

Digital products as Goods in International Sales Law

Mirghasem Jafarzadeh*

Associate Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Vahid Akefi Ghaziani

MA. in Private Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

(Email: Vahid_ghazi@yahoo.com)

(Received: 2021/05/30, Accepted: 2021/10/21)

Abstract

Digital products have been the subject of international trade over the recent decades. Due to such economic significance, the place of such new comer economic phenomenon in international sales law documents is becoming much more colorful for legal discussion, Nevertheless, the debate over the 1980 Vienna Convention which deals only with goods, has not been updated. The main question of this paper is what components of the term 'goods' under the Vienna Convention of 1980 and what attitude can be considered in digital content. The paper has tried to show how the word 'goods' has been used in European directives. In this regard, some of these recently adopted directives, such as the (Directive-SGD-2019), have been slightly softened and they have somehow treated digital products as goods. By employing these documents, finally, the present work answers its main problematic question about the CISG. Given the preamble to the convention and general principles of it, such as its international character, it can be said that this convention has confirmed contemporary custom of international trade, not just a historical usage of the pre1980s. Therefore, noting the possibility of physical reception through Articles 30, 53 and 60 of the Convention, those all refer to the ability of physical possess, it seems that the word 'goods' in the Convention remains on its own literal meaning. And the outgoing perception from mentioned articles will be the status of physical possession at the time of delivery of goods, as a condition in most digital products.

Keywords

Digital content, European parliament directives, Goods, Hague conventions, Vienna convention on international sale of goods 1980.

* Corresponding Author; Email: M-jafarzadeh@sbu.ac.ir, Fax: +982188077530

مطالعات حقوق تطبیقی

دوره ۱۳، شماره ۱

بهار و تابستان ۱۴۰۱

صفحات ۱۶۵ تا ۱۸۴ (علمی - پژوهشی)

محصول دیجیتال به مثابه کالا در حقوق بیع بین الملل

میر قاسم جعفرزاده*

دانشیار دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی

وحید عاکفی قاضیانی

دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی

(Email: Vahid_ghazi@yahoo.com)

(تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۳/۰۹، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۸/۰۱)

چکیده

محصولات دیجیتالی در طول چند دهه اخیر موضوع معاملات تجاری بین المللی قرار گرفته اند. از این رو، جایگاه محتوای دیجیتالی (Digital content) در اسناد بیع بین الملل نیز روز به روز پررنگ تر شده است. اما بحث در خصوص کنوانسیون وین ۱۹۸۰ که موضوع آن صرفاً کالا (Goods) بوده، به روزرسانی نشده است. پرسش اصلی این جستار آن است که واژه کالا در کنوانسیون وین ۱۹۸۰ چه عناصری دارد و با چه رویکردی می تواند شامل محتویات دیجیتالی شود. در این اثر نشان داده ایم که واژه کالا در دستورالعمل های اروپایی چه سیری داشته است. بعضی از این دستورالعمل ها که اخیراً به تصویب رسیده است مانند «Directive -SGD- 2019» کمی در این خصوص تلطیف شده اند و به نوعی محصولات دیجیتالی را کالانگاری کرده اند. اثر حاضر با استخدام این اسناد در نهایت به پرسش اصلی خود در خصوص کنوانسیون ۱۹۸۰ وین پاسخ می دهد. با توجه به مقدمه این کنوانسیون و اصول کلی کنوانسیون مانند ویژگی بین المللی آن، می توان گفت این کنوانسیون سیره های معاصر تجارت بین المللی را امضا نموده است و نه صرفاً یک سیره مرسوم در سال ۱۹۸۰ و ماقبل را. از این رو، با توجه به امکان قبض و اقباض فیزیکی در مواد ۳۰، ۵۳ و ۶۰ این کنوانسیون که تماماً اشاره به توانایی بر تصرف فیزیکی دارد، به نظر می رسد واژه کالا در کنوانسیون بیع بین الملل بر معنای لغوی و حقیقی خود باقی مانده باشد، و نهایتاً برداشت از مواد یادشده، شرط تصرف فیزیکی هنگام تحویل کالا خواهد بود که در اغلب محصولات دیجیتالی این شرط وجود دارد.

واژگان کلیدی

دستورالعمل های اتحادیه اروپا، کالا، کنوانسیون بیع بین المللی کالا ۱۹۸۰ وین، کنوانسیون های لاهه، محتوای دیجیتالی.

مقدمه

با گسترش چشمگیر تجارت اموال نامحسوس، بیش از پیش نیاز به تدوین قواعد حقوقی در خصوص تجارت این اموال حس می‌شود. همان‌طور که سالیان متمادی حقوق عهده‌دار تدوین قواعد عمومی اموال عینی یا فیزیکی شده، تدوین قواعد عمومی اموال نامحسوس نیز برعهده این دانش است. یکی از ابتدایی‌ترین این موضوعات، موضوع مورد معاملات تجاری است. به فرض اگر «الف» با «ب» قرارداد فروش یک نرم‌افزار را منعقد کند آیا اولاً موضوع مورد معامله کالا (Goods) به‌شمار می‌رود و اگر پاسخ مثبت است آیا قرارداد یادشده، قرارداد فروش کالا (Sale of goods) به‌شمار می‌رود یا خیر؟ این جستار در پی یافتن پاسخی برای پرسش نخست است و محدوده پاسخ را صرفاً در مهم‌ترین منابع حقوق بیع بین‌المللی از جمله کنوانسیون‌های ۱۹۶۴ لاهه، کنوانسیون ۱۹۸۰ وین در خصوص بیع بین‌المللی کالا و دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا ارزیابی می‌کند. برگردان واژه «Goods» در زبان فارسی، کالا یا هر قسمتی از اموال منقول و مال‌التجاره است (آقائی، ۱۳۷۸: ۶۱۷). همین واژه در بیان متخصص لغوی محض به هر شیء یا عنوانی تعریف شده که منقول است (Cambridge dictionary online-goods) و یا در فرهنگ لغت لانگمن چنین تعریف شده است: اشیایی که ساخته می‌شوند تا به فروش رسانده شوند (Longman Collocations Dictionary and Thesaurus, 2015: 977. Oxford elementary learners dictionary of English, 1988: 107). لیکن این واژه با گذشت زمان با تغییراتی مواجه شده و در اسناد گوناگون بیع بین‌المللی در معنای یادشده به‌کار گرفته نشده است. برای مثال، محسوس یا فیزیکی بودن کالا در بعضی از این اسناد رکن و عنصر عمده در تعریف به‌شمار می‌رود و در بعضی دیگر صرفاً شرط خارجی است که از بعضی مقررات سند می‌تواند فهم شود. ضرورت این بحث در آنجا روشن می‌شود که بعد از انعقاد یک قرارداد فروش اسناد یادشده قابلیت اعمال پیدا می‌کنند و ضمانت اجراهای خود را به عرصه اجرا می‌گذارند یا خیر. در این میان سهم و ادبیات محققان کم نبوده است؛ برای نمونه برخی معتقدند که کنوانسیون وین ۱۹۸۰ بر کالاهای نامحسوس همچون نرم‌افزار حاکمیت دارد (Diedrich, 2002: 75) و عده‌ای دیگر محدوده اعمال کنوانسیون را مضیق می‌دانند و آن را به اموال نامحسوس همچون نرم‌افزارها گسترش نمی‌دهند (Honnold, 1999: 5؛ سونو، ۱۳۹۸: ۱۲۹). به‌منظور پاسخ به این پرسش ابتدا واژه کالا در حقوق بیع بین‌المللی بررسی شده است (بخش اول) سپس مفهوم محتوای دیجیتالی (Digital contents) در اسناد و دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مورد واکاوی قرار گرفته است (بخش دوم) و درنهایت در خصوص امکان شمول کنوانسیون وین نسبت به محتوای دیجیتالی به مثابه یک مصداق جدید از واژه کالا اظهار نظر و سرانجام ماحصل تحلیل برای خوانندگان ارائه شده است (نتیجه‌گیری).

۱. مفهوم کالا در اسناد ناظر به حقوق بیع بین الملل

۱.۱. مفهوم کالا در کنوانسیون‌های لاهه (ULFC)^۱ و (ULIS)^۲

در کنوانسیون یو.ا.ف.سی همانند همتای خود یو.ا.آ.اس تعریفی از کالا به میان نیامده است. صرفاً در بند ۶ از ماده یک پیوست نخست کنوانسیون، استثناهای کنوانسیون بیان شده است. در این بند، ۴ شماره نام برده شده که صرفاً شماره «ب» دارای حکمت مصرح است. ترجمه این ماده چنین است:

کنوانسیون حاضر حاکم بر تشکیل قراردادهای بیع زیر نمی‌باشد: الف) بیع سهام، سهم‌الشرکه، اوراق بهادار، اسناد قابل نقل و انتقال یا پول؛ ب) هر نوع بیع کشتی، سفاین، هاورکرافت، که انتقال آن نیازمند ثبت است؛ ج) بیع برق؛ د) بیعی که به حکم قانون واقع شود یا بیع ناشی از اجرای قانون یا توقیف. به نظر می‌رسد دو حکمت برای استثناهای یادشده می‌توان یافت: استثنا به دلیل موضوع، و استثنا به دلیل تشریفات. استثنا در خصوص شماره «الف» به طور قطع موضوعی است و در خصوص شماره «ب» همان‌گونه که ماده به آن تصریح کرده به دلیل تشریفات ثبت است و شماره «د» نیز به دلیل تشریفات قانونی می‌باشد. اما استثنای بند «ج» مشخص نیست که آیا به دلیل موضوع آن است و یا همان‌طور که برخی از محققان در خصوص کنوانسیون وین ۱۹۸۰ اشاره دارند در خصوص مسائل سیاسی است (Schlechtriem, 29: Butler, 2009). لیکن استثنای شماره «الف» جای بحث دارد که اکنون به آن خواهیم پرداخت. در تحلیل این استثنا شایسته است ابتدا به حق عینی و دینی در نظام حقوقی کامن‌لا و تاریخچه آن اشاره شود، سپس منطق این استثنا تبیین گردد.

برخلاف حقوق رومی-ژرمنی که ابتدا منافع اموال را به محسوس و غیرمحسوس تقسیم می‌کند و سپس آن را به منقول و غیرمنقول شاخه‌بندی می‌نماید، نظام کامن‌لا ابتدا اموال را به منقول و غیرمنقول تقسیم‌بندی می‌کند و زان پس به سراغ محسوس و غیرمحسوس بودن آن در قالب حق دینی و عینی می‌رود.

در نظام حقوقی کامن‌لا تمام اموال شخصی (منقول محض) یا موضوع حق عینی هستند و یا دینی و حقوق، شقّ سومی برای این اموال شناسایی نشده است (Holdsworth, 1920: 997).^۳ نتیجه چنین عبارتی آن است که گستره حق دینی در نظام کامن‌لا به‌ویژه حقوق انگلستان بسیار وسیع است و عمده اشیا غیرفیزیکی را دربر دارد. در دوران قرون وسطی مفهوم حق دینی (Chose in action) صرفاً در خصوص دعاوی شخصی به کار می‌رفت و نه بیشتر؛ برای

1. Uniform Law on the Formation of Contracts for International Sale of Goods (ULFC)

2. Uniform Law on International Sale of Goods (ULIS)

3. The law knows no tertium quid between the two (Colonial Bank v. Whinney, 30 Ch. D. 261, 285 (1885))

مثال اگر حقی در میان متعهد و متعهدله نقض می‌شد، متعهدله نسبت به ناقض، حق دینی ایفا یا اجرای حق خود را می‌یافت. لیکن این مفهوم در طول زمان و به‌خصوص در قرن شانزدهم دستخوش تغییراتی شد و محدوده آن گسترش پیدا کرد. در طول قرن شانزدهم با توجه به تمایلی که میان حقوق‌دانان وجود داشت که کلیه حقوق ناشی از اموال غیرمحمسوس را جزء دسته حقوق دینی تلقی کنند، سبب گردید تا مدارک و اسناد حقوق ناشی از دعاوی شخصی (Documentary intangibles) مانند سهام، سهم‌الشرکه، اوراق بهادار و... نیز حق دینی تلقی گردد. در همین دوران بود که علاوه بر این موارد، سایر موضوعات مانند حقوق ناشی از قراردادهای دیون و... بسیاری از اموال غیرمحمسوس محض (Pure intangibles) جزء حقوق دینی قرار گرفتند (Smith, Leslie, 2018: 30). امروزه بسیاری از کشورهای حوزه کامن‌لا همچون استثنای ماده ۱ کنوانسیون یو.ال.اف.سی در قوانین خود چنین تعریفی را از کالا پذیرفته‌اند؛ برای نمونه ماده ۲ قانون ضمانت مصرف‌کننده مصوب ۱۹۹۳ نیوزیلند^۱ و ماده ۶۱ قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۹ انگلستان^۲ حق دینی را از تعریف کالا خارج دانسته‌اند.

در کنوانسیون یو.ال.اف.سی نیز تعریفی از کالا به‌میان نیامده و صرفاً استثنای شمول کنوانسیون در ماده ۵ ذکر شده که عیناً در کنوانسیون یو.ال.اف.سی تکرار شده است. اما نکته قابل توجه آن است که در تاریخچه منتشره هر دو کنوانسیون رد پای از بحث و گفتگو در خصوص معنای کالا در میان نمایندگان کشورها دیده نمی‌شود^۳ و از جمله موادی که بدون هیچ معارضی به تصویب رسید، می‌توان از ماده ۵ نام برد. پروفیسور آندره تونک ذیل گزارشی که از این دو کنوانسیون تهیه نموده، معتقد است که حکمت استثنای ماده ۵ از قرار زیر می‌باشد:

۱. اوراق بهادار و اسناد قابل انتقال همواره اشیای مادی به‌شمار نمی‌روند و از این حیث باید تحت حاکمیت قوانین به‌خصوصی باشند. ۲. کشتی‌ها و هواپیماها از این حیث که نیازمند ثبت هستند به اموال غیرمنقول شباهت یافته‌اند و تحت قوانین و مقررات خاصی نقل و انتقال آن‌ها صورت می‌پذیرد؛ بنابراین از شمول کنوانسیون مستثنی شده است. ۳. برق چه کالا به‌شمار رود یا خیر، از جهات متعددی نمی‌تواند تحت قانون یکنواخت قرار گیرد و جزئیات قرارداد انتقال برق مقدمات و وسایلی دارد که تماماً خودکفاست (Tunc: 38).^۴ به‌نظر می‌رسد در خصوص درک مفهوم کالا در این کنوانسیون، عنوان کنوانسیون نقش عمده‌ای دارد، چراکه بیانگر اراده اصلی قانون‌گذاران بین‌المللی به‌شمار می‌رود. در ماده ۱۵ این کنوانسیون آمده است: متن این کنوانسیون به دو زبان انگلیسی و فرانسوی به سرانجام رسید و هر دو زبان از یک اعتبار برخوردارند. این عبارت شبیه ماده

1. *Consumer Guarantees Act 1993 (New Zealand)*

2. *Sale of goods Act 1979 (United Kingdom)*

<https://www.unidroit.org/1964-ulis-dipl-conf-e/1964-ulis-acts-vol1-e>

۳. سایت رسمی یونیدروا:

4. <https://www.unidroit.org/ulis-explanatoryreport>, p:38

۳۳ کنوانسیون وین در خصوص معاهدات است که بیان می‌کند: وقتی که اعتبار معاهده‌ای به دو یا چند زبان تصدیق شده باشد، متن آن در هریک از زبان‌ها به نحو یکسان معتبر خواهد بود.^۱ با این اوصاف، وقتی به‌عنوان فرانسوی کنوانسیون یو.آل.آی.اس نگاه می‌کنیم، متوجه عنصر محسوسیت می‌شویم.^۲ واژه «Corporel» در فرانسه به معنای مادی/ جسمانی یا همان بدنی است (اسفه و دیگران، ۱۳۸۲: ۲۵۱). به همین دلیل می‌توان به قطع، خرید و فروش اموال غیرمحسوس را از شمول این کنوانسیون خارج دانست. اما به هر حال، محققان و نویسندگان این حوزه در خصوص مفهوم کالا در این دو سند اظهار نظر روشنی ندارند.

۱.۲. مفهوم کالا در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین

در این کنوانسیون نیز نه تعریفی از کالا به میان آمده است و نه تعریفی از بیع کالا (Diedrich, 2016: 50; Tripodi, 2016: 57; 2002). صرفاً همانند کنوانسیون‌های لاهه، در ماده ۲ استثنای حاکمیت کنوانسیون بیان شده است. عده‌ای از نویسندگان، عدم تعریف کالا را عمده قانون‌گذاران بین‌المللی می‌خوانند، چراکه ایشان به سیره‌های بعدی تجارت بین‌الملل فی‌الجمله آگاهی داشته‌اند (Munoz, 2019: 2). ماده ۲ دارای ۶ بند است که بیع‌های زیر را از شمول کنوانسیون خارج ساخته است:

الف) بیع کالا به جهت مصارف شخصی، خانوادگی و...؛ ب) بیع از طریق حراج؛ ج) بیع ناشی از اجرای قانون یا به حکم قانون؛ د) بیع سهام، سهم‌الشکره، اوراق بهادار، اسناد قابل نقل و انتقال یا پول؛ ه) بیع کشتی‌ها، سفاین، هاور کرافت، وسایل نقلیه هوایی؛ و) بیع برق.

با یک نگاه اجمالی دلیل استثنای یادشده را می‌توان به هدف، تشریفات و موضوع بیع (صفایی، همان: ۷-۹) تقسیم نمود. اما حقوق‌دانان در اینکه کدام یک از بندها به دلیل موضوع و یا کدام به دلیل تشریفات استثنا شده‌اند، اتفاق نظر ندارند. برای نمونه عده‌ای از نویسندگان استثنای برق را واضح می‌شمارند و دلیل آن را تردید در غیرمحسوس بودن در میان نمایندگان کشورها می‌دانند (هانولد، همان: ۷۹-۸۰) و عده‌ای دیگر استثنای بند «ب» تا «و» را به علت دلایل سیاسی- تاریخی می‌خوانند (Schlechtriem, Butler, 2009: 29). از این رو، حاکمیت کنوانسیون بر محتویات دیجیتالی نیز در میان دکترین بسیار مورد بحث و مناقشه است.

۱.۳. مفهوم کالا در دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا

اتحادیه اروپا در خصوص تسهیل روابط میان حقوق مصرف‌کنندگان و فروشندگان طی

1. The Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 (VCLT)

2. Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels

دستورالعمل‌هایی به تنظیم قواعد میان ایشان پرداخته است. از جمله این دستورالعمل‌ها، می‌توان به دستورالعمل اتحادیه اروپا در خصوص قرارداد فروش میان مصرف‌کنندگان مصوب ۱۹۹۹ (Consumer Sale Directive, 1999) و اصلاحیه آن به سال ۲۰۱۱ (Directive on consumer rights, 2011) اشاره کرد.

در بند «ب» ماده ۱ دستورالعمل مصوب ۱۹۹۹ چنین تعریفی از کالا به عمل آمده است: هر شیء منقول و محسوس به استثنای: ۱. کالاهایی که به حکم قانون فروخته می‌شوند. ۲. آب یا گاز وقتی به میزان مشخص و معینی به فروش نرسد. این دستورالعمل به صراحت کالا را با دو عنصر منقول و محسوس بودن تعریف کرده است و جای شبهه‌ای باقی نمی‌ماند که خرید و فروش یک شیء غیرمحسوس مانند دانش و اطلاعات به صورت صرف و بدون حامل محسوس، مشمول دستورالعمل یادشده نیست. مراد از بند ۲ این دستورالعمل در واقع مواردی است که آب یا گاز به صورت مستمر یا زمانی به فروش می‌رسد. مشابه همین تعریف نیز در قانون بیع مشترک اروپا دیده می‌شود. در ماده ۲(h) این قانون کالا چنین تعریف شده است: کالا یعنی هر شیئی که دو ویژگی محسوس و منقول بودن را دارا باشد و شامل موارد زیر نمی‌شود:

الف) برق و گاز طبیعی؛

ب) آب و سایر انواع گازها مگر آنکه در مقدار و کمیت محدود به فروش برسند.

نگاه اجمالی به مواد مختلف این دستورالعمل، مفهوم کالا را روشن‌تر می‌سازد. در بند ۴ از ماده ۱۴۲ در باب انتقال ریسک (ضمان معاوضی) مقرر شده است: اگر مصرف‌کننده خود ترتیب و نحوه حمل کالا یا محتویات دیجیتالی را که بر روی رسانه حامل فیزیکی است بدهد و تاجر در این تصمیم‌گیری نقشی نداشته باشد، ضمان وقتی منتقل می‌شود که کالا یا محتویات دیجیتالی بر روی رسانه حامل به متصدی حمل سپرده شود... و یا در ماده ۱۴۳ در همین خصوص بیان می‌دارد: ضمان وقتی منتقل می‌شود که خریدار کالا یا محتویات دیجیتالی و یا اسناد آن را تحویل بگیرد. همچنین در مواد ۱۴۰، ۱۴۱ این تمایز مشاهده می‌شود.

بعد از تصویب دستورالعمل ۱۹۹۹ و اصلاحیه ۲۰۱۱ آن و نیز پیش‌نویس قانون بیع مشترک ۲۰۱۱ اتحادیه اروپا که مسئول تدوین قواعد بیع اموال محسوس و کالاهای دیجیتالی بود، به درخواست کمیسیون اتحادیه اروپا جمعی از محققان زیر نظر مارکو لوس مسئول تدوین قواعد ناظر بر کالاهای دیجیتالی به صورت تطبیقی با حقوق داخلی شدند. این پروژه در سال ۲۰۱۱ به پایان رسید^۱ (European Union, 2016: 3). در این پروژه ضمن بیان سه رویکرد و نیز تحلیل ماهیت کالاهای دیجیتالی در حقوق اتحادیه اروپا: B.M. Loos and others, 2012:

۱. این پروژه جنبه امره ندارد، زیرا نهایتاً در حد یک پیش‌نویس باقی ماند و به تصویب اتحادیه نرسید، اما از آنجا که نکات حائز اهمیتی را دربر دارد، در این مقاله به آن پرداخته شده است.

(173) که بعداً در جای خود به آن خواهیم پرداخت، در نهایت فایده‌ای در بیان تعریف کالا نمی‌بیند. در همین سال و به تاریخ ۴ مارس کمیته مشورتی اتحادیه اروپا در خصوص بازار اینترنتی و حمایت از مصرف‌کنندگان (IMCO committee's opinion, 2011) نظریه‌ای صادر کرد و در آن تعریف نوینی را از کالا پیشنهاد داد. در ماده ۲(a) این نظریه آمده است: کالا عبارت است از هر شیء منقول و محسوس و هر شیء غیر محسوس که به نحوی بتواند به صورت فیزیکی مورد تصرف قرار گیرد. استثنای این بند شامل کالاهایی است که از طریق اجرای احکام یا به حکم قانون به فروش می‌رسند. آب، گاز و برق نیز در صورتی که به مقدار و کمیت محدود به فروش رسند مشمول این دستورالعمل می‌شوند.

همان‌طور که مشاهده کردیم در دستورالعمل کمیته بازار اینترنت و حمایت از مصرف‌کننده، کالا می‌تواند غیر محسوس باشد. بعداً توضیح خواهیم داد که در کنوانسیون وین ۱۹۸۰ نیز عده‌ای بر این باورند که عبارتی مثل «Deliver» نشان از محسوس بودن کالا دارد؛ با این توضیح اگر محصول دیجیتال با حامل فیزیکی به خریدار منتقل شود و یا بدون حامل باشد، اما قابلیت دخل و تصرف فیزیکی را داشته باشد، مطابق ماده ۲ عنوان کالا بر آن صادق است. به نظر می‌رسد تعریف کالا در دستورالعمل خرید و فروش کالا که اخیراً به تصویب اتحادیه اروپا رسیده و ناسخ دستورالعمل سال ۱۹۹۹ به‌شمار می‌رود، از فحوی عبارات نظریه کمیته یادشده الهام گرفته است. در بند ۵ ماده ۲ این دستورالعمل (Directive, SGD, 2019) چنین آمده است: کالا عبارت است از: الف) هر شیء منقول و محسوس. آب، گاز و برق نیز مطابق این دستورالعمل اگر در کمیت محدود به فروش رسند کالا به‌شمار می‌روند. ب) هر شیء منقول و محسوس که دارای محتوای دیجیتال یا یک سرویس دیجیتال باشد یا با آنها در ارتباط باشد به‌گونه‌ای که نبود آن محتوای دیجیتال یا سرویس دیجیتال به جلوگیری از عملکرد کالا منجر شود (کالا با اجزا و عناصر دیجیتال).

در دستورالعمل دیگری که اتحادیه اروپا در خصوص قراردادهای آنلاین و خرید و فروش‌های از راه دور در سال ۲۰۱۵ تصویب کرد، کالا صرفاً مشمول اعیان محسوس است و شامل اعیان غیر محسوس نمی‌شود. در ماده ۲(d) این دستورالعمل کالا چنین تعریف شده است:

کالا یعنی هر شیء محسوس و قابل نقل به استثنای الف) اشیایی که از طریق اجرای احکام یا به حکم قانون به فروش می‌رسند؛ ب) آب، گاز و برق، مگر آنکه مقدار و کمیت مشخص و محدودی داشته باشند (European Parliament, certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods, 2015). هم‌زمان با تصویب دستورالعمل خرید و فروش کالا به تاریخ ۲۰ می ۲۰۱۹ در همان روز دستورالعمل دیگری نیز در خصوص قراردادهای تهیه محتوای دیجیتال و خدمات دیجیتالی تصویب شد (European Parliament, supply of digital content and digital services, 2019). در این دستورالعمل تعریفی از کالا به چشم نمی‌خورد، زیرا موضوع دستورالعمل کالاهای دیجیتالی است.

۲. مفهوم محتوای دیجیتال در اسناد ناظر به حقوق بیع بین الملل

۱.۲. مفهوم محتوای دیجیتال

اولین دستورالعمل اروپایی که نامی از واژه یادشده به میان آورده، دستورالعمل مصوب سال ۲۰۱۱ در خصوص حقوق مصرف‌کنندگان^۱ بوده است (European Union, 2016: 3). در بند ۱۱ از ماده ۲ این دستورالعمل، محتوای دیجیتالی چنین تعریف شده است: «داده‌هایی که به صورت دیجیتالی تهیه شده باشد». البته در ماده ۱۹ مقدمه، تعریف جامع‌تری از این واژه ارائه شده است: «محتوای دیجیتالی عبارت است از داده‌هایی که به صورت دیجیتالی فراهم یا تهیه می‌شوند مانند برنامه‌های رایانه‌ای، اپلیکیشن‌ها، بازی‌ها، موسیقی، ویدئوها، متن‌ها، چه دسترسی به آن‌ها از طریق دانلود پیدا شود و چه از راه فرستنده‌ها و چه از طریق رسانه حامل و یا به هر روش دیگری. اگر محتوای دیجیتالی بر روی رسانه حامل مانند سی‌دی یا دی‌وی‌دی تهیه شود کالا محسوب می‌شود و مشمول مقررات این دستورالعمل است». مطابق ماده ۱۷ این دستورالعمل نیز اگر داده بر روی حامل فیزیکی تهیه نشود، دستورالعمل قابلیت اعمال ندارد. ذیل ماده ۲(J) قانون بیع مشترک اروپا^۲ نیز مشابه همین تعریف از محتوای دیجیتالی مشاهده می‌شود: محتوای دیجیتالی عبارت است از داده‌هایی که در قالب و فرمت دیجیتال تهیه می‌شوند و شامل ویدئو، صدا، تصویر، یا محتویات مکتوب دیجیتالی و بازی‌های دیجیتال است و امکان شخصی‌سازی محتوای آن بر روی سخت‌افزار یا نرم‌افزار وجود دارد. به تبع آن در ماده ۵(b) محدوده اعمال قانون بر محتوای دیجیتالی چنین مشخص می‌شود: قراردادهای تهیه محتوای دیجیتال حتی در صورتی که بر روی حامل فیزیکی باشد که قابلیت ذخیره، پردازش، دسترسی و باز مصرف از سوی مصرف‌کننده را دارند؛ صرف‌نظر از آنکه محتوای دیجیتالی در ازای مبلغی منتقل می‌شود یا به صورت رایگان. از این رو، قراردادهای سفارش ساخت محتوای دیجیتال مطلقاً می‌توانند در حوزه قانون بیع مشترک اتحادیه اروپا باشند، مگر طرفین اعمال این قانون را وفق ماده ۱ استثنا کرده باشند. اما در این قانون نیز میان دو واژه کالا و محتوای دیجیتالی تمایز وجود دارد و حتی محتوای دیجیتال فراهم‌شده بر روی رسانه فیزیکی را نیز کالا تلقی نمی‌کند.^۴

1. Directive 2011/83/EU of 25.11.2011 on consumer rights (CRD)

2. European Union (2016), Contracts for supply of digital content, A legal analysis of the Commission's proposal for a new directive

3. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law {SEC (2011) 1165 final} (CESL)

۴. قانون UCITA نیز میان اطلاعات رایانه‌ای و کالا تمایز می‌گذارد؛ با این توضیح که اگر تمرکز اصلی یک معامله بر اطلاعات کامپیوتری باشد قانون یادشده توان اجرا می‌یابد. در بخش ۱۰۳(b) آمده است: اگر معامله‌ای هم شامل اطلاعات رایانه‌ای باشد و هم دیگر موضوعات، این قانون صرفاً بر اطلاعات رایانه‌ای حکومت می‌کند. در گزارش

۲.۲. جایگاه محتوای دیجیتالی در کنوانسیون وین ۱۹۸۰

با آنکه در کنوانسیون بیع بین المللی همانند کالا تعریفی از محتوای دیجیتالی به میان نیامده است، لیکن به عقیده بسیاری از پژوهشگران (Illescas Ortiz, Perales Viscasillas, 2012: 246) و رویه غالب قضایی^۱، کنوانسیون بر محتویات دیجیتالی که بر روی رسانه های فیزیکی هستند، اعمال می شود. تا به امروز رویه ای در خصوص قابلیت اعمال کنوانسیون بر محصولات دیجیتالی صرف و بدون حامل فیزیکی نقل نشده و در دسترس محققان قرار نگرفته است. به نظر می رسد کنوانسیون بیع بین المللی کالا مفهوم کالا را به معنای لغوی خود پذیرفته و هیچ گونه تغییری در این مفهوم رخ نداده است. دلایل این مدعا به اجمال از قرار زیر است:

۱. مطابق بند ۱ ماده ۳ کنوانسیون، قراردادهای ناظر به تهیه کالایی که باید ساخته یا تولید شود، بیع محسوب می شوند؛ مگر اینکه سفارش دهنده تهیه قسمت عمده مواد لازم جهت ساخت یا تولید آن کالا را تعهد کرده باشد. وفق نظریه شماره ۴ شورای مشورتی کنوانسیون بیع بین المللی کالا (CISG, Advisory council opinion no. 4)، در خصوص عبارت «قسمت عمده» (Substantial part) باید در ابتدا معیار ارزش اقتصادی و در صورت ناممکن بودن، معیار ضروری یا کیفی اعمال شود. با این پیش فرض، اگر سفارش دهنده یک محصول دیجیتال خود عهده دار تهیه قسمت محسوس کالا شود، و آن بخش از کالا دارای ارزش اقتصادی عمده نباشد و به عبارتی قسمت عمده به شمار نرود و علاوه بر این، تعهدات فروشنده نیز قسمت اعظم تعهدات را دربر نگیرد، در این صورت آنچه خریداری می شود کالا محسوب می گردد و قرارداد واقع شده نیز خرید و فروش کالا نام دارد. این تفسیر کاملاً مستقل به شمار می رود و با تکیه به

تهیه کنندگان این سند آمده که مراد از دیگر موضوعات، کالا است و در این صورت بر قسمت کالا ماده ۲ یا ۳ (a) از قانون UCC حکومت می کند. در قانون حمایت از مصرف کنندگان مصوب ۲۰۱۵ انگلستان نیز تمایز میان کالا و محتویات دیجیتالی بارز است. اختلاف ماهوی میان این دو مفهوم و به تبع عدم شمول مصادیق آنها ذیل مفهوم دیگری در عنوان بخش اول: قراردادهای مصرف کننده با موضوع کالا، محتوای دیجیتالی و خدمات نمایان است. در بند ۸ از مقدمه نیز در تعریف کالا به صراحت عنصر محسوس بودن ذکر شده و بلافاصله در بند ۹ محتوای دیجیتالی چنین تعریف شده است: داده هایی که در قالب و فرمت دیجیتال تهیه می شوند Consumer Rights Act-2015). به نظر می رسد نظام قضایی هندوستان نیز همین رویه را پذیرفته و به همین جهت است که نرم افزارهای دانلود شده را مشمول مالیات خدمات تلقی می کند و نه مالیات کالا.

(Coms C Ex - Siliguri vs Permanent Ip Systems on 28 November, 2018)

1. Regional Court Munich/Landgericht München, Germany, (8 HKO 24667/93) of 8 February 1995 ("Graphiplus").

Court of Appeal Hertogenbosch/Gerechthof te 's-Hertogenbosch, The Netherlands, (770/95/HE) of

19 November 1996 (Princen Automatisering Oss B.V. v. Internationale Container Transport GmbH)

Federal Court of Justice/Bundesgerichtshof, Germany, (8 ZR 306/95) of 4 December 1996 ("dynamic

page printer").

Austria 21 June 2005 Supreme Court (Software case)

مواد کنوانسیون و عدم اتکا به ماده ۷(۱) که به نظر نویسندگان خود به عدم یکنواختی در عرصه تجارت بین الملل منجر می شود، پاسخگوی حاکمیت کنوانسیون بر تجارت محصولات دیجیتال است.

۲. مطابق ماده ۱۰۱ کنوانسیون، متن کنوانسیون به شش زبان رسمی ترجمه شده است که هرکدام به یک اندازه موثق اند. این زبان ها عبارت اند از عربی، چینی، انگلیسی، فرانسوی، روسی و اسپانیایی. برخلاف کنوانسیون های ۱۹۶۴ لاهه واژه «Corporel» در ترجمه فرانسوی کنوانسیون دیده نمی شود و حذف آن آخرین اراده مقنن بین المللی را می رساند.

۳. ترجمه رسمی واژه «Goods» در زبان عربی «بضاعه» است و مطابق بسیاری از قوانین ملی^۱ شامل هر دو مال محسوس و غیر محسوس می شود و نباید با غلبه و کثرت زبان حاضران در کنفرانس ۱۹۸۰ وین واژه مد نظر را تفسیر نمود.

۴. همان طور که از مقدمه کنوانسیون و اصول کنوانسیون همچون ویژگی بین المللی کنوانسیون دانسته می شود، اراده قانون گذار بین المللی امضای سیره معاصر و پس از آن در عرصه تجارت بین الملل بوده است و نه صرفاً سیره موجود زمان خود که هنوز در آن زمان محتویات دیجیتال و انواع اموال غیر محسوس چندان رواج نیافته بود؛ برای نمونه، همین که در تاریخچه کنوانسیون هیچ بحثی بر سر کالاهای دیجیتال دیده نمی شود، خود بهترین دلیل بر این موضوع است. لیکن در خصوص برخی دیگر از موضوعات مانند برق یا گاز میان نمایندگان کشمکش هایی دیده می شود که تاریخچه این بحث ها را در کتب مفسران کنوانسیون می توان مشاهده کرد. به نظر می رسد استثنای برق برخلاف نظر برخی از پژوهشگران^۲ به دلیل مسائل سیاسی است.^۳ خرید و فروش این کالا دارای تشریفات عدیده ای است که نیازمند اجازه دولت است و بخش خصوصی بدون این اجازه نمی تواند اقدام به خرید و فروش آن هم به صورت بین المللی نیروی الکتریسیته بنماید.^۴

۵. ذکر این نکته مهم است که در عرصه تجارت بین الملل تفسیری همواره در میان حقوق دانان مورد بحث و بررسی قرار می گیرد که در رویه قضایی نیز طرفدار داشته باشد. از

۱. قانون الجمارک و المکوس قانون شماره ۱ مصوب ۱۹۶۲ م فلسطین ماده ۲. قانون الجمارک شماره ۲۰۷ مصوب ۲۰۲۰ م مصر ماده ۱. قانون الجمارک شماره ۲۳ مصوب سال ۱۹۸۴ م عراق ماده ۱. قانون الجمارک شماره ۲۰ مصوب سال ۱۹۹۸ اردن ماده ۲

۲. جان او هانولد

۳. همچون نظر پیترو شلختریم

۴. برای نمونه، قانون ایالات متحده آمریکا ذیل عنوان ۱۶ که به منابع طبیعی اختصاص دارد (16 U.S. Code) برای نمونه، و یا قانون برق کشور هندوستان (The Indian Electricity Act, § 832d Contracts for sale of electricity) و یا قانون برق مقرر داشته است. (1910) محدودیت هایی را در خصوص نقل و انتقال برق مقرر داشته است.

این رو، در ادامه به بررسی چند اظهار نظر قضایی در دادگاه‌های کشورهای عضو کنوانسیون اشاره می‌شود:

الف) پرونده‌ای که در سال ۱۹۹۵ در دادگاه بخش مونیخ بررسی شد.^۱ در فوریه ۱۹۹۳، مشتری برنامه رایانه‌ای گرافی پلاس ۲۵,۱ را برای شبکه‌ای که به پنج محل کار متصل بود به قیمت ۳۱,۵۰۰,۰۰۰ مارک آلمان به فروشنده که یک شرکت متخصص در زمینه ساخت نرم‌افزار بود، سفارش داد. با آنکه برنامه‌ها نصب شد، اما خریدار با مطرح کردن دو ادعا از پرداخت ثمن قرارداد خودداری کرد؛ اولاً قرارداد لازم‌الاجرای وجود نداشته و ثانیاً برنامه دارای نقص بوده است. دادگاه ذیل صدور رأی اظهار داشت که کنوانسیون بیع بین‌المللی در مورد قرارداد یادشده قابل اجراست، زیرا قرارداد فروش کالایی که در کنوانسیون مد نظر است در موردی که نرم‌افزار استاندارد به طور دائم و در ازای ثمن منتقل می‌شود وجود دارد. علاوه بر این، دادگاه توافق طرفین در خصوص جزئیات قرارداد فروش را مشروط به آنکه در مورد عناصر اساسی قرارداد فروش (یعنی کالا و ثمن) توافق شده باشد، ضروری ندانست.

ب) در پرونده دیگری که در سال ۱۹۹۶ از سوی یک دادگاه آلمانی مورد رسیدگی قرار گرفت^۲، خریداری که محل تجارتش در وین بود در نوامبر ۱۹۹۲ به فروشنده‌ای که تجارتخانه وی در آلمان (حومه شهر نورنبرگ- فورث) قرار داشت، خرید یک سیستم (چاپگر صفحات متحرک) را که شامل نرم‌افزار و سخت‌افزار بود در ازای ۶۵,۱۰۰ مارک آلمان (۳۳,۰۰۰,۰۰۰ یورو) سفارش داد. در ژانویه ۱۹۹۳ فروشنده سیستم چاپ را در محل خریدار نصب کرد؛ با وجود این، خریدار به استناد آنکه مدارک چاپگر وجود نداشته، از پرداخت ثمن خودداری کرده است.

دادگاه فدرال آلمان در این خصوص اظهار داشت که مستند به بند ۱ ماده ۳ کنوانسیون، قراردادهای تأمین کالاهایی که باید ساخته یا تولید شوند^۳، معادل قراردادهای معمولی فروش کالا است^۴ و قرارداد حاضر مشمول کنوانسیون می‌شود. بعد از این، دیگر دادگاه وارد جزئیات مربوط به نقص مربوطه و تکلیف خریدار به اطلاع‌رسانی به فروشنده در خصوص عدم انطباق کالا مطابق بند ۱ ماده ۳۹ می‌شود و به رسیدگی خود پایان می‌دهد. در این رأی نیز دادگاه بین نرم‌افزار و سخت‌افزار تمایزی قائل نشده و در رأی خود مسئله نامشهود بودن موضوع قرارداد را در حوزه کاربری کنوانسیون بیع بررسی نکرده است.

ج) علاوه بر این، در پرونده دیگری که در سال ۱۹۹۶ از سوی دادگاه تجدیدنظر هلند مورد

1. Regional Court Munich/Landgericht München, Germany, (8 HKO 24667/93) of 8 February 1995 ("Graphiplus")

2. Graphiplus 5.1

3. Federal Court of Justice/Bundesgerichtshof, Germany, (8 ZR 306/95) of 4 December 1996 ("dynamic page printer").

4. Werklieferungsvertraege

5. Kaufvertraege

اظهار نظر قرار گرفت^۱، شرکتی که محل تجارتش در آلمان بود به‌عنوان خریدار با شرکتی که محل تجارت آن در هلند قرار داشت وارد یک قرارداد همه‌جانبه با موضوع بسته نرم‌افزاری پردازش داده به نام ترانزیت (Transit) شد. قرارداد در ۲۴ می ۱۹۹۳ با قیمت ۱۰۰ هزار گیلدر هلندی (۵۰,۰۰۰,۰۰۰ یورو) منعقد شد. پس از پرداخت ۵۰,۰۰۰ گیلدر، خریدار به استناد نقص در برنامه نرم‌افزاری و نصب نامناسب آن در محل، از پرداخت مابقی ثمن خودداری ورزید. گرچه مستندات پرونده به‌گونه‌ای است که باید با قواعد عام کنوانسیون بیع بررسی گردد، اما مسائلی که در رأی به آن پرداخته شده از این قرار است: فروشنده هلندی پس از انعقاد قرارداد رونوشتی از شرایط عمومی و قیود قرارداد را به این عنوان که بخشی از قرارداد است برای خریدار ارسال می‌کند. پس از درخواست خریدار آلمانی، فروشنده مجدداً شروط کلی قرارداد را ارسال می‌دارد که در نهایت خریدار هیچ واکنشی به آن نشان نمی‌دهد و در واقع، موضوع حاکی از ایجاد یک تعارض میان نوع قرارداد تجاری بین‌المللی است. دادگاه تجدیدنظر سپس مفاد مواد ۱۸ و ۱۹ کنوانسیون بیع بین‌المللی را در مورد انعقاد قرارداد بین‌المللی فروش کالا جاری می‌داند و به اینکه برنامه رایانه‌ای کالایی غیرمحسوس به‌شمار می‌رود و ممکن است از این حیث برای قابلیت اعمال کنوانسیون مشکل‌آفرین باشد، هیچ اشاره‌ای نمی‌کند.

۶. از موادی چون ۳۰، ۵۳ و ۶۰ که به تحویل و قبض کالا اشاره دارند و عباراتی چون «Delivery and Taking over» برخلاف نظر بسیاری از نویسندگان (Schwenzer, Fountoulakis, 2007: 26-27; Ferrari, 2012: 123; Dawwas, Shandi, 2011: 81) برمی‌آید که رکن فیزیکی بودن از تعریف کالا برداشت نمی‌شود، بلکه نهایت امر شرط بودن این امر به ذهن متبادر می‌گردد. برای مثال اگر کالای دیجیتال مانند موسیقی، ویدئو یا یک کتاب آنلاین از طریق ایمیل فروشنده به خریدار منتقل شود، وسایل قبض و اقباض مادی همچون کامپیوتر، لپ‌تاپ و... موجود است؛ بنابراین کنوانسیون بر این کالاها ولو آنکه صددرصد دیجیتالی باشند حاکمیت دارد و این نتیجه در رویه قضایی معارضی ندارد و می‌تواند الگویی برای کشورهای عضو کنوانسیون به‌شمار رود.

۷. به‌نظر می‌رسد برای دستیابی به راهکار در خصوص قابلیت اعمال کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا بر محتویات دیجیتالی، برخلاف نظر برخی از محققان^۲، نیازی به الگوپذیری کشورهای دارای نظام حقوقی مشترک از آرای قضایی نیست، چراکه این راهکار نیز به عدم اعتماد حقوقی طرفین و غیرقابل پیش‌بینی شدن حل و فصل اختلافات و در نتیجه انصراف کلی یا جزئی طرفین از کنوانسیون خواهد شد. بلکه استناد به تفسیر مستقل ادبی از مواد کنوانسیون

1. Court of Appeal Hertogenbosch/Gerechtshof te 's-Hertogenbosch, The Netherlands, (770/95/HE) of 19 November 1996 (Princen Automatisering Oss B.V. v. Internationale Container Transport GmbH)

۲. فرانک دیدریش

همان طور که پیش تر بیان گردید راهکاری مستحکم تر به شمار می رود و در این میان رویه قضایی صرفاً به عنوان حجت اقناعی و تقویت کننده دلیل ادبی ذکر شد.

۲.۳. مقایسه محتوای دیجیتالی با کالا در دستورالعمل های اتحادیه اروپا

در دستورالعمل ۲۰۱۵ در خصوص خرید و فروش کالا از راه دور (European Parliament- OSD-, 2015) با آنکه تعریفی از محتوای دیجیتالی نیامده، لیکن محدوده اعمال دستورالعمل را بهتر از سایر دستورالعمل های پیش تر ذکر شده، توضیح داده است. در بند ۳ ماده ۱ این دستورالعمل آمده است: این دستورالعمل بر رسانه های حامل بادوامی که مشتمل بر محتوای دیجیتال هستند حکومت ندارد؛ با این توضیح که رسانه منحصرأ به عنوان حامل محتوا برای مصرف کننده مورد استفاده قرار گیرد^۱. مفهوم مخالف این ماده آن است که اگر رسانه فیزیکی مانند سی دی یا دی وی دی منحصرأ کار حمل محتوای دیجیتال را برعهده نداشته باشد مشمول دستورالعمل خرید و فروش کالا از راه دور می شود، اما معیار یادشده برای انحصار یا عدم آن بیان نشده است. برای مثال سی دی در رابطه طرفین قرارداد ممکن است صرفاً نقش حامل را نداشته باشد، بلکه ارزش اقتصادی (کمی)، ضروری (کیفی) یا اصلاً معنوی برای یکی از طرفین داشته باشد؛ آیا در این صورت نیز دستورالعمل ۲۰۱۵ حاکمیت دارد یا خیر؟ یا مراد از استفاده انحصاری، استفاده در سابقه قراردادی طرفین است یا بنابر نظر عرف؟ دستورالعمل مصوب سال ۲۰۱۹ در خصوص تهیه محتوای دیجیتالی و فراهم آوردن خدمات دیجیتال (European Parliament, supply of digital content and digital services, 2019) محتوای دیجیتالی را در بند ۱ از ماده ۲ چنین تعریف نموده است: داده هایی که در قالب دیجیتالی تهیه و فراهم می شوند. در بند ۳ از همین ماده کالاهای همراه با عناصر دیجیتال چنین تعریف شده است: هر شیء محسوس و منقولی که مشتمل و یا متصل به محتوای دیجیتالی باشد، به نحوی که فقدان محتوای دیجیتالی یا سرویس دهی دیجیتالی مانع عملکرد کالا شود. در این بند نیز به خوبی تمایز میان کالا و محتوای دیجیتال بیان شده و واژه محسوس به دلیل قسمتی از معرف یا همان (کالا) است.

مشابه همین تعریف در ماده ۲ دستورالعمل خرید و فروش کالا مصوب ۲۰۱۹ آمده است (Directive -SGD- 2019). در ماده ۳ این دستورالعمل چنین آورده شده است: «این دستورالعمل بر قراردادهای تهیه محتوای دیجیتال یا خدمات دیجیتالی حاکمیت ندارد. در مقابل بر قراردادهایی که محتوای دیجیتال یا خدمات دیجیتالی متصل به کالا هستند و یا کالا مشتمل بر آنها باشد و تحت عنوان تعریف محتوای دیجیتالی (در ماده ۲) و قرارداد فروش

1. This Directive shall not apply to any durable medium incorporating digital content where the durable medium *has been used exclusively* as a carrier for the supply of the digital content to the consumer.

باشند قابلیت اعمال دارد.... در صورت شک در این خصوص که آیا فراهم آوردن محتوای دیجیتالی یا خدمات دیجیتالی متصل به کالا و یا قسمت دیجیتالی که کالا مشتمل بر آن است، جزئی از قرارداد فروش را تشکیل می‌دهد یا خیر، فرض بر آن نهاده می‌شود که قسمت دیجیتالی مشمول قرارداد خرید و فروش می‌باشد». در واقع، این فرض‌انگاری قانونی در میان دستورالعمل‌هایی که تا به حال بررسی شده، بی‌سابقه بوده است. به نظر می‌رسد این فرض قانونی بر اساس غلبه تقنین نشده است، چراکه ارزش محتوای دیجیتال غالباً از رسانه حامل بیشتر است. لیکن آنچه قانون‌گذار را بر آن داشت تا قواعد قرارداد خرید و فروش کالا را بر آن بار نماید، فقدان و کمبود قانون‌انگاری در خصوص موضوعات مرتبط با محتویات دیجیتالی است؛ از این رو، قانون‌گذار خیال خود را با این رویکرد که قواعد چنین قراردادهایی را به قرارداد بیع ارجاع دهد، راحت می‌کند. وگرنه اختلاف چشمگیری میان این دستورالعمل و دستورالعمل‌های پیشین به خصوص دستورالعمل ۲۰۱۵ وجود دارد.

نکته دیگری که در خصوص دستورالعمل «SGD-2019» حائز اهمیت است تعریف کالا در بند «ب» از ماده ۲ است که پیش‌تر در بخش مربوط بیان شد. گرچه محوریت بند «ب» اشیای منقول و محسوس هستند، اما در واقع، به این دلیل که ارزش اقتصادی در این تعریف لحاظ نشده است، موضوع بند «ب» می‌تواند اشیای غیرمحسوس و منقول باشد، چنان‌که اغلب نیز این اشیای از ارزش بیشتری برخوردار هستند. برای مثال یک سی‌دی و محتویات آن، سخت‌افزاری که ماهانه به‌طور خودکار از سوی وبگاه‌ها به‌روزرسانی می‌شود به‌ترتیب مصداق محتوای دیجیتالی و سرویس دیجیتالی هستند و از این رو، نسبت به سی‌دی یا بعضی از سخت‌افزارها از ارزش بالاتری برخوردارند. آنچه در تعریف بند ۵ ماده ۲ دستورالعمل جالب توجه به نظر می‌رسد آن است که دستورالعمل در شق دوم تعریف، به‌جای غلبه عنصر محسوس و مادی بودن، غلبه عنصر غیرمحسوسیت را بیان کرده است؛ با این توضیح که دستورالعمل می‌توانست در راستای توصیف بند اول تعریف، شق دوم را نیز چنین تعریف کند: هر شیء منقول و محسوسی که دارای محتوای دیجیتال یا یک سرویس دیجیتال بوده یا با آنها در ارتباط باشد، به‌گونه‌ای که نبود آن شیء محسوس و منقول به جلوگیری از عملکرد کالا منجر شود. اگر دستورالعمل به این نحو تعریفی از کالا ارائه می‌داد، تعریف یادشده کاملاً قید توصیفی تعریف شق اول می‌بود. لیکن تعریف قسمت دوم کاملاً از قسمت اول مجزا بوده و غلبه محسوسیت را در کالاهای دیجیتال احتساب نکرده است. نظریه غلبه در بیان و تعریف یک ماهیت در میان قوانین و دکترین طرف‌داران زیادی دارد. ریشه این نظریه را باید در عقاید پوتیه جستجو کرد (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۲۴) و از نظر منطقی نیز اگر این غلبه در شیء قابل تعریف به حد و رسم، در قالب جنس یا فصل یک مفهوم غیراعتباری باشد، بهترین تعریف، تعریف منطقی است. تعریف شرح‌الاسمی یک مفهوم اعتباری نیز با عناصری که دارای غلبه

هستند بیشترین تمایز را از سایر مفاهیم اعتباری ایجاد می‌کند. برای مثال اگر غلبه در مفهوم «الف» با عناصری چون چاقی، کچلی و... باشد عرف با همین عناصر دست به تعریف شرح‌الاسمی «الف» می‌زند. از این رو در تعریف کالا اگر نقش عمده را غیر محسوس بودن ایفا کند و این مفهوم غالب باشد، دستورالعمل اتحادیه اروپا نمی‌بایست در نگارش شق دوم از بند ۲ ماده ۵، نقش عمده در تعریف را به دستان محتوای دیجیتالی بسپارد.

اما چرا قانون‌گذار دست به چنین تعریفی زد و برخلاف دستورالعمل قبلی و اصلاحیه آن، کالا را به غیر محسوس تعریف نمود؟

در پروژه تحقیقی که زیر نظر مارکو لوس انجام شده است، سه رویکرد در مواجهه اتحادیه اروپا با محتویات دیجیتالی بیان شده است؛ این سه رویکرد عبارت‌اند از:

۱. رویکردی که تا حد امکان محتویات دیجیتالی را کالا تلقی می‌کند و هرکجا که بتوان آن را ندارد نقطه مقابل کالا یعنی خدمات (service) را برمی‌گزیند (رویکرد سنتی). این رویکرد در واقع بازتاب رویه قضایی انگلستان است که نیازمند جستاری مجزاست. از جمله انعکاس این دیدگاه را می‌توان در ماده ۲(a) نظریه کمیته مشورتی اتحادیه اروپا در خصوص بازار اینترنتی و حمایت از مصرف‌کنندگان مشاهده کرد که پیش‌تر بیان شد.

۲. رویکردی که محتویات دیجیتالی را خدمات تلقی می‌کند و کالا نمی‌شمارد و از این رو، صرفاً مقررات و قوانین قراردادهای خدماتی را حاکم بر قراردادهای با موضوع محتویات دیجیتالی می‌داند. بازتاب این دیدگاه در بند ۱۰(d) بخشنامه پارلمان و شورای اتحادیه اروپا (European Parliament, 2010) در خصوص حقوق مصرف‌کنندگان دیده می‌شود. در این بند آمده است محتویات دیجیتال مانند برنامه‌های کامپیوتری، بازی‌ها و موسیقی که بر روی حامل محسوس حک نگردیده‌اند شیء محسوس به‌شمار نمی‌روند. از این حیث مطابق این دستورالعمل مشمول عنوان کالا نمی‌شوند. در مقابل، رسانه‌ای که حامل محتویات دیجیتال است مانند سی‌دی یا دی‌وی‌دی محسوس به‌شمار می‌روند و ذیل عنوان کالا قرار دارند.

۳. رویکردی که محتویات دیجیتالی را نهادی مستقل (sui generis) از کالا یا خدمات تلقی می‌کند. این رویکرد نیز دارای نقاط ضعف^۱ و قوت است که نیاز به بررسی مستقل دارد. به نظر می‌رسد تعریف کالا در دستورالعمل ۲۰۱۹ اتحادیه اروپا در خصوص خرید و فروش کالا، رویکرد اول را تقویت کرده است.

۱. از جمله عدم آشنایی با قواعد عمومی جدیدی که تدوین می‌شود و در نتیجه عدم اعتماد و اطمینان حقوقی (legal uncertainty) که برای طرفین قراردادهای به‌بار می‌آورد.

نتیجه

به نظر می‌رسد مفهوم کالا در قوانین، کنوانسیون‌ها و دستورالعمل‌های پیشین دستخوش تغییر بوده و این تغییر بی‌تردید به دلیل گسترش روزافزون تجارت محصولات دیجیتالی است. اما کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا برای آنکه محدوده اعمال وسیع‌تری داشته باشد، و روز به روز دستخوش تغییرات قانون‌گذاران بین‌المللی نگردد، تعریف صریحی از کالا ارائه نداده، بلکه به تعریف ضمنی کفایت نموده است. عرف‌های تجاری بین‌المللی در تغییر مفهوم کالا قطعاً نقش مهمی را ایفا نموده‌اند؛ برای مثال مشاهده کردیم که نهایتاً در دستورالعمل مرتبط با خرید و فروش کالا (SGD, 2019) معنای کالا به چه صورت دگرگون گردید. در بیشتر اسناد بررسی‌شده واژه کالا و یا بهتر بگوییم «Goods» به معنای اشیای محسوس و منقول است. در حالی که همان‌طوری که در آغاز این جستار تفسیر متخصص لغوی را ارزیابی کردیم و شاهد آن بودیم یک عنصر را در تعریف کالا دخیل می‌دانست و آن هم منقولیت بوده است. اساساً منقول بودن یک شیء با محسوس بودن آن ملازم نیست، مانند نقل و انتقالات دیجیتالی که امروزه در فضای مجازی رخ می‌دهد. اما این نقل مفهوم واژه «Goods» از معنای لغوی خود به معنای جدید به نظر بر اثر قلت وجود کالاهای غیرفیزیکی و همچنین کثرت استعمال این واژه در این معنا بوده است. در این پژوهش ثابت کرده‌ایم که با پیشرفت روزافزون فناوری، این واژه به معنای لغوی خود بازگشته و با کثرت استعمال مجدداً دگرگون شده و دوباره کالا معنای حقیقی خود را در بعضی از مقررات بازیافته است. گویا موادی که در کنوانسیون ۱۹۸۰ وین به قبض و اقباض کالا اشاره دارند مانع از این تفسیر نیست؛ چراکه اولاً مطابق مقدمه این کنوانسیون، سیره‌های معاصر امضا شده، و نه صرفاً یک سیره خاص، و ثانیاً نحوه دسترسی به یک فایل دیجیتال مانند کتاب الکترونیک یا موسیقی که در ایمیل شخص خریدار موجود است صرفاً با دسترسی‌های فیزیکی از جمله روشن کردن لپ‌تاپ و کامپیوتر که کاملاً فیزیکی هستند صورت می‌پذیرد. در واقع، فروشنده کالا را در یک فضای امن غیرفیزیکی قرار می‌دهد که کلید وصول به آن در دستان خود مشتری است و آن، یک دسترسی فیزیکی است. همچنین با تفاسیری که از کنوانسیون به عمل آمد کاملاً بر خواننده روشن است که تطبیق مفهوم کالا در دستورالعمل‌های اروپایی برای تفسیر مستقیم کنوانسیون نیست، بلکه این تطبیق سیر تطور مفهوم کالا را به خوبی نشان می‌دهد و همچنین به خواننده اعلام می‌دارد که لفظ کالا در زبان انگلیسی و در میان رایج‌ترین دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا در خصوص بیع کالا به معنای قدیمی خود در میان دکتترین نیست. شایان ذکر است که با توجه به دلایل ادبی اقامه‌شده در خصوص مفهوم کالا در کنوانسیون بیع بین‌المللی، به خصوص ماده ۳ این کنوانسیون، که در واقع مکانیزم تمایز میان قرارداد خدمت از بیع کالا می‌باشد، محصولات دیجیتالی همان‌گونه که

اثبات شد در زمره کالاها قرار دارند و نه خدمات. در پایان، ناگفته نماند بهترین معادل فارسی در ادبیات حقوقی ما برای واژه «Goods» کلمه عین است و نه واژه‌های منفعت یا عمل و مانند آن، که البته خود نیاز به جستاری ذیل موضوع حقوق تطبیقی دارد و از موضوع تجارت بین الملل مجزا است.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

– کتاب‌ها

۱. آقائی، بهمن (۱۳۷۸). **فرهنگ حقوقی بهمن**، چ ۱، تهران: انتشارات گنج دانش
۲. جان او.هانولد (نویسنده)، مافی، همایون (مترجم)، (۱۳۹۴). **حقوق متحدالشکل بیع بین المللی کالا طبق کنوانسیون ۱۹۸۰ ملل متحد**، چ ۲، تهران: انتشارات مجد
۳. داراب پور، مهرباب (۱۳۹۵). **تفسیری بر حقوق بیع بین المللی کنوانسیون ۱۹۸۰ وین**، چ ۳، تهران: گنج دانش
۴. صفایی، سید حسین و همکاران (۱۳۹۷). **حقوق بیع بین المللی**، چ ۸، تهران: دانشگاه تهران
۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸). **دوره عقود معین ۱**، چ ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار
۶. کاظمی اسفیه، ابراهیم؛ نیر احمدی، آرزو؛ حسینی، معصومه و همکاران (۱۳۸۲). **فرهنگ کوچک فرانسه – فارسی رهنما**، چ ۱، تهران: رهنما.

– مقالات

۷. هیرو سونو (نویسنده)، عاکفی قاضیانی، وحید و عاکفی قاضیانی، محمد (مترجمان)، (۱۳۹۸). «قابلیت اعمال کنوانسیون بیع بین المللی کالا بر معاملات نرم افزاری»، دوره ۲، ش ۵ – ش پیاپی ۵، زمستان ۱۳۹۸

ب) عربی

– قوانین

۸. قانون الجمارک شماره ۲۰۷ مصوب ۲۰۲۰ م مصر
۹. قانون الجمارک و المکوس شماره ۱ مصوب ۱۹۶۲ م فلسطین

١٠. قانون الكمارك شماره ٢٣ مصوب ١٩٨٤ م عراق.
١١. قانون الجمارك شماره ٢٠ مصوب ١٩٩٨ اردن.

ج) انگليسي

-Acts, Conventions, Regulations

12. Consumer Guarantees Act 1993(New Zealand Legislation)
13. Consumer Rights Act 2015(UK Legislation)
14. Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of the 25th of May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees - Consumer Sale Directive (CSD)
15. Directive 2011/83/EU of 25.11.2011 on consumer rights (CRD)
16. Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC) (SGD)
17. Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods, Brussels, 9.12.2015 (OSD)
18. Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services
19. European Parliament, Plenary endorsement of the IMCO committee's opinion of 24 March 2011
20. Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on a Common European Sales Law {SEC (2011) 1165 final} (CESL)
21. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights, Brussels, 10 December 2010
22. Sale of goods Act 1979 (United Kingdom)
23. The Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 (VCLT)
24. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)
25. The Indian Electricity Act, 1910
26. The Code of Laws of the United States of America (U.S Code)
27. Uniform Law on the Formation of Contracts for International Sale of Goods" (ULFC)
28. Uniform Law on International Sale of Goods (ULIS)
29. Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA)
30. Uniform Commercial Code (UCC)

- Books

31. European Union (2016). Contracts for supply of digital content, A legal analysis of the Commission's proposal for a new directive.
32. Franco Ferrari (2012). Contracts for the International Sale of Goods, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
33. Honnold, John (1999). Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention. Kluwer Law International, The Hague, 3rd edition
34. Ingeborg Schwenzer, Christiana Fountoulakis (2007). International sales law, Routledge-Cavendish Taylor & Francis Group.
35. Leandro, Tripodi (2016). Towards a new CISG: the prospective Convention on the International Sale of Goods and Services, Brill NV, Leiden, The Netherlands.
36. Longman Collocations Dictionary and Thesaurus (2015). UK: Pearson.
37. Marco B.M. Loos, Natali Helberger, Lucie Guibault, Chantal Mak, Lodewijk Pessers, Katalin J. Cseres, Bart van der Sloot, Ronan Tigner (2012). Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts.
38. Oxford elementary learners dictionary of English (1988).UK: Oxford University.
39. Schlechtriem, Peter. Petra, Butler (2009). UN Law on International Sales the UN Convention on the International Sale of Goods, Germany: Springer.
40. Smith, Marcus. Leslie, Nico (2018). The law of assignment.USA: Oxford university press
41. Tunc, Andre, commentary of the Hague conventions of 1st July 1964 on the international sale of goods and on the formation of contracts of sale, <https://www.unidroit.org/ulis-explanatoryreport>.

- Articles

42. Amin Dawwas, Yousef Shandi (2011). The Applicability of the CISG to the Arab World, Uniform law review. Volume 16, Issue 4, pp 813–841, <https://doi.org/10.1093/ulr/16.4.813>
43. Edgardo Muñoz (2019). Software technology in CISG contracts, Uniform law review. Volume 24, Issue 2, June 2019, pp 281–301, <https://doi.org/10.1093/ulr/unz016>
44. Frank Diedrich (2002). The CISG and Computer Software Revisited. Tripodi, Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, Supplement. pp:55-75
45. Honnold, John (1965). The uniform, law for the international sale of goods: the Hague Convention of 1964, Law and Contemporary Problems, Vol. 30, No. 2, Unification of Law. pp: 326-353
46. Rafael Illescas Ortiz Pilar Perales Viscasillas, (2012). The scope of the Common European Sales Law: B2B, goods, digital content and services, Journal of International Trade Law and Policy, Vol. 11 Iss 3, pp. 241 – 258
47. W. S. Holdsworth (1920). The History of the Treatment of "Choses" in Action by the Common Law. Harvard Law Review, Vol. 33, No. 8, pp: 997-1030

- Case law

48. Austria 21 June 2005 Supreme Court (*Software case*)
[<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050621a3.html>]
49. Court of Appeal Hertogenbosch/Gerechtshof te 's-Hertogenbosch, The Netherlands, (770/95/HE) of 19 November 1996 (Princen Automatisering Oss B.V. v. Internationale Container Transport GmbH)
[<http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=323>]
50. Coms C Ex - Siliguri vs Permanent Ip Systems on 28 November, 2018[<https://indiankanoon.org/doc/87196144/>]
51. Federal Court of Justice/Bundesgerichtshof, Germany, (8 ZR 306/95) of 4 December 1996 ("dynamic page printer")
[<http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=260>]
52. Regional Court Munich/Landgericht München, Germany, (8 HKO 24667/93) of 8 February 1995 ("Graphiplus")
[<http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=203>]