

ایجاب و قبول معاملات الکترونیکی*

مصطفی السان**

چکیده

با ظهور و توسعه فناوری‌های سریع ارتباط، نظیر تلفن، دورنگار و اینترنت، استفاده از این قبیل افزارها برای تشکیل قرارداد نیز به مرور زمان رواج یافت. اگرچه صرف تغییر «وسایل ابراز اراده» به همراه سرعت و ارزانی مبادلات به هیچ وجه عامل انحراف از قواعد موجود حقوق قرارداد نمی‌باشد، با این حال تغییر فضای تشکیل قرارداد در روابط تجاری الکترونیکی منجر به طرح مسائلی شده که در این مقاله تنها به بررسی آن در رابطه با ایجاب و قبول معاملات الکترونیکی خواهیم پرداخت. در هر مورد، مطالعه تطبیقی با حقوق کشورهای مطرح در زمینه تجارت الکترونیکی و مقررات بین‌المللی راجع به قرارداد و معاملات الکترونیکی انجام خواهد گرفت. واژگان کلیدی: تجارت الکترونیکی، حقوق قرارداد، ایجاب و قبول، حقوق تطبیقی. بیع بین‌المللی و فضای مجازی.

* این مقاله در اصل، کار تحقیقی نویسنده برای درس حقوق مدنی پیشرفته دوره دکتری حقوق خصوصی در دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی می‌باشد که در نیمسال دوم سال تحصیلی ۱۳۸۲-۸۳ زیر نظر استاد فقید حقوق مدنی، مرحوم دکتر مهدی شهیدی برگزار گردید. به پاس قدردانی از آن استاد گرانقدر، مقاله حاضر به روان پاک ایشان تقدیم می‌گردد. روحشان شاد و یادشان گرامی باد.

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی <m-elsan@cc.sbu.ac.ir>

مقدمه

«تجارت الکترونیکی» با تکیه بر علم و فناوری نوین اطلاعات و ارتباطات به طور فزاینده‌ای در حال رشد و گسترش بوده و دستاورد آن برای تجارت داخلی و بین‌المللی، سرعت و ارزانی مبادلات است. همان‌گونه که پیش‌بینی می‌شد،^۱ در سال ۲۰۰۳ میلادی میزان مبادلات اینترنتی از مرز چهار تریلیون دلار در سال گذشت و علی‌رغم اینکه رواج و همگانی شدن رسانه‌هایی چون تلویزیون و رادیو، حدود یک قرن به طول انجامید، «اینترنت» در مدتی کمتر از بیست سال به سیستم ارتباطی جهانی تبدیل گردید. این روند و مهم‌تر از آن امکان تشکیل قرارداد از طریق به کارگیری اینترنت، از همان ابتدا دولت‌های دوراندیش را به تدوین قواعد جدید یا تعدیل مقررات موجود برای ضابطه‌مند کردن روابط اینترنتی به مفهوم عام و «تجارت الکترونیکی» به طور خاص وادار کرد. به گونه‌ای که در سطح داخلی و بین‌المللی، قوانین، دستورالعمل‌ها و مقرراتی در زمینه «تجارت الکترونیکی» به تصویب رسید.

کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال)^۲، قانون نمونه درباره تجارت الکترونیکی را در سال ۱۹۹۶ و قانون نمونه درباره امضاهای دیجیتالی^۳ را در سال ۲۰۰۱ به تصویب رسانید. «کنوانسیون آنسیترال درباره استفاده از وسایل ارتباط الکترونیکی در قراردادهای

1. Biukovic Ljiljana, Unification of cyber_jurisdiction rules: just how close are the EU and the US? *Telematics and Informatics*, Volume 19, Issue 2, May 2002, p. 140.

2. United Nations Commission on International Trade Law [UNCITRAL].

3. UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures 2001. Available at:

www.uncitral.org/english/texts/electcom/mLelectsig_e.pdf

بین‌المللی»^۴ که سرانجام در ۲۳ نوامبر ۲۰۰۵ به تصویب مجمع عمومی رسید و تاکنون توسط کشورهای لبنان، سنگال و آفریقای مرکزی امضا شده، آخرین سند معتبر بین‌المللی در زمینه قراردادهای الکترونیکی به شمار می‌آید. در اروپا، دستورالعمل امضاهای الکترونیکی^۵ در سال ۱۹۹۹ و دستورالعمل تجارت الکترونیکی در سال ۲۰۰۰ تدوین و جهت تصویب اعضای اتحادیه ارائه شده است.

در ایالات متحده آمریکا، قانون امضاهای الکترونیکی در تجارت جهانی و داخلی^۶ (از این به بعد، ای.ساین) از سال ۲۰۰۰ و علاوه بر آن قانون متحدالشکل معاملات الکترونیکی^۷ (از این به بعد، یوتا) و قانون متحدالشکل معامله اطلاعات رایانه‌ای^۸ نیز از سال ۱۹۹۹، قابلیت اجرایی یافته‌اند. در کشورهای دیگر دنیا، از جمله آلمان، فرانسه، بریتانیا، سنگاپور،

4. United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, Adopted by the General Assembly on 23 November 2005. Available at:

www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/2005Convention.pdf.

5. Directive 1999/93/Ec Of 13 December 1999 On a Community Framework For Electronic Signatures., A Copy of **Electronic Signatures Directive** is available at :

www.europa.eu.int/information_society/topics/ebusiness/e-commerce/8epolicy_elaw/law_e-commerce/legal/index_en.htm.

6. Electronic Signature in Global and National Commerce Act [E-sign], Effective October 1, 2000. Available at:

http://fwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=106_cong_bills&docid=f:s761enr.txt.pdf.

7. The Uniform Electronic Transactions Act [UETA], Approved By National Conference Of Commissioners On Uniform State Laws (NCCUSL) On July 23, 1999. Available at: www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/ueta99.htm.

8. Uniform Computer Information Transactions Act [UCITA], Prefatory Note (1999). Available at: www.law.upenn.edu/bll/ulc/ucita01.htm.

مالزی، ایتالیا و کانادا نیز اقداماتی در جهت قانون‌مند کردن تجارت و قرارداد الکترونیکی به عمل آمده که در این مقاله به هنگام بحث تطبیقی، به مقررات برخی از کشورهای مذکور نیز خواهیم پرداخت.

در حقوق ایران، قانون تجارت الکترونیکی (ق.ت.ا) در هفدهم بهمن‌ماه سال ۱۳۸۲ به تصویب رسیده و در تاریخ ۱۳۸۲/۱۰/۲۴ به تأیید شورای نگهبان رسیده است.^۹ قانون مذکور مشتمل بر ۸۱ ماده و ۷ تبصره می‌باشد. این قانون، به تصریح ماده یک آن، «برای مبادله آسان و ایمن اطلاعات در واسطه‌های الکترونیکی با استفاده از سیستم‌های ارتباطی جدید» به کار خواهد رفت. صرف‌نظر از نواقص و کاستی‌های موجود در قانون مذکور، در بحث از ایجاب و قبول معاملات الکترونیکی، از مواد آن نیز بهره خواهیم جست.

در این مقاله، صرفاً به بحث «ایجاب و قبول» در «معاملات الکترونیکی» پرداخته خواهد شد و بدون ورود در سایر شرایط لازم برای تشکیل قرارداد، سعی خواهیم کرد تا بررسی موضوع را با تکیه بر رویه قضایی کشورهای موفق در تجارت الکترونیکی به انجام رسانیم. بحث از «زمان و مکان تشکیل قرارداد» نیز فقط در حدی که به موضوع ارتباط می‌یابد، مطرح خواهد شد.

مطالب این مقاله در چهار گفتار جداگانه به شرح زیر مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۱. کلیات.

۹. قانون تجارت الکترونیکی، مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۱۷، روزنامه رسمی ۱۳۸۲/۱۱/۱۱ - سال ۵۹، شماره ۱۷۱۶۷.

۲. شرایط و زمان اعتبار حقوقی ایجاب و قبول الکترونیکی.

۳. تشکیل اتوماتیک قرارداد.

۴. اشتباه در اعلام اراده.

۱. کلیات

انجام ایجاب و قبول به همان مفهوم سابق آن، اما در فضای مجازی،^{۱۰} در صورتی که منتهی به تشکیل قرارداد شود، یکی از شیوه‌های «تجارت الکترونیکی» است. قبل از هر چیز لازم است به ترتیب، مفهوم تجارت الکترونیکی و ایجاب و قبول الکترونیکی تشریح گردیده و تفاوت میان ایجاب و دعوت به معامله، به‌ویژه در اینترنت، روشن گردد.

۱-۱. مفهوم تجارت الکترونیکی

با اینکه حدوداً یک‌هفتم از ق.ت.ا به «تعاریف» اختصاص یافته، ولی در قانون مذکور، تعریفی از «تجارت الکترونیکی» ارائه نشده است. شاید چنین به نظر رسد که مقنن نیازی به تعریف یا ارائه مفهومی از تجارت الکترونیکی ندیده؛ اما ارائه تعریف برای مفاهیم آشنا یا غیرضرور و فنی در ق.ت.ا نشان می‌دهد که قانونگذار به دلیل هراس از جامع نبودن چنین تعریفی، از ارائه آن اجتناب نموده است.

در حقیقت، مفهوم تجارت الکترونیکی به قدری پویا، در حال تحول و گسترده است که ارائه تعریفی جامع و مختصر از آن امکان‌پذیر نیست. با این وجود برخی از مؤسسات به ارائه تعاریف نسبتاً گویایی در این زمینه

10. CyberSpace.

پرداخته‌اند. سازمان تجارت جهانی،^{۱۱} در اعلامیه مورخ ۲۵ سپتامبر ۱۹۹۸ تجارت الکترونیکی، آن را چنین تعریف می‌کند:

«تولید، توزیع، بازاریابی، فروش یا تسلیم کالاها و خدمات از طریق وسایل الکترونیکی».^{۱۲} از دیدگاه سازمان تجارت جهانی، گسترش تجارت الکترونیکی نویدبخش هزینه پایین معاملات و تولیدی، تسهیل انعقاد قراردادها و تشدید رقابت است. این نوع تجارت به نوبه خود، به کاهش قیمت‌ها، افزایش کیفیت و تنوع تولیدات و نهایتاً به پیشرفت و رفاه بیشتر، منجر خواهد شد.^{۱۳}

آنسیترال، در تفسیر ماده ۱ قانون نمونه (۱۹۹۶) و در تشریح واژه «تجاری»، این اصطلاح را از جمله شامل معاملات راجع به تهیه، مبادله و توزیع کالا، نمایندگی تجاری، حق‌العمل کاری، اجاره، بهره‌برداری از معادن، مشاوره، مهندسی، صدور پروانه، سرمایه‌گذاری، امور مالی، بانکی، بیمه، موافقتنامه‌های استخراج یا واگذاری منابع، قراردادهای مشارکت و سایر مشارکت‌های صنعتی و تجاری و حمل‌ونقل کالا یا مسافر از طریق هوا، دریا، راه‌آهن و جاده دانسته است.

11. World Trade Organization [WTO].

12. WTO Secretariat Electronic Commerce and the Rule of WTO, Geneva 1998. See Generally the E-Commerce Section of WTO Website at: www.wto.org/wto/ecom/ecom.html.

13. Bacchetta, M., et al., *Electronic Commerce and the Role of the WTO*, World Trade Organization Special Studies 2, Geneva: World Trade Organization, 1998, p. 15.

هدف از ذکر موارد فوق، چنانکه در گزارش گروه کاری قانون نمونه تجارت الکترونیکی آنسیترال^{۱۴} نیز آمده، این بوده است که قانون نمونه صرفاً محدود به مبادله الکترونیکی اطلاعات^{۱۵} نشود. لذا تمام قراردادها - جز در صورت استثنای صریح به موجب قانون - به شیوه الکترونیکی قابل انعقادند.

در حال حاضر که دسترسی به اینترنت در گستره‌ای به وسعت جهان به یکی از مهم‌ترین و تعیین‌کننده‌ترین عوامل در جامعه پیشرفته اطلاعاتی تبدیل شده، به کارگیری آن در تمامی فرصت‌های تجاری جدید ضرورت دارد. به علاوه، فضای اینترنت برای تمامی معاملات اعم از جزئی و کلان، میان تجار، تجار و مصرف‌کنندگان و مصرف‌کنندگان با تجار باز است و علی‌الاصول محدودیتی در این زمینه وجود ندارد.^{۱۶}

۲-۱. مفهوم ایجاب و قبول الکترونیکی

مهم‌ترین دلیل «الکترونیکی» بودن یک قرارداد، تشکیل آن با استفاده از وسایل الکترونیکی می‌باشد. قرارداد الکترونیکی، «توافقی است که با تمام شرایط لازم برای تراضی و اعمال لازم برای حصول توافق، به شیوه الکترونیکی و از طریق داده پیام ایجاد شده با رایانه یا وسایل الکترونیکی

14. UNCITRAL Working Group on Electronic Commerce, UNCITRAL Model Law On Electronic Commerce With Guide to Enactment 1996, p. 16, Para. 160. Available at: www.uncitral.org/english/texts/electcom/ecommerceindex.htm.

15. Electronic Data Interchange [EDI].

16. Baker & Mc Kenzie [Edition], Doing E Commerce in Europe, 2001, p.3. Available at: www.bakernet.com/ecommerce/doing%20Ecommerce%20in%20Europe/doing%20E_Commerce%20In%20Europe.pdf.

مشابه، انجام می‌گیرد».^{۱۷} تقریباً تمام حقوقدانان معتقدند، قرارداد الکترونیکی از نظر شرایط اساسی صحت معامله، هیچ تفاوتی با قرارداد عادی ندارد و وجود این شرایط در قرارداد مذکور، ضروریست.^{۱۸} سازمان تجارت جهانی نیز بر این نکته تأکید می‌کند که آثار تمام اقدامات انجام شده برای تسهیل معاملات، آزادی بازار، کاهش هزینه‌ها و تعرفه‌ها و باز بودن بازار برای ارائه همه خدمات مورد نیاز، باید به روابط تجاری الکترونیکی نیز تسری یابد.^{۱۹}

با لحاظ آنچه گفته شد، از لحاظ تحلیلی تفاوتی میان ایجاب و قبول عادی و الکترونیکی، وجود ندارد. پرفسور فرانس ورث، ایجاب را به «اعلام رضایت ایجاب‌کننده به تشکیل قرارداد با طرف مقابل، که تأثیر نهایی آن به اعلام رضای طرف قبول، منوط می‌ماند»، تعریف کرده است.^{۲۰} بدون ورود در بحث جدایی ماهوی قصد و رضا باید گفت، «ایجاب در

17. Tan, Harry S.K., Electronic Transactions Regulation—Singapore: The Impact of the Singapore Electronic Transactions Act on the Formation of E-Contracts — Part I, Computer Law & Security Report, Volume 18, Issue 4, 31 July 2002, p.273.

18. Shilds, L.K (Solicitors), Legal Aspects of Electronic Contracts in the New Regime, p.2. Available at: www.lkshilds.ie/publication/documents/articles/pub013.pdf; Abdul Jalil Md. & Pointon Leo D., Developments in Electronic Contract Laws: A Malaysian Perspective, Computer Law & Security Report, Volume 20, Issue 2, March—April 2004, P. 119; Smedinghoff, T.J., The Legal Requirements for Creating secure and Enforceable Electronic Transactions, 2002, p.3. Available at:

www.imf.org/external/np/leg/sem/2002/cdmfl/eng/smedin.pdf

19. A WTO Agreement on Electronic Commerce, Australian Chamber of Commerce and Industry [ACCI], ACCI Review, No. 57, November 1999, p.1. Available at:

www.acci.asn.au/text-files/issues-paper/Elect-Com/ECO5.pdf.

20. Fransworth, E. Allen, Fransworth on Contracts, Third Edition, Aspen Publication Inc., 1990. N. 3-3.

صورت داشتن شرایط قانونی، این اثر را دارد که ضمن ترکیب با قبول، ماهیت حقوقی عقد را ایجاد نماید.^{۲۱} بدیهی است که بر نیت درونی ابراز نشده هیچ اثری حقوقی نمی‌توان بار کرد. بنابراین قصد انجام قرارداد، بدون ابراز قصد یا رضا به آن، به مفهوم کراهت نداشتن از وقوع معامله و آرزوی قرارداد را داشتن، اگر با وسیله ابرازی همراه نباشد، فاقد اثر است.^{۲۲} لذا ادعای ایجاب یا قبول الکترونیکی به استناد اشارات و ارسال علایمی که عرفاً استنباط قصد از آنها ممکن نیست، مورد پذیرش نخواهد بود.

اگر چه در روابط الکترونیکی نیز، می‌توان ایجاب و قبول را از طریق فعل (برای مثال ارسال الکترونیکی کتاب مورد درخواست در مقام قبول) به انجام رسانید؛ اما همانند قراردادهای عادی، نحوه اعلام قبول اغلب به موجب تراضی طرفین و یا اوضاع و قراین مشخص می‌گردد.

اثر مهم انجام ایجاب و قبول به شیوه الکترونیکی - با احراز شرایط دیگر - تشکیل قرارداد و التزام طرفین به تعهدات ناشی از آن است. بنابراین به هیچ وجه نباید تصور کرد که صرف کلیک کردن روی نمایه «من موافقم» یا «قبول» یا «قبول دارم»^{۲۳} و نمایه‌های مشابه، تعهدآور نیست؛ زیرا قراردادهای الکترونیکی در قانون نمونه ۱۹۹۶ (ماده ۱۱) و مقررات داخلی کشورها، برای نمونه در امریکا به موجب یوتا و ای.ساین و در ایران بنابر ماده ۵ ق.ت.ا به رسمیت شناخته شده‌اند. ماده ۸ کنوانسیون

۲۱. دکتر مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ اول، نشر حقوقدان، تهران ۱۳۷۷، ص ۱۵۳، ش ۱۱۲.

۲۲. سید میر عبدالفتاح الحسینی المراغی، العناوین، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، مؤسسه النشر الاسلامی، التابعه لجامعه المدرسين بقم المشرقه، ۱۴۱۸ هـ.ق، ص ۸۶.

23. I Agree, I Accept.

۲۰۰۵ آنسیترا ل نیز تأکید دارد که یک رابطه یا قرارداد، نباید به صرف شکل الکترونیکی آن، فاقد اعتبار یا غیرقابل اجرا شناخته شود (بند ۱) و تنها توافق خلاف طرفین در این زمینه قابل استناد خواهد بود (بند ۲).

به موجب ماده ۱۱ قانون نمونه ۱۹۹۶، «جز در صورت توافق مغایر طرفین، ایجاب و قبول عقد می‌تواند به وسیله داده پیام اظهار شود. در صورت استفاده از داده پیام برای تشکیل قرارداد، نمی‌توان اعتبار یا قابلیت اجرایی آن را صرفاً به این دلیل که با داده پیام منعقد شده، انکار نمود.

همانند قراردادهای سنتی، در قراردادهای الکترونیکی نیز، بنابر قاعده مطرح در حقوق کامن‌لا، «ایجاب سرور قبول است»^{۲۴} زیرا موجب می‌تواند در ضمن آن، شیوه قبول، مدت زمان اعتبار ایجاب و شرایط قرارداد را مشخص نماید. از سوی دیگر تا قبول بدون قید و شرط اعلام نگردد، به صرف ایجاب، تعهدی برای ایجاب‌کننده بوجود نمی‌آید.^{۲۵}

۱-۳. ایجاب و تشخیص آن از دعوت به معامله

اگر چه اصطلاح «دعوت به معامله»^{۲۶} در اصل ساخته حقوق کامن‌لاست؛ اما انتساب برخی از آثار عملی بدان باعث شده تا در حقوق سایر سیستم‌ها نیز مورد توجه قرار گیرد. دعوت به معامله واژه‌ای دارای مفهوم عام است که از جمله شامل «مذکرات پیش از عقد» و «پیشنهاد عقد» نیز می‌شود. امکان اطلاق عنوان دعوت به معامله به تبلیغاتی که در

24. Master of Acceptance.

25. Fridman, G.H.L., The Law of Contract in Canada, Forth Edition, Carswell, Toronto 1999, pp. 56-61.

26. Invitation to Treat.

پایگاههای اینترنتی انجام می‌شود، در برخی اوقات سبب‌ساز مباحثی شده که می‌توان برای تحلیل آن به قواعد عام حقوقی مراجعه کرد. علاوه بر این، آن‌گاه که دعوت به معامله در مفهوم «مذکرات مقدماتی» قرارداد به کار می‌رود، تشخیص آن از «ایجاب» در برخی موارد مشکل می‌شود و این وضعیت را نیز باید بررسی نمود.

تبلیغات کالاها و خدمات در اینترنت تا جایی که منافای اخلاق حسنه و نظم عمومی نباشد، معتبر است. لذا، تقریباً در تمام کشورهای دنیا - حداقل در مرحله قانونگذاری - ترویج ابتذال و هرزه‌گری^{۲۷} در اینترنت و قرارداد راجع به این مسائل باطل بوده و اعتباری ندارد. از سوی دیگر، برخی از اقدامات مقدم بر تشکیل قرارداد، ممکن است بعد از تشکیل آن به عنوان «تدلیس» محسوب گردیده و مبنای مطالبه خسارت قرار گیرد؛ برای مثال اظهارات غیرواقع در مورد کیفیت کالاها یا خدمات مشخص در اینترنت، که طرف مقابل به خاطر تصور واقعی بودن این اوصاف حاضر به معامله شود. معرفی شروط قراردادی کاذب - که در پایگاههای اینترنتی بسیار معمول می‌باشد - نیز در صورتی که طرف مقابل را در قصد خویش بر انعقاد قرارداد به طور کلی یا با شرایط مشخص، جازم سازد، می‌تواند از موارد تدلیس به شمار آید.

مسئله‌ای که مطرح می‌شود این است که اگر قبل از تشکیل عقد اصلی، به موجب قرارداد فرعی (تبعی)^{۲۸} زمینه عقد اصلی فراهم گردد، آیا

27. Pornography.

28. Collateral Contracts.

می‌توان قرارداد تبعی مذکور را به عنوان نوعی دعوت به معامله اصلی محسوب داشت؟

در پاسخ به این سؤال باید میان قراردادهای تبعی منعقد در فضای مجازی تفاوت قائل شد. برخی از قراردادهای الکترونیکی، صرفاً زمینه قرارداد اصلی را فراهم می‌سازند و می‌توان تعبیر «عقود مقدماتی» را در مورد آنها به کار برد. برای مثال، قبل از تشکیل عقد بیع دویست نسخه از ویرایش ۲۰۰۴ نرم افزار آموزشی سیستم عامل Windows XP، از پایگاه اینترنتی Learnkey،^{۲۹} مشتری به تهیه کارت اعتباری یا سیستم پرداخت دیگر از همان پایگاه، راهنمایی می‌شود. این نوع قراردادها در واقع به نوعی «مقدمه وجود» به حساب می‌آیند و بدون تن دادن به آنها نمی‌توان به مرحله تشکیل قرارداد اصلی رسید. گشایش اعتبار اسنادی به عنوان شرط اصلی تشکیل قراردادهای مهم اینترنتی نیز می‌تواند از این قسم به حساب آید.

بر عکس، برخی از قراردادهای الکترونیکی تبعی، «اختیاری» بوده و تأثیری در تشکیل یا ماهیت قرارداد اصلی ندارند. برای نمونه، اگر در قسمت فروش یک پایگاه اینترنتی صریحاً قید شود که «شرط پذیرش مدارک الکترونیکی مربوط به قرارداد، امضای آن به شیوه دیجیتالی است» و با این وجود تهیه پشتوانه کاغذی^{۳۰} نیز مجاز باشد، در این صورت مشتری می‌تواند برای ایجاد امضای الکترونیکی رمزگذاری شده برای خود،

29. www.learnkey.com

30. Paper Backup.

قرارداد الکترونیکی با سرویس دهنده^{۳۱} امضا منعقد نموده یا بدون اقدام در این زمینه با تشکیل قرارداد اصلی از مدارک الکترونیکی مربوط به قرارداد، پشتوانه کاغذی تهیه نماید.

طراحی سیستم فروش در یک پایگاه اینترنتی باید به گونه‌ای باشد که به راحتی بتوان، «ایجاب» یا «دعوت به معامله» را از هم تشخیص داد. البته بهتر است برای جلوگیری از اشتباهات و خطاهایی که اغلب به دلیل سرعت معاملات الکترونیکی به وقوع می‌پیوندد، پایگاه ابتدائاً اقدام به دعوت به معامله نماید.

در عمل برای تشخیص ایجاب از دعوت به معامله (در مفهوم وعده و پیشنهاد عقد) می‌توان معیارهایی ارائه نمود. «وعده عقد، چیزی جز یک قول عرفی، برای ایجاد عقد در آینده نیست ... پیشنهاد عقد نیز دعوت برای تشکیل عقد است و نمی‌تواند ایجاب و انشای بالفعل عقد باشد».^{۳۲} در واقع، هدف اصلی از مذاکرات مقدماتی، «ایجاد التزام نیست و دو طرف بدین وسیله می‌خواهند، با آگاه ساختن دیگری از پاره‌ای واقعیت‌ها و تبلیغ درباره سود آینده معامله، میل به انجام آن را در مخاطب خود ایجاد کنند».^{۳۳}

به موجب بند ۲ ماده ۱۴ کنوانسیون ملل متحد درباره قراردادهای بیع بین‌المللی کالا^{۳۴} وین ۱۹۸۰ (از این به بعد، کنوانسیون وین)، «یک پیشنهاد

31. Service Provider.

۳۲. دکتر شهیدی، منع پیشین، ص ۱۵۲، ش ۱۱۱.

۳۳. دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، تهران ۱۳۷۴، ص ۲۷۷، ش ۱۴۸.

34. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Good [CISG], (1980-Vinna). Available at: www.uncitral.org/english/texts/sales/CISG.htm

را، غیر از آنچه که خطاب به یک یا چند شخص معین است، باید صرفاً دعوتی برای ایجاب محسوب کرد مگر اینکه خلاف آن توسط پیشنهاد دهنده به وضوح اعلام شده باشد.^{۳۵}

بر طبق ماده ۲-۲ اصول مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی درباره قراردادهای تجاری بین‌المللی،^{۳۶} (از این به بعد، اصول مؤسسه)، «پیشنهاد برای انعقاد قرارداد، در صورتی موجد ایجاب است که به حد کافی، قطعی و بیانگر قصد ایجاب دهنده برای التزام، در صورت قبول ایجاب باشد».^{۳۷}

ماده ۱۱ کنوانسیون ۲۰۰۵ آنستیرال که با عنوان «دعوت به ایجاب» مشخص می‌گردد، در تمیز پیشنهاد و ایجاب مقرر می‌دارد: «پیشنهاد انعقاد قرارداد که از طریق یک یا چند وسیله الکترونیکی انجام گرفته و شخص یا اشخاص معینی مخاطب آن قرار نگرفته، بلکه در دسترس همه افرادی که از سیستم‌های اطلاعاتی استفاده می‌کنند، قرار دارد ... سفارش‌های مذکور به

برای دیدن متن فارسی کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰، رک. مجله دفتر خدمات حقوقی و بین‌المللی، شماره نهم، پاییز و زمستان ۱۳۶۷.

۳۵. به نقل از: دکتر مهربان داراب پور، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی (ترجمه)، نوشته هجده نفر از دانشمندان حقوق دانشگاه‌های معتبر جهان، جلد اول، چاپ اول، انتشارات گنج دانش، تهران ۱۳۷۴، صص ۱۸۶-۱۸۷.

36. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.

۳۷. مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی UNIDROIT، ترجمه و تحقیق دکتر بهروز اخلاقی و قهراد امام، چاپ اول، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، تهران ۱۳۷۹، ص ۳۶.

اعمال اصول UNIDROIT در قراردادهای الکترونیکی در مقاله زیر به تفصیل مورد بررسی قرار گرفته است:

Gautrais, Vincent, Les Principes d'UNIDROIT Face au Contrat Electronique, La Revue Juridique Thémis, Vol. 36, 2002, pp. 481-518.

عنوان دعوت به ارائه ایجاب به حساب می‌آید، مگر اینکه از داده پیام بتوان استنباط نمود که شخص پیشنهاددهنده در صورت قبول سفارش ملتزم خواهد شد.^{۳۸}

نهایتاً، برای تشخیص ایجاب از دعوت به معامله در روابط الکترونیکی، می‌توان معیارهای زیر را به کار گرفت:

الف. نخستین و مهم‌ترین معیار «تصریح» است؛ یعنی اگر در پایگاه اینترنتی ذکر شده باشد که آنچه ابتدائاً ارائه می‌شود، ایجاب است یا صرفاً دعوت به ایجاب، این اعلام به دلیل عدم تنافی آن با مقررات و موازین حقوقی، معتبر خواهد بود.

ب. «قصد طرفین» یا شخصی که اقدام به تبلیغات می‌نماید، در تشخیص ایجاب مؤثر است. البته در صورتی که قصد، ابراز نشده باشد، پی بردن به آن بسیار مشکل و بر عهده قاضی یا داور رسیدگی‌کننده به اختلاف است. اگر شخص به گونه‌ای رفتار نماید که بتوان اثبات کرد که با قبول پیشنهاد ارائه شده از سوی او، توسط طرف دیگر، ملتزم خواهد شد، باید آن را «ایجاب» محسوب داشت.

ج. از طریق «قراین» و «اوضاع و احوال» می‌توان به قصد واقعی شخص از ارائه پیشنهاد پی برد. برای مثال، در یک پرونده^{۳۹}، توافقی‌های مقدم بین طرفین برای تشخیص ایجاب و قبول به کار گرفته شد و در پرونده‌ای دیگر^{۴۰}، حکم شد که پیام تلگرافی تاجر، بیشتر برای بررسی مظنه

38. United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, op cit., Art 11

39. Schelde Delta Shipping Bv., v. Astarte Shipping Ltd., (the Pamela), [1995]

40. Harrey v. Facey [1893].

بازار و بیان قیمت دلخواه و نه ایجاب بوده است. بنابراین صرف پرس و جوی قیمت از طریق تلفن یا نامه الکترونیکی را نمی‌توان ایجاب شمرد.

بنابراین، اگر شخص قصد التزام نداشته باشد، باید پیشنهاد ارائه شده از سوی او را صرفاً دعوت به معامله دانست.^{۴۱} و نیز اگر کالاهای ارائه شده برای فروش محدود بوده و با این وجود، همه در پیشنهاد خرید آزاد باشند، نمی‌توان وعده فروشنده را ایجاب شمرد؛ زیرا به حکم عقل و منطق نیز امکان فروش کالاهای مذکور به همه مشتریان وجود ندارد.^{۴۲} در مواردی که وب سایت به گونه‌ای طراحی شده که قبول را فقط از اشخاص مقیم در محدوده سرزمینی معین (برای مثال کشور ایران یا شهر تبریز) می‌پذیرد، ارائه کالا و خدمات در وب سایت برای اشخاص خارج از محدوده تعریف شده، حتی دعوت به ایجاب نیز به حساب نمی‌آید.

۲. شرایط و زمان اعتبار حقوقی ایجاب و قبول الکترونیکی

مسئله ایجاب و قبول الکترونیکی، زمانی مورد توجه قضات و حقوقدانان قرار گرفت که برخی از اشتباهات رایانه‌ای منجر به پیشنهادات مختلف برای خرید شد. در قضیه آرگوس، تلویزیونی که قیمت واقعی آن ۳۹۹ پوند بود به دلیل یک اشتباه به قیمت ۳/۹۹ پوند برای فروش ارائه شد. در مدت کمی، بیست هزار سفارش به پایگاه اینترنتی مربوطه ارائه گردید.

41. Gibson v. Manchester CC [1979].

42. Crainger & Son v. Gough [1892]. See: Gallet, Damien, Formation of E-Contracts in the EU, A Comparative Study of English and French Law, p.26. Available at: www.jullep.com/memories/Gormation%20of%20econtracts.pdf.

سیستم خودکار طراحی شده، تمام سفارشات را قبول کرد و حال آنکه اشتباهی غیرقابل مسامحه روی داده بود. اگرچه مسئله به دلیل پذیرش وقوع اشتباه از سوی تمامی مشتریان در دادگاه مطرح نشد، ولی همین امر منجر به توجه به مفهوم قدیمی ایجاب و قبول و دکترین اشتباه گردید.^{۴۳}

تشکیل قراردادهای خودکار (اتوماتیک) و اشتباه در ایجاب یا قبول در گفتارهای بعد، بررسی می‌شود. آنچه در اینجا مطرح است، شرایط و زمان اعتبار ایجاب و قبول الکترونیکی می‌باشد که در دو فراز جداگانه بدان پرداخته می‌شود.

۲-۱. شرایط ایجاب و قبول الکترونیکی

استفاده از واسطه‌های الکترونیکی در تشکیل قرارداد و نیز تنوع و جدید بودن اشتباهات و خطاهایی که امکان دارد به هنگام ایجاب و قبول الکترونیکی روی دهد، بررسی جداگانه هر یک از مسائل مربوط به شرایط ایجاب و قبول الکترونیکی را اقتضا می‌کند. در این بحث، به تفصیل، به بررسی شرایط ایجاب و قبول الکترونیکی خواهیم پرداخت.

۲-۱-۱. اعتبار ایجاب و قبول الکترونیکی

ایجاب و قبول الکترونیکی، علی‌الاصول تفاوت عمده‌ای با همسان آن در قراردادهای معمول ندارد. با این حال، تصور اینکه به صرف کلیک بر روی یک آیکن، قرارداد معتبر و الزام‌آوری تشکیل شود، زمانی مورد

43. Pacini Carl, Andrews Christine & Hillison William, To Agree or Not to Agree: Legal Issues in Online Contracting, Business Horizons, Volume 45, Issue 1, January–February 2002, p. 46.

تردید قرار گرفته است. اگر چه در تجارت بین الملل به استناد ماده ۲-۱ اصول مؤسسه و ماده ۱۴ کنوانسیون وین - به این دلیل که شرط خاصی برای نحوه ابراز ایجاب و با لحاظ وحدت ملاک، برای قبول مشخص نکرده اند - می توان به اعتبار ایجاب و قبول الکترونیکی حکم نمود؛ با این حال در حقوق داخلی اکثر کشورها، قوانین به طور خاص این موضوع را مورد بحث قرار داده اند.

در حقوق ایران، ماده ۵ ق.ت.ا - اگر چه به طور غیرصریح و مبهم - بر اعتبار قراردادهای خصوصی دلالت دارد. در حقوق امریکا، به منظور رفع هرگونه شک و شبهه، هم در یوتا و هم در ای.ساین قصد طرفین عقد الکترونیکی برای ایشان تعهدآور شمرده شده است.

در ماده ۱۱ قانون نمونه آنسیترا (۱۹۹۶)، ماده ۱۱ قانون معاملات الکترونیکی سنگاپور (۱۹۹۶)، بند ۲ ماده ۶۲ لایحه قانونی امضای دیجیتالی مالزی (۱۹۹۷)،^{۴۴} ماده ۳ قانون متحدالشکل تجارت الکترونیکی کانادا (۱۹۹۹)،^{۴۵} بند ۱ ماده ۹ دستورالعمل تجارت الکترونیکی اروپا (۱۹۹۹) و... بر اعتبار قراردادهایی که با مبادله الکترونیکی ایجاب و قبول تشکیل شده اند، تأکید گردیده است. ماده ۸ کنوانسیون ۲۰۰۵ آنسیترا نیز بر همین امر تأکید دارد.

تصویب قوانین خاص، به مفهوم خروج قراردادهای الکترونیکی از شمول قواعد عام حقوق و قانون مدنی نیست. در فرانسه، هیچ تفاوتی میان

44. Digital Signature Bill 1997, Malaysia. Available at www.geocities.com/Tokyo/9239/digisign.html.

45. Uniform Law Conference of Canada, Uniform Electronic Commerce Act [UECA], August 1999. Available at: www.law.ualberta.ca/alri/ulc/eindex.htm.

قراردادهای الکترونیکی و عادی از لحاظ تبعیت از قانون مدنی وجود ندارد.^{۴۶} در حقوق ایران نیز باید ایجاب و قبول الکترونیکی را به استناد برخی از مواد قانون مدنی، از جمله ماده ۱۹۳ به رسمیت شناخت؛ به موجب این ماده:

«انشاء معامله ممکن است به وسیله عملی که مبین قصد و رضا باشد، مثل قبض و اقباض حاصل گردد مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد».

در کامن‌لا نیز، تشریفات خاصی برای اعلام اراده لحاظ نشده و در اکثر موارد، مذاکره رودرروی طرفین، کتبی و ممضی و ممهور بودن قرارداد و نیز وجود شاهد برای تشکیل عقد و مبادله اسناد قرارداد به هیچ وجه شرط نیست.^{۴۷}

از بعد تاریخی، شناسایی ایجاب و قبول الکترونیکی، در رویه قضایی برای نخستین بار در توافقنامه‌های مبادله اینترنتی نرم‌افزار انجام گرفت. در یک پرونده،^{۴۸} اختلافات ناشی از امکان قائل شدن اثر حقوقی برای توافق حاصله به صرف کلیک بر روی نمایه «من موافقم» مطرح شد و دادگاه اعتبار قرارداد الکترونیکی را تأیید کرد. دادگاه عالی نیوجرسی در سال ۱۹۹۹، در پرونده‌ای دیگر^{۴۹} حکم مشابهی صادر کرد و در سال ۲۰۰۰ نیز دادگاه بخش ایالات متحده، قرارداد الکترونیکی استفاده از نرم‌افزار را معتبر شمرد.^{۵۰}

46. Baker & Mc Kenzie [edition], op cit., p.55

47. Fridman, op cit., pp.63-66

48. Rudder v. Microsoft [1999].

49. Caspi v. The Microsoft Network [1999].

50. Lieschke v. Real Networks Inc., (2000). See: Freedman, Bradley J., Electronic Contracts Under Canadian Law—A Practical Guide, Manitoba Law Journal, Vol. 28, No. 1, 2002, pp. 9-10.

۲-۱-۲. مسائل و ابهامات موجود

سرعت مبادله داده‌ها در فضای مجازی، نامعلوم یا شفاف نبودن هویت طرف معامله، دخالت اشخاصی غیر از طرفین قرارداد در رابطه الکترونیکی، بسته بودن سیستم فروش برخی از پایگاههای اینترنتی و نامفهوم بودن داده پیامهای مبادله شده در برخی از اوقات، مسائلی هستند که باید تکلیف آنها مشخص گردیده و از آنها رفع ابهام شود.

الف. سرعت مبادلات و تأثیر آن در قصد طرفین

قراردادهای الکترونیکی دارای دو ویژگی اصلی، یعنی سرعت و ارزانی هستند. از نظر سرعت، قراردادهای مذکور را باید از بعد نحوه اعلام ایجاب و قبول به سه دسته، طبقه‌بندی نمود:

یک. قراردادهایی که با استفاده از تلفن و دورنگار تشکیل می‌شوند. در این قراردادهای عملاً طرفین رودرروی هم قرار می‌گیرند و بدین لحاظ، حقوقدانان عموماً این دو وسیله را از وسایل فوری ارتباط^{۵۱} به شمار می‌آورند. در این حالت باید نحوه و شرایط تأثیر قصد طرفین و اعلام اراده را مشابه معامله رودرروی طرفین محسوب داشت.

دو. قراردادهایی که از طریق مبادله الکترونیکی داده^{۵۲} به شیوه نامه الکترونیکی تشکیل می‌شوند. در این صورت، نمی‌توان اینترنت یا شبکه ارتباطی غیر از آن را «وسیله فوری» ارتباط شمرد، زیرا ممکن است نامه - عمداً یا سهواً - به آدرس اشتباهی ارسال شود یا به دلیل اختلالات شبکه

51. Instantaneous.

52. Electronic Data Interchange (EDI).

واصل نگردد و یا اینکه مدت طولانی در صندوق پست الکترونیکی مخاطب بماند و وی از محتوای آن اطلاع نیابد. این نحوه از مبادله ایجاب و قبول را باید در حکم «قرارداد مکاتبه‌ای» محسوب و مشمول قواعد حاکم بر آن دانست.^{۵۳}

سه. قراردادهایی که به صورت بر خط^{۵۴} و با انجام افعالی چون «باز کردن بسته» یا «کلیک» تشکیل می‌شوند. در قراردادهای «بسته‌ای»^{۵۵} که برای فروش نرم‌افزار به کار می‌روند، فروشنده به مشتری اطلاع می‌دهد که باز کردن بسته‌بندی یا گشودن اسم رمز لوح فشرده از طریق اینترنت، به مفهوم قبول قرارداد و شرایط ضمن آن از سوی مشتری است. قراردادهای بسته‌ای از آن جهت اهمیت دارند که فروشندگان بیش از اینکه در صدد پیدا کردن واسطه برای فروش باشند، سعی دارند تا نرم‌افزارهای خود را به طور مستقیم به کاربران ارائه نمایند.^{۵۶}

قراردادهای مبتنی بر کلیک^{۵۷} همانند قراردادهای بسته‌ای، اما مقداری ساده‌ترند. این قراردادها به طور کامل در محیط برخط همچون شبکه

53. Smith, Graham J.H. and Contributors from Birds & Birds, Internet Law & Regulation, Third Edition, Sweet & Maxwell, London, 2002, p.454.

54. Online.

55. Shrink Wrapped Contract (Shrink-Wrap) در لغت به معنی پلاستیکی است که بر روی چیزی پیچیده شده و سپس از طریق پرس محکم می‌گردد (منبع: Babylon English-English Dictionary). مقصود از قراردادهای بسته‌ای، قرارداد فروش بسته‌های نرم‌افزار یا سخت‌افزاری پرس شده است که حسب مورد با باز کردن بسته یا رمزگشایی نرم‌افزار از سوی مشتری منعقد می‌شود.

56. Akdeniz, Yaman; Walker, Clive & Wall, David, The Internet: Law and Society, England: Longman 2000, p. 357.

57. Click-Wrap Agreement. See: Founds, Garry L., Shrinkwrap and Clickwrap Agreements: 2B or Not 2B? Federal Communication Law Journal, No. 1, Fall 2000.

اینترنت، تشکیل می‌شوند و برای طرفین آن الزام‌آور هستند. هنگام خرید کالاها، نرم‌افزار یا خدمات برخط، اغلب به مشتریان توصیه می‌شود که نمایه قبول شرایط استاندارد ارائه شده از سوی فروشندگان را انتخاب (کلیک) کنند. از آن جهت که این قرارداد به صرف «کلیک» بر روی نمایه قبول تشکیل می‌شود، آن را قرارداد کلیک یا قرارداد «مبتنی بر کلیک» می‌نامند.^{۵۸} در قرارداد کلیک، نمایه‌ای وجود دارد که مشتری با انتخاب آن به وجود اهلیت و قصد و رضای خویش اقرار می‌کند؛^{۵۹} که این امر می‌تواند در کاهش ادعاهای بعدی مؤثر باشد.

ب. نامعلوم یا مبهم بودن هویت طرفین ایجاب و قبول

اگرچه، جز در مواردی که ایجاب به مخاطب مشخصی انجام می‌شود، هویت طرف مقابل، در تشکیل معتبر قرارداد اهمیت خاصی ندارد، با این وجود، گسترش اینترنت و رابطه دور از هم افراد در آن منجر به ظهور پدیده‌ای به نام «سرقت شخصیت»^{۶۰} شده است. بدین مفهوم که برای نمونه در حیطه قراردادهای شخص (الف) خود را با نام (ب) معرفی کرده و به عنوان ایجاب‌کننده معامله‌ای با تعهدات سنگین با شخص (ج) رابطه برقرار می‌کند. تجارت سریع و ارزان با چنین مشکلاتی روبروست و این امر لزوماً

58. Buono Francis M. & Friedman Jonathan A., Maximizing the Enforceability of Click-Wrap Agreements, Journal of Technology Law & Policy, Vol. 4, Issue 3, Fall 1999; Gautrais, Vincent, The Colour of E-Consent, University of Ottawa Law & Technology Journal, Vol. 1, 2003-2004, pp. 201-207.

59. Lim, Christopher, E-Com Legal Guide, The Philippines, 2001, p. 2. Available at: <http://www.bakernet.com/apec/philapec.htm>.

60. Identity Theft

به معنای فقدان چاره برای این وضعیت نمی‌باشد. امروزه از طریق علم رمزگذاری^{۶۱} می‌توان از بروز این مسائل جلوگیری و امنیت معاملات الکترونیکی را بیش از پیش تأمین کرد.

ج. دخالت اشخاصی غیر از طرفین قرارداد در رابطه الکترونیکی

مسئله‌ای که طرح آن در مورد ایجاب و قبول الکترونیکی مناسب به نظر می‌رسد، این است که آیا طرفین به هنگام تشکیل قرارداد - به طور خاص در قرارداد شبکه‌ای - به طور مستقیم با هم وارد مذاکره شده یا این کار را با وساطت شخص ثالثی انجام می‌دهند؟^{۶۲}

مسئله از آنجا ناشی می‌شود که شخصی با عنوان سرویس‌دهنده بر خط در شبکه اینترنت^{۶۳} در تشکیل قرارداد نقش دارد؛ بدین معنی که مبادله ایجاب و قبول با دخالت شخص مذکور انجام می‌گیرد. در پاسخ به مسئله فوق باید گفت، دخالت سرویس‌دهنده، در حدی نیست که بتوان عنوان

۶۱. Cryptography (رمزنگاری: فرایند تبدیل اطلاعات به الگوریتمی خاص برای جلوگیری از افشای آن).

62. Davis, Lars, Contracts Formation on the Internet, Shattering a Few Myths, in Law and the Internet, Regulating Cyberspace, Lillian Edwards and Charlotte Waelde Ed., Hart Publishing, Oxford 1997, p.156; Sax Michael M., International Electronic Trade: Carrying out Consumer and Commercial Transactions, April 15, 1998, p.11. Available at: www.saxlaw.com/publications/saxlaw.1.pdf.

۶۳. Online Internet Service Provider (رساننده سرویس اینترنتی «رسا»): سازمان یا شرکتی که دسترسی به خدمات اینترنتی را برای کاربران رایانه فراهم می‌سازد؛ سازمانهایی که خدماتی برای اتصال به شبکه ارائه می‌دهند (منبع: Babylon - Persian Computer Encyclopedia). برای اطلاعات بیشتر، نک. آیین‌نامه واحدهای ارائه‌کننده خدمات اطلاع‌رسانی و اینترنت رسا (ISP)، مصوب جلسات ۴۸۲ الی ۴۸۶ و ۴۸۸ مورخ ۱۳۸۰/۵/۹ و ۱۳۸۰/۵/۲۳ و ۱۳۸۰/۶/۶ و ۱۳۸۰/۷/۳ و ۱۳۸۰/۸/۱۵ شورای عالی انقلاب فرهنگی.

«وساطت» یا «دلالتی» را بدان اطلاق نمود. لذا در موارد فوق نیز، قرارداد به طور مستقیم بین طرفین ایجاب و قبول منعقد می‌شود و سرویس‌دهنده به عنوان نماینده هیچ‌کدام از ایشان شمرده نمی‌شود؛ بلکه او را باید همانند «مأمور اداره پست» به حساب آورد. البته باید افزود که اگر این فرد در انجام وظیفه خود یعنی مبادله ایجاب و قبول و ذخیره مدارک مربوط به قرارداد - در صورت تصریح طرفین - عمد یا مسامحه‌ای نماید، براساس قواعد عام مسئولیت مدنی، می‌توان علیه وی اقامه دعوا نمود.

د. بسته یا باز بودن سیستم فروش الکترونیکی

ممکن است این بحث مطرح شود که روابط الکترونیکی، به «نبرد فرم‌ها»^{۶۴} خاتمه داده است؛ زیرا در اغلب قراردادهای الکترونیکی سیستم بسته‌ای برای فروش وجود دارد و مشتری بدون اینکه حق «ایجاب متقابل» داشته باشد، یا باید شرایط فروشنده الکترونیکی را پذیرفته و قرارداد را منعقد نماید و یا اینکه از تشکیل آن صرف‌نظر کند.

به طور معمول، در قراردادها تسلسل ایجاب و قبول متقابل تا آن زمان که منجر به قبول نهایی و بی قید و شرط شود، ادامه می‌یابد. این وضعیت را «نبرد فرم‌ها» نامیده‌اند. نبرد یا جنگ فرم‌ها در مواردی است که از شروط استاندارد برای حصول توافق بین طرفین استفاده می‌شود و با وجود تراضی طرفین در شروط اساسی نظیر قیمت و مقدار، شروط دیگری در فرم پیشنهادی هر کدام از ایشان باقی می‌ماند که بر آنها توافق نشده است.^{۶۵} بند

64. Battle of the Forms.

۶۵. دکتر داراب پور، منبع پیشین، ج ۱، ص ۲۴۳.

۲ ماده ۱۹ کنوانسیون وین، در صورت عدم اعتراض ایجاب کننده، در مدت متعارف به مغایرت‌های مذکور، شروط قرارداد را عبارت از شروط مذکور در ایجاب، همراه با تعدیل‌های مندرج در قبول می‌داند.

ماده ۲-۲ اصول مؤسسه، با مقداری تفاوت مقرر می‌دارد: «در موردی که هر دو طرف از شروط استاندارد بهره می‌گیرند و جز در مورد شروط استاندارد، در بقیه موارد به توافق می‌رسند، قراردادی بر مبنای شروط توافق شده و هر شرط استنادی که از نظر ماهیت بین طرفین یکسان باشد، منعقد می‌شود؛ مگر اینکه یکی از طرفین، پیشاپیش به وضوح بیان کند یا بعداً و بدون تأخیر غیرموجه به طرف دیگر اطلاع دهد که قصد ندارد به چنین قراردادی ملتزم باشد».^{۶۶}

اگر چه در قراردادهای بسته الکترونیکی، امکان ایجاب متقابل وجود ندارد و مشتری راهی جز قبول بدون قید و شرط آنچه ارائه شده یا انصراف کامل از تشکیل عقد ندارد،^{۶۷} با این وجود، نباید این وضعیت را به هیچ وجه به مفهوم «پایان عصر نبرد فرم‌ها در فضای مجازی» محسوب داشت. زیرا به راحتی می‌توان سیستم فروشی طراحی نمود که در آن امکان ایجاب متقابل، ارائه شروط و قیود قراردادی متفاوت و به طور کلی مذاکرات مقدماتی طولانی، وجود داشته باشد. بنابراین قرارداد الکترونیکی نیز همانند سایر عقود، فرایندی از چانه‌زنی‌های منجر به نتیجه است،^{۶۸} و دلیلی بر

۶۶. به نقل از: اخلاقی و امام، منبع پیشین، صص ۸۴-۸۳.

67. Sax Michael M., Buying and Selling Goods over the Internet, January 24, 2000. p.9.

Available at:

www.saxlaw.com/publications/backup%20of%20seminar%2001%2024%5b1%5d.htm.

68. Dodd, Jeff C. and Hernandez James A., Contracting in Cyberspace, Computer Law Review and Technology Journal, Summer 1998, p.9.

استثنای قراردادهای مذکور از این قاعده عام وجود ندارد. به ویژه در قراردادهایی که با مبادله الکترونیکی داده پیام تشکیل می‌شوند، تصور این وضعیت محال نیست و دادگاه باید در حل مسئله و یافتن حکم منصفانه، قصد و توافق واقعی طرفین و نیز اوضاع و قراین امر را در مورد هر پرونده به طور خاص مورد توجه قرار دهد.^{۶۹}

هـ. لزوم صراحت و شفافیت ایجاب و قبول الکترونیکی

در مبادله الکترونیکی داده‌ها، رودررویی اینترنتی و تشکیل قرارداد از طریق نامه الکترونیکی، داده پیام‌هایی بین طرفین رد و بدل می‌شود. این داده‌ها به عنوان وسیله اعلام اراده طرفین قرارداد به شمار می‌آیند و لذا باید از دو جنبه صریح و شفاف باشند:

یک. از حیث قواعد عمومی قرارداد. بنابراین اگر محتوای ایجاب یا قبول مشخص نباشد، به گونه‌ای که نتوان به قصد واقعی موجب یا قابل پی برد، قرارداد محکوم به بطلان است.

دو. از جنبه علمی و فنی. داده پیام مبادله شده باید برای طرف مقابل «خوانا» باشد. لذا اگر داده تحت برنامه‌ای که قابل رمزگشایی نیست، ارسال شود و طرف مقابل از محتوای پیام آگاهی نیابد - ولو اینکه ارسال کننده قصد واقعی خود را در آن ابراز داشته و برای خود او خوانا باشد - نمی‌توان حکم به تشکیل قرارداد الکترونیکی نمود.

69. Winn, Jane K. & Wright Benjamin, Law of Electronic Commerce, Forth Edition, Aspen Law & Business Supplement 2002, Chapter 6-12.

۲-۲. زمان اعتبار ایجاب و قبول الکترونیکی

ایجاب و قبول الکترونیکی، به رغم وجود نظریات متعدد، به هر حال در زمان خاصی «قطعیت» می‌یابند. واژه‌ای که بتوان از این نظر آن دو را تحت لوای آن قرار داد، تنها عبارت «زمان اعتبار» است؛ زیرا اعتبار ایجاب به مفهوم صدور قطعی آن از سوی موجب و امکان الحاق قبول بدان است و نتیجه اعتبار و قطعیت قبول، تشکیل قرارداد می‌باشد. حتی در قراردادهای غیرنافذ که در حقوق اسلامی ممکن است رضا بعداً اعلام گردد، رکن نهایی تشکیل عقد، قبول است و به همین دلیل زمان قطعیت آن با زمان تشکیل قرارداد، ملازمه دارد.

۲-۲-۱. اهمیت تشخیص زمان اعتبار ایجاب و قبول

از آنچه گفته شد، روشن می‌گردد که مکان تشکیل قرارداد با لحاظ «زمان قطعیت قبول» مشخص می‌گردد؛ مگر اینکه به موجب تراضی طرفین (که در امکان آن تردید وجود دارد)، تأیید وصول قبول به عنوان شرط نهایی تشکیل قرارداد، در نظر گرفته شود، که در این صورت تشکیل قرارداد زمانی است که شرط مذکور، تحقق یابد.

در مورد زمان تحقق ایجاب، بحث خاصی وجود ندارد. چه، نمی‌توان ایجاب را قبل از اطلاع از آن قبول نمود و لذا اطلاع مخاطب از محتوای ایجاب، شرط اعتبار آن است و علی‌الاصول نمی‌توان فعل و انفعالات دماغی اشخاص را بدون ابراز آن مبنای تشکیل قرارداد شمرد. بحث تقدم قبول بر ایجاب نیز عقیده‌ای ساختگی، فاقد اثر حقوقی و غیرقابل پذیرش به نظر

می‌رسد،^{۷۰} زیرا نخستین ابراز اراده از سوی یکی از طرفین احتمالی قرارداد، «ایجاب» به حساب می‌آید و به هیچ وجه نمی‌توان قبل از مذاکرات قرارداد، موجب و قابل را مفروض داشت.

از آن جهت که امکان دارد ایجاب محدود به زمان خاصی باشد یا موجب از آن اعلام انصراف نماید، تعیین زمان تحقق ایجاب و زمان تشکیل قرارداد دارای اهمیت است،^{۷۱} زیرا با تشکیل قرارداد، ایجاب و قبول الزام‌آور می‌شود و موجب نمی‌تواند از آن اعلام انصراف نموده یا قابل آن

۷۰. صاحب غنیه النزوع (ابن زهره حلبی)، در مورد رابطه ایجاب و قبول در عقد بیع می‌فرماید: «از نظر ما، حصول ایجاب از سوی فروشنده و قبول از ناحیه خریدار است و این نظر برای آن است که از قولی که انعقاد عقد را با تقاضای (ایجاب) خریدار مقرر می‌کند، برحذر باشیم ... بنابراین فروشنده باید بگوید: فروختم؛ و بیع منعقد نمی‌شود، مگر اینکه خریدار بگوید: خریدم یا قبول کردم». این دیدگاه در سرائر ابن ادریس و الوسیله ابن حمزه مورد تصریح قرار گرفته است. در جامع المقاصد، محقق کرکی بر اتفاق نظر فقها در این مورد اظهار نظر کرده و صاحب غنیه آن را اجماعی دانسته، حال آنکه شهید ثانی در مسالک الافهام آن را نظر مشهور فقها عنوان کرده است. برخی از فقها، (از جمله شیخ عاملی در مفتاح‌الکرامه)، اعمال آن را به تمامی معاملاتی که در آنها ایجاب و قبول شرط می‌باشد، سرایت داده‌اند. شیخ طوسی در المبسوط، ضمانت اجرای تقدم ایجاب بر قبول را بطلان دانسته است. صاحب مکاسب پس از ذکر عقاید مختلف فقها می‌فرماید: «و اما علی ما قویناه ... فی المسأله المعطاه - من أن البیع العرفی موجب للملک و أن الأصل فی الملک اللزوم - فللزام الحكم باللزوم فی کل مورد لم یتم اجماع علی عدم اللزوم» (شیخ مرتضی انصاری، کتاب مکاسب البیع)، صصحه و علقه علیه: آیت الله حاج شیخ احمد پایانی، الجزء الثانی، الطبعة الثانیة، دارالحکمة، قم ۱۴۲۲ هـ.ق. صص ۱۴۸-۱۴۶). در نهایت، ایشان با این استدلال و ادله دیگر از اصول فقه و نظر فقها، بر شرط نبودن تقدم ایجاب بر قبول نظر داده‌اند. متأسفانه، این عقیده در فقه کمتر مورد توجه بوده که «نخستین اعلام اراده از سوی هریک از طرفین عقد، ایجاب و ابراز قصد طرف مقابل، قبول به شمار می‌آید و تفاوتی میان بایع و مشتری و مبیع و ثمن از این حیث وجود ندارد تا بالنتیجه موجب و قابل از ابتدا مفروض باشد». علت توقف فقها از جمله به دلیل مشخص بودن صیغه انعقاد هریک از عقود است. حال آنکه در قانون مدنی، وجود صیغه حتی در عقد نکاح هم لازم شمرده نشده (ماده ۱۰۶۲) و اشاره مبین قصد یا انعقاد فعلی قرارداد پیش‌بینی شده است (مادتين ۱۹۳-۱۹۲). این بحث از آن جهت ضروری به نظر می‌رسد که در قراردادهای الکترونیکی، امکان دارد هیچ لفظی رد و بدل نشود؛ تشخیص موجب و قابل مشکل باشد و ...

71. Freedman, op cit., p. 13.

را رد نماید. تعیین زمان تشکیل عقد از جمله برای تشخیص مبدأ جریان آثار قرارداد، تعیین قانون حاکم بر عقد و روابط طرفین و نیز مبدأ جریان مرور زمان، اهمیت دارد.^{۷۲}

در مورد زمان قطعیت قبول در عقد مکاتبه‌ای، نظریات اعلام، ارسال، وصول و اطلاع ارائه شده که می‌توان در تعیین زمان تشکیل برخی از اقسام قراردادهای الکترونیکی، آنها را به کار بست. البته با لحاظ دستورالعمل تجارت الکترونیکی اروپا، شاید بتوان «نظریه تأیید وصول قبول» را نیز بر دیدگاه‌های فوق افزود. اهمیت پذیرش هر کدام از نظریات فوق، صرف‌نظر از تشخیص زمان انعقاد قرارداد، در این است که تعیین می‌کنند چه کسی بار اثبات عدم وصول داده پیام را در صورتی که داده پیام به هر دلیل واصل نشود، بر عهده خواهد گرفت. تشخیص زمان بر مبنای هر کدام از نظریات فوق، حسب مورد در تعیین قانون قابل اجرا و دادگاه صالح بر اختلافات قراردادی مؤثر خواهد بود.

۲-۲-۲. مبانی و تئوری‌های تشخیص زمان اعتبار قبول

نخست. تحدید اقسام قراردادهای الکترونیکی

قراردادهای الکترونیکی را از نظر زمان اعتبار قبول، باید به پنج دسته عمده تقسیم‌بندی نمود و حکم هر کدام را به طور جداگانه مشخص کرد. یک. قراردادهایی که با وسایل فوری ارتباط همانند تلفن تشکیل می‌شوند.

۷۲. دکتر شهیدی، منبع پیشین، ص ۱۵۸، ش ۱۹۹.

دو. قراردادهایی که با وسایل غیرفوری ارتباط همچون نامه الکترونیکی و مبادله الکترونیکی داده منعقد می‌شوند.

سه. قراردادهای الکترونیکی که قبول آنها به صورت «فعلی» است.

چهار. قراردادهای مصرف کننده.

پنج. قراردادهای خودکار (اتوماتیک) الکترونیکی.

از میان این پنج دسته، قراردادهای قسم پنجم در گفتار بعد بررسی می‌شوند و در اینجا به زمان اعتبار قبول در چهار قسم دیگر قراردادهای الکترونیکی، پرداخته می‌شود.

دوم. زمان اعتبار قبول در «قراردادهای فوری»

سابقه‌ای بر این نام‌گذاری دیده نمی‌شود؛ با این حال از حیث مدت زمان لازم برای مبادله ایجاب و قبول، می‌توان قراردادها را به عقود فوری و عقود غیرفوری تقسیم‌بندی نمود. برای دسته نخست، می‌توان قرارداد منعقد شده با تلفن و برای دومی، عقود مکاتبه‌ای را مثال زد.

اگر چه «تجارت الکترونیکی» به مفهوم فعلی آن، با تشکیل قرارداد به وسیله تلفن، هرگز آغاز نشد و شاید دلیل این امر عدم امکان ارتباط گسترده با افراد متعدد در آن واحد - برخلاف اینترنت - بود؛ ولی تشخیص زمان اعتبار قبول در قراردادهای فوری آسان است، زیرا مکالمات تلفنی در زمان و مکان مشخصی انجام می‌شوند و زمان قطعیت قبول هنگامی است که بعد از اعلام قبول، ارتباط قطع می‌شود. از آن جهت که با اعلام تلفنی قبول، طرف مقابل نیز از محتوای آن آگاهی می‌یابد، و عرفاً فاصله‌ای میان اعلام، وصول و اطلاع از قبول متصور نیست، قرارداد به هنگام استماع قبول توسط

مخاطب تشکیل می‌شود و انصراف بعدی مخاطب از قبول پیش از قطع ارتباط را باید با لحاظ ماده ۳۹۷ ق.م. اعمال «خیار مجلس» محسوب دانست.

ذکر این نکته اهمیت دارد که اگر در اینترنت از سیستم تلفن دوسویه^{۷۳} برای تشکیل قرارداد استفاده شود، یعنی هر یک از دو طرف بتواند بدون قطع امکان مکالمه طرف دیگر حرف بزند و مکالمه بدون تأخیر (زنده) باشد، در آن صورت از حیث احکام هیچ تفاوتی با تلفن به مفهوم سنتی آن نخواهد داشت^{۷۴}

سوم. زمان اعتبار قبول در «قراردادهای غیرفوری»

در قراردادهایی که در آن ایجاب و قبول یا تمام مذاکرات منجر به تشکیل عقد و یا صرفاً قبول قرارداد، از طریق وسایل «غیرفوری» ارتباط صورت می‌گیرد، همانند عقود مکاتبه‌ای، زمان اعتبار و قطعیت قبول، مباحث مفصل و پیچیده‌ای را به خود اختصاص داده است. چنانکه گفته شد، در این خصوص نظریات اعلام، ارسال، وصول و اطلاع ارائه شده^{۷۵} و سیستم‌های حقوقی مختلف با لحاظ عرف و رویه قضایی و گاه «مصلحت تجاری» یکی از نظریات مذکور را پذیرفته‌اند. البته، نظریات اعلام و

۷۳. Full Duplex) تمام دوسویه، دوطرفه همزمان: با حروف اختصاری FDX، توانایی انتقال همزمان در دو جهت، به طوری که ابزارها بتوانند در یک زمان داده‌ها را دریافت و ارسال کنند (منبع: Persian Computer Encyclopedia: Babylon).

74. Smith et al, op cit., p. 455.

۷۵. دکتر شهیدی، منبع پیشین، ص ۱۶۱، ش ۱۲۰ و دکتر کاتوزیان، منبع پیشین، ص ۳۵۰، ش ۱۸۴ به بعد.

دریافت قبول مقبولیت چندانی ندارد و اغلب یکی از دو نظریه «ارسال» و «وصول» به عنوان مبنا مورد توجه قرار گرفته‌اند.

امروزه با لحاظ مقررات موجود و نظریات حقوقدانان مشهور، تردیدی در تبعیت قراردادهای الکترونیکی غیرفوری از تئوری‌های فوق وجود ندارد؛^{۷۶} ولی اینکه کدام یک از تئوری‌های مذکور مقبولیت بیشتری داشته و به عنوان «قاعده عام» محسوب می‌شوند، محل تردید است. از یک سو، بند ۲ ماده ۲-۶ اصول مؤسسه و ماده ۲۴ کنوانسیون وین، نظریه وصول یا دریافت را پذیرفته‌اند و همین امر باعث شده تا برخی از کشورها به خاطر «مصالح تجاری» خویش در سطح بین‌المللی و «تسهیل اثبات وقوع قبول» بر همین نظریه تأکید نمایند. از سوی دیگر حقوق قرارداد برخی از کشورها، همچون ایران، جمهوری چک و ایالات متحده آمریکا (ماده ۱۷-۳ قانون متحدالشکل تجاری^{۷۷} و بند ۶۳ بازنویسی دوم حقوق قرارداد^{۷۸}) به طور کامل بر نظریه «ارسال» مبتنی است.

76. Freedman, op cit., p.11; Tan, Harry S.K., Electronic Transactions Regulation—Singapore: The Impact of the Singapore Electronic Transactions Act on the Formation of E-Contracts — Part II, Computer Law & Security Report, Volume 18, Issue 5, 1 October 2002, p. 347; Dodd & Hernandez, op cit., p.9 ff.

77. Uniform Commercial Code (UCC).

۷۸. [Restatement (Second) of Contracts]. بازنویسی (دوم) حقوق قرارداد: همانند قانون بوده و دارای بخشهای مختلفی است که در آن قواعد ماهوی، همانند قوانین موضوعه آمده و توضیح و تفسیرهای لازم ارائه شده است. اما بر خلاف UCC، بازنویسی دوم قانون موضوعه نیست و تنها به عنوان منبع ثانوی همانند کتب مرجع به شمار می‌آید که فاقد قدرت الزام‌آور هستند. قواعد موجود در بازنویسی اغلب از آرای صادره محاکم — که لزوماً رأی اکثریت دادگاهها یا قضات نیست — اقتباس شده است. اولین بازنویسی در سال ۱۹۳۰ تهیه شد و در سال ۱۹۶۰ با توجه به قدیمی شدن آن کار تدوین بازنویسی دوم آغاز گردید. سرانجام در سال ۱۹۸۰ چارچوب نهایی آن منتشر گردید. با توجه به همزمانی بررسی و

از نظر تحلیلی، تئوری ارسال با ماهیت حقوقی قراردادهای غیرفوری مطابقت بیشتری دارد،^{۷۹} زیرا آنچه برای تشکیل قرارداد (برای مثال در حقوق ایران به استناد ماده ۱۹۱ ق.م) مورد نیاز است «چیزی بیش از قصد انشای همراه با وسیله ابراز آن نیست»^{۸۰} و وصول یا اطلاع ایجاب کننده بر محتوای قبول، به هیچ وجه شرط وقوع قبول نمی‌باشد.^{۸۱} حتی در رویه قضایی کشورهایی که بر تئوری وصول تأکید دارند نیز پرونده‌هایی وجود دارد که در آنها با لحاظ قراین و امارات بر مبنای نظریه ارسال تصمیم‌گیری شده^{۸۲} و حتی در یک پرونده انگلیسی،^{۸۳} دادگاه، ارسال قبول به ایجاب کننده را شرط ضروری تشکیل قرارداد محسوب ننموده است.

جالب اینکه گاهی، دادگاهها تئوری وصول را نیز اعمال ننموده و بر حسب شرایط پرونده به دیدمان اطلاع تمایل نشان داده‌اند. چنانکه در

تصویب UCC و بازنویسی دوم، این دو مقرر به شدت از هم تأثیر پذیرفته‌اند؛ اگرچه قلمرو اجرایی آنها تا حدود زیادی متفاوت است. نقل با تصرف و تلخیص از:

Blum, Brian A., *Contracts*, Second Edition, Aspen Law & Business, NewYork, 2001, pp. 28-29.

۷۹. اعمال تئوری‌های تشکیل قرارداد در مورد عقود غیرفوری، در قرارداد منعقد از طریق تله‌کپی (تمام مواردی که ایجاب و قبول یا یکی از آن دو از طریق دورنگار [فاکس] ارسال می‌شود)، نیز مورد بررسی قرار گرفته است. در حقوق فرانسه، برخی از حقوقدانان و آرای قضایی، به استناد ماده ۱۱۰۸ که «قصد التزام طرفین» را کافی می‌داند، به نظریه ارسال گرایش پیدا کرده‌اند، زیرا در آن زمان است که امکان انصراف از قبول منتفی می‌شود و همین دیدگاه است که به لحاظ تحلیلی و در تطبیق با ماهیت اراده، منطقی به نظر می‌آید. برای بررسی تفصیلی، نک.

Gautrais, Vincent, *La Formation des Contrats par Télécopieur*, *La Revue Juridique Thémis*, Vol. 29, Numéro 2, Numéro 8, Mai 1998, pp. 392-402.

۸۰. دکتر شهیدی، منبع پیشین، ص ۱۶۲، ش ۱۲۱.

۸۱. دکتر کاتوزیان، منبع پیشین، ص ۳۶۱، ش ۱۹۱.

82. *Adams v. Linsell* (1818); *Magann v. Auger* (1901); *Imperial Life Assurance Co. of Canada v. Colmenars* (1967).

83. *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Company* (1893).

پرونده‌ای انگلیسی به سال ۱۹۹۵،^{۸۴} دادگاه حکم نمود که تلکس واصل شده در نوزده دقیقه به نیمه شب جمعه، تا صبح روز کاری دوشنبه بعد، هیچ اثری ندارد. در این پرونده اگر چه وصول پیام در زمان مذکور، حتی اگر کسی از محتوای آن آگاه نشده، مفروض است؛ اما دادگاه چنین نتیجه گرفت که زمان مدنظر گیرنده برای وصول پیام بیش از زمان واقعی دریافت آن اهمیت دارد.^{۸۵}

پیش‌نویس کنوانسیون جدید آنسیترا در باره تشکیل قرارداد به شیوه الکترونیکی در سطح بین‌المللی، اشاره‌ای به زمان قطعی قبول ننموده و تنها در ماده ۱۰ به زمان ارسال و دریافت داده پیام پرداخته است که در واقع تکرار ماده ۱۵ قانون نمونه (۱۹۹۶) می‌باشد. به نظر می‌رسد آنسیترا، به دلیل ذکر زمان تشکیل عقد مکاتبه‌ای در کنوانسیون سابق آنسیترا (کنوانسیون وین) و به دلیل تنوع قراردادهای الکترونیکی از حیث فوری یا عدم فوری بودن، نیازی به وضع قاعده در این مورد ندیده است.

سرانجام، در مورد زمان اعتبار قبول در «قراردادهای غیرفوری» باید گفت، اگر چه از لحاظ تحلیلی، عالم اعتبار علی‌الاصول از قواعد عالم مادی تبعیت می‌کند و در مورد قرارداد نیز به محض «تحقق قصد انشای طرفین قبول» که با «ارسال قبول» است، باید حکم به تشکیل قرارداد نمود با وجود این در جهانی که «سرعت» و «تسهیل معاملات» در پیشرفت تجاری و اقتصادی اهمیت فراوانی دارد، باید مقداری «عمل گرایانه» برخورد کرد. اگر چه جدایی عالم «ثبوت» و «اثبات» را نمی‌توان انکار

84. Schelde Delta Shipping BV. v. Astarte Shipping Ltd., (the Pamela - 1995).

85. Smith et al., op cit., p.451.

نمود، با این حال توجه بیش از اندازه به بنیان‌های سنتی حقوقی نیز موجب عقب ماندگی خواهد بود. در بحث از دستورالعمل تجارت الکترونیکی اروپا، خواهیم دید که چگونه، حتی کشورهایی که قرن‌های متمادی بر مبنای «نظریه ارسال» عمل می‌کرده‌اند و رویه قضایی آنها مملو از پرونده‌هایی است که بر همین مبنا در آنها صدور حکم شده است - اگر چه در رویه‌ای قابل انتقاد - نظریه وصول را نیز قانع کننده ندانسته و به تئوری جدید «تأیید وصول» گرایش پیدا کرده‌اند.

چهارم. زمان اعتبار قبول در قراردادهای الکترونیکی «فعلی»

در اینکه ایجاب و قبول هر دو از طریق «فعل» قابل انجامند (ماده ۱۹۳ ق.م)، تردیدی وجود ندارد. تصور این وضعیت در تجارت الکترونیکی نیز محال نیست؛ قبول، اعلام اراده بدون قید و شرط به محتوای ایجاب است و از آن جهت که در تقابل با ایجاب منجر به تعهد می‌شود، آن را می‌توان با اعلام فعلی تعهد یا اجرای فعلی محتوای ایجاب به منصفه ظهور رسانید.^{۸۶} در قرارداد مستقیم الکترونیکی،^{۸۷} تحویل مبیع و ثمن هر دو به شیوه الکترونیکی انجام می‌شود و برای نمونه می‌توان در هنگام ایجاب خرید یک مقاله به شیوه الکترونیکی قید کرد که با ارسال مقاله از سوی مخاطب - بدون اینکه نیازی به اعلام صریح قبول باشد - قرارداد تشکیل خواهد شد.

86. Dodd & Hernandez, op cit., p.9.

87. Direct E-Commerce Transaction.

از نظر زمان قطعیت و اعتبار قبول، تفاوتی میان قرارداد سنتی و الکترونیکی وجود ندارد. اگر چه حقوقدانان به تصور وقوع فوری «قبض و اقباض»، از بحث در خصوص زمان اعتبار قبول در قراردادهای «فعلی» اجتناب کرده‌اند، ولی به اختصار باید گفت که حتی اگر میان زمان تسلیم مبیع یا ثمن و دریافت آن از سوی طرف مقابل، فاصله زمانی وجود داشته باشد - که در قرارداد الکترونیکی «فعلی» چنین است - با استنباط از ماده ۱۹۳ ق.م. زمان قطعیت قبول را باید وقتی دانست که تسلیم به مفهوم عرفی آن به طرف مقابل انجام شود؛ لذا اگر (الف) یک نرم‌افزار را به قیمت سیصد دلار به (ب) بفروشد و با اینکه دریافت الکترونیکی نشانه قبول بوده ولی به دلیل اختلال در شبکه اینترنت، کالای مذکور به هیچ وجه به دست مشتری نرسد، نمی‌توان گفت که «قبول فعلی» رخ داده است.

پنجم. زمان اعتبار قبول در قرارداد با مصرف کنندگان

یکی از اقسام قراردادهای الکترونیکی، قراردادی است که میان تاجر و مصرف کننده،^{۸۸} منعقد می‌شود. بند (ع) ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی در تعریف مصرف کننده، مقرر می‌دارد: «مصرف کننده هر شخصی است که به منظوری جز تجارت یا شغل حرفه‌ای اقدام می‌کند». به تصریح ماده ۳۳ و ۳۴ ق.ت.ا، فروشندگان کالا و خدمات و تأمین کننده باید تمام اطلاعات لازم برای تشکیل قرارداد متعادل را در ضمن ایجاب و شروط پیشنهادی، در اختیار مصرف کنندگان قرار دهند و به موجب ماده ۳۵ همان قانون، اطلاعات اعلام شده باید صراحت لازم را دارا باشد. بدون ورود

88. Business to Consumer (B2C).

در بحث مفصل و پیچیده «حمایت از مصرف کننده در حقوق قرارداد»، در مورد زمان اعتبار (قطعیت) قبول در قراردادهای مصرف کننده باید گفت، حمایت از مصرف کننده در حقوق اکثر کشورها ایجاب می کند تا قواعد حمایتی خاصی برای این اشخاص، به ویژه در معاملات الکترونیکی که واجد ویژگی سرعت و عدم شفافیت هویت طرف مقابل هستند، در نظر گرفته شود. در اروپا تمهیداتی در این خصوص اندیشیده شده^{۸۹} و بند ۴ ماده ۳ دستورالعمل تجارت الکترونیکی، هر یک از دولت های عضو اتحادیه را به حمایت از مصرف کنندگان و جلوگیری از تبعیض میان ایشان، ملزم نموده است.

در زمینه قراردادها در اکثر کشورها، مصرف کنندگان دارای فرصت انصراف از قرارداد - حتی بعد از اعلام قبول - می باشند. این فرصت، در حقوق برخی از کشورها بدون تعیین مدت مشخص و صرفاً بر مبنای اعطای مهلت متعارف است؛ چنانکه در حقوق بلژیک به موجب ماده ۳۲ قانون حاکم بر رویه های منصفانه تجارت^{۹۰} و در حقوق آلمان به موجب بند ۲ قانون شروط استاندارد و قیود قراردادی^{۹۱} مصرف کننده باید مهلت متعارفی برای انصراف از قرارداد داشته باشد. با این حال در حقوق برخی دیگر از کشورها، مهلت مشخصی برای انصراف مصرف کننده از قرارداد الکترونیکی در نظر گرفته شده است؛ برای مثال در حقوق سوئد، به موجب قانون معاملات از راه دور مصوب ۲۰۰۰^{۹۲} مشتری ۱۴ روز از تاریخ وقوع

89. Baker & Mc Kenzie [Edition], op cit., p.22 ff.

90. Act on Fair Practices (Belgium).

91. Standard Terms and Conditions Act (Germany).

92. Distance Sales Act (Sweden).

معامله از راه دور، حق انصراف از قرارداد را دارد و برای این اعمال حق، خسارتی نخواهد پرداخت.

ماده ۳۷ ق.ت.ا. کشورمان نیز در همین رابطه مقرر می‌دارد: «در هر معامله از راه دور، مصرف کننده باید حداقل هفت روز کاری وقت برای انصراف (حق انصراف) از قبول خود بدون تحمل جریمه و یا ارائه دلیل داشته باشد. تنها هزینه تحمیلی بر مصرف کننده هزینه باز پس فرستادن کالا خواهد بود». ممکن است در به کارگیری واژه «انصراف» که معادل «Withdraw» در زبان انگلیسی است برای حالت «کناره گیری از قرارداد پس از تشکیل آن» تردیدهایی پیش آید؛ با این حال به نظر می‌رسد که استعمال «حق انصراف» بهتر از به کارگیری اصطلاح مدنی «حق فسخ» باشد، زیرا در حقوق ایران، فسخ نسبت به گذشته بی‌اثر است و حال آنکه با «انصراف» از قرارداد توسط مصرف کننده، هیچ اثری نباید برای توافق طرفین قائل بود و آن را باید مانند حالتی دانست که فرصتی برای بررسی ایجاب به مخاطب داده شده و وی در آن مهلت از قبول ایجاب اعلام انصراف نموده است. اگر چه در تدوین ق.ت.ا. به تمایز میان «حق فسخ» و «حق انصراف» به شرحی که ذکر شد، توجهی نشده، ولی از ملاک قسمت اخیر ماده ۳۷ استنباط می‌گردد که اگر نمی‌توان هزینه یا جریمه‌ای برای اعمال «حق انصراف» به مصرف کننده تحمیل نمود، علی‌القاعده او نیز نباید بتواند از عین یا منافع کالای مورد معامله بهره‌مند شود. چنانچه بند (د) ماده ۳۸ ق.ت.ا. نیز اشاره کرده، «حق انصراف مصرف کننده در مواردی که شرایط خاصی بر نوع کالا و خدمات حاکم است اجرا نخواهد

شد...»؛ برای مثال، در حقوق سوئد اعمال این حق در مورد کالاهایی که در معرض فساد سریع قرار دارند، همانند مواد غذایی، ممکن نیست.^{۹۳}

۲-۲-۳. تحلیل ماده ۱۱ دستورالعمل تجارت الکترونیکی اروپا

«دستورالعمل اتحادیه اروپا درباره جنبه‌های مشخصی از خدمات جامعه اطلاعاتی، به طور خاص تجارت الکترونیکی در بازار داخلی»،^{۹۴} (به اختصار، دستورالعمل تجارت الکترونیکی)، در سال ۲۰۰۰ از سوی پارلمان اروپا برای تصویب اجباری دولت‌های عضو در مجالس قانونگذاری داخلی، ارائه گردید. آنچه از این دستورالعمل به بحث ما ارتباط می‌یابد، ماده ۱۱ (به خصوص بند ۱ ماده ۱۱) آن است که به نظر عده‌ای از حقوقدانان تئوری جدیدی برای زمان قطعیت قبول ارائه می‌کند. اگر چه پیش‌نویس ماده مذکور به صراحت این تئوری را تبلیغ می‌نمود، ولی حتی اصلاح آن نیز ابهامات موجود را به طور کامل رفع نکرد. به همین خاطر برای تحلیل دقیق‌تر محتوای ماده، بررسی پیشینه آن ضروری به نظر می‌رسد.

پیش‌نویس دستورالعمل تجارت الکترونیکی اروپا، شیوه نوینی برای انعقاد قراردادهای ارائه می‌نمود. عقیده بر این بود که قرارداد به صرف تبادل ایجاب و قبول وجود اعتباری نمی‌یابد، بلکه لازم است که دوباره تأیید

93. Baker & Mc Kenzie [Edition], op cit., p.179.

94. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in the Internal Market (Directive on Electronic Commerce). Available at: www.europea.oeu.int/ISPO/ecommerce/legal/documents/200031ec_en_.pdf.

گردد.^{۹۵} بنابر پیش‌نویس مذکور، برای تشکیل قرارداد، تحقق مراحل زیر ضرورت داشت:

یک. مخاطب باید قبول خود را اعلام می‌نمود.

دو. سرویس دهنده (واسط الکترونیکی) باید وصول قبول را تأیید می‌کرد.

سه. متقاضی خدمات (قابل)، وصول تأییدیه دریافت قبول را، مورد تأیید قرار می‌داد.

چنانچه دیده می‌شود، پیش‌نویس مذکور به جای تشریفات دو مرحله‌ای ایجاب و قبول، روش سه مرحله‌ای مرکب از ایجاب، قبول و تأییدیه‌ای مبهم را برای تشکیل قرارداد لازم می‌دانست. در متن اصلاحی، مرحله مذکور در بند سه فوق‌الذکر که نوعی بازی پینگ پنگ راه می‌انداخت،^{۹۶} حذف گردید. هر چند تغییر پیش‌نویس مایه خوشحالی می‌باشد، با این حال آنچه از پیش‌نویس باقی مانده، منجر به ابهام در ماده ۱۱ شده است. به موجب پاراگراف نخست بند اول ماده ۱۱ دستورالعمل، «سرویس دهنده ملزم به تأیید بدون تأخیر دریافت سفارش مخاطب از طریق وسایل الکترونیکی می‌باشد». چنانکه برخی از حقوقدانان نیز به حق گفته‌اند،^{۹۷} به سختی می‌توان قید مذکور را نادیده گرفته و قائل بر این امر گردید که قرارداد الکترونیکی به صرف ایجاب و قبول تشکیل می‌شود؛

95. Ramberg, Christina Hultmark, The E-Commerce Directive and Formation of Contract in a Comparative Perspective, 1 *Global Jurist*, Issue. 2, Art. 3, 2001, p.439.

96. Lodder, Arno, R., Electronic Contracts and Signatures: The European Union's Ambitious Schedule on Electronic Commerce Regulation, *Global Review of Cyber Law*, 2000, p.190.

97. Ramberg, op cit., p.440.

این امر با نظر مقنن منافات دارد که ماده‌ای را بدون لحاظ اثر حقوقی بر آن در یک متن قانونی مهم بگنجاند. بنابراین، باید به فلسفه «تکلیف به تأیید» پی برد.

اگر چه در دستورالعمل به هدف الزامی کردن تأیید اشاره‌ای نشده، اما به نظر می‌رسد مقصود اصلی از مطالبه تأییدیه این است که با صدور آن انعقاد بدون ابهام قرارداد به اثبات رسد. در انتقاد از این وضعیت باید گفت: «اگر چه چنین تأییدی در تمامی قراردادهای اهمیت داشته و اختصاصی به قراردادهای الکترونیکی ندارد، ولی در حقوق، قاعده عامی با مضمون تأیید قرارداد وجود نداشته است. در طول قرن‌های متمادی، بدون نیاز قانونی به تأیید قرارداد، امور معاملاتی مردم به خوبی اداره شده و تجارت الکترونیکی، این وضعیت را تغییر نداده است».^{۹۸}

با در نظر گرفتن مطالب بالا باید گفت، تأییدیه فاقد هر گونه اثر قراردادی است و به شیوه‌های دیگر نیز می‌توان تشکیل قرارداد را اثبات نمود. پذیرفتن این دیدگاه و قائل شدن مسئولیت مدنی برای شخصی که از صدور تأییدیه امتناع نموده، بهترین راه برای «جمع» میان اصل نوساخته دستورالعمل تجارت الکترونیکی و قواعد قدیمی حقوق قرارداد، به شمار می‌رود.

۳. تشکیل اتوماتیک (خودکار) قرارداد

وجود اینترنت یا شبکه‌های دیگر از چند رایانه، امکان انعقاد قرارداد را از طریق نرم‌افزارهایی که بدین منظور طراحی می‌شوند، فراهم ساخته است.

98. Ibid.

قرارداد امکان دارد از هر دو طرف خودکار بوده یا ایجاب شخص حقیقی به صورت خودکار قبول شود و یا اینکه ایجاب توسط نرم افزار و قبول از طرف شخص انسانی باشد. در این گفتار به بررسی تشکیل خودکار قرارداد، انواع قابل تصور آن و مشکلاتی که احتمال طرح آنها وجود دارد، خواهیم پرداخت.

۳-۱. مفهوم نماینده الکترونیکی

یکی از مسائل مهم و جالب «تجارت الکترونیکی»، امکان تشکیل قرارداد از طریق نماینده الکترونیکی است. قراردادهای الکترونیکی در اکثر موارد از طریق استفاده از نرم افزار رایانه ای معروف به نماینده الکترونیکی^{۹۹} یا «نماینده هوشمند»^{۱۰۰} تشکیل می شوند. نماینده الکترونیکی، به مفهوم «برنامه رایانه ای یا سایر وسائل الکترونیکی است که برای شروع یک فعل یا پاسخ به مدارک الکترونیکی بدون دخالت (کامل یا جزئی) انسان در هنگام عمل و عکس العمل به کار می روند» (ماده ۱۹ قانون متحدالشکل تجارت الکترونیکی کانادا). بنابراین در تشکیل اتوماتیک قرارداد دو حالت را باید از هم متمایز نمود:

99. Electronic Agent.

100. Intelligent Agent.

۳-۱-۱. نماینده الکترونیکی فقط در هنگام قبول قرارداد نقش دارد

بدین صورت که شخص انسانی اقدام به صدور ایجاب می‌نماید و یک سیستم طراحی شده رایانه‌ای به طور خودکار قبول قرارداد را اعلام می‌دارد.

۳-۱-۲. نماینده الکترونیکی هم در ایجاب و هم در قبول قرارداد نقش دارد

بدین صورت که یک سیستم رایانه‌ای برای مثال در صورت کاهش میزان مواد اولیه کارخانه از میزان خاص که به طور اتوماتیک از طریق رایانه متصل به شبکه به آن گزارش می‌شود، اقدام به سفارش از سیستم رایانه‌ای شرکت همکار می‌نماید و رایانه شرکت مذکور، ضمن ثبت و قبول سفارش، ضرورت ارسال کالاهای مورد درخواست را به مسئولین شرکت فروشنده ضمن یک «پیام اخطار» اعلام می‌دارد.

۳-۲. شناسایی قراردادهای اتوماتیک (مطالعه تطبیقی)

تردید در شناسایی قراردادهای اتوماتیک، بیشتر از بعد ابهام در تعیین مسئول اعمال، اشتباهات و تعهدات حاصله از فعالیت‌های خودکار رایانه، مطرح می‌گردد. اما دو نکته مهم را در جهت رفع این تردید - ضمن نظر مساعد - نباید فراموش کرد.

یک. هر حکمی که در خصوص پذیرش یا عدم پذیرش قراردادهای خودکار و مشروعیت فعل نمایندگان الکترونیکی صادر شود، به طور

مستقیم در توسعه و پیشرفت تجارت الکترونیکی تأثیر خواهد داشت، زیرا اکثر قراردادهای امروزه در فضای مجازی به صورت خودکار منعقد می‌شوند. دو. با ظهور رایانه، اینترنت و شبکه‌های داخلی ارتباط، در بیشتر موارد قبل از اینکه ما در مورد مسئله‌ای نوظهور حکمی صادر نماییم، آن موضوع آن قدر عمومیت می‌یابد که دیگر نمی‌توان آن را نفی کرد. وقتی قراردادهای اتوماتیک - بدون توجه به طرز تلقی حقوق و با تمسک به سکوت قواعد حقوقی - گسترش می‌یافتند، هیچ تقصیری از حیث «غفلت» و «دور نا اندیشی» متوجه حقوقدانان نبود؛ زیرا مسئله آن قدر سریع پیش رفت که تا علم حقوق «چارچوب‌ها» را مشخص کند، آنها به وسیله تجار و عرف تجاری متزلزلی که ناخواسته موجودیت یافته بود، تعیین شدند و حقوق چاره‌ای جز «تأیید» این روند و فقط «ضابطه‌مند» نمودن آن نداشت. کامن‌لا، تقریباً در مورد استفاده از نماینده الکترونیکی روشن نیست، البته «مسئولیت مالک وب سایت، رایانه و برنامه رایانه‌ای» عموماً پذیرفته شده است.^{۱۰۱}

اگرچه قانون نمونه آنسیترا دربارۀ تجارت الکترونیکی (۱۹۹۶) درخصوص تشکیل قرارداد به طور اتوماتیک سکوت نموده است، با این حال می‌توان به ماده (ج) ۲ و ۱۳ قانون نمونه استناد نمود که به منتسب نمودن داده پیام‌های ایجاد، پردازش یا ارسال شده توسط نماینده الکترونیکی به شخصی که توسط یا به نفع او این اعمال انجام شده، می‌پردازد. علاوه بر این از گزارش گروه کاری تجارت الکترونیکی آنسیترا^{۱۰۲} می‌توان

101. Pacini et al., op cit., p.47.

102. UNCITRAL Working Group on Electronic Commerce, op cit., p.44, Para. 385 ff.

دریافت که امکان تشکیل قرارداد به شیوه خودکار در مذاکرات مقدماتی تدوین قانون مذکور مورد نظر بوده و حتی در پاراگراف ۳۸۷ گزارش تصریح شده که «بند ۱ ماده ۱۱ (راجع به قرارداد) نه تنها شامل حالتی است که ایجاب و قبول هر دو به شیوه‌ای الکترونیکی ارسال شود، بلکه مورد ایجاب و قبول الکترونیکی را نیز در بر می‌گیرد». در ماده ۱۲ کنوانسیون آنسیترا دربارہ استفاده از وسایل ارتباط الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی نیز ضمن به رسمیت شناختن امکان «استفاده از سیستم خودکار اطلاعاتی برای تشکیل قرارداد» تصریح شده است:

«نمی‌توان اعتبار یا قابلیت اجرایی قراردادی را که با مداخله یک سیستم خودکار اطلاعاتی و یک شخص انسانی، یا با مداخله چند سیستم اطلاعاتی منعقد شده، صرفاً به دلیل اینکه شخص انسانی فعالیت‌های سیستم یا توافق انجام شده را بررسی ننموده، انکار نمود».

در حقوق ایالات متحده، بخش (۱) ۲ یوتا به تعریف «معاملات اتوماتیک» پرداخته است؛ علاوه بر این، در قانون متحدالشکل معامله اطلاعات رایانه‌ای نیز قراردادهایی که با مبادله الکترونیکی داده بین سیستم‌های رایانه‌ای تشکیل می‌شوند، به رسمیت شناخته شده‌اند.

در حقوق کانادا به موجب ماده ۱۹ قانون متحدالشکل تجارت الکترونیکی (یوکا)، استفاده از نماینده الکترونیکی برای تشکیل قرارداد با مشکل خاصی روبرو نیست. بنابر ماده (الف) ۲-۱۳ قانون معاملات الکترونیکی سنگاپور، مدارک الکترونیکی صرف‌نظر از اینکه شخص انسانی در آن دخالت داشته یا یک سیستم اطلاعاتی برنامه‌ریزی شده از

سوی اصل ساز به طور خود کار عمل نموده باشد، به اصل ساز منتسب خواهند بود.^{۱۰۳}

در حقوق ایران، اگر چه ق.ت.ا. در مورد قراردادهای الکترونیکی به طور کلی و قراردادهای خود کار به طور خاص ساکت است؛ ولی از برخی از مواد آن می توان به نتایجی رسید. از جمله بند (ص) ماده ۲ که در تعریف «عقد از راه دور» بدون اینکه شرایطی برای اعلام ایجاب و قبول لحاظ نماید، آن را به «ایجاب و قبول راجع به کالاها و خدمات بین تأمین کننده و مصرف کننده با استفاده از وسایل ارتباط از راه دور» تعریف می کند. بند (م) همین ماده نیز، تعریف عامی از «شخص» ارائه داده و آن را اعم از شخص حقیقی، حقوقی و سیستم های رایانه ای تحت کنترل ایشان دانسته است. «سیستم رایانه ای» نیز در بند (و) ماده ۲ به «هر نوع دستگاه یا مجموعه ای از دستگاه های متصل سخت افزاری - نرم افزاری که از طریق اجرای برنامه های پردازش خود کار «داده پیام» عمل می کند»، تعریف شده که این بند و بند (ب) ماده ۱۸ ق.ت.ا. در مورد امکان پذیرش قراردادهای اتوماتیک، صراحت بیشتری دارند. به موجب بند اخیر، اگر داده پیام به وسیله سیستم اطلاعاتی برنامه ریزی شده یا تصدی خود کار از جانب اصل ساز ارسال شود، منتسب به او خواهد بود.

با اینکه چنانکه گفته شد، در مورد قراردادهای اتوماتیک (خود کار) رویه قضایی اندکی شکل گرفته، ولی در اکثر کشورهای جهان، ماهیت و آثار حقوقی این رابطه به دقت تحلیل شده و انجام این کار در حقوق ایران

103. Tan, op cit., Part. II, p 345.

نیز به منظور شفافیت ابعاد قضیه و توسعه تجارت الکترونیکی ضرورت دارد.

۳-۳. تحلیل حقوقی ایجاب و قبول اتوماتیک (خودکار)

چنانکه گفته شد، در ایجاب و قبول اتوماتیک، یک یا چند سیستم رایانه‌ای در ایجاب، قبول و در نتیجه تشکیل قرارداد نقش دارند. اگر چه در اغلب موارد، سیستم خودکار صرفاً «وسیله‌ای» برای اعلام اراده طرف اصیل است، با این وجود گاهی این تردید بوجود می‌آید که اگر وضعیت بدین سان باشد، چرا در برخی از اوقات از یک سیستم به عنوان «نماینده الکترونیکی» یاد می‌شود که قرارداد تشکیل شده از سوی آن، حتی در فرض بی‌اطلاعی «آمر» محمول بر صحت و در هر صورت دارای اعتبار می‌باشد؟

برای پاسخ به این سؤال، نخست باید این نکته را متذکر شویم که در مقررات کشورهای که صراحتاً تشکیل قرارداد به وسیله نماینده الکترونیکی را معتبر شمرده‌اند، بر این نکته تصریح شده که چنین قراردادی حتی در صورت بی‌اطلاعی اصیل یا عدم بررسی فعالیت‌های دستگاه مذکور دارای اعتبار است. به عبارت دیگر، قاعده این است که هر کس، یک سیستم رایانه‌ای برای اعلام ایجاب و قبول طراحی یا تهیه می‌کند، تمام آثار ناشی از عملکرد خودکار آن را نیز می‌پذیرد و در صورت انعقاد هر قراردادی از سوی نماینده الکترونیکی، مالک آن ملتزم به تمام آثار حقوقی قرارداد و مکلف به اجرای آن می‌باشد.

آنچه که بیشتر موجب ابهام می‌شود، این است که نماینده الکترونیکی، شخص انسانی نبوده و لذا فاقد اهلیت قراردادی و «قصد التزام»^{۱۰۴} می‌باشد و حال آنکه به استناد ماده ۱۹۱ ق.م. عقد با «قصد انشاء» محقق می‌شود و قصد التزام یکی از ارکان تشکیل قرارداد در حقوق تمام کشورها است.

ما از آن رو «مجبور» به حل مشکل و شفاف نمودن «ماهیت حقوقی» نمایندگی الکترونیکی هستیم که این شیوه از اعلام اراده، امروزه به طور گسترده در تجارت الکترونیکی به کار گرفته می‌شود. در تعریف «نماینده» به مفهوم سنتی آن گفته شده: «نماینده شخصی است که با اذن شخص دیگر یا به حکم قانون می‌تواند به نام این شخص و به حساب او عمل کند».^{۱۰۵} بنابراین نمایندگی مبتنی بر اعطای «نیابت» و «اذن» می‌باشد که علی‌الاصول امکان تحقق آن در مورد یک سیستم رایانه‌ای وجود ندارد. از سوی دیگر، برای تشکیل قرارداد، نماینده باید دارای «قصد انشاء» باشد که توجیه این توانایی در مورد نماینده الکترونیکی نیز بر سختی تحلیل و قیاس نماینده الکترونیکی بر نماینده به مفهوم وکیل (ماده ۶۵۶ به بعد ق.م) می‌افزاید.

متأسفانه، قوانین داخلی کشورها از ورود در بحث ماهیت حقوقی نمایندگی الکترونیکی اجتناب ورزیده‌اند؛ اگر چه مقررات مذکور وضعیت بهتری از قانون تجارت الکترونیکی ایران دارند که به هیچ وجه این نهاد مهم را مطرح نساخته است. البته می‌توان از بند (م) ماده ۲ قانون اخیر که

104. Intention to be Legally Bound.

۱۰۵. دکتر شهیدی، منبع پیشین، ص ۱۴۲، ش ۱۰۱.

به موجب آن، «شخص اعم است از شخص حقیقی و حقوقی و یا سیستم‌های رایانه‌ای تحت کنترل ایشان» استفاده نمود. چنانکه بند مذکور نیز تصریح نموده، «سیستم‌های رایانه‌ای» نیز همانند «اشخاص حقوقی» امروزه به عنوان یکی از اقسام شخص که وجود اعتباری دارند مطرح می‌باشند؛ با وجود این، از حیث حقوق و تکالیف به هیچ وجه نمی‌توان آنها را با شخص حقوقی مقایسه نمود.

بدون ورود در بحث گسترده نمایندگی الکترونیکی و ضمن قبول این واقعیت سنت‌شکن که امکان تشکیل قرارداد از سوی نماینده الکترونیکی وجود دارد، در اینجا میان حالیهای قابل تصور قائل به تفکیک شده و تئوری‌های موجود یا قابل طرح در مورد ماهیت حقوقی نمایندگی الکترونیکی را مطرح می‌سازیم:

۳-۳-۱. نماینده الکترونیکی به عنوان «وسیله»

عده‌ای از حقوقدانان معتقدند، در صورتی که ایجاب کننده یا طرف قبول از کلیه فعالیت‌های سیستم خودکار رایانه‌ای در هنگام ایجاب یا قبول اطلاع داشته باشد، در آن صورت مبادله داده پیام توسط سیستم رایانه‌ای را باید وسیله‌ای برای اعلام ایجاب و قبول و همانند نامه الکترونیکی و رابطه «مکاتبه‌ای» دانست. اعمال نماینده الکترونیکی در حکم فعلی است که کنترل کننده آن انجام می‌دهد و در این حالت قرارداد میان دو شخص که اهلیت انعقاد قرارداد را دارند، تشکیل می‌شود.^{۱۰۶} از نظر برخی از

106. Freedman, op cit., p.19.

حقوقدانان،^{۱۰۷} برای اینکه نماینده الکترونیکی در مفهوم مطلق آن و بدون تفکیک بین حالات مختلف به عنوان «وسیله» به حساب آید، باید به «حقیقت توافق» بیش از «فرایند تحقق آن» توجه شود. به عبارت دیگر دادگاهها باید بپذیرند که تجار با اعلام قصد التزام خویش به وسیله سیستم‌های رایانه‌ای ملتزم می‌شوند؛^{۱۰۸} همانند حالتی که شخص بدون اطلاع از محتوای یک قرارداد مکتوب یا استاندارد، آن را امضا می‌کند - و عرفاً هیچ تردیدی در انتساب قرارداد به وی باقی نمی‌ماند.^{۱۰۹} ممکن است که در نقد این دیدگاه گفته شود: این تحلیل را نمی‌توان در تمام قراردادهایی که نماینده یا نمایندگان الکترونیکی به عنوان موجب، قابل یا هر دو طرف در تشکیل آنها دخیلند، اجرا نمود؛ اگر امضای متن قرارداد باعث التزام بدان می‌شود، علاوه بر اینکه با اثبات «اشتباه» یا «فقدان قصد» می‌توان از تعهدات ناشی از آن فرار کرد، عمل «امضا» با اطلاع فاعل و توسط او انجام می‌شود و حال آنکه گاهی نماینده الکترونیکی، رأساً و بدون اینکه شخص انسانی به طور مستقیم فعالیت آن را کنترل کند، اقدام به ایجاب قرارداد یا پاسخ به ایجاب‌های واصله و قبول آنها می‌نماید. امکان طرح این انتقاد وجود دارد که تحلیل فوق در مورد اخیر به هیچ وجه نمی‌تواند راهگشا باشد. بنابراین، فقط در مواردی می‌توان سیستم رایانه‌ای را وسیله تشکیل عقد محسوب داشت که در هنگام ایجاب یا قبول، شخص انسانی

107. Atiyah, P.S., *The Law of Contract*, Fourth Edition, Clarendon Press, Oxford 1989, p. 22.

108. Allen, Tom & Widdison, Robin, Can Computers Make Contracts?, *Harvard Journal of Law and Technology*, Volume 9, No. 1, Winter, 1996, p.44.

109. Atiyah, Id.

فعالیت‌های آن را کنترل و در صورت لزوم اصلاح نماید. اگرچه در بند سوم همین قسمت به این ایرادات پاسخ خواهیم گفت، در اینجا باید ذکر کرد که «بدون تردید، ساختار بیع و هر عقد و ایقاع دیگری، بسیط به شمار می‌آید. لذا ایجاد آن هیچ وقت نمی‌تواند به صورت تدریجی انجام شود، بلکه یا فوراً ایجاد می‌شود و یا اصلاً محقق نمی‌گردد».^{۱۱۰} در مورد قراردادهای منعقد با دستگاه هوشمند نیز می‌توان گفت که یا شرایط تشکیل عقد وجود دارد، که در این صورت قرارداد به صورت الزام‌آوری منعقد خواهد شد و یا این شرایط موجود نیست که دادگاه در مقام حل اختلاف، حکم بی‌اعتباری قرارداد را اعلام خواهد کرد. بنابراین این ادعا که قرارداد، یک بار توسط دارنده دستگاه و سپس توسط دستگاه هوشمند قصد می‌شود، بدون تردید محکوم به بی‌اعتباری است، زیرا این ادعا مستلزم انحلال اراده یا فقدان اعتبار واقعی برای اراده دارنده دستگاه است که به لحاظ منطق حقوقی و استدلال فوق نمی‌توان آن را پذیرفت.

همچنین، این دیدگاه که قرارداد با ابراز قصد مالک از طریق وسایل خودکار محقق نباشد و اعلام دوباره قصد او یا تنفیذ آن مطرح باشد، با عموم «أوفوا بالعقود» انطباق ندارد، چرا که لازمه وفا آن است که «عقد» با قصد محقق شود و نیاز به رکن دیگری نباشد. به همین دلیل، برخی از فقهاء، عقد غیرنافذ را از حیث تقدم قصد و تراخی رضا بدین نحو توجیه می‌کنند که رضا رکن خارجی بوده و تأثیری در صحت عقد به مفهوم شرعی آن

۱۱۰. شیخ موسی خوانساری، مُبْتَه‌الطَّالِب فی شرح المکاسب، تقریرات درس میرزا محمد حسین نائینی، الجزء الاول، الطبعة الاولى، مؤسسه النشر الاسلامی، التابعه لجامعه المدرسین بقم المشرفه، ۱۴۱۸ هـ.ق. ص ۲۴۰.

ندارد، بلکه تنها شرط نفوذ عقد می‌باشد. شهید ثانی در شرح لمعه،^{۱۱۱} با تأکید بر اینکه سبب ناقل عقد است و نه رضا و اینکه حقوق رضا تنها باعث می‌شود که سبب تام تأثیرگذار شود، لازمه عدم پذیرش این دیدگاه را عدم لزوم وفای به عقد (به مفهوم مفاد قصد) و منوط ماندن آن به عامل دیگر (رضا) دانسته و آن را خلاف اصل (عدم) می‌شمارند. همین عقیده از سوی محقق ثانی^{۱۱۲} نیز مورد تأکید قرار گرفته است. هرچند استدلال مخالف، مبنی بر خلاف قاعده بودن نظریه کشف و جزء سبب بودن رضا از سوی برخی از فقها،^{۱۱۳} به دقت مورد تحلیل قرار گرفته و اختصاص این بحث به عقود غیرنافذ روشن است.^{۱۱۴} اما در تحلیل ماهیت نمایندگی الکترونیکی از نتایج بحث می‌توان استفاده کرد، بدین نحو که:

– اگر طراحی نرم‌افزار برای ایجاب، قبول یا انجام هر دو فعل حسب مورد، اثبات شود، در آن صورت، ایجاب یا قبول یا انعقاد قرارداد به صرف اقدام خودکار محقق خواهد بود و منوط به تأیید آن از سوی دارنده سیستم رایانه‌ای نخواهد بود، زیرا صرف اعلام اراده انعقاد قرارداد، آن هم برای یک‌بار، کفایت می‌کند و قصد دوباره یا تأیید قصد سابق با حقوق رضای

۱۱۱. زین‌الدین بن علی العاملی (شهید ثانی)، الروضة البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، الجزء الثالث، منشورات جامعه النجف الأشرف، ص ۲۲۹.

۱۱۲. الشیخ علی بن الحسین الکرکی (محقق ثانی)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، الجزء الرابع، تحقیق مؤسسة آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، الطبعة الاولى، المطبعة مهر، قم المشرقة، جمادی الثانیه ۱۴۱۰ هـ.ق. صص ۷۴-۷۵.

۱۱۳. شیخ انصاری، منبع یشین، صص ۴۲۸-۴۱۸.

۱۱۴. شایان ذکر است که فقها، این مسئله را در باب «عقد فضولی» مطرح ساخته‌اند و تسری آن به سایر مواردی که عقد نافذ نمی‌باشد (مانند عقد اکراهی) به دلیل اشتراک این دو عقد از حیث ماهیت و رابطه قصد و رضا می‌باشد.

بعدی، تأثیری در اعتبار قرارداد نداشته و در صورت تردید، اصل عدم جاری خواهد بود.

– استناد به خطای رایانه‌ای یا اشتباه مشمول قواعد عام، ارتباطی به تشکیل یا عدم تشکیل عقد از سوی نماینده الکترونیکی ندارد، چراکه اعتقاد به «تأیید قصد قبلی پس از اقدام خودکار دستگاه» رکن اضافی است و با عموم العقود و رضایی بودن قراردادها مغایرت دارد. در مورد اشتباه و خطای فنی، اصل بر مسئولیت دارنده نماینده الکترونیکی است و وی تنها با اثبات خطایی که ناشی از قصور یا تقصیر وی نبوده، از مسئولیت معاف می‌گردد.^{۱۱۵}

۳-۳-۲. نماینده الکترونیکی به عنوان «شخص»

به نظر برخی از حقوقدانان، در مواردی که نماینده الکترونیکی، بدون کنترل مستقیم از سوی اصیل و حتی خارج از ساعات اداری اقدام می‌کند، چاره‌ای جز اطلاق عنوان «شخص» بر آن نیست. نماینده الکترونیکی به عنوان شخص در مقام انعقاد قرارداد، می‌تواند فعالیت‌های زیر را انجام دهد:

115. 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, p. 22.

یک. عمل به عنوان ایجاب کننده

به صورت خودکار، اعلام سفارش نموده و طرف مقابل را که می‌تواند نماینده الکترونیکی یا شخص انسانی باشد، مخاطب ایجاب قرار دهد.

دو. عمل به عنوان قابل

سیستم خودکار می‌تواند برای قبول یک ایجاب و سفارش طراحی شود.

در هر دو مورد فوق، طرف مقابل می‌تواند شخص حقیقی یا سیستم رایانه‌ای باشد. به علاوه، یک سیستم ممکن است به گونه‌ای طراحی شود که به طور مستقل ایجاب و قبول را اعلام دارد.

پرسشی که به ذهن می‌رسد این است که نماینده الکترونیکی - در فرضی که بتوان آن را دارای شخصیت شمرد - چه نوع شخصی است، حقیقی یا حقوقی و یا اینکه شخص جدیدی به شمار می‌آید؟

حقوقدانانی که در مورد نمایندگی الکترونیکی به ارائه تحلیل پرداخته‌اند، از ورود به این بحث خودداری کرده و فقط به عبارت «شخص» اکتفا نموده‌اند.^{۱۱۶} با وجود این، به لحاظ تفاوت‌هایی که میان نماینده الکترونیکی و شخص حقوقی وجود دارد - از جمله اینکه نماینده الکترونیکی نمی‌تواند صاحب حق یا تکلیف به شرحی شود که در ماده

116. See, e.g.: Weitzenboeck, Emily M., Electronic Agents and the Formation of Contracts, *International Journal of Law and Information Technology*, 2001, 9, (3):204-234; Allen & Widdison, op cit.

۵۸۸ قانون تجارت، برای شخص حقوقی مندرج است - باید آن را دارای نوعی شخصیت محدود و استثنایی با عنوان «شخصیت مجازی» دانست.

از نظر ارائه دهندگان این دیدگاه، اگرچه این بحث در وهله اول، تصنعی، ساختگی و فاقد اثر عملی به نظر می‌رسد، ولی آثار عملی آن آشکار است. در صورت قول به فقدان شخصیت برای نماینده الکترونیکی، به هیچ وجه نمی‌توان زمانی را که قبول به شیوه خودکار انجام شده، به عنوان «زمان تشکیل قرارداد» محسوب داشت؛ زیرا قابل از فعالیت اتوماتیک رایانه در آن هنگام اطلاعی نداشته و هر نظری برای ملتزم ساختن وی به قرارداد مذکور، صرفاً مبتنی بر پذیرش «استقلال» نماینده الکترونیکی در اعلام اراده خواهد بود. بنابراین در روابط قراردادی خودکار، قرارداد گاهی و جایی تشکیل می‌شود که قبول به شیوه‌ای اتوماتیک ارسال - یا در صورت پذیرش «نظریه وصول»، دریافت - می‌گردد.

این دیدگاه که موجب یا قابل، سیستم رایانه‌ای را برای تسهیل انعقاد قرارداد به صورت خودکار تنظیم می‌نماید و نتیجتاً نباید استقلال برای سیستم از حیث شخصیت قائل بود، نیز نه تنها نافی شخصیت سیستم خودکار نیست، بلکه با قیاس به «نماینده قراردادی» در معاملات سنتی موجب تقویت هر چه بیشتر نظریه می‌گردد؛ زیرا نماینده قراردادی نیز برای تسهیل امور و عدم دخالت مستقیم اصیل به کار گرفته می‌شود و اعمال حقوقی او، علی‌الاصول برای اصیل تعهدآور است.

چنانکه در گفتار چهارم به تفصیل بررسی خواهد شد، همان‌گونه که اشتباه یا عدم مراعات مصلحت از سوی نماینده قراردادی، حقوقی را برای فرار از تعهدات قراردادی یا طرح مسئولیت نماینده، برای اصیل ایجاد

می‌کند، در تجارت الکترونیکی نیز اشتباهات نماینده الکترونیکی در اعلام اراده، از جمله مواردی است که در آن اصیل می‌تواند به قواعد عام «اشتباه» در حقوق قرارداد متمسک شده و قرارداد را ابطال یا تعدیل نماید.

این ایراد که امکان «قصد انشاء» و «اعلام اراده» از ویژگی‌های منحصر به فرد شخص حقیقی بوده و نتیجتاً انجام آن از سوی یک دستگاه امکان ندارد نیز، فاقد تحلیل حقوقی است؛ زیرا آنچه از مواد ۱۹۱، ۱۹۵، ۱۹۹ و ۱۲۱۴ قانون مدنی استنباط می‌شود، این است که نوع قاصد در ماهیت قصد تأثیری ندارد و آنچه در اعتبار قصد واجد اهمیت می‌باشد، «هوشمند» بودن قاصد است که این ویژگی بدون تردید در سیستم‌های رایانه‌ای خودکار وجود دارد. امروزه باید پذیرفت که نقش رایانه از یک وسیله انفعالی، به دخالت‌جویی فعال در تجارت الکترونیکی تغییر یافته است.^{۱۱۷} برخلاف تصورات، دادگاهها نیز در برخی موارد به استقلال نماینده الکترونیکی در قصد التزام حکم نموده‌اند؛ چنانکه در یک پرونده،^{۱۱۸} تمدید قرارداد بیمه اتومبیل از سوی نماینده مستقل الکترونیکی شرکت بیمه، معتبر و شرکت مذکور مکلف به کلیه آثار قرارداد شناخته شد.

۳-۳-۳. نماینده الکترونیکی به عنوان «رکن»

اگرچه در تحلیل‌های ارائه شده برای ماهیت نمایندگی الکترونیکی، چنین دیدگاهی موجود نیست؛ با وجود این، شاید چنین به نظر رسد که نمایندگی الکترونیکی نیز یکی از ارکان شرکت یا مؤسسه ای است که به

117. Allen & Widdison, *ibid.*, p. 25.

118. Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Backhorst (1972).

آن تعلق دارد و لذا باید آن را دارای جایگاهی همانند «مدیر» یا سایر اشخاص دخیل در اداره و انجام امور شرکت - بر حسب مورد - محسوب داشت.

این تحلیل، بدو بهتر از قائل شدن «شخصیت مستقل» برای نمایندگی الکترونیکی می‌نماید؛ ولی با این ایراد روبروست که برای یک دستگاه در ساختاری که انسانها اداره آن را بر عهده دارند، «سمت» و «شخصیت» می‌بخشد و حال آنکه این وضعیت به هیچ وجه با عقل سلیم و مقررات موجود سازگار نیست. با اینکه تحت شرایطی می‌توان از آثار اشتباه نماینده الکترونیکی در تشکیل قرارداد گریخت، ولی در قانون داخلی کشورها (از جمله در ماده ۱۳۰ لایحه اصلاحی قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ کشورمان) مواردی پیش بینی شده که اعمال مدیر یا کارکنان - حتی بدون اجازه هیأت مدیره و مجمع عمومی - حداقل بر علیه او قابل استناد و انتساب شناخته شده است. به علاوه قیاس یک دستگاه که صرفاً به مبادله ایجاب و قبول بر اساس نرم افزار دقیق و علمی می‌پردازد با نمایندگان حقیقی اشخاص حقوقی که دارای شخصیت، قوه ابتکار و تا حدود زیادی استقلال هستند، صحیح به نظر نمی‌رسد.

در نتیجه، در تحلیل ماهیت حقوقی نمایندگی الکترونیکی، باید آن را «وسیله‌ای برای تشکیل قرارداد و مبادله ایجاب و قبول»، و نه بیش از این، محسوب داشت؛ زیرا اگرچه در بند دوم همین قسمت، این ایده - منصفانه و بدون غرض - تقویت گردید که نماینده الکترونیکی دارای شخصیت می‌باشد، اما این تئوری با تحلیل مختصری که ذیلاً به عمل می‌آید، محکوم به بطلان و بی اعتباری است:

برای رسیدن به واقعیت این پرسش را باید مطرح کرد که آیا دستگاه تشکیل خودکار قرارداد یا مبادله اتوماتیک ایجاب و قبول (با مسامحه، نماینده الکترونیکی)، از «هوشمندی» خود می‌تواند برای تعدیل یا دخالت در ماهیت قرارداد بهره گیرد؟

پاسخ به طور قطع منفی خواهد بود. دستگاه اتوماتیک، برای ایجاب یا قبول قراردادی برنامه‌ریزی شده که اوصاف و شرایط مبیع و ثمن (برای مثال در عقد بیع) در آن به طور کامل معین است و هرگونه تغییری در این شرایط (از سوی طرف مقابل) با پیام خطا (Error) و نه بررسی و تجزیه و تحلیل دماغی دستگاه روبرو خواهد شد.

بنابراین، اطلاق نماینده الکترونیکی به رایانه برنامه‌ریزی شده متصل به شبکه، برای برجسته کردن توانایی و قابلیت‌های آن است و نمی‌توان این نام‌گذاری را دلیل بر «شخصیت» دستگاه مذکور پنداشت. نماینده الکترونیکی وسیله‌ای برای اعلام قصد و رضای مالک آن می‌باشد و این ایراد که مالک به هنگام ایجاب و قبول و بالنتیجه تشکیل قرارداد، امکان دارد از عملیات آن آگاهی نداشته و لذا در تشکیل عقد نقشی نداشته باشد نیز به این دلیل منتفی است که «ابراز قصد» به هر وسیله‌ای امکان‌پذیر است و در صورت وحدت قصد واقعی با آنچه ابراز شده، اراده مالک، ضمن مسامحه در مورد تأخیر در ابراز قصد، استنباط و با لحاظ ویژگیهای خاص نمایندگی الکترونیکی توجیه می‌شود. تفصیل بحث ماهیت این نهاد بیش از آنچه گفته شد، از موضوع این مقاله خارج می‌باشد و به منابع مربوط باید مراجعه نمود.

قراردادی که به وسیله نماینده هوشمند الکترونیکی منعقد می‌شود، در هر صورت به دارنده سیستم رایانه‌ای مذکور منتسب خواهد بود، چرا که به راه انداختن سیستم مذکور را در صورت تشکیل قرارداد، باید به نوعی اقرار به محتوای آن محسوب داشت. «زیرا قصد ماهیتی است که جز از سوی قاصد نمی‌توان بر تحقق آن اطلاع یافت ... قبول ادعای قاصد در این مورد از حیث اقرار او نیست، بلکه از آن جهت است که راه دیگری برای اطلاع از اراده واقعی او (جز اخبار وی که در اینجا به وسیله قراین ناشی از به کارگیری دستگاه اثبات می‌گردد) وجود ندارد. اما انکار بعدی او نباید مسموع باشد. زیرا ظاهر این است که به هنگام معامله قصد داشته است. بنابراین جز با ارائه دلیل قابل اعتماد نمی‌توان این ادعا را از وی پذیرفت».^{۱۱۹} در بحث از اشتباه در معاملات الکترونیکی به بحث اخیر بیشتر خواهیم پرداخت.

۴. اشتباه در اعلام اراده به شیوه الکترونیکی

۴-۱. اشتباه مشمول قواعد عام

اگر چه اشتباه به هنگام ایجاب و قبول در قراردادهای سنتی نیز مطرح و دارای حکم یکسانی با اشتباه در محیط الکترونیکی می‌باشد، با این وجود سرعت معاملات الکترونیکی منجر به سهولت اشتباه در فضای مجازی گردیده است. نتیجه اشتباه در اعلام اراده، برحسب اینکه یک یا هر دو طرف قرارداد مرتکب آن شوند، عدم حصول توافق یا فقدان قصد التزام است. ماده ۳-۴ از اصول مؤسسه، در تعریف اشتباه چنین مقرر می‌دارد:

۱۱۹. الحینی المراغی، منبع پیشین، ص ۶۳.

«اشتباه عبارت است از فرضی غیرمنطبق با واقع، درباره امور موضوعی یا حکمی که در زمان انعقاد قرارداد موجود بوده‌اند».

مسئله اشتباه، پیشنهادی طولانی دارد و از آن جهت که ایجاد تعادل میان منافع شخصی که با اعلام اشتباهی اراده خود در پذیرش برخی از تعهدات، فی الواقع متعهد نمی‌شود، از یک طرف و شخصی که بدون علم به اشتباه بر تعهد مذکور تکیه کرده و لوازم اجرای آن را فراهم می‌سازد، از سوی دیگر، مشکل می‌باشد، علی‌الاصول مسئولیت آثار ناشی از اشتباه بر دوش اشتباه کننده گذاشته می‌شود. این اصل را بدین صورت می‌توان توجیه نمود که در افراد انگیزه دقت عمل و جلوگیری از اشتباه پدید می‌آورد.^{۱۲۰} از سوی دیگر، چنانکه برخی از حقوقدانان نیز به حق تصریح نموده‌اند،^{۱۲۱} اشتباه از موانع تأثیر قصد طرفین و نتیجتاً، اصل بر عدم آن و مدعی اشتباه ملزم به اثبات آن می‌باشد.

اثر عروض اشتباه در قرارداد، چنانکه ماده ۱۹۹ ق.م. نیز تصریح نموده، «عدم نفوذ» قرارداد است. مقنن با این واژه، سعی در القای این مفهوم دارد که اشتباه یک یا هر دو طرف لزوماً به معنی بطلان قرارداد نیست و صرف سوءتفاهم یا اشتباه در شرایط غیراساسی را نمی‌توان منجر به بطلان عقد دانست.^{۱۲۲} بنابراین طرفین قرارداد مجاز نیستند که به صرف یک معامله نامطلوب یا به خاطر منافع شخصی، با ادعای اشتباه از آثار قانونی قرارداد احتراز نمایند.

120. Ramberg, op cit., p.445.

۱۲۱. دکتر شهیدی، منبع پیشین، ص ۱۷۲، ش ۱۳۱ به بعد.

۱۲۲. دکتر کاتوزیان، منبع پیشین، ص ۴۷۰، ش ۲۴۷.

از آنچه در بالا ذکر شد، مشخص می‌گردد که قراردادهای الکترونیکی نیز از قواعد عام قرارداد راجع به اشتباه پیروی می‌کنند. البته، به دلیل دو ویژگی که در این قراردادها به طور ملموس وجود دارد، باید موضوع را بار دیگر - و شاید با قواعدی تعدیل شده - بررسی نمود. این دو ویژگی، سرعت مبادلات الکترونیکی و احتمال تغییر عمدی یا سهوی، در داده پیام محتوی ایجاب یا قبول است که مسائل خاصی پدید می‌آورد.

ادعای اشتباه از آن جهت که «اصل لزوم و ثبات قراردادها» را در معرض تزلزل قرار می‌دهد، باید به طور مضیق تفسیر شود؛ بنابراین هر ادعایی از سوی اشتباه کننده، در صورتی واجد عنوان حقوقی «اشتباه مؤثر در قرارداد» است که دارای شرایط زیر باشد:

۱. اشتباه باید در خصوص مسائلی باشد که در تشکیل قرارداد مؤثر

است.

۲. تأثیر عمده‌ای در قصد و اندیشه طرفین برای تشکیل عقد داشته

باشد.

۳. از مواردی نباشد که اشتباه کننده شخصاً مسئول آن است.^{۱۲۳}

البته در موارد زیر، تحمل آثار اشتباه از سوی فاعل آن مسلم بوده و

وی نمی‌تواند از خود رفع تکلیف نماید:

الف. توافق شده باشد که هر کس مسئول اشتباهات خود باشد و هیچ

عذری در این خصوص مورد قبول نباشد.

ب. شخص به هنگام قرارداد، از این امر که اطلاعات کافی در مورد

جوانب قرارداد ندارد آگاه باشد و با این وجود به انعقاد آن اقدام نماید

123. Winn & Wright, op cit., Chapter 5-24.

(مستنبط از بخش ۱۵۴ بازنویسی (دوم) حقوق قرارداد). بدیهی است اثبات این دو امر بر عهده طرف مقابل خواهد بود.

ج. برخی از حقوقدانان،^{۱۲۴} به حق، تحمیل آثار اشتباه به فاعل آن را در حراج‌ها، مبادلات و فروش محصولات^{۱۲۵} که در معرض تغییرات قیمت هستند، همانند سهام، اوراق قرضه و کالاهای تجاری، عادلانه شمرده‌اند؛ از آن جهت که اگر چنین قراردادهایی به دلیل وقوع اشتباه لازم‌الاجرا نباشند، طرفی که بر تعهد طرف مقابل تکیه کرده، ضرر خواهد کرد و این روش درستی برای تحمیل ریسک نخواهد بود؛ زیرا وی قصوری ننموده و وسیله‌ای برای دفاع از خویش در مقابل اشتباهی که دیگری انجام داده، در اختیار ندارد.

از ماده ۴۲ ق.ت.ا. نیز می‌توان استنباط نمود که مقنن در برخی از موارد، مسئولیت اشتباه را بر دوش فاعل آن نهاده است. در این ماده، قانونگذار در خرید از ماشین‌های فروش مستقیم کالاها و خدمات، معاملاتی که از طریق تلفن همگانی (عمومی) انجام می‌گیرند و نیز معاملات راجع به حراجی‌ها، از مصرف‌کننده حمایت ننموده و در واقع حق انصراف مذکور در ماده ۳۷ را در این موارد، برای چنین شخصی به رسمیت نشناخته است. این عدم حمایت مطلق بوده و حالت اشتباه را نیز شامل می‌شود.

بنابراین، تنها در شرایط خاصی به مدعی اجازه داده می‌شود که اشتباه خود را به اثبات رساند. در چنین مواردی، با اثبات اشتباه، دادگاه می‌تواند بر حسب اوضاع و قرائن حالی و مقالی به استرداد آنچه مبادله شده حکم نماید، زیرا تمام مراحل که طرفین برای تشکیل عقد طی کرده‌اند،

124. Ramberg, op cit., p.446 ff.

· علی‌الاصول بی‌اعتبار می‌شود. دادگاه، البته مختار است که به تعدیل شروط قراردادی یا توافق صریح و مجدد طرفین حکم نماید.^{۱۲۵}

مسئله‌ای که مطرح می‌شود، این است که اگر در معاملاتی که مورد معامله در معرض نوسان شدید قیمت قرار ندارد، یکی از طرفین مدعی اشتباه شود و این در حالی باشد که طرف دیگر با مبنا قرار دادن همین عقد، اقدام به تشکیل قراردادهایی با مقاطعه کاران جزء یا عمده فروشان نموده باشد، یا با لحاظ قرارداد اولیه، به این دلیل که توانایی مالی وی محدود گردیده، در صدد قرارداد جدید بر نیاید، در آن صورت چه تضمینی برای حقوق شخص مذکور وجود دارد؟

در پاسخ باید گفت، مسلماً «حسن نیت» طرفی که به توافق شخص مدعی اشتباه اتکا کرده و به همین دلیل فعل یا انفعالاتی انجام داده، قابل احترام است. بنابراین دادگاه باید در حد توان از حکم به بطلان چنین قراردادی خودداری نموده یا در صورت صدور چنین حکمی، شیوه جبران خسارت مناسبی را برای طرف اعتماد کننده پیش بینی نماید.

۴-۲. اشتباه در محیط الکترونیکی

برخی از اشتباهات به هنگام تشکیل قرارداد، صرفاً در فضای مجازی قابل تصورند. به طور کلی امکان تغییر داده پیام ارسال شده، اشکالاتی را در رابطه طرفین ایجاد می‌کند. نامه الکترونیکی امکان دارد که به مقصد نرسد یا با نقص و تحریف واصل شود. نیز، اگرچه پیام الکترونیکی در اغلب

125. Marsh, P.DVD., *Comparative Contract Law, England, France & Germany*, First Edition, Gower Publication, 1992, p.113.

موارد به سرعت به صندوق پست الکترونیکی گیرنده انتقال می‌یابد، با این حال امکان دارد ساختار نرم‌افزاری سرویس دهنده دچار اختلال شده و همین امر باعث گردد تا پیام با ساعت‌ها تأخیر دریافت شود. در یک پرونده،^{۱۲۶} که در آن مبادله ایجاب و قبول از طریق تلکس انجام شده بود، قاضی ویلبرفورس^{۱۲۷} از قضات مجلس اعیان، به پاره‌ای از اشکالات و اشتباهاتی که امکان آن در مراحل ایجاد، ارسال و وصول داده پیام وجود دارد، اشاره کرد. در آن زمان که تجارت الکترونیکی توسعه نیافته بود، این قاضی دوراندیش، به درستی به تحلیل موضوع پرداخت و در مورد اشتباهات مذکور اعلام نمود: «این مسائل را نمی‌توان زیر چتر قاعده‌ای واحد قرار داد؛ آنها باید با رجوع به قصد طرفین، رویه مسلم تجاری و در برخی موارد با تکیه بر صلاحدید قضات، تعیین تکلیف شوند».^{۱۲۸}

از بعد تطبیقی، سکوت کامن‌لا در مورد اشتباهات و خطاهای حاصله در جریان مبادله داده پیام الکترونیکی، به دلیل جدید بودن این شیوه مبادله، توجیه‌پذیر است. در دستورالعمل تجارت الکترونیکی اروپا و مقررات داخلی برخی از کشورها، قواعدی برای این امر در نظر گرفته شده که به نظر می‌رسد در مواردی با قواعد عام تفاوت دارد. در مجموع، «بررسی ادبیات حقوقی و لوایح پیشنهادی از سوی دستگاههای قانونگذاری در سال‌های اخیر نشان می‌دهد که می‌توان در تجارت الکترونیکی، اشتراک مسئولیت در حالت اشتباه را توجیه کرد و بر همین اساس، طرف اشتباه کننده را مورد حمایت قرار داد».^{۱۲۹}

126. Brinkibon Ltd. v. Stahag Stahl and Stahlwarenhandelsges Ellschafe MBH (1983).

127. Lord Wilberforce.

128. Freedman, op cit., p.15.

129. Ramberg, op cit., p.446.

بخش (۲) ۱۰ یوتا در زمینه اشتباه و خطا در محیط الکترونیکی، راه حلی عملی ارائه نموده است. بر طبق بند مذکور، اگر تاجر یا شخص دیگری (الف)، با ورود به پایگاه اینترنتی دیگری (ب)، اقدام به تشکیل قرارداد نماید، و شخص اخیر به وی اجازه تصحیح خطاها را ندهد (سیستم به گونه‌ای طراحی شده باشد که امکان تصحیح خطاها نباشد)، در آن صورت (الف) می‌تواند در صورت تحقق شرایط زیر از آثار اشتباه خویش بگریزد: یک. وقوع اشتباه و عدم قصد تشکیل قرارداد را با شیوه‌ای متعارف به طرف مقابل (ب)، اعلام نماید.

دو. اقدامات لازم را انجام داده باشد؛ مثلاً برای تصحیح خطاها، راهنمایی‌های ارائه شده در پایگاه اینترنتی را به کار گیرد یا آنچه را به دلیل اشتباه در مبادله داده پیام، دریافت نموده مسترد دارد. سه. نفع یا سودی از این اشتباه عاید او نشود.

به موجب بند ۲ ماده ۱۱ دستورالعمل تجارت الکترونیکی اروپا، «سرویس دهنده باید وسایل فنی لازم و در دسترس را به گونه‌ای فراهم سازد که شخص مربوطه، بتواند قبل از اعلام سفارش، خطاها را شناسایی و اعلام نماید».

در ماده ۱۳ قانون نمونه (۱۹۹۶) نیز ضمن بحث از انتساب داده پیام، به مسئله اشتباه پرداخته شده است.^{۱۳۰} به طور خلاصه، به موجب این ماده در رابطه میان مخاطب و اصل ساز، چنین فرض می‌شود که داده پیام به اصل ساز منتسب است، مگر اینکه مخاطب خطاری دال بر عدم انتساب داده پیام به

130. Boss A., The Uniform Electronic Transaction Act in a Global Environment, *Idaho Law Review*, Vol. 37, 2001, pp. 68-70.

اصل ساز، دریافت داشته یا با توجه به جوانب امر و استفاده از شیوه فنی مورد توافق بداند، یا باید می دانست که داده پیام به اصل ساز تعلق ندارد. به موجب بند (۵) همین ماده:

«در هر مورد که داده پیام، واقعاً یا بنا بر فرض متعلق به اصل ساز می باشد، یا مخاطب حق دارد که آن را به وی منتسب نماید، در رابطه میان مخاطب و اصل ساز، مخاطب دارای این حق است که فرض نماید داده پیام به همان مضمونی که اصل ساز قصد ارسال آن را داشته، دریافت شده و می تواند بر مبنای همین فرض عمل نماید. اگر اصل ساز بداند، یا باید می دانست که جوانب معمول امر مراعات یا به همان شیوه مورد تراضی عمل شده، در این صورت نمی تواند مدعی هیچ گونه اشتباه و خطا در محتوای داده پیام های واصله نسبت به آنچه ارسال گردیده، شود».

در حقوق ایران، اگر چه از ماده ۲۰ ق.ت.ا. می توان به این نکته پی برد که در صورت صدور پیام از شخصی غیر از اصل ساز و یا اشتباه اصل ساز در صدور آن، داده پیام به وی منتسب نخواهد بود، با این وجود قانونگذار به تشریح دقیق نحوه تحقق و آثار خطا در مبادله داده پیام نپرداخته است.

در صورت اثبات تحقق اشتباه از سوی اصل ساز،^{۱۳۱} آثار حقوقی این امر مشمول قواعد عام حاکم بر قراردادها خواهد بود و حسب مورد، ممکن است حق فسخ یا بطلان قرارداد الکترونیکی به دلیل بروز خطا در مبادله

۱۳۱. «اصل ساز» به تصریح بند (ب) ماده ۲ ق.ت.ا. «منشأ اصلی «داده پیام» است که داده پیام به وسیله او یا از طرف او تولید یا ارسال می شود، اما شامل شخصی که در خصوص «داده پیام» به عنوان واسطه عمل می کند نخواهد شد».

داده پیام مطرح شود. در پایان این گفتار باید تأکید نماییم که در موارد زیر مدعی به طور قطع نمی‌تواند ادعای اشتباه یا خطا در محیط الکترونیکی را مطرح سازد:

یک. اگر در برنامه رایانه‌ای، امکان تصحیح اشتباه و خطا قبل از انعقاد قرارداد پیش‌بینی شده باشد.

دو. اگر سیستم رایانه‌ای یا هر سیستم الکترونیکی دیگر به گونه‌ای دقیق و علمی طراحی شده باشد که امکان بروز خطا و اشتباه در آن نباشد.

سه. اگر در قراردادهای منعقد از طریق شبکه، بر «عذر نبودن اشتباه» تصریح شده باشد و با وجود این، طرف مقابل - ولو با علم اجمالی به احتمال اشتباه - وارد شبکه شده و اقدام به تشکیل قرارداد نماید.

نتیجه‌گیری

ظهور و توسعه فناوری‌های جدید، تشکیل قرارداد را آسان کرده است؛ البته این امر به مفهوم تغییر در حقوق حاکم بر قراردادها نیست. به دلیل مسائل خاصی که در تشکیل قراردادهای الکترونیکی از حیث ابهام در امنیت فضا و هویت طرفین و سایر مسائل وجود دارد، در اتحادیه اروپا و برخی از کشورهای پیشگام، تدوین قوانین و مقررات خاصی در این زمینه شروع شده و در حال تکمیل است. بازرگانی کشورمان نیز به همان دلایل - و لو با تجارت الکترونیکی کمتر - بی‌نیاز از این مقررات نیست. در مورد قراردادهای الکترونیکی و شفافیت ابعاد و ویژگی‌های خاص آنها یکی از دو روش زیر را می‌توان در پیش گرفت:

۱. تدوین مقررات با ادعای لزوم استقلال قوانین داخلی یا حداقل شباهت نسبت به مقررات بین‌المللی موجود. به نظر می‌رسد که قانون تجارت الکترونیکی با این طرز تفکر تدوین گردیده، اما به دلیل عدم تسلط تدوین‌کنندگان آن به تمام حقایق موجود، کامل و کافی نیست.
 ۲. استفاده از تجربه گرانهای کشورها و اتحادیه‌هایی چون ایالات متحده، کانادا، اتحادیه اروپا و سازمان تجارت جهانی برای رسیدن به راه‌حل‌های منطقی، استاندارد و هماهنگ با مقررات بین‌المللی. در این مسیر می‌توان از قوانین نمونه آنسیترال و کنوانسیون ۲۰۰۵ درباره استفاده از وسایل ارتباط الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی، بهره گرفت.
- یکی از نیازهای عمده تجارت الکترونیکی کشورمان که رفع آن در تشویق بازرگانان خارجی به مشارکت و معامله با تجار ایرانی بسیار تأثیر گذار خواهد بود، قانونگذاری سریع و صحیح است. مشکل لزوم تعیین تکلیف سریع را می‌توان با ملاحظه و بهره‌گیری از مقررات بین‌المللی برآورده کرد و صحت را می‌توان علاوه بر آن مقررات، با نظرخواهی و مشاوره از حقوقدانان، اساتید علوم اقتصادی و بازرگانی و بهره‌گیری از حقوق فراملی بازرگانان (*Lex Mercatoria*) تأمین نمود.
- در مورد ایجاب و قبول الکترونیکی، رفتن به بیراهه‌هایی شبیه آنچه برای مثال در پیش‌نویس دستورالعمل تجارت الکترونیکی اروپا از نظر لزوم تأیید قبول از سوی موجب مطرح بود، تعدی از حقوق موجود قرارداد و عامل بی‌نظمی خواهد بود که به شدت باید از آن اجتناب کرد. سرانجام باید گفت:

هر اقدامی در مرحله تقنین و اجرای قواعد بر تجارت الکترونیکی - چه در سطح داخل و چه در عرصه بین‌المللی - باید با هدف تثبیت حقوق داخلی و جهانی (متحدالشکل) قرارداد و نه انحراف و تغییر نادرست آن باشد. البته مسلم است که در صورت نیاز می‌توان به وضع قواعد جدید و توسعه دامنه حقوق فعلی حاکم بر قراردادها اقدام کرد. در این راستا، به نظر می‌رسد که پیوستن به «کنوانسیون آنسیترا دربارہ استفاده از وسایل ارتباط الکترونیکی در قراردادها بین‌المللی»، نه تنها با مانع قانونی یا شرعی روبرو نیست، بلکه باعث خواهد شد تا بدون نیاز به صرف هزینه برای مطالعه و تدوین قوانین ناهماهنگ، مقرراتی پذیرفته شود که پس از سال‌ها و طی چندین جلسه بحث و مذاکره میان دانشمندان و متخصصان حقوقی و فنی از کشورهای مختلف جهان به تصویب رسیده و اکثر ایرادات احتمالی آن، پیش از اجرا رفع گردیده است. نباید تأثیر انعکاس جهانی پیوستن به این کنوانسیون را بر تجارت داخلی و خارجی کشورمان انکار کرد. نیز نباید پس از سال‌ها آزمون و خطا بر روی مقررات داخلی، زمانی به مقررات استاندارد بین‌المللی روی آورد که دوران آنها سپری شده و با مقررات جدیدتر، جایگزین شده‌اند.