


A Think on the Fair Internet Disputes Resolution

Seyyed Kamal Hosseini ¹, Javad Niknejad ²

Abstract

Imbalance power between the parties has been a concern for jurists. This power inequality has a variety of reasons, such as the complexity of the issue, previous and frequent acquaintances with similar cases, and the use of competent lawyers and legal advisers. In this study in order to resolve this inequality and imbalance between the parties, attention has been paid to how to apply the principle of due process of law over arbitration in litigation and internet disputes. As a result, due to the lack of free choice and the repetitive role of the actor, this principle requires that the imposition of an arbitration clause be prohibited or restricted before arising disputes as to contracts concluded with consumers. Also, some cases could not be referred to arbitration and should be interpreted in favor of the consumer if there is any ambiguity in the arbitration agreements. The government should provide mechanisms to reduce arbitration costs. The arbitration award must be reasoned and made public.

Keywords: Internet Disputes Arbitration Repeat Player Imbalance between the Parties Power consumer

* Citation (APA): Hosseini, S. K. (2023). A Think on the Fair Internet Disputes Resolution. *International Legal Research*, 15(58), 27-50
https://alr.ctb.iau.ir/article_693768.html

1. Ph.D Student of Private Law; Islamic Azad University, Ayatollah Amoli Branch; Amol; Mazandaran.

2. PhD; Assistant Professor of Private Law Department, Faculty of Law, Islamic Azad University, Ghaem Shahr Branch, Ghaem Shahr, Mazandaran, Corresponding Author.

تأملی پیرامون حلّ و فصل عادلانه اختلافات اینترنتی با رویکردی تطبیقی

سیدکمال حسینی^۱، دکتر جواد نیک‌نژاد^۲ ✉

چکیده

پیچیدگی موضوع دعوا، آگاهی و اطلاع پیشین و مکرر طرفین با دعاوی همسان و امکان استفاده از خدمات و کلا و مشاوران حقوقی توانا و خبره از جمله مهم‌ترین دلایل تحقق عدم توازن در قدرت طرفین در حلّ و فصل دعواست، امری که حقوق تطبیقی گویای توجه خاصّ قواعد حقوقی کشورهای گوناگون برای مدیریت این امر است، مسئله‌ای که سبب تحریر مقاله‌ی کنونی بوده است بنابراین در این تحقیق، پس از ترسیم دغدغه‌ی اساسی و مطالعه‌ی تطبیقی قواعد و راهکارهای حقوقی نظام‌های حقوقی گوناگون، راهکار توجه ویژه به چگونگی اعمال اصل جریان صحیح حقوقی بر دعاوی اینترنتی به ویژه رسیدگی‌های داوری است. در حقیقت، به دلیل فقدان انتخاب آزاد و وجود مقوله‌ی بازیگر تکراری، این اصل چنین اقتضا می‌نماید که اعمال شرط داوری پیش از بروز اختلاف در زمینه قراردادهای منعقد شده با مصرف‌کنندگان منع و یا محدود شود. همچنین می‌بایست برخی از دعاوی را قابل ارجاع به داوری دانسته نشده و یا اینکه در صورت وجود ابهام در موافقت‌نامه‌های داوری، به سود مصرف‌کننده تفسیر شود. دولت باید سازوکارهایی برای کاهش هزینه‌های داوری ارائه نماید. در صورت استفاده از داوری، رای باید مستدل بوده و به صورت علنی منتشر شود. این موارد، معیارهای مهمی هستند که در این نوشتار به صورت تحلیلی و تطبیقی به بررسی آن‌ها خواهیم پرداخت.

واژگان کلیدی: دعاوی اینترنتی، عادلانگی، بازیگر تکراری، جریان صحیح حقوقی.

* استناددهی (APA): حسینی، کمال، نیک‌نژاد، جواد. (۱۴۰۱). تأملی پیرامون حلّ و فصل عادلانه اختلافات اینترنتی. تحقیقات حقوقی بین‌المللی، ۱۵(۵۸)، ۵۰-۲۷

https://alr.ctb.iau.ir/article_693768.html

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد آیت الله آملی، دانشگاه آزاد اسلامی، آمل، ایران.

۲. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد قائم شهر، دانشگاه آزاد اسلامی، قائم شهر، ایران، نویسنده‌ی مسئول مقاله.

(j.niknejad@yahoo.com)

مقدمه

اینترنت به عنوان ابزار ارتباطی، بستر بالقوه‌ای برای پیدایش اختلافات فرامرزی است. این دعاوی شامل اشخاصی گوناگونی همچون مصرف‌کنندگان و تجار می‌شود که چه بسا تا پیش از بروز این اختلافات، دعوی فراملی را تجربه نکرده باشند. داوری برخط می‌تواند روش مناسب و الزام‌آور حل و فصل بسیاری از اختلافات اینترنتی باشد. بدین ترتیب، مسئله‌ای که در این زمینه رخ می‌نماید، این است که این نوع از داوری در چه شرایطی منصفانه قلمداد خواهد شد؟

در حقیقت، از دید منشا، داوری شیوهی حل و فصل اختلافات کسانی است که در یک پیشه و تجارت سرگرم کار بوده و از نگاه سنتی، این اشخاص معمولاً اعضای یک صنف تجاری با منافع مشترک هستند (Budnitz, 1995: 318-319). نگاه به داوری از این جنبه، با ماهیت بسیاری از طرفین دعاوی اینترنتی در تعارض است چرا که به طور معمول این اشخاص فاقد پیشینه‌ی کاری مشترک و شاید با فرسنگ‌ها فاصله از یکدیگر باشند. در داوری تجاری سنتی، طرفین می‌توانند توجه ویژه‌ای به کارآمدی و شتاب حل و فصل اختلاف به عنوان ارکان پیدایش اصل جریان صحیح حقوقی^۱ داشته باشند. این در حالی است که در قلمرو داوری تجاری و در قیاس با دادخواهی، معیارهای سبک‌تر و منعطف‌تری در زمینه‌ی تحقق اصل یاد شده باید بکار بسته شود چرا که در اینجا با عوامل دیگری چون اصل آزادی و استقلال اراده و نیز نظریه‌ی اعراض از حق برخورداری از رسیدگی منصفانه به همان معنایی که در دادخواهی هست، روبرو خواهیم بود.

اگرچه منصفانگی رسیدگی قاعده‌ای است فراگیر که باید در همه‌ی دعاوی مدنظر قرار گیرد ولی، در جایی که میان طرفین نابرابری قابل ملاحظه‌ای در قدرت وجود داشته و میان آنان شرطی مبنی بر انتخاب داوری به عنوان شیوهی قضایی جایگزین رسیدگی دادگاه برای حل اختلاف تنظیم شده است، در راستای تحقق منصفانگی رسیدگی داوری باید نگاهی متفاوت داشت با آنچه به طور معمول در داوری رقم می‌خورد. بدین منظور، فرضیه‌ی اصلی ما این است که اصل آزادی و استقلال اراده و نیز تئوری اعراض از حق برخورداری از رسیدگی منصفانه، کاربرد محدودی نسبت به برخی از دعاوی اینترنتی خواهد داشت. همچنین، با بررسی و ارزیابی محدودیت‌های قانونی قابل اعمال بر داوری اختلافات مصرف‌کننده و تاجر و نیز محدودیت‌هایی که در راستای جبران عدم اعمال یا کاستی در اعمال اصل جریان صحیح حقوقی در داوری باید در نظر گرفته شوند، معیار نوینی ارایه خواهیم نمود. در حقیقت، هدف ما از این پژوهش این است که ثابت نمایم که چرا معیار کهنه‌ای که شرایط اندکی را برای تامین تحقق اصل جریان صحیح حقوقی بر داوری برقرار و در همان حال، داوری را محدود به روابط معینی چون دعاوی میان مصرف‌کننده و بازرگان می‌نماید، باید به کناری نهاده شود؟ معیار ما واضح محدودیت برای استفاده از داوری

1. Due Process of Law.

برای اختلافات اینترنتی نیست چرا که نه تنها دسترسی به شیوه‌ی الزام‌آور حل و فصل اختلاف امری مهم و ضروری است بلکه، تضمین‌کننده‌ی اعمال اصل جریان صحیح حقوقی در داوری نیز خواهد بود. از این روی، در ادامه‌ی مباحث خواهیم گفت که معیار و اصل جریان صحیح حقوقی محکمتری در قیاس با اصول حاکم بر داوری آفلاین و تجاری میان بازگانان می‌بایست بر داوری آنلاین اختلافات اینترنتی پیاده شود.

بررسی ادبیات موجود در زمینه مشکلات استفاده از قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی پیرامون مسایل اینترنتی نشان می‌دهد که بسیاری از محققان و دانشگاهیان به این نتیجه رسیده‌اند که می‌بایست در اختلافات اینترنتی بین‌المللی، اشکال یا صور حل و فصل اختلافی غیر از روش‌های رسیدگی سنتی بکار رود. با این حال، در این تحقیقات، تحلیل منظم و سازمان‌یافته‌ای در مورد عادلانگی اشکال فعلی شیوه‌های جانشین حل اختلافات اینترنتی صورت نگرفته است. از این روی، فرض ما در این تحقیق این است که به احتمال بسیار طرفین اختلاف اینترنتی دور از یکدیگر و شاید در کشورهای گوناگونی قرار داشته باشند. چنین امری، هزینه‌ی دادخواهی را افزایش داده و حل اختلافات را پیچیده‌تر خواهد ساخت. در حقیقت، این عامل بیشترین تاثیر را بر روی اختلافات کوچک دارد، زیرا در این موارد هزینه‌های حل و فصل دعوا، با ارزش خواسته‌ی دعوا تناسبی ندارند. از این روی، می‌بایست بین اختلافات کوچک و بزرگ تمایز قایل شویم. ولی ملاک تفکیک میان ارزش خواسته این است که دعوا با خواسته‌ی کم‌ارزش دربرگیرنده‌ی آن دسته از دعوای اینترنتی فرامرزی است که در مورد آن‌ها، هزینه‌های دادخواهی و اجرای رای در بیرون از مرزهای دادگاه صادرکننده، دعوا را بسیار پرهزینه و ناکارآمد می‌سازد. به هر روی، تلاش داریم که از نگاه تطبیقی و با مطالعه حقوق خارجی و حتی گاه قواعد فقهی تحلیلی درخور در این زمینه ارایه نماییم.

۱- وجود نابرابری شدید در قدرت طرفین دعوا

نابرابری در قدرت میان طرفین در صورتی پدید می‌آید که یک طرف دعوی از قدرت به مراتب بیشتری نسبت به طرف دیگر برخوردار باشد. در این زمینه، در آغاز باید بررسی نمود که چه عواملی پدیدآورنده‌ی چنین قدرتی در زمینه‌ی حل و فصل اختلاف است؟ قدرت به اشکال گوناگونی نمایان شده و به واقع روابط قدرت اغلب پیچیده است. در حقیقت، قدرت فی‌نفسه تحت تاثیر آگاهی و فهم طرفین از قدرت خود و طرف دیگر است (Brown and

۱. برای نمونه، در حقوق ایران ببینید:

مافی، همایون، ۱۳۹۵: ۳۲۳-۳۴۶ و در حقوق خارجی:

Bamford, 2004: 108-112; Black, 2000:125-132; Heiskanen,1999: 29-44



Other, 1999: 1-79). پر واضح است که حاکمیت قانون در صورتی تحقق می‌یابد که برابری اشخاص در حلّ و فصل اختلاف تضمین شود و شان سیاسی، اجتماعی، مالی و یا حکومتی یک طرف دعوا او را در جایگاه برتری نسبت به طرف دیگر نشانند. بنابراین تساوی سلاح‌ها که مقتضای دادرسی منصفانه است، ایجاب می‌کند که هر یک از طرفین دعوا امکان منطقی و برابری برای طرح موضوعات و دلایل مورد نظر خود داشته باشند. برتری به دلیل برخورداری از قدرت عمومی در حلّ و فصل اختلاف امری مشهود است. پس، ضروری است که با بهره‌گیری از مکانیزم‌هایی، نابرابری طرفین دعوا در در حلّ و فصل اختلاف جبران شود تا امکان رسیدگی منصفانه و شناس دفاع برای اشخاصی که از قدرت و امتیازهای عمومی برخوردار نمی‌باشند، به درستی فراهم شود (شمس، ۱۳۸۵، الف): (۱۲۵).

به طور کلی عواملی که مایه پیدایش اختلاف قدرت میان طرفین دعوا می‌شود، عبارت است از تفاوت در سطح در اختیار داشتن منابع و امکانات، وجود بازیگر تکراری^۱ و آسیب‌پذیری. ناگفته روشن است که امکانات موجود برای اشخاص نقش برجسته‌ای در دفاع از دعوا و یا گفتگوهای قراردادی بازی می‌نماید. این منابع و امکانات به طور معمول شامل منابع مالی، انسانی، دانش و اطلاعات حقوقی، دسترسی به مشاوره حقوقی داخلی و خارجی (به ویژه پیرامون حقوق خارجی) و قابلیت بکارگیری وکلای مشهور می‌شود (Nader and Other, 1980: 64-65).

اصطلاح بازیگر تکراری اشاره به آن دسته از اشخاصی دارد که معمولاً در اختلافات همسان نقش دارند که در نقطه‌ی مقابل کسانی هستند که اختلاف پیش روی آنان تنها دعوی است که تا کنون با آن سر و کار داشته‌اند که می‌توان بدان‌ها بازیگر ائتفاقی نام نهاد (Galanter, 1974: 97). اشخاص گروه نخست به دلایل زیر امتیازات ویژه‌ای دارند که این موارد سبب افزایش قدرت آنان می‌شود؛

- به دلیل حضورهای پیشین خویش، از دانش حقوقی و دسترسی به وکلای متخصص برخوردارند.

- از فرآیند و تشکیلات نهادهای حلّ و فصل اختلافات مربوط آگاهی و تجربه دارند.

- اینان در اقدامات استراتژیکی که برای حلّ و فصل دعاوی جریان دارند، نقش داشته که بدین ترتیب به سود ایشان رویه‌های قضایی پدیدار می‌شود.

- اینان در فعالیت‌های لابی‌گری برای تغییر قواعد حقوقی به سود خویش نقش دارند.

میزان اهمیت نسبی دعوا برای هر یک طرف عامل دیگری در راستای ارزیابی قدرت قراردادی و ناظر به دعوی محسوب می‌شود به این معنا که امکان دارد یکی از طرفین دعوا تا اندازه‌ی بسیاری نگران برآیند حلّ و فصل اختلاف یا گفتگوهای مربوط به بستن قرارداد باشد درحالی که شکست

1. Repeat Player.

در دعوا و یا به سرانجام نرسیدن قرارداد برای طرف دیگر چندان با اهمیت نباشد. از این روی، طرف نخست نسبت به طرف دیگر از قدرت کمتر برخوردار و در نتیجه آسیب‌پذیرتر خواهد بود. از سوی دیگر، ممکن است که سهم و نتیجه‌ی دلخواه طرف دیگر در دعوا نسبت به طرف دیگر چندان کم باشد که برای وی میان نتیجه‌ی احتمالی و هزینه‌های لازم برای دادرسی توازن نباشد یعنی، صرف هزینه برای دستیابی به این نتیجه امری برای وی امری کارآمد تلقی نشود. نمونه‌ی روشن این امر را در بسیاری از دعوای مربوط به مصرف‌کنندگان می‌توان دید که مصرف‌کنندگان حقیقی به دلیل ناچیز بودن خواسته از برپایی دعوا چشم می‌پوشند.

باید دانست که آسیب‌پذیری عاملی است پیچیده که می‌تواند دربرگیرنده‌ی جنبه‌های احساسی چون اشتیاق یکی از طرفین برای رسیدن به عدالت یا انتقام شود، مواردی که سنجش آنان ناممکن بوده و صرف نظر از جایگاه و موقعیت طرفین نقشی در اختلافات بازی می‌نمایند. بنابراین، از یک سوی ارزیابی آسیب‌پذیری طرفین امری دشوار است و از سوی دیگر، در هر دعوا باید به طور ویژه به بررسی آن پرداخت. با این حال، در جایگاه ارایه تعریفی قابل اعمال بر نابرابری قدرت طرفین می‌توان مواردی را پنداشت با این توضیح که طرفی که از دید مالی ضعیف‌تر بوده و یا برای نخستین بار است که برای دادخواهی مراجعه می‌کند، چون بیشتر در معرض خطر است، آسیب‌پذیرتر در نظر گرفته می‌شود.

۲- داوری و اصل جریان صحیح حقوقی

جریان صحیح حقوقی^۱ شامل دو اصل بنیادی است که نخستین آن، این است که هیچ‌کس نباید در مسئله‌ی شخصی، قاضی امر خود نیز باشد و به سخنی گویاتر، قضات باید مستقل و بی‌طرف باشند. مورد دوم اصل استماع یا دادرسی منصفانه است به این معنا که هر طرف باید از فرصتی برابر برای ارایه دلایل و استدلال حقوقی برخوردار باشد (Bailey and Others, 2002). امروزه، این امر در نظام‌های حقوقی گوناگون به حدی متداول و محبوب شده است^۲ که دیگر چندان نیازی به توجیه مبنای آن نیست و از اساس، اصول و قواعد دادرسی با دربرداشتن مفهوم

۱. برخی از نویسندگان (داودی، ۱۳۹۵: ۲۱۳) این اصلاح را به معنای اصول کلی حقوقی ترجمه کرده‌اند که نادرست است زیرا، این اصطلاح ناظر به چگونگی اجرای قواعد است نه منابع قواعد حقوقی.

۲. بخش اول از اصلاحیه‌ی چهاردهم قانون اساسی آمریکا آشکارا با همین عنوان به تعریف و بیان ویژگی‌های این قاعده پرداخته و آن را شامل جریان درست شکلی و جریان درست ماهوی دانسته است. جریان درست شکلی مبتنی است بر اصل انصاف اساسی، قاعده‌ای که شامل لزوم رعایت مواردی چون ابلاغ، اعطای شانس برای شنیدن اظهارات طرفین، دادن فرصت رویارویی و جرح گواهان، کشف حقیقت، مستدل بودن رای و امکان بهره‌مندی از وکیل می‌شود. جریان درست ماهوی نیز اگرچه مبتنی بر همان انصاف اساسی و اولیه است ولی به بررسی این امر می‌پردازد که آیا قاعده‌ی ماهوی از اساس امکان اعمال بر طرفین دعوا را دارد یا نه فارغ از آیین رسیدگی. از این روی، اصل جریان درست ماهوی دربرگیرنده‌ی مواردی چون آزادی قراردادی، نسبی بودن اثر قرارداد می‌شود. از دید تئوری و با وجود ارتباط متقابل این دو اصل، تفاوت مهم میان این دو گونه این است که جریان درست ماهوی بیشتر متأثر از مسایلی حاکمیتی، کلان و سیاسی است. در فقه و حقوق

جریان درست، تضمین کننده‌ی رفتار برابر و منطقی‌پذیری رسیدگی‌ها بوده و در نهایت خود به دستیابی به انصاف کمک خواهد کرد.

باید توجه داشت که منابع گوناگونی چون آیین‌نامه‌های رفتار حرفه‌ای، قواعد داوری سازمانی، مقررات و قوانین داوری ملی، قواعد عرفی، معیارهای اساسی و حقوق بشری، کنوانسیون‌ها و استانداردهای بین‌المللی (همچون کد رفتاری مصرف‌کننده اداره‌ی دادوستد منصفانه انگلستان^۱، دستورالعمل‌های کارگروه اجرایی کانون وکلای آمریکا در مورد تجارت الکترونیکی و شیوه‌های جانشین حل اختلاف^۲ و نیز پروتکل جریان صحیح حقوقی انجمن داوری آمریکا^۳) به ضرورت اعمال جریان صحیح حقوقی در داوری اشاره دارند. بدین ترتیب به نظر می‌رسد آمیزه‌ای از حقوق عمومی و خصوصی به عنوان منابع این اصل قلمداد شوند.

البته، داوری به عنوان یکی از فرآیندهای حل و فصل خصوصی اختلافات عمدتاً متأثر از قرارداد و نیز اصل استقلال اراده‌ای است که به طرفین اجازه‌ی پیش‌بینی شرایط و مفاد قراردادی خود را به شیوه‌ای دلخواه می‌دهد. با وجود این، داوری به عنوان شیوه‌ی حل و فصل اختلاف مشمول قواعد نامنعطف حقوق عمومی است، قواعدی که جریان داوری را شکل داده و آیین رسیدگی را تعیین می‌نماید. از همین روی است که دادگاه‌های مقرر داوری امکان نظارت و دخالت در فرآیند داوری را با ارزیابی اعتبار موافقت‌نامه‌ی داوری، توقف دادخواهی تا هنگام مشخص شدن نتیجه‌ی داوری، برکناری داور، اجبار گواهان به حضور و تجویز ابطال رای داوری دارند. وانگهی، دادگاه‌های محل اجرای رای داوری می‌توانند از اجرای رای خارجی بر مبنای نقض نظم عمومی خودداری نمایند.^۴

در حقوق آمریکا، اصلاحیه‌ی پنجم (که بر نمایندگان دولت اعمال می‌شود) و چهاردهم قانون اساسی (که بر دولت فدرال، دادگاه‌ها و نمایندگان آنان بکار بسته می‌شود) تضمین می‌نمایند که افراد را نمی‌توان از حق زندگی، آزادی و یا داری بدون اعمال ملزومات ناظر به اصل جریان صحیح حقوقی محروم کرد. ویژگی‌های بنیادین اصل جریان صحیح حقوقی را دادگاه عالی این کشور در دعوای مشهوری^۵ بیان نموده است که عبارتند وجود قاضی بی‌طرف، آگاهی از دعوا و داشتن شانس دادخواهی و دفاع، حق ارایه‌ی دلایل، حق معرفی وکیل و حق بهره‌مندی از رسیدگی و تصمیم مستدل. البته، در حقوق این کشور، اگرچه شرایط اصل جریان صحیح حقوقی مندرج

ایران، اگرچه از دیرباز به مصادیق گوناگون این اصل همچون اعطای شانس دفاع و یا برخورد برابر دادگاه با طرفین و به طور کلی، رسیدگی منصفانه (یاوری، ۱۳۸۳) تاکید شده است ولی کاربرد خود این استدلال پیشینه‌ی چندانی در ادبیات حقوقی ما ندارد.

1. OFT's Consumer Codes Approval Scheme.

2. Guidelines by the American Bar Association Task Force on E-commerce and ADR.

3. The Due Process Protocol of the American Arbitration Association.

۴. در مورد قلمرو دخالت دادگاه‌ها در داوری ببینید؛ مصلحی، ۱۳۸۴: ۲۴۹-۲۸۳؛ مافی و همکار، ۱۳۹۱: ۱۰۵-۱۳۰.

5. Goldberg v. Kelly 397 US 254,260-267 (1970).

در قانون اساسی این کشور گویای ایجاد محدودیت‌هایی بر اختیار دولت و در نتیجه، بر اشخاص خصوصی است (اگر در قلمرو مفهوم دکترین عمل حاکمیتی^۱ قرار گیرند) ولی، دیدگاه غالب این است که حل و فصل فراقضایی اختلاف از وظایف انحصاری دولت نبوده و در نتیجه داوری عمل حاکمیتی قلمداد نخواهد شد. در دعاوی گوناگونی نیز دادگاه‌های ایالتی و فدرالی مقرر نموده‌اند که داوری عمل حاکمیتی نیست حتی اگر رای نهایتاً از طریق دخالت دادگاه‌ها به اجرا درآید. برای نمونه، در پرونده‌ای^۲ چنین گفته شد که صرف تایید رای ناشی از داوری خصوصی به وسیله دادگاه برای تلقی داوری به عنوان عمل حاکمیتی در راستای اعمال ملزومات ناظر به اصل جریان صحیح حقوقی کافی نیست.

در فقه (نوری، ۱۴۰۸؛ حرّعاملی، ۱۴۱۶؛ شهیدثانی، بی تا: ۷۲؛ نجفی، ۱۳۶۲:ق: ۱۳۹) و حقوق (یزدانی، ۱۳۳۹: ۲۰-۲۳؛ حسن زاده، ۱۳۹۷: ۸۳-۱۰۴) ما، پیرامون قاضی از دیرباز بر اصول تضمین‌کننده‌ی رسیدگی عادلانه تاکید شده و نگاهی به ادبیات حقوقی نشانگر خیل گسترده‌ای از مطالعات و پژوهش‌های انجام گرفته در این زمینه است.^۳ بررسی این آثار در کنار قوانین و مقررات موجود چون قانون آیین دادرسی مدنی و کیفری^۴ و نیز آیین‌نامه‌های انضباطی^۵ مربوط نشان می‌دهد که در خصوص دادرسی دادگاه‌های ملی، اصولی چون استقلال و بی‌طرفی، برخورد برابر با طرفین، آگاه‌سازی طرفین از هنگام رسیدگی، دسترسی به پرونده و حق اعتراض به رای همراه با استثنائاتی از برجسته‌ترین موارد در این راستا هستند. ولی پیرامون شیوه‌های جانشین حل اختلاف و به ویژه، تنها شکل قضایی آن یعنی داوری مطلب به روشنی دادرسی نیست. در حقیقت، در قلمرو داوری داخلی، بند دوم تا چهارم و نیز ششم، در فرض عدم تصریح طرفین بازتاب‌دهنده‌ی اصول رسیدگی منصفانه بوده که نقض آن‌ها پیرو بند ۶ ماده ۴۸۹ می‌تواند به بطلان رای داوری بیانجامد. در قلمرو داوری تجاری بین‌المللی، ماده‌ی ۱۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ می‌آورد: «رفتار با طرفین باید به نحو مساوی باشد و به هر کدام از آنان فرصت کافی برای طرح ادعا یا دفاع و ارایه دلایل داده شود» و در همین راستا در ماده ۲۳ از ابلاغ جلسه‌ی رسیدگی و ارایه‌ی مستندات و دفاعیات هر طرف به دیگری سخن گفته و به عنوان ضمانت اجرا در بند جیم ماده ۳۳ از امکان ابطال رای که به دنبال نقض این اصول صادر شده است، صحبت می‌نماید. از همین روی، دکترین حقوق داوری نیز بر این باور است که چون رسیدگی منصفانه به عنوان یکی

۱. عمل حاکمیتی نیز عملی است که حتی اگر از سوی شخص خصوصی انجام شود، این رفتار در راستای انجام فعالیتی عمومی بوده و در حقیقت، ارتباط بسیار نزدیکی با عمل حاکمیتی خواهد داشت

2. Davis v Prudential Sec Inc 59 F3d 1186, 1192 (11th Cir 1995).

۳. برای نمونه ببینید؛ بهادری‌چهرمی و همکار، ۱۳۹۳: ۹-۳۲؛ زمان‌زاده‌بهبهانی و همکاران، ۱۳۹۷: ۴۶۷-۴۹۴.

۴. همچون مقررات مربوط به رد دادرسی و ابلاغ در قوانین و مقررات.

۵. برای نمونه، مواد ۱۴ تا ۱۶ قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۲.

از حقوق بنیادین بشر، محلّ شناسایی اسناد^۱ و کنوانسیون‌های جهانی^۲ و منطقه‌ای قرار گرفته و دولت‌ها مکلف به اجرای آرای داوری در قلمرو قضایی خود هستند و پیدایش رسیدگی منصفانه نیز به رعایت اصول رسیدگی از سوی نهاد رسیدگی کننده وابسته است، بنابراین، با وجود غیرتشریفاتی بودن رسیدگی داوری، داور یا هیات داوری مکلف به رعایت اصول دادرسی در رسیدگی به اختلافات موضوع رسیدگی در داوری خواهند بود (خدری، ۱۳۹۴: ۵۳۷-۵۳۸).

با همه این‌ها، اگرچه می‌توان حقوق شکلی و مربوط به دادرسی افراد را بر مبنای مفهوم رسیدگی منصفانه تقسیم‌بندی نمود ولی امر مهم، پافشاری بر این امر است که اعمال هرگونه محدودیت برای اعمال اشخاص نسبت به دعوای مربوط به خود، به لزوم به منزله‌ی نقض حقّ برخورداری از رسیدگی منصفانه برای آن فرد به شمار نخواهد آمد. در حقیقت، شرایط لازم برای اعمال این مهم وابسته به هر دعوا و نیز براساس ماهیت نهاد رسیدگی کننده و تشخیص امر مناسب از سوی این نهاد بر مبنای شرایط حاکم بر موضوع تفاوت خواهد کرد. بنا بر این، از یک سوی پیوستگی روشنی میان ماهیت مرجع رسیدگی کننده و مسایل مورد بحث و از سوی دیگر، پیرامون شرایط رسیدگی منصفانه وجود خواهد داشت. برای نمونه، دادگاهی که به دعوای مالی اندک رسیدگی می‌کند و یا مرجع داوری که صلاحیت رسیدگی به اختلافات مربوط به مصرف کننده را دارد، معیارهای متفاوتی را در زمینه‌ی رسیدگی منصفانه در مقایسه با دادگاه کیفری که صلاحیت اختصاصی نسبت به بزه قتل دارد، بکار خواهند بست. از همین روی بود که در پرونده‌ای^۳ اینگونه گفته شد که میزان عدالت مورد نیاز در دعوا بستگی به ماهیت رسیدگی و اهمیت ضمانت‌اجراهای قابل اعمال خواهد داشت.

از این روی، اصل جریان صحیح حقوقی نیز قاعده‌ای است منعطف که معنای دقیق آن را تنها از طریق بررسی هر پرونده به صورت جداگانه می‌توان شناخت (Park, 2006: 51). برای نمونه، پرو ماده ۶ دستورالعمل حقوق بشر اروپایی، حق بهره‌مندی از رسیدگی منصفانه معمولاً به اشخاص امکان دفاع شفاهی در نزد دادگاه نخستین را می‌دهد. با این حال، زندانی در جریان تحقیقات لزوماً از این حق برخوردار نبوده بلکه تنها می‌تواند به دادگاه لایحه دهد.^۴ همچنین راست

۱. بند ۱ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی که ایران نیز بدان پیوسته است، می‌آورد: «همه در برابر دادگاه و نهادهای دادگستری برابرند. هرکس حق برخورداری از دادرسی منصفانه و علنی نزد دادگاهی مستقل، بی‌طرف و قانونی را خواهد داشت که همین دادگاه است که پیرامون درستی اتهامات کیفری علیه وی یا دعوای پیرامون حقوق و تکالیف مدنی وی تصمیم‌گیری خواهد کرد».

۲. ایران در سال ۱۳۸۰ و به موجب قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی تنظیم شده در نیویورک به این معاهده پیوسته است.

3. R v. Commission for Racial Equality ex parte Cottrell & Rohon [1980] 3 AllER 265 (QB) 271-273.

4. R (Irvine) v. The Royal Burgess Golfing Society of Edinburgh [2004] LLR 334 (Court of Session) para 33.

است که در برخی از دعاوی، تعیین سقف کمی و کیفی دلایل قابل ارایه در راستای کاهش هزینه و مدت رسیدگی ضرورت دارد.

۳- اعمال محدودیت بر چگونگی درج شرط داوری در قرارداد

قرارداد یا شرط داوری هم دربرگیرنده‌ی انصراف از حقّ مراجعه به دادگاه (اثر سلبی) و هم پدیدآورنده‌ی تعهدی برای مشارکت در جریان رسیدگی‌های داوری (اثر ایجابی) است البته، اگر پذیرش این تعهدات با رضایت انجام گرفته باشد. با این حال، در زمینه‌ی قراردادهای میان مصرف‌کنندگان و بازرگانان، مسئله‌ی قابل بحث وجود و یا کیفیت رضایت مصرف‌کننده است زیرا، در بسیاری از موارد و به لحاظ نبود توان چانه‌زنی برابر میان طرفین، بازرگانان شروط خود را از طریق قراردادهای استاندارد به مصرف‌کنندگان تحمیل می‌نمایند. در قلمرو تجارت الکترونیکی نیز این امر صدق می‌نماید و به طور معمول، تامین‌کننده اقدام به گنجاندن شرط داوری در قرارداد استاندارد نموده و به دلیل توان چانه‌زنی بالای خود، شروط خود را بر طرف ضعیف تحمیل می‌نماید. در حقیقت، می‌توان چنین گفت که مصرف‌کننده اصولاً فاقد قدرت چانه‌زنی است چرا که در این فروض، قرارداد به وی بر مبنای "پذیر یا برو" پیشنهاد خواهد شد. از این روی، چه بسا مصرف‌کننده هرگز اقدام به خواندن شروط و شرایط استاندارد ننماید حتی اگر از طریق لینکی به برگی اینترنتی حاوی این شروط رهنمود شده و حتی بر فرض خواندن، شاید هرگز از وجود شرط داوری در قرارداد آگاه نبوده باشد. دلیل دیگر بر ناآگاهی مصرف‌کنندگان از وجود شرط داوری در قراردادهای خود با بازرگانان این است که در مرحله‌ی گنجاندن چنین بندی در قرارداد هرگز از آنان نظرخواهی نشده و حتی اگر به آگاهی آنان رسیده باشد، اینان به اهمیت و اعتبار حقوقی آن آگاه نیستند. از این روی، گمراه‌کننده است گفتن این امر که مصرف‌کنندگان خود به ارجاع اختلاف خود با بازرگانان به داوری رضایت داده‌اند (Budnitz, Op.cit: 321). البته این همه‌ی مشکل نیست بلکه، نابرابری موجود دیگر در رابطه‌ی میان مصرف‌کننده و تامین‌کننده ناشی از اختیار گزینش داور یا دست‌کم نهاد داوری از سوی طرف نیرومندتر است. از آنجا که تامین‌کنندگان معمولاً بازیگر تکراری پیرامون دعاوی مطروح هستند، همه ساله دعاوی بسیاری را به داوری ارجاع داده و در نتیجه، با رویکرد و رویه داوران و یا سازمان داوری آشنا هستند درحالی که مصرف‌کنندگان، درست در نقطه‌ی مقابل، بازیگری اتفاقی بوده که در بسیاری از دعاوی، در مقابل تامین‌کننده‌ی خود یک یا دو دعوا را در داوری در جریان دارد. این مورد از نابرابری بسیار بارزتر و قابل توجه‌تر است. ^۱حتی، در برخی از موارد، سازمان داوری ممکن است که به دلیل ارجاع

۱. در آمریکا و در دعاوی «Ting v. AT&T 319 F3d 1126.1151-1152 (9th Cir Cal 2003)» صراحتاً به این گونه نابرابری

اشاره و گفته شد که شرط داوری در قرارداد الحاقی قابلیت اجرا ندارد.

پایپی دعوی از سوی تامین کننده به داوری این سازمان، تا حدودی نگاه تبعیض آمیزی سیستماتیک و هر چند غیر ارادی به سود وی داشته باشد.

به دلیل فقدان انتخاب آزاد و نقش بازیگر تکراری، مقررات برخی از نظام‌های حقوقی محدودیت‌هایی را بر امکان اجرای شروط داوری که پیش از پیدایش اختلاف در قرارداد گنجانده شده‌اند، پیش‌بینی نموده‌اند.^۱ افزون بر این، اتحادیه‌های حامی حقوق مصرف کننده سال‌هاست که بر عدم پذیرش شروط داوری در قرارداد با تامین کنندگان از سوی مصرف کنندگان پافشاری دارند.^۲ بررسی این مقررات نشان می‌دهد که این قواعد تفکیکی میان موافقت‌نامه‌های داوری پیش و پس از پیدایش اختلاف برقرار نموده‌اند. اگر قرارداد میان مصرف کننده و بازرگان پیش از پیدایش اختلاف تنظیم شده باشد، این توافق پتانسیل بالایی برای نامنصفانه بودن دارد چرا که چه بسا مصرف کننده دست کم از اهمیت شرط داوری غافل است. در حقیقت، مصرف کننده در آن هنگام نه به دعوی احتمالی و نه به میزان غرامت پرداختی توجهی ندارد این در حالی است که پس از پیدایش اختلاف، چون به دنبال حل اختلاف است نسبت به شیوه‌های گوناگون حل اختلاف آگاهی یافته و در این میان می‌توان شرط داوری پیشنهادی را پذیرفته و از رجوع به دادگاه سرباز زند. البته، برخی از مقررات حتی پس از پیدایش اختلاف نیز اجازه‌ی تنظیم توافق نسبت به داوری را نپذیرفته‌اند (Kaufmann-Kohler, Op. cit: 173). با این حال، باید به این امر اشاره داشت که بررسی اعتبار موافقت‌نامه‌ی داوری تنظیمی پیش از بروز اختلاف بستگی به قانون حاکم بر این قرارداد خواهد داشت. در حقیقت، این مسئله هنگامی پدیدار می‌گردد که مصرف کننده بی‌توجه به شرط داوری، نزد دادگاه‌های ملی دعوا اقامه نموده و در برابر، تامین کننده به وجود شرط داوری استناد نماید. در چنین فرضی، ممکن است که دادگاه قانون مقرر خود را براساس آمره بودن قواعد حمایتی از مصرف کننده قانون حاکم بر قرارداد در نظر گیرد.^۳ این امر حتی در مرحله‌ی اجرای رای نیز قابل بروز است.

۱. برای نمونه، ماده ۲۰۶ شرط داوری تنظیمی پیش از پیدایش اختلاف را باطل اعلام نموده است.

2. Doyle, M & Ritters, K & Brooker, S, Seeking Resolution Research Report published by the DTI and the National Consumer Council in January 2004 URN 0311616, p.78.

گاه سازمان داوری قواعد ویژه‌ای در زمینه‌ی گنجاندن شرط داوری در قرارداد با مصرف کننده تصویب نموده‌اند؛ برای نمونه بنگرید به: آیین تکمیلی مربوط به دعاوی مرتبط با مصرف کننده‌ی انجمن داوری آمریکا:

Consumer-Related Disputes Supplementary Procedures.

3. Richard Zellner v. Phillip Alexander Securities and Futures Ltd [1997] ILPr 716,724.

برای نمونه، پرو پاراگراف سوم از بخش ۸۹ قانون داوری انگلستان، قانون مقرر دادگاه حاکم بر قرارداد با مصرف کننده هست.

۱-۳- قابلیت حل و فصل اختلاف از طریق داوری و نظارت بر موافقت‌نامه

داوری

داوری‌پذیری به موضوع اختلاف ارجاع شده به داوری توجّه دارد. در واقع، قوانین و مقررات کشورها، پاره‌ای از اختلافات را به دلیل موانعی چون نظم عمومی و اخلاق حسنه از طریق داوری قابل حل و فصل نمی‌دانند. البته، دعوی که یک سوی آن مصرف‌کنندگان قرار دارند، مشمول این منع نشده‌اند هرچند ممکن است شرایط ویژه‌ای برای آن بیان شده باشد.^۱

در انگلستان، در زمینه‌ی دعوی با خواسته‌ی اندک، بر مبنای پاراگراف اول از بخش ۹۱ قانون داوری، اگر خواسته‌ی مالی دعوا از میزان تعیین شده بر اساس مصوبه‌ی نهادهای پیش‌بینی شده در این بخش فراتر نرود، موافقت‌نامه‌ی داوری بسته شده با مصرف‌کننده، خواه پیش و یا پس از پیدایش اختلاف بوده باشد، نامنصفانه شمرده خواهد شد. از این روی، چنانچه مبلغ خواسته فراتر از میزان مقرر نرود، شرط داوری به طور خودکار برای مصرف‌کنندگان لازم‌الاجرا نخواهد بود بی آن‌که نیازی به اعمال دیگر معیارها مطرح در دیگر مقررات چون مقررات شروط نامنصفانه در قرارداد با مصرف‌کنندگان ۱۹۹۹ وجود داشته. در برابر، اگر میزان خواسته فراتر از مبلغ مذکور باشد، معیارهای مقرر در دستورالعمل ۱۳/۹۳ اتحادهای اروپا در مورد شروط نامنصفانه در قرارداد با مصرف‌کننده و نیز مقررات مصوب ۱۹۹۹ باید اعمال شده و مطابق بند اول از ماده‌ی ۶ دستورالعمل و پاراگراف نخست از ماده ۸ مقررات ۱۹۹۹، در صورتی که این امر منجر به نامنصفانگی قرارداد شود، این عمل حقوقی تنها به زیان تأمین‌کننده قابلیت اجرا خواهد داشت.

ولی، پیرامون معیارهای مقرر در دستورالعمل و نیز مقررات یاد شده برای شناخت شرط منصفانه باید گفت که پیرو متمم دستورالعمل، شرطی نامنصفانه است که منجر به حذف و یا ایجاد مانع در برابر حق مصرف‌کننده برای اقامه‌ی دعوا و یا اجرای هرگونه حق جبرانی وی شده به ویژه که از طریق اجبار مصرف‌کننده به ارجاع اختلافات مربوط به خود به داوری انجام شده باشد.

با وجود این، بند سوم از ماده‌ی سه دستورالعمل می‌افزاید که مصادیق مقرر از سوی متمم جنبه‌ی حصری نداشته و از این روی، در هر مورد باید به طور خاص به بررسی این امر پرداخت که آیا شرط داوری به صورت مستقل مورد بحث و گفتگو قرار گرفته است یا خیر. همچنین، آیا پیش‌بینی چنین شرطی مخالف اصل حسن‌نیت است یا نه و سرانجام اینکه آیا منجر به پیدایش نابرابری میان حقوق و تکالیف طرفینی که بر خودداری مصرف‌کننده از استفاده از دادخواهی مؤثر باشد، شده است یا نه. افزون بر این‌ها، دادگاه‌ها می‌بایست ماهیت و نوع کالا و خدمات موضوع قرارداد و نیز دیگر شروط و شرایط قرارداد و اوضاع و احوال هنگام بسته شدن قرارداد را مورد

۱. برای نمونه، بند پنجم از پاراگراف ۱۰۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی آلمان، تنظیم قرارداد داوری در سندی جدای از قرارداد اصلی و یا ثبت آن در دفاتر اسناد رسمی را لازم می‌بیند. بیشتر نیز دیدیم که گاه توافق نسبت به داوری پیش از پیدایش اختلاف معتبر دانسته نشده است.

بررسی و ارزیابی قرار دهند (بند ۱ و ۲ ماده ۳ و ماده ۲ دستورالعمل اروپایی و نیز بند ۱ و ۲ ماده ۵ و نیز بند ۱ ماده ۶ مقررات شروط نامنصفانه ۱۹۹۹). پیرامون معیار اول باید پذیرفت که بی‌گمان فرم‌های استاندارد حاوی شرط داوری که مصرف‌کننده توانایی دگرگونی آن را ندارد، هرگز به صورت جداگانه مورد بررسی و گفتگو قرار نگرفته و در نتیجه، نامنصفانه خواهند بود. ولی، پیرامون دو معیار دیگر و تفسیر آن‌ها، مجلس اعیان در پرونده‌ای^۱ چنین توضیح داد که معیار نابرابری در واقع پاسخ به این پرسش است که آیا شرط مورد بحث به طرف تامین‌کننده سنگینی می‌کند به آن اندازه که منجر به بهم خوردن توازن حقوق و تکالیف قراردادی طرفین شود؟ در همان پرونده، دادرسی دیگری تفسیر عملی از این معیارها ارائه و ملاک را چنین بیان نمود که باید این امر بررسی شود که اگر توجه و تمرکز طرفین به شرط مورد بحث جلب شود، آنان آن را می‌پذیرند یا خیر؟

به هر روی، روشن است که شرط داوری در حقوق انگلستان وابسته به شرایط انشای آن و بدین خاطر که به ناروا منجر به اسقاط حق مصرف‌کننده برای رجوع به دادگاه‌ها و نیز نادیده انگاشتن قواعد امری حامی وی می‌شوند، منصفانه و نامعتبر خوانده می‌شود. البته، برخی از دادگاه‌های این کشور میان فرضی که به مصرف‌کننده اطلاعات تخصصی پیرامون شرط داوری و پیامدهای آن داده شده است با حالتی که چنین شرایطی برای وی وجود نداشته، تفکیک برقرار نموده و حالت دوم را از موارد نامنصفانگی شرط دانسته‌اند حال آن‌که نسبت به این تفکیک می‌توان تردید کرد زیرا، هدف از پیش‌بینی قواعد مربوط به شروط منصفانه صرفاً تضمین این امر نیست که باید به مصرف‌کننده به شیوه‌ی درستی درباره‌ی ماهیت و اثر شرط اطلاع‌رسانی شود بلکه نگرانی قانونگذاران متعادل کردن نابرابری موجود میان مصرف‌کنندگان و بازرگانان به دلیل وضع شروط یک‌سویه و تحمیلی بوده است.

در آمریکا، بر خلاف انگلستان، شروط داوری در قرارداد مکتوب با مصرف‌کننده معمولاً معتبر و قابل اجرا دانسته شده (Carbonneau, 2000: 281) و در حقیقت، قانون داوری فدرال این کشور مایه این امر شده است. این فرض در قوانین مرتبط با داوری در سطح ایالتی نیز حتی با اینکه این قوانین متضمن قواعد آمره و غیرقابل نقض هستند، دیده شده چه اینکه دادگاه‌ها در پرونده‌های گوناگون^۲ قابل به درستی شرط داوری شده است حتی اگر منجر به محرومیت مصرف‌کننده از حقوق حمایتی خویش شود. البته، شرط داوری باید به آگاهی و نظر مصرف‌کننده رسیده باشد. از همین روی بود که در پرونده‌ای^۳، دادگاه میان قراردادهای کلیکی^۴ با قراردادهای ارجاعی^۱ تمایز

1. Director-General of Fair-Trading v. First National Bank plc [2002] 1 AC 481 (HL).

2. Commerce Park at DFW Freeport v. Mardian Constr Co. 729 F.2d 334-339; 39 Fed.R. SerY.2d 134 (5th Cir 1984); Marley v. Drexel Burnham Lambert Inc 566 F Supp 333. 335 (1983 ND Texas).

3. Specht 11 Netscape Communications Corp 306 F3d 17. 4R UCC Rep Sen 2d 761 (2nd Cir 2002).

4. Click Wrap Contract.

برقرار نموده و مقرر داشت که شرط داوری نباید به صورت قرارداد ارجاعی انشاء شود. افزون بر این، به موجب قاعده‌ی قراردادی در بیشتر ایالات، شرط گنجانده شده در قرارداد با مصرف‌کننده از دید تشریفات و فرآیند انشاء و نیز از لحاظ ماهوی دور از وجدان باشد، نظریه‌ی خلاف وجدان بودن قرارداد در مورد شرط داوری حتی در قلمرویی که قانون داوری فدرال مقرر نموده است، نیز بکار بسته خواهد شد. منظور از خلاف وجدان بودن شرط از نگاه تشریفات و شکل انشاء بدین معناست که قرارداد از نوع الحاقی و گویای توان چانه‌زنی بالای واضح شرط داوری در قرارداد باشد. صرف خلاف وجدان بودن شرط یا قرارداد از لحاظ شکلی کافی نیست بلکه از دید ماهیت نیز باید متصف به این ویژگی باشد. دور از وجدان بودن شرط از نگاه ماهوی به این معناست که قرارداد یا شرط یک‌طرفه و ستمکارانه به نظر رسند. برای نمونه، اگر همه‌ی هزینه‌های رسیدگی بر دوش مصرف‌کننده یا کل فرآیند رسیدگی به صورت محرمانه باشد، این امور گویای این امر خواهند بود.^۲ دادگاه‌های این کشور نیز در دعاوی گوناگونی^۳ شرط داوری را که متضمن تحمیل هزینه‌های گزاف داوری بر دوش مصرف‌کننده است، دور از وجدان و نامنصفانه خوانده‌اند.

در حقوق ایران، نه تنها در قوانین عام بلکه حتی در قوانین ویژه‌ی این موضوع چون قانون حمایت از حقوق مصرف‌کننده مصوب ۱۳۸۸ چیزی درباره‌ی مسئله‌ی شیوه‌های حل و فصل اختلاف دیده نمی‌شود. با این حال، تنها مقرره‌ی موجود ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ است که می‌گوید: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده، موثر نیست». اگرچه مفهوم نامنصفانگی شرط خود جای بحث بسیاری دارد ولی، در صورت احراز این امر، شرط باید به زیان طرف قوی‌تر تفسیر شود. از این روی، اگر در قرارداد اصلی میان مصرف‌کننده و تامین‌کننده درباره‌ی اختیاری بودن یا نبودن داوری تردید پدید آید و داوری از لحاظ عواملی چون تشریفات انتخابی یا قانون حاکم منصفانه قلمداد نشود، تفسیر به زیان تاجر اقتضای تخییری دانستن رجوع به داوری خواهد داشت.

۲-۳- نقدی بر داوری دعاوی مربوط به مصرف‌کننده

همچنان که پیشتر گفته شد، هر چند محدودیت‌هایی نسبت به چگونگی درج شرط داوری در قراردادهای الحاقی وجود دارد ولی، به طور کلی فرض این است که چنین شرطی معتبر بوده،

منظور قراردادی است که در فضای اینترنت با صرف فشردن بر روی یک کلید بسته می‌شوند. به سخنی دیگر، در این گونه قراردادها، طرف دیگر پس از خوانده شروط و مفاد قرارداد، دکمه‌ی پذیرش را انتخاب می‌نماید.

1. Browse Wrap Contract.

منظور قراردادی است که نیازمند فشردن بر روی لینک و ارجاع به صفحه‌ی حاوی مفاد قرارداد است.

2. Ting v. AT&T 319 F3d 1126, 1149 (9th Cir Cal 2003).

3. Brower v. Gateway 2000 Inc 676 N.Y.S. 2d 569, 572 (1998); Green Tree Financial v. Randolph, 531 US 79, 81; 121 S.Ct. 513. 517 (2000); Knepp v. Credit Acceptance Corp. 229 B.R. 821, 838 (1999), Patterson v. IIT Consumer Fin. Corp. 18 Cal. Rptr. 2d 563, 565-567 (1993).

فرضی که به شدت در ادبیات حقوقی مورد نکوهش قرار گرفته است (Alderman, 2001: 1240-1242; Carrington, 1998: 225-226). به باور برخی از نویسندگان اگرچه چند دهه است که سیاست کلی قضایی بر ترجیح داوری بر دادرسی استوار شده است ولی، این برتری در فرض ناآگاهی و نارضایتی طرفین به داوری، توجیه پذیر نخواهد بود چرا که چنین امری به آسانی به طرف نیرومندتر امکان چیرگی و دریافت امتیاز از طرف ضعیف را می دهد (Sternhght, Op. cit: 711). از این روی، درخواست ناقدان این است که موافقت نامه های داوری پیش از پیدایش اختلاف تنها در صورتی قابل اجراست که آزادانه پذیرفته و انصراف از حقوق با آگاهی کامل انجام پذیرفته باشد (Aldennan, Op. cit: 1264-1265; Stemlight, (Op. cit: 705).

به هر روی، شش عامل به طور بالقوه می توانند منجر به نامنصفانه شدن داوری مربوط به دعاوی مصرف کنندگان شوند. البته، وجود این عوامل، به لزوم منجر به نامنصفانگی داوری نشده بلکه شدت و حدت آن ها و وابسته به شرایط موجود تعیین کننده امر خواهند بود.

۱-۲-۳- احتمال وجود تبعیض به زیان مصرف کنندگان

منشا پیدایش تبعیض سیستماتیک به زیان مصرف کننده، اثری است که مفهوم بازیگر تکراری به معنای که در بخش سوم گفته شد، به بار می آورد. در حقیقت، مفهوم رسیدگی منصفانه، مفهومی است منقطع و به ویژه در خصوص داوری برخلاف دادرسی، معمول است که خواه از نظر کیفیت و خواه کمیت ادله ای استنادی، میان برهائی اعمال شود. این امر باعث می شود که وضعیّت مصرف کننده در قلمرو دعاوی تجاری میان وی با بازرگان چندان مناسب ارزیابی نشود به ویژه، هنگامی که او پیش از دریافت کالا و خدمات، ناگزیر به واریز مبالغ آن ها باشد چه اینکه در صورت پیدایش اختلاف، این مصرف کننده است که به عنوان مدعی باید امور موضوعی دعوا همچون وجود عیب در کالاها را اثبات نماید.

(Budnitz, Op. cit: 314; Thornburg, 2000: 206-207).

۲-۲-۳- هزینه های دادخواهی

هر چند داوری به لزوم ارزان تر از دادرسی نیست ولی، هزینه های رسیدگی بسیاری از دعاوی کوچک مربوط به مصرف کنندگان اندک است. به واقع، مهم ترین عامل در این زمینه این است که طرفین دعوا به دادرسان چیزی نمی پردازند در حالی که باید دستمزد داوران را تادیه نمایند. وانگهی، اگر موافقت نامه ای داوری، قانون کشور متفاوتی از دولت متبوع مصرف کننده را بر قرارداد و داوری حاکم نموده باشد، مصرف کننده ناگزیر به تحمل هزینه های ناشی از استفاده از مشاوران و وکلای خارجی نیز خواهد بود.

۳-۲-۳- محرمانگی رسیدگی

باید توجه داشت که محرمانگی، منجر به افزایش نابرابری میان طرفین دعوا را از لحاظ میزان دسترسی به اطلاعات مرتبط با دعوا خواهد شد. دیگر اینکه، محرمانگی مانعی است بر سر راه ایجاد رویه‌ی قضایی در خصوص اختلافات و در صورتی که رویه‌ی قضایی موجود نباشد، حقوق از تحرک و تکامل محروم خواهد شد. افزون بر این، حتی می‌توان گفت که چنانچه آرای در زمینه‌ی تفسیر قوانین حمایتی از مصرف‌کننده موجود نباشد، خود این امر منجر به افزایش نابرابری میان طرفین و به واقع به زیان مصرف‌کننده می‌شود زیرا، سبب کاهش کارآیی چنین قوانینی خواهد شد (Aldeman, Op.cit:1258; Carrington, Op.cit:229) و سرانجام اینکه، عدم انتشار آرای داوری چنین معنا می‌دهد که این تصمیمات از معرض نقد و انتقاد بر خلاف احکام علنی در امان خواهند بود (Budnitz, Op.cit:327-328; Thornburg, Op.cit:210-211).

۳-۲-۴- مستدل نبودن و عدم وجود حق تجدیدنظرخواهی

موافقت‌نامه‌ی داوری تحمیل شده از سوی تاجر بر مصرف‌کننده می‌تواند حاوی شرط ضروری نبودن صدور رای مستدل^۱ و نبود حق تجدیدنظرخواهی^۲ نسبت بدان باشد. از آنجا که سلب حقوق در این فرض به صورت یکجانبه انجام گرفته و منجر به قرارگیری در وضعیتی بدنی نسبت به

۱. در حقوق انگلستان پیرامون مستدل بودن رای داوری، اختلاف نظر میان دکترین و رویه قضایی دیده می‌شود (Lew and Others, 2003:647) به گونه‌ای که برخی بر این باورند که مستدل بودن رای داوری لازمه‌ی پیدایش جریان صحیح حقوقی است زیرا، لازمه‌ی صدور تصمیم الزام‌آور که گویای حقوق و تکالیف طرفین دعوا باشد، بیان دلایل تصمیم‌آخذی خواهد بود (Tackaberry, 2003:345) در حقوق ما، هر چند مستدل بودن رای در مورد رسیدگی‌های انجامی از سوی دادگاه‌های امری بدیهی بوده که نقض آن هم به نقض رای و هم پیدایش تخلف انتظامی برای دادرسی می‌شود ولی، در قلمرو داوری، با آنکه پیرامون داوری داخلی ماده‌ی ۴۸۲ قانون آیین دادرسی مدنی صدور رای مدلل را لازم دانسته ولی در ماده ۴۸۹ این امر را از اسباب بی‌اعتباری رای ندانسته است هر چند برخی از نویسندگان به طور تلویحی به بطلان یا قابلیت ابطال چنین رای‌ی نظر داده‌اند: (شمس، ۱۳۸۵، (ب): ۵۶۶).

۲. اصولاً رای داوری غیرقابل تجدیدنظر است و امکان مراجعه به داوران در راستای بررسی دوباره‌ی پرونده و صدور رای وجود ندارد. با وجود این، در دو مورد ممکن است که تجدیدنظر در رای داوری مطرح شود. نخست در مواردی که امکان تجدیدنظر در رای در موافقت‌نامه‌ی داوری و یا در مقررات داوری استنادی پیش‌بینی شده باشد. دوم، زمانی است که در قوانین شکلی حاکم بر داوری (قانون مقرّ داوری) امکان تجدیدنظر مقرّ شده باشد: (شیروی، ۱۳۹۱: ۲۷۸). در ایران، در داوری داخلی بی‌گمان رای قابل تجدیدنظر نیست زیرا، شرط قابلیت تجدیدنظر پیرو ماده ۳۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی صدور از سوی دادگاه است و در باب ویژه‌ی داوری نیز چیزی درباره‌ی این امر نیامده است. در قلمرو داوری بین‌المللی نیز تصریحی دیده نمی‌شود ولی، بند ۲ ماده ۳۳ قانون داوری تجاری می‌آورد: «در خصوص موارد مندرج در بندهای (ح) و (ط) این ماده، طرفی که از سند مجعول یا مکتوم متضرر شده است، می‌تواند پیش از آنکه درخواست ابطال رای داوری را به عمل آورد، از "داور" تقاضای رسیدگی مجدد نماید، مگر در صورتی که طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند». به باور نویسندگان، پیرو این بند از ماده، اولاً مراجعه به دیوان داوری جهت تجدیدنظرخواهی از رای صادر شده باید پیش از درخواست ابطال رای باشد. دوم اینکه، این حق تنها برای معترض پیش‌بینی شده است و طرف دیگر چنین امکانی نخواهد داشت. سوم اینکه، نیازی نیست به امکان تجدیدنظرخواهی در موافقت‌نامه‌ی یا قواعد داوری تصریح شده باشد. چهارم اینکه، حکم یاد شده، حکمی تکمیلی بوده و در صورتی قابل استناد است که خلاف آن در موافقت‌نامه‌ی داوری یا مقررات داوری مورد استناد پیش‌بینی نشده باشد: همان: ۲۸۴-۲۸۵؛ مافی، ۱۳۸۷، ۴۵۰.

تاجری به عنوان بازیگر تکراری خواهد شد، شرط نامستدل بودن رای و نبود حق تجدیدنظرخواهی مواردی هستند که در شدت منصفانگی داوری تاثیر فراوانی خواهند داشت.

۵-۲-۳- مسئله قانون حاکم

این امکان هست که تاجر یا تامین کننده در موافقت نامه‌ی داوری خود با مصرف کننده مقرر نماید که قانون حاکم بر ماهیت دعوا، قانونی باشد که از دید قواعد حمایتی از مصرف کننده، ضعیف شمرده می شود در حالی که در صورت نبود شرط انتخاب قانون حاکم، چتر قواعد حمایتی شامل حال مصرف کننده می شود. افزون بر این، چون بازبینی ماهوی آرای داوری در بسیاری از نظام های حقوقی وجود ندارد، چه بسا داوران به درستی قواعد حمایتی از مصرف کننده را اعمال نمایند. این دو عامل نیز به نوبه‌ی خود منجر به کاهش تاثیر قوانین حمایتی از حقوق مصرف کننده خواهند شد (Sternlight, 1996:285).

۶-۲-۳- سازوکار حل و فصل تبعیض آمیز

سرانجام اینکه، چون تاجر یا تامین کننده معمولاً به عنوان بازیگر تکراری با تجربه‌ای رفتار کرده و نهاد داوری خاصی را برمی گزیند، می تواند سازوکار داوری را به گونه‌ای که به سود خود باشد، شکل دهد که این نیز عامل برتری نامنصفانه‌ای نسبت به مصرف کننده‌ای که بازیگر اتفافی است، خواهد شد (Carrington, Op. cit:226; Sternlight, Op. cit:685; Budnitz, Op. cit:293). در حقیقت، این مشکل به اصل آزادی قراردادی طرفین که در فرض دعاوی میان مصرف کنندگان و بازرگانان به صورت اصل آزادی قراردادی یک طرفی درمی آید، توجه دارد. از این روی، می توان چنین گفت که اصل آزادی انتخاب اجرای حق اگر منجر به ایجاد یا افزایش نابرابری در میان طرفین شود، مسئله‌ای چالش برانگیز خواهد بود.

برآیند بحث های گذشته این است که داوری سنتی و تجاری شیوه‌ی مناسبی برای حل و فصل اختلافات ناشی از اینترنت نیست چه اینکه در فرض وجود نابرابری قابل ملاحظه در قدرت چانه زنی طرفین که به طور ویژه در زمینه‌ی اختلافات ناشی از تجارت الکترونیکی مرتبط با مصرف کننده قابل مشاهده است، هیچ گونه انصراف کاملاً ارادی و داوطلبانه‌ای از اعمال شرایط اجرای اصل جریان صحیح حقوقی از سوی مصرف کننده وجود نخواهد داشت. از سویی، اینکه شروط داوری پیش از پیدایش اختلاف در خصوص دعاوی اینترنتی را الزام آور ندانیم، راهکاری چندان خوبی تلقی نمی شود چه اینکه این امر به نوبه‌ی خود منجر به محرومیت طرف ضعیف از همه‌ی سازوکارهای جبرانی شده و از طرف دیگر، رجوع به دادگاه نیز گزینه‌ای چندان قابل اعتنایی به شمار نمی آید. این امر به ویژه در فرضی که طرفین دعوا در مکان های گوناگون و حتی در کشورهای گوناگون اقامت دارند، بسیار ملموس تر است. پس، می توان چنین گفت که از یک

سوی، داوری سنتی در فرض وجود نابرابری قابل ملاحظه در قدرت چانه‌زنی طرفین، شیوهی حلّ و فصل منصفانه‌ی اختلافات به شمار نیامده و از سوی دیگر، اعمال محدودیت بر داوری‌پذیری اختلافات ناشی از محیط آن‌لاین تنها بدین خاطر که تنها شکل الزم‌آور موجود از حلّ و فصل اختلافات است، نیز برخورد مناسبی نخواهد بود.

نتیجه این است که سازوکارهای کنترل‌کننده‌ی مستقر از سوی قوانین همچون قانون شروط نامنصفانه‌ی انگلستان و اتحادیه اروپا و یا قواعد ناظر به قراردادهای الحاقی در آمریکا در راستای تضمین منصفانگی داوری و حمایت از مصرف‌کننده نه موثرند و نه کافی. پس، ناگزیر به دگرگونی داوری در جهت پوشش این دغدغه‌ها هستیم یعنی، ساختار داوری را به طور ویژه در زمینه‌ی دعاوی اینترنتی مورد بازبینی قرار داده و تلاش کرده که آن را با ارکان اصل جریان صحیح حقوقی سازگار نماییم.

۴- ارایه مدلی برای حلّ و فصل اختلافات اینترنتی

به اعتقاد ما، به حلّ و فصل چنین دعاوی نباید به طور کامل به عنوان شیوه‌ای خصوصی و با این نتیجه که نیازی به اعمال الزامات جریان صحیح حقوقی بر آن نیست، نگاه شود. بدین ترتیب پیرامون دعاوی اینترنتی باید مدل دوگانه‌ی شیوه‌های حلّ و فصل اختلاف را به این معنا که یا باید از دادرسی و الزامات قانونی و جریان صحیح حقوقی بهره گرفته شود و یا از آن چشم‌پوشیده و از دیگر شیوه‌های که در آن‌ها این الزامات وجود ندارد، استفاده شود.

۴-۱- تفکیک قلمرو عمومی و خصوصی

رویکرد کنونی به شیوه‌های حلّ و فصل اختلاف، رویکردی دوگانه است به این معنا که شامل دو قلمرو کاملاً متفاوت از هم می‌شود؛ قلمرو نخست که جنبه‌ی عمومی است، شامل دادخواهی از طریق دادگاه‌هاست و قلمرو دوم که جنبه‌ی خصوصی است، شامل شیوه‌های جانشین حلّ اختلاف همچون داوری می‌شود. در حوزه‌ی رسیدگی‌های ملی، بالاترین معیارهای ناظر به جریان صحیح حقوقی بکار بسته شده در حالی که پیرامون داوری، فرض این است که طرفین از اعمال والاترین معیارهای تضمین‌گر اعمال جریان صحیح حقوقی صرفاً بر مبنای توافق طرفین به انتخاب چنین شیوه‌ای برای حلّ و فصل اختلافات خود چشم‌پوشیده‌اند و از همین روی است که این حوزه، خصوصی تلقی شده و در عمل نیز حداقل معیارهای ناظر به جریان صحیح حقوقی در مورد داوری سنتی و تجاری بکار بسته می‌شود.

این رویکرد دوگانه به شیوه‌های حلّ و فصل اختلافات ناشی از تفکیک حقوق عمومی و حقوق خصوصی بوده و دلیل این است که حقوق از دو اصل بالقوه متعارض و کلیدی یعنی، اصل استقلال فردی و آزادی قراردادی از یک طرف، و اصل نظارت و مراقبت از هنجارهای اساسی و

حقوق بشر از طرف دیگر پاسداری می‌نماید. تعارض بالقوه میان این دو اصل با تفکیک حقوق به دو قلمرو عمومی که جولانگاه نظارت حکومت و خصوصی که جولانگاه خواست فردی است، برطرف می‌شود به این معنا که حقوق بشر و اصل جریان صحیح حقوقی در قلمرو عمومی جریان خواهند داشت نه در قلمرویی خصوصی.

۲-۴- خصوصی سازی مولفه‌های عمومی

خصوصی سازی کارکردهایی که به لحاظ سنتی عمومی تلقی می‌شوند همچون حل و فصل اختلافات، دو موضوع مرتبط با هم را مطرح می‌کند؛ نخستین موضوع این است که باید پرسید که آیا حقوق بشر باید در قلمرویی که از سوی عوامل خصوصی (و نه حکومتی یا عمومی) اداره می‌شوند، نیز باید بکار بسته شود یا خیر که اگر پاسخ منفی است، خصوصی سازی حقوق منجر به تضعیف پاسداری از حقوق بشر همچون حق بهره‌مندی از رسیدگی منصفانه و اعمال جریان صحیح حقوقی در حل و فصل اختلاف خواهد شد (Thornburg, Op.cit:218). دومین مسئله این است که چگونه می‌توان اطمینان بدست آورد که همه‌ی ذینفعان به گونه‌ای در راستای خصوصی سازی حقوقی مشارکت دارند؟ حقوق خصوصی از طریق شرایط قراردادی ترسیم می‌شود و این شرایط به نوبه‌ی خود از سوی کسی که در جایگاه چانه‌زنی بالاتری قرار دارد، تعیین خواهد شد. اگر منافع همه‌ی اشخاص در قرارداد در نظر گرفته نشده و حقوق آنان در برابر هم موازنه نشود، حقوق خصوصی ریسک زوال مشروعیت را بالا خواهد برد (Price and Other, 2000:64).

تمرکز اصلی ما در این مقال بر روی مسئله‌ی نخست است هر چند مسئله‌ی دوم نیز به موضوع نخست ارتباط می‌یابد به این معنا که اگر سازوکاری خصوصی از سوی گروه قدرتمندتر ترسیم و پیش‌بینی شود، چه بسا که در سرانجام خود منجر به زیرپا گذاشتن ارکان جریان صحیح حقوقی شده و در نتیجه، حقوق طرف ضعیف‌تر را نادیده انگارد. به هر روی، سبب اصلی گرایش ما به نگارش این مقاله، احتمال تضعیف اعمال اصل جریان صحیح حقوقی در داوری آنلاین بر مبنای خصوصی بودن ماهیت این شیوه‌ی حل و فصل اختلاف است.

۲-۴- نظریه‌ی انصراف از حق: رویکرد کاملاً آگاهانه و اختیاری

تئوری انصراف ارادی از حق ابزاری است در خدمت داوری تجاری سنتی در جهت تعیین حدود داوری. مطابق این نظریه، داوری به درستی شیوه‌ی حل و فصل خصوصی اختلاف به شمار می‌آید چرا که خود طرفین آن را بر شیوه‌ی حل و فصل عمومی اختلاف یعنی دادرسی ترجیح داده و از این روی، به خواست خود از همه یا بخشی از حقوق ناظر به رسیدگی منصفانه چشم پوشیده‌اند. از همین روی است که در آمریکا، آشکارا گفته می‌شود که طرفین با گزینش داوری

از حقوق تضمین‌شده‌ی خویش به موجب قانون اساسی انصراف داده‌اند. این در حالی است که در اتحادیه‌ی اروپا و به موجب معاهده‌ی حقوق بشر اروپایی، پاسخ به این مسئله که آیا حقّ بر خورداری از رسیدگی منصفانه بر داوری نیز بکار بسته می‌شود یا خیر، همچنان در حال بحث و بررسی است. در حقیقت، دکترین اروپایی در این زمینه این است که برخی از عناصر اصل جریان درست حقوق نظیر شفافیت، حقّ تجدیدنظر و برخی از جنبه‌های رسیدگی منصفانه و یا عدم استقلال کامل داوران بر داوری به دلیل ماهیت خاصّ آن قابل اعمال نخواهد بود. منطقی و رای این استدلال این است که چنانچه طرفین داوری را به عنوان سازوکار حلّ اختلاف خود برگزینند، آنان به ویژگی‌های ذاتی آن نیز رضایت داده و از این روی از برخی از حقوق ناظر به رسیدگی منصفانه چشم‌پوشیده‌اند. افزون بر این، برخی از جنبه‌های اصل جریان صحیح حقوقی را می‌توان به طور خاصّ و موردی نادیده گرفت همچون اینکه در فرض تعارض منافع مربوط به داور، طرفین، حقّ جرح وی را از خود سلب نمایند.

تئوری انصراف ارادی از حقوق ناظر به رسیدگی منصفانه در حقوق اروپایی و حقوق آمریکا به طرفین امکان انتخاب سیستم رسیدگی از سوی دادگاه‌های ملی و یا برگزیدن شیوه‌ی منعطف‌تری از حلّ اختلاف را از نظر شتاب، آیین رسیدگی، کارآیی و هزینه‌های پایین‌تر می‌دهد. بنابراین، این نظریه در قلمرو داوری تجاری سنتی و البته در فرض وجود توان چانه‌زنی برابر برای طرفین همچون فرضی که طرفین اختلاف هر دو تاجر بوده و یا به طور کامل از آثار برگزیدن داوری آگاه بوده و یا دست کم امکان کمک گرفتن از شخص خبره در این زمینه را داشته باشند، کاملاً توجیه‌پذیر خواهد بود و به واقع، از دیرباز چون داوری در زمینه‌ی دعاوی تجاری مورد استفاده قرار گرفته است، نظریه‌ی انصراف ارادی از حقّ کاملاً پرمعناست.

البته شاید چنین گفته شود که مشکل مربوط به منصفانگی را می‌توان بدین گونه حلّ کرد که گنجاندن شرط داوری در قرارداد تنها در فرضی مجاز و معتبر است که هر دو طرف آن به طور کامل آگاه از شرط بوده و آزادانه آن را برگزیده باشند. در حقیقت، این برداشت گویای رویکرد اتحادیه‌ی اروپا بر اساس معاهده‌ی حقوق بشر است که پیرو ماده‌ی ۶ آن، انصراف از حقّ مراجعه به دادگاه باید به طور کامل به آگاهی و توجّه طرفین رسیده و او آن را آزادانه برگزیده باشد، شیوه‌ای که از سوی برخی از حقوقدانان آمریکا نیز مورد پذیرش قرار گرفته است. به هر روی، در راستای اعمال این معیار، ضروری است که موافقت‌نامه‌ی داوری به صورت روشن و واضح به آگاهی طرفین رسیده و اینان از لحاظ علمی، به اهمیت این شرط و آثار آن واقف باشند (Reuben, 2000: 1022-1034).

۴-۴- دعاوی اینترنتی و نظریه‌ی اعراض از حقّ

در دعاوی اینترنتی و در صورت وجود نابرابری در قدرت میان طرفین دعوا، نظریه اعراض از حق استفاده از دادرسی ملی کاربردی نخواهد داشت چرا که داوری در چنین فرضی به شکل ارادی منعقد نشده است. در حقیقت، از یک سوی، داوری از این جهت ارادی نیست که طرف قوی تر شروط دلخواه خود را به طرف ضعیف تر تحمیل می نماید و از طرف دیگر، داوری از این جهت ارادی نیست که در بسیاری از موارد، این سازوکار تنها شیوهی موجود برای حل و فصل اختلاف به شمار می رود.

بدین ترتیب، معیار پذیرش ارادی و با آگاهی کامل، راهکاری واقعی برای حل مشکل نامنصفانگی سازوکار حل و فصل اختلافات اینترنتی نیست. افزون بر این، در فرضی که اقامتگاه طرفین دعوا متفاوت است و به ویژه در جایی که نابرابری شگرفی در توان چانه زنی آنان وجود دارد، نباید چنین پنداشته شود که اینان از حقوق ناظر به جریان صحیح حقوقی خویش چشم پوشیده اند زیرا، به دلیل وجود تردیدهای جدی در مورد انصراف ارادی از حق دادخواهی، امکان جریان چنین فرضی نخواهد بود.

بدین ترتیب، مبنای واقعی بهره گیری از داوری در خصوص دعاوی اینترنتی نباید ترجیح این شیوه بر دادرسی ملی از سوی طرفین باشد بلکه در عوض، باید توجه به این امر باشد که آیا آن اراهه دهنده شیوهی منصفانه و قابل ملاحظه در راستای حل اختلاف است یا خیر. اگر داوری آنلاین با اصول ناظر به جریان صحیح حقوقی سازگاری داشته باشد، دیگر نیازی به استناد به انصراف ارادی از حق نخواهد بود.

نتیجه گیری

در این مقال نگاه عمیقی به داوری دعاوی مربوط به مصرف کننده داشته و به این یافته رسیده ایم که در شماری از نظام های حقوقی همچون انگلستان، برخی از شروط داوری که پیش از پیدایش اختلاف در قرارداد میان تاجر و مصرف کننده انشاء می شوند، نامعتبر محسوب می گردند در حالی که در دیگر نظام های حقوقی چون آمریکا و ایران، این شروط از این منظر مشکلی ندارند. همچنین، شیوهی سنتی داوری که در آن تنها قواعد ناظر به جریان صحیح حقوقی به صورت محدود اعمال می شوند، مناسب دعاوی اینترنتی نبوده و از این روی، داوری اینترنتی ناظر به دعاوی اینترنتی می بایست کاملاً متفاوت از شیوهی سنتی باشد چرا که به داوری نباید به عنوان جایگزینی برای دادرسی دادگاه نگاه کرد بلکه داوری تنها سازوکاری است که امکان احقاق حق طرف مظلوم را به شیوهی درست و منصفانه فراهم می آورد. افزون بر این، بر مبنای معیار سنتی در مورد اینکه داوری تابع ملاک های سبک تری در زمینه ضروریات اصل جریان صحیح حقوقی است، اجماع دیده می شود زیرا، از آنجا که طرفین در انتخاب چگونگی رسیدگی به دعاوی خود

استقلال دارند، با گزینش آزاد داوری، از حقوق خود چشم‌پوشیده می‌نمایند (نظریه اعراض از حق). این در حالی است که در فرض تحمیل شرط داوری از سوی یکی از طرفین اختلاف بر دیگری و یا اجباری بودن داوری و یا در فرضی که گزینه‌ی قابل دسترس دیگری برای طرفین وجود ندارد، این استدلال ناعادلانه خواهد بود زیرا نمی‌توان آن را بر مبنای انصراف ارادی از حق توجیه نمود. وانگهی، چه بسا رویکرد سنتی که نظر بر اغماض نسبت به اعمال معیارهای ناظر به اصل جریان صحیح حقوقی دارد، در خصوص آن دسته از اختلافاتی که میان طرفین نابرابری شدید در توان چانه‌زنی و معاملاتی باشد (همچون رابطه‌ی میان تاجر و مصرف‌کننده)، به دلیل مخالفت با نظم عمومی قابلیت اجرا نداشته باشد. البته، در راستای محافظت از طرف ضعیف در این موارد، می‌توان داوری را محدود به موضوعات خاصی نمود و یا اینکه انشای شرط داوری را تنها پس از بروز اختلاف پذیرفت. با وجود این، از آنجا که مطابق یافته‌های ما در این پژوهش، داوری آنلاین، بهترین و البته، ناگزیرترین سازوکار حلّ و فصل دعاوی اینترنتی به ویژه آن دسته از اختلافاتی است که در میان طرفین آن نابرابری شدید در قدرت وجود دارد، از معیار بالا باید در این زمینه به صورت کلی دست شست. بدین ترتیب، بجای محدود نمودن اختلافات قابل داوری، اعمال والاترین معیارهای تضمین‌کننده‌ی اصل جریان صحیح حقوقی که به منصفانگی سازوکار حلّ و فصل دعوا منتج می‌شود، ضرورت خواهد داشت. پس چون نظریه انصراف ارادی از حق اعمال نشده و هیچ‌گونه اسقاط حقی بر مبنای برداشت اراده‌ی ضمنی از انتخاب داوری وجود ندارد، تمامی الزامات ناظر به جریان صحیح حقوقی در مورد داوری آنلاین در خصوص دعاوی اینترنتی میان تاجر و مصرف‌کننده باید پیاده شوند.

فهرست منابع

۱- فارسی

۱-۱- کتب

۱. شمس، عبدالله. (۱۳۸۵) آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، تهران: دراک.
۲. شمس، عبدالله. (۱۳۸۵) آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، چاپ پنجم، تهران: دراک.
۳. شیروی، عبدالحسین. (۱۳۹۱) داوری تجاری بین‌المللی، سمت، تهران.
۴. مافی، همایون. (۱۳۹۷) شرحی بر قانون داوری و تجاری بین‌المللی ایران، چاپ دوم، تهران: دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.

۱-۲- مقالات

۵. بهادری جهرمی، علی و لطیفه حسینی. (۱۳۹۳) "اصول دادرسی عادلانه در پرتو اندیشه اسلامی و نظام حقوق داخلی"، مجله‌ی مطالعات حقوق بشر اسلامی، شماره‌ی ۷: ۹-۳۲.
۶. حسن‌زاده، مهدی. (۱۳۹۷) "موارد نقض احکام قضایی در فقه امامیه"، مجله‌ی پژوهش‌های فقهی، دوره‌ی چهاردهم، شماره‌ی ۱: ۸۳-۱۰۴.
۷. خدیری، صالح. (۱۳۹۴) "دادرسی منصفانه در داوری تجاری بین‌المللی"، مجله‌ی مطالعات حقوق تطبیقی، شماره ۲: ۵۱۹-۵۴۰.
۸. داوودی، حسین (۱۳۹۷) "ویژگی‌های قواعد شکلی (آیین دادرسی مدنی)"، مجله مطالعات حقوقی، شماره ۲: ۲۲۶-۲۱۱.
۹. زمان‌زاده‌بهبهانی، مهری، محسن رهامی و مرتضی ناجی‌زواره. (۱۳۹۷) "واکاوی جایگاه اصول دادرسی عادلانه در فقه امامیه"، مجله‌ی پژوهش‌های حقوق اسلامی، شماره ۴۸: ۴۶۷-۴۹۴.
۱۰. مافی، همایون و جواد پارسافر. (۱۳۹۱) "دخالت دادگاه‌ها در رسیدگی‌های داوری در حقوق ایران"، مجله‌ی دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵۷: ۱۰۵-۱۳۰.
۱۱. مافی، همایون و سودابه اسدیان. (۱۳۹۵) دادگاه صالح در دعاوی ناشی از قراردادهای تجاری الکترونیکی در نظام‌های حقوقی امریکا و اروپا، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره هفتم، ۱: ۳۴۶-۳۲۳.
۱۲. مصلحی، جلال. (۱۳۸۴) "حدود مداخله‌ی دادگاه‌های ملی در روند داوری"، مجله پژوهش حقوق عمومی، شماره ۱۶: ۲۴۹-۲۸۳.
۱۳. یزدانی، محمدکریم. (۱۳۳۹) "شرایط و اوصاف قاضی در فقه اسلامی و قانون"، مجله‌ی قانون و کلا، شماره‌ی ۷۱: ۲۰-۲۳.

٢- عربى

١٤. حرّ عاملى، محمد بن حسن (١٤١٦) تفصیل وسائل الشیعه الى تحصیل مسائل الشریعه، قم: مؤسسه آل بیت لاحیاء التراث.
١٥. شهید ثانی، زین الدین. (بى تا) الروضه البهیة فى شرح اللعمه الدمشقیه، بیروت، دار العالم الاسلامى، المجلد ٣.
١٦. نجفی، محمد حسن. (١٣٦٢ق) جواهر الکلام، تهران، دارالکتب الاسلامیه، المجلد ٤٠.
١٧. نوری، میرزا حسین. (١٤٠٨) مُستدرکُ الوسائل و مُستنبطُ المسائل، قم: مؤسسه آل بیت لاحیاء التراث.

2-Latin

2-1-Books

1. Brown.H.and Marriott, A. (1999) ADR Principles and Practice, Sweet & Maxwell London.
2. Carbonneau, T. (2000) Cases and Materials on the Law and Practice of Arbitration, 2nd edition, Juris Publishing.
3. Lew, JDM & Mistelis L.A & Kroll, SM. (2003) Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International the Hague.
4. Nader, L. & Shugart, C. (1980) Old Solutions for Old Problems', Academic Press New York.
5. Park, W. (2006) Procedural Evolution in Business Arbitration, Oxford University Press Oxford.
6. Price, M.E and SG Verhulst. (2000) In Search of the Self in C Marsden Regulating the Global Information Society, Routledge London & New York.
7. Tackaberry,JA. (2003) Marriott Bernstein's Handbook of Arbitration and Dispute Resolution Practice, 4th ed Sweet & Maxwell London.

2-2-Papers

8. Alderman,R.(2001) "Pre-Dispute Mandatory Arbitration in Consumer Contracts: A Call for Reform", Houston Law Review, No.38:1237-1268.
9. Budnitz, M. (1995) "Arbitration of Disputes between Consumers and Financial Institutions: A Serious Threat to Consumer Protection", Ohio State Journal on Dispute Resolution, No,10:267-342.
10. Carrington, P. (1998) "Regulating Dispute Resolution Provisions in Adhesion Contracts", Harvard Journal on Legislation, No.35: 225-231.
11. M Galanter, M. (1974) 'Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change', Law and Society Review, No.95-160, p.97.



12. Reuben, R. (2000) 'Constitutional Gravity: A Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Civil Justice', *UCLA Law Review*, No.47: 949-1104.

13. Sternlight, J. (1996) "Panacea or Corporate Tool? Debunking the Supreme Court's Preference for Binding Arbitration", *Washington University Law Quarter*, No.74:637-712.

14. Thornburg, E. (2000) "Thornburg Going Private: Technology. Due Process and Internet Dispute Resolution", *UC Dayis Law Review*, No.34:151-220.

3-3-Cases

15. *Allied-Bruce Terminix Cos v. Dobson* 513 US 265, 115 S Ct 834 (1995).

16. *Brower v. Gateway 2000 Inc* 676 N.Y.S. 2d 569, 572 (1998).

17. *Commerce Park at DFW Freeport v. Mardian Constr Co.* 729 F.2d 334.338-339: 39 Fed.R. SerY.2d 134 (5th Cir 1984).

18. *Davis v Prudential Sec Inc* 59 F3d 1186, 1192 (11th Cir 1995).

19. *Director-General of Fair-Trading v. First National Bank plc* [2002] 1 AC 481 (HL).

20. *Goldberg v. Kelly* 397 US 254,260-267 (1970).

21. *Green Tree Financial v. Randolph*, 531 US 79, 81; 121 S.Ct. 513. 517 (2000).

22. *Knepp v. Credit Acceptance Corp.* 229 B.R. 821, 838 (1999).

23. *Marley v. Drexel Burnham Lambert Inc* 566 F Supp 333. 335 (1983 ND Texas).

24. *Patterson v. ITT Consumer Fin. Corp.* 18 Cal. Rptr. 2d 563, 565-567 (1993).

25. *R (Irvine) v. The Royal Burgess Golfing Society of Edinburgh* [2004] LLR 334 (Court of Session).

26. *R v. Commission for Racial Equality ex parte Cottrell & Rohon* [1980] 3 ALLER 265 (QB).

27. *Richard Zellner v. Phillip Alexander Securities and Futures Ltd* [1997] ILPr.

28. *Specht v. Netscape Communications Corp* 306 F3d 17. 4R UCC Rep Sen 2d 761 (2nd Cir 2002).

29. *Ting v. AT&T* 319 F3d 1126, 1149 (9th Cir Cal 2003).