبر دانسته است. همچنین است رای صادره در پرونده Blake v. Murphy Oil USA, Inc., No. 1:10-CV-128-SA-JAD (N.D. Miss. Sept. 14, 2010) در خصوص بی‌اعتباری توافقنامه را به دلیل امضای الکترونیکی رد کرده است. پرونده Siebert v. Amateur Athletic Union of the United States, ۲۰۰۶ (D. Minn.) نیز در این خصوص حاوی استدلال مشابهی است. بنابراین به نظر می‌رسد نمی‌توان بحث مکتوب بودن را تنها به موضوع جوهر و کاغذی بودن اسناد منحصر دانست. مثال قانونی دیگر در این باره، ماده (۵) ۱۰۳۱ آیین دادرسی مدنی آلمان<sup>۶</sup> است که به صراحت بیان

1. 1-If you keep a record of something, you keep a written account of it or store information about it in a computer .2- If you record something, you write it down, film it, or put it into a computer so that it can be referred to later- Longman Dictionary.
2. Northern District of Illinois
3. 2000 U.S. Dist. LEXIS 6584 (N.D. Ill. May 11, 2000).
4. "easily printable and storable nature is sufficient to render it 'written.'"
5. "the [electronic] Agreement, including the arbitration provision is a written agreement"
6. Zivilprozessordnung

می‌کند، فرم کتبی می‌تواند به شکل فرم الکترونیکی ثبت شود که مکمل ماده ۱۲۶ قانون مدنی آلمان<sup>۱</sup> در این خصوص است.

از بررسی مواد قانونی و آرای قضایی اشاره شده و مطالعه آن‌ها می‌تواند یک نتیجه کلی را در خصوص «شرط مکتوب بودن» استنتاج نمود و آن اینکه ذکر عبارت «مکتوب بودن» مفهومی فراتر از جوهر و کاغذ دربر دارد و در واقع راهبردی است برای ثبت مفاد توافق و تعهدات طرفین و حفظ قابلیت استناد به آن. به عبارت دیگر، می‌توان گفت واژه «مکتوب» یک مفهوم قراردادی است که اصلی‌ترین و مهم‌ترین هدف آن جلوگیری از انکار و تخلف طرفین از تعهداتشان به وسیله ثبت و حفظ مفاد آن است. به این ترتیب، چنانچه این مفهوم منطقی و کلی را برای شرط مکتوب بودن در نظر بگیریم که به نظر نگارندگان چنین است، با کمی دقت در روند کار سیستم‌های الکترونیک و مطالعه سازوکار فنی آن می‌توان به جرأت گفت که مسئله ثبت و نگهداری یک توافقنامه با ابزار الکترونیک بسیار کامل‌تر، دقیق‌تر و امن‌تر از سیستم‌های کاغذی امکان‌پذیر خواهد بود و مسئله رعایت شرط «مکتوب بودن» توافقنامه داوری حتی قوی‌تر از سیستم‌های کاغذی قابل توجیه است؛ هر چند که به لحاظ شکلی این‌گونه اسناد برای مثال در بحث قابلیت استناد امضاها فاقد ارتباط ذاتی و ملموس با پدیدآورندگان خود هستند (آهنی، ۱۳۹۱، ص ۴۴)، اما به نظر می‌رسد این تفاوت شکلی در بیشتر تحولات روبه جلوی دنیای کنونی که حقوق نیز ناگزیر متأثر از آن است، قابل توجیه می‌باشد؛ چه آنکه اگر در گذشته چنین تأکیدی بر سازوکارهای نگارش وجود می‌داشت، امروزه ما هنوز هم مجبور به نگارش متون با استفاده از پر و مرکب بودیم و قطعاً می‌توان استدلال نمود که چنین نگارشی با سبک و سیاق جدید، تفاوت‌های شکلی عمیقی دارد. بنابراین، به نظر نگارندگان، یک تجزیه و تحلیل حقوقی صرفاً برای تجزیه و تحلیل نیست، بلکه این‌گونه تلاش‌ها به‌طور قطع دارای هدفی است که یکی از مهم‌ترین آن‌ها، کمک به تسهیل امور حقوقی با ارائه تفاسیر منعطف و متناسب با شرایط زمان و مکان در راستای تطبیق مسائل و پدیده‌های نوظهور با سختی‌ها و پیچیدگی‌های قواعد حقوقی است. به هر روی، با وجود مطرح شدن نظریات مخالف مبنی بر ممتاز بودن نقش «نوشته کاغذی» به لحاظ کارکرد و نبود عناصر لازم در امضای الکترونیک برای قابل استناد دانستن آن، باید تأکید نماییم که تمامی عناصر لازم برای اعتباربخشی به امضای الکترونیک از جمله «انحصاری بودن»، «قابلیت انتساب به شخص معین» و «پیوستگی امضا به متن» به لحاظ مفهوم وجود داشته و دستیابی به اهداف چنین شاخص‌هایی در اسناد الکترونیک به لحاظ تکنیکی نیز کاملاً مقدور است؛ چراکه اگر بدون توجه به قوانین مربوط به حریم خصوصی در محیط مجازی، برای بررسی امکان‌سنجی آن به گفتگو با یک متخصص IT (تکنولوژی

1. "Bürgerliches Gesetzbuch– BGB"

اطلاعات) یا امنیت شبکه (Security Network) بنشینیم، خواهیم دید که نه تنها چنین مؤلفه‌هایی قابل تعیین است، بلکه می‌توان بسیار بیشتر از آن، یعنی تعیین لحظه ورود کاربر به متن، لحظه امضا، سرعت انجام، شناسایی رایانه و یا رایانه‌هایی که سند در آن‌ها باز شده، محل دقیق رایانه‌ای که سند در آن تنظیم شده است و یا هر گونه دخل و تصرف دیگر و بسیاری از جزئیات را مشخص نمود. نکته دیگری که در اینجا باید به آن اشاره کنیم، این است که مقایسه «اسناد کاغذی» با «اسناد الکترونیک» به لحاظ امتیازهای شکلی (آهنی، ۱۳۹۱، ص ۴۴) چندان صحیح به نظر نمی‌رسد و در صورت چنین مقایسه‌ای برخلاف نظر برخی پژوهشگران، این اسناد الکترونیکی هستند که نسبت به اسناد کاغذی از موقعیت ممتازی برخوردار خواهند شد. دیگر اینکه استفاده روزافزون از این اسناد و محو شدن به مرور اسناد کاغذی از سیستم‌های تجاری دنیای بازرگانی موضوعی است که در این تحلیل باید بررسی شود. باید توجه داشت که در ارائه یک تجزیه و تحلیل حقوقی آنچه که مهم و حیاتی شمرده می‌شود، نائل شدن به اهدافی است که نظام حقوقی را در راه رسیدن به عدالت و جلوگیری از ضایع شدن حقوق افراد در برابر یکدیگر و سوء استفاده‌های احتمالی یاری می‌دهد، پس شایسته است هریک از این اسناد را با توجه به شرایط و ابزار خاص پدیدآورنده‌شان بررسی کنیم و در نهایت بر اساس کارکرد و میزان حصول به هریک از اهداف موردبحث، به قضاوت در خصوص آن‌ها بپردازیم. اگرچه مسائل شکلی مهم و تأثیرگذار است، اما در این راه نباید افراط کرد و به نظر نگارندگان، استفاده گسترده دنیای تجارت و تجار از اسناد الکترونیک این پیام روشن را به ما می‌رساند که باید برای حل مشکلات حقوقی ناشی از چنین کاربرد گسترده‌ای تلاش نماییم؛ نه در راه متقاعد کردن ایشان برای کنار گذاشتن اسناد الکترونیک و بازگشت به اسناد کاغذی، آن‌هم به دلیل برخی محاسن که عمدتاً حسن به‌شمار نمی‌آمده، بلکه عادت هزارساله انسان به استفاده از کاغذ در مکاتبات و ارتباطات بوده است. اما پرسش دیگر آنکه در صورت قبول اعتبار یک توافقنامه الکترونیکی و مکتوب دانستن آن، کدام یک از اشکال ارتباطات الکترونیکی می‌تواند از نظر قانونی یک سند مکتوب معتبر را ایجاد کند؟ یا به عبارت دقیق‌تر، در چه شرایط و ضوابطی می‌توان چنین آشکالی از توافقنامه‌ها را توافقنامه داور معتبر دانست؟ در ادامه تلاش خواهیم کرد به این پرسش پاسخ دهیم.

## انواع توافقنامه داور الکترونیک

قبل از بررسی انواع این‌گونه توافقنامه‌ها، ذکر این نکته ضروری است که آنچه که در ادامه به‌عنوان انواع مختلف روش‌های انعقاد یک توافقنامه الکترونیک داور مطرح خواهد شد، مستند به مواردی است که از سوی نگارندگان بررسی و از انعقاد قراردادهای داور با آن‌ها



اطمینان حاصل شده است. همچنین یادآور می‌شویم که این موارد جنبه حصری نداشته و ممکن است در آینده فعالان این حوزه از راه‌های دیگری برای انعقاد یک قرارداد الکترونیک داوری استفاده نمایند.

### ۱. توافقنامه داوری با پست الکترونیکی (Email)

در بیشتر مراودات تجاری، طرفین معامله مایل‌اند از تبادل ایمیل برای انجام امور تجاری‌شان استفاده کنند یا حتی با یک کلیک ساده روی موشواره وارد معاهدات و توافقنامه‌ها شده، یا یک قرارداد داوری را تنظیم نمایند. اگرچه به عقیده برخی نویسندگان، قراردادهایی که با ایمیل منعقد می‌شوند از منظر حقوقی هیچ تفاوتی با قراردادهای کاغذی ندارند (بنا نیاسری، ۱۳۸۵، ص ۵۵ و ۵۶)؛ مشکل جایی ظهور می‌کند که با بررسی متون قانونی متوجه می‌شویم در هیچ‌یک از قوانین داوری موجود به موضوع اعتبار یک قرارداد داوری که به وسیله ایمیل تنظیم و منعقد شده باشد، اشاره نشده است. در راستای حل چنین مشکلی برخی نویسندگان در اواخر دهه ۹۰ (یعنی قبل از تصویب قوانین اخیر مربوط به تجارت و امضاهای الکترونیکی) بحثی منطقی را مطرح نمودند که در نتیجه آن تبادل ایمیل‌های حاوی شرط داوری می‌توانست شرایط رسمی ماده ۲ کنوانسیون نیویورک را تأمین کند. استدلال ایشان به این ترتیب بود که تبادل ایمیل به لحاظ مفهوم و عملکرد هیچ تفاوتی با نامه ندارد و در واقع سیستم پیشرفته‌ای از همان مکانیزم است و می‌توان آن را مشابه تلگرام و نامه به‌شمار آورد و همان آثار را بر آن مترتب دانست. اگرچه قوانین جدید در خصوص تجارت بین‌الملل و تجارت الکترونیک مانند «کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیک در تجارت بین‌الملل مصوب ۲۰۰۵ آنسترال» و دیگر قوانین از این دست، ورود به این بحث کهنه را فراموش شده و غیرلازم می‌سازد، اما به نظر می‌رسد که مطرح کردن چنین استدلالی در کشورهایی که هنوز به این کنوانسیون نپیوسته‌اند (از جمله ایران) کارگشا و مفید باشد. در واقع، با وجود تفاوت‌های فنی مهمی که بین تلگرام و ایمیل وجود دارد، وجه شاخص هر دو ویژگی مشترک بنیادی مانند تبادل اطلاعات، ارسال پیام و غیره است، نه تفاوت‌های ناشی از بروز و ظهور تکنولوژی<sup>۱</sup>. زیرا از نظر فنی، اختلاف نه تنها بین تلگرام و ایمیل، بلکه بین تلکس، فکس نیز آشکارا وجود دارد و چنانچه بخواهیم در این خصوص موشکافانه عمل نماییم، قطعاً به مشکل برخوردیم خورد؛ به نحوی که به نامعتبر دانستن بیشتر این وسایل ارتباطی ناگزیر خواهیم شد. تحلیل ساده کارکردگرا در خصوص روند عملکرد

۱. نظریات متفاوتی در این زمینه از سوی V. Veeder و سایر پژوهشگران حقوقی در چهاردهمین کنگره شورای بین‌المللی برای داوری تجاری بیان شده است (ICCA) (3-6 May 1998, Paris, France).

این ابزار، نشانگر آن است که در هریک از این فناوری‌ها، یک پیام به فرمت دیجیتال تبدیل می‌شود، سپس بر روی شبکه ارتباطات از راه دور ارسال می‌گردد، و در نهایت دوباره به شکلی که برای انسان قابل خواندن باشد، در می‌آید. در روند ارسال، هم ایمیل‌ها و هم وسایل قدیمی‌تر ارتباطات از راه دور به وسیله چشم غیرمسلح قابل خواندن نیست<sup>۱</sup>. این درست است که ایمیل‌ها به ندرت چاپ می‌شوند، اما در خصوص فکس و پیام تلکس هم قضیه به همین شکل است و ضروری نیست که فکس یا پیام تلکس دریافت شده چاپ شود؛ چنانچه در حال حاضر بسیاری از سیستم‌های الکترونیک مانند فکس سرور Fax Server، اس ام اس سرور Sms Server و یا تلکس سرور Telex Server طراحی و در بیشتر شرکت‌های تجاری فعال می‌باشند و دیگر کمتر مجموعه‌ای است که از دستگاه‌های سنتی فکس و غیره استفاده کند. جالب آنکه این سیستم‌ها تمامی این‌گونه پیام‌ها را فقط در اتوماسیون اداری شرکت مربوطه، آرشیو و به صورت قابل‌رؤیت (Monitorable) نگهداری می‌نمایند، درست شبیه به آنچه که برای ایمیل اتفاق می‌افتد. بنابراین، اینکه گفته می‌شد ریسک تقلب از طریق ایمیل نسبت به تلگرام‌ها یا تلکس‌ها بیشتر است، متقاعدکننده نبود<sup>۲</sup>. دیگر اینکه می‌توان ادعا کرد اسناد کاغذی تلگرام و تلکس نیز می‌تواند در معرض تقلب قرار گیرد که مسلماً این احتمال کمتر از احتمال تقلب در پیام‌های الکترونیکی نیست و چه بسا از آن ساده‌تر بوده، به تخصص رایانه‌ای خاصی هم نیاز ندارد. با توجه به مطالب پیش‌گفته، این نتیجه‌گیری معقول به نظر می‌رسد که ریسک تقلب را به‌عنوان یک استدلال مخالف و درواقع قوی‌ترین آن‌ها علیه اعطای اعتبار به توافقنامه‌های داوری که با ایمیل منعقد و پذیرفته شده است، نپذیریم (O. Cachard, 2003, p.20.) و نه تنها آن‌ها را معتبر بدانیم، بلکه با توجه به آنچه که درباره اهداف شرط «مکتوب بودن» ذکر گردید، چنین توافقنامه‌هایی را یک «توافق مکتوب معتبر» دانسته، بر آن پافشاری کنیم. البته وجود برخی معایب در سیستم پست الکترونیک در مقایسه با سیستم سنتی قابل تأمل است، اما این‌گونه کاستی‌ها در حدی نیست که بتواند اعتبار اموری را که به وسیله پست الکترونیک انجام می‌شود زیر سؤال برده، از ارزش آن بکاهد (R. Hill, 1999, p.16.).

۱. در یک سند الکترونیکی، مجموعه ارقام (به‌طور نرمال در ASCII و بعضی کدهای دیگر) نشان‌دهنده متن می‌باشد.

۲. تفاوت‌های بین تلگرام‌ها و ایمیل‌ها مطرح شده از سوی مخالفان این بود که اولاً، تغییر محتویات تلگرام پس از ارسال سخت‌تر و تقریباً غیرممکن است. دوم اینکه نقش واسطه‌ها و میانجی‌ها (شرکت‌های تلگراف در مقابل تامین‌کنندگان خدمات اینترنتی) متفاوت است. سوم اینکه شرکت‌های تلگرافی تلگرام را با درجه قطعیت و اطمینان بسیار بالاتری تحویل مقصد می‌دادند؛ در حالیکه تقلب یا جعل ایمیل یا حداقل پنهان نمودن هویت فرد تحت «نام مستعار» به وسیله آدرس IP تقلبی نسبتاً آسان است.

نکته دیگری که باید در اینجا به آن بپردازیم، آن است که به لحاظ ماهیت و کارکرد، تفاوت و اختلاف زیادی میان ارتباط الکترونیکی مدرن و نگارش سنتی وجود ندارد و مطابق با آن می‌توان استدلال کرد که تبادل ایمیل‌ها می‌تواند با تبادل نامه‌ها طبق آنچه در ماده ۲ کنوانسیون نیویورک فراهم آمده است، معادل شود. اما برخی مسئله دیگری را برای بی‌اعتباری این‌گونه ارتباطات پیش کشیده و بیان کردند که این‌گونه ابزارها منشأ مادی ندارد و به دلیل مجازی بودنشان قابل اعتنا نیستند. در پاسخ باید گفت حتی چنانچه بخواهیم مسئله «وجود مادی» و یا «عدم وجود مادی» را مقایسه کنیم، در خواهیم یافت که برخلاف آنچه که برخی منتقدان به آن اشاره کرده‌اند، ارتباط با پست الکترونیکی «نه غیرمادی» است و نه «غیرفیزیکی». در واقع یک ارتباط الکترونیک همانند هر شکل دیگری از ارتباطات انسانی، به تغییر فیزیکی و مادی محیط وقوعش نیاز دارد؛ برای مثال، تغییر وضعیت الکتریکی سیم مسی در هنگام تراکنش. خصوصیات فعل و انفعال شیمیایی برای نگارش‌های کاغذی متداول (مولکول‌های جوهر رسوب‌کرده روی کاغذ) قابل مقایسه و برابر با همتای خود در ایمیل (میدان‌های مغناطیسی تغییر یافته) است که از نوعی وجود مادی و انتقال انرژی برخوردار است. مگر نه اینکه در وسایل سنتی ارتباط از راه دور، مانند نسل اولیه فکس‌های کاغذی گرمایی، چنین فعل و انفعالاتی منشأ اثر بوده است و اصولاً آیا به غیر از انتقال انرژی برای ایجاد یک ماهیت مادی راهی وجود دارد؟ پس چگونه می‌توان در خصوص پست کاغذی قائل به بحث وجود مادی و واقعی بود و در مورد ایمیل آن را مفهومی انتزاعی و غیرمادی دانست؟ دیگر اینکه باید توجه داشت برخلاف نظر برخی از پژوهشگران (آهنی، ۱۳۹۱، ص ۴۴) ایمیل و به‌طور کلی هر آنچه که در دنیای انفورماتیک ایجاد می‌شود، حتی اگر چاپ هم نشده باشد، اگر به‌درستی محافظت شود، به‌مراتب طول عمر بیشتری نسبت به اسناد کاغذی خواهد داشت (Gabrielle Kaufmann-Kohler, Thomas Schultz (2004) p.12). از ابعاد مختلف دیگر نیز مانند بحث بایگانی اسناد، مقایسه این دو مقوله امتیازات بی‌نظیری را برای اسناد الکترونیک رقم خواهد زد. تکنولوژی موجود در این زمینه به یک مجموعه تجاری این امکان را می‌دهد که تمامی اسناد تجاری دوران فعالیتش را به‌راحتی در یک دیسک سخت آرشیو کند و در چند نسخه امن نگهداری نماید؛ درحالی که حجم کاغذی چنین اسنادی به چندین ساختمان مجهز، کارمندان مسئول، سیستم‌های امنیتی و بسیاری مسائل و تدارکات دیگر نیاز خواهد داشت که هزینه‌های گزافی را به آن مجموعه تحمیل می‌کند. در زمان نگارش این سطور، استفاده از اسناد کاغذی در دنیای تجارت به‌شدت کاهش یافته، بیشتر حقوق‌دانان نیز از اسناد کاغذی انتقاد می‌کنند؛ به‌طوری که در خصوص آن گفته شده است: «نه‌تنها اسناد کاغذی و شیوه‌های این‌چنینی به اندازه ۱۰ درصد ارزش کالاهای ارائه‌شده دارای هزینه هستند، بلکه همچنین، کند، غیرایمن و

پیچیده نیز می‌باشند» (UNCID Rules, section II). از سوی دیگر، ارتباط پستی الکترونیکی به دلیل داشتن مزیت‌های مختلف بر سایر اشکال ارتباطی، همواره تمجید شده است؛ از جمله اینکه این ارتباط در مقایسه با سلفش یعنی پست حلزونی، بسیار ارزان، سریع و امن‌تر است (R. S. Davis 2001, p. 27). در نتیجه، از نظر منطقی و علمی بین اسناد الکترونیکی و سنتی تفاوت وجود دارد، اما این موضوع برخلاف برخی دیدگاه‌ها در بسیاری از موارد حاکی از برتری این اسناد در مقایسه با اسناد کاغذی است، نه فرودستی آن؛ چراکه برخی از نویسندگان در خصوص امکان جایگزین کردن اسناد کاغذی مورد استفاده در تجارت بین‌الملل با معادل الکترونیکی‌شان، نظریات قابل قبولی را ارائه کرده‌اند که چندان هم دور از واقعیت نیست (ایمان‌نول تی. لاریا، ترجمهٔ بناء نیاسری، ۱۳۸۵).

دیگر اینکه بررسی بسیاری از دیدگاه‌ها در این خصوص نشان می‌دهد که ایمیل به‌عنوان یک راه ارتباطی، به‌مراتب از پست حلزونی موفق‌تر و مقبول‌تر است، پس قیاس بین تبادل ایمیل‌ها و تبادل نامه‌ها در حیطهٔ مفاهیم مطرح‌شده در کنوانسیون نیویورک، یک نکتهٔ بسیار مهم است؛ چراکه به احتمال قریب‌به‌یقین، چنانچه در زمان تنظیم کنوانسیون نیویورک، این پدیده نوین ارتباطی وجود می‌داشت، به نوعی به آن اشاره می‌شد؛ اگرچه به‌نظر نگارندگان، مقصود اصلی تهیه‌کنندگان مفاد کنوانسیون نیویورک از ذکر نامه یا الفاظی مانند آن، هر گونه «پیام از راه دور» را دربر داشته که البته در آن زمان پست کاغذی اصلی‌ترین مصداق آن به‌شمار می‌آمده است. با وجود این، در خصوص قانون نمونه مطرح کردن چنین بحثی به این اندازه ضروری به‌نظر نمی‌رسد، چراکه مفاد این قانون از دوراندیشی و آینده‌نگری عمیق‌تری نسبت به کنوانسیون نیویورک برخوردار است و منظور ما را به‌صراحت تأمین می‌کند؛ چنان‌که در تعریف توافقنامهٔ کتبی، آن را شامل تبادل با دیگر «وسایل ارتباط از راه دوری که یک سند قابل ثبت و نگهداری از آن توافقنامه را فراهم می‌آورد» دانسته است. آنچه که ما در اینجا در جهت اثبات صحت اعتبار آن می‌کوشیم تا چندی پیش با استدلال مخالف تعداد زیادی از حقوق‌دانان کشورهای صنعتی روبرو بود؛ مبنی بر اینکه به‌طور کلی ایمیل‌ها نمی‌توانند به‌عنوان شواهد و مدارک قانونی تلقی شوند؛ با این حال، پس از تصویب قوانین خاص تجارت الکترونیکی و امضاهای الکترونیکی، روشن شد که اگر به‌دنبال یک شیوهٔ مناسب، امن و سریع برای انجام مراودات تجاری هستیم، ایمیل می‌تواند «سند قابل ثبتی را فراهم آورد که به اندازهٔ نامه‌های کاغذی، فکس، یا هر روش ارسالی دیگر قابل اطمینان باشد» (R. Hill, 1999, p. 14). البته امروزه با توجه به قوانین جدید در زمینهٔ تجارت الکترونیک شکی نیست که پیام‌های ایمیلی به‌عنوان دلیل و مدرک قابل قبول هستند؛ برای نمونه در حقوق ما قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ش در مادهٔ ۶ از مبحث دوم که در خصوص احکام داده‌پیام یا همان دیتا که

منظور اطلاعات انفورماتیک است مقرر می‌دارد «هرگاه وجود یک نوشته از نظر قانون لازم باشد، «داده‌پیام» در حکم نوشته است...»، همچنین است ماده ۷ آن قانون در خصوص امضای الکترونیکی. باید بدانیم ذکر آنچه که رفت نباید ما را به اعتماد مطلق به ابزار الکترونیک تشویق کند و موجب نادیده گرفتن کاستی‌های موجود در این زمینه شود. بایسته است همانند دیگر ابزارهای برقراری ارتباط، همواره اقدامات احتیاطی مناسبی در این خصوص صورت گیرد تا شرایط یکپارچه و قابل اعتمادی برای بهره‌گیری صحیح از این پدیده تأمین شود و معایبش کاهش یابد.

اما به‌عنوان نکته پایانی این بحث باید گفت تاکنون مهم‌ترین استفاده اینترنت نامۀ الکترونیکی بوده- که ارتباطات تجاری و شخصی را اساساً تغییر داده است (S. Handa, 2004, p.92-) ولی در هیچ‌یک از قوانین داوری به آن اشاره مستقیم نشده است. اگرچه در اعتبار توافقنامه داوری که به‌وسیله ایمیل تنظیم شده است، تردیدی وجود ندارد (و قوانین ملی که از قانون نمونه تبعیت می‌کنند، اغلب این اعتبار را پذیرفته‌اند)، هنوز مشکلاتی در انطباق تعریف «مکتوب بودن» در کنوانسیون نیویورک با توافقنامه‌ای که با ایمیل تنظیم شده است، وجود دارد. برای حل این مشکل در سطور پیشین به‌طور مختصر به بررسی تفاوت‌ها و شباهت‌های میان پست الکترونیکی و وسایل قدیمی‌تر ارتباط از راه دور مندرج در کنوانسیون نیویورک پرداختیم و تلاش کردیم با ارائه یک تحلیل معقول حقوقی مبتنی بر کارکرد این ابزار و اهداف شرط مکتوب بودن به رفع آن پردازیم.

## ۲. توافقنامه الکترونیکی الحاقی

یک روش کاملاً الکترونیکی دیگر در تنظیم توافقنامه داوری وجود دارد که در آن شخص با مراجعه به وبسایت شرکت و یا سازمان ارائه‌کننده خدمات داوری، پس از مطالعه شرایط و ضوابط موجود در آن به یک صفحه ویژه هدایت می‌شود تا با پر کردن فرم‌های مخصوص و یک کلیک ساده روی دکمه می‌پذیرم (accept) یا بله (yes) به آن توافقنامه داوری ملحق شده، به آن اعتبار بخشد. در برخی موارد مانند خریدهای اینترنتی نیز کاربر باید توافقنامه استاندارد را پُر یا چند جای خالی را تکمیل کند که شرط داوری نیز به صورت ضمنی در همان قرارداد خرید آمده است. به‌نظر نگارندگان، حتی پیش از اینکه مقررات و قوانین اخیر در خصوص تجارت الکترونیکی تصویب گردد، توافقنامه داوری می‌توانست معتبر تلقی شود؛ هرچند از سوی یک وبسایت منعقد و یا تنظیم گردد، چراکه باید شباهت‌های عملکردی در انتقال اطلاعات از طریق سایر وسایل ارتباط از راه دور از جمله آن‌هایی که به‌صراحت در کنوانسیون نیویورک و قانون نمونه ذکر شده‌اند، با وسایل الکترونیک که به‌طور عمده مربوط به مسائل فنی رایانه‌ای

است، مورد توجه قرار گیرد. وقتی خریدار پیشنهاد (ایجاب) موجود روی یک وبسایت را مشاهده می‌کند، بیت‌های تشکیل‌دهنده آن پیشنهاد که در اصل روی کامپیوتر فروشنده ذخیره و نگهداری می‌شود یا به‌طور دقیق‌تر سیستم عامل (پلت فرم) وبسایتی که فروشنده استفاده می‌کند، از طریق شبکه به کامپیوتر خریدار انتقال می‌یابد و ذخیره می‌شود (حداقل به‌طور موقت).<sup>۱</sup> وقتی خریدار می‌خواهد چنین پیشنهادی را بپذیرد (قبول)، جریان بی‌تی شامل عرضه و قرارگیری در کامپیوتر خریدار، از سوی خریدار اصلاح شده، سپس همان نمونه به فرستنده ارسال می‌شود. بنابراین، در اینجا تبادل داده‌ها (جریان بیت‌ها) اتفاق می‌افتد که «کاملاً شبیه به تبادل اطلاعاتی است که در ایمیل‌ها و فکس‌ها اتفاق می‌افتد» (R. Hill, p.17.) و «قابل مقایسه با تبادل نامه‌ها یا تلگرام‌ها است» (O. Cachard, p.20.)، ولی روش آن متفاوت است؛ وگرنه فرایند همان است که در آنجا اتفاق می‌افتد. در نتیجه، می‌توان استدلال کرد که توافقنامه داوری زمانی که پیشنهاد فروشنده که شامل شرط داوری است از طریق وبسایت از سوی خریدار پذیرفته گردد<sup>۲</sup>، کاملاً معتبر است و مطابق با ماده ۲ کنوانسیون نیویورک منعقد می‌شود. دیگر آنکه به‌نظر می‌رسد چنین توجیهی به لحاظ تطبیق با موازین حقوق مدنی ایران در مباحث مربوط به ایجاب و قبول نیز مفید و دارای منطقی حقوقی است. یک نکته دیگر در موضوع مورد بحث آن است که وارد شدن به توافقنامه‌های داوری در محیط الکترونیک می‌تواند در برخی موارد با یکی از اصول اساسی داوری یعنی «رضایت طرفین»<sup>۳</sup> در تضاد باشد (A. Broches, Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (Deventer: Kluwer, 1990, p 38; J. Coe, International Commercial Arbitration: "American Principles and Practice in a Global Context" (New York: Transnational Juris, 1997, p 55; B. Poznanski, "The Nature and Extent of Arbitration Powers in International Commercial Arbitration" (1987) 4 J. Int'l Arb. p 71; A. van den Berg, The New York Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation (Antwerp: Kluwer, 1981, p 173.)).

توضیح آنکه درجایی که تنها یک کلیک موشواره برای قبول پیشنهاد شرط داوری کافی است، این پذیرش و انعقاد توافقنامه ممکن است به صورت روشن و با اطلاع کامل صورت نگیرد و شخص امضاکننده به تمامی موضوعات تعهدش آگاه نباشد. در واقع رضایت به داوری در زمانی قابل استناد است که شرط داوری هنگام ارائه کردن به طرف قرارداد به صورت روشن و آشکار

۱. این روش ارسال اطلاعات، از خریدار به فروشنده انجام می‌گیرد.

۲. بسیاری از محاکم منطقی و استدلال پیش‌گفته را می‌پذیرند. برای مثال، دادگاه‌های امریکا در بسیاری از آرای

خود اعلام کرده‌اند: «قراردادهای الکترونیک الحاقی قابل اجرا هستند» «arbitration clauses in point and

click electronic contracts are enforceable [notwithstanding the FAA (9 U.S.C

3. conditio sine qua non

تصریح و ظاهر شود. این یکی از مشکلاتی است که در بحث مربوط به انعقاد قرارداد داوری به صورت الکترونیکی در مقایسه با فرایندهای کاغذی وجود دارد. نگرانی اساسی در این گونه موارد این است که شاید طرفین توافقنامه داوری بدون اطلاع از تمامی حقوق قانونی خود و درک صحیح معانی آن، توافقنامه داوری را پذیرفته باشند (D. Girsberger & D. Schramm, 2002, p.598؛ M. Geist, 2002, p.610). این موضوع می‌تواند به اعتبار چنین توافقنامه‌هایی خدشه وارد کند، پس توصیه می‌شود در این زمینه با احتیاط و روشنگری بیشتری عمل شود. به هر روی، استفاده از هر دو روش (ایمیل یا وبسایت) در نهایت این پرسش را در پی خواهد داشت که آیا ارتباط الکترونیکی، مسئله مثبت و قابل استناد بودن توافقنامه را فراهم می‌آورد یا خیر (Pablo Cortés, 2010, p.4) که درباره آن بحث کردیم.

## راه حل نهایی

با وجود آنچه گفته شد، تصمیمات برخی از دادگاه‌ها مبنی بر عدم شناسایی و اجرای آرای داوری تحت کنوانسیون نیویورک در موارد مختلف که توافقنامه آن‌ها به وسیله وسایل الکترونیک منعقد شده بود،<sup>۱</sup> نشان داد که این گونه تفاسیر اگر دارای منطقی حقوقی و سازگار با شرایط باشد هم هنوز نمی‌تواند برای قانع کردن قضات و داوران پوزیتیویست کهنه‌کاری که مفاد کنوانسیون نیویورک را سال‌ها به سبک سنتی تفسیر کرده‌اند کارساز باشد. بنابراین، بایستی به دنبال چاره دیگری بود. راه حل نهایی سرانجام در تاریخ ۲۳ نوامبر ۲۰۰۵ از سوی آنسیترال و پس از تصویب کنوانسیون «استفاده از ارتباطات الکترونیک در قراردادهای بین‌المللی» به دست آمد. کنوانسیونی که اجرایی شدن آن مانند ریختن روغن به چرخ دنده‌های پرسروصدای تجارت الکترونیکی، گام بسیار مهمی در ترویج این روش نوپا در جهان بود. آنچه که از تاریخ تصویب و اجرایی شدن کنوانسیون یادشده، هرگونه قرارداد و توافقنامه‌ای از جمله توافقنامه‌های داوری را که با استفاده از ارتباطات الکترونیک به صورت مستقل و به دور از هر گونه تفسیری که در پی انعطاف‌پذیر کردن مفاد ماده ۲ کنوانسیون نیویورک باشد معتبر ساخت، مفاد یادشده در فصل هشتم بود. این کنوانسیون در بند ۱ ماده ۸ به صراحت اعلام کرد «نمی‌توان اعتبار یا قابلیت اجرای معامله یا قراردادی را صرفاً به دلیل اینکه مراسله‌ای الکترونیکی است، رد نمود»<sup>۲</sup>. همچنین در خصوص شرط مکتوب بودن در بند ۲ ماده ۹ اعلام

۱. بحث‌های هارنل (Hörnle) در این خصوص و توضیحات وی در مورد تصمیم‌گیری دادگاه استیناف Hålogaland نروژ در تاریخ ۱۶ آگوست ۱۹۹۹ را می‌توانید به‌طور کامل در اینجا مطالعه نمایید (Stockholm Arbitration Report 1999, Vol. 2, at 121).

2. " A communication or a contract shall not be denied validity or enforceability on

کرد: «هرگاه قانونی، کتبی بودن مراسله یا قراردادی را ضروری بداند، یا عواقبی برای فقدان مکتوب بودن آن مقرر دارد، این الزام به وسیلهٔ مراسلهٔ الکترونیکی محقق خواهد شد؛ در صورتی که اطلاعات مندرج در آن به طریقی قابل دسترسی باشد که بتوان آن را برای مراجعات بعدی به کار گرفت [همان شرط قابل ثبت و ضبط بودن]»<sup>۱</sup>. به نظر نگارندگان این مقاله، کنوانسیون ۲۰۰۵م با درایت و واقع بینی اعضای آنسیترال تهیه و تنظیم شده است و یکی از کلیدی ترین ابزارهای اعتباربخشی به قراردادهای الکترونیکی به طور عام و توافقنامه های الکترونیکی داوری به طور خاص است. عمده آنچه که از سوی حقوق دانان سنت گرا به عنوان نقاط مبهم و ناسازگار با قوانین موجود در خصوص استفادهٔ حقوقی از ابزار الکترونیکی تا آن زمان مطرح بود، از جانب این کنوانسیون به نحو شایسته ای پوشش داده شد و راه را برای حضور تکنولوژی در حقوق مدرن هموار نمود<sup>۲</sup>.

همان طور که اشاره شد، تا پیش از تصویب کنوانسیون ۲۰۰۵م در خصوص استفاده از ارتباطات الکترونیک در قراردادهای بین المللی، بیشتر حقوق دانان موافق نظریهٔ اعتبار توافقمنامهٔ الکترونیک سعی می کردند با ارائهٔ تفاسیری منطبق بر مفاد مادهٔ ۲ کنوانسیون نیویورک، راهی را برای توجیه اعتبار قانونی این گونه قراردادهای داوری بیابند، اما تصویب این کنوانسیون و بیان صریح اعتبار چنین قراردادهایی، راه را بر هر گونه بحث و مجادله در این خصوص بست. دیگر اینکه نباید از یاد برد که پیش از تصویب کنوانسیون ۲۰۰۵م نیز تصویب قوانین دیگری در زمینهٔ تجارت الکترونیکی راه را برای تصویب چنین کنوانسیونی هموار کرده بود. با وجود این، باید بدانیم که چنین توافقنامه هایی به کلی خالی از عیب نبوده و با وجود گام های بلندی که تاکنون در این زمینه برداشته شده است، همچنان کاستی هایی نیز به چشم می خورد که می بایست در جهت رفع آنها تلاش کرد.

## نتیجه

از آنچه که گفته شد این نتایج قابل طرح است:

- مطرح نشدن مفاهیم مربوط به تکنولوژی اینترنت و ارتباطات از راه دور در قوانین

the sole ground that it is in the form of an electronic communication "

1. " Where the law requires that a communication or a contract should be in writing, or provides consequences for the absence of a writing, that requirement is met by an electronic communication if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference. "

۲. برای مطالعه بیشتر در این خصوص ر.ک. جنیدی لعیا، کریمی، سحر «زمان و مکان انعقاد قراردادهای الکترونیکی»، دو فصلنامهٔ دانش حقوق مدنی، سال چهارم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۴.



عمده داوری تجاری بین‌المللی، مانند کنوانسیون نیویورک، ناشی از عدم بروز و ظهور این تکنولوژی در دوران تدوین و تصویب این‌گونه قوانین بوده است و چنین تقدم زمانی را نمی‌توان به بی‌اعتباری توافقنامه‌های داوری که با استفاده از اینترنت منعقد شده‌اند، تفسیر نمود.

- هدف حقوقی شرط مکتوب بودن در توافقنامه‌های داوری، ایجاد قابلیت استناد و ثبت و ضبط تعهدات و توافق‌های اشخاص است و چنین مفهومی منحصر به کاغذ و مرکب نبوده است و هر آنچه را که دارای این قابلیت (ثبت و ضبط و استناد) باشد، دربر خواهد گرفت.

- آنچه که در ماده ۲ کنوانسیون نیویورک با عنوان شرط «مکتوب بودن» به آن اشاره شده است، هیچ‌گونه اصطکاک مفهومی با استفاده از اینترنت در تنظیم قراردادهای داوری چه از نظر قانونی و چه از نظر اجرایی ندارد و در بسیاری از موارد، این‌گونه توافقنامه‌ها در صورت رعایت شروط قابل ثبت و ضبط بودن دارای ارزش یکسانی با توافقنامه‌های کاغذی خواهند بود.

- باتوجه به تعریف‌های منعطف ارائه‌شده در خصوص شرایط انعقاد یک قرارداد داوری در قانون نمونه و همچنین با در نظر گرفتن این واقعیت که اکنون بیشتر قوانین داوری تجاری بین‌المللی در کشورهای مختلف (از جمله قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶م) با الگو گرفتن از این قانون تدوین و تصویب شده‌اند، انعقاد و تشکیل توافقنامه‌های داوری تحت شمول این قوانین می‌تواند راه را بر هر گونه بحث خدشه‌پذیری توافقنامه الکترونیک داوری ببندد.

- چنانچه طرفین یک قرارداد داوری که به صورت الکترونیک تنظیم شده است، عضو کنوانسیون «استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی» مصوب ۲۰۰۵م آنسیترال<sup>۱</sup> باشند و یا به طریقی بتوان بین قرارداد یادشده با قوانین تجارت الکترونیک جدید در کشورهای مختلف ارتباط قانونی ایجاد نمود، صراحت مواد قانونی موجود در این مجموعه قوانین مبنی بر اعتبار مطلق چنین قراردادهایی از منظر رعایت شرط «مکتوب بودن» و قابلیت استناد، ما را از ارائه هرگونه استدلال و تفسیر موافق در این خصوص بی‌نیاز خواهد ساخت.

## منابع و مأخذ

### الف) فارسی

#### کتاب‌ها:

۱. جنیدی، لعیا ( بهار ۱۳۸۷)، نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی،

1. "United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts" 2005 UNCITRAL.

انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، تهران .  
 ۲. جنیدی، لعیا (بهار ۱۳۷۶)، قانون حاکم در داوریهای تجاری بین المللی، نشر دادگستر، چاپ اول، تهران.

### مقالات:

۳. آهنی، بتول (بهار ۱۳۹۱)، «اعتبار و نفوذ قراردادهای الکترونیک»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۲، شماره ۱، ص ۳۷-۵۲.
۴. هیل، جنیفر ای « آینده قراردادهای الکترونیکی در عرصه بیع بین الملل: خلاها و گریزهای ذاتی کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به بیع بین المللی کالا»، ترجمه السان مصطفی، کنعانی زینب، مجله حقوقی، نشریه مرکز امور حقوقی بین المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، شماره سی و پنجم، ص ۳۴۷-۳۹۴.
۵. جلالی فراهانی، امیرحسین، «استناد پذیری ادله الکترونیکی در امور کیفری»، فقه و حقوق، سال چهارم، شماره ۱۵، سال ۱۳۸۶، ص ۸۳ تا ۱۱۴.
۶. بناء نیاسری، ماشا الله، « تشکیل قرارداد در فضای سایبر»، مجله پژوهشهای حقوقی، سال پنجم، شماره ۹، بهار - تابستان ۱۳۸۵، ص ۵۱ تا ۶۹.
۷. ایمانوئل تی. لاریا، «روشهای پرداخت ثمن در تجارت الکترونیک: آیا جایگزین های ممکن و کارآمدی برای اعتبارات اسنادی وجود دارد؟»، ترجمه بناء نیاسری، ماشاالله، مجله حقوقی بین المللی، بهار و تابستان ۱۳۸۵ - شماره ۳۴، ص ۱۵۷ تا ۲۱۰.

### ب) خارجی

#### Books:

8. A. Broches(1990)" Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration" (Deventer: Kluwer,)
9. A. van den Berg(1981)" The New York Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation" (Antwerp: Kluwer,)
10. B. Poznanski, (1987) "The Nature and Extent of Arbitration Powers in International Commercial Arbitration" (Oxford University Press).
11. B.Born. Gary.(2014)"Internationa, commercial Arbitration" second edition, volume I,Wolters Kluwer
12. J. Collier, V. Lowe(1999)" The settlement of disputes in international law" (Oxford University Press).
13. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Thomas Schultz(2004) "Online dispute resolution: challenges for contemporary justice".
14. UNCID Rules, Introductory "Uniform Rules of Conduct for Interchange of Trade Data by Teletransmission".

15. R. S. Davis(2001) What is E-mail? (Third edition,Deventer-kluwer).
16. M. Geist(2002) Internet law in Canada (Concord, Ont, Captus Press).
17. Pablo Cortés (2010)"Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union"( third edition, kluwer).

**Articles:**

18. J. Coe(1997)"International Commercial Arbitration: American Principles and Practice in a Global Context" (New York: Transnational Jurisdiction journal) pp.112.118.
19. S. I. Strong (winter 2012)"What Constitutes an "Agreement in Writing" in International Commercial Arbitration? Conflicts Between the New York Convention and the Federal Arbitration Act" University of Missouri School of Law, strongsi@missouri.edu,pp.82.99.
20. R. Hill, (1999) "On-line Arbitration: Issues and Solutions", 15 Arb. Int'l.,p 128.138.
21. H. Yu & M. Nasir, (2003) "Can Online Arbitration Exist Within the Traditional Arbitration Framework?" 20 J. Int'l Arb .pp 80.102.
22. O. Cachard, (2003) "International Commercial Arbitration: Electronic Arbitration" (New York: United Nations Conference on Trade and Development,)pp.277.290.
23. G.Benini(1981),National Reports(Italy) VI Yearbook,pp.412,420.
24. D. Girsberger & D. Schramm, (2002) "Cyber-Arbitration" 3 European Business Organization Law Review, pp.46.58.
25. S. Handa, ( 2004)" Fundamentals of information Technology" Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, pp98.110.