

## تشکیل قرارداد در فضای سایبر: مقدمه‌ای بر حقوق تجارت الکترونیک

ماشاله بنانیاسری\*

کره زمین با همه بزرگی و گستردگی خود اندک اندک به دهکده‌ای تبدیل می‌گردد. امواج نامرئی بی‌محابا مرزها را در می‌نوردند و داده‌هایی را از این سوی به آن سوی می‌برند، چندان که مردم ساکن قاره‌های مختلف بدان مردمی که در گذشته‌ها در یک روستا به سر می‌بردند از احوال یکدیگر آگاهند. این نزدیکی و ارتباط آسان و روان محصول انقلابی است که در فن‌آوری اطلاعات و ارتباطات رخ نموده است. زمانی این فن‌آوری باعث ایجاد پست‌های سریع‌السیار و انتقال فیزیکی پیام‌ها که در قالب نامه تبلور می‌یافت گردید و امروزه این فن‌آوری به آن حد از کمال رسیده است که به آسانی می‌توان پیام‌ها و داده‌ها را از طریق دیجیتال و الکترونیکی به تمام نقاط دنیا ارسال کرد. ظهور و بروز فن‌آوری‌های نو، مسائل و پرسمان‌های حقوقی خاص خود را مطرح می‌نماید که بایست با تکیه بر میراث حقوقی گذشته و نیازهای فن‌آوری جدید پاسخی درخور برای آنها یافت.

روزگاری با پیدایش صنعت پست و استفاده روزافزون از آن، دغدغه حقوق دانان این بود که قواعد حقوقی لازم برای عقود مکاتبه‌ای را فراهم آورند. با گذشت زمان و اختراع وسایل ارتباطی هم‌زمان هم‌چون تلفن و فاکس، نامه به عنوان وسیله ارتباطی غیرهم‌زمان به حاشیه رفت و تلفن و فاکس جایگزین آن شد، چندان که امروزه از نامه به ندرت برای انعقاد عقد استفاده می‌شود.

---

\* دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی و مدرس دانشگاه آزاد اسلامی واحد نراق.

از دیگر سوی، قواعد حقوقی که برای عقود مکاتبه‌ای ساخته و پرداخته شده بود نمی‌توانست نعل بالنعل در مورد وسایل ارتباطی هم‌زمان هم‌چون تلفن و فاکس و... مورد استفاده قرار گیرد و این وسایل ارتباطی قواعدی ویژه خود می‌طلبید. فن‌آوری اطلاعات و ارتباطات در جدیدترین مرحله خود شبکه اینترنت را به جهان عرضه نموده است.

پیدایش و رواج اینترنت و فن‌آوری اطلاعات در دهه‌های پایانی قرن بیستم باعث ایجاد فضایی مجازی گردیده که از آن به عنوان «فضای سایبر»<sup>۱</sup> یاد می‌شود. عرضه‌کنندگان کالا و خدمات دیگر در قلمرو تنگ و محدود پیشین به تجارت نمی‌پردازند، بلکه می‌کوشند از امکانات این فضای مجازی به خوبی بهره‌گیرند و بدین سان تجارت اندک اندک از حالت درون مرزی به «تجارت بدون مرز»<sup>۲</sup> تبدیل می‌گردد.

تجارت الکترونیک یا تجارت در فضای سایبر پدیده‌ای است که بی‌شک، دیر یا زود، به این سرزمین نیز راه خواهد یافت و به عنوان یکی از ضروریات زندگی جدید خود را بر ما تحمیل خواهد کرد. قانونگذار ما نیز این مهم را به فراست دریافت و چندی است که قانونی را در این زمینه به تصویب رسانده است.

آنچه مسلم است اینکه تجارت الکترونیک تأثیر چندانی بر مسائل ماهوی و بنیادهای حقوق خصوصی بر جای نخواهد نهاد. گسترش فن‌آوری اطلاعات و در پی آن رواج و شیاع تجارت الکترونیک تنها ابزارها و روش‌های نوینی برای انعقاد عقد به دست داده، شیوه‌های پرداخت ثمن و تسلیم و تسلیم برخی از محصولات را تسهیل کرده و در یک کلام شیوه‌های جدیدی برای «ابراز» اراده متعاملین فراهم آورده است. بسیاری از مسائلی که به‌طور سنتی در حقوق خصوصی مطرح بوده در تجارت الکترونیک نیز مطرح می‌گردد. پیس از این عقود مکاتبه‌ای<sup>۳</sup> امکان انعقاد عقد بین غایبین را فراهم آورده بود. از جمله مسائل بنیادینی که در عقد بین غایبین مطرح می‌گردید این بود که زمان و مکان تشکیل عقد چه زمان و چه مکانی

### 1. Cyberspace

این اصطلاح را نخستین بار ویلیام گیسون به کار برد. (William Gibson) در رمان علمی-تخیلی خود به نام نئورمانسرها (Neuromancer) مقصود در آن مغز آدمی به شبکه‌ای کامپیوتری متصل است که از طریق آن می‌تواند به کلیه موجود در نظام بشری دسترسی یابد. بعدها با رواج اینترنت، اصطلاح فوق به منظور اطلاق بر شبکه اینترنت، اصطلاح فوق به منظور اطلاق بر شبکه اینترنت مورد استفاده قرار گرفت. در این باره ر.ک:

Farooq Ahmad, Electronic: An India Perspective, International Journal of Law Information Technology, 2001, Vol. 9, No. 2, P. 135.

### 2. Borderless Commerce.

### 3. Contrat par Correspondance.

است؟ چه قانونی حاکم بر قرارداد است؟ چگونه می‌توان پیام ارسال شده را به شخص خاصی منتسب دانست؟ آیا ایجاب در عقد بین غایبین قابل عدول است؟ و... این‌ها از جمله سؤالاتی است که در تجارت الکترونیک نیز دقیقاً مطرح می‌گردد، اما به علت تمایز ماهوی که بین فن‌آوری‌های جدید ارتباطی از قبیل اینترنت با پست و ارسال نامه وجود دارد، پاسخ پرسش‌های فوق در قلمرو حقوق تجارت الکترونیک اساساً ممکن است متفاوت باشد.

در زمان‌های گذشته که هنوز وسایل ارسال پیام به‌گونه‌ی امروزی اختراع نگردیده بود، متعاملین در مجلس واحد و در حضور یکدیگر ایجاب و قبول عقد را ابراز می‌کردند و مخاطب ایجاب در همان مجلس از مفاد ایجاب آگاه می‌گردید و موجب نیز بلافاصله از قبول یا رد ایجاب و تفهیم و تفهم در مجلس واحدی انجام می‌گرفت.<sup>۱</sup> در این وضع، بین اعلان قبول توسط قابل و علم ایجاب‌کننده به قبول فاصله‌ی زمانی چندانی وجود نداشت. بنابراین، زمان تشکیل عقد و بالتبع مکان تشکیل قرارداد و قانون حاکم بر عقد و صلاحیت دادگاه‌ها در مورد تعهدات قراردادی به آسانی قابل تعیین بود. بدیهی است در آن زمان حقوق نیز غالباً از مسائل مربوط به عقد بین حاضرین سخن می‌گفت. نگاهی کوتاه به نوشته‌های فقیهان امامیه به خوبی نشان می‌دهد که موضوع تشکیل قرارداد بین اشخاص که از یکدیگر فاصله دارند و در مجلس واحد حاضر نیستند، بلکه از طریق وسایل ارتباطی - اعم از نامه، تلفن،

۱. از این‌رو، برخی فقیهان امامیه و اهل سنت «انحداد مجلس عقد» را به عنوان یکی از شرایط صحت عقود لازم برشمرده‌اند. به دیگر سخن، به زعم این گروه در عقود لازم قبول باید در همان مجلسی که ایجاب گفته شده صورت گیرد. از این شرط، شرط دیگری به نام «توالی ایجاب و قبول» یا «فوریت قبول» استنباط گردیده است. در نزد فقیهان منقسم منقسم از شرط «توالی ایجاب و قبول» فوریت قبول برده است، اما بعدها قید «عرفی» نیز اضافه گردید، چندان که در نوشته‌های فقیهان سده‌های اخیر با عنوان «توالی عرفی ایجاب و قبول» بیان می‌گردد. بدین سان ملاحظه می‌گردد که غالب فقیهان امامیه و برخی از فقه‌های اهل سنت امکان انعقاد عقد بین غایبین را اصولاً منتهی دانسته‌اند. برخی از فقیهان اهل سنت به منظور نحویر انعقاد عقد از طریق مکاتبه یا پیام رسان مفهوم «مجلس عقد» را بسط و توسعه داده‌اند. وقتی که شخص ایجاب را از طریق نامه یا پیام رسان که مشاورت با وکیل است - برای مخاطب می‌فرستد یا رسیدن نامه به مخاطب یا شنیدن پیام، مجلس عقد در محل خواندن نامه یا شنیدن پیام تشکیل می‌گردد و وی می‌تواند در آنجا ایجاب را قبول نماید. بنابراین نظر، می‌توان گفت در در ارتباطات تلفنی یا سایر وسایل ارتباطی هم‌زمان نیز مادام که تماس برقرار است، مجلس عقد باقی می‌ماند. برخی دیگر از فقیهان اهل سنت برای امکان انعقاد عقد بین غایبین پیشنهاد داده‌اند از سیستم «وکالت» استفاده شود. به این معنا که به شخصی وکالت ایجاب را برای آن شخص بگوید و عقد بین وکیل و شخص غایب منعقد گردد. از دیگر سوی، فرودشده میسج می‌تواند به خریدار غایب وکالت دهد که میسج را به وکالت از وی (فرودشده) به خود منتقل دهد. افزون بر این، از آنجا که وکالت از عقود جایز است می‌تواند بین غایبین نیز منعقد گردد. (برای مطالعه بیشتر رک: عبدالرزاق السنهوری، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، ص ۳۰۶ و هم چنین ص ۲۳۷-۲۴۰).

فاکس و اینترنت - با یکدیگر مرتبط هستند، برای فقیهان مطرح نبوده است.<sup>۱</sup> بی شک طرح این موضوع برای حقوق دانان متقدم در نظام‌های حقوقی کامن لا و رومی - ژرمنی نیز متفی بوده است.

از دیگر سوی، قانون مدنی ایران نیز که بر میراث گرانبار فقه امامیه مبتنی است، در زمانی تدوین شد که یا بسیاری از وسایل ارتباطی هنوز اختراع نگردیده بوده یا اینکه این وسایل هنوز به ایران راه نیافته بوده است. از این رو، روح حاکم بر مواد قانون مدنی ایران در زمینه تشکیل عقد یادآور زمانی است که طرفین در حضور یکدیگر مبادله می‌کرده‌اند و طبیعی است که در این قانون هیچ سخنی از تشکیل قرارداد بین اشخاصی که از یکدیگر فاصله دارند، نرفته است. بنابراین، باید پاسخ بسیاری از پرسش‌ها را بر مبنای قواعد عمومی به دست آورد.

موضوعات مورد مطالعه در این نوشتار را به دو بخش تقسیم می‌کنیم: در بخش نخست، شیوه‌های تشکیل قرارداد در تجارت الکترونیک بررسی می‌گردد و بخش دوم به زمان و مکان تشکیل قرارداد در تجارت الکترونیک اختصاص یافته است.

### بخش اول - شیوه‌های تشکیل قرارداد در تجارت الکترونیک

اینترنت در واقع مجموعه‌ای از شبکه‌های کامپیوتری است که در سطح جهان به موجب پروتکل‌هایی به یکدیگر ارتباط و اتصال یافته‌اند. با استفاده از یک کامپیوتر و یک مُدم و از طرق شرکت‌های مخابرات می‌توان به یک شرکت فراهم‌کننده خدمات اینترنت دسترسی

۱. متقدمین از فقهای امامیه برای انعقاد عقد ائفاظ و صیغه‌های خاصی را لازم می‌دانستند و برای نوشته در انعقاد عقد اعتباری قائل نبودند. بنابراین به اعتقاد این گروه از فقهای امامیه عقد از طریق مکاتبه اعم از آنکه بین حاضرین باشد یا غایبین، تحقق نمی‌یابد. علامه حلی که خرد از نخستین فقیهان متأخر امامیه است، در تحریر می‌نویسد: «ولا یتعقد [البیع، بالمکاتبه] سواء كان المشتري حاضراً أو غائباً». اما این نظر در میان فقیهان سده‌های اخیر مشمول نیافتاد و تدوین‌کنندگان قانون مدنی ایران نیز آن را نپذیرفته‌اند. ماده ۱۹۱ ق.ع.ایران اشعار می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مفروض بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند». مثنی در این ماده وسیله خاصی را برای ابراز قصد متعامین لازم دانسته است. بنابراین، به عنوان کاشف خارجی مورد استفاده قرار گیرد. افزون بر این، ماده ۱۹۳ ق.ع. تشکیل قرارداد از طریق معاضات (اعطاء و اخذ) را جایز شمرده است. سن به طریق اولی عقد از طریق مکاتبه نیز می‌تواند محقق گردد؛ چه اینکه دلالت نوشته بر قصد از دلالت فعل قوی‌تر می‌باشد. در این باره همچنین ر.ک:

Parvis Owsia, Formation of Contract: A Comparative Study under English, French, Islamic and Iranian Law. Graham and Trotman Limited, First Edition, 1994, p. 572.

یافت و وارد شبکه جهانی اینترنت گردید.<sup>۱</sup> با استفاده از این شبکه جهانی پیام‌ها و داده‌های بسیاری را می‌توان ارسال یا دریافت نمود. گسترش تجارت الکترونیک مرهون تسهیلاتی است که شبکه جهانی اینترنت برای بازرگانان فراهم آورده است. شرکت‌ها و بنگاه‌های اقتصادی اعم از کوچک و بزرگ به راحتی می‌توانند از طریق ایجاد یک پایگاه اینترنتی (وب سایت) کالاها یا خدمات خود را در سطح جهان معرفی و عرضه نمایند. تسهیلاتی که فن‌آوری اطلاعات فراهم آورده است تا بدانجا است که در بعض موارد ممکن است تمام پروسه قرارداد از مرحله مذاکرات پیش قراردادی و تسلیم مبیع و تأدیة ثمن در محیط اینترنت به انجام رسد. برای مثال، چنانچه مورد عقد محصولات دیجیتال مانند نشریات یا کتاب‌های الکترونیک، نرم افزارهای کامپیوتری، فیلم و نوارهای صوتی یا آرایه مشاوره‌های حقوقی و... باشد، مراحل تشکیل قرارداد، پرداخت ثمن از طریق انتقال رمز کارت‌های اعتباری یا پرداخت وجه از یک حساب بانکی به حساب بانکی دیگر یا حتی مرحله تسلیم مبیع (فیلم، آثار صوتی، متن الکترونیکی مقالات و کتب) می‌تواند تماماً در محیط اینترنت صورت گیرد. برعکس، در مواردی که مورد عقد کالاهای فیزیکی و مادی از قبیل آهن آلات، تلویزیون و هزاران محصول دیگر است، بخشی از مراحل عقد مانند مرحله تشکیل قرارداد یا پرداخت ثمن ممکن است در محیط اینترنت انجام گیرد.<sup>۲</sup> به‌طور کلی، امروزه تشکیل قرارداد در محیط اینترنت به سه طریق ممکن است به انجام رسد: ۱. تشکیل قرارداد از طریق پست الکترونیک؛ ۲. تشکیل قرارداد از طریق وب سایت؛ و ۳. تشکیل قرارداد از طریق مبادله الکترونیکی داده‌ها. هر یک از موارد فوق را به ترتیب در گفتاری جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

### گفتار اول - تشکیل قرارداد از طریق «پست الکترونیک»<sup>۳</sup>

سازوکار پست الکترونیک همانند پست‌های سنتی است، با این تفاوت که در پست الکترونیک پیام‌ها برخلاف پست‌های سنتی به‌طور فیزیکی انتقال نمی‌یابد، بلکه در قالب

1. Christoph Glatt, *Comparativw Issues in The Formation of Electronic Contracts*, *International Journal of Law and Information Technology*, 1998, Vol. 6, No. 1, pp. 34-37.
2. Sharon Christensen, *Formation of Contracts by Email-Is it just the same as the post?*, *Queensland University of Technology Law and Justice Journal*, 2001, Vol. 1, No. 1, pp. 25-26.
3. *Electronic Mail (E-Mail)*.

بسته‌های دیجیتالی منتقل می‌گردد. از این‌رو، انتقال پیام در پست الکترونیک بسیار به سرعت انجام می‌گیرد، چندان که فاصله بین ارسال نامه الکترونیک و دریافت آن توسط گیرنده در هر کجای دنیا بین چند ثانیه تا چند دقیقه به طول خواهد انجامید. پس از اینکه آدرس گیرنده و متن نامه الکترونیک نگارش یافت، کافی است علامت Send کلیک گردد. با کلیک علامت مذکور و ظرف چند ثانیه پس از آن نوشته‌ای مبنی بر اینکه «پیام شما فرستاده شد.» بر روی صفحه نمایشگر کامپیوتر دیده می‌شود. در این حال، دیگر پیام از اختیار و کنترل فرستنده خارج گردیده است. نامه الکترونیکی پس از ارسال در نزد فراهم‌کننده خدمات اینترنت<sup>۱</sup> قرار می‌گیرد و گیرنده می‌تواند با رجوع به آدرس پست الکترونیکی خود در اینترنت، نامه را از فراهم‌کننده خدمات اینترنت که نامه الکترونیک در نزد او موجود است، فراخواند. پروسه‌ای که توسط گیرنده برای مشاهده متن نامه انجام می‌گیرد از چند ثانیه تا چند دقیقه بیشتر به طول نخواهد انجامید. ممکن است فرستنده و گیرنده به‌طور هم‌زمان از شبکه جهانی اینترنت استفاده نمایند و به اصطلاح «درون خط»<sup>۲</sup> باشند، در این حالت می‌توان گفت ارتباط تقریباً به‌طور هم‌زمان بین طرفین برقرار است، اما ممکن است گیرنده در زمان ارسال نامه به شبکه اینترنت متصل نبوده و به اصطلاح «برون خط»<sup>۳</sup> باشد. در این حالت، بی‌شک ارتباط به‌طور غیر هم‌زمان بین طرفین برقرار گشته و با این وصف، استفاده از پست الکترونیک مانند پست‌های سنتی جلوه‌گر خواهد شد.

#### گفتار دوم - تشکیل قرارداد از طریق «وب سایت»<sup>۴</sup>

تولیدکنندگان و عرضه‌کنندگان کالا و خدمات می‌توانند به راحتی به منظور معرفی و عرضه محصولات خود در محیط اینترنت، مبادرت به ایجاد وب ساینی با آدرس ویژه و خاص نمایند. معمولاً در این وب سایت‌ها شرایط عمومی عرضه کالا و خدمات، قیمت، نحوه تسلیم مبیع یا تادیه ثمن که معمولاً با کارت‌های اعتباری است، مشخصات و ویژگی‌های محصول و احیاناً تصاویری از کالاهای مورد عرضه و... دیده می‌شود. معمولاً در این سایت‌ها فرم‌هایی که دارای مندرجات خاصی است، موجود است که شخص مراجعه‌کننده به سایت می‌تواند مندرجات این فرم‌ها را تکمیل نموده و در نهایت Icon (علامت) «من

1. Internet Service Provider (ISP).

2. Online.

3. Offline.

4. Website.

موافقم»<sup>۱</sup> یا «قبول می‌کنم»<sup>۲</sup> را کلیک نماید.<sup>۳</sup> برخی از حقوقدانان این وب سایت‌ها را با ویتترین مغازه‌ها و یا قفسه‌های موجود در فروشگاه‌های بزرگ قابل مقایسه دانسته‌اند. به هر حال، این سؤال مطرح شده است که آیا آنچه در این وب سایت‌ها بیان شده، «ایجاب عام» به شمار می‌رود و به صرف قبول از طرف مخاطبین، عقد منعقد می‌گردد یا اینکه باید مندرجات این وب سایت‌ها را «دعوت به مذاکره» محسوب کرد؟<sup>۴</sup> در پاسخ به این سؤال قاعده‌ای کلی نمی‌توان بیان کرد. اینکه آیا مندرجات این وب سایت‌ها ایجاب عام است یا دعوت به مذاکره بسته به «قصد» ایجادکننده وب سایت می‌باشد که این قصد می‌تواند از طریق مطالعه بیانات و شروطلی که در این وب سایت‌ها تصریح گردیده و سایر تجلیات خارجی اراده، استنباط شود. دادرسی در این راه، الفاظ موجود در این وب سایت‌ها را بر معانی عرفیه حمل خواهد کرد و بدین سان برای کشف قصد ایجادکننده سایت از «ضابطه‌ای نوعی» استفاده خواهد برد.

#### گفتار سوم - تشکیل قرارداد از طریق «مبادله الکترونیکی داده‌ها»<sup>۵</sup>

شرکت‌ها و بازرگانانی که معمولاً روابط مستمر معاملاتی با یکدیگر دارند، پیش از انجام معامله و مبادله از طریق تجارت الکترونیک، به منظور حفظ امنیت پیام‌ها و... قراردادی منعقد می‌نمایند. در این قرارداد معمولاً نحوه تشخیص و انتساب پیام‌های رسیده به طرفین، قالب و شکل تدوین پیام‌ها، شیوه پرداخت ثمن معاملات و سایر امور مورد نظر طرفین تعیین می‌گردد. موضوع این قرارداد که در ادبیات حقوقی آمریکایی «توافق شرکای تجاری»<sup>۶</sup> نامیده شده، مبادله الکترونیکی داده‌ها است. توافق شرکای تجاری که موضوع آن مبادله الکترونیکی داده‌ها است، بی‌تردید عقدی نافذ و مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی است.

پس از انعقاد قرارداد فوق، طرفین که معاملات و مبادلات خود اعم از سفارش کالا و پرداخت ثمن و... را از طریق شبکه جهانی اینترنت به انجام می‌رسانند. پیام‌هایی که از طریق مبادله الکترونیکی داده‌ها رد و بدل می‌گردد، ممکن است توسط خود طرفین قرارداد ایجاد گردد یا اینکه این پیام‌ها توسط نرم‌افزارها و برنامه‌های هوشمند ارسال و یا دریافت گردد.

1. I Agree.

2. I Accept.

۳. از این رو، به این نوع قراردادها در زبان انگلیسی «Web - Click Contracts» گفته می‌شود.

4. Jens Werner, Online Business Transactions and The Applicability of Traditional English Contract Law Rules, International Journal of Communications Law and Policy, Issue 6, Winter 2000/2001, p.

5.

5. Electronic Data Interchange (EDI).

6. Trading Partner Agreement

امروزه با استفاده از فن آوری هوش مصنوعی<sup>۱</sup> نرم افزارها و برنامه‌های هوشمند کامپیوتری‌ای تهیه شده که به عنوان مدیر بازرگانی عمل می‌نمایند و برای مثال می‌تواند برای انبارگردانی مورد استفاده قرار بگیرد.<sup>۲</sup> کسانی که از این نرم افزارها استفاده می‌کنند، می‌توانند شروط مربوط به دادن ایجاب یا قبول ایجاب، فهرست کالاها، مورد نظر، حداقل و حداکثر قیمت کالاها، تعداد و مقدار کالاها، مورد نیاز و... را پیشاپیش به صورت دستورهایی در حافظه کامپیوتر برنامه‌نویسی نمایند. فرض کنید فروشگاه‌های زنجیره‌ای الف که در سطح شهر تهران چندین شعبه دارد به‌طور معمول محصولات بهداشتی مورد عرضه خود را از شرکت تولیدی ب خریداری می‌نماید و بین این دو بازرگان، روابط مستمر معاملاتی وجود دارد. کامپیوتر هوشمند متعلق به فروشگاه‌های زنجیره‌ای الف با مشاهده اینکه موجودی شامپوی X در انبار به حداقل رسیده، بلافاصله به‌طور خودکار سفارش صد بسته شامپوی X را برای کامپیوترهای شرکت ب ارسال می‌دارد و با ملاحظه اینکه در دو ماه گذشته فروش خمیردندان‌های Y از خمیر دندان‌های Z بیشتر بوده، تعداد بیشتری از خمیردندان‌های Y را سفارش می‌نماید. پس از طریق انتقال رمز کارت اعتباری یا از طریق حواله به حساب بانکی از پیش تعیین شده پرداخت می‌گردد. کامپیوترهای هوشمند شرکت تولیدی ب نیز چنانچه ایجاب‌هایی دریافت نمایند که از لحاظ قیمت، تعداد سفارش، نوع کالا و... با آنچه برنامه‌نویسی شده‌اند مطابق باشد، ایجاب‌های مذکور را قبول می‌نمایند. بدین سان بازرگانان با استفاده از نرم افزارها و برنامه‌های هوشمند می‌توانند در بیست و چهار ساعت شبانه روز و هفت روز هفته و سی روز ماه (۳۰×۷×۲۴) و به‌طور تمام وقت امر بازرگانی خود را اداره نمایند.<sup>۳</sup> بی‌شک ایجاب و قبولی که به‌گونه فوق بین دو دستگاه

1. Artificial Intelligence (AI).

۲. به این نرم افزارها و برنامه‌های هوشمند در زبان انگلیسی اصطلاحاً «Software Agent» یا «Electronic Agent» گفته می‌شود. برای مطالعه تفصیلی درباره این نوع برنامه‌های هوشمند و نقش آنها در انعقاد قراردادهای الکترونیکی به وب‌سایت:

- Emily m.w eitzenboeck, Electronic Agent and The Formation of Contracts, International Journal of Law and Information Technology, 2001, Vol.9, No.3, pp.204-234.

Kees Stuurman and Hugo Wijnands, Intelligent Agents: A Curse or a Blessing? A Survey of The Legal Aspects of The Application of Intelligent Software Systems, Computer Law and Security Report, 2001, Vol.17, No.2, pp.92-100.

۳. برای مطالعه بیشتر درباره تشکیل قرارداد از طریق مبادله الکترونیکی داده‌ها را:

- Z. A. Zainol. Electronic Data Interchange (EDI) and Formation of Contract: A Malaysian



کامپیوتر مبادله گردیده است، حاصل تصمیماتی نیست که «به طور مستقل» در حافظه کامپیوتر شکل گرفته باشد، بلکه ناشی از دستوراتی است که پیشاپیش توسط استفاده کننده آن نرم افزار در حافظه کامپیوتر برنامه نویسی شده است. در این جا، این سؤال مطرح می گردد که آیا قراردادهایی که توسط کامپیوترهای هوشمند به طریق فوق منعقد می گردد به کامپیوتر که ابزاری بی روح و بدون اراده است، منتسب می باشد یا اینکه این قرارداد به استفاده کنندگان از نرم افزار هوشمند قابل انتساب است و کامپیوتر صرفاً به عنوان «ابزاری» برای اعلان اراده مورد استفاده قرار گرفته است. این سؤالی است که پیش از این در دهه هفتاد قرن بیستم با ساخت «ماشین های فروش»<sup>۱</sup> مطرح شده و در رویه قضایی بعضی از کشورها به آن پاسخ داده شده است. ماشین فروش دستگاهی است که برای فروش نوشابه یا بلیط و... در برخی اماکن نصب می شود و افراد می توانند با انداختن مبلغی معین، نوشابه یا بلیط و... دریافت نمایند. در آغاز رواج ماشین های فروش این سؤال مطرح گردید که آیا ایجاب توسط ماشین صورت می گیرد و به عبارت دیگر، آیا ایجاب منتسب به «اراده ماشین» می باشد یا اینکه ماشین فروش، صرفاً «ابزاری» برای اعلان و ابزار اراده است؟ دادگاه استیناف انگلستان در رأی که در دعوی Thornton<sup>۲</sup> V. Shoe Lane parking Ltd (1971) در این باره صادر کرد، با تصریح اعلام می کند که ماشین فروش صرفاً «وسیله ای» برای ابزار اراده دارنده آن به شمار می رود و نمی توان به این وسیله بی روح، اراده ای استناد داد.

چنانچه سؤال فوق در حقوق مدنی ایران نیز مطرح گردد، جواب مشابهی به آن داده خواهد شد. از لحاظ قانون مدنی ایران، عنصر سازنده عقد قصد انشا توأم با مبرز خارجی است. ماده ۱۹۱ قانون مدنی ایران در این زمینه اشعار می دارد: «عقد محقق می شود به قصد انشا به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند.» قانون مدنی ایران شیوه ای خاص را برای ابراز خارجی اراده تعیین نکرده است و هر آنچه که دلالت بر قصد انشاء داشته باشد، می تواند به عنوان وسیله ابراز اراده مورد استفاده قرار بگیرد. در این مقام نیز می توان گفت که نرم افزارهای هوشمند به نوعی صرفاً وسیله ای برای ابراز اراده متعاملین است.

Perspective, International Journal of Law and Information Technology, 1999, Vol. 7, No. 3, pp. 256-269.

- Lionel Thoumfr, L'échange des consentements dans le commerce électronique, www. Lex - electronica. Org/articles/v5-1/Thoumfr. htm

1. Vending Machines.

2. Thornton V. Shoe Lane Parking Ltd [1971] 1 All ER 686.

مادام که ایجاب‌کننده یا قبول‌کننده از نرم‌افزارهای هوشمند استفاده می‌نمایند، اراده انشاء عقد در ضمیر ایشان موجود است و نهایتاً عقد با قصد انشا متعاملین صورت وجود به خود می‌گیرد. به عبارت دیگر، صورت‌های ممکن انعقاد عقد از پیش توسط استفاده‌کننده از نرم‌افزار تعیین شده و به صورت دستورهایی در حافظه نرم‌افزار برنامه‌نویسی شده است.<sup>۱</sup> در زمان صدور ایجاب یا قبول توسط رایانه هوشمند، استفاده‌کننده از نرم‌افزار هنوز بر اراده و قصد انشا از پیش تعیین شده خویش باقی است و بدین سان تقارن لازم بین قصد انشا و مبرز خارجی وجود دارد.<sup>۲</sup> قانون نمونه آنسیترال برای تجارت الکترونیک (۱۹۹۶) نیز همین راه را پیموده است و پیام‌های صادره از رایانه‌های<sup>۳</sup> هوشمند را به استفاده‌کنندگان از این نوع رایانه‌ها منتسب می‌داند.<sup>۴</sup>

### بخش دوم - زمان و مکان تشکیل عقد در تجارت الکترونیک

بی‌شک زمان انعقاد عقد زمانی است که آخرین جزء عقد (قبول یا قبض) تحقق می‌یابد. مکان انعقاد عقد نیز، بالتبع از روی زمان تشکیل عقد قابل تعیین است. به عبارت دیگر مکان

۱. برای دیدن نظریاتی مشابه رک:

- Tom Allen and Robin Widdison, Can Computers Make Contracts?, Harvard Journal of Law and Technology, Winter 1996, Vol. 9, No. 1, pp. 46-47.

- Giusella Finocchiaro, The Conclusion of The Electronic Contract Through «Software Agents» A False Legal Problem? Brief Considerations, Computer Law and Security Report, 2003, Vol. 19, No. 1, pp. 20-22.

۲. سید محسن حکیم در بخشی از کتاب نهج‌الفقاه آورده است: «بإل الظاهر الاکتفاء فی تحقق العنقد ببقاء العنقد انشائی فی نفس الموجب، فان کان یافق الی زمان القبول و تحقق، کفی ذلک فی تحقق العنقد عندهم ولو مع انحصار الظواهر، رک: سید محسن طباطبائی حکیم، نهج‌الفقاه (حاشیه بر مکاسب شیخ مرتضی انصاری)، ص ۱۰۳».

3. The UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996).

این مجلد حد قواعد در سال ۱۹۹۶ توسط کمیسیون حقوق تجارت بین‌المللی سازمان ملل متحد (آنسیترال) تدوین شده و برای کشورهایی که می‌خواهند برای تجارت الکترونیک قوانینی وضع نمایند، می‌تواند به عنوان یک الگو و مدل مورد استفاده قرار گیرد. شایان ذکر است که در سال ۱۹۹۸ توسط آنسیترال ماده‌ای به نام ماده ۵ مکرر به این مجموعه قواعد افزوده شده است.

4. Article 13 (2) (b): «as between the originator and the addressee, a data message is deemed to be that of the originator if it was sent:

(a)...

(b) by an information system programmed by, or on behalf of, the originator to operate automatically.»

تشکیل عقد نیز محلی است که آخرین جزء عقد (قبول یا قبض) در آنجا تحقق می‌پذیرد. در مواقعی که طرفین قرارداد در حضور یکدیگر مبادرت به انشا عقد می‌نمایند، تعیین زمان و مکان تشکیل عقد با مشکل چندانی روبرو نیست. مشکل زمانی رخ می‌دهد که از لحاظ زمانی و مکانی، طرفین از یکدیگر فاصله دارند و به عبارت دیگر در غیاب یکدیگر به تشکیل قرارداد می‌پردازند. تشکیل قرارداد در تجارت الکترونیک عموماً میان اشخاصی صورت می‌گیرد که از لحاظ مکانی و یا زمانی از یکدیگر فاصله دارند و از همین رو، تعیین زمان و مکان تشکیل عقد در تجارت الکترونیک دارای اهمیت فراوانی است. در این بخش، نخست آثار و نتایج مترتب بر تعیین زمان و مکان تشکیل عقد مورد بررسی قرار می‌گیرد و سپس به تعیین زمان و مکان تشکیل قراردادهای الکترونیک خواهیم پرداخت.

### گفتار اول - آثار و نتایج مترتب بر تعیین زمان و مکان تشکیل قرارداد

تعیین زمان و مکان انعقاد عقد دارای فواید و ثمرات علمی و عملی متعددی است. در زیر به تفکیک برخی از آثار مترتب بر تعیین زمان و مکان تشکیل عقد را مورد بحث قرار می‌دهیم:

#### الف) آثار مترتب بر تعیین زمان تشکیل قرارداد

برخی آثاری را که به‌طور معمول در نظام حقوقی ایران بر زمان تشکیل قرارداد بار می‌شود، می‌توان به ترتیب زیر برشمرد:

۱. با تعیین زمان عقد، حق موجب برای عدول از ایجاب پایان می‌پذیرد. هم‌چنین قابل، دیگر حق استرداد قبول را ندارد؛
۲. با تعیین زمان عقد، مرگ یا حجر عارضی ایجاب‌کننده یا قبول‌کننده تأثیری بر سرنوشت قرارداد نمی‌گذارد مگر در مورد قراردادهای جایز یا قراردادهایی که به اعتبار شخصیت یکی از طرفین منعقد شده باشند؛
۳. با تعیین زمان عقد، صحت یا نفوذ قراردادهایی که توسط تاجر ورشکسته منعقد شده است، مشخص می‌گردد. چنانچه برخی از قراردادها بعد از تاریخ توقف منعقد شده باشد، ممکن است باطل یا غیر نافذ یا قابل فسخ باشد؛
۴. با تعیین زمان عقد، زمان تحقق ماهیت اعتباری عقد و بالتبع جریان آثار عقد مشخص می‌گردد. اصولاً - به جز در مورد تعلیق در منشا - ماهیت اعتباری عقد با تشکیل قرارداد محقق می‌گردد و از همان تاریخ آثار و نتایج این ماهیت اعتباری اعم از انتقال مالکیت، تحت پوشش قرار گرفتن خطر مورد بیمه و... جریان می‌یابد؛

۵. اصولاً مرور زمان دعاوی ناشی از قرارداد از زمان تشکیل عقد شروع می‌شود؛
۶. مهلت‌هایی که توسط طرفین مشخص شده است یا به موجب قانون تعیین گردیده (مانند خیار حیوان و خیار تأخیر ثمن) اصولاً از زمان تشکیل قرارداد محاسبه می‌گردد؛
۷. قرارداد از حیث شرایط صحت و نفوذ و... تابع قانونی است که در زمان تشکیل قرارداد قابل اجرا بوده است؛
۸. مکان تشکیل قرارداد نیز اصولاً تابع زمان تشکیل آن است. به عبارت دیگر، قرارداد در زمان و مکانی تشکیل می‌شود که قبول، عملی و مؤثر گردیده است.<sup>۱</sup>

#### ب) آثار مترتب بر تعیین مکان تشکیل قرارداد

تعیین مکان تشکیل قرارداد، هم در سطح ملی و هم در سطح بین‌المللی و نیز از لحاظ تعارض قوانین دارای آثاری می‌باشد:

۱. در سطح ملی، مهم‌ترین اثری که بر تعیین مکان تشکیل قرارداد بار می‌گردد، تشخیص صلاحیت نسبی (محلی) دادگاه‌ها است. اصولاً به موجب ماده ۱۱ ق.آ.د.م. (مصوب ۱۳۷۹) خواهان باید در دادگاه محل اقامت خوانده مبادرت به اقامه دعوا نماید، اما در دعاوی راجع به اموال منقول که از عقود و معاملات ناشی شده است، مقنن استثنائاً اجازه داده است دعوا به انتخاب خواهان در یکی از سه دادگاه زیر اقامه گردد: ۱. محل اقامت خوانده، ۲. محل تشکیل قرارداد و ۳. محل اجرای تعهد قراردادی (ماده ۱۳ ق.آ.د.م).<sup>۲</sup>
۲. از لحاظ بین‌المللی، ممکن است محل تشکیل عقد عاملی برای تعیین قانون حاکم بر قرارداد به شمار آید. به موجب یک فاعده شناخته شده در حقوق بین‌الملل خصوصی، اصولاً قرارداد تابع قانون محل تشکیل است.<sup>۳</sup> ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران نیز با سیاقی ظاهراً آمرانه تعهدات ناشی از قرارداد را تابع قانون محل وقوع عقد می‌داند مگر اینکه طرفین اتباع بیگانه بوده و صریحاً یا ضمناً عقد را تابع قانون دیگری قرارداده باشند.<sup>۴</sup>

1. Parviz Owsia, Op. Cit, pp. 602-604.

هم‌چنین در این باره ر.ک: مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ج ۱، ص ۱۵۸ و ۱۵۹.  
 ۲. به موجب ق.آ.د.م. سابق فرانسه (ماده ۴۲۰ بند ۳) و ماده ۵۹ بند ۳) این امکان فراهم بود که خواهان دعاوی ناشی از قرارداد را در محل تشکیل عقد اقامه نماید، اما به موجب ماده ۴۶ قانون جدید آ.د.م. (مصوب ۱۹۷۵) امکان اقامه دعوا در محل تشکیل عقد در دعوی قراردادی مرتفع گردیده است. در این باره ر.ک:

Ibid, p.605.

3. Lex Loci Contractus.

4. Parviz Owsia, Op. Cit, pp. 604-609.

### گفتار دوم - تعیین زمان و مکان تشکیل قراردادهای الکترونیک

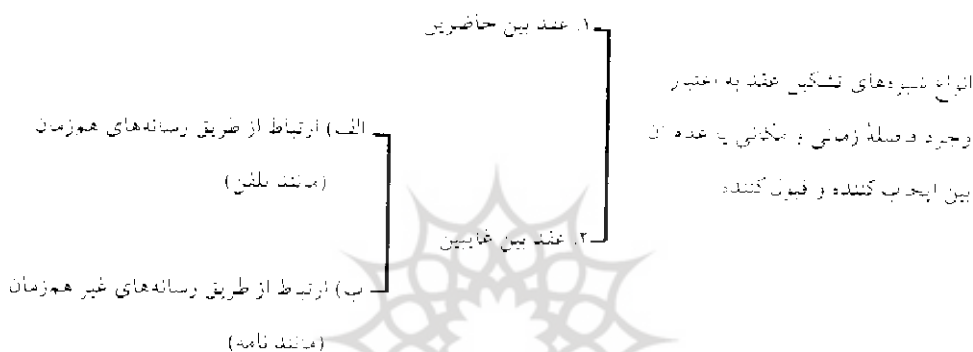
بی تردید یکی از شرایط تأثیر ايجاب این است که به اطلاع مخاطب آن رسیده باشد. به عبارت دیگر، شرط لازم برای «توافق اراده‌ها» این است که شخص ايجابی را قبول نماید که قبلاً از آن مطلع شده. از همین رو، گفته شده است که در جماعه عام، که ايجاب خطاب به عموم است چنانچه شخصی بدون اطلاع از ايجاب، عمل مورد جماعه را انجام دهد، جماعه‌ای تشکیل نمی‌شود و شخص موصوف مستحق جعل نخواهد بود.<sup>۱</sup> ايجاب از این لحاظ جنبه «اعلامی» دارد و نه «اعلانی» یعنی برای تأثیر ايجاب و دخالت آن در انعقاد قرارداد باید به علم مخاطب یا مخاطبین آن برسد و صرف علنی کردن ايجاب و قبول آن توسط شخصی که به آن «علم» نیافته، برای انعقاد قرارداد کافی نمی‌باشد. این سؤال متقابلاً در مورد قبول نیز قابل طرح است: آیا همان‌گونه که شرط تأثیر ايجاب علم مخاطب به آن است، قبول نیز آن هنگام دارای اثر می‌گردد که به علم ايجاب‌کننده برسد یا صرف صدور و تجلی خارجی (اعلان) قبول برای تشکیل قرارداد کافی است؟

در زمانی که عقد بین حاضرین و در مجلس واحدی منعقد می‌گشت، طرح این مسئله دارای اثر عملی چندانی نبود؛ چه اینکه طرفین در حضور یکدیگر به تفهیم و تفهم می‌پرداختند و فاصله زمانی بین صدور قبول و علم ايجاب‌کننده به قبول وجود نداشت، اما زمانی که عقد بین اشخاصی منعقد می‌گردد که از طریق وسایل ارتباطی اعم از نامه، تلفن، تلکس، فاکس، و پست الکترونیک در تماس می‌باشند، پاسخی که به پرسش فوق داده می‌شود گره بسیاری از مشکلات حقوقی را خواهد گشود و نتایج متفاوتی را به بار خواهد آورد. فرض کنیم الف از طریق تلفن مبادرت به صدور ايجاب برای ب می‌نماید، ب نیز متقابلاً قبول را در همان لحظه از طریق تلفن اعلان می‌کند، ولی به علت اختلال در خطوط تلفن یا قطع خطوط تلفن، قبول توسط الف (ايجاب‌کننده) شنیده نمی‌شود. حال در این مقام، چنانچه در جواب پرسش فوق قائل به آن باشیم که صرف اعلان قبول برای تشکیل قرارداد کافی است و علم ايجاب‌کننده به قبول شرط تأثیر قبول نمی‌باشد، اولاً: تشکیل قرارداد مفروغ عنه می‌گردد و ثانیاً: زمان و محل تشکیل قرارداد همان زمان و مکان اعلان قبول خواهد بود. اما چنانچه قائل به این باشیم که صرف اعلان قبول کافی نیست، بلکه قبول باید به علم ايجاب‌کننده نیز برسد و در مثال فرضی ما توسط شخص الف شنیده شود، عقدی در

۱. مهدی شهیدی، همان، ص ۲۹-۲۴.

اینجا تشکیل نگردیده است؛ زیرا به علت اختلال در خطوط تلفن قبول توسط شخص الف شنیده نشده و به علم وی نرسیده است، بنابراین، قراردادی نیز به وجود نیامده و تعیین زمان و مکان تشکیل قرارداد نیز سالبه به اتفاق موضوع است.

در برخی از نظام‌های حقوقی برای تعیین زمان و مکان تشکیل عقد بین دو مورد زیر قائل به تفصیل شده‌اند: ۱. عقد بین حاضرین<sup>۱</sup> و ۲. عقد بین غایبین.<sup>۲</sup> از دیگر سوی، در مورد عقد بین غایبین نیز بین فرضی که طرفین با وسایل ارتباطی هم‌زمان<sup>۳</sup> (مانند تلفن) با یکدیگر در تماسند و فرضی که طرفین با وسایل ارتباطی غیر هم‌زمان<sup>۴</sup> (مانند نامه) با یکدیگر ارتباط برقرار می‌کنند، تمایز نهاده‌اند.



در نظام حقوقی کامن‌لا، قاعدهٔ عمومی این است که قبول باید به علم ایجاب‌کننده برسد تا قرارداد منعقد گردد، اما در اوایل قرن هیجدهم با پیدایش صنعت پست، اعمال این قاعده در مواردی که ایجاب و قبول از طریق نامه انجام می‌گردید با مشکلاتی مواجه شد. بسیار اتفاق می‌افتاد که نامهٔ حاوی قبول در میانه راه گم می‌شد یا از بین می‌رفت. از این رو، رویهٔ قضایی در مورد قراردادهای مکاتبه‌ای از قاعدهٔ فوق فاصله گرفت و قاعدهٔ دیگری را جایگزین آن کرد که با عنوان «قاعده پستی»<sup>۵</sup> یا «قاعدهٔ صندوق پست»<sup>۶</sup> از آن یاد می‌گردد. به موجب این قاعده، در قراردادهای مکاتبه‌ای از زمانی که نامهٔ حاوی قبول، پست می‌گردد، ایجاب‌کننده دیگر نمی‌تواند از ایجاب خود عدول نماید. قرارداد نیز در زمان و مکانی که نامهٔ حاوی قبول، پست می‌شود، تشکیل می‌گردد. بنابراین، حتی اگر به علتی نامهٔ حاوی

1. Contract inter Praesentes.

2. Contract Inter Absentes.

3. Instantaneous Communication Means.

4. Non-Instantaneous Communication Means.

5. Postal Rule.

6. Mailbox Rule.

قبول به ایجاب‌کننده نرسد، وی ملتزم به قرارداد خواهد بود.<sup>۱</sup> با وجود این، رویه قضایی پذیرفته است که فرستنده نامه حاوی قبول می‌تواند با وسیله ارتباطی سریع‌تری به ایجاب‌کننده اطلاع دهد که قبول خود را مسترد می‌دارد. این رویه قضایی آشکارا و از لحاظ منطقی با قاعده صندوق پست ناسازگار می‌نماید؛ چه اینکه اگر قرارداد با ارسال نامه منعقد گردیده، دیگر نمی‌توان از قبول عدول کرد و آن را مسترد پنداشت.<sup>۲</sup>

به هر تقدیر، در نیمه دوم قرن بیستم با پیدایش و گسترش وسایل ارتباطی ماهیتاً همزمان مانند تلفن و فاکس اعتبار و اقتدار قاعده صندوق پست محل تردید قرار گرفت و این سؤال مجدداً در رویه قضایی انگلستان مطرح گردید که آیا قراردادهایی که از طریق این رسانه‌ها منعقد می‌گردد به گونه‌ای عقد بین غایبین به شمار می‌رود و باید تابع قاعده صندوق پست قرار گیرد یا اینکه این نوع قراردادها از گونه عقد بین حاضرین است؟

رویه قضایی انگلستان در پاسخ به پرسش فوق سرانجام چنین قراردادهایی را عقد بین حاضرین به حساب آورده و بدین سان به قاعده عمومی نزدیک شده است. لیکن رویه قضایی در این راه قطع نظر از اینکه ارتباط واقعاً همزمان بوده یا خیر، صرفاً به ماهیت وسیله ارتباطی توجه کرده است. به این معنا که حتی در فرضی که قبول در ساعت غیر اداری و در طول شب از طریق فاکس ارسال شده، با وصول پیام قرارداد را منعقد شده تلقی کرده و بدین سان قاعده عمومی که علم ایجاب‌کننده به قبول را شرط تأثیر قبول می‌دانست، تعدیل نموده و به نظریه «وصول قبول به ایجاب‌کننده» نزدیک شده است.<sup>۳</sup>

در نظام حقوقی فرانسه در فرضی که ایجاب و قبول بین غایبین و از طریق رسانه‌های غیر همزمان (مانند نامه) رد و بدل می‌گردد، دکترین و رویه قضایی در خصوص اینکه قرارداد در چه زمان و مکانی تشکیل می‌گردد، مشتت و پریشان است و هنوز به نظریه واحدی نرسیده است، لیکن نظر راجح در آن کشور این است که عقد در زمان و مکان ارسال نامه حاوی قبول منعقد می‌گردد.<sup>۴</sup> در این نظام حقوقی، قراردادهایی که از طریق رسانه‌های همزمان (مانند تلفن) منعقد می‌گردد از لحاظ زمان تشکیل قرارداد، عقد بین حاضرین ولی از لحاظ مکان تشکیل قرارداد، عقد بین غایبین به شمار می‌رود.<sup>۵</sup> به نظر می‌رسد که در نظام

1. Sharon Christensen, Op. Cit, pp. 29-30.

2. Parviz Owsia, Op. Cit, p. 543.

3. Ibid, pp. 542-543.

4. Ibid, pp. 551-566.

5. Ibid, pp. 549-550.

ماده ۸۸ قانون مدنی عراق و ماده ۱۸۵ قانون مدنیات و تعهدات لبنان نیز همین راه را پیموده‌اند. به موجب این قوانین، قراردادهایی که از طریق تلفن یا سایر وسایل ارتباطی هم‌زمان منعقد می‌گردد، از لحاظ زمان تشکیل عقد بین حاضرین، ولی از لحاظ مکان تشکیل، عقد بین غایبین محسوب شده‌اند. به عنوان نمونه ماده ۸۸ قانون مدنی

حقوقی ایران قبول به محض اینکه تجلی خارجی یافت، دارای اثر است و علم ایجاب‌کننده به قبول، شرط تأثیر قبول نمی‌باشد. اگر در ایجاب گفته می‌شود که علم مخاطب شرط تأثیر آن است، از این رو است که در صورت جهل مخاطب ایجاب، همکاری اراده طرفین برای ایجاد ماهیت اعتباری عقد و به عبارت دیگر توافق اراده‌ها منتفی خواهد بود و نمی‌توان قبول را از این حیث با ایجاب قیاس کرد و علم مخاطب قبول را شرط تأثیر قبول دانست؛ چه اینکه به صرف اعلان قبول، توافق اراده‌ها محقق شده و ماهیت اعتباری عقد پا به مرحله ثبوت نهاده است. ماده ۱۹۱ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشا به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند.» آنچه به موجب این ماده برای تحقق عقد لازم دانسته شده است، صرف وجود قصد انشاء توأم با مبرز خارجی است، اما اینکه این دلالت خارجی باید به علم مخاطب برسد «شرط زایدی» است که در قانون مدنی نیامده و لازم دانستن آن در واقع «لزوم ما لایلزم» است.<sup>۱</sup> بنابراین، از لحاظ قانون مدنی ایران در عقد بین غایبین اعم از اینکه از وسایل ارتباطی هم‌زمان یا غیر هم‌زمان استفاده گردد، عقد به محض اعلان و اظهار قبول تشکیل می‌گردد. اما نکته‌ای که در این میان دارای اهمیت است، پاسخ به این پرسش است که قبول چه موقع به نحو قاطع و بی‌قید و شرط اعلان شده است؟ در عقود مکاتبه‌ای می‌توان گفت با انداختن نامه در صندوق پست یا دادن نامه به متصدی اداره پست، قبول به نحو قاطعی اعلان شده است.<sup>۲</sup> در مواقعی که از روش‌های تجارت الکترونیکی برای تشکیل قرارداد استفاده می‌شود، نیز می‌توان گفت به محض اینکه متن پیام از دسترس و کنترل و اختیار فرستنده خارج گردید، قبول به طور قاطعی ابراز گردیده است. همان‌گونه که در بخش نخست گفتیم، پس از نوشتن نامه الکترونیک با کلیک بر روی علامت Send نامه ظرف چند ثانیه ارسال می‌گردد و بلافاصله پس از ارسال، پیامی مبنی بر اینکه «نامه شما فرستاده شد.» بر روی صفحه نمایش‌گر رایانه دیده می‌شود، در این زمان دیگر نامه از کنترل فرستنده خارج گردیده است و در همین زمان و مکان است که قرارداد تشکیل یافته است. معمولاً در نامه‌های الکترونیکی تاریخ ارسال نامه به طور خود به خود توسط رایانه همراه نامه درج می‌گردد و از این روی، اثبات تاریخ تشکیل قرارداد به آسانی میسر است، اما از آنجا که شبکه اینترنت، شبکه‌ای جهانی است از این رو ممکن است نامه

عراق مقرر می‌دارد: «يعتبر التعاقد بالتلوث و بأية طريقة مماثلة كانه تم بين حاضرین فيما يتعلق بالزمان، و بين

غایبین فيما يتعلق بالمكان.» در این باره ر.ک: عبدالرزاق السنهوری، همان، ص ۳۷.

۱. برای دیدن استدلالی مشابه در حقوق سوریه ر.ک: وحیداندین سوار، التعمیر عن الارادة فی الفقه الاسلامی، ص

۲. در تأیید این نظر ر.ک: مهدی شهیدی، همان، ص ۱۶۱-۱۶۴.



الکترونیک از هر کجای دنیا ارسال شده باشد و تعیین مکان ارسال نامه الکترونیک برخلاف بست‌های سنتی به آسانی ممکن نیست. از این‌رو، در قانون نمونه آنستیرال راجع به تجارت الکترونیک چنین فرض شده است که پیام از اقامتگاه یا محل تجارت فرستنده ارسال شده است.<sup>۱</sup> در قانون نمونه آنستیرال درباره اینکه آیا فرض فوق فرضی نسبی است یا مطلق، اشاره‌ای دیده نمی‌شود، اما از آنجا که اصولاً فرض‌های قانونی، فرض‌های نسبی است<sup>۲</sup> از این‌رو، متعاقبین می‌توانند ثابت نمایند که پیام از محلی غیر از اقامتگاه و محل تجارت شخص صادر شده و بدین‌گونه مکان واقعی قرارداد را تعیین نمایند.<sup>۳</sup> تجارت الکترونیک که محصول پیشرفت فن‌آوری اطلاعات و ارتباطات می‌باشد، بی‌تردید بر قواعد و بنیادهای ماهوی حقوق خصوصی تأثیر چندانی نخواهد نهاد. فن‌آوری‌های جدیدی برای ابراز و اعلان اراده در اختیار متعاملین می‌گذارند، لیکن مباحثی که در اثر گسترش تجارت الکترونیک مطرح می‌گردد، نیازمند موضوع‌شناسی و یافتن راه‌حل‌ها و پاسخ‌هایی درخور می‌باشد. قانون‌گذار ما نیز سرانجام این مهم را به فر است دریافت و با تدوین قانونی در زمینه تجارت الکترونیک به این نیاز پاسخ گفت و پیش‌نویس این قانون را از قانون نمونه آنستیرال راجع به تجارت الکترونیک (۱۹۹۶) اقتباس نمود.<sup>۴</sup> اما در این رهگذر باید هوشیار بود که قواعد و راه‌حل‌های پذیرفته شده در این قانون و تفسیر آن مبتنی بر ساختار حقوقی و مفاهیم بومی باشد تا در این زمینه نوعی ناهماهنگی و ناهمگونی در نظم حقوقی ایران ایجاد نگردد و پیوندی مبارک در این میان صورت گیرد.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

1. Article 15(4): «Unless otherwise agreed between the originator and the addressee, a data message is deemed to be dispatched at the place Where the originator has its place of business, and is deemed to be received at the place Where the addressee has its place of business.»

۲. برای دیدن مبنای «اصل نسبی بودن امارات قانونی» رک: محمد جمعیتر جمعیری ننگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی، ص ۲۶ و ۲۷.

۳. با این حال، دبیرخانه آنستیرال در راهنمایی که برای وضع قانون نمونه فوق تهیه کرده، صراحتاً اعلام می‌کند که اماره مذکور در بند (۴) ماده ۱۵ اسرهای مطلق و غیر قابل رد است.

«Paragraph (4) merely establishes an irrebuttable presumption regarding a legal fact...» see: UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996) with Additional Article 5 Bis as Adopted in 1998 and Guide to Enactment, pp. 40-41., www.Lexmercatoria.org

۴. اگر بخت‌یار باشد و روزگار دستاز، در مقاله‌ای دیگر به نقد و بررسی قانون تجارت الکترونیک ایران مصوب ۱۷ دی ماه ۱۳۸۲ خواهیم پرداخت.

## فهرست منابع و مأخذ

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ اول، فروردین ۱۳۴۰.
۲. سوار، وحیدالدین، التعبير عن الاراده فی الفقه الاسلامی، چاپ دوم، مکتبه دارالتقافه للنشر و التوزیع، ۱۹۹۸.
۳. سنهوری، عبدالرزاق، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، ج ۱، چاپ اول، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۱۷ ق.
۴. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ج ۱، چاپ اول، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.
۵. طباطبائی حکیم، سید محسن، نهج الفقاهه (حاشیه بر مکاسب شیخ مرتضی انصاری)، چاپ اول، دارالفقه، ۱۴۲۳ ق.
6. Ahmad, Farooq, Electronic Commerce: An Indian Perspective, International Journal of Law and Information Technology, Vol.9, No. 2, 2001.
7. Allen, Tom, and Widdison, Robin, Can Computers Make Contracts', Harvard Journal of Law and Technology, Vol. 9, No. 1, Winter 1996.
8. Christensen, Sharon, Formation of Contracts by Email-Is it just the same as the post?, Queensland University of Technology Law and Justice Journal, Vol. 1, No. 1, 2001.
9. Finocchiaro, Giusella, The Conclusion of the Electronic Contract Through "Software Agents" A False Legal Problem? Brief Considerations, Computer Law & Security Report, Vol. 19, No. 1, 2003.
10. Glatt, Christoph, Comparative Issues in The Formation of Electronic Contracts, International Journal of Law and Information Technology, Vol. 6, No. 1, 1998.
11. Owsia, Parviz, Formation of Contract, A Comparative Study Under English.

- French, Islamic and Iranian Law, Graham & Trotman Limited, First Edition, 1994.
12. Stuurman, Kees and Wijnands, Hugo, Intelligent Agents: A Curse or a Blessing? A Survey of The Legal Aspects of The Application of Intelligent Software Systems, Computer Law & Security Report, Vol. 17, No. 2, 2001.
  13. UNCITRAL Model Law On Electronic Commerce (1996) With Additional Article 5 Bis as Adopted in 1998 and Guide to Enactment, www.Lexmercatoria. Org
  14. Weitzenboeck, Emily m., Electronic Agent and The Formation of Contracts, International Journal of Law and Information Technology, Vol. 9, No. 3, 2001.
  15. Werner, Jens, Online Business Transactions and The Applicability of Traditional English Contract Law Rules, International Journal of Communications Law and Policy, Issue 6, Winter 2000/2001.
  16. Zainol, Z.A., Electronic Data Interchange (EDI) and Formation of Contract: A Malaysian Perspective, International Journal of Law and Information Technology, Vol. 7, No. 3, 1999.
  17. Thoumgre, Lionel, L echange des consentements dans le commerce electronique, www. Lex-Electronica, org/articles/v5-1/Thoumfr. htm.