

تحلیل قواعد ناظر بر انعقاد قرارداد بیع در فضای مجازی در نظام حقوقی ایران و آنیسترال

افسانه امیریان

دانشجوی دکترای حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران

چکیده

این مقاله با هدف؛ تحلیل قواعد ناظر بر انعقاد قرارداد بیع در فضای مجازی در نظام حقوقی ایران و آنیسترال با رویکرد توصیفی و تحلیلی می باشد. یکی از مهمترین قراردادهایی که به طور مرسوم در فضای الکترونیکی منعقد می گردد عقد بیع می باشد. این عقد از این جهت دارای اهمیت می باشد که معمول ترین و پرکاربردترین قرارداد میان افراد تلقی می شود. با توجه به اهمیت عقد بیع و آثار فراوانی که بر این عقد بار می باشد تبیین قواعد حاکم بر قراردادهای بیع در فضای مجازی از اهمیت بسزایی برخوردار می باشد. تجارت موفق در جامعه جهانی مستلزم آشنایی با ضوابط حاکم بر آنگونه قراردادهای بوده و می بایست به ماهیت، ارکان و آثار این قبیل قراردادهای تسلط کامل داشت و با توجه به اینکه کشور ایران در بحث تجارت الکترونیک و قراردادهای از قواعد آنیسترال پیروی می نمایند و بطور شایسته بدین موضوعات پرداخته نشده است. نتایج بیانگر این است که عدم ورود قانون گذار به اصلاح قانون تجارت الکترونیک همگام با سیر تحول استفاده از قراردادهای الکترونیکی در سطح کشور و مغفول ماندن حل مشکلات حقوقی و ایجاد قواعد حقوقی در این عرصه منطبق بر نظام حقوقی ایران یکی از چالش های فرآروی نظام عدالت کیفری است.

واژه های کلیدی: بیع در فضای مجازی، نظام حقوقی ایران، قواعد آنیسترال

مقدمه:

تشکیل قرارداد بیع در فضای مجازی لزوماً به معنی انعقاد آن در محیط خیالی نیست؛ امروزه باید پذیرفت که با گسترش وسایل ارتباط از راه دور جهان به دهکده ای تبدیل شده که در آن تشکیل قرارداد به عنوان یکی از روابط مورد نیاز نمی تواند همواره از طریق ارتباط مستقیم و فیزیکی انجام گیرد از این رو طرفین یک توافق ممکن است همدیگر را ندیده و حتی هیچ مکالمه تلفنی هم با یکدیگر نداشته باشند. (السان، ۱۳۸۵: ۱۷) با توجه به همین ضرورت بود که کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل متحد (آنسیترا) در سال ۱۹۹۶ قانون نمونه ای درباره تجارت الکترونیکی وضع نمود که مواد ۱۱ تا ۱۵ آن به بحث قراردادهای الکترونیکی اختصاص دارد انعقاد قرارداد در فضای مجازی به طور کلی مشابه با انعقاد آن در دنیای واقعی است و از این لحاظ تفاوت عمده ای بین این دو فضا وجود ندارد و لذا حقوقدانان عموماً از ارائه تعریف جداگانه ای برای قراردادهای الکترونیکی پرهیز می کنند برای تشکیل قرارداد - اعم از الکترونیکی و غیره - وجود شرایط اساسی صحت معامله که در ماده ۱۹۰ به بعد قانون مدنی مذکور است، ضرورت دارد دلیل این امر تبعیت قراردادهای الکترونیکی از قواعد عمومی قراردادهاست با توسعه بکارگیری وسایل نوین فناوری اطلاعات در تجارت الکترونیکی فرض بر اعتبار و صحت تمام قراردادهای الکترونیکی است و در این مسیر نمی توان بین قراردادهای تشکیل شده توسط اشخاص حقیقی نمایندگان اشخاص حقوقی و قراردادهای تشکیل شده به وسیله رایانه قراردادهای خودکار یا قراردادهای داخلی و بین المللی قابل به تمایز گردید از سوی دیگر فرض بر این است که کنوانسیون ۱۹۸۰ وین درباره قراردادهای بیع بین المللی را می توان در مورد قراردادهای الکترونیکی نیز اعمال کرد. خلاهای حقوقی اساسی در قوانین ایران در حوزه انعقاد قراردادهای الکترونیکی از جمله قرارداد بیع به عنوان قرارداد غالب در فضای مجازی ایجاد می نماید به منظور استفاده از تجربیات بین المللی از جمله کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین المللی مصوب مجمع عمومی سازمان ملل متحد ۲۰۰۵ و مقررات آنسیترا تحقیقاتی در این زمینه انجام گردد که موجب ایجاد انگیزه برای حرکت محققین دیگر و ایجاد منابع قابل اتکاء جهت ایجاد رویه های اجرایی تصویب قوانین و مقررات مرتبط در حوزه قراردادهای الکترونیکی و اصلاح قوانین ازجمله قانون تجارت الکترونیک منطبق با قواعد حقوقی ایران گردد. کمیسیون سازمان ملل در خصوص تجارت بین الملل در سال ۱۹۶۶ با هدف یکنواخت نمودن حقوق تجارت بین المللی به وجود آمد. بخشی از فعالیتهای این سازمان به توسعه قوانین نمونه و اسناد استاندارد جهت تسهیل روابط تجاری بین المللی اختصاص دارد. (السان، پیشین: ۴۸) قانون نمونه برای داوری تجاری بین المللی، قواعد داوری آنسیترا، قانون نمونه در انتقال اعتبار بین المللی و کنوانسیون دین در مورد بیع بین المللی کالا در شمار مهمترین قوانین نمونه آنسیترا قرار دارند. کنوانسیون بیع بین المللی کالاها را به منظور هماهنگ نمودن آن با طیف وسیعی از قراردادهای الکترونیکی و قراردادهای راجع به بیع اموال غیر مادی اصلاح نماید. (هیل، ۱۳۸۵: ۲۲) تلاشهای کمیسیون سازمان ملل، قانون نمونه آنسیترا نتوانست به هدف خود که ایجاد یک نظام هماهنگ بین الملل است نایل شود. زیرا، ارائه این قانون هنگامی صورت گرفت که بسیاری از کشورهای پیشرفته، از قبل مبادرت به وضع قوانینی در قلمرو تجارت الکترونیکی کرده بودند که کاملاً متفاوت با قواعد آنسیترا بود. بعید به نظر می رسد که کشورهای مذکور بخواهند قوانین داخلی خود را به منظور هماهنگی با آنسیترا جرح و تعدیل نمایند. قانونگذار ایران عمداً در ماده ۱ قانون نمونه ی تجارت الکترونیکی به جای اصطلاح معامله، مبادله را به کار برده است، لذا قانونگذار ایرانی خواسته است که تنها قانون الکترونیکی کشور موارد غیرتجاری را نیز دربرگیرد، اما باید اشاره کرد که قانون تجارت الکترونیک ایران گاهی اصول حاکم بر اسناد الکترونیکی را به طور نسبی موردپذیرش قرار داده و از این جهت بیشتر به رویه ی دستورالعمل های شورای اروپا نزدیک است. زیرا چنین رویه ای

درقانون نمونه آنسیترال دیده نمی شود و این نوع روش برای کشوری که مراحل اولیه تجارت الکترونیک را طی می کند می تواند مانع از پیشرفت تجارت الکترونیک شود (رضایی، ۱۳۹۴: ۳۳) کنوانسیون ۲۰۰۵ سازمان ملل متحد درباره استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین المللی مهمترین پیشرفت بین المللی در عرصه حقوق تجارت الکترونیک است. این کنوانسیون می تواند پیش بینی های بیشتری را برای تجارت بین الملل به ارمغان بیاورد. مهمترین امتیاز کنوانسیون ۲۰۰۵ این است که اصطلاحات کنوانسیون بیع بین المللی کالا (۱۹۸۰) وین به رسانه های الکترونیکی را، ارتقاء داده و مدرنیزه می کند. کنوانسیون سازمان ملل متحد درباره استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین المللی، محدود به "ارتباطات الکترونیکی" و در برگیرنده تمام قراردادهای بین المللی است از یک سو، انعقاد و یا اجرای قرارداد به شیوه های غیر الکترونیکی را شامل نمی شود و از سوی دیگر، بر خلاف کنوانسیون بیع بین المللی کالا محدود به "بیع بین المللی" نیست. کنوانسیون ۲۰۰۵، معیار قابلیت اعمال خود را وقوع محل تجارت طرفین در کشورهای مختلف دانسته است. محل تجارت در اکثر قوانین نمونه و کنوانسیون های بین المللی، به عنوان معیار قلمرو شمول، پیش بینی شده است اما در هیچکدام از این اسناد، تعریفی از محل تجارت به عمل نیامده است. کنوانسیون ذیل قسمت تعاریف، محل تجارت، را به "هر مکانی که شخص بنگاه دائمی برای فعالیت اقتصادی، تاسیس می کند و شامل مکان تهیه موقت کالا یا خدمات خارج از یک محل معین نمی شود." تعریف می کند. (حبیب زاده، ۱۳۹۰: ۶۵) یکپارچه بودن کنوانسیون، حفظ وحدت و هماهنگی مقررات آن و حراست از موضوع و هدف کنوانسیون از جمله عواملی هستند که آنسیترال را به موضوع سختگیرانه، در مورد حق شرط ترغیب می نمایند. ۱۴۱ کنوانسیون ۲۰۰۵ مانند کنوانسیون بیع بین المللی کالا (۱۹۸۰) پاره ای از معاملات را با بر شمردن موارد مشخص آن، از قلمرو کنوانسیون جدا می سازد البته قلمرو شمول کنوانسیون ۲۰۰۵ نسبت به کنوانسیون بیع بین المللی (۱۹۸۰) گسترده تر است. کنوانسیون با اسلوب منحصر به فرد خود و با هدف برداشتن موانع قانونی موجود بر سر راه تجارت الکترونیکی و بدون نیاز به ضرورت اصلاح ۶ کنوانسیون بین المللی که قبل از عصر اینترنت بوجود آمده اند، مفاد خود را به قرارداد هایی که تحت قلمرو این کنوانسیون ها منعقد شده و یا به اجرا گذارده می شوند، نیز قابل اعمال می داند. هرچند یکپارچه بودن کنوانسیون، حفظ وحدت و هماهنگی مقررات آن و حراست از موضوع و هدف کنوانسیون از جمله عواملی هستند که آنسیترال را به موضوع سختگیرانه، در مورد حق شرط ترغیب می نمایند، از طرف دیگر به طرفین و دول عضو این اختیار را می دهد تا تمام یا قسمتی از شمول کنوانسیون را استثنا کرده و یا از آن عدل نموده و یا آثار آن را تغییر دهند. به نظر می رسد، تدوین کنندگان کنوانسیون در این رابطه دچار نوعی نقض غرض شده اند. کنوانسیون (۲۰۰۵)، انجام بیشتر تعاملات را به صورت الکترونیکی، از طریق بیان حکمی با این مضمون که "اعتبار یا قابلیت اجرایی یک ارتباط یا یک قرارداد، نباید تنها به دلیل آنکه به شکل ارتباط الکترونیکی است، مورد انکار قرار گیرد"، مجاز می داند، یا "در مواردی که قانون مقرر می دارد که ارتباط یا قرارداد باید به صورت کتبی باشد و آثار فقدان کتبی بودن را مقرر می دارد، آن شرط، به وسیله ارتباط الکترونیکی، محقق می شود، مشروط بر اینکه اطلاعات مندرج در آن قابل دسترسی بوده و امکان استفاده در صورت مراجعات بعدی فراهم باشد"، یا برشمردن شرایط لازم برای امضاهای الکترونیکی و تعیین معیارهای ارزیابی "تمامیت اطلاعات" که همانا کامل بودن و بدون تغییر باقی ماندن اطلاعات است، به خوبی در جهت رفع موانع و ارتقای اطمینان قانونی و قابلیت پیش بینی تجاری، گام بسیار مهمی را برمی دارد. لیکن نباید چنین پنداشت که مواد کنوانسیون، قراردادهای الکترونیکی را بطور مطلق معتبر می دانند. کنوانسیون علیرغم ارائه معیارهایی جهت تشخیص زمان و مکان ارسال و وصول ارتباطات الکترونیکی هیچ قاعده ای راجع به زمان و مکان انعقاد قرارداد وضع نمی کند، چون آنسیترال معتقد است که بجز قراردادهای بیعی که تابع کنوانسیون بیع المللی

۱۴۲ کالا (۱۹۸۰) وین می باشند، دیگر قراردادهای در بسیاری از موارد تابع یک نظام بین المللی یکسانی نمی باشند؛ چرا که هر نظام حقوقی برای خودداری قواعد خاصی می باشد و آنسیترال قصد ندارد تا قاعده ای را ارائه دهد که با این قواعد در تعارض باشد. (ابهری، ۱۳۹۶: ۵۴) دقت در مواد کنوانسیون ۲۰۰۵، روح و منطق حاکم بر مذاکرات کار گروه تدوین و مقایسه آن با مواد قوانین نمونه و کنوانسیون (۱۹۸۰) وین به خوبی آشکار می سازد که مفاد کنوانسیون نه تنها قصد معاضدت و یا عدول از قوانین نمونه و کنوانسیون (۱۹۸۰) نداشته، بلکه به نوعی، تأیید و تکمیل کننده ی آنها می باشد. هرچند قانون تجارت الکترونیکی کشورمان با مبنا قراردادن این قوانین گام بلندی را برای هماهنگی با قوانین نمونه آنسیترال در باب تجارت الکترونیکی برداشته است و مبنای اصلی کنوانسیون ۲۰۰۵، نیز همین قوانین است و از طرفی چون یکی از ساختارهای مهم برای افزایش تعانلات در عرصه تجارت با سایر کشورها ظرفیت ها و قابلیت های تجارت الکترونیکی کشور در سطح بین المللی است.

۱- مفاهیم

۱-۱- تعریف لغوی بیع

بیع در لغت به معنای خرید و فروش و داد و ستد است (معلوف، ۱۳۸۰: ۱۲۰) در فرهنگ معین به معنای خریدن و فروختن آمده است (معین، ۱۳۸۹: ۵۴۳) و در فرهنگ دهخدا در ذیل این واژه آمده است؛ « خریدن و فروختن (از اضافة)، (از منتهی الارب)، پرداخت ثمن و دریافت مئمن یا بعکس (از اضافة است)، (از اقرب الموارد)، خریدن». (دهخدا، ۱۳۷۲: ۴۱۵) قانون مدنی در تعریف بیع مقرر می دارد؛ «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم»^۱ قانون مدنی در این ماده از تعریف فقها پیروی کرده است. قانون مدنی سایر کشورهای اسلامی، مانند سوریه، عراق، لیبی، لبنان و قانون مدنی سابق مصر کم و بیش از این تعریف متأثرند. در این میان قانون مدنی جدید مصر با تصویب ماده ۴۱۸ از تعریف متداول بیع دوری جسته و آن را «عقد عهدی است که موضوع آن ممکن است حقوق یا اشیاء مادی در برابر ثمن نقد باشد» تعریف کرده و با تحولات اقتصادی و نیازهای اجتماعی هم سویی نشان داده است. فقهای معاصر امامی نیز مبانی این نظریه را بیان کرده اند، اگر چه این مباحث نظری در فتوای آن ها کاملاً بروز کرده است. وجود مورد معامله نیز برای صحت عقد بیع ضروری است و عقد بیع بدون موضوع باطل است. مورد معامله باید دارای اوصاف زیر باشد:

الف) مبیع هنگام عقد موجود باشد؛ در موردی که مبیع عین معین یا در حکم آن باشد، باید هنگام عقد موجود باشد. خرید و فروش مالی که وجود خارجی ندارد باطل است. در موردی که مبیع کلی است، لزومی ندارد که فروشنده مصداقی از آن را هنگام عقد داشته باشد.

ب) مبیع مالیت داشته باشد، یعنی ارزش اقتصادی داشته باشد. عقد بیع از این جهت تابع قواعد عمومی قراردادهاست و در صورتی درست است که موضوع آن مال باشد. معیار مالیت داشتن منفعت عقلایی و مشروعی است که دو طرف در نظر دارند. دیوان کشور نیز نسبی بودن مفهوم مالیت را پذیرفته است.^۲

^۱ - ماده ۳۳۸ قانون مدنی

^۲ - رأی شماره ۵۸۹۲-۳۸/۱/۱۰، هیأت عمومی دیوان کشور، نقل از مجله مردم، ش ۲۲، پاییز ۱۳۳۸، ص ۲۱.

ج) خرید و فروش آن قانوناً ممنوع نباشد.^۱ علاوه بر مواردی که اشخاص به وسیله قرارداد خرید و فروش مالی را ممنوع می‌کنند، قوانین نیز برای حفظ اموال عمومی یا رعایت بهداشت یا نظم عمومی خرید و فروش پاره ای از اموال را باطل دانسته است.

د) منفعت عقلایی داشته باشد.

ح) مقدور التسليم باشد. قدرت بر تسليم موضوعیت ندارد بلکه طریقت یعنی راهی برای دسترسی خریدار به مبیع. همچنین قدرت بر تسليم باید زمان اجرای عقد باشد نه هنگام تشکیل عقد.

چنانچه هنگام تشکیل عقد قدرت تسليم وجود داشته باشد ولی بعداً سلب شود اگر مبیع عین معین یا در حکم آن باشد عقد بیع از زمان سلب قدرت منفسخ می شود ولی اگر مبیع کلی فی الذمه باشد، عقد از ابتدا از حیث آثار در حکم باطل خواهد بود. و) مبیع باید معلوم و معین باشد. در نخستین نگاه شاید به نظر آید این دو شرط یکی است، زیرا هرچه معین باشد معلوم است و هرچه معلوم باشد معین. ولی باید اذعان نمود که این دو واژه یک مفهوم را نمی رسانند. مقصود از «معلوم» این است که مبیع مبهم نباشد.^۲ خریدار و فروشنده باید به دقت بدانند که چه می‌گیرند و در برابر آن چه می‌دهند. اما مقصود از «معین» این است که مبیع یکی از دو چیز معلوم نباشد. فقها معامله ای که در آن مبیع مبهم یا مردد باشد را باطل و معامله را «غرری» می‌نامند. (انصاری، ۱۳۷۵: ۸۸)

۱-۲- بیع الکترونیکی آنسیترال

کنوانسیون بیع الکترونیکی آنسیترال یا کنوانسیون سازمان ملل متحد درباره استفاده ای از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین المللی، یکی از اقدامات کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال)، در راستای ایجاد و تقویت هماهنگی و متحد الشکل ساختن مقررات تجارت بین الملل و تجارت الکترونیکی میان کشورها، به ویژه کشورهای در حال توسعه است. این کنوانسیون که مشتمل بر اصول و قواعد متعددی در حقوق تجارت الکترونیکی و به ویژه قراردادهای الکترونیکی است، توسط کارگروه تجارت الکترونیکی آنسیترال تدوین شده و توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد، مورد پذیرش قرار گرفته است.^۳ امنیت و اعتماد دو مشخصه اصلی است که می بایست مورد توجه قرار گیرد. نبود امنیت کافی در فضای الکترونیکی و سایبر و احتمال تعرض به حریم خصوصی و داده های شخصی اشخاص و عدم امکان دسترسی مجدد به داده ها مهم ترین عیب این نوع اعمال حقوقی محسوب می شود. ممکن است که به جهت عدم حاکمیت امنیت در فضای الکترونیک خسارت های هنگفتی به اشخاص وارد شود و نظم عمومی اجتماعی و اعتماد و امنیت عمومی از اشخاص سلب شود. ویژگیهای قرارداد الکترونیکی پیش از پرداختن به ویژگیهای قرارداد الکترونیکی، شناسایی حقوقی قرارداد الکترونیکی اهمیت زیادی دارد. طبق بند ۲ ماده ۸ کنوانسیون آنسیترال، ۲۰۰۵ هیچ ماده ای در کنوانسیون فوق، طرفین را ملزم نمی نماید تا از ارتباطات الکترونیکی استفاده کرده و یا آن را بپذیرد، اما موافقت شخص مبنی بر انجام یا استفاده از این کنوانسیون، می تواند از رفتار او استنباط شود؛ برای مثال، دادن کارت تجاری همراه با آدرس ایمیل تجاری جهت انتشار به جراید یا در دسترس قراردادن یک وب سایت برای سفارش دادن گفته می شود از اساسی ترین مواد این معاهده، مواد ۸ و ۱۲ هستند که بر یکی از اصول مسلّم حقوق تجارت بین الملل صحه می گذارند. به موجب این اصل مسلّم قرارداد یا ارتباط در هر

^۱ - ماده ۳۴۸ قانون مدنی: «بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است... باطل است».

^۲ - ماده ۲۱۶ قانون مدنی: «مورد معامله باید مبهم نباشد...»

قالب مشخصی قابل ایجاد یا اثبات است، برابر بندهای ۱ از مواد ۸ و ۹ معاهده اعتبار یا قابلیت اجرایی ارتباط یا قرارداد، تنها به این دلیل که به شکل ارتباط الکترونیکی مبادله شده است، نباید مورد انکار قرار گیرد. (کاویار، ۱۳۹۸: ۵۵) مضاف بر اینکه، کنوانسیون مواد جداگانه ای دارد که صریحاً قرارداد منعقد به وسیله یک سیستم رایانه ای و شخص حقیقی، یا به وسیله روابط متقابل سیستم های پیام خودکار را به رسمیت می شناسند. نفوذ یا اعتبار چنین قراردادهایی صرفاً به این دلیل که هیچ شخص حقیقی در اعمال شخصی انجام شده به وسیله سیستم های پیام رسان خودکار یا در انعقاد قراردادهای منتج دخالتی نداشته است، انکار نخواهد شد. بنابراین، با قراردادهای الکترونیکی منعقد از طریق پایگاههای اینترنتی مرتبط یا پیغامهای تبادل الکترونیکی داده شبیه قراردادهای کاغذی (سنتی) برخورد می شود. به علاوه، معاملات منعقد توسط واسطه ها نیز به طور کامل در حقوق بین الملل به رسمیت شناخته شده اند. لیکن نباید چنین پنداشت که مواد این کنوانسیون، قراردادهای الکترونیکی را به طور مطلق معتبر می دانند زیرا ممکن است دالیلی وجود داشته باشد که موجب بی اعتباری مبادله الکترونیکی شود. به ویژه، هدف کنوانسیون این نیست که شروط استاندارد مقرر در سیستم های قانونی ملی را کنار گذارد. ماده ۹ محدودیت هایی نسبت به کارکرد یکسان نوشته الکترونیکی، امضای الکترونیکی به موجب قوانین ملی مبتنی بر قانون نمونه آنسیترا دربارۀ تجارت الکترونیک تعیین می کند. شرط امضا در صورتی تأمین می گردد که روش مورد استفاده، هویت طرف را مشخص کند و قصد وی را اعلام کند و در تشخیص هدف وی از ایجاد یا ابلاغ داده پیام با لحاظ تمام قرائین استنادپذیر باشد. روش امضاهای الکترونیکی در کنوانسیون ۲۰۰۵ با قانون نمونه آنسیترا اندکی تفاوت دارد. در حقیقت امضا در کنوانسیون بیشتر بر قصد تأکید می کند تا بر اثبات قصد کنوانسیون خیلی کلی و نسبت به فن آوری بی طرف است و مسلماً انواع مختلفی از امضاهای الکترونیکی از قبیل امضاهای رمزار متقارن و غیرمتقارن، زیست سنجی، رمزار، امضاهای مبتنی بر شماره شناسایی یا دکمه های را دربرمی گیرد. از طرف دیگر، اگر هویت امضاکننده محرز باشد، نمی توان به معیار قابل اعتماد بودن امضا همان قدر که قابل اعتماد باشد برای بی اعتبار کردن کل قرارداد استناد کرد. (کاویار، پیشین، ص ۳۶۶)

۱-۳- تعریف قراردادهای الکترونیکی

منظور از قرارداد همان عقد است و از حیث معنی، عقد عبارت است از توافق و همکاری متقابل دو یا چند اراده به منظور ایجاد آثار حقوقی (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۸۷) یا ایجاد یک ماهیت حقوقی (شهیدی، ۱۳۸۲: ۴۱) از حیث دایره شمول نیز قرارداد مانند عقد دارای دو معنی اعم و اخص است. قرارداد در معنی اعم در برگیرنده عقود معین و غیرمعین است ولی در معنای اخص صرفاً شامل عقود غیرمعین می شود. در اینجا مفهوم اعم قرارداد مورد نظر می باشد. عبارت «الکترونیک» نیز صفت از کلمه «الکترون» است. بنابراین، منظور از قرارداد الکترونیک هر عقدی (معین و غیرمعین) است که از طریق الکترون ها و از طریق واسطه های الکترونیک منعقد می گردد. یعنی اعلام اراده انشایی به صورت الکترونیک و در یک فضای غیرملموس (مجازی) انجام می شود. پس می توان گفت قرارداد الکترونیک عبارت است از توافق و همکاری دو یا چند اراده به منظور ایجاد آثار حقوقی از طریق الکترونیک. قراردادهای الکترونیکی نوعی قرارداد هستند که در آنها تعامل بین طرفین در انعقاد قرارداد می تواند از طریق ابزارهای الکترونیکی مختلف مانند پست الکترونیکی، یک برنامه کامپیوتری توسط دو عامل الکترونیکی که برای تشخیص شکل گیری قرارداد برنامه ریزی شده اند، صورت پذیرد. اما آنچه در خصوص این قراردادها حائز اهمیت است، قانون حاکم بر این قرارداد هاست که به یک چالش مبدل شده است. قرارداد الکترونیک نوع خاصی از قراردادها نیست بلکه وصف الکترونیک فقط بیانگر نحوه تشکیل آن است یعنی شکل این نوع قراردادها به صورت الکترونیک است. تشکیل قراردادها معمولاً نیاز به تشریفات خاصی ندارد و به مجرد اینکه اراده افراد در خصوص ایجاد یک ماهیت حقوقی به مرحله اعلام رسید و مورد

توافق قرار گرفت یک قرارداد بین آنها تشکیل می‌شود. روش اعلام اراده نیز اهمیت ندارد بلکه هر وسیله که دلالت بر قصد انشای افراد کند، می‌تواند موجب آثار حقوقی گردد. حال در قراردادهای الکترونیک اراده افراد از طریق ابزارهای الکترونیک تلاقی کرده و آثار حقوقی به بار می‌آورند. اعتبار چنین قراردادهایی که با گسترش فناوری‌های نوین، به ویژه اینترنت، در امر تجارت مورد پذیرش و استفاده قرار گرفته‌اند، قابل انکار نیست حتی اگر قوانین به طور خاص تصریحی به آن نکنند. مع هذا، حضور قانون از جهت حفظ نظم عمومی و ایجاد چارچوب برای روابط حقوقی و معاملاتی افراد لازم است. از همین رو با پیدایش شیوه نوین تجارت الکترونیک نظام‌های حقوقی به بسترسازی تقنینی آن مبادرت ورزیده‌اند. در این میان برای تشکیل قراردادهای الکترونیک نیز قوانین و مقرراتی وضع شده است. بعضی از حقوقدانان، قرارداد الکترونیکی را بدین شکل تعریف نموده‌اند: «قرارداد الکترونیکی عبارت است از توافقی که ایجاب و قبول طرفین ضمن شبکه بین لملی راه دور با ابزار شنیداری و تصویری متبادل می‌باز ارتباطی از شود» (ابوالحسن مجاهد، ۱۳۱۰: ۳۷) این تعریف، فقط نحوه کلی تلاقی ایجاب و قبول را بیان نموده و سخنی از آثار مترتب بر تبادل ایجاب و قبول را به میان نیاورده است. برخی دیگر از حقوقدانان، را بدین گونه تعریف نموده‌اند: «قراردادی قرارداد الکترونیکی بین المللی که ایجاب و قبول با استفاده از شبکه ارتباطات و بواسطه تبادل الکترونیکی ها، بقصد ایجاد تعهدات قراردادی منعقد گردد» (ممدوح ابراهیم، ۲۰۰۵: ۵۵) واژه قرارداد به توافق بین دو یا چند نفر در خصوص چیزی که متضمن نفع حقوقی باشد گفته می‌شود. (فیروزی تبار، ۱۳۹۰: ۱۱۲) قرارداد در لغت عبارت است از «اتفاق دو یا چند تن در امری، پیمان، عهدنامه، قرارنامه، عهدنامه سیاسی و پیمان سیاسی» و در معنی لغوی دیگر «قرارداد به معنی عقد به کار می‌رود.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵: ۵۳۵) اتحادیه اروپا در سال ۱۹۹۷ آن را به این شکل تعریف نموده است: «تجارت الکترونیکی بر پردازش و انتقال الکترونیکی داده‌ها شامل متن، صدا و تصویر مبتنی است. تجارت الکترونیکی، فعالیت‌های گوناگونی را از قبیل مبادله الکترونیک کالاها و خدمات، تحویل فوری مطالب دیجیتالی و انتقال الکترونیکی وجوه، مبادله الکترونیکی سهام، بارنامه الکترونیکی، طرح‌های تجاری، طراحی و مهندسی مشترک، منبع مالی، خریدهای دولتی، بازاریابی مستقیم و خدمات پس از فروش را شامل می‌شود. (پنلوب، ۱۳۸۳: ۸۵) در ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی ایران مقرر شده تجارت الکترونیکی عقد از راه دور: ایجاب و قبول راجع کالاها و خدمات بین تامین کننده و مصرف کننده با استفاده از وسایل ارتباط از راه دور است. هر چند در قانون نمونه آنسیترا ل راجع به تجارت الکترونیک (۱۹۹۶) و کنوانسیون سازمان ملل متحد درباره استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین المللی (۲۰۰۵)، قرارداد الکترونیکی تعریف نشده است، اما با تعاریفی که از "داده پیام" و "ارتباط الکترونیکی" به دست داده اند می‌توان به نتایجی دست یافت. در مجموع می‌توان عنوان کرد قرارداد الکترونیکی قراردادی است که از طریق داده پیام، با به کارگیری سیستم‌های اطلاعاتی منعقد می‌شود. (السان، ۱۳۸۴: ۱۴۱). بعضی از حقوقدانان، قرارداد الکترونیکی را بدین شکل تعریف نموده‌اند: «قرارداد الکترونیکی عبارت است از توافقی که ایجاب و قبول طرفین ضمن شبکه بین المللی باز ارتباطی از راه دور با ابزار شنیداری و تصویری متبادل می‌شود.» (ابولحسن مجاهد، پیشین: ۳۹)

۱-۳-۱- موضوع قرارداد بیع الکترونیکی

از لحاظ الکترونیکی بودن محیط انعقاد قرارداد، متضمن ویژگی خاصی نسبت به قراردادی سنتی ندارد. لذا طرفین قرارداد بر اساس اصل حاکمیت و آزادی اراده، محدودیتی در انتخاب موضوع قرارداد الکترونیکی در چارچوب توان با توجه به قانون ندارند. موضوع قرارداد الکترونیکی را با توجه به خصوصیات آن به سه نوع تقسیم کرد: (هیل، پیشین: ۱۳۹۶: ۴۵)

الف) فروش کالا (در این قراردادها، ایفای تعهدات تسلیم خارج از فضای الکترونیکی و طبق قواعد عمومی ایفا انجام گیرد. ولی پرداخت ثمن به طریقه الکترونیکی ممکن است).

ب) ارائه خدمات (مانند خدمات بانکی، هواپیمایی و غیره).

ج- فروش محصول دیجیتال، مانند کتاب، مقاله، تصویر، انعقاد قرارداد فیلم و یا نوشتجات الکترونیکی. در این فروش و ایفای آن بطور کامل در محیط الکترونیکی انجام می گیرد محصول دیجیتالی با اجازه فروشنده و با نصب نرم افزار موضوع شود و در مقابل، پرداخت ثمن قرارداد بر رایانه مشتری ایفا می گیرد. جزء بزرگی از معمولاً بصورت الکترونیکی انجام می دهد و اغلب به محصولات دیجیتالی را نرم افزارها تشکیل می شود.

۱-۳-۲- شیوه های فروش در بیع الکترونیکی

۱) به بطور مستقیم (بصورت بسته مانند سی دی حاوی یک یا چند نرم)

۲) با صدور مجوز برای استفاده از آن محصول مانند خواندن کتاب و یا مقاله معین و یا مشاهده اسلاید و فیلم معین

۳) آبونمان یا معامله بصورت تبادل داده

۱) فروش آنلاین که با تسلیم فیزیکی مجموعه های فروش محصولات دیجیتال از نرم افزارها بشکل خودکار. البته انعقاد قرارداد با این شیوه فروش محصولات دیجیتال، انعقاد قرارداد به شکل خاصی انجام می گیرد که شایع ترین آن با کلیک روی گزینه نمایه یا توافق بسته ای که بازکردن بسته یا نصب آن به معنای قبول تسلیم یا قبول آن است. (قلی زاده، ۱۳۸۶: ۱۳۹)

۱-۳-۳- قلمرو و انواع بیع الکترونیکی

گرچه عموماً بیع الکترونیکی به عنوان بیع از طریق اینترنت تلقی می شود اما نباید این دو را مترادف هم دانست. بر این اساس باید گفت بیع از طریق اینترنت یکی از روشهای بیع الکترونیکی می باشد. بیع الکترونیکی در معنای عام شامل مبادله داده های الکترونیکی، بازار الکترونیکی و بیع از طریق اینترنت می باشد. در مبادله داده های الکترونیکی اطلاعات مورد نیاز بین دو بنگاه اقتصادی از طریق الکترونیکی منتقل شده و کالاها یا خدمات مورد نیاز سفارش داده شده یا تهیه آن اطلاع داده می شود. به عبارتی مبادله داده های الکترونیکی بین دو بنگاه اقتصادی برقرار میگردد که مستمراً با هم در ارتباط بوده و نیازهای تجاری خود را از طریق یکدیگر برطرف می نمایند. بازار الکترونیکی نیز از جمله زیر مجموعه های بیع الکترونیکی می باشد که به مثابه یک بازار سنتی کالاها و خدمات مورد نیاز مشتریان را به آنها عرضه می نماید. در اینگونه بازارها برخلاف بازارهای سنتی امکان دسترسی برای عموم فراهم نبوده و فقط شرکت ها و اشخاص عضو می توانند به این بازارها دسترسی داشته باشند. بیع و تجارت الکترونیک را می توان از حیث تراکنشها به انواع مختلفی تقسیم نمود که بعضی از آنها عبارتند از (حبیبزاده، ۱۳۹۹: ۹۱)

الف) ارتباط بنگاه و بنگاه : (B2B) به الگویی از تجارت الکترونیکی گویند، که طرفین معامله بنگاهها هستند. در این نوع از تجارت الکترونیکی مبادله کالاها، خدمات و اطلاعات بین شرکت ها و بازرگانان با یکدیگر به روش الکترونیکی انجام می گیرد. با توجه به سرعت و سهولت دسترسی بنگاه ها به شبکه های کامپیوتری و اینترنت، امروزه حجم معاملات به روش تجارت بین بنگاه ها از سایر انواع تجارت الکترونیکی بیشتر است.

ب) ارتباط بنگاه و مصرف کننده : (B2C) به الگویی از تجارت الکترونیک گویند که بسیار رایج بوده و ارتباط تجاری مستقیم بین شرکتها و مشتریان می باشد. در این مدل تجارت الکترونیک، در یک طرف سازمان واقع شده است و در طرف دیگر افراد

یا همان مشتریان قرار دارند. از این مدل با عنوان ارائه مجموعه خدمات بازاریابی و ترخیص کالا و خدمت به‌طور مستقیم برای مشتریان نیز یاد شده است.

ج) ارتباط مصرف‌کننده‌ها و شرکت‌ها : (C2B) در این حالت اشخاص حقیقی به کمک اینترنت فرآورده‌ها یا خدمات خود را به شرکت‌ها می‌فروشند. در حالی که بازار مصرف **ONLINE** روز به روز در حال گسترش است، بسیاری از خریداران دریافته‌اند که شیوه انتخاب محصول بسیار گسترده است و ممکن است که آن‌ها را غوطه‌ور سازد، چون وقتی که مصرف‌کنندگان، سایت‌هایی را در ارتباط با فروش محصول مورد نظر خود می‌یابند، یافتن خود محصول در آن سایت و بدست آوردن قیمت محصول اغلب کاری دشوار است.

د) ارتباط مصرف‌کننده با مصرف‌کننده : (C2C) در این حالت ارتباط خرید و فروش بین مصرف‌کنندگان است. در این مدل تجارت الکترونیکی، مزایده‌ها و مناقصه‌ها ی کالا از طریق اینترنت انجام می‌گیرد. مدل **C2C** شبیه به نیازمندی‌های طبقه بندی شده یک روزنامه و یا شبیه به یک دکه در بازار دست دوم یا سمساری است. ایده اصلی این مدل این است که مصرف‌کنندگان با یکدیگر بدون واسطه به خرید و فروش بپردازند. (داراب پور، ۱۳۹۸: ۱۷۵)

ه) ارتباط بین بنگاه‌ها و سازمان‌های دولتی : (B2A) که شامل تمام تعاملات تجاری بین شرکت‌ها و سازمان‌های دولتی می‌باشد. پرداخت مالیات‌ها و عوارض از این قبیل تعاملات محسوب می‌شوند. در این نوع از تجارت الکترونیکی مبادله کالا، خدمات و اطلاعات بین بنگاه‌ها و دولت به روش الکترونیکی انجام می‌گیرد. برای مثال می‌توان به مشارکت بنگاه‌ها در مناقصه‌ها و مزایده‌های دولتی، خرید کالاها و خدمات توسط دولت از بنگاه‌ها، پرداخت عوارض و مالیات از سوی بنگاه‌ها، انجام امور گمرکی بنگاه‌ها به روش الکترونیکی و... اشاره کرد.

و) ارتباط بین دولت و شهروندان : (G2C) الگویی بین دولت و توده مردم می‌باشد که شامل بنگاه‌های اقتصادی، موسسات دولتی و کلیه شهروندان می‌باشد. این الگو یکی از مولفه‌های دولت الکترونیک می‌باشد.

ز) ارتباط بین دولت‌ها : (G2G) این الگو شامل ارتباط تجاری بین دولت‌ها در زمینه‌هایی شبیه واردات و صادرات می‌باشد. دو طرف مبادله حکومت می‌باشند یعنی دو کشور متفاوت که یکی تحت عنوان فروشنده دیگری خریدار است. حوزه این مدل تجاری در عرصه تجارت بین الملل می‌باشد و معاملات خارجی کشورها را در برمی‌گیرد. این شیوه تجاری جدید می‌باشد. از معاملات این شیوه تجاری معاهدات و تفاهم‌نامه‌ها بین کشورها و پروژه‌های بین المللی قابل ذکر است. البته باید گفت که انواع بالا کاملاً مستقل از هم نیستند و گاهی که تأکید بر خرید و فروش ندارند، در قالب کسب و کار الکترونیک می‌آیند. (صنایعی، ۱۳۸۷: ۶۲)

۱-۴- قرارداد الکترونیک و مبادله الکترونیک^۱

طبق تعریف قانون مبادلات الکترونیک ایالت یوتای آمریکا، مبادله الکترونیک عبارت است از «عمل یا مجموعه‌ای از اعمال حادث به صورت الکترونیک بین دو یا چند شخص در ارتباط با انجام امور مربوط به کسب و کار و تجارت یا اموال دولتی»^۲ بنابراین اصطلاح مذکور مفهومی اعم از قرارداد الکترونیک دارد زیرا بسیاری از تبادلات الکترونیک اطلاعات که از طریق اینترنت انجام می‌گیرد صرفاً انتقال اطلاعات است و هر داده پیمایی نمی‌تواند موجب آثار حقوقی و مسئولیت‌ساز باشد.^۳ بنابراین، اگرچه

^۱- Electronic Transactions

^۲- Uniform Electronic Transaction Act, Art. 2

^۳- Chris Reed & John Angel, Computer Law, p 302

دو اصطلاح مذکور گاهی به جای یکدیگر استعمال می‌شوند لیکن آنچه که در این تحقیق مورد توجه قرار می‌گیرد ناظر به آن دسته از تبادلات الکترونیک است که موجود آثار حقوقی باشند. لازم به ذکر است، اصطلاحات دیگری همچون «قراردادهای مجازی»^۱ و «قراردادهای آن لاین»^۲ نیز گاهی در مفهوم قراردادهای الکترونیک به کار برده می‌شوند و معنای یکسانی از آنها مستفاد می‌گردد.

علاوه بر این، در قانون تجارت الکترونیک ایران که در برگیرنده مجموعه قواعد و مقرراتی در خصوص مبادلات الکترونیک است، در فصل دوم که به تعاریف اختصاص یافته از اصطلاح دیگری تحت عنوان «عقد از راه دور»^۳ نام برده شده که طبق تعریف عبارت است از: «ایجاب و قبول راجع به کالاها و خدمات بین تأمین کننده و مصرف کننده با استفاده از وسایل ارتباط از راه دور»^۴ لیکن، اصطلاح مذکور در هیچ جای قانون مذکور استعمال نشده است که به نظر می‌رسد، اصلاحات نهایی بدون توجه به حذف اصطلاح عقد از راه دور صورت گرفته است. البته در مواد ۳۷ و ۴۷ عبارت معامله از راه دور به کار گرفته شده است بنابراین برای اینکه عمل قانونگذار لغو تلقی نشود باید اصطلاح‌های «عقد از راه دور» و «معامله از راه دور» را مترادف دانسته و آنها را ناظر به مبادلات الکترونیک بدانیم.^۵

۱-۴-۱- ماهیت قراردادهای الکترونیک

با توجه به تحولات چشمگیری که فناوری اطلاعات در امر تجارت ایجاد کرده و دو ویژگی سرعت و سهولت را به آن داده است، دیگر لزومی ندارد که تجار به منظور مذاکره و تبادل اطلاعات در خصوص فعالیت‌های تجاری و انعقاد قرارداد مورد نظر خود در یک مجلس حاضر شوند بلکه آنها می‌توانند از طریق فناوری‌های نوین الکترونیک نظرات و پیشنهادهای خود را برای مخاطب ارسال کنند. طرف مقابل نیز می‌تواند از همین طریق پاسخ داده و یا پیشنهاد جدیدی مطرح سازد. حال چنانچه از این طریق بین طرفین عقدی تشکیل شود از آن به عنوان «تشکیل عقد بین غائبین» نام برده‌اند. (امیری قائم مقامی، ۱۳۸۷: ۲۳۷) عقد غائبین در مقابل عقد حاضرین استعمال می‌شود. منظور از عقد حاضرین این نیست که طرفین حتماً در مجلس واحد حاضر باشند بلکه منظور عقدی است که طرفین آن را به طور مشافهه منعقد می‌کنند اعم از اینکه در یک مجلس باشند یا در دو مکان مختلف مثل عقد با تلفن که هر چند طرفین در دو مکان حضور دارند ولی چنین عقدی از جهت زمان تشکیل، منطبق با عقد غائبین نیست ولی همین عقد از لحاظ مکان تشکیل، جزء عقود غائبین خواهد بود (امیری قائم مقامی، عبدالحمید، همان: ۲۴۱) بنابراین عقد غائبین عبارت است از عقدی که ایجاب و قبول آن بدون مکالمه و مذاکره، از راه دور بوسیله نامه، تلگراف، قاصد، تلکس، ... انجام می‌شود. این عقود که طرفین، عقد را به طور مشافهه واقع نمی‌سازند عقود مکاتبه نیز نام گرفته‌اند. عقود که از طریق اینترنت منعقد می‌شوند نیز از جمله عقود بین غائبین محسوب می‌شوند زیرا اولاً عقد به‌طور مشافهه انجام نمی‌شود و از طریق واسطه‌های الکترونیک صورت می‌پذیرند و ثانیاً در عقود مذکور ممکن است بین ایجاب و قبول فاصله زمانی و بین متعاقبین فاصله مکانی وجود دارد. اگرچه قانون مدنی ایران در مورد عقد غائبین ساکت است ولی نمی‌توان در صحت آن تردید کرد زیرا عرف تجاری آن را پذیرفته و دلیلی بر بطلان آن در قوانین موضوعه یافت نمی‌شود. مضافاً اینکه در حقوق ما

^۱ - Virtual Contracts

^۲ - Online Contracts

^۳ - Distance Contract

^۴ - ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک، بند (ص).

^۵ - استفاده از عبارت عقد یا معامله از راه دور خالی از اشکال نیست زیرا این عناوین بر عقود مکاتبه‌ای نیز صادق هستند.

اصل بر صحت معاملات و قراردادهای منعقد شده بین افراد است مگر اینکه دلیلی بر فساد آن وجود داشته باشد و از آنجا که دلیلی بر بطلان عقد غائبین وجود ندارد. بنابراین عقود بین غائبین را باید حمل بر صحت کرد. لذا قراردادهای الکترونیکی نیز که در زمره عقود غائبین قرار می‌گیرند، صحیح و معتبر هستند. اگرچه قراردادهای مذکور موجب تسریع روابط تجاری بین افراد می‌شوند و گسترش تجارت داخلی و بین‌المللی را نیز به دنبال دارند ولی به دلیل عدم حضور طرفین و ناشناخته بودن آنها برای یکدیگر ممکن است مسائل پیچیده و مشکلاتی را نیز در روابط طرفین ایجاد کنند. (رضایی، ۱۳۸۷: ۱۷۶)

۲- شرایط اساسی صحت معاملات در بیع الکترونیکی

از آنجا که برای صحت هر معامله شرایطی لازم است که متعاملین یا طرفین قرارداد می‌بایست آنها را دارا بوده تا عقد یا قرارداد بر بنیان قانونی شکل گرفته و استحکام لازم را داشته باشد، ماده ۱۹۰ قانون مدنی برای صحت هر معامله شرایط ذیل را اساسی و لازم دانسته است: (صدری، ۱۳۸۸: ۱۱۳)

۱- قصد طرفین و رضای آنها؛

۲- اهلیت طرفین؛

۳- موضوع معین که مورد معامله باشد؛

۴- مشروعیت جهت معامله

با توجه به اینکه بیع الکترونیکی نیز از جمله معاملات است، شرایط مذکور باید در مورد آنها رعایت شود. در این فصل در مباحثی مجزا، شرایط مذکور را در رابطه با بیع الکترونیکی مورد تحلیل قرار می‌دهیم.

۲-۱- قصد و رضای طرفین

قصد طرفین بر انجام معامله و رضایت آنها بر این امر، اساس هر قرارداد را تشکیل می‌دهد. مجموع قصد و رضایت طرفین و انطباق آن بر یکدیگر بیانگر توافق دو اراده بر امر واحد می‌باشد. به موجب ماده ۱۹۱ قانون مدنی؛ «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء بشرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند.» عقد بیع تابع قواعد عمومی قراردادهاست. خریدار و فروشنده باید دارای قصد و رضا باشند، یعنی باید در محیطی آزاد تصمیم بگیرند و مفاد عقد را در ذهن خود به وجود آورند. ولی این اراده باطنی، تا زمانی که اعلام نشده و جنبه بیرونی نیافته است، اثر حقوقی ندارد. اراده به وسیله ی دو طرف یا نمایندگان آنان اعلام می‌شود.

برای اینکه ماهیت هر یک از قصد و رضا و تفاوت این دو به روشنی معلوم شود، باید مراحل مختلف روانی را که معامله کننده‌گان از ابتدا تا تشکیل معامله طی می‌کنند، تفکیک نماییم. با این تحلیل، مراحل اصلی زیر را می‌توان به اختصار بیان کرد: (طاهری، ۱۳۹۹: ۱۵۳)

۱- مرحله خطور و تصور: در این مرحله ابتدا تصویر مال مورد فروش و فروش آن در ذهن نقش می‌بندد و مورد ادراک قرار می‌گیرد. این مرحله ارادی نیست و به طور قهری انجام می‌شود. یعنی اختیار و اراده در تحقق این مرحله نقشی ندارد؛ زیرا علاوه بر این که با مراجعه به وجدان می‌توان به قهری بودن خطور پی برد، اگر خطور عمل ارادی باشد، لازم است پیش از آن اراده و پیش از اراده خطور دیگر و سنجش و تصمیم انجام شود، چه این که تحقق اراده بدون این فعالیت‌ها امکان ندارد، حال اگر این خطور دوم نیز ارادی باشد، وجود خطور سوم پیش از آن و چهارمی پیش از خطور ارادی سوم و به همین ترتیب تا

بی نهایت، ضروری است که این امر مستلزم تسلسل محال خواهد بود. بنابر این چاره‌ای جز پذیرفتن قهری بودن یکی از این خطورها نیست که با لحاظ عدم تفاوت ماهوی بین آنها باید قهری بودن اولین خطور را پذیرفت.

۲- مرحله سنجش: پس از انعکاس تصویر فروش مال در ذهن، در این مرحله شخص آن را بررسی می‌کند و آثار آن را از سود و زیان می‌سنجد.

۳- مرحله رضا و تصمیم: پس از سنجش، در صورتی که مال را به سود خود و مطابق با خواسته خویش بیابد، بدان مایل می‌شود، این تمایل همان رضا است که با پیدایش تصمیم ملازمه دارد و در معنی وسیع کلمه می‌توان از (رضا) به تصمیم نیز تعبیر کرد.

۴- مرحله اجرای تصمیم: تا اینجا هیچ اقدامی جهت انجام معامله، انجام نشده است. از این به بعد فروشنده در صدد اجرای تصمیم خود بر می‌آید و برای رسیدن به آنچه مایل گردیده است، به تهیه مقدمات فروش مانند تعیین قیمت فروش، مذاکره و توافق با خریدار در مورد قیمت و چگونگی پرداخت آن می‌پردازد.

با توجه به مراحل ذهنی که برای قصد و رضا یعنی اراده - در جهت انعقاد قرارداد- بیان نمودیم، قصد و رضا را می‌توان به صورت مجزا تعریف و تبیین نمود:

۲-۲- قصد طرفین

وجود قصد در معامله الزامی است و رضای هر یک از طرفین نیز در صورتی دارای اثر حقوقی است که خالی از عیب نبوده و به طریق مقتضی اعلان شود. بیع مانند سایر عقود از تقابل اراده‌ی دو طرف تشکیل می‌شود. پس برای تحقق قصد انشای طرفین باید همراه با وسیله ابراز آن باشد. که این وسیله ابراز می‌تواند لفظ، عمل، اشاره یا نوشته باشد. قصد انشاء ابراز شده طرفین را اصطلاحاً ایجاب و قبول گویند. ایجاب قصد انشایی است که به معنای ابتکار و پیشنهاد است و قبول انشایی است در موقعیت پذیرش ایجاب. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۱)

۲-۳- رضای طرفین

برای اعتبار و نفوذ عقد ضروری است و عقد بدون رضا فاقد اثر عقد و غیر نافذ است. عقد ممکن است مشروط به شرطی باشد و ممکن است مطلق باشد و همچنین ممکن است برای تسلیم مبیع و یا تأدیه ثمن اجل و مدتی ذکر شده باشد یا عقد بدون اجل باشد.^۱ چنانچه زمان برای تسلیم مبیع یا تأدیه ثمن معین نشده باشد، بیع بدون اجل و نقد تلقی خواهد شد. مگر آنکه عرف و عادت خاصی مدت‌دار بودن را اقتضا نماید، مثل برخی معاملات بازرگانی. داده پیام نوشته یا امضاء در معنای سنتی آن نیست؛ شرط نظارت ثالث نیز با داده پیام تأمین نمی‌شود. از طرف دیگر تشریفات فلسفه‌ای دارند که لزوم آنها را توجیه می‌کند، بطوری که حذف آنها ممکن و معقول به نظر نمی‌رسد. لاجرم حقوق و قوانین تجارت الکترونیکی باید به نوعی خود را با ضوابط تشریفات هماهنگ نمایند. در راستای حصول این هدف تلاشهای ملی و بین‌المللی متعددی صورت گرفته است، در خصوص شرط و مکتوب بودن، هدف زدودن پایه کاغذی از مفهوم. نوشته و پذیرش داده پیام بعنوان نوشته می‌باشد که در متون راجع به تجارت الکترونیکی به دو شیوه نمودار شده است:

۱- اصلاح متون قانونی از طریق جانشین کردن کلمه «نوشته» با واژه‌هایی مانند «ثبت» یا «درج» است که واژه‌های اخیر به جای تکیه بر مبنای کاغذی بر ضبط شدن و محفوظ ماندن کلمات تکیه دارند؛ لذا داده پیام را هم در بر می‌گیرند.

^۱ - ماده ۳۴۱ قانون مدنی: «بیع ممکن است مطلق باشد یا مشروط و نیز ممکن است که برای تسلیم تمام یا قسمتی از مبیع یا برای تأدیه تمام یا قسمتی از ثمن اجلی قرار داده شود.»

۲- در عرض هم قرار دادن «داده پیام» و «نوشته» یا در حکم یکدیگر دانستن آنهاست؛ چنان که ماده ۶ قانون آنستیرال مقرر می‌دارد: «اگر قانون لازم می‌داند که اطلاعات به شکل مکتوب باشند این ضرورت با داده پیام تأمین می‌شود».

ماده ۶ قانون تجارت الکترونیکی ایران نیز در متنی مشابه اعلام می‌نماید: «هرگاه وجود یک نوشته از نظر قانونی لازم باشد داده پیام در حکم نوشته است».

۲-۴- فقدان قصد و رضا

اشتباه و اکراه از مواردی است که ممکن است اثر حقوقی اراده را زایل سازد. منظور از اشتباه تصور نادرست شخص از امری معین می‌باشد که بالاترین مرتبه آن جهل می‌باشد. در صورتی که اشتباه به اندازه‌ای باشد که عرفاً به فقدان رضا تعبیر گردد، عقد باطل محسوب می‌شود. مانند اشتباه در نوع معامله اشتباه در موضوع معامله اشتباه موضوع را موجب عدم نفوذ معامله دانسته لکن با لحاظ مفاد مواد ۱۸۳ و ۲۱۶ و ۳۳۹ و ۳۴۲ قانون مدنی تصور می‌رود منظور از عدم نفوذ همان بطلان باشد. در سایر موارد اشتباه گاه موجب عدم نفوذ معامله می‌گردد، گاه برای یکی از طرفین اختیار فسخ قرار می‌دهد مانند اشتباه در اوصاف مورد معامله یا قیمت بالاخره و گاه تأثیری در معامله ندارد. اکراه عبارت از الزام و یا فشار غیرعادی و غیرقانونی خارجی بر شخص می‌باشد که هدف آن جلب رضای او بر امر حقوقی معین باشد؛ مانند آزار و یا صدمه بدنی (اکراه مادی) یا تخویف و تهدید (اکراه معنوی). به موجب ماده ۲۰۲ قانون مدنی؛ در مورد اعمال اکراه آمیز خصوصیات شخص از لحاظ سن، شخصیت، اخلاق و مرد یا زن بودن بایستی در نظر گرفته شود و این اعمال به نحوی باشد که در شخص باشعور و مؤثر بوده و وی را نسبت به جان یا مال یا آبروی خود تهدید کند. اکراه طبق مفاد ماده ۲۰۳ قانون مدنی حتی در صورتی که از طرف شخص ثالث (غیر از طرفین قرارداد) واقع شود، موجب عدم نفوذ معامله می‌گردد. بنابراین در صورت رفع اثر اعمال اکراه‌آمیز شخص مکره می‌تواند معامله را تنفیذ کند. باید دانست اضطرار که امری درونی است تأثیر در معامله ندارد. (قلی زاده، ۱۳۸۶: ۸۱)

۲-۵- اهلیت طرفین

هریک از بایع و مشتری علاوه بر اهلیت قانونی برای معامله باید دارای اهلیت تصرف نیز در مبیع و ثمن باشد. منظور از اهلیت تصرف این است که خریدار و فروشنده اختیار تصرف در موضوع تعهد خود را داشته باشند. مبنای اهلیت استیفا داشتن تمیز و درک است. زیرا اراده انشایی که برای انجام دادن اعمال حقوقی لازم و ضروری است فقط در اشخاص دارای تمیز موجود است. (صفایی، ۱۳۸۴: ۱۸۲) یکی از مهم‌ترین دشواری‌های انعقاد قرارداد الکترونیکی، فراهم نبودن محیط لازم برای اطلاع عرفی هر یک از طرفین از اهلیت و شخصیت حقیقی یکدیگر، برای انعقاد قرارداد است. در این مورد، هر یک از طرفین باید به اطلاعات ارائه شده اکتفاء نماید و اثبات عدم اعتبار قرارداد الکترونیکی بسبب حجب یکی از طرفین، بر عهده مدعی خواهد بود. همانطور که در مباحث قبلی اشاره شد؛ داده پیام که متضمن بیان اراده می‌باشد، همانند سایر دلایل قابل استناد در دعوی است و بی‌اعتباری آن نیز به واسطه سایر ادله قابل اثبات می‌باشد. بنابر ماده ۱۲ قانون تجارت الکترونیکی؛ «اسناد و ادله اثبات دعوی ممکن است به صورت داده پیام بوده و در هیچ محکمه یا اداره دولتی نمی‌توان بر اساس قواعد ادله موجود، ارزش اثباتی (داده پیام) یکی از عناصر اساسی برای اعتبار قرارداد، اهلیت را صرفاً به دلیل شکل و قالب آن رد کرد.»^۱ حسب قانون تجارت الکترونیکی، برای انعقاد رابطه حقوقی در محیط الکترونیکی، وجود اصل ساز و مخاطب و تبادل داده پیام بین آنها ضروری است. ولی طبق بند (ب) و (ج) از ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی، منظور از این طرفین به هیچ وجه شامل شخصی که در

^۱ - طبق ماده ۷ (ب) قانون یکنواخت سازی معاملات الکترونیکی آمریکا اثر قانونی یا قابلیت اجرای قرارداد را صرفاً به دلیل استفاده از یک رکورد (سند) الکترونیکی در انعقاد آن نمی‌توان رد کرد. (United States Uniform Electronic Transactions Act 1999)

ارتباط با داده پیام، به عنوان واسطه عمل می‌کند، نخواهد شد. در ضمن این قانون، قانونگذار موارد انتساب داده پیام به اصل ساز را دو مورد منحصر نموده است. حسب مستفاد در موارد خارج از آن، داده پیام منسوب به اصل ساز نخواهد بود. موردهای انتساب داده پیام به اصل ساز بنابر ماده ۱۸ قانون مزبور، عبارت است از: «الف- اگر توسط اصل ساز یا به وسیله شخصی ارسال شده باشد که از جانب اصل ساز مجاز به این کار بوده است. ب- اگر به وسیله سیستم اطلاعاتی برنامه‌ریزی شده باشد یا تصدی خودکار از جانب اصل ساز ارسال شود.» بدین ترتیب، در قراردادهای الکترونیکی که معاملات انعقادی آن بصورت خودکار انجام می‌گیرد، در حقیقت رایانه به عنوان ابزاری در تحت کنترل و اراده مسبق طرفین عمل می‌کند. (مقامی نیا، همان: ۸۹ و ۹۰)

۳- شیوه‌های پرداخت الکترونیکی

پرداخت الکترونیکی ممکن است از طرق مختلفی صورت گیرد که برخی از آنها عبارتند از:

الف) پرداخت مستقیم مانند پول: در این روش بین پرداخت کننده و دریافت کننده ارتباط مستقیم برقرار می‌شود. پرداخت کننده ابتدا با دادن پول از یک بانک، نشانه دریافت می‌کند و سپس این نشانه را به دریافت کننده می‌دهد.

ب) پرداخت مستقیم بر مبنای حساب: در این مدل بین پرداخت کننده و دریافت کننده ارتباط مستقیم وجود دارد. پرداخت کننده سند پرداخت را به دریافت کننده می‌دهد و او این سند را در بانک کارگزار خود به حساب خود می‌گذارد. سپس بانک کارگزار دریافت کننده با بانک کارگزار پرداخت کننده با هم تسویه می‌کند.

ج) پرداخت با انواع کارت‌های اعتباری: که می‌تواند به دو روش برون خطی و بر خطی انجام شود. کارت‌های پرداخت الکترونیکی معمولی، کارت‌های اعتباری مجازی و کارت‌های هوشمند از جمله کارت‌های اعتباری محسوب می‌شوند.

د) کیف پول الکترونیکی: یک نرم افزار است که کاربران شماره‌های کارت اعتباری و سایر اطلاعات شخصی خود را در آن ذخیره می‌کنند. در زمان خرید بر خط کاربر می‌توند بر روی کیف پول الکترونیکی کلیک کند تا به صورت خودکار اطلاعات مورد نیاز برای خرید پر شود.

ه) پرداخت از طریق تلفن، دورنویس یا پستک خطر تقلب در این روش بیشتر از زمانی است که خریدار در محل حاضر می‌گردد. بنابر این بانک‌ها درخواست حق عمل بیشتری برای هر معامله دارند.

و) فرم‌های پرداخت امن: یک فرم سفارش صفحه‌ای ساده در سایت افراد می‌باشد که خریدار جزییات آن را پر و کالایی را که می‌خواهد بخرد، مشخص می‌کند. در این مورد هیچ کار خودکاری انجام نمی‌شود و همه فیلدهای داخل فرم مانند یک اتومبیل برای شما فرستاده می‌شود.

ز) روش‌های شغل به شغل (B2B): این روش برای انجام معاملات بین شغل‌های مختلف استفاده می‌شود. روش‌های مختلفی برای پرداخت الکترونیکی وجود دارد که همه آنها را می‌توان با استفاده از ابزار مقایسه پرداخت‌های الکترونیکی مقایسه نمود. بعضی از این روش‌ها می‌توانند در کنار بقیه وجود داشته باشند و بعضی دیگر با روش‌های دیگر ناسازگارند. انواع روش‌های مذکور عبارتند از:

الف) پرداخت با انواع کارت‌های اعتباری: که می‌تواند به دو روش برون خطی^۱ و برخطی^۲ انجام شود. کارت‌های پرداخت الکترونیکی معمولی، کارت‌های اعتباری مجازی و کارت‌های هوشمند از جمله کارت‌های اعتباری محسوب می‌شوند.

^۱ - Offline

^۲ - Online

ب) پول نقد الکترونیکی^۱: معادل دیجیتال پول کاغذی یا سکه است که خرید اجناس با قیمت کم را به صورت امن و بی‌نام ممکن می‌سازد.

ج) کیف پول الکترونیکی^۲: یک نرم افزار است که کاربران شماره‌های کارت اعتباری و سایر اطلاعات شخصی خود را در آن ذخیره می‌کنند. در زمان خرید بر خط کاربر می‌تواند بر روی کیف پول الکترونیکی کلیک کند تا به صورت خودکار اطلاعات مورد نیاز برای خرید پر شود.

د) پرداخت از طریق تلفن، دورنویس یا پستک خطر تقلب در این روش بیشتر از زمانی است که خریدار در محل حاضر می‌گردد. بنابراین بانک‌ها درخواست حق عمل بیشتری برای هر معامله دارند.

ه) فرم‌های پرداخت امن: یک فرم سفارش صفحه‌ای ساده در سایت افراد می‌باشد که خریدار جزئیات آن را پر و کالایی را که می‌خواهد بخرد، مشخص می‌کند. در این مورد هیچ کار خودکاری انجام نمی‌شود و همه فیلدهای داخل فرم مانند یک اتومبیل برای شما فرستاده می‌شود.^۳

و) روش‌های شغل به شغل (B2B): این روش برای انجام معاملات بین شغل‌های مختلف استفاده می‌شود. انواع روش‌های پرداخت B2B عبارتند از: (میرایی، ۱۳۸۳: ۵۶)

۱- چک‌های الکترونیکی^۴

۲- زنجیره‌های تأمین کننده مالی

۳- کارت‌های خرید^۵

۴- اعتبار نامه

۳-۱- قبض و اقباض در بیع الکترونیک

تحویل کالا در بیع الکترونیکی بر دو نوع است:

۱- سنتی: که کالا از طریق معاملات آنلاین خریداری شده و به شیوه‌های سنتی یا با پست‌های سریع برای خریدار ارسال می‌گردد. حمل این گونه کالاها، کاملاً تابع قرار دادهای سنتی یا تابع توافق طرفین است.

۲- الکترونیکی: بعضی از داده‌ها یا خدمات قابلیت ارسال الکترونیکی را دارند. از این رو در برخی از معاملات، سفارش کالا یا خدمات به صورت آنلاین و تحویل آن نیز به شیوه الکترونیکی است. تفاوت این نوع تحویل با تحویل سنتی در این است که: در برخی موارد کالاهای موضوع معامله پیش از تحویل، وجود خارجی مستقل ندارند، زیرا کالاها پیش از معامله وجود نداشته‌اند و به اعتباری "کالای آینده" نامیده می‌شوند. (وصالی ناصح، ۱۳۸۹: ۸۲)

¹ - e-Cash

² - e-Wallet

³ - Delores M.Etter, 2004.

⁴ - e-Checking

⁵ - Purchasing Cards

۴- مولفه های اسقاط بیع الکترونیکی

۴-۱- تعریف خیار و انواع آن

واژه خیار اسم مصدر «اختیار» و با ریشه عربی به معنای حقی است که به متبایعین اختیاری که گاه ناشی از حکم قانون و گاهی ناشی از امکان فسخ معامله را میدهد اراده دو طرف قرارداد می باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۷۴) خیار به معنای حاضر صرفاً در عقود مورد استفاده قرار میگیرد و در ایقاعات خیار راه ندارد. خیارات به گستردگی که در حال حاضر در حقوق ایران دارد در هیچ یک از نظامهای حقوقی وجود ندارد و این امر ناشی از پیشینه فقهی است که قانون مدنی از آن الهام گرفته است.

۴-۲- اعمال خیارات در بیع الکترونیکی

یکی از احکام مترتب بر اکثر اعمال حقوقی بالاخص عقد بیع در حقوق ایران وجود خیارات در این عقود می باشد. با توجه به اینکه خیارات مصرح در قانون مدنی تماماً اینگونه خیارات را می توان در همه توافقات حاصله بین افراد ویژه عقد بیع نمیباشند. به کاربرد مگر اینکه اعمال یا گنجانیدن خیارات در نوع توافق حادث شده مخالف با ماهیت آن باشد. بر همین اساس در امکان وجود خیارات در عقود و توافقات حاصل شده از طریق الکترونیکی هیچ شکی وجود ندارد اما در این مورد از یک طرف باید تاثیر روش انعقاد عقد در تحقق خیارات در اینگونه عقود و از سوی دیگر قواعد آمره قانون تجارت الکترونیکی در خصوص حمایت از مصرف کننده را در نظر گرفت. (شیروی، ۱۳۹۰: ۸۷) برخی از خیارات به نوعی است که اساساً تحقق این نوع خیارات در عقود منعقد از راه دور به هیچ عنوان امکان پذیر نمی باشد برای مثال امکان تحقق خیار مجلس در عقود بین غائبین از جمله عقد واقع شده از طریق الکترونیک وجود ندارد چرا که برای تحقق این خیار حضور فیزیکی متبایعین یا وکلای آنها در محل واحد شرط می باشد توجه به نحوه انعقاد قراردادهای الکترونیکی حتی می توان بر این عقیده بود که وجود خیارات مصرح در قانون در این نوع قراردادهای بیشتر احساس می شود چرا که در اینگونه عقود خریدار اشراف چندانی برای بررسی موضوع مورد معامله ندارد و صرفاً از به عبارت طریق تعریف و توصیف صورت گرفته از سوی بایع اقدام به خرید می نماید (شهیدی، ۱۳۸۷: ۱۵۶) اگر چه بر اساس اصول و قواعد عمومی امکان وجود خیار مجلس برای عقود منعقد از طریق الکترونیکی قابل تصور نمی باشد اما قانون تجارت الکترونیکی در ماده ۳۷ برای مصرف کننده یا همان خریدار امکان انصراف هفت روزه را برقرار نموده است که بیش از حقوق اعطا شده به واسطه خیار مجلس می باشد. نحوه تدوین مواد این قانون نشان از این دارد که حمایت از خریدار (مصرف کننده) در این عقود اهمیت زیادی دارد و حتی شرط مخالف این قواعد نیز علاوه بر اینکه باطل می باشد در برخی موارد ضمانت اجرای کیفری نیز دارد (ماده ۴۶)

۴-۳- قابلیت و ماهیت اسقاط خیارات

در خصوص امکان اسقاط حق انصراف مصرف کننده قراردادهای الکترونیکی باید بیان داشت که این اسقاط امکان پذیر نمی باشد چرا که حمایت از مصرف کننده در قانون تجارت الکترونیکی جزو اصول آمره این قانون بوده و نادیده گرفتن یا شرط خلاف این اصول حتی به تراضی قابل قبول نخواهد بود (ماده ۴۶). اما با توجه به این که امکان وجود سایر خیارات در عقود واقع شده الکترونیکی قابل تصور می باشد اسقاط این خیارات با مانع خاصی روبرو نیست. به عبارت بهتر در قراردادهای الکترونیکی نیز به مثابه عقود واقع شده از طریق سنتی احتمال وجود تمام خیارات قابل تصور می باشد (هر چند اساساً برخی دیگر از خیارات در این عقود راه ندارند. مثل خیار مجلس) امکان اسقاط کلیه خیارات نیز از نظر قانونی با مانعی روبرو نمی باشد. پس اگر طرفین در قرارداد الکترونیکی اسقاط کلیه خیارات را شرط نمایند این شرط قابل قبول خواهد بود و این اسقاط

تابع قواعد عدم مسئولیت می باشد. بنابراین اگر بایع در قراردادهای الکترونیکی با اطلاع از وجود عیب در کالای خود آن را به مصرف کننده انتقال دهد و مدت حق انصراف مصرف کننده تمام شود بایع نمی تواند با استناد به اسقاط خيارات در قرارداد خود را از مسئولیت مبری بداند. بلکه با توجه به عدم نفوذ شرط مذکور مسئول جبران خسارات طرف مقابل می باشد (فیضی چکاب، ۱۳۹۰: ۴۳)

۴-۴- تعارض قوانین و خيارات

با توجه به ماهیت قراردادهای الکترونیکی و دخالت عنصر بین المللی در اینگونه قراردادها امکان وقوع تعارض حقوقی و قانونی در اینگونه قراردادها امکان پذیر می باشد بر همین اساس باید معلوم گردد که در حالت وقوع تعارض در اعمال خيارات کدام قاعده حقوقی و قانونی بر این عمل حقوقی حاکم خواهد بود. قانون مدنی و قانون تجارت الکترونیکی نسبت به وجود قاعده‌ای در این خصوص و اعمال حکم مورد نظر در این باب مقرر خاصی ندارد. بر همین اساس باید از قواعد عام حاکم در این خصوص استفاده نمود. با توجه به اینکه اعمال خيار از جمله اعمال حقوقی می باشد که نیاز به اراده انشایی دارد باید آن را ایقاع تلقی نمود اگر قانون حاکم بر قرارداد الکترونیکی قانون محل وقوع عقد و برای مثال قانون ایران باشد بدون شک خيارات مقرر در قانون مدنی در صورت وجود شرایط تحقق آن‌ها؛ در این قرارداد نیز اعمال می گردد و اعمال آن‌ها تابع این قانون خواهد بود. اما اگر قانون حاکم بر قرارداد الکترونیکی قانون کشور خارجی باشد که در آن خيارات قراردادی مورد شناسایی قرار نگرفته باشد نمی توان با استناد به قانون ایران و با این استدلال که محل اعمال خيار ایران می باشد دست به فسخ عقد زد. با توجه به اینکه در اغلب موارد مبنای خيار دفع ضرر می باشد اما نباید این وسیله در دست دارنده آن باعث ایجاد ضرر دیگری گردد. (فیروزی تبار، پیشین: ۵) برای شناسایی بهتر و بهره‌مندی صحیح از هر حقی شناخت اصول حاکم بر آن اهمیت بسزایی دارد. در خصوص قواعد حاکم بر اعمال خيارات در بیع الکترونیکی یا به عبارت بهتر در قراردادهای الکترونیکی به جز در مورد عدم امکان اسقاط حق انصراف و جلوگیری از درج شروط غیر منصفانه، همان اصول و قواعد عام بر اعمال خيارات در این قراردادها نیز جاری است. نحوه انعقاد قراردادهای الکترونیکی این شبهه را می تواند القا نماید که با توجه به روش‌های انعقاد چنین قراردادهایی امکان تحقق خيار در آن‌ها وجود ندارد. با این حال باید توجه داشت که مبانی مورد استناد در خيارات در قراردادهای واقع شده از طریق الکترونیکی نیز وجود دارد. بنابراین با توجه به مبانی خيارات از جمله قاعده لاضرر، اراده طرفین و سنت فقهی این مبانی در عقود واقع شده از طریق الکترونیکی نیز وجود دارد. بر این اساس باید توجه داشت که کلیه خيارات با توجه به مبانی مورد استنادی آن‌ها در قراردادهای الکترونیکی نیز داخل می‌باشند مگر خيار مجلس. با توجه به ماهیت خيار مجلس و شرایط تحقق آن باید توجه داشت که چنین خياری در قراردادهای الکترونیکی امکان تحقق را ندارد چرا که برای ایجاد آن نیاز به وجود مجلس عقد می باشد در حالی که حداقل از نظر فیزیکی مجلس عقدی وجود ندارد هر چند همبستگی فکری طرفین وجود داشته باشد. در خيار مجلس اصل حضور فیزیکی طرفین قرارداد در مجلس عقد می باشد نه همبستگی یا هماهنگی فکری چرا که اگر معیار خيار مجلس همبستگی فکری طرفین بود در قراردادهای الکترونیکی نیز خيار مجلس راه داشت. یکی دیگر از خياراتی که در قراردادهای الکترونیکی وجود یا عدم وجود آن مورد تردید می باشد خيار شرط می باشد. در این خصوص باید علاوه بر رعایت اصول قانون مدنی در خصوص مشخص بودن مدت آن (۴۰۱) باید قواعد آمره قانون تجارت الکترونیکی نیز رعایت گردد. بر این اساس خيار شرط درج شده در قراردادهای الکترونیکی نمی تواند بر خلاف حق انصراف مصرف کننده و یا خلاف اصول منصفانه باشد در غیر این صورت اعتباری نخواهد داشت (ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی) اما در مورد سایر خيارات امکان تحقق آن در قراردادهای الکترونیکی با هیچ مانعی روبرو نمی باشد و در این خصوص تنها باید به

قواعد آمره قانون تجارت الکترونیکی بالاخص رعایت حقوق مصرف کننده توجه نمود. امکان درج شروط قراردادی در قراردادهای الکترونیکی و وقوع اختیارات در این عقود در سایر نظامهای حقوقی دیگر نیز مورد پذیرش واقع شده است. اعمال خیار با توجه به خاصیت ذات زایل کنندگی اش یک ایقاع تلقی می شود و این ایقاع برای صحت باید شرایط بیان شده در خصوص صحت اعمال حقوقی از جمله سلامت اراده، اهلیت و... را دارا باشد و اعمال خیار توسط محجور قابل قبول نخواهد بود. از سوی دیگر اعمال خیار و انشاء آن زمانی محقق می گردد که توسط دارنده خیار این انشاء اعلام گردد، به عبارت بهتر تا زمانی که قصد و نیت طرف قرارداد جنبه درونی داشته و هنوز به عالم خارج راه پیدا ننموده است هیچ اثری نخواهد داشت گرچه قانون مدنی به تبعیت از فقه اصل را اراده باطنی قرارداده است با این حال نباید از این نکته غافل شد که اراده باطنی باید ظهور خارجی یابد و این ظهور برای افراد با اهمیت می باشد. (السان، پیشین: ۴۱)

۵- بررسی تطبیقی حقوق ایران و آنیسترال در بیع مجازی

۵-۱- بررسی تطبیقی حقوق ایران و آنیسترال در مکان و محل بیع

محل بیع، قاعده راجع به قلمرو اعمال بند یک ماده یک عهدنامه ارتباطات الکترونیکی آنیسترال، تحت عنوان «قلمرو شمول» که معیاری اساسی جهت قابلی اعمال نسبت به معاملات تجاری ارائه داد، اظهار میدارد:

این عهدنامه بر استفاده از ارتباطات الکترونیکی در خصوص تشکیل یا اجرای قرارداد، میان اشخاصی که محل تجارت آنها، در کشورهای مختلفی قرار دارد، اعمال می شود بنابراین ماده یک عهدنامه، ۲۰۰۵ مبنای بین المللی بودن رابطه طرفین را قرار داشتن محل تجارت آنها در دو کشور متفاوت میداند. ماده مذکور از آن جهت که محل تجارت را مبنا قرار میدهد به ماده یک عهدنامه بیع بین المللی کالا (سی آی.اس. جی) شباهت دارد و در بندهای بعدی نیز بدون اینکه در صدد گریز از عهدنامه مذکور برآید مکمل آن بوده است البته عهدنامه بیع بین المللی کالا الزام دیگری را اضافه کرده و آن اینکه محل تجارت طرفین باید در کشورهای متعاقد بوده یا قواعد تعارض، قوانین منجر به اعمال قانون یکی از کشورهای عضو به عنوان قانون حاکم گردد. قانون تجارت الکترونیکی ایران نیز در ماده یک بدون ارائه معیاری جهت قلمرو شمول، خود ذیل ماده یک که تنها به ارائه هدفی ناقص از قانون پرداخته در زیر عنوان قلمرو شمول قانون!! مقرر داشته است این قانون مجموعه اصول و قواعدی است که برای مبادله آسان و ایمن اطلاعات در واسطه های الکترونیکی و با استفاده از سیستم های ارتباطی جدید به کار میرود».

در آخرین پیش نویس عهدنامه، ۲۰۰۵ که در جریان تصویب از نسخه نهایی عهدنامه حذف گردید بخش دوم قاعده راجع به قلمرو شمول مقرر می داشت که (الف) «کشوری که محل تجارت طرفین در آن قرار دارد عضو عهدنامه ۲۰۰۵ باشد؛ یا (ب) قواعد تعارض قوانین که توسط مرجع رسیدگی اعمال می شود عهدنامه ۲۰۰۵ را به عنوان قانون حاکم انتخاب کند؛ یا (ج) طرفین معامله توافق کنند که عهدنامه ۲۰۰۵ قانون حاکم باشد. این قاعده در بندهای الف و ب ماده ۱ عهدنامه (سی آی اس جی) به عنوان قلمرو شمول عهدنامه پذیرفته شده است با این تفاوت که عهدنامه ۲۰۰۵، بند ج یعنی موردی که طرفین توافق نمایند که عهدنامه ۲۰۰۵ به عنوان قانون حاکم باشد را از عهدنامه سی.آی.اس.جی اضافه داشت.

علیرغم بیان عام بند یک ماده یک نظر غالب در کمیسیون آنیسترال آن بود که عهدنامه تنها زمانی اعمال می شود که قوانین کشورهای عضو نسبت به معامله اصلی اعمال شود. این اعمال تنها به دلیل آن نیست که مرجع رسیدگی به، اختلاف میان

طرفین خارجی در کشوری قرار دارد که عهدنامه را تصویب کرده بلکه همچنین ناشی از آن است که قوانین کشورهای متعاقد که به موجب تعارض قوانین مقرر شده اند و توسط مرجع رسیدگی به اختلاف تجزیه و تحلیل میگردند اعمال می شود.

به دلیل قلمرو عام ماده یک، عهدنامه در مذاکرات کارگروه نگرانیهایی در خصوص شرایط مربوط به قلمرو اعمال عهدنامه ۲۰۰۵ احتمال اختلاف تفاسیر و محدودیتهای ناظر بر قابلیت اعمال به خاطر حق شرطها و اعلامیه های دول عضو ابراز شده است. اما در مقایسه با عهدنامه بیع بین المللی کالا هدف عهدنامه ۲۰۰۵ مبنی بر حداکثر پذیرش بین المللی از طریق قابلیت انعطاف شرایط آن دف ترویج بود که با هدف ترویج یکنواختی قانون و قابلیت پیش بینی آن برابر باشد. در نهایت کارگروه موافقت نمود که به عنوان یک اصل اولی (علی الاصول) عهدنامه دارای قلمرو شمول گسترده باشد اگر چه دولتهایی که تمایل ندارند که قلمرو وسیع عهدنامه را بپذیرند مجاز هستند اعلامیه هایی مبنی بر تحدید قلمرو عهدنامه صادر نمایند. بنابراین ماده یک عهدنامه ۲۰۰۵ قاعده قابلیت اعمال گسترده ای را ارائه نموده است. بر خلاف عهدنامه سی.آی.اس.جی)، عهدنامه ۲۰۰۵ مقرر نمیدارد که محل تجارت طرفین معامله باید در کشورهای متعاقد قرار داشته باشد همچنین الزام نمیدارد که دادگاه یا مرجع رسیدگی باید از طریق بررسی تعارض قوانین عهدنامه ۲۰۰۵ را به عنوان قانون حاکم انتخاب نماید همچنین به منظور شمول عهدنامه بر مذاکراتی که منجر به انعقاد قرارداد نمی گردد پیشنهاد گردید که اصطلاحات «مذاکرات» و «نقدا» هر دو باید در بند یک ماده یک آورده شوند در مقابل برخی دیگر چنین استدلال می کردند که تشکیل قرارداد از جمله مرحله مذاکره را در بر میگیرد اما در نهایت کارگروه چنین تصمیم گرفت که واژه «تشکیل کافی است؛ چرا که تمامی مراحل انعقاد قرارداد از قبیل مرحله مذاکرات و همچنین دعوت به معامله را پوشش می دهد عهدنامه ۲۰۰۵ انسیترال درباره استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین المللی ضمن به رسمیت شناختن و اعتبار بخشیدن به ارتباطات الکترونیکی بین المللی و قراردادهای منعقد از این طریق همانند دیگر اسناد بین المللی شرط اعمال مفاد خویش را وقوع محل تجارت طرفین در کشورهای مختلف میداند اما اینکه محل تجارت به چه مکانی اطلاق میگردد محل بحث و تامل است به طور کلی محل تجارت به هر مکانی اطلاق شده که شخص بنگاه دائمی برای فعالیت اقتصادی تاسیس می کند و شامل مکان تهیه موقت کالا یا خدمات خارج از یک محل معین نمی شود. اصل بر این است محلی که توسط یکی از طرفین به عنوان محل تجارت معین شده است محل تجارت وی قلمداد می گردد اما طرف مقابل می تواند خلاف آن را اثبات نماید وقوع محل تجارت در کشورهای مختلف نیز تنها از طریق قرارداد و یا معاملات قبلی طرفین و یا اطلاعاتی که در زمان انعقاد قرارداد و یا قبل از آن ارائه شده است قابل اثبات است چنانچه طرفین محل تجارت خود را تعیین نکرده و یا بیش از یک محل تعیین نموده باشند مکانی که نزدیکترین ارتباط با قرارداد دارد به عنوان محل تجارت شناخته می شود. تشخیص نزدیکترین ارتباط با قرارداد با توجه به معیارهای مختلفی از جمله قانون حاکم قانون محل انعقاد و یا قانون کشور محل اقامت فروشنده به عهده دادگاه گذاشته شده است. در صورتی هم که شخص حقیقی فاقد محل تجارت، باشد محل سکونت معمولی وی محل تجارت او خواهد بود. نکته دیگر آنکه چون در دنیای مجازی و محیط تجارت الکترونیکی امکان تصور مکان ثابت به راحتی ممکن نمی باشد این مفهوم باید در پرتو مفاهیم جدید و قابل تصور این محیط مورد بررسی قرار گیرد. توجه به مکانی که سرور یا پایگاه داده در آنجا قرار دارد از جمله مهمترین معیارهایی است که می تواند در فهم و شناخت این محل کمک شایانی نماید نظر به اینکه در قوانین و مقررات مرتبط داخلی تعریفی از مفهوم محل تجارت ارائه نشده است لذا ضروری است قانونگذار با مبنا قراردادن قواعد پذیرفته شده بین المللی و بومی سازی آن معیارهای قابل اعتمادی را جهت شناسایی محل تجارت در محیط پویا و غیر ملموس تجارت الکترونیکی ارائه نماید به نظر میرسد توجه به عنصر مادی و واقعی محل فعالیت دائمی تجاری بهترین معیار جهت شناسایی

محل تجارت است؛ مگر آنکه شخص فاقد این محل در دنیای واقعی باشد که در این صورت محل استقرار سرور پشتیبان کننده در قلمرو سرزمینی ایران به عنوان محل تجارت و کسب و کار وی در نظر گرفته می شود.

۵-۲- بررسی تطبیقی حقوق ایران و آنیسترال در زمان تشکیل قراردادهای بیع الکترونیکی

در عقود بین غائبین یا عقود مکاتبه‌ای برای تعیین دقیق زمان وقوع عقد نظریات مختلفی ارائه شده است. بنابراین قبل از ورود به بحث تعیین زمان و مکان تشکیل قراردادهای الکترونیک لازم است تا با نظریات ارائه شده در عقود مکاتبه‌ای آشنا شویم تا بتوانیم با کمک آنها و نیز با توجه به مقررات موجود در خصوص زمان و مکان ارسال و وصول داده پیام‌ها لحظه وقوع قراردادهای منعقد از طریق واسطه‌های الکترونیک را تعیین کنیم. عقد زمانی تشکیل می‌شود که قبول به ایجاب منضم شود یعنی زمانی که تلاقی دو اراده رخ می‌دهد و ماهیت اعتباری عقد شکل می‌گیرد. اما در عقود غائبین (عقود از راه دور یا مکاتبه‌ای) با توجه به فاصله زمانی بین ایجاب و قبول، تحقق زمان قبول که همان لحظه وقوع عقد است چه زمانی است؟ در پاسخ به این پرسش چهار نظریه - که به تئوری‌های قبول معروف شده‌اند - ابراز شده که هر کدام در پاره‌ای از قوانین کشورها مورد قبول قرار گرفته است. این نظریه‌ها عبارتند از: (شهیدی، همان، ۱۵۳)

الف) نظریه اعلام قبول^۱: بر مبنای این نظریه، همین که دو اراده در ایجاد اثر حقوقی توافق کنند عقد تشکیل می‌شود. یعنی از لحظه‌ای که مخاطب ایجاب، اراده خود را مبنی بر قبولی ایجاب اظهار و اعلام می‌نماید عقد محقق شده است.

ب) نظریه ارسال قبول^۲: طبق این نظریه عقد در زمان و مکانی تشکیل می‌شود که قبول ارسال گردد. بنابراین طبق تئوری ارسال، در عقود مکاتبه‌ای همین که نامه حاوی قبول به صندوق پست انداخته می‌شود یا به اداره پست تحویل داده می‌شود، عقد منعقد می‌گردد.

ج) نظریه وصول قبول^۳: بر اساس این نظریه، عقد زمانی تشکیل می‌شود که نامه حاوی قبول به دست ایجاب شونده برسد یعنی پیام قبول وصول شود.

د) نظریه اطلاع از قبول^۴: طبق نظریه اطلاع از قبول، تشکیل عقد زمانی است که ایجاب کننده از قبول توسط ایجاب شونده آگاهی یابد. در حقوق ایران نظریه ارسال مورد پذیرش حقوقدانان قرار گرفته است زیرا آنچه که در قانون مدنی به عنوان عامل اصلی تشکیل دهنده عقد معرفی گردیده چیزی بیش از قصد انشای همراه با وسیله ابزار آن نیست. با ارسال قبول (نامه حاوی قبول) اماره قاطع بر انشای قبول و اعلام اراده ظاهر شده و تمام ارکان سازنده عقد محقق می‌گردد. (شهیدی، همان، ۱۵۵)

در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نظریه وصول قبول مورد پذیرش قرار گرفته است زیرا بند ۲ ماده ۱۸ آن مقرر می‌دارد: «قبول ایجاب از لحظه‌ای که اعلام رضا به ایجاب کننده واصل می‌گردد نافذ است...» همان‌طور که پیداست کنوانسیون مذکور صریحاً زمان وصول قبول را زمان عقد تلقی کرده است. البته با توجه به واقعیات و اوضاع و احوال حاکم بر روابط تجار، بند ۳ ماده ۱۸ این کنوانسیون به حاکمیت اراده نیز توجه کرده و تئوری ارسال قبول را نیز از نظر دور نداشته است، زیرا مقرر می‌دارد: «مع هذا چنانچه به موجب ایجاب یا در نتیجه رویه معمول به طرفین یا حسب عرف و عادت، مخاطب بدون اعلام به ایجاب کننده،

^۱ - The declaration theory

^۲ - The Postal or dispatch theory

^۳ - The reception theory

^۴ - The Information theory

بتواند با انجام عملی نظیر آنچه مربوط به ارسال کالا یا پرداخت ثمن است اعلام رضایت نماید، قبول از لحظه‌ای که عمل انجام می‌شود نافذ است، مشروط بر اینکه عمل مزبور ظرف مدت مقرر در بند پیشین انجام شود»

برای تشخیص زمان تشکیل قراردادهای الکترونیکی باید زمان قطعیت قبول را به تفکیک اقسام این قراردادها تعیین نمود در مورد قراردادهای منعقد از طریق تلفن یا گپ الکترونیکی بحث لازم انجام شد لذا در این قسمت صرفاً به تشکیل قرارداد از طریق ارسال داده پیام خواهیم پرداخت؛ چنانچه گفته شد به موجب بند ۱ ماده ۱۵ قانون نمونه، آنسیترا ل در صورتی که فرستنده و گیرنده ایجاب یا قبول به گونه‌های دیگر توافق ننموده، باشند مخابره یک داده پیام که می‌تواند حاوی ایجاب یا قبول باشد زمانی انجام شده که از محدوده کنترل ارسال کننده یا شخصی که به نمایندگی از وی پیام را ارسال میکند خارج شود مواد ۲۶ و ۲۷ ق.ت.ا به تقلید از ماده فوق تدوین گردیده اند؛ به موجب ماده ۲۶ ق.ت.ا «ارسال داده پیام زمانی تحقق می‌یابد که به یک سیستم اطلاعاتی خارج از کنترل اصل ساز یا قائم مقام وی وارد شود و به موجب ماده ۲۷ زمان دریافت داده پیام مطابق شرایط زیر خواهد بود.

الف. اگر سیستم اطلاعاتی مخاطب برای دریافت داده پیام معین شده باشد، دریافت زمانی محقق می‌شود که ۱- داده پیام به سیستم اطلاعاتی معین شده وارد شود؛ یا ۲- چنانچه داده پیام به سیستم اطلاعاتی مخاطب غیر از سیستمی که منحصر برای این کار معین شده وارد شود داده پیام بازیافت شود.

ب. اگر مخاطب، سیستم اطلاعاتی برای دریافت معین نکرده باشد، دریافت زمانی محقق می‌شود که داده پیام وارد سیستم اطلاعاتی مخاطب شود.

از نظر برخی از حقوقدانان تشخیص زمان قطعیت قبول یک مسئله ماهوی است و هیچ اصل ثابتی بر آن حکومت نمی‌کند. دادرسی باید در هر مورد خاص و با ملاحظه قرائن کند که در چه زمان گوینده قبول مفاد آن را انشا و خود را به طور قطع پای بند کند. ایشان در جایی دیگر با یکسان دانستن نظریه اعلام و ارسال و اطلاق اعلام، تعیین کند که در چه زمان گوینده قبول مفاد آن را انشا و خود را به طور قطع پای بند می‌کند. (کاتوزیان ۱۳۷۴: ۱۹۱) ایشان در جایی دیگر با یکسان دانستن نظریه اعلام و ارسال و اطلاق اعلام به مفهوم عرفی به مجموع این دو اضافه میکنند «همین که قبول اعلان شود تراضی کامل است». به طور کلی برطبق یکی از قواعد حقوق قرارداد ایجابی که صورت میگیرد باید به اطلاع طرف مقابل برسد زیرا بدون آگاهی از ایجاب قبول عقلاً امکانپذیر نیست و قبول ایجابی که هنوز صادر و اعلام نشده خود ایجاب است نه قبول. لذا آنچه به طور عمده در قراردادهای الکترونیکی قابل بحث است تعیین دقیق زمان قبول - به عنوان آخرین رکن لازم برای تشکیل قرار داد - می‌باشد. در این مورد آنچه در حقوق ایران قابل دفاع به نظر می‌رسد، نظریه ارسال است. البته ماده ۲۳ ق.ت.ا تصریح می‌نماید اگر اصل ساز به طور صریح هر گونه اثر حقوقی داده پیام را مشروط به تصدیق دریافت «داده پیام» کرده باشد، «داده پیام ارسال نشده تلقی می‌شود، مگر آن که تصدیق آن دریافت شود مقصود از اصل ساز بنابر بند ب ماده ۲ ق.ت.ا، منشأ اصلی «داده پیام» است که «داده پیام» به وسیله یا از طرف او ارسال می‌شود. زمان ارسال داده پیام به موجب بند ۱ ماده ۱۵ قانون نمونه آنسیترا ل درباره تجارت الکترونیکی و ماده ۲۶ ق.ت.ا که قبلاً متن آنها ذکر شد مشخص گردیده است. ق.ت.ا در مورد زمان قطعی شدن صدور قبول سکوت نموده و اساساً احکام و شرایط قراردادهای الکترونیکی را به هیچ وجه مورد بررسی قرار نداده است.

۵-۳- بررسی تطبیقی حقوق ایران و آنیسترال در توافق دو اراده در بیع الکترونیکی

اشخاص به منظور بیان قصد و اراده خویش از الفاظ و کلمات، ایماء و اشاره ها بهره می گیرند. آنچه در تبادل افکار و اندیشه ها دارای اهمیت اساسی است، قابل درک بودن آن می باشد، چنان که به کارگیری شکلی خاص در برقراری ارتباط، تنها، متأثر از موقعیت و شرایط افراد است. در علم حقوق نیز قاعده همین است؛ بیان اراده و صحت قراردادهای، در اصل، تابع ضوابط و مقتضیات شکلی نیست. بررسی شرایط صحت قراردادهای در سیستم های حقوقی مختلف نشان می دهد که عقد با توافق طرفین واقع می شود و رعایت تشریفاتی معین یا لفظی خاص در بیان قصد، شرط صحت پیمان نمی باشد. ماده ۱۹۱ قانون مدنی «صرف مقرون بودن عقد به چیزی که دلالت بر قصد انشاء نماید» را در تحقق عقد کافی دانسته است، حسب قوانین و رویه قضایی در دیگر کشورها. در انعقاد قراردادهای الکترونیکی اراده طرفین در شکل ایجاب و قبول متجلی می گردد. ایجاب پیشنهاد انجام معامله و اعلام اراده کسی است که دیگری را بر مبنای معینی به انعقاد عقد فرا می خواند، بدین ترتیب که اگر پیشنهاد مورد قبول قرار گیرد هر دو طرف به مفاد آن پایبند باشند. طبق تعریف ماده ۱۴ کنوانسیون بیع بین المللی کالا، ایجاب پیشنهادی است که برای تشکیل قرارداد، خطاب به شخص یا اشخاص معینی داده می شود و ایجابی که به طور کامل، قطعی و مشخص بوده و بیانگر قصد موجب باشد در صورت قبول الزام آور است. (داراب پور، ۱۳۷۴: ۱۷۶) قبول نیز به معنای رضای بدون قید و شرط به مفاد ایجاب است. (کاتوزیان، همان، ۳۲۴) طبق تعریف ماده ۱۸ کنوانسیون بیع بین المللی کالا نیز هرگونه اظهار یا عمل ایجاب شونده (قابل) که حاکی از رضای وی به ایجاب باشد، قبول است. قواعد عمومی مربوط به ایجاب (کامل بودن، مشخص بودن، قاطع بودن و خطاب به شخص یا اشخاص معین بودن و...) و قبول (لزوم مطلق بودن، مسبوق به رد نبودن، موالات ایجاب و قبول) در فضای سنتی و در مورد قراردادهای مرسوم، همگی در خصوص ایجاب و قبول های الکترونیک در فضای مجازی نیز قابل اعمال هستند.

دانستیم که اعلام اراده از طریق واسطه های الکترونیک نیز معتبر و موجد آثار حقوقی است یعنی یکی از روش های ایجاب و قبول می تواند بوسیله داده پیام ها، انشاء و اعلام گردد. قانون نمونه آنیسترال صراحتاً این موضوع را مورد توجه قرار داده است و مقرر می دارد: «در انعقاد قرارداد، ایجاب و قبول می تواند از طریق داده پیام ها اعلام شود مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند. هنگامی که برای انعقاد قرارداد، داده پیام ها مورد استفاده قرار می گیرند، اعتبار یا قابلیت اجرای قرارداد مذکور صرفاً به این دلیل که از داده پیام ها استفاده شده، نباید رد شود». قانون تجارت الکترونیک ایران که ترجمه ای از قانون نمونه آنیسترال است، همانند قانون مدنی تعریفی از ایجاب و قبول ارائه نکرده و حتی صریحاً ایجاب و قبول از طریق داده پیام ها را مورد اشاره قرار نداده است. البته پیش نویس قانون مذکور، قبل از تصویب نهایی توسط شورای محترم نگهبان، به تبعیت از ماده ۱۱ قانون نمونه آنیسترال، مقرر می داشت:

«ایجاب و قبول می تواند از طریق داده پیام اعلام شود» (ماده ۲۳ پیش نویس) و «ایجاب و قبول و اعلام اراده که در ارتباط بین اصل ساز و مخاطب به وسیله داده پیام بیان می شود، معتبر است» (ماده ۲۴ پیش نویس) مواد مذکور در اصلاحات نهایی حذف گردیده اند.

در حال حاضر، اگر چه مقررات صریحی در خصوص ایجاب و قبول الکترونیک وجود ندارد اما از آنجا که اساس قانون تجارت الکترونیک ایران مبتنی بر تبادل داده پیام ها از طریق واسطه های الکترونیک است و نیز از محتوای مواد ۶ و ۱۲ قانون مذکور که داده پیام ها معتبر شناخته اند و برای آنها ارزش اثباتی قائل شده اند و با توجه به تعریف داده پیام که هر نمادی از واقعه،

اطلاعات یا مفهوم است،^۱ می‌توان گفت ایجاب و قبول از طریق داده پیام‌ها از اعتبار حقوقی لازم برخوردار است. به عبارت دیگر، ماهیت دیجیتال یا مجازی توافق طرفین از نظر تحلیل حقوقی صحیح بوده و منع قانونی ندارد.

نتیجه‌گیری

یکی از مهمترین قراردادهایی که به طور مرسوم در فضای الکترونیکی منعقد می‌گردد عقد بیع می باشد. این عقد از این جهت دارای اهمیت می باشد که معمولترین و پرکاربردترین قرارداد میان افراد تلقی می شود. با توجه به اهمیت عقد بیع و آثار فراوانی که بر این عقد بار می باشد تبیین قواعد حاکم بر اینگونه عقود از اهمیت بسزایی برخوردار می باشد. قرارداد الکترونیکی به طور معمول به قراردادی اطلاق می شود که با استفاده از وسایل الکترونیکی منعقد گردد، منظور از وسایل الکترونیکی صرفاً استفاده از رایانه برای انعقاد قرارداد نیست بلکه استفاده از هر گونه وسیله الکترونیکی برای انعقاد قرارداد داخل در این عنوان می باشد. نکته ای را که در مورد قراردادهای الکترونیکی باید به آن توجه نمود این است که با توجه به روش انعقاد اینگونه قراردادها، محدودیتهایی توسط قوانین کشورهای مختلف از جهت موضوع، شرایط قرارداد و... برای طرفین قرارداد تحمیل می‌گردد. به عبارت بهتر با توجه به ریسک بالای انعقاد قرارداد از طریق الکترونیکی به واسطه عدم اشراف اطلاعاتی طرفین قرارداد نسبت به هم و همچنین نسبت به موضوع قرارداد؛ قانونگذاران با احتیاط بیشتری در خصوص اینگونه قراردادها اقدام به تدوین قواعد نموده اند. بر این اساس برخی از کالاها را نمی توان از طریق الکترونیکی مبادله نمود. از جمله انعقاد قراردادهای مربوط به لوازم دارویی یا معاملاتی که توسط مقامات عمومی از طریق مزایده و مناقصه انجام می شود به طور معمول از طریق الکترونیکی قابلیت تحقق را ندارند. قانون تجارت الکترونیکی ایران نیز در ماده ۴۲ نسبت به محدودیتهای موجود در خصوص موضوع اینگونه قراردادها اشاره نموده و حمایتهای قانون مذکور را فقط شامل برخی از قراردادها دانسته و انعقاد سایر قراردادها را هر چند از نظر ماهیت باطل تلقی ننموده ولی هیچ قاعده حمایتی را شامل آنها ندانسته است. اولین نشانه های انعقاد قراردادهای الکترونیکی با امکان مبادله داده های الکترونیکی آشکار شد به عبارت بهتر امکان انتقال داده در فضای الکترونیکی در دهه های هفتاد و هشتاد میلادی به عنوان گام نخستین امکان انجام قراردادهای الکترونیکی تلقی می شود. نتایج بیانگر این است؛ ارکان عقد بیع در فضای مجازی جدا از ارکان این عقد در محیط سنتی یا غیر سایبری نیست. لکن ویژگی ها و اوصاف محیط مذکور از جمله، جنس این فضا، ابزارهایی که برای ورود به این محیط، اصل الحاقی بودن، اصل رضایی بودن، انعقاد از راه دور و استفاده از وسایل الکترونیکی برای انعقاد قرارداد جنبه های فرامرزی آن و ضرورت هماهنگی بین کشورها در وضع و تفسیر قواعد و مقررات ملی با یکدیگر و همچنین با اسناد بین المللی که در این زمینه وجود دارد. قانون تجارت الکترونیکی ایران نیز در ماده ۴۲ حمایتهای قانون مذکور را فقط شامل برخی از قراردادها دانسته و انعقاد سایر قراردادها را هر چند از نظر ماهیت باطل تلقی ننموده ولی هیچ قاعده حمایتی را شامل آنها ندانسته است. قراردادهای الکترونیکی به طور کلی از قواعد کلی حاکم بر معاملات تبعیت می نمایند و برای رفع خلا های موجود باید تمام شرایط بیان شده در مواد ۱۹۰، ۲۱۴، ۲۱۵ و ۲۱۶ قانون مدنی به عنوان قواعد عام را داشته باشد. از جمله تفاوتی که با معاملات سنتی دارند در قالب و ابزار بیان اراده، روش انعقاد، میزان تعهدات و میزان حمایتهای قانونی و خیار حق انصراف که ویژه عقود الکترونیکی می باشد.

^۱ - ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک، بند (الف).

منابع و مآخذ

کتاب فارسی

۱. ابن قدامه، المغنی، ج ۳، چاپ محمدخلیل هراسی، قاهره، بی تا.
۲. ابوالحسن مجاهد، اسامه، خصوصیه التعاقد عبر الیترنت، القاهره: دارالنهضة، ۲۰۰۰.
۳. ابوبکر بن مسعود کاسانی، کتاب بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۵، بیروت ۱۴۰۲/۱۹۸۲.
۴. ابهری، حمید، امیر مسعود فاطمیان، علیرضا حسینی و محمد کی نیا (۱۳۹۶) «مطالعه تطبیقی قواعد حاکم بر حقوق اسناد الکترونیک از منظر قوانین ایران، مقررات آنسیترال و حقوق فرانسه»، مجله تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین الملل، دوره ۱۰، شماره ۳۷، صص ۱-۲۹.
۵. احمدی اسفروشانی، اصغر، تجارت الکترونیک از دیدگاه فقه امامیه و حقوق ایران، پایان نامه مقطع کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید چمران اهواز، دانشکده الهیات و معرف اسلامی، ۱۳۸۹.
۶. ازکیا، مصطفی و دربان آستانه، علیرضا، روش های کاربردی تحقیق، انتشارات کیهان، تهران، ۱۳۸۲.
۷. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، انتشارات اسلامی، ۱۳۸۳.
۸. امیری قائم مقامی، عبدالحمید، حقوق تعهدات، ج ۲، نشر میزان، تهران ۱۳۷۸.
۹. انصاری، مسعود، طاهری، محمدعلی، فرهنگ لغات حقوقی، جلد سوم، چاپ چهارم، انتشارات قلم.
۱۰. آذرنوش، آذرتاش، فرهنگ معاصر عربی-فارسی، نشر نی، تهران، ۱۳۷۹.
۱۱. آهنی، بتول، انعقاد قراردادهای الکترونیکی، نشریه فقه و حقوق خانواده، تابستان و پاییز ۱۳۸۳، شماره ۳۳ و ۳۴.
۱۲. باقر، زمان و مکان تشکیل قرارداد الکترونیکی، فصلنامه پژوهش حقوق، سال دوازدهم شماره ۲۹، ۱۳۸۹، صص ۲۸۲-۲۸۳.
۱۳. باقری اصل، حیدر، احکام اختصاصی خیار حق انصراف قانون تجارت الکترونیکی ایران، نشریه نامه مفید، شماره ۷۰، صص ۵۹ تا ۷۶، ۱۳۸۷.
۱۴. بختیاروند، مصطفی، مطالعه تطبیقی مقررات حاکم بر داد و ستدهای الکترونیکی، مجموعه مقالات همایش بررسی جنبه های حقوقی فناوری اطلاعات.
۱۵. پنلوب، لارنس، کاربرد اینترنت در حقوق، ترجمه قاسم زمانی، چاپ اول، انتشارات میزان، ۱۳۸۳، صص ۸۹.
۱۶. پورسید، بهزاد، قانون تجارت الکترونیک و نوآوری های آن، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۹، ۱۳۸۶.
۱۷. تقی زاده، ابراهیم و ذوالفقار آرانی، مژگان، جایگاه خیار در قراردادهای الکترونیکی، دیدگاه های حقوق قضایی، پاییز ۱۳۹۰، شماره ۵۵.
۱۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، نشر کتابخانه گنج دانش، تهران، چاپ ۱۶، ۱۳۸۵.
۱۹. جینفرای، هیل، آینده قراردادهای الکترونیکی در عرصه بیع بین المللی، ترجمه مصطفی السان، مجله حقوقی بین المللی، شماره ۳۵، ۱۳۸۵.
۲۰. حبیب زاده، طاهر (۱۳۹۰) حقوق فناوری اطلاعات: مقدمه ای بر حقوق تجارت الکترونیک (مطالعه تطبیقی)، ج ۱، تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی.
۲۱. حسن، امامی، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ ۲۴، انتشارات اسلامی، ۱۳۸۳، صص ۴۶۱.
۲۲. خسروپور، حسین، نحوه انعقاد قراردادهای الکترونیکی، پایان نامه مقطع کارشناسی ارشد، دانشگاه تربیت معلم تهران، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، ۱۳۹۰.

۲۳. داراب پور، سهراب، حقوق بیع بین المللی، چاپ اول، جلد ۱، تهران: انتشارات گنج دانش،
۲۴. دهخدا، علی اکبر، فرهنگ لغت‌نامه دهخدا، ماده «بیع»، نشر دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۲.
۲۵. رضایی، علی و ابراهیم رهبری (۱۳۹۴) «تحوه تحقق خطا و تمایز آن از اشتباه در محیط مجازی و اثر آن در انعقاد قراردادهای الکترونیک با مطالعه تطبیقی حقوق ایران، آمریکا، کانادا، اتحادیه اروپا و عهدنامه ارتباطات الکترونیک آنسیترا (۲۰۰۵)»، فصلنامه دیدگاه های حقوقی قضایی، دوره ۲۰، شماره ۷۰، صص ۳۳-۱.
۲۶. رضایی، علی، حقوق تجارت الکترونیک، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۷.
۲۷. ره پیک، حسن، عقود معین ۱، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۸۷، چاپ اول.
۲۸. زرکلام، ستار (۱۳۸۴) «قانون تجارت الکترونیک و الفبای الکترونیک»، مجموعه مقالات همایش بررسی جنبه‌های حقوقی فناوری اطلاعات، مرکز مطالعات توسعه قضایی با همکاری شورای عالی اطلاع‌رسانی کشور، تهران: انتشارات سلسبیل.
۲۹. زرگر، محمود، مدل‌های راهبردی و راهکارهای تجارت در اینترنت، انتشارات بهینه، ۱۳۸۰.
۳۰. زین الدین بن علی شهیدثانی، الروضه البهیة فی شرح اللمعة دمشقیة، ج ۳، چاپ محمد کلانتر، بیروت ۱۴۰۳/۱۹۸۳.
۳۱. سازمان ملل متحد، مجله حقوقی بین المللی، شماره ۳۹، صص ۳۲۳-۳۲۲.
۳۲. السان، مصطفی (۱۳۸۵ب) «جنبه های حقوقی ثبت الکترونیکی»، ماهنامه کانون سردفتران و دفتریاران، دوره ۴۸، شماره ۶۰، صص ۴۱-۱۰.
۳۳. السان، مصطفی، ایجاب و قبول معاملات الکترونیکی، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۳، صص ۳۳۷ تا ۴۰۶، ۱۳۸۵.
۳۴. السان، مصطفی، تشکیل قراردادهای الکترونیکی، فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، شماره ۳۶، ۱۳۸۴.
۳۵. ساورایی، پرویز (۱۳۹۲) «فراداده و قابلیت استناد به آن در مراجع اداری و قضایی»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۱۶، شماره ۶۲، ۱۳۸۴.
۳۶. سی. سلمن، جفری، فرایند قراردادهای الکترونیکی؛ قواعدی جدید برای تجارت جدید، ترجمه علی رضایی، ماهنامه کانون، بی تا، به نقل از پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی (پرتال جامع علوم انسانی).
۳۷. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد، ۱۳۹۲.
۳۸. شیخ ابی عبدالله شمس الدین، محمدبن جمال الدین مکی العاملی (شهید اول)، لمعه دمشقیه (جلد اول)، ترجمه و تبیین علی شیروانی و محسن غرویان، انتشارات قدس، چاپ بیست و هشتم، ۱۳۸۵.
۳۹. صادقی نشاط، امیر (۱۳۹۳) «اعتبار سنجی اسناد الکترونیک»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۳، شماره ۸، صص ۷۱-۱۰۰.
۴۰. صدری، سیدمحمد، معاملات الکترونیک (مبانی- ماهیت- مشروعیت)، انتشارات اندیشه‌های حقوقی، چاپ اول، ۱۳۸۸، صص ۹-۱۱، تابستان.
۴۱. صفایی سید حسین و دیگران، حقوق بیع بین المللی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۸۴، ص ۴۱۴.
۴۲. صفایی، سید حسن، قاسم زاده، سید مرتضی، حقوق مدنی (اشخاص و محجورین)، انتشارات سمت، چاپ دهم، ۱۳۸۴.
۴۳. صنایعی، علی، تجارت الکترونیک در هزاره سوم، انتشارات جهاد دانشگاهی واحد اصفهان، ۱۳۸۱.
۴۴. طاهری، حبیب‌الله؛ حقوق مدنی ۶ و ۷، قم، دفتر انتشارات اسلامی، جلد چهارم.
۴۵. طوسی، محمدبن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۲، چاپ محمدتقی کشفی، تهران، ۱۳۸۷.
۴۶. عبد الحسن شیروی، حقوق بین الملل تجارت، انتشارات سمت، ص ۴۰۶.
۴۷. عبدالرحمان جزیری، کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۲، استانبول ۱۴۰۴/۱۹۸۸.

۴۸. عرفانی، محمود، حقوق تجارت، جلد اول، نشر میزان، ۱۳۸۳
۴۹. علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج ۱، مؤسسه آل بیت علیهم السلام لاحیاء التراث، قم، بی تا.
۵۰. علیپور حافظی، مهدی، تجارت الکترونیکی در مراکز اطلاع رسانی، سخنرانی، همایش جهانی شهرهای الکترونیکی و اینترنتی جزیره کیش، ۱۱-۱۳ اریبهشت، ۱۳۸۰.
۵۱. فرحناکیان، فرشید، قانون تجارت در حقوق کنونی، انتشارات میزان، ۱۳۹۰
۵۲. فرهادیان طهرانی، محمدمهدی (۱۳۹۰) داده پیام و ارزش اثباتی آن در قراردادهای الکترونیک، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
۵۳. فیروزه، خلعت بری، مجموعه مفاهیم بانکی و بین المللی، تهران، شباویز، چاپ اول.
۵۴. فیروزی تبار، فرج اهلل، قراردادهای بین المللی، مجله حقوقی بین المللی، شماره، ۸۵ ص، ۵
۵۵. فیضی چکاب، غلام نبی، لحظه انعقاد قرارداد از طریق واسطه‌های الکترونیک، مجموعه مقالات همایش بررسی ابعاد حقوقی فناوری اطلاعات، خرداد ۱۳۸۳.
۵۶. قربان وند، محمد باقر، زمان و مکان تشکیل قرارداد الکترونیکی، مجله پژوهش حقوق و سیاست، شماره، ۲۹ ص ۲۷۱ تا، ۱۳۸۹ ۳۰۰
۵۷. قزل ایاغ، مژده، تجارت الکترونیکی مبتنی بر اینترنت، همایش جهانی شهرهای الکترونیکی و اینترنتی، ۱۳۸۰.
۵۸. قلی زاده، احد، تحلیلی بر انعقاد الکترونیکی معاملات، فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، شماره ۴۲ بهار ۱۳۸۶.
۵۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱) قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ هفتم، تهران: نشر میزان.
۶۰. کاویار، حسین، تعیین قانون حاکم در قراردادهای تجاری الکترونیکی، پایان نامه مقطع کارشناسی ارشد، دانشگاه مازندران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، تابستان ۱۳۸۹.
۶۱. کولن و کاپیتان و لاموراندر، رساله ی حقوق مدنی، ترجمه انجمن حقوقی، ج ۲.
۶۲. مایک کانینگهام، تجارت الکترونیک، ترجمه احمدرضا اخوان صراف و عبدالمجید عبدالباقی، انتشارات موسسه دانش پژوهان برین، انتشارات علوم پایه، چاپ اول، ۱۳۸۵.
۶۳. محمد باقر، قربان وند، زمان و مکان تشکیل قرارداد الکترونیکی، فصلنامه پژوهش و حقوق، سال دوازدهم، شماره ۲۹، ۱۳۸۹، ص ۲۷۵
۶۴. معلوف، لوییس، المنجد، ج ۱، ترجمه محمد بندریگی، نشر ایران، چاپ سوم، ۱۳۸۰
۶۵. معین، محمد، فرهنگ فارسی معین، انتشارات امیر کبیر، تهران، ۱۳۶۲، ذیل واژه بیع.
۶۶. مقامی‌نیا، محمد، نحوه انعقاد قراردادهای الکترونیکی و ویژگی های آن، دوفصلنامه علمی - پژوهشی دانش حقوق مدنی، شماره نخست، بهار و تابستان ۱۳۹۱.
۶۷. مهدی شهیدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، انتشارات مجد، چاپ نهم، ۱۳۹۲، ص ۱۴۲
۶۸. میرابی، وحیدرضا و سرو سعیدی، سهیل، مدیریت بازاریابی بین المللی در هزاره سوم، انتشارات اندیشه های گوهر بار، ۱۳۸۲.
۶۹. ناصر، کاتوزیان، قواعد عمومی جلد دوم، انتشارات شرکت سهامی، چاپ هفتم، ۱۳۸۵، ص ۱۵۴۱
۷۰. نائینی، میرزا، خونساری، شیخ موسی، منیه الطالب، نشر کوثر، تهران، ج ۱.
۷۱. نوین، پرویز و خواجه پیری، عباس؛ حقوق مدنی ۶، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲، چاپ دوم.

۷۲. نیک بخش تهرانی، محمد حسن و آذر صابری، مهدی، آشنایی با تجارت الکترونیک و زیر ساخت‌های آن، انستیتو ایز ایران، ۱۳۸۰.
۷۳. وصالی ناصح، مرتضی (۱۳۹۴) «سند رسمی الکترونیک (مطالعه تطبیقی امکان صدور سند رسمی الکترونیک در حقوق ایران و آمریکا)»، دانشنامه حقوق و سیاست، دوره ۱۱، شماره ۳ (پیاپی ۲۵)، صص ۸۰-۶۱.
۷۴. وصالی ناصح، مرتضی، قرارداد الکترونیک و مبانی اعتبار آن، نشریه کانون، دی ماه ۱۳۸۵، شماره ۶۶.
۷۵. هیل، جنیفر ای، آینده قراردادهای الکترونیکی در عرصه بیع بین الملل، ترجمه مصطفی السان و زینب کنعانی، مجله حقوقی، نشریه مرکز امور حقوقی بین المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، شماره ۳۵، ۱۳۸۵.