

The Legal Nature of Hyperlinks in The Iranian Legal System

Mansour Amini¹, Sadegh Sayyadi^{*2}

1. Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

2. MA. in Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

Abstract

Being part of e-commerce based on new technologies, “Hyperlinks” refer to a word, phrase, or image by which one can move to a new page through touching or clicking on them. Essentially, they are found on all “Computer Program” input pages, providing consumers with the possibility of being redirected to the suppliers’ desired pages. In these pages, all consumers are provided with pre-determined and non-negotiable “Terms and Conditions”. In order for taking the advantage of the provided services, they have to accept all terms and conditions. Iranian legal system has not yet analyzed the legal nature of this institution. The present study is aimed at examining the hyperlinks’ legal nature in computer programs. This article is conducted by analytical-descriptive and library methods. The results introduce five essential conditions for the accuracy of inserting any hyperlink, divided into two categories of legal conditions (1- Observance of general terms governing the electronic contract law 2- Failure to insert terms that are contrary to consumer rights and unfair 3- Warning about the effects of membership in the program) and technical conditions (1- Inserting hyperlinks with a distinct structure 2- Necessity of predicting the possibility of touching or clicking the hyperlink). The sanctions of each of these terms is different from each other. The nature and effects of hyperlinks are determined according to the content of the hyperlinks and the type of computer program design; hence, hyperlinks cannot be specified with a fixed nature; On the one hand, according to the analyses based on the e-commerce law, it is identifiable under two titles: 1- Pre-contractual disclosure 2- Referral conditions; and on the other hand, according to the analyses based on civil law, it can be identified under three titles: 1- Preliminary contract 2- Condition of collusion 3- Request for offer along with a subcontract. In the end, it may be stated that in spite of the proposed analyses, the hyperlinks predicted in computer programs meet the supplier’s goal (consumer’s commitment to the computer program’s terms and conditions) regardless of their legal nature.

Keywords: Hyperlink, Legal Nature, Essential Conditions, Computer Program, Electronic Commerce, Iranian Legal System



Article Type:

Original Research

Pages: 3-36

Received: 2021 April 16

Revised: 2021 August 8

Accepted: 2022 May 7



©This is an open access article under the CC BY licens.

* Corresponding Author: sadegh.sayyadi@gmail.com

ماهیت حقوقی ابرپیوندها در نظام حقوقی ایران

منصور امینی^۱، صادق صیادی^{۲*}

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

۲. دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

چکیده

«ابریوندها» که بخشی از تجارت الکترونیک بر پایه فناوری‌های نوین هستند، یک کلمه، عبارت یا تصویری می‌باشند که می‌توان با لمس یا کلیک کردن بر روی آن‌ها به صفحه جدیدی منتقل شد. آن‌ها اصولاً در کلیه صفحات ورودی «برنامه‌های رایانه‌ای» یافت می‌شوند و به مصرف‌کنندگان این امکان را می‌دهند تا به صفحات موردنظر عرضه‌کنندگان منتقل شوند. در این صفحات «شرایط و قوانین» از پیش تعیین شده و غیرقابل مذاکره‌ای به هم می‌آمیزد. آن‌ها جهت بهره‌مندی از خدمات ارائه‌شده باید کلیه شرایط و قوانین را بپذیرند. در نظام حقوقی ایران تاکنون به تحلیل ماهیت حقوقی این نهاد پرداخته نشده است. هدف این پژوهش بررسی ماهیت حقوقی ابرپیوندها در برنامه‌های رایانه‌ای می‌باشد. نوشتار حاضر به روش تحلیلی-توصیفی و کتابخانه‌ای انجام شده است. نتایج بیانگر این امر هستند برای صحت درج هر ابرپیوند، وجود پنج شرط، ضروری و اساسی است. این شرایط به دو دسته شرایط حقوقی (۱- رعایت قواعد عمومی حاکم بر حقوق قراردادهای الکترونیکی ۲- عدم درج شروط خلاف حقوق مصرف‌کنندگان و غیرمنصفانه ۳- هشدار در رابطه با آثار عضویت در برنامه) و شرایط فنی (۱- درج ابرپیوندها با ساختاری متمایز ۲- ضرورت پیش‌بینی امکان لمس یا کلیک ابرپیوند) تقسیم می‌شوند. ضمانت اجرای هر یک از این شرایط متفاوت از یکدیگر می‌باشد. ماهیت و آثار ابرپیوندها با توجه به مفاد ابرپیوندها و نوع طراحی برنامه‌های رایانه‌ای تعیین می‌شود؛ بنابراین برای ابرپیوندها نمی‌توان ماهیت ثابتی تعیین نمود؛ از سویی بر اساس تحلیل‌های مبتنی بر حقوق تجارت الکترونیک تحت دو عنوان قابل‌شناسایی می‌باشد: ۱- اطلاع‌رسانی پیش‌قراردادی ۲- شروط رجوعی؛ از سوی دیگر بر پایه‌ی تحلیل‌های مبتنی بر حقوق مدنی تحت سه عنوان قابل‌شناسایی است: ۱- قرارداد مقدماتی ۲- شرط تبانی ۳- درخواست ایجاب همراه با یک قرارداد فرعی. در نهایت می‌توان گفت علی‌رغم تحلیل‌های مطرح‌شده، ابرپیوندهای پیش‌بینی‌شده در برنامه‌های رایانه‌ای، صرف‌نظر از آنکه دارای چه ماهیت حقوقی هستند، هدف عرضه‌کننده (متعهد شدن مصرف‌کننده به شرایط و قوانین برنامه رایانه‌ای) را تأمین خواهند کرد.

واژگان کلیدی: ابرپیوند، ماهیت حقوقی، شرایط اساسی، برنامه رایانه‌ای، تجارت الکترونیک، نظام حقوقی ایران.



انجمن علمی پژوهشی ایران



نوع مقاله: علمی پژوهشی

صفحات: ۳-۳۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۱/۲۷

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۰/۰۵/۱۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۲/۱۷



تمامی حقوق انتشار این مقاله، منطبق به نویسنده است.

درآمد

رشد و پیشرفت روزافزون فناوری‌ها و گسترش کاربردهای آن‌ها در حوزه‌های گوناگون سبب پیدایش فصل نوینی از روابط متقابل اشخاص حقیقی و حقوقی گردیده و مفاهیم جدیدی را در ادبیات حقوقی، اقتصادی و تجاری بنیان نهاده است. شیوه‌های سنتی مشاغل و کسب‌وکارها در حال تغییر و به‌روزرسانی خود مطابق با تحولات هستند و مشاغل و کسب‌وکارهای مدرنی در حال ظهور می‌باشند. تجارت الکترونیکی که از جمله دستاوردها و نتایج نفوذ فناوری‌ها در حوزه‌های اقتصاد، تجارت و صنعت است به مفهوم بهره‌گیری از ابزارهای الکترونیکی در فرایند انجام کسب‌وکارهای نوین می‌باشد. این نوع از تجارت به‌عنوان محل پیوند فناوری‌ها با بازار کسب‌وکار موجب ایجاد یک بازار پایدار برای اشتغال گروه‌های مختلف شده است. حجم معاملات تجارت الکترونیکی نه تنها در کشورهای صنعتی جهان بلکه حتی در کشور ما نیز به سرعت در حال رشد بوده^۱ و پیش‌بینی می‌شود این روند با استفاده از فناوری‌هایی همچون اینترنت اشیا بیش از پیش ادامه پیدا کند (Mohdhar, Shaalan, 2021, p 311). تغییر و تحولات صورت گرفته بر اساس توسعه استفاده از تجارت الکترونیکی در سطوح و حوزه‌های گوناگون سبب ایجاد نهادها و ساختارهای جدیدی گردیده که نیازمند قاعده‌مند سازی، تنظیم و شناسایی حقوقی بر اساس نظام حقوقی کشورها هستند. از برجسته‌ترین بسترهایی که غالباً عناصر تجارت الکترونیکی در آن حضور داشته و نقش کلیدی را نیز ایفاء می‌نمایند، برنامه‌های رایانه‌ای (اپلیکیشن‌ها، نرم‌افزارها، وبسایت‌ها و ...) می‌باشند. توجه به حوزه برنامه‌های رایانه‌ای و ابعاد مختلفش، به خصوص تشریح مسائل حقوقی آن، یک ضرورت بوده و جنبه‌ی کاملاً کاربردی دارد، از این‌رو سوژه‌ای صرفاً نظری و دانشگاهی نیست.

در خدماتی که توسط شرکت‌ها از طریق برنامه‌های رایانه‌ای^۲ ارائه می‌گردد، شرکت (عرضه‌کننده) و کاربران (مصرف‌کننده) قراردادی الکترونیکی را با استفاده از

۱. طبق گزارش سالانه مرکز توسعه تجارت الکترونیکی (وزارت صنعت معدن و تجارت)

ecommerce.gov.ir

۲. شایان ذکر است اغلب برنامه‌های رایانه‌ای پرمخاطب حوزه کسب‌وکارهای الکترونیکی دارای ساختار فنی مشابهی می‌باشند؛ مانند برنامه‌های رایانه‌ای اسنپ، دیجی‌کالا، فیدیبو، فیلیمو، آکالا و مثال‌های اشاره شده در این نوشتار از برنامه‌های رایانه‌ای می‌باشند که ایرانی بوده و دارای چندین میلیون کاربر هستند.

برنامه‌های رایانه‌ای با یکدیگر منعقد می‌نمایند. این برنامه‌ها سرویس دیجیتالی هستند که تعاملات بین دو طرف قرارداد یعنی شرکت و کاربر را از طریق اینترنت تسهیل می‌کنند. قرارداد مذکور مانند اغلب قراردادهای الکترونیکی، از مصادیق عقود الحاقی می‌باشد چرا که کاربران اصولاً هیچ‌گونه نقشی در تنظیم مفاد این قرارداد نداشته و شرکت کلیه شروط قراردادی را از پیش آماده ساخته است.

قبل از ورود به مرحله‌ی انعقاد قرارداد، کاربر در مرحله و وضعیتی قرار دارد که اغلب شرکت‌ها آن را در برنامه‌های رایانه‌ای خود تحت عنوان «مرحله عضویت» پیش‌بینی می‌نمایند. مرحله عضویت متمایز از «مرحله انعقاد قرارداد الکترونیکی اصلی» می‌باشد؛ به‌این ترتیب که کاربر برای آنکه بتواند وارد مرحله‌ی انعقاد قرارداد با شرکت شود غالباً باید در همان ابتدا «شرایط و قوانین» داخلی شرکت را بپذیرد و با آن موافقت نماید و این پذیرش با عضویت او در برنامه‌ی رایانه‌ای صورت می‌گیرد و عدم عضویت به معنای عدم موافقت با مقررات مذکور می‌باشد و از همین رو شرکت هیچ‌گونه خدماتی به چنین کاربری ارائه نخواهد کرد.^۱ در همین راستا کاربران در «مرحله‌ی عضویت» باید به نحوی از «شرایط و قوانین» شرکت‌ها آگاهی پیدا نمایند تا نسبت به عضویت یا عدم عضویت خود تصمیم‌گیری کنند.

وضعیت فوق به اشکال مختلفی در برنامه‌های رایانه‌ای پیش‌بینی شده و در اکثر موارد نیز این وضعیت در قالب «آبرپیوندها»^۲ ساختار پیدا کرده و شکل گرفته است؛ به‌این ترتیب که «شرایط و قوانین» تعیین شده توسط یکی از طرفین (عرضه‌کننده) غالباً در یک سند مستقل (صفحه مجزا متصل به یک پیوند) قرار گرفته است که جهت دسترسی به آن باید طرف دیگر (مصرف‌کننده) بر روی آن آبرپیوند (آبرلینک) لمس یا کلیک نماید تا آن سند را مشاهده نماید. اصولاً برای پذیرش شرایط و قوانین مذکور، الزامی نسبت به لمس یا کلیک بر روی آن آبرپیوند و مشاهده‌ی شرایط و قوانین وجود ندارد. پذیرش به این نحو است که شخص باید عملی را که از سوی عرضه‌کننده در آن

۱. بر اساس ساختار برنامه‌ها اقدامات کاربر باید «قبل از مرحله عضویت» نیز در چارچوب مقررات شرکت باشد تا بتواند از خدمات ارائه‌شده استفاده نماید به عبارتی کاربر صرفاً در صورتی می‌تواند با شرکت قرارداد منعقد نماید که پیش از آن، دستورات مقدماتی شرکت را رعایت نموده باشد، مانند موردی که کاربر باید به برنامه‌ی شرکت، اجازه دسترسی به امکانات دستگاه الکترونیکی خود (تلفن همراه، رایانه) را بدهد تا برنامه بتواند عملکردی صحیحی داشته باشد.

2. Hyperlinks

محیط مقرر شده است را انجام نماید تا قبولی او واقع شود در غیر این صورت قبولی شکل نگرفته و وی نمی‌تواند وارد مرحله‌ی انعقاد قرارداد شود؛ به عنوان مثال: شخص باید شماره تلفن همراه خود را در کادری وارد نماید و بر روی گزینه ثبت‌نام لمس یا کلیک کند تا پذیرش و قبولی او انجام شود. از جمله مسائل قابل توجه در این رابطه، کیفیت عملکرد کاربران نسبت به اَبَرپیوندها می‌باشد. معمولاً کاربران قبل از لمس یا کلیک بر روی گزینه «عضویت»، شرایط و قوانین مطرح شده را مطالعه و بررسی نمی‌کنند و در رابطه با ماهیت و اثر عضویت خود آگاهی دقیقی ندارند (Epstein, 2022, p 10)؛ از همین رو در صورتی که کاربران نسبت به موارد بیان شده بی‌اطلاع باشند، ممکن است آن‌ها با چالش‌های حقوقی ناخواسته‌ای روبرو شوند که این امر در آرای دادگاه‌های کشورهای متقدم و پیشرو در صنعت برنامه‌های رایانه‌ای همچون دادگاه‌های ایالات متحده آمریکا کاملاً نمایان است.^۱

علی‌رغم آنکه اَبَرپیوندها تاکنون از جنبه‌های مختلفی از جمله جنبه فنی مهندسی از گذشته تا به امروز بارها مورد تحقیق و بررسی قرار گرفته‌اند اما آن‌ها از جنبه حقوقی به ندرت مورد توجه بوده و کتب و مقالات حقوقی بسیار اندکی در این زمینه وجود دارد که علت این امر نیز نوظهور بودن کاربرد و جایگاه حقوقی اَبَرپیوندها در تجارت الکترونیکی می‌باشد که در سالیان اخیر مطرح شده است. تاکنون در نظام حقوقی ایران اَبَرپیوندها مورد توجه قرار نگرفته‌اند و نه تنها در قوانین و مقررات به آن‌ها مستقیماً پرداخته نشده بلکه حتی پژوهشی نیز در این رابطه انجام نگرفته است. شایان ذکر است اغلب مقالات (Duke, 2022; Long, 2018; Shaoling, 2016) و کتب (Jimenez, 2020; Barnett, Oman, 2021; Rothchild, 2016) حقوقی که اَبَرپیوندها را به عنوان موضوع اصلی یا فرعی مورد بررسی قرار داده‌اند، یا در رابطه با کیفیت درج آن‌ها در برنامه‌های رایانه‌ای با توجه به آرای دادگاه‌ها بوده یا در حوزه کپی‌رایت است.

۱. نمونه آرای دادگاه‌های ایالات متحده آمریکا:

MEYER v. UBER TECHNOLOGIES INC (2017) - Thompson v. AT&T SERVICES INC (2018) - Nicosia v. Amazon.com Inc (2019) - FILS v. INTERNET REFERRAL SERVICES (2020) - Sellers v. JUSTANSWER LLC (2021) - SARCHI v. UBER TECHNOLOGIES INC (2022)

این پژوهش در صدد پاسخ به این پرسش است که ماهیت حقوقی آبرپیوندها تحت عنوان چه نهادی قابل شناسایی و تحلیل است؟ در همین راستا ابتدا باید به این پرسش پاسخ داد که در نظام حقوقی ایران شرایط اساسی صحت درج آبرپیوندها در برنامه‌های رایانه‌ای چه مواردی می‌باشد؟ علت این امر نیز آن است که نخست باید آبرپیوند به صورت صحیح و معتبر در برنامه رایانه‌ای پیش‌بینی شود تا بتوان به تحلیل حقوقی آن پرداخت. در جهت پاسخ به این پرسش‌ها در ابتدا مختصراً به توضیح فنی و حقوقی مفهوم «آبرپیوند» می‌پردازیم و سپس با توجه به ساختار فنی آبرپیوندها و ظرفیت‌های نظری و قانونی موجود در قوانین، به شناسایی شرایط اساسی صحت درج آبرپیوندها خواهیم پرداخت و در نهایت نیز به بررسی ماهیت حقوقی آن‌ها می‌پردازیم.

۱. مفاهیم و ساختار فنی آبرپیوندها

«آبرپیوندها» یکی از کاربردی‌ترین نوآوری‌هایی هستند که در فضای مجازی پدید آمده‌اند و فراتر از یک «پیوند»^۱ ساده می‌باشند از این‌رو آن‌ها در برنامه‌های رایانه‌ای مختلفی همواره مورد استفاده قرار می‌گیرند (Mozilla, 2022, Website). این نهاد، پیوندی می‌باشد متنی یا غیرمتنی (تصویر، ویدیو، صوت و ...) که البته معمولاً در قالب کلمه و یا عبارت زیر خطدار^۲ بوده و به رنگ‌های مختلفی از جمله آبی طراحی می‌شوند و دارای جزییات دیگری نیز می‌باشد که در ادامه مطرح خواهند شد اما پیوندها صرفاً یک آدرس اینترنتی ساده بدون هیچ‌گونه جزییاتی هستند؛ برای مثال یک پیوند ساده به این شکل می‌باشد: «<https://magiran.com>» اما یک آبرپیوند به این ترتیب است: «بانک اطلاعات نشریات کشور». شایان ذکر است اگر در آبرپیوندها پیوند متنی باشد به آن آبرمتن^۳ و اگر پیوند غیرمتنی باشد آبررسانه^۴ می‌گویند (Tech Differenc-Website, 2022, es). در مثال مطرح شده آبرپیوند در قالب آبرمتن می‌باشد اما اگر تصویری از سایت «بانک اطلاعات نشریات کشور» می‌بود آبررسانه تلقی می‌گردید مانند:



1. Link
2. Underline
3. Hypertext
4. Hypermedia

آبرپیوندها در وبسایت‌ها، نرم‌افزارها و اپلیکیشن‌های متعدد و مختلفی بنا بر اهداف خاصی که دارند مورد استفاده قرار می‌گیرند. با توجه به این امر که اصولاً کاربرد آبرپیوندها متفاوت از کاربرد پیوندها می‌باشد، همان‌طور که مطرح شد طراحی آنان نیز به ترتیبی است که متمایز از سایر کلمات، عبارات و پیوندهای دیگر موجود در صفحات هستند. آبرپیوندها جهت برقراری ارتباط میان یک صفحه با صفحه دیگری که می‌تواند دارای متن، تصویر و ویدیو باشد ایجاد شده‌اند. کاربران می‌توانند با کلیک کردن یا لمس آن‌ها به آدرس و هدف طراح هدایت شوند. برای مثال: در مواردی آبرپیوند برای تبلیغات مورد استفاده قرار می‌گیرد به این شیوه که کاربر بر متن یا تصویری برای خرید کالایی مشخص در فروشگاه‌های اینترنتی لمس یا کلیک می‌نماید و سپس به صفحه موردنظر خود و ارائه‌کننده تبلیغات هدایت می‌شود که این عمل کاربر صرفاً یک فعل مادی بوده و جنبه حقوقی اعم از ایجاب یا قبول ندارد اما موضوعی که در این مقاله مورد بررسی قرار خواهد گرفت در فرضی است که آبرپیوند در صفحه ورودی یک برنامه رایانه‌ای مانند اپلیکیشن «با سلام» قرار دارد و کاربر در صورتی می‌تواند از اپلیکیشن استفاده نماید که باید به نحوی موافقت خود را با شرایط و قوانینی که در قالب آبرپیوند آمده است اعلام نماید که در اپلیکیشن مذکور این اعلام موافقت از طریق وارد نمودن شماره تلفن همراه و کد فعال‌سازی انجام می‌گیرد که این عمل فعل حقوقی می‌باشد.

آبرپیوندها به سه دسته تقسیم‌بندی می‌شوند: ۱- پیوند داخلی: پیوندهایی که صفحه‌ای از برنامه رایانه‌ای ما را به صفحه دیگر همان برنامه رایانه‌ای متصل می‌سازد. ۲- پیوند خارجی: پیوندهایی که صفحه‌ای از برنامه رایانه‌ای ما را به صفحه‌ای از برنامه‌ی رایانه‌ای دیگری متصل می‌سازد. ۳- پیوند ورودی: برنامه رایانه‌ای دیگری به صفحه‌ای از برنامه رایانه‌ای فعلی ما پیوند می‌دهد. (Siu, 2016, Website). به آبرپیوندی که در صفحه برنامه رایانه‌ای (صفحه نخستین یا ورودی) قرار دارد و کاربر را به صفحه دیگری هدایت می‌کند «لنکر مبدأ»^۴ و صفحه هدف (صفحه دیگر) را «لنکر

-
1. Internal Link
 2. External Link
 3. Inbound Link
 4. Source Anchor

مقصد^۱ می‌گویند. علت این نام‌گذاری به این ترتیب است که پیوندها به زنجیر تشبیه شده و صفحاتی که پیوندها آن‌ها را به یکدیگر متصل می‌کنند لنگر در نظر گرفته شده‌اند که توسط زنجیر به یکدیگر متصل هستند. همچنین گفتنی است به کلمه یا عبارت متنی که در آبرمتن استفاده می‌شود «متن لنگر»^۲ گفته می‌شود که در صفحه نخستین درج می‌گردد و در قالب آبرپیوند به صفحه دیگری مرتبط می‌شود. در متن لنگرها اصولاً از کلمات کلیدی مطروحه در عنوان یا متن صفحه هدف (صفحه دیگر) استفاده می‌گردد (Seo Digital Group, 2022, Website). به عنوان مثال: اگر «صفحه هدف» ضوابط و مقرراتی را نسبت به کیفیت استفاده از برنامه رایانه‌ای مطرح می‌کند، مناسب است متن لنگر «شرایط و قوانین» نوشته شود تا کاربر در این رابطه کاملاً آگاه و مطلع باشد. در این پژوهش منظور از «آبرپیوندها» مجموعه کلیه موارد فوق یعنی «آبرمتن» تا «محتویات صفحه هدف» می‌باشد.

۲. آبرپیوندها در برنامه‌های رایانه‌ای

پیرامون عضویت و ثبت‌نام در برنامه‌های رایانه‌ای^۳ سؤالاتی ممکن است به این ترتیب مطرح گردد که آیا درج آبرپیوندهایی همانند مواردی که امروزه اغلب شرکت‌های حوزه فناوری که به ارائه خدمات می‌پردازند در صفحه ورودی خود برای ثبت‌نام درج کرده‌اند آیا صحیح و دارای اعتبار و اثر حقوقی می‌باشند یا خیر؟ آن آبرپیوندها دارای چه ماهیتی هستند؟

در سال‌های اخیر غالب شرکت‌ها در صفحه اصلی و ورودی برنامه رایانه‌ای خود قبل از آنکه شروع به ارائه خدمات به کاربران نمایند چنین عباراتی را همراه با یک یا چند آبرپیوند درج می‌کنند: «با ثبت‌نام در برنامه شرایط و قوانین را می‌پذیریم»، «با ورود به برنامه، شرایط برنامه و قوانین حریم خصوصی را می‌پذیریم»، «قوانین برنامه را مطالعه کرده‌ام و قبول دارم.» و شرکت‌های عرضه‌کننده برنامه‌ها قصد دارند با قرار

1. Destination Anchor

2. Anchor Text

۳. وضعیت و ساختار حقوقی اغلب برنامه‌های رایانه‌ای شرکت‌های دیگر نیز که در حوزه کسب‌وکارهای الکترونیکی فعالیت می‌نمایند به همین ترتیب می‌باشد.

دادن این دسته از عبارات مجموعه شرایط و مقرراتی را که خود وضع نموده‌اند در ضمن قراردادهای الحاقی (قرارداد الکترونیکی) با مشتریان خویش حاکم نمایند که از این شیوه منافع آینده مدنظر خود را در مقابل مشتریان حفظ نمایند. این منافع می‌توانند ناشی از پیش‌بینی حقی برای خود یا ناشی از سلب حقی از مشتریان (کاربران) باشند (صیادی، ۱۴۰۰، ص ۱۲۶). بررسی‌های صورت گرفته بیانگر این امر هستند که در غالب شرکت‌ها این شروط تأمین‌کننده منافع دارای ماهیت و ساختار مشابهی می‌باشند و از یک الگوی عرفی واحد که در بین شرکت‌های فناوری محور رایج است تبعیت می‌کنند (LeBlanc, 2018, pp. 102-110).

از جمله حقوقی که اصولاً شرکت‌ها به موجب شرایط و قوانین خود در قرارداد برای خویش تعیین می‌نمایند حق تغییر یک‌جانبه مفاد قرارداد است؛ برای مثال می‌توان به این موارد در برنامه‌های رایانه‌ای شرکت‌های داخلی و خارجی اشاره نمود: «ورود کاربران به وبسایت دیجی کالا هنگام استفاده از پروفایل شخصی، طرح‌های تشویقی، ویدئوهای رسانه تصویری دیجی کالا و سایر خدمات ارائه شده توسط دیجی کالا به معنای آگاه بودن و پذیرفتن شرایط و قوانین و همچنین نحوه استفاده از سرویس‌ها و خدمات دیجی کالا است. توجه داشته باشید که ثبت سفارش نیز در هر زمان به معنی پذیرفتن کامل کلیه شرایط و قوانین دیجی کالا از سوی کاربر است. لازم به ذکر است شرایط و قوانین مندرج، جایگزین کلیه توافقات قبلی محسوب می‌شود. ... در صورتی که در قوانین مندرج، رویه‌ها و سرویس‌های دیجی کالا تغییراتی در آینده ایجاد شود، در همین صفحه منتشر و به‌روزرسانی می‌شود و شما توافق می‌کنید که استفاده مستمر شما از سایت به معنی پذیرش هرگونه تغییر است.»^۱، «شما با ایجاد یک حساب مایکروسافت، از طریق استفاده از خدمات یا ادامه استفاده از خدمات پس از اطلاع از تغییر این شرایط، این شرایط و ضوابط را می‌پذیرید. ما ممکن است در هر زمانی این شرایط و ضوابط را تغییر دهیم و هنگامی که این امر را انجام دادیم به شما اطلاع خواهیم داد. استفاده از خدمات پس از اعمال تغییرات به معنای موافقت شما با شرایط و ضوابط جدید است. اگر با شرایط و ضوابط جدید موافق نیستید، باید استفاده از خدمات را متوقف کنید، حساب مایکروسافت خود را ببندید و اگر والدین یا قیم

۱. شرایط و قوانین استفاده از سرویس‌ها و خدمات دیجی کالا

هستید، به فرزند خردسال خود کمک کنید تا حساب مایکروسافت خود را ببندد.»^۱، «کاربران توافق می‌کنند برای مبادله آسان اطلاعات و انجام توافقات جدید، همه تغییرات و الحاقیه‌های شرایط و قوانین حاضر اعم از تغییر و اضافه کردن شروط آن، تنظیم قراردادها، اختاریه‌ها و ابلاغیه‌های مربوط به شرکت یا طرف تجاری، از طریق اپلیکیشن اسنپ و سوپر اپ اسنپ به عمل آید و کاربران ضمن پذیرش اطلاع از شرایط و روند اجرایی توافق از راه دور و به صورت الکترونیکی، موافقت خود را نسبت به اعمال هرگونه شرایط و توافق جدید را از طریق فضای مجازی و به صورت الکترونیکی اعلام می‌کنند.»^۲ به موجب این شرط شرکت‌ها می‌توانند در طول اجرای قرارداد و استفاده کاربر از خدمات برنامه‌های رایانه‌ای آن‌ها، یک‌طرفه اقدام به افزودن و تغییرات شرایط قرارداد نمایند و کاربر نیز این امر را به دلیل پذیرش شرایط و قوانین داخلی شرکت‌ها در ابتدای عضویت خود پذیرفته است و با آن موافق می‌باشد؛ به عبارت دیگر با هر بار استفاده کاربر از خدمات برنامه پس از هر نوبت تغییرات در شرایط و قوانین، این موضوع به معنی مطالعه کامل شرایط و قوانین تغییر داده شده بوده و اینکه آن را با اطلاع کامل از شرایط و معانی‌اش پذیرفته است (Becher, Benoliel, 2021, pp. 727-729).

از مصادیق سلب حقوق کاربران در این شرایط و قوانین می‌توان به این موارد اشاره کرد: «در صورت بروز هرگونه خطا نسبت به درج قیمت و ارزش ریالی کالاهای موجود در سایت دیجی کالا، حق بلا اثر نمودن سفارش و خرید انجام شده توسط مشتری، برای دیجی کالا محفوظ است. دیجی کالا در اسرع وقت وجوه دریافتی را طی ۲۴ الی ۴۸ ساعت کاری به حساب اعلام شده توسط مشتری واریز و عودت می‌نماید و مشتری با ورود به سایت دیجی کالا می‌پذیرد از این امر آگاهی داشته و در این خصوص ادعایی نخواهد داشت.»^۳ «اگر شما دلیلی برای مطالبه جبران خسارت (از جمله نقض این شرایط و ضوابط) دارید، موافقت می‌کنید که میزان مبلغ قابل مطالبه جهت جبران خسارت از سوی مایکروسافت محدود به مبلغی می‌باشد که برابر است با هزینه‌ای که برای دریافت

1. Article 7 Microsoft Services Agreement

۲. بند ۱ ماده ۱۱ شرایط و قوانین استفاده از خدمات اسنپ و طرف تجاری در سوپر اپ اسنپ (تاریخ آخرین به‌روزرسانی: ۹ بهمن ۱۴۰۰).

۳. شرایط و قوانین استفاده از سرویس‌ها و خدمات دیجی کالا

خدمات در ماه به مایکروسافت پرداخت کرده‌اید اما در طی آن مدت ضرر و نقضی رخ داده و منجر شده است که خدمات ارائه شده را از دست داده یا نقضی در ارائه خدمات پدید آید (حداکثر ۱۰ دلار در صورت رایگان بودن خدمات). شما نمی‌توانید هرگونه جبران خسارت یا زیان دیگری را از جمله مستقیم، تبعی، سود از دست رفته، خاص، غیرمستقیم، اتفاقی یا کیفری را مطالبه نمایید. این تحدید مسئولیت اعمال می‌شود حتی اگر این میزان مبالغ به‌طور کامل خسارت شما را جبران نکند ... «^۱، هزینه سفر «اعلام شده از سوی شرکت (اپلیکیشن اسنپ) بر اساس استانداردهای قیمت‌گذاری شرکت تعیین شده است و در صورت پذیرش آن از سوی کاربران^۲، حق طرح هیچ‌گونه ادعا و اعتراضی درباره آن وجود نخواهد داشت.»^۲

در حقوق ایران رویه قضایی در ارتباط با اَبَرپیوندها وجود ندارد، همچنین هیچ‌گونه قوانین و مقرراتی نیز درج اَبَرپیوندها را ممنوع نساخته یا قواعد ویژه‌ای برای آن‌ها پیش‌بینی ننموده است؛ اما در برخی مقررات عام و خاص می‌توان نکاتی را پیرامون این موضوع یافت. بنابراین می‌توان گفت بهره‌گیری از اَبَرپیوندها فاقد هرگونه محدودیت‌های اختصاصی بوده و استفاده از آن‌ها تا هنگامی که با مقررات عام و خاص برخورد نداشته باشند مجاز خواهد بود. در ادامه به بررسی شرایط اساسی صحت درج اَبَرپیوندها در برنامه‌های رایانه‌ای می‌پردازیم.

۳. شرایط اساسی صحت درج اَبَرپیوندها

برای آنکه یک اَبَرپیوند به صورت صحیح در یک برنامه رایانه‌ای طراحی شده و دارای اثر حقوقی باشد باید شرایط مشخصی را رعایت نماید. با توجه به توضیحات ارائه‌شده در مباحث قبلی و با استفاده از قواعد عمومی حاکم بر حقوق قراردادهای، سایر مقررات موجود در نظام حقوقی ایران و آرای دادگاه‌های اتحادیه اروپا و ایالات متحده آمریکا، می‌توان شرایط اساسی صحت درج اَبَرپیوندها را در دو دسته‌ی «شرایط حقوقی» و «شرایط فنی» تقسیم نمود:

1. Article 13 Microsoft Services Agreement

۲. بند ۴ ماده ۴ شرایط و قوانین استفاده از خدمات اسنپ و طرف تجاری در سوپر اپ اسنپ

۳-۱. شرایط حقوقی

۳-۱-۱. رعایت قواعد عمومی حاکم بر حقوق قراردادهای الکترونیکی

به طور کلی قراردادهای الکترونیکی به جهت داشتن قالب الکترونیکی و منعقد شدن آن‌ها در فضای مجازی تحت این عنوان شناخته می‌شوند و تابع قانون تجارت الکترونیکی هستند اما از سایر لحاظ تابع قواعد عمومی حقوق قراردادهای می‌باشند (رضائی، ۱۳۹۳، ص ۲۸). از آنجا که درج آبرپیوند اصولاً عمل حقوقی الکترونیکی بوده و دارای آثار است، نسبت به آن نیز همانند سایر اعمال حقوقی باید شرایط مقرر شده در قوانین عام را رعایت نمود. قانون‌گذار در قانون مدنی و قانون تجارت الکترونیکی شرایط عام صحت قراردادهای الکترونیکی و شروط ضمن عقد را مقرر داشته است. عرضه‌کننده با درج آبرپیوند (شرایط و قوانین) در برنامه رایانه‌ای و مصرف‌کننده با پذیرش آن (عضویت)، اقدام به ایجاد ماهیتی حقوقی می‌کنند. از این‌رو طرفین باید دارای قصد و رضا و اهلیت بوده و از سایر شرایط مقرر شده در قانون تجارت الکترونیکی و قانون مدنی برخوردار باشند در غیر این صورت با ضمانت اجرایی که در این زمینه قانون‌گذار تعیین کرده است روبه‌رو خواهند شد.

۳-۱-۲. عدم درج شروط خلاف حقوق مصرف‌کنندگان و غیرمنصفانه^۱

همان‌طور که در مباحث گذشته نیز مطرح شد عرضه‌کنندگان برنامه‌های رایانه‌ای در آبرپیوندهای برنامه‌ها (شرایط و قوانین) مزایایی را برای خویش پیش‌بینی می‌کنند. بررسی‌ها بیانگر این امر هستند که برخی از این مزایا شروط غیرمنصفانه‌ای می‌باشند که می‌توان آن‌ها را به دو دسته تقسیم نمود: ۱- شرط سلب یا تحدید مسئولیت ۲- شرط تغییر یک‌جانبه قرارداد. این شروط سبب اجحاف‌هایی نسبت به طرف ضعیف قرارداد یعنی کاربران می‌گردند. (Loss & Luzak, 2016, pp. 63-90). ماده ۴۶ ق.ت.ا استفاده از شروط قراردادی خلاف حقوق مصرف‌کنندگان که در مواد ۳۳ تا ۴۹ ق.ت.ا به آن‌ها تصریح شده و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده را غیر مؤثر شناخته است^۲

۱. اگرچه می‌توان این مورد را نیز جزئی از «قواعد عمومی حاکم بر حقوق قراردادهای الکترونیکی» تلقی کرد اما به

جهت اهمیت ویژه‌ی آن، ترجیح داده شد به عنوان شرطی مستقل مورد شناسایی قرار بگیرد.

۲. شروط مذکور، فاقد هرگونه تأثیر در معاملات مربوط به تجارت الکترونیکی بوده و در حکم کأن لم یکن هستند.

اما قانون تعریفی از شروط غیرمنصفانه ارائه نکرده از این رو تشخیص این نوع از شروط بر عهده‌ی محاکم قضایی گذاشته شده و آن‌ها نیز باید با توجه به ماده ۴ ق.ت.ا و عرف بین تجار به این موضوع رسیدگی نمایند.^۱ البته شیوه دیگری را نیز می‌توان با استناد به ماده ۳ ق.ت.ا در رابطه با شناسایی شروط غیرمنصفانه مطرح نمود. این ماده بیان می‌کند: «در تفسیر این قانون همیشه باید به خصوصیت بین‌المللی، ضرورت توسعه هماهنگی بین کشورها در کاربرد آن و رعایت لزوم حسن نیت توجه کرد». با ظرفیت قانونی که در این ماده پیش‌بینی شده است می‌توان به مقررات سایر نظام‌های حقوقی که در این زمینه احکامی را وضع نموده‌اند مراجعه نمود. یکی از این مقررات دستورالعمل ۹۳/۱۳ شورای اتحادیه اروپا می‌باشد که با رویکرد حمایت از مصرف‌کننده و مقابله با شروط قراردادی غیرمنصفانه وضع گردیده است. بر اساس ماده ۳ این دستورالعمل، شرطی غیرمنصفانه محسوب می‌گردد که دارای چهار ویژگی باشد: الف) مفاد شرط، مورد مذاکره طرفین قرار نگرفته باشد ب) برخلاف حسن نیت باشد ج) سبب نابرابری قابل توجهی در حقوق و تعهدات طرفین گردد د) به ضرر مصرف‌کننده باشد.

۳-۱-۳. هشدار در رابطه با آثار عضویت در برنامه (اطلاع‌رسانی پیش‌قراردادی)

یکی از امور مهم در انعقاد قراردادها تبادل اطلاعات بین طرفین می‌باشد تا آن‌ها بتوانند با در نظر گرفتن این اطلاعات، ارزیابی‌های لازم را نسبت به موضوع قرارداد انجام داده و سپس تصمیم‌گیری نمایند (مالکی، شیروی، ۱۳۹۹، ص ۱۶۵). به صرف درج آبرپیوند در صفحه عضویت برنامه رایانه‌ای، شرایط و قوانین مندرج در آبرپیوند وارد دایره تراضی طرفین در قرارداد نمی‌گردد بلکه به موجب قاعده هشدار، عرضه‌کننده برنامه باید در همان صفحه این مطلب را بیان نماید که کاربر (مصرف‌کننده) با عضویت در برنامه با قوانین و شرایط برنامه موافقت می‌نماید (Walbusch Walter Busch v Zentrale zur Bekämpfung, 2019, Case law). اگرچه در نظام حقوقی ایران قاعده عام و صریحی در زمینه‌ی هشدار نسبت به آثار انجام اعمال حقوقی پیش‌بینی نشده است اما به موجب برخی از قوانین

۱. نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه شماره ۶۳۱/۹۴/۷ مورخ ۱۳۹۴/۳/۹

خاص^۱ می‌توان قائل بر این نظر بود در رابطه با آبرپیوندها عرضه‌کننده مکلف به اعلام هشدار می‌باشد. عدم انجام این تکلیف قانونی سبب می‌گردد اصولاً شرایط و قوانین مطرح شده در آبرپیوند وارد دایره تراضی طرفین نشده و ممکن است موجب شود که توافق به دلیل اختلاف در مقصود طرفین (نوع عقد) غیرمعتبر گردد.

۲-۳. شرایط فنی

۱-۲-۳. درج آبرپیوندها با ساختاری متمایز

قانون‌گذار در ماده ۳۵ ق.ت.ا عرضه‌کنندگان را ملزم به رعایت حسن نیت در رابطه با ارائه اطلاعات موضوع ماده ۳۳ و ۳۴ ق.ت.ا کرده است تا کاربران از وجود آبرپیوندها و مفاد آنها اطلاع پیدا نمایند. حسن نیت ایجاب می‌کند که عرضه‌کننده برنامه، آبرپیوند و هشدارهای لازم را به صورت کاملاً مشخص و متمایز در برنامه پیش‌بینی کند به نحوی که افراد آسیب‌پذیری مانند کودکان و یا ناتوانان ذهنی یا جسمی نیز متوجه آن گردند. بدیهی است کودکان و یا ناتوانان ذهنی یا جسمی صرفاً تا حدود اهلیت قانونی خویش می‌توانند خود را طرف قرارداد قرار دهند. لزوم رعایت حسن نیت سبب می‌شود عرضه‌کننده امکان این امر را نداشته باشد که آبرپیوند را به صورتی طراحی کند که مصرف‌کننده متوجه آن نگردد و توجهش به آن جلب نشود و بدون آگاهی کافی، با شرایط و قوانین موافقت نماید. ازاین‌رو آبرپیوند باید دارای ساختاری متمایز از سایر عناصر موجود در صفحه عضویت (ورود) برنامه رایانه‌ای باشد؛ به‌این ترتیب که نوشته‌های آبرپیوند باید به صورت برجسته، دارای خط زیر، رنگ و اندازه متفاوت و در مکانی متعارف و قابل رؤیت باشند (-Hennessey v. KOHL'S COR-PORATION, 2021, Case law). رعایت این موضوع فنی از سوی عرضه‌کننده سبب می‌گردد که دیگر ادعای مصرف‌کننده مبنی بر عدم آگاهی از پیش‌بینی آبرپیوند در برنامه رایانه‌ای قابل پذیرش نباشد مگر آنکه بتواند به نحوی اثبات نماید که آبرپیوند

۱. ماده ۳۳ قانون تجارت الکترونیکی: «فروشنندگان کالا و ارائه‌دهندگان خدمات بایستی اطلاعات مؤثر در تصمیم‌گیری مصرف‌کنندگان جهت خرید و یا قبول شرایط را از زمان مناسبی قبل از عقد در اختیار مصرف‌کنندگان قرار دهند.»
 ۲. بند ۲ ماده ۳ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان: «عرضه‌کنندگان کالا و خدمات و تولیدکنندگان مکلفاند: ... اطلاعات لازم شامل: نوع، کیفیت، کمیت، آگاهی‌های مقدم بر مصرف، تاریخ تولید و انقضاء مصرف را در اختیار مصرف‌کنندگان قرار دهند»

فاقد دیگر ویژگی‌های قانونی تعیین شده بوده است.

۲-۲-۳. ضرورت پیش‌بینی امکان لمس یا کلیک اَبَرپیوند

اَبَرپیوندها ساختاری هستند که غالباً ذیل دکمه و کادری که برای ثبت‌نام در برنامه طراحی گردیده قرار داشته و نسبت به آن‌ها امکان لمس یا کلیک پیش‌بینی شده است و پس از این عمل (لمس یا کلیک کردن) می‌باشد که می‌توان شرایط و قوانین برنامه موردنظر را (از طریق هدایت شدن به صفحه مستقل دیگری) مشاهده کرد. قانون‌گذار در ماده ۳۵ ق.ت.ا بیان داشته است که اطلاعات اعلامی به مصرف‌کننده باید روشن و صریح باشد. «روشن و صریح بودن اطلاعات» در این ماده از دو جهت قابل‌بررسی است: شکلی و ماهوی. از لحاظ شکلی یعنی اَبَرپیوند که حاوی اطلاعات لازم است به نحوی طراحی شود که مصرف‌کننده به سادگی آن را تشخیص داده و به محتوای آن دسترسی پیدا نماید همچنین از لحاظ ماهوی هم شرایط و قوانین مطرح شده از سوی عرضه‌کننده نیز برای مصرف‌کننده مبهم نبوده و معانی متعددی از آن قابل برداشت نباشد. بنابراین در صورتی که امکان لمس یا کلیک اَبَرپیوند پیش‌بینی نشده باشد، نه تنها صرفاً از لحاظ شکلی بلکه به دلیل عدم دسترسی مصرف‌کننده به مفاد اَبَرپیوند از لحاظ ماهوی نیز قانون از سوی عرضه‌کننده رعایت نشده است. عدم رعایت این مقرر با ضمانت اجرایی روبرو خواهد بود که در ادامه به آن‌ها پرداخته خواهد شد. شایان ذکر است اگر برای مشاهده شرایط و قوانین برنامه صرفاً کافی باشد که به قسمت پایین همان صفحه عضویت حرکت کرد، اَبَرپیوندی در این وضعیت وجود ندارد بلکه نوع دیگری از قراردادهای الکترونیکی پدید آمده است که معتبر می‌باشند. (Wol- (len v. Gulf Stream Restoration and Cleaning LLC, 2021: Case law به این ترتیب ماهیت حقوقی توافقنامه، از نوع «ساین این رپ»^۱ ممکن است به نوع «کلیک رپ»^۲ یا «اسکرول رپ»^۳ تغییر پیدا می‌کند. توافقنامه «ساین این رپ» که نوع جدیدی از قراردادهای آنلاین می‌باشد موافقت کاربر با شرایط و قوانین یک برنامه

1. Sign-In Wrap
2. Click Wrap
3. Scroll Wrap

رایانه‌ای را با فرایند ثبت‌نام در برنامه رایانه‌ای ترکیب کرده است. ساختاری که امروزه غالب برنامه‌های رایانه‌ای از آن پیروی می‌نمایند. (Colgate v. Juul Labs Inc., (2019: Case law).

۴. ماهیت حقوقی آبرپیوندها

مباحث حقوقی مربوط به فضای الکترونیکی تابع قوانین و مقررات عامی مانند قانون مدنی بوده مگر در مواردی که قوانین و مقررات خاصی مانند قانون تجارت الکترونیکی در این حوزه مقرر شده باشند به عبارت دیگر در صورتی که نسبت به موضوعی قوانین و مقررات اختصاصی فاقد حکم بوده و یا دارای ابهام باشند باید به قوانین و مقررات عمومی مراجعه کرد و موضوع موردنظر را بدین ترتیب مورد تحلیل و بررسی قرار داد^۱ در همین راستا در رابطه با آبرپیوندها نیز از آنجا که در رابطه با آن‌ها مقرره‌ی صریحی در قانون تجارت الکترونیکی پیش‌بینی نشده است می‌بایست در جهت رفع ابهام از آن به قانون مدنی رجوع کرد. مفاد آبرپیوندها و نوع طراحی برنامه‌های رایانه‌ای سبب شده‌اند آبرپیوندها دارای ماهیتی چندگانه بوده و هم در قالب حقوق تجارت الکترونیکی و هم در قالب حقوق مدنی قابل شناسایی باشند.

در ادامه مطالب به منظور شناسایی ماهیت حقوقی آبرپیوندها به تطبیق و تشریح آن‌ها با نهادهای موجود در حقوق تجارت الکترونیکی و حقوق مدنی با ذکر مثال خواهیم پرداخت. شایان ذکر است ساختار حقوقی اغلب برنامه‌های رایانه‌ای مشابه یکدیگر بوده و از این رو مطالب این پژوهش اختصاص به مثال‌های آورده شده ندارند و صرفاً جهت درک دقیق‌تر از موضوع به آن‌ها اشاره می‌شود.

۴-۱. حقوق تجارت الکترونیکی

آبرپیوندها را می‌توان در حقوق تجارت الکترونیکی تحت عنوان دو نهاد مورد شناسایی قرار داد: ۱- اطلاع‌رسانی پیش قراردادی ۲- شروط ارجاعی. این دو نهاد که در قانون تجارت الکترونیکی به طور ضمنی مورد اشاره قرار گرفته‌اند، احکام ویژه و اختصاصی هستند که منحصراً در فضای الکترونیکی لازم‌الرعایه می‌باشند.

۱. ماده ۴ قانون تجارت الکترونیکی

۴-۱-۱. اطلاع‌رسانی پیش‌قراردادی

یکی از امور مهم در انعقاد قراردادها تبادل اطلاعات بین طرفین می‌باشد تا آن‌ها بتوانند با در نظر گرفتن این اطلاعات، ارزیابی‌های لازم را نسبت به موضوع قرارداد انجام داده و سپس تصمیم‌گیری نمایند. اگرچه اصل کلی در رابطه با تعهد به دادن اطلاعات پیش از انعقاد قرارداد در قوانین کشور پیش‌بینی نشده است (قاسمی، طالب احمدی، ۱۳۹۰، ص ۱۸۱) اما می‌توان در برخی از قوانین به صورت موردی آن را یافت. به موجب ماده ۳۳ ق.ت.ا عرضه‌کنندگان کالا و خدمات در قالب برنامه‌های رایانه‌ای باید اطلاعات مؤثر در تصمیم‌گیری مصرف‌کنندگان جهت خرید و یا قبول شرایط را در زمان مناسبی قبل از عقد به آن‌ها ارائه نمایند. «حداقل اطلاعات لازم، شامل موارد زیر می‌باشد: الف - مشخصات فنی و ویژگی‌های کاربردی کالا و یا خدمات. ب - هویت تأمین‌کننده، نام تجاری که تحت آن نام به فعالیت مشغول می‌باشد و نشانی وی. ج - آدرس پست الکترونیکی، شماره تلفن و یا هر روشی که مشتری در صورت نیاز بایستی از آن طریق با فروشنده ارتباط برقرار کند. د - کلیه هزینه‌هایی که برای خرید کالا بر عهده مشتری خواهد بود (از جمله قیمت کالا و یا خدمات، میزان مالیات، هزینه حمل، هزینه تماس). ه - مدت زمانی که پیشنهاد ارائه شده معتبر می‌باشد. و - شرایط و فرایند عقد از جمله ترتیب و نحوه پرداخت، تحویل و یا اجرا، فسخ، ارجاع، خدمات پس از فروش.» در همین راستا ماده ۶۹ ق.ت.ا نیز برای عرضه‌کننده متخلف از ماده ۳۳ جزای نقدی پیش‌بینی نموده است.

با توجه به مطالب بیان شده می‌توان گفت شرکت‌هایی که در قالب برنامه‌های رایانه‌ای به ارائه کالا و خدمات می‌پردازند باید اطلاعاتی را که در تصمیم‌گیری کاربر جهت استفاده از کالا و خدمات برنامه نقش دارند و مؤثر است را در اختیار او قرار دهند. از آنجا که این اطلاعات باید در زمان مناسبی یعنی قبل از انعقاد قرارداد اصلی در اختیار کاربر باشد از این رو نهاد اَبَرپیوند یکی از بهترین شیوه‌هایی است که عرضه‌کنندگان می‌توانند اطلاعات لازم را از طریق آن به آگاهی مصرف‌کنندگان برسانند زیرا جهت دسترسی به اَبَرپیوند نه تنها انعقاد قرارداد اصلی لزومی ندارد بلکه حتی در صورت پیش‌بینی عضویت و انعقاد قرارداد مقدماتی، گذراندن آن مرحله نیز ضروری نبوده و مصرف‌کننده به ساده‌ترین شکل ممکن یعنی صرفاً با یک کلیک یا لمس می‌تواند به

به اطلاعات دسترسی داشته باشد. همچنین از ماده ۳۳ و سایر مواد استنباط می‌گردد که قانون‌گذار مصرف‌کننده را ملزم به مطالعه اطلاعات ارائه شده ندانسته و صرف اینکه اطلاعات به او ارائه گردد کافی است و مصرف‌کننده الزامی بر کلیک یا لمس آبرپیوند ندارد. در همین راستا غالب برنامه‌های رایانه‌ای به نحوی طراحی می‌گردند که در همان صفحه ابتدایی برنامه به کاربر این هشدار را می‌دهند، عضویت آن‌ها در برنامه به معنای پذیرش و مطالعه اطلاعات و شرایط پیرامون برنامه است ولو آنکه در واقع اقدام به این عمل نکرده باشند. مسئله‌ی قابل توجه دیگر در این رابطه ضمانت اجرای مطرح شده نسبت به عدم رعایت ماده ۳۳ می‌باشد. قانون‌گذار در قانون تجارت الکترونیکی صرفاً به ضمانت اجرای کیفری (جزای نقدی) اشاره کرده است که صرفاً تأمین‌کننده منافع دولت می‌باشد اما این موضوع مانع از این امر نمی‌باشد که با استفاده از قواعد عمومی قائل به ضمانت اجرای حقوقی نباشیم. به طور کلی در خصوص عدم انجام اطلاع‌رسانی پیش قراردادی، سه ضمانت اجرا قابل تصور است: بطلان قرارداد، فسخ قرارداد (یا حق انصراف) و اخذ خسارت. اگر اقدام عرضه‌کننده برنامه رایانه‌ای در عدم ارائه مناسب اطلاعات مؤثر پیش قراردادی منجر به این امر گردد که کاربر در نوع یا موضوع عقدی که در بستر برنامه رایانه‌ای ایجاد خواهد شد دچار اشتباه شود به این ترتیب که نوع یا موضوع عقد مورد نظر کاربر با عرضه‌کننده متفاوت باشد و از این رو توافق اراده‌ها صورت نگیرد، قرارداد باطل خواهد بود؛ برای مثال: در برنامه‌های رایانه‌ای منتشرکننده فیلم و سریال^۱ که به ارائه اطلاعات پیش قراردادی اقدام نکرده‌اند^۲، برخی از کاربران با این قصد اقدام به عضویت و خریداری اشتراک می‌کنند که بر اساس قراردادی که در بستر برنامه رایانه‌ای با عرضه‌کننده برنامه منعقد می‌نمایند، مالک فیلم و سریال‌های مورد نظر خود شوند و به این ترتیب نسبت به آن فیلم و سریال‌ها حق هرگونه تصرفی اعم از فروش یا پخش عمومی را به صورت دائمی دارا هستند در حالی که از جمله شرایط و قوانین این دسته از برنامه‌ها که به طور صریح توسط عرضه‌کنندگان بیان شده است ممنوعیت کلیه این امور می‌باشد^۳ ۴

۱. مانند: فیلیمو و نماوا.

۲. پلتفرم نماوا ارائه اطلاعات پیش قراردادی را در اپلیکیشن و وب سایت خود پیش‌بینی نکرده است.

۳. بند ۸ قوانین فیلیمو

۴. ماده ۱ قوانین و مقررات نماوا

در همین راستا از لحاظ تحلیلی با توجه به شرایط و قوانین برنامه‌های موجود در این حوزه می‌توان گفت، قصد شرکت‌ها از عرضه فیلم و سریال‌ها در برنامه‌های رایانه‌ای خود، صرفاً اعطاء حق بهره‌برداری و مشاهده در چارچوب مقررات داخلی برنامه است و روابط حقوقی آن‌ها با کاربران بر اساس قرارداد حق انتفاعی (ماده ۴۰ ق.م) می‌باشد که برای مدتی معین و خاص (ماده ۴۲ ق.م) منعقد گردیده و مالکیتی را نیز برای کاربران ایجاد نمی‌نماید.

همچنین با توجه به مبنا و مفهوم ماده ۳۳ ق.ت.ا می‌توان گفت اطلاعاتی که عرضه‌کننده برنامه رایانه‌ای در اَبَرپیوند قرار می‌دهد، محرک مصرف‌کننده در رضایت به قرارداد است به عبارت دیگر اطلاعات مذکور سبب رغبت و اشتیاق مصرف‌کننده در انعقاد قرارداد در بستر برنامه رایانه‌ای با عرضه‌کننده می‌شود. اشتباه در مفاد مندرج در اَبَرپیوند می‌تواند موجب معیوب شدن رضا مصرف‌کننده گردد اما خدشه‌ای بر قصد و تراضی طرفین وارد نمی‌کند. ضمانت اجرای عیب رضا، عدم نفوذ قرارداد است که مصرف‌کننده می‌تواند قرارداد الکترونیکی را رد یا قبول نماید. به عنوان مثال یکی از مواردی که به موجب ماده ۳۳ اطلاعاتی نسبت به آن باید توسط عرضه‌کننده در اختیار مصرف‌کننده قرار گیرد در رابطه با موضوع «خدمات پس از فروش» است (بند و ماده ۳۳). برخی از اپلیکیشن‌های تلفن همراه اگرچه در اَبَرپیوندهای خود به طور مطلق به ارائه خدمات پس از فروش در قالب پاسخگویی به سؤالات مصرف‌کنندگان از طریق ایمیل یا عرضه بسته‌های به‌روزرسانی اپلیکیشن به صورت رایگان و ... اشاره می‌کنند اما پس از خریداری برنامه، یا به طور کلی امکان درخواست خدمات پس از فروش در برنامه پیش‌بینی نشده یا خدمات پس از فروش صرفاً محدود به موضوعاتی نظیر چگونگی استفاده از برنامه است و شامل موضوعات دیگری همچون مسائل فنی برنامه نمی‌شود. در این حالت اگرچه اصولاً در هفت روز ابتدایی مصرف‌کننده می‌تواند از حق انصراف استفاده نماید اما پس از آن هفت روز صرفاً می‌تواند با استناد به مفاد اَبَرپیوند، درخواست فسخ قرارداد کرده و مبلغ پرداختی خود را مسترد نماید. همچنین علاوه بر این موارد بحث تدلیس و سایر مباحث دیگر نیز با توجه به مفاد مطرح شده در اَبَرپیوندهای برنامه‌های رایانه‌ای قابل تحقق است (آهنگران، احمدی، ۱۳۹۸، صص ۶-۷).

شایان ذکر است در صورتی که عملکرد عرضه‌کننده برنامه رایانه‌ای در ارائه‌ی اطلاعات پیش‌قراردادی در قالب آبرپیوند سبب اشتباه مصرف‌کننده شده و در نهایت منتهی به بطلان یا فسخ قرارداد شود به علت آنکه اشتباه ناشی از تقصیر عرضه‌کننده می‌باشد لذا وی مسئول خسارات ناشی از بطلان و فسخ معامله است.

۴-۱-۲. شروط ارجاعی

در قراردادهای الکترونیکی نیز اشخاص می‌توانند همانند قراردادهای کاغذی (سنتی) شروطی را پیش‌بینی نمایند. به‌طور کلی شروط از لحاظ چگونگی اتصال به قرارداد به چهار دسته تقسیم می‌شوند که عبارت هستند از: (۱) شرط مصرح (۲) شرط تبانی یا بنایی (۳) شروط ضمنی (۴) شرط بعدی یا شرط الحاقی (شهیدی، ۱۳۹۷، ج ۴، صص ۴۰-۴۱). این شروط در قراردادهای الکترونیکی نیز قابل‌تصور هستند. نسبت به شروط مذکور در قراردادهای الکترونیکی همان قواعدی حاکم خواهد بود که بر قراردادهای کاغذی حاکم است و مطلب جدیدی در این رابطه مطرح نیست. مسئله مهمی که مورد‌نظر است نوعی خاص و جدید از شروط می‌باشد که در قانون تجارت الکترونیکی پیش‌بینی شده و از آنجا که نحوه ارائه آن به کاربر متفاوت از دیگر شروط به خصوص شروط مصرح است و این موضوع دارای آثار خاصی می‌باشد از این‌رو نمی‌توانیم آن را مصداقی از سایر شروط تلقی نماییم. شروط ارجاعی نوع ویژه‌ای از شروط می‌باشند که می‌توان آن را از ماده ۱۷ ق.ت.ا استنباط نمود. ماده مذکور اگرچه به‌طور صریح به شروط ارجاعی تصریح نکرده است اما با توجه به قواعدی که در این زمینه مقرر داشته برخی آن را تحت عنوان مزبور مورد شناسایی قرار داده‌اند (رجوع شود به حبیب زاده، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۲۰۹؛ صادقی نشاط، ۱۳۹۴، ص ۱۲۷).

این شروط را می‌توان به این ترتیب تعریف نمود: «در این روش به جای نوشتن مفاد شروط در متن قرارداد، لینکی در آن گنجانده می‌شود که با باز کردن آن مخاطب به صفحه مجزایی ارجاع داده می‌شود که شروط قراردادی در آن درج شده است» (حبیب زاده، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۲۰۹). به عنوان مثال عبارتی که در صفحه ثبت‌نام (عضویت) برنامه‌ی رایانه‌ای (اپلیکیشن و سایت) فیدیبو^۱ مطرح می‌شود یعنی «قوانین

۱. فروشگاه قانونی کتاب الکترونیک و کتاب صوتی

استفاده از فیدیبو را پذیرفته‌ام.» از جمله مصادیق شروط ارجاعی می‌باشد. هنگامی که کاربر با تلفن هوشمند خود به برنامه فیدیبو وارد می‌شود برای عضویت و ورود باید شماره تلفن همراه خود را در کادری وارد نماید، در ذیل این کادر جمله فوق نوشته شده است. وی می‌تواند با لمس کردن «قوانین استفاده» که وضعیت ظاهری آن متفاوت از سایر عبارات است به صفحه‌ای که در آن «شرایط و قوانین استفاده از سرویس و خدمات فیدیبو» درج شده است منتقل شود و متن آن را مطالعه نماید.

ماده ۱۷ ق.ت.ا که منبع استنباط شروط ارجاعی می‌باشد بیان می‌دارد: «ارجاع در داده‌پیام» با رعایت موارد زیر معتبر است: الف - مورد ارجاع به‌طور صریح در «داده‌پیام» معین شود. ب - مورد ارجاع برای طرف مقابل که به آن تکیه می‌کند روشن و مشخص باشد. ج - «داده‌پیام» موضوع ارجاع مورد قبول طرف باشد.» در ابتدا موضوعی که مورد توجه قرار می‌گیرد «بندهای ب و ج ماده ۱۷ [می‌باشند] که به درستی ترجمه و نگارش نگردیده‌اند؛ مثلاً بند ب ... ترجمه صحیح آن عبارت است از: [مورد ارجاع برای طرفی که این ارجاع ممکن است علیه او استناد گردد روشن باشد]. بند ج نیز به خوبی ترجمه و تنظیم نگردیده است. ... ترجمه صحیح آن عبارت است از: «موضوع ارجاع مورد قبول طرف نامبرده در بند ب باشد» (ساوایی، ۱۳۹۱، ص ۳۹۵).

در رابطه با بند الف ماده ۱۷ ق.ت.ا باید به این نکته اشاره کرد که ارجاع دهی در قراردادهای به اسناد دیگر از گذشته در قراردادهای سنتی (کاغذی) نیز مورد استفاده قرار می‌گرفته و از این‌رو در قوانین قبل از قانون تجارت الکترونیکی نیز این موضوع پیش‌بینی شده است؛ به عبارت دیگر می‌توان گفت بند الف ماده ۱۷ ق.ت.ا همان حکمی را بیان می‌کند که ماده ۱۳۰۴ ق.م. به آن اشاره کرده و تنها تفاوت آن‌ها اختصاص داشتن مورد اول به فضای دیجیتال و اختصاص داشتن مورد دوم به فضای حقیقی است. به عنوان مثال در صفحه ثبت‌نام برنامه فیدیبو نیز، عرضه‌کننده با درج عبارت «قوانین استفاده» مشخص کرده است منظورش کدام داده‌پیام می‌باشد و به همین سبب، عنوان صفحه‌ای که به آن ارجاع داده شده را نیز «شرایط و قوانین استفاده از سرویس و خدمات فیدیبو» نام‌گذاری کرده است. اثر ارجاع در داده‌پیام این می‌باشد

۱. ماده ۱۳۰۴ قانون مدنی: هر گاه امضای تعهدی در خود تعهدنامه نشده و در نوشته علی‌حده شده باشد آن تعهدنامه بر علیه امضاکننده دلیل است در صورتی که در نوشته مصرح باشد که به کدام تعهد یا معامله مربوط است.

که وقتی داده پیامی اعم از سند کاغذی یا سند الکترونیکی توسط داده‌پیام اصلی مورد ارجاع قرار می‌گیرد به مانند این می‌باشد که کلیه متون آن اسناد در داده‌پیام اصلی ذکر شده است و از لحاظ حقوقی هر دو واجد اثر حقوقی هستند مشروط بر آنکه مخالف قوانین آمره نباشد.

بند ب این شرط را مطرح می‌کند، صفحه‌ای که به آن ارجاع شده باید برای کاربر مشخص باشد که دارای چه مفادی است زیرا ممکن است مطالب آن بر علیه او مورد استناد قرار بگیرند بنابراین باید بداند که چه چیزی را می‌پذیرد، آیا شروطی می‌باشد که از سوی عرضه‌کننده تعیین شده است؟ یا مقرراتی است که باید به موجب قانون در قرارداد رعایت کند؟ یا ترکیبی از این دو؟. به عنوان مثال در آبرپیوند برنامه فیدیبو عمده مفاد مطرح شده شروطی می‌باشند که در جهت بهره‌برداری کاربر از برنامه مطرح شده‌اند و به نوعی مقررات داخلی تلقی می‌شوند که مصرف‌کننده باید آن‌ها را رعایت نماید. همچنین عرضه‌کننده این موضوع را نیز مطرح کرده است که «کلیه اصول و رویه‌های فیدیبو منطبق با قوانین جمهوری اسلامی ایران به ویژه قانون تجارت الکترونیکی، قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان و قانون حمایت از حقوق مصرف‌کننده است و متعاقباً کاربر نیز موظف به رعایت قوانین مرتبط با کاربر است که در ادامه خواهد آمد.»^۱. بدیهی است در صورت تعارض میان مفاد تعیین شده (مقررات داخلی) توسط عرضه‌کننده با قوانین، در صورتی که قوانین از نوع آمره باشند مفاد تعیین شده بی‌اعتبار خواهند بود ولو آنکه کاربر آن‌ها را پذیرفته باشد و اگر قوانین از نوع تکمیلی باشند مفاد تعیین شده بر روابط عرضه‌کننده و مصرف‌کننده حاکم خواهند بود مشروط به این امر که آن‌ها به نحو قانونی به اطلاع کاربر رسیده باشند و او نیز آن‌ها را پذیرفته باشد.

در نهایت بند ج نیز این شرط را بیان می‌کند که موضوع ارجاع باید از سوی کاربر قبول شود. این قبولی از سوی کاربر می‌تواند به شیوه‌ها و در مراحل مختلف انجام گیرد. به عنوان مثال در برنامه فیدیبو قبولی کاربر صرفاً در همان مرحله ثبت‌نام و از طریق وارد کردن شماره تلفن همراه و لمس یا کلیک بر روی گزینه ورود صورت می‌گیرد اما در برنامه شیپور قبولی کاربر در مرحله ثبت‌نام اولیه نبوده بلکه در مرحله

۱. بند نخست قوانین عمومی

دوم یعنی هنگام ثبت آگهی صورت می‌گیرد. در هر حال در صورتی که شروط ارجاعی از سوی کاربر در هر مرحله‌ای مورد پذیرش نباشد نه تنها آن‌ها جزء قرارداد محسوب نمی‌گردند بلکه قرارداد اصلی هم منعقد نمی‌شود و اصولاً کاربر از کلیه خدمات برنامه رایانه‌ای محروم خواهد شد.^۱

۲-۴. حقوق مدنی

بر اساس ظرفیت‌های موجود در حقوق مدنی، می‌توانیم ماهیت حقوقی اَبَرپیوندها را تحت عنوان سه نهاد مورد شناسایی قرار دهیم: ۱- قرارداد مقدماتی (پیش‌قرارداد) ۲- شرط تبانی (شرط بنایی) ۳- درخواست ایجاب همراه با یک قرارداد فرعی.

۱-۲-۴. قرارداد مقدماتی (پیش‌قرارداد)

اصولاً در برنامه‌های رایانه‌ای که به ارائه کالا و خدمات می‌پردازند قبل از قرارداد اصلی یک پیش‌قرارداد (قرارداد مقدماتی) عرضه‌کننده (شرکت) با مصرف‌کننده (کاربر) منعقد می‌نماید که به موجب آن عرضه‌کننده متعهد می‌شود در صورت پذیرش «شرایط و قوانین» او از سوی مصرف‌کننده، موقعیتی را برای وی فراهم نماید که بتواند از امکانات برنامه استفاده نماید. مرحله انعقاد قرارداد مقدماتی در برنامه‌های رایانه‌ای تحت عنوان مرحله ثبت‌نام یا عضویت پیش‌بینی شده است که در آن شرایط و قوانین برنامه در قالب یک یا چند اَبَرپیوند در دسترس مصرف‌کننده قرار می‌گیرد. در این مرحله مصرف‌کننده می‌پذیرد توافق اصلی در چارچوب قرارداد مقدماتی که کلیه شرایط حاکم بر آن را عرضه‌کننده برنامه تعیین کرده است شکل بگیرد؛ یعنی مصرف‌کننده پیش از آنکه از امکانات برنامه استفاده نماید، ملزم می‌شود که شروط

۱. در سال ۲۰۲۱ میلادی برنامه واتساپ که متعلق به شرکت متا می‌باشد سیاست حفظ حریم خصوصی جدید خود را اعلام کرد. جهت پذیرش سیاست‌های جدید، کاربران باید روی گزینه «موافقم» در صفحه‌ای که هنگام ورود به برنامه ظاهر می‌شد لمس می‌کردند. در این صفحه کاربران می‌توانستند با لمس عبارت سیاست حریم خصوصی که در قالب اَبَرپیوند پیش‌بینی شده بود، مفاد آن را مطالعه نمایند و پس از آن تصمیم به موافقت یا عدم موافقت می‌گرفتند. این مسئله تا به امروز همچنان ادامه دارد. کاربرانی که سیاست‌های جدید واتساپ را نپذیرند از برخی قابلیت‌های برنامه محروم خواهند شد.

قراردادی را در هر صورت اعم از آنکه آن‌ها را مطالعه کرده یا خیر، قبول نماید؛ به عبارت دیگر قبول مفاد و شروط از سوی مصرف‌کننده، لازمه انعقاد قرارداد اصلی است (السان، ۱۳۸۵، ص ۳۴۸). به عنوان مثال در برنامه‌های رایانه‌ای «فروشگاه‌های اینترنتی»^۱، کاربران در ابتدا باید با عضویت خود در آن برنامه‌ها، موافقت خویش را با شرایط و قوانین فروشگاه اعلام نمایند سپس پس از آن خواهند توانست به تهیه کالاها و خدمات مورد نیازشان از فروشگاه اقدام نمایند و به عبارتی قرارداد اصلی خود را با عرضه‌کننده منعقد کنند. شایان ذکر است قرارداد مقدماتی برای مصرف‌کننده یا عرضه‌کننده هیچ‌گونه الزامی نسبت به انعقاد قرارداد اصلی با طرف دیگر ایجاد نخواهد کرد بلکه فقط این موضوع را تصریح می‌کند که هرگونه قراردادی که آن‌ها بخواهند در آینده با یکدیگر منعقد نمایند باید در چارچوب قرارداد مقدماتی باشد در غیر این صورت انعقاد قرارداد ممکن نخواهد بود (السان، ۱۳۹۷، ص ۴۱). در همین راستا باید گفت قرارداد مقدماتی متشکل از اَبَرپیوند آثار خاص خود را داشته و در حقیقت تمهید مقدمه است و نباید آن را با اثر نهایی و مطلوب قرارداد اصلی اشتباه کرد. بنابراین اگر قرارداد مقدماتی متشکل از اَبَرپیوند به معنای تجلی و تلاقی اراده و قصد مشترک عرضه‌کننده و مصرف‌کننده در انجام تعهداتی باشد که بین خود مشخص نموده‌اند، در قلمرو ماده ۱۰ ق.م.م.گنجد و از عقود عهدی محسوب خواهد شد.

۴-۲-۲. شرط تبانی (شرط بنایی)

در نظام حقوقی ایران^۲ «شرط تبانی» (شرط بنایی) ماهیت دیگری است که تحت عنوان آن می‌توانیم وضعیت حقوقی اَبَرپیوندها را مورد شناسایی قرار دهیم. شرط تبانی به این ترتیب می‌باشد که طرفین پیش از انعقاد قرارداد بر التزام به شروط مشخصی توافق کرده و سپس قرارداد را بر مبنای آن شروط واقع می‌سازند اما در متن قرارداد به آن شروط تصریح نمی‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۳، ص ۱۱۵-۱۱۶). اغلب برنامه‌های رایانه‌ای^۳ به نحوی طراحی شده‌اند که کاربر برنامه جهت رسیدن به مقصود

۱. مانند: آکالا

۲. مواد ۱۱۲۸ و ۱۱۱۳ قانون مدنی

۳. مانند: اسنپ، تپسی، دیجی کالا، فیدیبو، طاقچه و ...

خود باید دو مرحله را طی نماید^۱. در مرحله اول عرضه‌کننده پیش از آنکه اجازه بهره‌برداری از برنامه خود را به کاربر بدهد شرایط و قوانین برنامه را در قالب آبرپیوند به او ارائه می‌نماید و در همان مرحله نیز این موضوع را بیان می‌کند که ورود به برنامه به معنای پذیرش شرایط و قوانین مذکور خواهد بود. در مرحله دوم کاربر بر اساس شرایط و قوانینی که از قبل پذیرفته است از قابلیت‌های برنامه استفاده می‌نماید بدون آنکه دوباره همان شرایط و قوانین در این مرحله برای پذیرش مجدد وی تکرار شوند به عبارت دیگر در مرحله‌ی دوم که طرفین تصمیم به انعقاد قرارداد اصلی می‌نمایند و ایجاب و قبول را صادر می‌کنند قرارداد اصلی باید در برنامه رایانه‌ای واقع شود که از قبل شروط تبانی طرفین در آن موجود است، این عوامل سبب می‌گردند که شروط تبانی در هنگام ایجاب و قبول در نظر گرفته شده و آن‌ها پس از انعقاد قرارداد اصلی به شروط ضمن عقد تبدیل شوند که در نهایت یک قرارداد واحد را تشکیل می‌دهند. ذکر این نکته لازم است که تخلف از شروطی که قرارداد متباین بر اساس آن‌ها واقع شده سبب حق فسخ خواهد شد و هیچ تفاوتی میان شرط تبانی که در فضای الکترونیکی شکل گرفته با شرط تبانی که در فضای حقیقی پدید آمده وجود ندارد.

۴-۲-۳. درخواست ایجاب همراه با یک قرارداد فرعی

طراحی خاص برنامه‌های رایانه‌ای ویژه کسب‌وکار و پیش‌بینی آبرپیوندها در آن‌ها سبب می‌گردند فرایند انعقاد قراردادهای الکترونیکی اصلی در بستر برنامه‌های مذکور در طول دو مرحله انجام گیرد: مرحله عضویت (قرارداد الکترونیکی فرعی) و مرحله ارائه‌ی کالا و خدمات (قرارداد الکترونیکی اصلی).

مرحله عضویت در برنامه‌های رایانه‌ای را نمی‌توان ایجابی از سوی عرضه‌کنندگان برنامه برای انعقاد قرارداد الکترونیکی اصلی که منتهی به امکان استفاده کاربر از قابلیت‌های برنامه می‌گردد تلقی کرد حتی اگر کاربر با پذیرش شرایط و قوانین برنامه به عضویت برنامه درآمده باشند زیرا ایجاب اعلام اراده‌ی کسی است که بر مبنای معینی به شخص دیگری پیشنهاد انعقاد قرارداد می‌دهد به ترتیبی که اگر پیشنهاد، مورد قبول شخص واقع شود، وی به مفاد آن پای بند خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۱،

۱. برخی برنامه‌های دیگر مانند: کافه بازار و ... تک مرحله‌ای طراحی شده‌اند.

ص ۲۸۲). پیشنهادی، ایجاب تلقی می‌شود که متضمن عناصر اصلی قرارداد بوده و به اندازه کافی کامل، مشخص و قاطع باشد. مرحله عضویت در برنامه رایانه‌ای حاوی کلیه عناصر قرارداد الکترونیکی اصلی نیست به عنوان مثال قیمت کالا یا خدمات یکی از عناصر اساسی قرارداد می‌باشد اما در مرحله عضویت قیمت کالا و خدمات مشخص نیست. همچنین عبارتهای درج شده در مرحله عضویت مانند «با عضویت در برنامه، شرایط و قوانین را می‌پذیرم» نمی‌توانند سبب انشای قرارداد اصلی شوند؛ زیرا صراحتی در انعقاد قرارداد ندارند.

انتشار برنامه‌های رایانه‌ای ویژه کسب‌وکار در فضای مجازی را می‌توان اعلام آمادگی عرضه‌کننده برای انعقاد قرارداد اصلی و دعوت از عموم اشخاص جهت بهره‌برداری از برنامه به شمار آورد به عبارت دیگر منتشر نمودن برنامه رایانه‌ای از سوی عرضه‌کننده، درخواست ایجاب قرارداد الکترونیکی اصلی است ولی حاوی این شرط نیز می‌باشد که مصرف‌کننده (کاربر)، ابتدا باید شرایط و قوانین برنامه را بپذیرد و سپس ایجاب را خطاب به عرضه‌کننده صادر نماید، بنابراین قبل از قرارداد الکترونیکی اصلی، یک قرارداد فرعی در رابطه با چگونگی تشکیل قرارداد بین عرضه‌کننده و مصرف‌کننده بسته خواهد شد که ایجاب آن را عرضه‌کننده انشا کرده است. بر اساس توضیحات ارائه شده می‌توان گفت هرگاه پیش‌بینی مرحله عضویت در برنامه رایانه‌ای، اوصاف حقوقی ایجاب را داشته باشد^۱ با قبول شرایط و قوانین درج شده در مرحله عضویت توسط کاربر، قرارداد الکترونیکی فرعی منعقد می‌گردد.

ممکن است در طراحی برنامه‌های رایانه‌ای و همچنین در مفاد شرایط و قوانین برنامه‌ها^۲ برای عرضه‌کنندگان موقعیت و اختیاری پیش‌بینی شود که بتوانند پیشنهادهای مصرف‌کنندگان را حتی در صورت پرداخت هزینه‌ها، بررسی کرده و رد

۱. مانند اینکه قصد التزام انشا کننده از آن استنباط شود.

۲. شرایط و قوانین استفاده از سرویس‌ها و خدمات دیجی کالا - بخش تعریف فروشنده و شرایط کالاهای فروشندگان - بند ۸

قوانین و مقررات آکالا - بخش ثبت پردازش و ارسال سفارش - بند ۲

شرایط و قوانین استفاده از خدمات اسنپ و طرف تجاری در سوپر اپ - بند ۱۷ ماده ۳

شرایط و مقررات استفاده از خدمات هوشمند جابجایی مسافر تپسی برای کاربران مسافر - بند ۵ ماده ۳

یا لغو نمایند^۱ (مظاهری، خادمی کوشا، ۱۳۹۸، ص ۱۵۲)، در چنین مواردی می‌توانیم قائل بر این نظر باشیم که عرضه‌کننده در رابطه با ارائه‌ی کالا و خدمات خود قاطعیت نداشته و از این‌رو عمل کاربر در سفارش کالا و خدمات ایجاب محسوب خواهد شد و او باید در انتظار قبول از طرف عرضه‌کننده باشد. به طور کلی می‌توان گفت برای تشخیص ایجاب یا قبول بودن اقدام کاربر جهت بهره‌برداری از قابلیت‌های برنامه رایانه‌ای، علاوه بر توجه به قرائن موجود مانند ساختار طراحی برنامه، باید به مفاد شرایط و قوانین برنامه نیز دقت داشت.

۱. جهت مطالعه توضیحات بیشتر به مقاله «بررسی تطبیقی ماهیت حقوقی شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات هوشمند حمل‌ونقل (اسنپ و اوپو) در نظام‌های حقوقی ایران، ایالات متحده آمریکا و اتحادیه اروپا» مراجعه نمایید.

برآمد

برنامه‌های رایانه‌ای نقش محوری را در گسترش تجارت الکترونیکی ایفاء می‌نمایند از این‌رو ضروری است به ابعاد حقوقی مختلف آن‌ها پرداخته شود. امروزه یکی از مهم‌ترین چالش‌های حقوقی که نسبت به برنامه‌های رایانه‌ای مطرح است ماهیت حقوقی آبرپیوندها در آن‌ها می‌باشد. آبرپیوندها در برنامه‌های رایانه‌ای کیفیت روابط میان عرضه‌کنندگان و مصرف‌کنندگان را تعیین می‌کنند. این مقاله در تلاش بوده است که با بهره‌گیری از قوانین و مقررات موجود ساختارهایی را در جهت قاعده‌مند سازی آبرپیوندها تعریف نماید. از مجموعه مباحث مطرح شده در این نوشتار نتایج ذیل حاصل گردید:

۱- در نظام حقوقی ایران قوانین و مقررات اختصاصی که به صورت صریح به نهاد آبرپیوندها و شناسایی آن‌ها پرداخته باشند پیش‌بینی نشده است اما بررسی‌های فنی و حقوقی صورت گرفته نسبت به ساختار آبرپیوندها و چگونگی بهره‌برداری از آن‌ها در برنامه‌های رایانه‌ای، بیانگر این امر بودند که می‌توان آن‌ها را با استفاده از قوانین و مقررات فعلی کشور به طور ضمنی مورد شناسایی قرار داد و الزاماتی را در جهت ضابطه‌مند کردن آن‌ها بیان نمود از این‌رو آبرپیوندها صرفاً در صورتی دارای ماهیت حقوقی خواهند بود که با رعایت شرایط قانونی در برنامه رایانه‌ای درج شده باشند.

۲- قانون‌گذار در راستای حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان، تکالیفی را نسبت به عرضه‌کنندگان پیش از آنکه به صورت الکترونیکی به ارائه کالا و خدمات خود بپردازند وضع نموده است. در همین راستا عرضه‌کنندگان برنامه‌های رایانه‌ای به منظور آنکه در برنامه‌های خود از مزایای آبرپیوندها بهره‌مند شوند باید شرایط مشخصی را در هنگام طراحی آن‌ها در برنامه خود رعایت نمایند. با توجه به این موضوع که آبرپیوندها دارای ساختار دو وجهی فنی-حقوقی هستند از این‌رو جهت درج آن‌ها در برنامه‌های رایانه‌ای نیز دو دسته شرایط از سوی عرضه‌کنندگان باید مد نظر قرار گیرد: (۱) شرایط حقوقی؛ عبارت‌اند از: الف) رعایت قواعد عمومی حاکم بر حقوق قراردادهای الکترونیکی، ب) عدم درج شروط خلاف حقوق مصرف‌کنندگان و غیرمنصفانه (ج) هشدار در رابطه با آثار عضویت در برنامه. عرضه‌کننده باید با توجه به دو شرط نخست اقدام به تنظیم مفاد مندرج در آبرپیوندها نماید از این‌رو محدودیت‌های وی در تنظیم قرارداد الکترونیکی

نسبت به قرارداد سنتی بیشتر خواهد بود. همچنین مفاد اَبَرپیوندها هنگامی میان عرضه‌کننده و مصرف‌کننده قابل استناد خواهد بود که هشدارهای لازم در این رابطه به مصرف‌کننده اعلام شده باشد. ۲) شرایط فنی؛ عبارت‌اند از: الف) درج اَبَرپیوندها با ساختاری متمایز ب) ضرورت پیش‌بینی امکان لمس یا کلیک اَبَرپیوند. اگرچه اَبَرپیوندها دارای ساختار فنی اختصاصی خود می‌باشند اما از آنجا که در رابطه با شناسایی و تعریف ساختار فنی آن‌ها مقرره‌ای پیش‌بینی نشده است، عرضه‌کنندگان می‌توانند جزییات ساختار فنی اَبَرپیوندها را تا مقداری که سبب تغییر ماهیت فنی آن‌ها نشود تغییر دهند. عدم رعایت شرایط فنی مقرر شده باعث نمی‌گردند که قرارداد الکترونیکی تشکیل نشود بلکه تحت شرایطی ممکن است یا موجب بطلان قرارداد شوند یا آنکه سبب ایجاد حق فسخ گردند.

۳- بررسی‌ها و تحلیل‌های صورت گرفته در خصوص جایگاه اَبَرپیوندها در برنامه‌های رایانه‌ای بیانگر این امر هستند که ساختارهای فنی و حقوقی اغلب برنامه‌های رایانه‌ای مشابه یکدیگر بوده و اَبَرپیوندها در مرحله‌ی عضویت آن‌ها پیش‌بینی شده‌اند و در مرحله‌ی انعقاد قرارداد اصلی مورد استفاده قرار نگرفته‌اند؛ البته شایان ذکر است در برخی برنامه‌های رایانه‌ای که به صورت تک مرحله‌ای (مرحله‌ی انعقاد قرارداد اصلی) طراحی شده‌اند، اَبَرپیوندها در همان مرحله مورد بهره‌برداری قرار گرفته‌اند. بر اساس یافته‌های به دست آمده باید اظهار داشت با توجه به فقدان قوانین و مقررات صریح و اختصاصی در این زمینه و به تبع آن آزادی عمل عرضه‌کنندگان در طراحی برنامه‌های رایانه‌ای و اَبَرپیوندهای آن‌ها، اصولاً ماهیت حقوقی اَبَرپیوندها در برنامه‌های رایانه‌ای واحد و ثابت نبوده و ضروری است ماهیت حقوقی هر مورد را با توجه به مفاد اَبَرپیوندها و نوع طراحی برنامه‌ها مشخص نمود. در همین راستا بر اساس قواعد حقوق مدنی می‌توانیم اَبَرپیوندها را تحت سه عنوان مورد شناسایی قرار دهیم: ۱- قرارداد مقدماتی ۲- شرط تبانی ۳- درخواست ایجاب همراه با یک قرارداد فرعی. همچنین بر اساس قواعد حقوق تجارت الکترونیک نیز می‌توان تحت دو عنوان آن‌ها را مورد شناسایی قرار داد: ۱- اطلاع‌رسانی پیش‌قراردادی ۲- شروط ارجاعی. هدف عرضه‌کننده کالا و خدمات از پیش‌بینی اَبَرپیوند در برنامه رایانه‌ای خود، متعهد ساختن مصرف‌کننده نسبت به رعایت شرایط و قوانین برنامه است و متفاوت بودن ماهیت حقوقی اَبَرپیوندها خدشه‌ای به

این موضوع وارد نمی‌کند. در هر حال مصرف‌کننده با وارد نمودن شماره تلفن خود یا هر عمل دیگری و ثبت نام در برنامه رایانه‌ای، اراده (قصد و رضای) خویش را نسبت به پذیرش شرایط و قوانین برنامه تحت عناوین ذکر شده اعلام می‌کند و خود را تابع مقررات داخلی برنامه و شروط عرضه‌کننده می‌نماید و نمی‌تواند در آینده به هر علتی ولو آنکه ادعا کند شرایط و قوانین را مطالعه نکرده یا از آن‌ها بی‌اطلاع بوده است از رعایت مفاد ابرپیوند امتناع ورزد. البته حدود تعهد مصرف‌کننده نیز مشروط بر رعایت شرایط اساسی صحت درج ابرپیوندها از سوی عرضه‌کننده است. در صورت عدم رعایت الزامات قانونی ابرپیوندها از سوی عرضه‌کننده، ضمانت اجرایی در جهت حمایت از مصرف‌کننده قابل تصور است از جمله مانند: بطلان و فسخ قرارداد الکترونیکی و اخذ خسارت.

نظر به مراتب فوق پیشنهاد می‌شود:

۱- از آنجا که نزدیک به دو دهه از تصویب قانون تجارت الکترونیکی سپری میشود، این قانون منطبق با پیشرفت‌های فناوری‌ها، نیازمند بازنگری و به‌روزرسانی بوده و باید بسیاری از مفاهیم نوظهور در این قانون پیش‌بینی شوند. به عنوان مثال: با توجه به گسترش استفاده از برنامه‌های رایانه‌ای توسط عرضه‌کنندگان و مصرف‌کنندگان، مقرراتی در رابطه با کیفیت طراحی برنامه‌های رایانه‌ای و دیگر اجزای آن مانند ابرپیوندها در قانون تجارت الکترونیکی وضع گردند.

۲- اگرچه قراردادهای الکترونیکی، اصولاً ماهیت متفاوتی از قراردادهای سنتی ندارند و قواعد عمومی قراردادهای شامل آن‌ها نیز می‌شود اما با این حال ساختار شکلی فضای مجازی، خصوصیات و مفاهیم نوینی را به این دسته از قراردادهای افزوده است ازین رو جهت هرچه ضابطه‌مند شدن قراردادهای الکترونیکی، شایسته است قواعد و مفاهیم اختصاصی آن‌ها نیز به قانون مدنی افزوده شوند.

منابع الف) فارسی

- اسنپ. «شرایط و قوانین». اسنپ «سامانه هوشمند حمل و نقل» تاکسی اینترنتی. ۱۴۰۰. <https://snapp.ir/terms>. دسترسی در ۱۴۰۱/۱/۲۸.
- اُکالا. «شرایط استفاده از خدمات و حریم خصوصی». سوپرمارکت آنلاین اُکالا. <https://okala.com/content/privacyterm>. دسترسی در ۱۴۰۱/۱/۲۸.
- امینی، منصور؛ صیادی، صادق، «بررسی تطبیقی ماهیت حقوقی شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات هوشمند حمل و نقل (اسنپ و اوپو) در نظام های حقوقی ایران، ایالات متحده امریکا و اتحادیه اروپا». سیاست‌نامه علم و فناوری، دوره ۱۲، شماره ۱، ۱۴۰۱.
- آهنگران، محمدرسول؛ احمدی، امیر. آثار و احکام فقهی و حقوقی اشتباه و خطا در قراردادهای الکترونیکی، پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۵، شماره ۱، ۱۳۹۸.
- تپسی. «شرایط و مقررات استفاده از خدمات هوشمند جابجایی مسافر تپسی برای کاربران مسافر». تاکسی اینترنتی تپسی. <https://tapsi.ir/terms/passengers>. دسترسی در ۱۴۰۱/۱/۲۸.
- حبیب زاده، طاهر. حقوق فناوری اطلاعات؛ حقوق قراردادها در گستره قراردادهای الکترونیک (مطالعه تطبیقی)، جلد دوم، چاپ اول، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰.
- حبیب زاده، طاهر، حقوق فناوری اطلاعات؛ مقدمه‌ای بر حقوق تجارت الکترونیک (مطالعه تطبیقی)، جلد اول، چاپ اول، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰.
- دیجی کالا. «شرایط و قوانین استفاده از سرویس‌ها و خدمات دیجی کالا». فروشگاه اینترنتی دیجی کالا. <https://www.digikala.com/page/terms>. دسترسی در ۱۴۰۱/۱/۲۸.
- رضائی، علی. حقوق تجارت الکترونیک، چاپ دوم، تهران: میزان، ۱۳۹۳.
- السان، مصطفی. حقوق تجارت الکترونیک، چاپ پنجم، تهران: سمت، ۱۳۹۷.
- السان، مصطفی، «بجای و قبول معاملات الکترونیکی»، تحقیقات حقوقی، دوره ۹، شماره ۴۳، ۱۳۸۵.
- ساورایی، پرویز، «نقدی بر قانون تجارت الکترونیک»، تحقیقات حقوقی،

دوره ۱۵، شماره ۶۰، ۱۳۹۱.

شهیدی، مهدی، *شروط ضمن عقد*، جلد چهارم، چاپ ششم، تهران: مجد، ۱۳۹۷.

صادقی نشاط، امیر، *حقوق تجارت الکترونیک*، چاپ اول، تهران: جنگل، ۱۳۹۴.

صیادی، صادق. *حقوق سامانه‌های هوشمند حمل و نقل*، چاپ اول، تهران: جهاد دانشگاهی واحد دانشگاه شهید بهشتی، ۱۴۰۰.

فیدیو. «*شرایط و قوانین استفاده از سرویس و خدمات فیدیو*». خرید کتاب و دانلود کتاب الکترونیک از فیدیو. https://fidibo.com/staticpages/terms_of_use. دسترسی در ۱۴۰۱/۱/۲۸.

فیلمو. «*شرایط و قوانین فیلمو*». تماشای آنلاین فیلم و سریال / فیلمو. <https://www.filimo.com/term>. دسترسی در ۱۴۰۱/۱/۲۸.

قاسمی حامد، عباس؛ طالب احمدی، حبیب، «*اطلاع‌رسانی پیش قرارداد*»، مطالعات حقوقی، دوره ۳، شماره ۱، ۱۳۹۰.

کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد اول، چاپ سیزدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵.

کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد سوم، چاپ دهم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵.

مالکی، محمدرضا؛ شیروی، عبدالحسین. «*رویکرد کنوانسیون نیویورک در خصوص شناسایی و اجرای آرای داوری الکترونیک (رویکرد تطبیقی قانون تجارت الکترونیک ایران و قوانین ملی کشورهای معاهد کنوانسیون)*»، حقوق تطبیقی، دوره ۷، شماره ۲، ۱۳۹۹.

مظاهری، رسول؛ خادمی کوشا، محمدعلی، *قراردادهای الکترونیکی از دیدگاه فقه و حقوق*، چاپ اول، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۸.

نماوا. «*قوانین و مقررات*». تماشای آنلاین فیلم و سریال / نماوا. <https://www.namava.ir/terms-and-conditions>. دسترسی در ۱۴۰۱/۱/۲۸.

ب) انگلیسی

Barnett, Randy E.; *Oman, Nathan, Contracts: Cases and Doctrine*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer Law & Business, 2021.

Becher, Shmuel I., Benoliel, Uri. “*Sneak In Contracts*”. Georgia Law Review. Volume 55, Issue 2, 2021.

Colgate v. JUUL Labs, Inc., 345 F. Supp. 3d 1178 (N.D. Cal. 2018).

COUNCIL DIRECTIVE 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts

Duke, Emma F., “*Assent Uber Alles: Enforcing Browsewrap Agreements in Smartphone Applications*”, Mercer Law Review, Volume 73, Issue 2, 2022.

Epstein, Robert; Zankich, Vanessa R., “*The surprising power of a click requirement: How click requirements and warnings affect users’ willingness to disclose personal information*”, PLOS ONE, Volume 17, Issue 2, 2022.

Hennessey v. KOHL’S CORPORATION, No. 4: 19 CV 1866 DDN (E.D. Mo. Sept. 30, 2021).

Jimenez, Marco J., *Contract Law: A Case and Problem Based Approach*, Edition 2. Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer Law & Business, 2021.

LeBlanc, Christopher. “*Land of the Free Market: US Companies Continue to Enjoy Greater Legal Protection than Consumers*”. Suffolk Journal of Trial and Appellate Advocacy. Volume 24, Issue 1, 2019.

Long, Jingrong, “*Different Solutions for Similar Questions: Hyperlinks and the Right of Communication to the Public in China and the EU, IIC*”, International Review of Intellectual Property and Competition Law, 49, 2018.

Loos, Marco; Luzak, Joasia. 2016. “*Wanted: a Bigger Stick. On Unfair Terms in Consumer Contracts with Online Service Providers*”. Journal of Consumer Policy. 1(99): 63–90.

Microsoft. “*Microsoft Services Agreement*”, Microsoft – Cloud,

Computers, Apps & Gaming, 2022, <https://www.microsoft.com/en-us/servicesagreement>. Accessed 17 April 2022.

Mohdhar, Aisha; *Shaalán Khaled, The Future of E-Commerce Systems: 2030 and Beyond*. In: Al-Emran M., Shaalan K. (eds) Recent Advances in Technology Acceptance Models and Theories, Edition 1, Cham: Springer, 2021.

Mozilla. “*Creating hyperlinks*”. MDN Web Docs (Mozilla Developer Network), 2022, https://developer.mozilla.org/en-US/docs/Learn/HTML/Introduction_to_HTML/Creating_hyperlinks. Accessed 17 April 2022.

Rothchild, John A., *Research Handbook on Electronic Commerce Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016.

Seo Digital Group. “*What are Hyperlinks? Definition, Examples, and More*”. SeoDigitalGroup, 2022, <https://seodigitalgroup.com/hyperlink-definition>. Accessed 17 April 2022.

Shaoling, C., *A re-examination of the legal nature of hyperlink-setting in internet: and discuss with Mr, Cui Guobin*, Intellectual Property: 10, 2016.

Siu, Eric. “*The Difference Between External and Internal Links*”. Entrepreneur, 2016, <https://www.entrepreneur.com/article/283204>. Accessed 17 April 2022.

Tech Differences. “*Difference Between Hypertext and Hypermedia*”. TechDifferences, 2022, <https://techdifferences.com/difference-between-hypertext-and-hypermedia.html>. Accessed 17 April 2022.

Walbusch Walter Busch GmbH & Co. KG v Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main eV, Judgment of the Court (Third Chamber) of 23 January 2019, (ECLI:EU:C:2019:47).

Wollen v. GULF STREAM RESTORATION, 259 A.3d 867, 468 N.J. Super. 483 (Super. Ct. App. Div. 2021).