

تشکیل قراردادهای الکترونیکی

*

/ / / / /

چکیده

جهان شمول شدن تجارت الکترونیکی، امری غیر قابل انکار و پیوستن به این شیوه که تجارت را تسهیل و روابط را سرعت می بخشد یکی از نیازهای بازار و تجارت ماست. در این مقاله به نحوه تشکیل یک قرارداد الکترونیکی از نظر ایجاب و قبول، زمان و مکان تشکیل قرارداد، اعتبار و سایر شرایط پرداخته می شود. تحلیل موضوع با مطالعه قانون تجارت الکترونیکی ایران (ق.ت.ا)، قانون نمونه آنسیترال، کنوانسیون بیع بین المللی کالا و مقررات داخلی کشورهای پیشرفته در زمینه تجارت الکترونیکی انجام خواهد شد.

مقدمه

تشکیل قرارداد 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 دهکده‌ای تبدیل شده که در آن تشکیل قرارداد به عنوان یکی از روابط مورد نیاز نمی‌تواند 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»^۱. با توجه به همین ضرورت بود که کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال) در سال ۱۹۹۶ قانون نمونه‌ای 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 عمده‌ای بین این دو فضا وجود ندارد و لذا حقوقدانان عموماً از ارائه تعریف جداگانه‌ای برای قراردادهای الکترونیکی پرهیز می‌کنند. 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 نمی‌توان بین قراردادهای تشکیل شده توسط اشخاص حقیقی، نمایندگان اشخاص حقوقی و قراردادهای تشکیل شده به وسیله رایانه (قراردادهای خودکار) یا قراردادهای داخلی و بین‌المللی قایل به تمایز گردید. از سوی دیگر، فرض بر این است که کنوانسیون ۱۹۸۰ وین درباره قراردادهای بیع بین‌المللی را می‌توان در مورد قراردادهای الکترونیکی نیز اعمال کرد و در این مقاله ما برخی از اشکالات وارده به امکان یا نحوه اعمال کنوانسیون مذکور را طرح و بدان پاسخ خواهیم گفت. استفاده از اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی معرفی شده از سوی مؤسسه UNIDROIT و تمسک به حقوق فراملی بازرگانان Lex Mercatoria نیز در

1. چسبیک و کلمن (۲۰۰۰)، ص ۱۷۱.

قراردادهای الکترونیکی با هیچ مانعی روبرو نیست. زیرا هیچ دلیلی برای منع وجود ندارد و حتی توسل به ماده ۳ قانون نمونه آنستیرال درباره تجارت الکترونیکی (۱۹۹۶) و ماده ۳ قانون تجارت الکترونیکی کشورمان که دو قانون مذکور را دارای «خصوصیت بین‌المللی» دانسته و تفسیر موارد ابهام و سکوت آن را به عرف و رویه بین‌المللی وا گذاشته‌اند، تقویت می‌گردد.

در چند گفتار جداگانه به شرح زیر به بررسی مسایل مربوط به تشکیل قراردادهای الکترونیکی می‌پردازیم:

- ۱- شناسایی و اعتبار قراردادهای الکترونیکی
- ۲- اسباب و شرایط تشکیل قراردادهای الکترونیکی
- ۳- زمان و مکان تشکیل قراردادهای الکترونیکی
- ۴- اثبات و تفسیر قراردادهای الکترونیکی

۱. شناسایی و اعتبار قراردادهای الکترونیکی

برای اینکه روابط تجاری الکترونیکی از اطمینان کافی برخوردار باشد و حقوق اشخاص با ورود در این حیطه در معرض تزلزل قرار نگیرد، قرارداد واجد شرایط الکترونیکی باید مانند هر قراردادی که با حضور فیزیکی طرفین منعقد شده است، معتبر شناخته شود؛ در همین راستا بند ۱ ماده ۱۲ قانون نمونه آنستیرال مقرر می‌دارد: «اعتبار اعلام اراده میان فرستنده و گیرنده داده‌پیام الکترونیکی یا هر اظهار دیگری نباید صرفاً به این دلیل که اطلاعات به شیوه‌ای الکترونیکی رد و بدل شده، انکار گردیده یا فاقد اثر حقوقی و قابلیت اجرایی باشد». به همین دلیل هر قراردادی که به شیوه الکترونیکی منعقد می‌شود، در صورتی که شرایط قانونی در تشکیل آن رعایت شده باشد، دارای اعتبار بوده و نمی‌توان آن را صرفاً به این خاطر که با استفاده از وسایل الکترونیکی منعقد شده، بی‌اعتبار شمرد.

ماده ۵ قانون نمونه آنستیرال در یک حکم کلی اظهار می‌دارد: «اطلاعات نباید صرفاً به این دلیل که به شکل داده‌پیام هستند، فاقد اثر حقوقی شناخته شوند». ماده ۳ قانون

متحدالشکل کانادا درباره تجارت الکترونیکی مصوب ۳۰ سپتامبر ۱۹۹۹^۱ نیز حکم مشابهی مقرر داشته است.

در حقوق ایران هر چند با تمسک به برخی از مواد قانون مدنی، از جمله مواد ۲۱۹ و ۲۲۳، می‌توان اعتبار و صحت قراردادهای الکترونیکی را اثبات نمود. با این حال تصویب قانون تجارت الکترونیکی در تاریخ ۱۳۸۲/۱۰/۱۷ به معاملاتی که از طریق اینترنت و سیستم‌های ارتباطی جدید انجام می‌گیرند، مشروعیت بخشید و روند روابط تجاری الکترونیکی را قاعده‌مند نمود. ماده ۵ قانون مذکور که ذیل عنوان «فصل چهارم - اعتبار قراردادهای خصوصی» آمده، توافق و قرارداد خاص (خصوصی) طرفین را در زمینه تغییر در تولید، ارسال، دریافت، ذخیره و یا پردازش داده پیام معتبر دانسته است.

از بعد تطبیقی، در ایالات متحده آمریکا، معاملات الکترونیکی در قوانین متعددی مورد حکم قرار گرفته، به گونه‌ای که دولت فدرال در تمام ۵۰ ایالت آمریکا در این زمینه وضع قانون نموده است؛ برای نمونه قانون متحدالشکل معاملات الکترونیکی (یوتا) در سال ۱۹۹۹ وضع شد و توسط ۴۰ ایالت از ایالات آمریکا مورد پذیرش قرار گرفت. قانون امضاهای الکترونیکی در تجارت بین‌المللی و داخلی^۳ E-Sign نیز در سال ۲۰۰۰ توسط دولت فدرال آمریکا به تصویب رسید. در هر دو قانون بر اعتبار معاملات الکترونیکی تأکید شده است. تفاوت این دو قانون، علاوه بر قلمرو شمول، در آن است که تصویب یوتا توسط ایالت‌های آمریکا اختیاری می‌باشد، اما E-Sign قانون فدرال بوده و در تمام ایالات لازم‌الاجراست.

ماده (الف)(۲) ۶۲ قانون امضای دیجیتالی مالزی مصوب ۱۹۹۷ نیز تلویحاً اعتبار داده پیامی را که در انعقاد قرارداد الکترونیکی به کار می‌رود، تأیید نموده است. به موجب این بند، «جز در مواردی که قانون به گونه‌ای دیگر مقرر داشته باشد، سندی که با امضای دیجیتالی واجد شرایط این قانون تصدیق شده، همانند سندی که به صورت دستی امضا یا انگشت یا هر علامت دیگری بر آن زده شده، معتبر و تعهدآور است». اگرچه قانون قرارداد

1. Uniform Electronic Commerce Act [Canada].

2. Uniform Electronic Transactions Act [UETA].

3. Electronic Signatures in Global and National Commerce Act [E-Sign].

۱۹۵۰ مالزی در مورد اعتبار قراردادی که برای انعقاد آن از داده پیام استفاده شده حکم خاصی ندارد، ولی به استناد ماده فوق‌الذکر می‌توان بر اعتبار قراردادهای الکترونیکی در مالزی حکم نمود.^۱

در سنگاپور، قانون معاملات الکترونیکی^۲ در دهم جولای ۱۹۹۸ به‌ویژه، برای حل مشکلات حقوقی ناشی از توسعه فناوری جدید که در تجارت برخط^۳ بکار گرفته می‌شود، تصویب گردید. این قانون نه تنها هیچ یک از اصول حقوق قرارداد را نقض ننموده، بلکه بر رعایت آنها تأکید دارد.^۴

در اتحادیه اروپا، اعتبار و نفوذ قراردادهای الکترونیکی به موجب دستورالعمل امضاهای الکترونیکی^۵ که در سال ۱۹۹۹ تدوین گردیده و نیز در دستورالعمل تجارت الکترونیکی مصوب ۲۰۰۰ مورد شناسایی قرار گرفت. در جمهوری خلق چین، اعتبار قراردادهای الکترونیکی به موجب قانون جدید قرارداد این کشور (مصوب ۱۵ مارس ۱۹۹۹) مورد شناسایی قرار گرفته است.^۶

در سطح بین‌المللی، گروه کاری تجارت الکترونیکی آنسیترال در سال ۱۹۹۶ قانون تجارت الکترونیکی را تصویب نمود، که قراردادهای الکترونیکی را معتبر و قابل اجرا می‌داند. آنسیترال، کنوانسیون بین‌المللی درباره جنبه‌های حقوقی انعقاد قرارداد به شیوه الکترونیکی در دست تهیه دارد که تکمیل و ارائه آن موجب شفافیت مبادلات و معاملات تجاری الکترونیکی خواهد شد.^۷

هر چند که متأسفانه ما در زمینه تجارت الکترونیک نیز همانند برخی مسایل هنوز پیشرفت قابل توجهی نداشته و دنباله‌رو دیگران هستیم، اما این امر نافی حقوق پیشرفته

1. عبدالجلیل و پوینتون (۲۰۰۴)، ص ۱۲۰.

2. Singapore Electronic Transaction Act 1998.

3. Online Business.

4. تان (۲۰۰۲)، قسمت اول، ص ۲۷۲.

5. Directive 1999/93/EC of 13 December 1999 on a Community Framework for Electronic Signatures.

6. مک کنزی (۲۰۰۲)، ص ۲.

7. اسمیدینگوف (۲۰۰۲)، ص ۲۸.

قرارداد در کشورمان نیست. زیرا اگرچه قانون تجارت الکترونیکی ایران به مسایل مربوط به انعقاد قرارداد الکترونیکی نپرداخته است و ناگزیر باید این بررسی را با توسل به قواعد عمومی قرارداد و حقوق خارجی به انجام رسانید، اما به طور کلی - چنانچه گفته شد - اساساً تفاوتی میان قرارداد مذکور و قرارداد سنتی وجود ندارد. اهلیت و قصد و رضا به عنوان جزء لاینفک هر قراردادی باید در تمام عقود وجود داشته باشد و لذا هر تردیدی که در خصوص تشکیل یا عدم تشکیل قرارداد الکترونیکی وجود داشته باشد، به یکی از دو جنبه زیر ارتباط خواهد داشت:

(۱) . در جریان ایجاب و قبول قرارداد به طور خلاصه آنچه در حقوق ایران در تشکیل هر قراردادی اهمیت دارد، «قصد واقعی و باطنی» است و بر خلاف نظر برخی از حقوقدانان، اعلام و ابراز اراده با لفظ لازم نیست و «با ملاحظه مقررات قانون مدنی به نظر می‌رسد که قانون وسیله خاص نظیر لفظ را برای ابراز اراده لازم نشمرده بلکه اعلام اراده را با هر وسیله‌ای که بتواند بر آن دلالت کند، قابل انجام دانسته است»^۱. البته صرف اطلاع‌رسانی و توصیف کالای مورد معامله به تنهایی ایجاب به حساب نمی‌آید^۲. در حقوق آمریکا به موجب ماده (الف)(۱) ۲۰۶-۲ قانون متحدالشکل تجاری^۳ قبول ایجاب می‌تواند به هر شیوه‌ای و با هر وسیله‌ای که با لحاظ اوضاع و قرائن متعارف و معمول باشد، انجام پذیرد.

(۲) . با توجه به عدم جدایی عالم ثبوت و اثبات در حقوق کشورهای غیر اسلامی، تحلیل و تفسیر قرارداد در آن کشورها همواره با در نظر گرفتن مرحله اثبات انجام می‌شود؛ در حالیکه در حقوق ایران به تبعیت از فقه اسلامی هر عقدی که با قصد و رضای صحیح از سوی اشخاص رشید، با موضوع معینی به عنوان مورد معامله شکل گیرد، محمول بر صحت است (ماده ۲۲۳ ق.م) و اینکه قرارداد کی و کجا تشکیل شده است به مرحله اثبات آن مربوط می‌شود و نه به مرحله ثبوت. نهایتاً برای اعتبار و صحت قرارداد الکترونیکی می‌توان به مواد زیراستناد نمود:

1. شهیدی (۱۳۷۷)، ص ۱۵۱، ش ۱۰۶.

2. Harvey V. Facey (1893) و [۲. ص.۲۰۰۲)، (۲۰۰۲).

3. Uniform Commercial Code [UCC].

«عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند».

«هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن معلوم شود».

«قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است».

۲. اسباب و شرایط تشکیل قراردادهای الکترونیکی

در قراردادهای الکترونیکی، وجود قصد و رضا، اهلیت، مورد معامله و جهت مشروع برای صحت معامله ضرورت دارد و اصولاً بحث عمده‌ای نیز در این خصوص مطرح نمی‌شود؛ آنچه قابل بررسی به نظر می‌رسد چگونگی ابراز قصد (ایجاب و قبول) و شکل انعقاد قرارداد است.

۲-۱. ابراز اراده

اگرچه تجارت الکترونیکی تنها از طریق شبکه گسترده جهانی (اینترنت) انجام نمی‌شود، ولی اینترنت شایع‌ترین وسیله انعقاد قرارداد الکترونیکی است^۱. در اینترنت این قراردادها با تبادل داده‌پیام از طریق نامه الکترونیکی، رودرویی اینترنتی^۲ و سرویس گپ‌زنی^۳ قابل انعقادند. با اینحال تشکیل قرارداد با استفاده از تلفن، فاکس، تلکس و سایر وسایل ارتباطی مشابه منتفی نیست.

به طور کلی مراحل انعقاد یک قرارداد الکترونیکی نیز مشابه با قرارداد سنتی است^۴؛ مشتری وارد پایگاه (وبسایتی) می‌شود که کالاها در آن عرضه شده است و در آنجا خصوصیات کالاها و شرایط فروشنده را ارزیابی می‌کند. بحثی که در

1. فارل (۲۰۰۳)، ص ۲۷۷.

2. Internet Interfaces.

3. Chat Service.

4. ساکس (۲۰۰۰)، ص ۹.

این خصوص مطرح می‌شود این است که آیا مالک یک پایگاه^۱ ایجاب می‌نماید یا صرفاً دعوت به ایجاب می‌کند؟ در اکثر موارد پایگاه اینترنتی دارای پنجره فروش^۲ است که به مشتریان اجازه می‌دهد تا خرید کالاها و خدمات را ایجاب نمایند و مالک پایگاه، حق قبول یا رد ایجاب ایشان را داراست. تبلیغات انجام شده باید به نحوی باشد که معلوم شود، مشتری ایجاب نموده یا اینکه ایجاب ارائه شده در پایگاه را قبول می‌کند. در عمل هیچ ضمانت اجرایی برای مورد اخیر وجود ندارد و در صورت اختلاف تنها باید از طریق اوضاع و احوال پی برد که اطلاعات و تبلیغات ارائه شده در پایگاه، ایجاب خرید یا فروش کالا یا خدمات بوده یا فقط دعوت به معامله^۳ بوده است. البته، اکثر پایگاه‌های فروش به طور صریح این امر را که اعلام اراده مالکین آن ایجاب یا دعوت به معامله است، مشخص می‌نمایند و یا قراین و اوضاع و احوال صریحی برای تشخیص آن وجود دارد.

. با انتخاب لیست کالاها، خریدار آنها را در سبد خرید قرار داده و

شیوه‌ای که در وب سایت برای تأدیه ثمن تعیین شده را بر می‌گزیند. بر این اساس باید بین قرارداد الکترونیکی و قراردادی که مبادله ایجاب و قبول آن با استفاده از ابزارهای الکترونیکی انجام شده، تفاوت گذاشت. در حالت دوم اینترنت یا سایر وسایل ارتباطی همچون «پست» عمل نموده و نقشی غیر از این در معامله ندارد؛ ولی در قراردادهای الکترونیکی - به مفهوم خاص آن - تمام مراحل انعقاد عقد، از تبلیغات گرفته تا مذاکرات مقدماتی و نهایی و حتی در اغلب موارد تحویل مورد معامله به شیوه الکترونیکی، عمدتاً اینترنتی - انجام می‌گیرد.

. خریدار نمایه (آیکون) مربوط به نحوه پرداخت را انتخاب کرده و

تأدیه به همان روش انجام می‌شود.

. که ممکن است با ارسال ضمانت نامه، برگ خدمات پس از فروش و..

به خریدار، همراه باشد.

اگر پرداخت میب و ثمن هر دو به شیوه الکترونیکی انجام پذیرد، (برای نمونه یک مقاله

1. Website Owner.
2. Shop Window.
3. Invitation to Treat.

به قیمت ۳۰ دلار از یک پایگاه اینترنتی خریداری شده و به شیوه الکترونیکی دریافت^۱ شود، چنین عقدی قرارداد مستقیم الکترونیکی^۲ نامیده می‌شود. بر عکس در قرارداد غیرمستقیم الکترونیکی، تسلیم مبیع یا دریافت ثمن اغلب به شیوه سنتی انجام می‌شود؛ اگرچه امکان دریافت ثمن به شیوه الکترونیکی و با استفاده از سیستم‌های الکترونیکی پرداخت منتفی نیست^۳. علت تحویل غیر الکترونیکی کالای مورد معامله، ممکن است عدم امکان تحویل الکترونیکی کالا باشد؛ مانند اینکه مورد معامله چند دستگاه کامپیوتر یا ماشین‌آلات کشاورزی، کشتی و... باشد یا مسایل امنیتی همچون عدم اطمینان به طرف مقابل، نفوذ یاغیان شبکه (هکرها) در برنامه‌های رایانه‌ای و اختلال یا دستبرد مطرح باشد. مثال زیر نمونه بارز مشکلی است که امکان دارد در روابط تجاری الکترونیکی به وجود آید:

«در سال ۲۰۰۴ شرکت (الف) نامه‌ای به شرکت (ب) می‌فرستد که در آن بیان شده «محموله‌ای که خواسته بودید آماده تحویل است». ادعای شرکت (الف)، سفارش (ایجاب) الکترونیکی شرکت (ب) برای تحویل سه میلیون گالن آب پرتقال منجمد است که بنابر ادعای مذکور، زمان تحویل آن سال ۲۰۰۴ می‌باشد؛ بنابر آنچه ادعا شده، سفارش مذکور در سال ۲۰۰۱ انجام شده و شرکت (ب) قرارداد مربوط به آن را به صورت دیجیتالی امضا کرده است. در پاسخ به این ادعا، دایره تصدیق امضات شرکت (ب) اعلام می‌کند که ضمن بی‌اطلاعی از سفارش ادعایی؛ این شرکت شیوه امضایی که در سال ۲۰۰۱ به کار می‌برده را تغییر داده و روش دیجیتالی دیگری را جایگزین آن نموده است. شرکت (ب) هیچ دلیلی برای دفاع از حقوق خود در برابر سفارشی که هم‌اکنون بر علیه آن شرکت ادعا شده، ندارد»^۴.

تجارتی که بدون ارتباط فیزیکی طرفین انجام می‌شود، بی‌گمان مشکلاتی از این قبیل نیز دارد: ادعای ایجاب، قبول یا سفارشی که هرگز صورت نگرفته، امضای دیجیتالی که

1. Download
2. Direct Electronic Commerce Transaction.

3. بیکر و مک کنزی (۲۰۰۱)، ص ۴.

4. چسپیک و کلمن (۲۰۰۰)، ص ۱۸۳.

توسط شخصی غیرمجاز زیر یک سند الکترونیکی با تعهد سنگین زده شده است و.. هر چه زمان می‌گذرد و سیستم‌های رسانه‌ای به نحو عام و رایانه‌ای به طور خاص پیشرفته‌تر می‌گردد این مشکلات و ادعاها نیز کاهش می‌یابد.

ایجاب و قبول الکترونیکی علی‌الاصول معتبر است و چنانچه بند ۱ ماده ۱۱ قانون نمونه تصریح می‌نماید، «در هنگام تشکیل قرارداد، اگر توافق مغایری در میان نباشد، ایجاب یا قبول می‌تواند به روش الکترونیکی انجام گیرد؛ وقتی که از شیوه الکترونیکی برای تشکیل عقد استفاده می‌شود، نمی‌توان عقد را تنها به این دلیل که یک شیوه الکترونیکی برای تشکیل آن به کار رفته بی‌اعتبار و غیر قابل اجرا دانست». مفاد این بند در موردی که یکی از ایجاب و قبول الکترونیکی باشد نیز اجرا می‌گردد و مسلماً - چنانچه بند ۲ همان ماده تصریح دارد - در صورتی که توافق مغایری بین طرفین موجود باشد، به هیچ‌وجه اجرا نمی‌شود. هدف از وضع بند اخیر که با اصالت تراضی مذکور در ماده ۴ قانون نمونه هماهنگی دارد، همانطور که در گزارش گروه کاری مربوطه آمده، این بود که استفاده از افزارهای الکترونیکی ارتباط به آن دسته از اشخاصی که به کارگیری «مدارک کاغذی» را به نفع خویش می‌دانند، تحمیل نگردد؛ بنابراین مفاد بند ۱ ماده ۱۱ قانون نمونه، محدودکننده آزادی اراده طرفین قرارداد نخواهد بود^۱.

ماده ۹ ق.ت.ا نیز به گونه‌ای بر این اصل تأکید دارد، به موجب این ماده:

«هرگاه شرایطی به وجود آید که از مقطعی معین ارسال «داده‌پیام» خاتمه یافته و استفاده از اسناد کاغذی جایگزین آن شود، سند کاغذی که تحت این شرایط صادر می‌شود باید به طور صریح ختم تبادل «داده‌پیام» را اعلام کند. جایگزینی اسناد کاغذی به جای «داده‌پیام» اثری بر حقوق و تعهدات قبلی طرفین نخواهد داشت».

۲-۲. تشریفات انعقاد (عقود تشریفاتی)

برای انعقاد برخی از عقود، علاوه بر تمامی ارکان لازم برای تشکیل عقد، تشریفات خاصی مورد نیاز است. برای نمونه، به نظر عده‌ای از حقوقدانان در انتقال املاک ثبت شده،

۱. راهنمای تدوین قانون نمونه (۱۹۹۸)، ص ۴۵، پاراگراف ۳۸۸.

علی‌الاصول تنظیم سند رسمی مورد نیاز بوده (ماده ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت) و صرف ایجاب و قبول کافی نخواهد بود؛^۱ از اینرو، عقد قانوناً زمانی تشکیل می‌گردد که تشریفات مذکور به انجام رسد، اگرچه نظر مخالف مبنی بر صحت قرارداد قویتر است و در حقوق کشورمان، می‌توان «عقود عینی» را مثال خوبی برای عقود تشریفاتی شمرد. در حقوق انگلیس نیز به موجب ماده ۵۲ و بند ۲ ماده ۵۴ قانون اموال^۲ مصوب ۱۹۲۵، اجاره اموال غیرمنقول باید به موجب سند رسمی انجام شود.

وجود سند و مدارک برای اعتبار قرارداد از جمله محدودیت‌هایی است که برخی از قراردادهای الکترونیکی با آن روبرو هستند^۳ و به دلیل نبود سند رسمی الکترونیکی در حال حاضر - از جمله به دلیل امکان جعل آسان - این انتقال باید از طریق دفاتر اسناد رسمی صورت گیرد. به طور خلاصه، در خصوص مدارک الکترونیکی عقاید متعددی وجود دارد، عده‌ای مدارک ایجاد و ذخیره شده در رایانه را همانند اسناد مکتوب می‌دانند و عده‌ای دیگر به هیچ وجه چنین اعتقادی ندارند. برای مثال، یکی از حقوقدانان انگلیس، تنظیم سند رسمی الکترونیکی را با رعایت تمام شرایط سند رسمی کاغذی - مانند امضا، حضور شهود، توسط مأمور و مطابق با قانون صالح - امکان‌پذیر دانسته ولی سپس با بازگشت به این واقعیت که سند رسمی الکترونیکی اطمینان‌بخش نیست، وجود حداقل یک پشتوانه کاغذی^۴ را لازم دانسته است.^۵ در حقوق انگلیس، واژه «مکتوب»^۶ شامل تایپ، پرینت، لیتوگرافی، عکس و سایر شیوه‌هایی است که حروف را به صورت تصویری در می‌آورند و ارجاع به مدارک کتبی در محیط‌های مجازی نیز بر همین مبنا تفسیر می‌شود.^۷

در حقوق بیع بین‌المللی، اگرچه ماده ۱۳ کنوانسیون قراردادهای بیع بین‌المللی - وین

1. کاتوزیان (۱۳۷۴)، ص ۸۸، ش ۴۶.

2. The Law of Property Act 1925.

3. رامبرگ (۲۰۰۱)، ص ۳۰۹.

4. Paper Backup.

5. بین‌بریج (۲۰۰۰)، ص ۲۶۵.

6. Writing.

7. دیویس (۱۹۹۷)، ص ۱۳۹.

۱۹۸۰^۱ (کنوانسیون وین)، «مکتوب» را شامل تلگرام و تلکس نیز می‌داند، با این حال در مورد مدارک الکترونیکی و قراردادهای منعقد شده از طریق EDI، اینترنت، نامه الکترونیکی و سایر شیوه‌های مدرن حکم خاصی ندارد.

در تفسیر ماده فوق، از جهت شمول یا عدم شمول آن بر مدارک الکترونیکی به مفهوم اعم، نظریات متعددی از سوی حقوقدانان و متخصصین امر ارائه شده است. عده‌ای از حقوقدانان معتقدند: «در کنوانسیون که ادعای تسهیل معاملات را دارد، عدم شمول واژه «مکتوب» بر موارد فوق مشکلات زیادی ایجاد می‌کند»^۲. بر همین مبنا حقوقدانی معتقد است که ماده ۱۳ کنوانسیون وین از زمان لازم‌الاجرا شدن آن در سال ۱۹۸۰ منسوخ شده است. به اعتقاد وی، «در این ماده به تلکس اشاره شده و این در حالیست که تقریباً هیچ‌گاه از آن استفاده نشده، اما فاکس یا دیگر وسایل ارتباطی ذکر نشده‌اند؛ لذا به نظر می‌رسد این ماده مثال خوبی برای کنوانسیون یا قانون داخلی است که می‌تواند از زمان عقب باشد»^۳.

این دیدگاه بسیار تند و ناخوشینانه است. جدای از اینکه کنوانسیون وین بدین منظور تدوین یافته که از لزوم کتبی و تشریفاتی شدن قراردادها پرهیز شود؛ چنانچه بر طبق ماده ۱۱ کنوانسیون، «ضرورتی ندارد که عقد بیع به صورت کتبی تشکیل یا مستند شود و از نظر تشریفاتی نیز احتیاج به مراعات هیچ شرط و قیدی نمی‌باشد. وجود عقد را می‌توان با هر دلیلی، از جمله شهادت شهود به اثبات رسانید». می‌توان ماده ۱۳ را با توجه به شرایط زمانی و مبانی تدوین آن - به تصریح خود کنوانسیون، با لحاظ خصوصیت بین‌المللی آن - تفسیر نمود. لذا اگرچه کنوانسیون وین به صراحت روش‌های انعقاد الکترونیکی قرارداد را شناسایی ننموده، ولی از هدف و پیشینه تدوین آن و تمسک به موادی غیر از ماده ۱۳ می‌توان به اعتبار چنین قراردادهایی در کنوانسیون پی برد^۴. در حقیقت یکی از دلایل عمده تسریع معاملات الکترونیکی، حذف کاغذ بازی‌های بی‌مورد است و لذا باید تمام مقررات

1. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods [CISG], (April, 11, 1980 - Vienna).

2. اسپروت (۲۰۰۲)، ص ۲۶۹.

3. فلیچر (۱۹۹۹)، ص ۲۱۸.

4. هیل (۲۰۰۳)، ص ۴.

داخلی و بین‌المللی را در جهت شناسایی این روند تفسیر نمود.

عده‌ای نیز برای حل مشکل، نامه الکترونیکی را به فاکس تشبیه کرده‌اند، از آن جهت که می‌تواند به صورت پرینت شده درآید؛ به علاوه تمام داده‌پیام‌های ارسالی در صندوق هر دو طرف ذخیره شده و قابل بازیابی هستند^۱. بنابراین نامه مذکور شرایط ماده ۱۳ کنوانسیون را داراست.

ماده ۱۳ کنوانسیون وین به ماده (۶) ۳۰۱-۱ اصول حقوق قرارداد اروپا^۲ شباهت دارد. در ماده اخیر اگرچه صراحتاً به EDI اشاره نشده، ولی هر نوع وسیله ارتباطی که برای طرفین قابل فهم باشد را، شامل می‌شود. اساساً، چنانچه گفته شده، توسعه ارتباط الکترونیکی همانند فاکس و EDI در مقایسه با تلگرام و تلکس - که در کنوانسیون وین در حکم «مکتوب» دانسته شده - تغییرات عمده‌ای ایجاد نکرد و لذا این موارد نیز در شمول کنوانسیون قرار دارند^۳.

با توجه به تمام آنچه گفته شد، می‌توان گفت: هنوز هم کنوانسیون وین به عنوان سند قانونی متحدالشکلی که دو سوم کشورهای جهان آن را در تجارت خارجی خویش پذیرفته‌اند، بر قراردادهای بیع بین‌المللی حکومت خواهد داشت. البته کنوانسیون تمام قراردادهای الکترونیکی را پوشش نمی‌دهد، زیرا تنها در بیع اموال منقول (کالا) و صرفاً در قراردادهای بین‌تجار قابل اجراست^۴ و در قراردادهای تاجر با مصرف‌کننده^۵ یا مصرف‌کنندگان با یکدیگر^۶ قابلیت اجرایی نخواهد داشت. در اصول مؤسسه یکنواخت کردن حقوق خصوصی^۷ (اصول مؤسسه)، ماده خاصی به مفهوم اصطلاح «کتبی» نپرداخته، ولی از مواد ۱-۲، ۱-۱ و ۲-۶ آن می‌توان به این نکته پی برد که مهم حصول توافق است و نحوه ابراز اراده تأثیری در واقعیت امر ندارد. بنابراین ماده

1. گرالا (۱۹۹۸)، ص ۷۸.

2. Principles of European Contract Law [PECL].

3. اسپروت (۲۰۰۲)، ص ۲۷۰.

4. رامبرگ (۲۰۰۱)، ص ۴۳.

5. B 2 C (Business to Consumer).

6. C 2 C (Consumer to Consumer).

7. International Institute for the Unification of Private Law [UNIDROIT].

۱-۲، «در هیچیک از این اصول مقرر نشده است که قرارداد باید بطور کتبی منعقد یا مدلل شود. قرارداد را به هر وسیله‌ای از جمله شهود می‌توان اثبات نمود»^۱. و نیز به موجب ماده ۲-۱ از اصول مؤسسه، «قرارداد ممکن است با قبول یک ایجاب یا رفتار طرفین آن چنانکه برای نشان دادن توافق کافی باشد، منعقد شود»^۲.

در حقوق ایالات متحده، بند (۴۶) ۲۰۱-۱ قانون متحدالشکل تجاری، «مکتوب» را به «تبدیل هر گونه اعلام ارادی به شکلی معلوم و قابل لمس» تعریف کرده که می‌توان آن را به نحو موسعی تفسیر نمود.

در حقوق ایران، بنابر ماده ۶ ق.ت.ا:

هر گاه وجود یک نوشته از نظر قانون لازم باشد، «داده‌پیام» در حکم نوشته است مگر در موارد زیر:

الف. اسناد مالکیت اموال غیر منقول.

ب. فروش مواد دارویی به مصرف‌کنندگان نهایی.

ج. اعلام، اخطار، هشدار و یا عبارات مشابهی که دستور خاصی برای استفاده کالا صادر می‌کند و یا از بکارگیری روش‌های خاصی به صورت فعل یا ترک فعل منع می‌کند».

توضیح برخی مسایل در مورد ماده فوق ضروری به نظر می‌رسد:

۱) ماده مشخص نمی‌کند که بند (الف) از نظر حقوقی چه آثاری می‌تواند داشته باشد؛ با تمسک به قواعد عمومی قرارداد می‌توان گفت، معامله الکترونیکی اموال غیرمنقول با هیچ مانعی روبرو نیست، زیرا خصوصیتی در قرارداد عادی بیع املاک وجود ندارد که با لحاظ عرف و رویه معمول این شیوه قرارداد معتبر، ولی روش الکترونیکی آن فاقد اعتبار باشد، با اینحال امکان صدور سند رسمی الکترونیکی برای اموال مذکور و معاملات راجع به آن در حال حاضر - در وهله اول از لحاظ علمی، و با ماده‌ای که ذکر شد از نظر قانونی - وجود ندارد. بنابراین ذکر عدم امکان صدور سند الکترونیکی برای اموال غیرمنقول در بند

1. به نقل از: اخلاقی و امام (۱۳۷۹)، ص ۱۰.

2. همان منبع، ص ۳۵.

فوق، نباید به عنوان تحدید انعقاد الکترونیکی قرارداد راجع به این اموال به شمار آید. البته بهتر آن بود که این منع در مورد قراردادهای مهمتر از منظر نظم عمومی و اخلاق حسنه، مانند عقد وصیت و نکاح نیز مطرح می‌شد. چنانچه، در بند ۲ ماده ۹ دستورالعمل تجارت الکترونیکی اتحادیه اروپا نیز، صدور الکترونیکی وصیت‌نامه و هر گونه وصیت و هبه از این طریق منع شده است و در اکثر کشورهای اروپایی، قراردادهای مرتبط با مسایل خانوادگی به شیوه الکترونیکی قابل انعقاد نیستند.^۱

۲) بندهای ب و ج در جهت حمایت از حقوق مصرف‌کننده و صیانت از منافع عمومی گنجانیده شده‌اند. اطلاق عبارت مقنن در عدم امکان فروش مواد دارویی به مصرف‌کنندگان نهایی و اعلام، اخطار، هشدار و یا عبارات مشابه حاوی دستور خاص برای استفاده کالا، برای رعایت اصول بهداشتی و سلامت مصرف‌کننده می‌باشد. زیرا از مصرف‌کننده نمی‌توان انتظار داشت که برای آگاهی از نحوه مصرف دارو یا ایمنی کالای خطرناک به نسخه الکترونیکی مراجعه کند. اگرچه در صورت بالا رفتن فرهنگ ارتباط الکترونیکی و تصریح قانونگذار، امکان صدور الکترونیکی نسخه پزشکی و درج طریقه و میزان استفاده از داروها و.. در مدرک الکترونیکی منتفی نیست.

۳) در ماده فوق به این امر تصریح نگردیده که «اگر داده پیام در حکم نوشته نباشد»، چه اثر حقوقی می‌توان بر آن بار نمود؛ به طور کلی این بحث بیشتر به ارزش اثباتی داده پیام الکترونیکی مربوط می‌شود و در مورد آن به اختصار باید گفت، اگر داده پیام در حکم نوشته محسوب نگردد، در آن صورت اعمال مواد ۱۲۸۴ تا ۱۳۰۵ قانون مدنی (راجع به اسناد) در مورد این گونه مدارک محل تردید خواهد بود و مدارک الکترونیکی را صرفاً به عنوان «قرینه» می‌توان پذیرفت.

سرانجام، چنانچه برخی از حقوقدانان نیز به درستی اظهار داشته‌اند^۲، و به منظور تأسیس «اصل تساوی آثار حقوقی اسناد کاغذی و الکترونیکی»، باید به جای واژه «مکتوب» از اصطلاح «مدرک»^۳ که دارای معنی عام‌تری است، استفاده شود. قبول این نظریه باعث

1. رامبرگ (۲۰۰۱)، ص ۴۱.

2. کید و دوتری (۲۰۰۰)، ص ۲۱۵.

3. Record.

اعمال تمام آثار و نتایجی که به مرور زمان با تکیه بر قانون یا رویه قضایی در مورد ارزش اثباتی انواع مدارک و ادله، تثبیت گردیده، بر مدارک الکترونیکی خواهد گردید.

۲-۳. تشکیل قرارداد به وسیله رایانه^۱

مسئله‌ای که طرح آن مناسب به نظر می‌رسد این است که آیا رایانه می‌تواند به طور خودکار و بدون دخالت مستقیم انسان اقدام به انعقاد قرارداد نماید؟ در این مورد ابتدائاً باید متذکر شد که حتی در فرض مثبت بودن پاسخ، رایانه باید دارای شرایط زیر باشد:

الف. دخالت غیر مستقیم انسانی در آن مشهود باشد؛ بدین معنی که نرم‌افزارها و ابزارهای لازم از قبل در سیستم کامپیوتری نصب شود تا از این طریق امکان ارتباط وجود داشته باشد. بر همین اساس در پرونده‌ای^۲ مقرر شد، صرف شماره گذاری خودکار سفارشات واصله، فروشندگان را متعهد نمی‌سازد، زیرا علاوه بر اینکه رایانه، برنامه‌ها و نرم‌افزارهای لازم را در اختیار نداشته، این کار به منظور تسهیل بررسی سفارشات بوده و عرفاً «قبول» شمرده نمی‌شود.

ب. رایانه باید برای انعقاد اتوماتیک قرارداد، به یک شبکه - که لزوماً اینترنت نیست - متصل باشد و فرض تشکیل قرارداد بوسیله رایانه واحد، علی‌الاصول منتفی است. در پاسخ به مسئله فوق نیز باید گفت، رایانه به طور قطع می‌تواند «ایجاب» نماید. برای مثال یک سیستم برنامه‌ریزی شده ممکن است به طور خودکار کاهش مقدار موجودی کالای مشخص را محاسبه نموده و بعد از رسیدن به میزان خاصی، به طور الکترونیکی خرید آن را از فروشنده معین ایجاب نماید.^۳

قبول الکترونیکی نیز بوسیله رایانه امکان‌پذیر است؛ البته تشخیص اینکه رایانه اقدام به پاسخ ایجاب (قبول) کرده یا تنها اعلام وصول آن نموده، بستگی به اوضاع و احوال تک‌تک موارد دارد. برای مثال در یک پرونده^۴ دادگاه برای حکم به تشکیل خودکار

1. Automated Transaction.

2. Corinthian Pharmaceutical System v. Lederle Labs (1989).

3. اسمیدینگوف (۲۰۰۲)، ص ۲۹.

4. State Farm Mutual Auto Ins. Co. v. Brockhurst (1972).

قرارداد بیمه چنین استدلال نمود که رایانه مطابق با اطلاعات و راهنمایی‌های کارگزاران بیمه عمل کرده و بر این اساس شرکت بیمه متعهد به قرارداد بیمه‌ای می‌باشد که بوسیله رایانه تمدید شده است.^۱

از دیدگاه تطبیقی، در حقوق ایالات متحده، E-Sign و یوتا هر دو بر اعتبار قرارداد منعقد توسط نماینده الکترونیکی^۲ صحه گذاشته‌اند. بنابر ماده ۱۰۱(h) E-Sign اثر حقوقی، اعتبار یا قابلیت اجرایی قرارداد یا مدرک الکترونیکی، نباید تنها به این دلیل که انعقاد آن یا تحویل مورد معامله از طریق نماینده یا نمایندگان الکترونیکی انجام گرفته، انکار شود. یوتا نیز در ماده ۱۴(۱) تشکیل قرارداد را با دخالت نمایندگان الکترونیکی طرفین عقد امکان‌پذیر دانسته است و لو اینکه هیچ کس از عملکرد آن آگاهی نداشته یا در هنگام تشکیل عقد آن را بررسی ننموده باشد. ماده ۱۴(۲) یوتا، انعقاد قرارداد را با دخالت نماینده الکترونیکی و شخص حقیقی، هر دو، منتفی نمی‌داند.

در حقوق کانادا، به موجب مواد ۱۹ تا ۲۲ قانون متحدالشکل تجارت الکترونیکی، تشکیل قرارداد از طریق صدور ایجاب و قبول به شیوه خودکار و با افزارهای الکترونیکی و بدون مداخله مستقیم انسان، شناسایی شده است.^۳

کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال)^۴ در حال تدوین کنوانسیون درباره انعقاد قرارداد به شیوه الکترونیکی می‌باشد. در ماده ۱۲ [۱۴] پیش‌نویس آن زیر عنوان «استفاده از سیستم اطلاعاتی خودکار برای انعقاد قرارداد» بر این امر تصریح شده که، آثار حقوقی قراردادی که با دخالت یک شخص و یک سیستم اطلاعاتی خودکار یا یک سیستم به تنهایی منعقد شده، نباید به صرف اینکه از سیستم خودکار اطلاعاتی استفاده شده، انکار شود.^۵

در حقوق ایران، قانون تجارت الکترونیکی در مورد تشکیل قرارداد به وسیله

۱. اسمیدینگوف (۲۰۰۲)، ص ۲۹.

2. Electronic Agent.

3. ساکس (۲۰۰۰)، ص ۱۴.

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

5. گزارش جلسه چهل و سوم کمیسیون (۲۰۰۴)، ص ۱۲.

سیستم‌های خودکار یا نمایندگان الکترونیکی ساکت است. با این وجود به استناد برخی از مواد همین قانون می‌توان اعتبار چنین قراردادی را اثبات نمود. بند (ص) ماده ۲ ق.ت.ا، «عقد از راه دور» 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 می‌کند. در این بند برای اعلام ایجاب و قبول، وسیله یا شرط خاصی معین نشده و لذا می‌توان رایانه را برای انجام خودکار آن برنامه‌ریزی نمود. بند (م) همین ماده، تعریف عامی از واژه «شخص» به عمل آورده و آن را اعم از شخص حقیقی و حقوقی و سیستم‌های رایانه‌ای تحت کنترل ایشان دانسته است. «سیستم رایانه‌ای» نیز در بند (و) ماده ۲ به «هر نوع دستگاه یا مجموعه‌ای از دستگاه‌های متصل سخت‌افزاری - نرم‌افزاری که از طریق اجرای برنامه‌های پردازش خودکار «داده‌پیام» عمل می‌کند»، تعریف شده است.

بند اخیر در امکان قائل شدن اعتبار برای قراردادهای اتوماتیک صراحت بیشتری دارد، زیرا پردازش خودکار داده‌پیام را توسط سیستم رایانه‌ای بدون هیچ مانعی، مورد تصریح قرار می‌دهد. علاوه بر این بند (ب) ماده ۱۸ ق.ت.ا داده‌پیام ارسال شده به وسیله سیستم اطلاعاتی برنامه‌ریزی شده یا تصدی خودکار از جانب اصل ساز را به وی منتسب می‌نماید. آشکار است که انتساب داده‌پیام به شرح فوق - که می‌تواند حاوی ایجاب یا قبول قرارداد باشد - به یک شخص (در اینجا، اصل ساز) به مفهوم انتساب تمام آثار حقوقی ناشی از ارسال آن داده‌پیام - از جمله آثار حقوقی قراردادی که به طور خودکار تشکیل شده - به او می‌باشد.

صرفنظر از تحلیلی که به عمل آمد و بدون ورود در اشکالات و نواقص عمده قانون تجارت الکترونیکی ایران، که در اینجا مجال بحث ندارد، به اختصار باید اذعان داشت که قانون مذکور - حتی اگر هدف مقنن از تدوین و تصویب آن چنین نبوده - به تبیین کلیاتی از «تجارت الکترونیکی» پرداخته و از اینرو نمی‌توان جزئیات و احکام خاص قراردادهای الکترونیکی را از آن استنباط نمود.

۳. زمان و مکان تشکیل قراردادهای الکترونیکی

۳-۱. طرح بحث

تعیین زمان تشکیل عقد از جمله برای تشخیص مبدأ جریان آثار عقد، تعیین قانون حاکم بر عقد و روابط طرفین و نیز مبدأ جریان مرور زمان اهمیت دارد^۱. مکان تشکیل عقد نیز در مواردی به تعیین دادگاه صالح و قانون قابل اجرا بر عقد و روابط طرفین کمک می‌کند. از طرف دیگر در مواردی زمان تشکیل ایجاب نیز می‌تواند دارای اهمیت باشد؛ برای مثال اگر فروشنده‌ای هنگام ایجاب الکترونیکی نرم افزار معین اعلام نماید، «این ایجاب برای یک ماه پایدار خواهد بود» هر چند قبل از موعد مذکور نیز ایجاب از سوی او قابل رجوع است ولی بعد از آن مدت، اعتبار ایجاب از نظر امکان الحاق قبولی به خودی خود از بین می‌رود. بنابراین تعیین زمان صدور ایجاب، زمان اعتبار و انقضای آن را مشخص می‌کند.

تشخیص دقیق زمان مؤثر شدن قبول در تعیین زمان و مکان انعقاد عقد، دارای اهمیت اساسی است. زیرا چنانچه ماده ۲۳ کنوانسیون وین نیز تصریح نموده، قرارداد از زمانی که قبول مؤثر می‌افتد، تشکیل می‌گردد. به طور کلی در مورد زمان و مکان تشکیل قراردادهای الکترونیکی باید گفت، چون در این قراردادها طرفین عقد در حضور یکدیگر مبادرت به انعقاد عقد نمی‌کنند و اغلب باهم فاصله مکانی - حتی از نظر جغرافیایی، فاصله زمانی^۲ دارند، لذا مطمئناً بین زمان و مکان صدور ایجاب یا قبول و اطلاع از آن توسط مخاطب تفاوت خواهد بود؛ وضعیت قراردادهای الکترونیکی از این نظر مشابه عقود مکاتبه‌ای و قراردادهایی هست که ایجاب و قبول آن از طریق پست انجام می‌گیرد، در این شیوه از اعلام اراده در خصوص زمان قطعی شدن صدور «قبول» اختلاف نظر وجود دارد و نظریات اعلام، ارسال، وصول و اطلاع ارائه شده و کشورهای مختلف به تناسب حقوق

1. شهیدی (۱۳۷۷)، ص ۱۵۸، ش ۱۱۹.

2. برای مثال اگر به موجب قرارداد الکترونیکی یک دستگاه ابررایانه میان شرکت آمریکایی و یک شرکت تأمین ارتباط اینترنتی در ایران معامله شود، در صورتی که محل اقامت شرکت ایرانی، تهران و شرکت آمریکایی، واشینگتن باشد و قرارداد ساعت ۹/۵ صبح به وقت واشینگتن منعقد شود، در تهران این عقد اوایل شب (۶ عصر) واقع شده است.

داخلی خویش یکی از این نظریات را پذیرفته‌اند.^۱

۳-۲. مفهوم و پیشینه تاریخی نظریات ارسال و وصول

با توجه به یکسانی قراردادهای منعقد با نامه الکترونیکی و عقود مکاتبه‌ای از نظر زمان قطعیت قبول که خود در تعیین زمان و مکان تشکیل عقد اهمیت بسزایی دارد، لازم است تا نظریات مطرح در خصوص زمان قطعی شدن صدور قبول (تثوری‌های اعلام، ارسال، وصول و اطلاع) بررسی شود. از میان این نظریات، تثوری‌های اعلام و اطلاع به دلیل سادگی تشخیص زمان آنها و اینکه کمتر مورد توجه قرار گرفته‌اند، نیاز به توضیح ندارند. به طور اجمال به موجب نظریه اعلام، قرارداد از زمان ابراز قبول از سوی طرف ایجاب تشکیل می‌شود؛ این نظر، چنانچه برخی از حقوقدانان نیز، به حق گفته‌اند^۲، به دلیل امکان تغییر تصمیم از سوی قابل پیش از ارسال آن نمی‌تواند مورد پذیرش قرار گیرد.

نظریه اطلاع - بدین صورت که قبول از زمان آگاهی ایجاب‌کننده از صدور آن تأثیرگذار باشد - نیز به این دلیل که هیچ اثر حقوقی بر آن بار نیست، مقبولیت کمتری یافته است؛ اگرچه تمایل به لزوم اطلاع موجب از قبول برای انعقاد قراردادهای الکترونیکی اخیراً طرفدارانی پیدا کرده و چنانچه خواهد آمد، پیش نویس دستورالعمل تجارت الکترونیک اروپا دریافت قبول و ارسال رسید آن به قابل را شرط تشکیل قرارداد محسوب داشته بود. در زیر به بررسی نظریات ارسال و وصول قبول پرداخته می‌شود.

نظریه ارسال در قرن نوزدهم یعنی هنگامی که مذاکرات مقدماتی و ایجاب و قبول عقود از طریق نامه قابل انجام بود توسعه یافت و محاکم از قابل در مقابل خسارات ناشی از تأخیر یا قصور مأموران اداره پست حمایت نمودند. با در نظر گرفتن مزایای وسایل ارتباط فوری^۳ همانند اینترنت، برخی از دادگاه‌ها در اعمال تثوری ارسال در مفهوم سنتی آن تردید کردند. برای مثال در دو پرونده،^۴ دادگاه‌های انگلیسی حکم نمودند که در صورت استفاده

1. همان منبع، ص ۱۶۱، ش ۱۲۱.

2. همان منبع، ص ۱۶۲، ش ۱۲۱.

3. Instantaneous Communication.

4. Entores v. Miles for East Corporation (1955), Brinkibon v. Stahag (1983).

از وسایل فوری ارتباط، قبول از زمان وصول معتبر است^۱. لذا اگر اینترنت به عنوان وسیله ارتباط فوری به حساب آید، نظریه وصول بهتر و مناسب تر خواهد بود. در حقوق انگلیس اولین بار در سال ۱۸۱۸ بر نظریه ارسال تصریح شد^۲ و بعدها دادگاهها تأکید نمودند که نامه حاوی قبول، برای اینکه از تاریخ ارسال دارای اثر باشد، باید با رعایت تمام تشریفات پستی و به آدرس صحیح موجب ارسال گردد^۳. در حقوق فرانسه سالها در این مورد تردید وجود داشت، به موجب حکم دیوانعالی کشور^۴ در سال ۱۸۶۷ زمان قطعیت قبول، بسته به اوضاع و احوال خاص هر قراردادی، با صلاحدید دادرس تعیین می شود و بر همین مبنا محاکم تجدیدنظر بیشتر به راه حل های منصفانه روی آوردند. اگرچه از سال ۱۹۳۲ به بعد در آرای دیوانعالی فرانسه تمایل به اصل قرار دادن نظریه ارسال دیده می شود، اما این تئوری از سال ۱۹۸۱ به بعد به عنوان قاعده جامع پذیرفته شد^۵.

در هر حال از سال ۱۹۵۵ که استفاده از تلکس برای ارتباط شایع شده، شیوه انعقاد قرارداد نیز تغییر یافته است.

نظریه ارسال را به گونه ای دیگر نیز می توان توجیه کرد: ارسال کننده ممکن است اصیل نبوده و به نمایندگی از سوی وی عمل نموده یا خدمتکار وی بوده و اختیارات ایشان محدود باشد. داده پیام نیز امکان دارد واصل نشود یا اگر تصور این باشد که فوراً به دست مخاطب می رسد، خارج از ساعات اداری یا در شب ارسال شود به گونه ای که او روز بعد بر محتوای آن آگاهی یابد. بالاخره، محال نیست در این یا آن سوی ارتباط عمد، خطا یا اشتباه فنی در کار باشد که باعث شود تا داده پیام هیچ وقت به دست مخاطب نرسد یا هیچ گاه ارسال نگردد^۶.

۳-۳. بررسی قانون نمونه آنسیترال

1. پاسینی و دیگران (۲۰۰۲)، ص ۴۶.

2. Adams v. Lindsell (1818).

3. Household Fire Insurance Co. v. Grant (1879).

4. Cour de Cassation.

5. گالت، [بی تا]، ص ۱۵.

6. کریستنسن (۲۰۰۱).

هر چند قانون نمونه آنستیرال درباره تجارت الکترونیکی در این خصوص حکم صریحی ندارد، ولی با تدقیق در ماده ۱۵ آن، که عیناً نقل می‌شود، می‌توان به نتایجی رسید:

ماده ۱۵. زمان و مکان ارسال (مخبره) و وصول داده‌پیام

۱. در صورت عدم توافق مغایر بین فرستنده و گیرنده، مخبره داده‌پیام زمانی انجام می‌شود که به یک سیستم اطلاعاتی خارج از دسترس شخص فرستنده یا شخصی که داده‌پیام را به نمایندگی از وی ارسال می‌دارد، وارد شود.

۲. در صورت عدم توافق مغایر بین فرستنده و گیرنده، زمان وصول داده‌پیام به شرح زیر تعیین می‌شود:

الف. اگر مخاطب یک سیستم اطلاعاتی برای وصول داده‌پیام طراحی نموده باشد، وصول زمانی است که:

۱. داده‌پیام وارد سیستم اطلاعاتی طراحی شده می‌شود؛

۲. اگر داده‌پیام به آن بخش از سیستم اطلاعاتی گیرنده (مخاطب) که جزء سیستم اطلاعاتی طراحی شده نیست، فرستاده شود، وصول زمانی است که مخاطب بدان دست یابد.
ب. اگر مخاطب سیستم اطلاعاتی طراحی شده (برای این منظور) نداشته باشد، وصول با ورود داده‌پیام به سیستم اطلاعاتی وی تحقق می‌یابد.

۳. بند ۲ حتی در صورتی که محل وقوع سیستم اطلاعاتی متفاوت با محلی باشد که در آنجا به موجب بند ۴ فرض می‌شود که داده‌پیام وصول شده، اعمال می‌گردد.

۴. در صورت فقدان توافق مغایر بین فرستنده و گیرنده فرض می‌شود، داده‌پیام از محلی ارسال شده که مرکز امور تجاری فرستنده آنجاست. در اجرای این بند:

الف. اگر فرستنده یا گیرنده بیش از یک مرکز تجارت (کسب) داشته باشد، محلی که نزدیکترین ارتباط را با معامله مورد بحث دارد و یا در موقعی که اساساً معامله‌ای انجام نشده، محلی که عمده‌ترین مرکز تجارت شخص در آنجا قرار دارد.

ب. در صورتی که فرستنده یا گیرنده مرکز امور تجاری نداشته باشد، اقامتگاه عرفی وی ملاک قرار می‌گیرد.

۵. این ماده در موارد زیر اجرا نخواهد شد.

ماده ۱۵ قانون نمونه برای رفع ابهاماتی وضع شده که استفاده از شیوه‌های الکترونیکی ارتباط آنها را بوجود آورده است. البته در مورد این ماده باید تصریح گردد که به هیچ وجه در صدد تأسیس قاعده حل تعارض نیست.^۱ به طور کلی مقررات ماده مذکور صراحت دارد، فقط آنچه در بند ۴ آمده، فرض قانونی^۲ دارای اثر حقوقی است که از جمله برای بکارگیری در قراردادها وضع شده تا از آن طریق محل ارسال یا وصول داده‌پیام مشخص گردد.

بدیهی است، این مقررات تنها در کشورهایی که مقررات قانون نمونه را پذیرفته و خود قانون خاصی در این زمینه ندارند، اجرا خواهد شد؛ وگرنه قواعد عمومی قراردادها یا قانون خاص در هر کشوری زمان و مکان تشکیل قرارداد الکترونیکی را معین خواهد کرد.

۳-۴. حقوق تطبیقی

در حقوق کامن‌لا، اگر از خدمات پستی برای قبول استفاده شود، قاعده ارسال^۳ اعمال می‌شود. به موجب این قاعده اگر قبول مکتوب بوده و طرفین از پست به عنوان وسیله ارتباطی استفاده نمایند، قبول جایی واقع شده که نامه حاوی آن در آنجا ارسال شده، صرف نظر از اینکه به دست مخاطب رسیده است یا نه.^۴ البته قاعده ارسال زمانی کاربرد دارد که استفاده از پست معمول و متعارف باشد؛ این رویه از جمله در صورتی که ایجاب پست شده باشد، محرز است. بدیهی است، اگر مذاکرات مقدماتی از طریق وسایلی چون تلکس، فاکس یا تلفن انجام شده باشد، ناگزیر از شمول قاعده ارسال خارج شده و مضمول قاعده وصول^۵ خواهد بود. به این دلیل که موجب - در صورتی که اختلالی در رابطه ایجاد نشود - بلافاصله بر قبول اطلاع می‌یابد. به همین علت اگر ارتباط قبل از اعلام قبول قطع شود، بر قابل است که بدین منظور دوباره با موجب ارتباط برقرار کند.^۶

عده‌ای در تبعیت قراردادهای الکترونیکی از قواعد پستی ارسال و وصول قبول، تردید

1. راهنمای تدوین قانون نمونه (۱۹۹۸)، ص ۵۳، پاراگراف ۴۱.

2. Irrefutable Presumption.

3. Mailbox Rule.

4. Adams v. Lindsell (1818), Household Fire Insurance Co. v. Grant (1879).

5. Receipt Rule.

6. تان (۲۰۰۲)، قسمت دوم، ص ۳۴۷.

دارند. از نظر این عده، «تشخیص دقیق اینکه ایجاب و قبول کی، کجا و چگونه ارسال، دریافت و یا تأیید شده در تعیین اینکه قرارداد الزام‌آوری منعقد شده یا نه مؤثر است. در یک مورد دادگاه حکم نمود که دورنگار تنها زمانی اعلام کامل پیام به حساب می‌آید که تمام برگه‌های مرتبط بدون وقفه فاکس شود. لذا تبادل الکترونیکی اطلاعات^۱ نیز به دلیل وقفه‌ای که ممکن است میان ارسال و دریافت بوجود آید از قواعد مشابهی تبعیت می‌کند»^۲.

این عقیده به گونه‌ای دیگر نیز بیان شده است: «اینترنت بر خلاف تلفن و دورنگار فناوری لحظه‌ای نیست، با دریافت اطلاعات آنها برای مدت کوتاهی در ارتباط اینترنتی معطل شده و سپس به صندوق پست الکترونیکی مخاطب فرستاده می‌شوند و به همین خاطر شاید بتوان واسطه‌هایی چون سرویس دهنده را دارای نقشی همانند پست محسوب داشت. ولی به خاطر سرعت ارسال نامه‌های الکترونیکی این امر و بدین لحاظ اعمال نظریه وصول در مورد داده‌پیام بعید به نظر می‌رسد»^۳.

در خصوص نظریات فوق باید گفت، مقایسه وسایل ارتباطی سریع چون تلفن و دورنگار با نامه الکترونیکی از نظر نحوه ارسال و دریافت اطلاعات به هیچ وجه صحیح نیست زیرا، امکان دارد وصول یا اطلاع از محتوای نامه الکترونیکی به هر دلیل با تأخیر انجام گیرد.^۴ اگرچه نامه پستی (حلزونی)^۵ و الکترونیکی از نظر سرعت مبادله و وسیله ارتباطی باهم تفاوت دارند، ولی اشتراک آنها در یک چیز می‌تواند دلیل بر مقایسه و لحاظ حکم مشترک برای آن دو در هنگامی باشد که به عنوان وسیله‌ای برای ابلاغ ایجاب و قبول مورد استفاده قرار می‌گیرند و آن اینکه در هر دو مورد، ارسال اطلاعات از سوی یک طرف (برای مثال موجب) لزوماً مساوی با دریافت آن از سوی طرف دیگر (مثلاً قابل) نیست، همچنان که دریافت نامه عادی یا الکترونیکی دلیل بر آگاهی گیرنده از محتوای آن

1. Electronic Data Interchange [EDI].

2. اسמידینگوف (۲۰۰۲)، ص ۲۷.

3. تان (۲۰۰۲)، قسمت دوم، ص ۳۴۸.

4. دد و هرناندز (۱۹۹۸)، ص ۱۷.

5. Snail Mail (نامه حلزونی)، کنایه از سرعت کم مبادله نامه عادی در مقایسه با نامه الکترونیکی E-Mail.

نمی‌باشد؛ چه، امکان دارد نامه به هر دلیل به دست مخاطب نرسد و یا وی قبل از اطلاع از محتوای آن فوت نموده یا محجور شود. حال آنکه در تلفن و دورنگار ارسال اطلاعات از یک سو مفهومی جز دریافت آن در سوی دیگر ارتباط ندارد. به عبارت دیگر فاصله میان فرآیندهای اعلام، ارسال، دریافت و اطلاع آنقدر کم است که عرفاً به حساب نمی‌آید. بدین لحاظ مواردی را که قرارداد از طریق گپ اینترنتی (اعم از حرفی یا صوتی یا صوتی - تصویری) تشکیل می‌شود، می‌توان با مکالمه تلفنی مقایسه کرده و از حیث آثار حقوقی مشابه آن محسوب داشت. در مواردی که اعلام اراده از رفتار شخص نتیجه می‌شود^۱ برای مثال در قرارداد مستقیم الکترونیکی، مخاطب (یک فروشنده) بدون اعلام صریح قبول، کالاهای درخواست شده از سوی موجب در یک نامه الکترونیکی را در مدت زمان متعارفی، به صورت فیزیکی یا الکترونیکی برای وی ارسال می‌دارد؛ پر واضح است که دیگر نمی‌توان به قواعد و تئوری‌های حاکم بر عقود مکاتبه‌ای دل بست و باید قواعد دیگری را جست.

از نظر عده دیگری از محققین، نظریه ارسال با متن قراردادهای نمونه‌ای که برای تبادل الکترونیکی اطلاعات طراحی شده مطابقت دارد و این قراردادها نظریه وصول را مبنا قرار می‌دهند. همچنین با قوانین موجود یا پیشنهادی همانند کنوانسیون وین، یا اصلاحیه‌های پیشنهادی برای مواد ۲ و ۲ (الف) قانون متحدالشکل تجاری، قانون نمونه آنسیترا^۲ درباره تجارت الکترونیکی و قانون متحدالشکل معامله اطلاعات رایانه‌ای مصوب ۱۹۹۹^۲ مطابقت دارد. در این دیدگاه قابل پردازش بودن داده‌پیام برای گیرنده به معنی وصول آن است^۳. دیدگاه فوق در استناد به قانون نمونه از آن نظر صحیح نیست که چنانچه گفته شد، قانون مذکور در صدد ایجاد قاعده حل تعارض نیست و اصلاحات ادعایی در یو.سی.سی. نیز در حال حاضر صرفاً در مرحله پیشنهاد قرار دارد. در مورد کنوانسیون وین نیز باید گفت، اگرچه ماده ۱۸ این کنوانسیون بر مبنای نظریه ارسال تدوین یافته، با این حال در ادامه ماده مقرر شده که ایجاب‌کننده تا زمانی می‌تواند از ایجاب خویش اعلام انصراف نماید

1. امیری قائم مقامی (۱۳۷۸)، ص ۱۹۸.

2. Uniform Computer Information Transactions Act 1999 [UCITA].

3. پاسینی و دیگران (۲۰۰۲)، ص ۴۷.

که نامه قبول از سوی قابل پست نشده باشد؛ از اینرو - بر خلاف برخی از تصورات - در کنوانسیون وین تئوری ارسال به طور کامل فراموش نشده است.

از بعد قراردادهای تجاری بین‌المللی، بند ۲ ماده ۶-۲ اصول مؤسسه، قبول ایجاب را هنگامی واجد اثر قانونی می‌داند که اظهار یا اعلام دال بر رضایت قابل، به دست موجب برسد؛ و به موجب ماده (۲) ۱۸ کنوانسیون وین، «قبول ایجاب از لحظه‌ای که اعلام رضا به پیشنهادکننده (موجب) می‌رسد، نافذ می‌گردد. چنانچه اعلام رضا ظرف مدتی که پیشنهاددهنده تعیین نموده یا در صورت عدم تعیین مدت، ظرف مدت متعارفی به وی نرسد، قبول نافذ نخواهد بود». در تفسیر این ماده تأکید شده که آرای سیستم‌های حقوقی جهان در این زمینه متشتت است^۱ و دو نظریه ارسال و وصول، هر دو مزایایی دارند که سیستم‌های مختلف را بسته به قواعد و اصول داخلی به تعیین تکلیف در این زمینه واداشته است. عدم استدلال به سود تئوری اطلاع از محتوای قبول در حقوق اکثر کشورها، دلالت بر این امر دارد که در تأسیس اصل یا تصویب قانون در این زمینه، همواره جنبه اثباتی قضیه مد نظر بوده است و همین امر موجب گرایش به نظریه وصول شده است. با اینحال در حقوق کشورمان، نظریه ارسال در این زمینه مقبول‌تر به حساب می‌آید. مهمترین پشتیبان نظریه ارسال، جدایی عالم ثبوت و اثبات از نظر احکام و آثار حقوقی مترتب بر آن است و نمی‌توان تنها به دلیل اندیشه بر تسهیل اثبات مسئله، تشکیل قرارداد را تا وصول نامه قبول به دست ایجاب کننده، که ممکن است هرگز روی ندهد، به تعویق انداخت. به عبارت دیگر در حالت عادی و در صورت نبود توافق خصوصی مغایر، قرارداد با ارسال نامه الکترونیکی قبول تشکیل می‌شود و علی‌الاصول، با قیاس به عالم مادی، اگر شرایط انعقاد عقدی موجود باشد، نمی‌توان از ایجاد آن در عالم اعتبار جلوگیری نمود. از سوی دیگر با لحاظ ماده ۱۹۱ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشا به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد نماید». مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند مورد نیاز است و دلالت بالفعل آن، علی‌الاصول، لازم نیست^۲ و اساساً در حقوق ایران به تبعیت از

1. داراب‌پور (۱۳۷۴)، ص ۲۳۵.

2. شهیدی (۱۳۷۷)، ص ۱۶۳، ش ۱۲۱.

قانون مدنی، در هنگام بررسی ابعاد عقود و تفسیر محتوای آنها، بر «قصد واقعی و باطنی» تکیه می‌شود.

البته، در فرض وحدت آثار نامه عادی و الکترونیکی از نظر زمان ارسال و دریافت، بر نظریه ارسال (اینکه با ارسال الکترونیکی قبول، قرارداد منعقد شود) چنین ایراد شده است که چون در اغلب موارد مبادله الکترونیکی ایجاب و قبول میان طرفینی صورت می‌گیرد که از هم فاصله فیزیکی قابل توجهی دارند، لذا در چنین روابطی نظریه ارسال موجب را از حق خویش برای انصراف به موقع از ایجاب محروم می‌سازد.^۱ این ایراد در صورت پذیرش نظریه، مانعی در راه اجرای آن نخواهد بود و نظریه ارسال در صورت فقدان توافق مغایر یا استفاده قابل از شیوه غیر مجاز برای قبول، یا ارسال آن بعد از ارسال انصراف از ایجاب توسط موجب، اعتبار خواهد داشت. در تایید این امر، یک دادگاه کانادایی^۲ حکم نمود، انتقال قبولی که همانند ایجاب فاکس شده، با ارسال آن روی داده است.

در حقوق آمریکا ماده (۳) ۱۵ یوتا در خصوص زمان ارسال مقرر می‌دارد، داده‌پیام زمانی ارسال شده که «به یک سیستم پردازش اطلاعات خارج از کنترل ارسال کننده وارد شود». برای نمونه پیام از یک سیستم رایانه‌ای به سیستم دیگر انتقال یابد یا به محیطی وارد شود که بوسیله گیرنده بدین منظور طراحی شده و تحت کنترل وی قرار گیرد. مشروط بر اینکه از آن سیستم قابل بازیافت و پردازش باشد (ماده (۱) الف) ۱۵ و (۲) ب) ۱۵ یوتا).

در مورد مکان ارسال یا دریافت داده‌پیام ماده (د) ۱۵ یوتا آماره را بر این قرار می‌دهد که یک مدرک الکترونیکی از مرکز امور تجاری دریافت کننده ارسال شده و در مرکز امور تجاری مخاطب دریافت شده است. اگر یکی از این دو یا هر دو بیش از یک مرکز تجارت داشته باشند، مرکزی مبنا قرار می‌گیرد که بیشترین ارتباط را با قرارداد منعقد دارد. اگر ارسال کننده یا دریافت کننده (مخاطب) مرکز امور تجاری نداشته باشد، اقامتگاه ایشان ملاک خواهد بود. البته یوتا در این مورد ناقص است زیرا در مورد اخیر و حالتی که یکی از طرفین یا هر دو اقامتگاه مشخصی نداشته باشند، سکوت نموده است.^۳

1. فرانسورت، قراردادها (۲۰۰۳)، ش ۲۲-۳.

2. Bickmore v. Bickmore (1996).

3. اسمیدینگوف (۲۰۰۲)، ص ۲۸.

در ایالات متحده، کناره‌گیری از ایجاب صرفاً زمانی مؤثر است که به اطلاع طرف دیگر برسد. این موضوع در ماده ۱۷-۳ قانون متحدالشکل تجاری مورد تأکید قرار گرفته است. البته اگر موجب بعد از ارسال قبول از سوی قابل از ایجاب برگردد، نظری که طرفداران بیشتری دارد، «نظریه ارسال» است که به موجب آن جز در صورت تصریح مغایر به هنگام ایجاب، قبول از زمان ارسال آن دارای تمام آثار حقوقی است.^۱ پاراگراف ۶۳ (دومین) اصلاحیه قانون قراردادها^۲ نیز این نظر را پذیرفته است.

در حقوق مالزی، نظریه وصول پذیرفته شده است. ماده ۱۵ قانون معاملات الکترونیکی مالزی به تقلید از ماده ۱۵ قانون نمونه آنسیترال وضع شده و می‌تواند مبنای تعیین زمان و مکان وقوع قبول در این کشور قرار گیرد. اگرچه موضع قانون قرارداد ۱۹۵۰ و قانون امضای دیجیتالی ۱۹۹۷ مالزی در این مورد روشن نیست. با این حال طبق قواعد عمومی و عرفی قرارداد، ارسال الکترونیکی قبول تنها زمانی مؤثر است که به سیستم اطلاعاتی ایجاب‌کننده (موجب) وارد شود و اینکه وی چه موقع صندوق پست الکترونیکی خود را باز کرده و پیام را می‌خواند، تأثیری در تشکیل عقد ندارد.^۳

در حقوق استرالیا، بند ۳ و ۵ ماده ۱۴ قانون معاملات الکترونیکی استرالیا مصوب ۱۹۹۹، در مورد زمان و مکان وصول داده‌پیام، قواعد مقرر در قانون نمونه آنسیترال را مورد تأیید قرار داده است. در این کشور قاعده کلی این است که قرارداد جایی و گاهی که قبول ارسال می‌شود، تشکیل می‌گردد.^۴ حتی در پرونده‌ای پست به عنوان نماینده هر دو طرف محسوب گردیده است.^۵

در اتحادیه اروپا به موجب بند ۱ ماده ۱۱ دستورالعمل تجارت الکترونیکی^۶، «سرویس

1. دد و هرناندز (۱۹۹۸)، ص ۱۱.

2. Restatement (Second) of Contracts.

3. عبدالجلیل و پوینتون (۲۰۰۴)، ص ۱۱۹.

4. Electronic Transactions Act 1999 [Australia].

5. Tallerman & Co Pty Ltd v Nathan's Merchandise (Victoria) Pty Ltd (1957), Henthorn v Fraser (1892).

6. Household Fire and Carriage Accident Ins Co v Grant (1879).

7. Directive 2000/31/EC Of The European Parliament And Of The Council Of June 2000 On Certain Legal Aspects Of Information Society Services , In Particular Electronic Commerce.

دهنده ملزم به تأیید وصول دریافت کننده، بدون تأخیر ناروا و با وسایل الکترونیکی می‌باشد. به دلیل سکوت دستورالعمل، در تفسیر این ماده و در اینکه آثار حقوقی قرارداد الکترونیکی قبل یا بعد از دریافت تصدیق جریان می‌یابد، اختلاف نظر وجود دارد. از نظر برخی از حقوقدانان برای تشکیل قرارداد، فروشنده باید «تصدیقی» به مشتری ارسال نموده و آگاهی خود را از سفارش او اعلام دارد. امکان دسترسی مشتری به تصدیق اماره وصول آن است و اطلاع وی از آن در انعقاد عقد تأثیری ندارد. این تحلیل را نمی‌توان پذیرفت، زیرا پیش‌نویس ماده ۱۱ دستورالعمل مذکور که بر اساس آن قرارداد به صرف ایجاب و قبول اعتبار نمی‌یافت بلکه باید وصول قبول، از سوی فروشنده تأیید می‌گردید، به هنگام تصویب نهایی دستورالعمل اصلاح گردید و اگرچه در محتوای ماده اصلاحی ابهام عمده‌ای پدید آمد، ولی عدم تصویب پیش‌نویس مذکور خود دلالت بر فقدان هر گونه تأثیر حقوقی بر تأییدیه مذکور می‌باشد. چنانچه برخی از حقوقدانان نیز - به حق - اعلام داشته‌اند، «در حقوق قاعده عامی با مضمون لزوم تأیید وجود ندارد؛ در طول قرن‌های متمادی، بدون نیاز به تأیید قرارداد، امور معاملاتی مردم به خوبی اداره شده و تجارت الکترونیکی این وضعیت را تغییر نداده است»^۱. بنابراین باید تفسیر بسیار مضیقی از ماده ۱۱ دستورالعمل تجارت الکترونیکی اروپا به عمل آورد، زیرا قراردادهای الکترونیکی خصوصی ندارند که نیازی به صدور تأییدیه در آنها وجود داشته باشد. دستورالعمل فوق‌الذکر امکان توافق خصوصی را در قراردادهای بین تجار^۲ منتفی نمی‌نماید^۳.

در حقوق چک، نظریه وصول پذیرفته شده است و در تجارت الکترونیکی با ورود قبول به سیستم اطلاعاتی موجب و بدون نیاز به اطلاع وی از محتوای آن قرارداد تشکیل می‌شود.^۴

۳-۵. بررسی مقررات داخلی ایران

در آغاز این فراز باید گفت، به نظر می‌رسد با قطعیت قبول، قرارداد نیز تشکیل می‌شود.

۱. رامبرگ (۲۰۰۱)، ص ۴۴۵.

۲. B 2 B (Business to Business).

۳. بیکر و مک کنزی (۲۰۰۱)، ص ۱۷.

۴. وکا و لوبیل (۲۰۰۰)، ص ۲.

لذا 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 آنسترال، در صورتی که فرستنده و گیرنده ایجاب یا قبول به گونه‌ای 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 گردیده‌اند؛ 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 منحصراً 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. دادرس باید در هر مورد خاص و با ملاحظه قراین تعیین کند که در چه زمان گوینده قبول مفاد آن را انشا و خود را به طور قطع پای‌بند می‌کند»^۱. ایشان در جایی دیگر با یکسان دانستن نظریه اعلام و ارسال و اطلاق اعلام به

1. کاتوزیان (۱۳۷۴)، ص ۳۶۱، ش ۱۹۱.

مفهوم عرفی به مجموع این دو اضافه می‌کنند، «همین که قبول اعلان شود تراضی کامل است»^۱. 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 قرارداد - 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 بنا بر 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 آنسیترال 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.

در مورد قانون نمونه نیز باید گفت، همان گونه که در تفسیر این قانون از سوی گروه کاری مربوطه آمده است^۲، از دیدگاه قانون نمونه اینکه از نظر علمی داده پیام حاوی قبول چه موقع ارسال شده، به معنی تشکیل قرارداد نیست؛ زیرا قانون مذکور در صدد ایجاد قاعده حل تعارض نبوده و اصولاً «هیچ یک از مقررات قانون نمونه به منظور معارض شدن با قانون ملی قابل اجرا در قراردادها تدوین نیافته است. این احساس در هنگام تدوین قانون نمونه وجود داشت که چنین اقدامی با هدف عالی قانون که عبارت از ارزش اثباتی همسان برای اسناد الکترونیکی در مقابل اسناد عادی است، در تعارض خواهد بود»^۳.

1. همان منبع، ص ۳۶۴، ش ۱۹۲.

2. UNCITRAL Working Group on E.Commerce.

3. راهنمای تدوین قانون نمونه (۱۹۹۸)، ص ۴۵، پاراگراف ۳۸۷.

اگرچه از لحاظ تحلیلی، مبنا قراردادن «نظریه ارسال» برای تعیین زمان تشکیل قرارداد، درست به نظر می‌رسد و در این مقاله ضمن بیطرفی کامل، به مزایای نظریه مذکور پرداخته شد؛ با اینحال حتی در حقوق کشورهایی که سال‌ها این نظریه را در حقوق و رویه قضایی حاکم بر قرارداد اعمال نموده‌اند، بویژه در قراردادهای بین‌المللی و عقود الکترونیکی، تحولاتی به منظور مبنا قرار دادن «نظریه وصول» روی داده است. برای این تغییر موضع، دو علت می‌توان ذکر نمود:

۱- در کنوانسیون‌های و اصول بین‌المللی حاکم بر قرارداد، مانند کنوانسیون وین و اصول مؤسسه که پیشتر بدانها اشاره شد، زمان و مکان وصول قبول، به عنوان زمان و مکان تشکیل قرارداد محسوب گردیده، از اینرو تصویب مقررات اسناد فوق مستلزم پذیرش «نظریه وصول» است.

۲- از جنبه اثباتی نیز، نظریه وصول ترجیح دارد. زیرا بدون درگیر کردن مدعی در مسایل نظری و تصنعی جدایی عالم ثبوت و اثبات، با فلسفه سرعت روابط قراردادی در تجارت الکترونیکی نیز مطابقت دارد.

به هر حال، برای پیشرفت باید با موازین و معیارهای جهانی حاکم بر تجارت، که در طول زمان و با لحاظ رویه و عرف تسهیل‌کننده و سازنده کشورهای مختلف تثبیت شده، هم‌آواز شد. در این مسیر زدن ساز مخالفت، با توجیه لزوم حفظ بیان‌های حقوق سنتی، نتیجه‌ای جز عقب ماندگی نخواهد داشت.

۴. اثبات و تفسیر قراردادهای الکترونیکی

اگرچه بحث از اثبات و تفسیر این قراردادها ارتباط زیادی به تشکیل آنها ندارد، با این حال طرح آنها از حیث آشنایی با قواعد جدید - و گاه مورد خدشه ق.ت.ا - مفید فایده خواهد بود. بنابراین در این گفتار، تنها مقررات ق.ت.ا و مواد مرتبط با بحث اثبات ادعا در عرصه تجارت الکترونیکی و تفسیر قراردادهای الکترونیکی با لحاظ «خصوصیت بین‌المللی» ق.ت.ا (ماده ۳) مطرح می‌گردد و از تفصیل بحث اجتناب خواهد شد.

۴-۱. اثبات قراردادهای الکترونیکی

برخی از مواد، به خصوص آن قسمت از ق.ت.ا که برای اسناد (مدارک) الکترونیکی ارزش اثباتی مساوی با اسناد رسمی قایل شده، به شدت دارای ایراد هستند. توجه به ابعاد علمی و فنی تجارت الکترونیکی بدون نگاه به جنبه‌های شکلی و قواعد ماهوی ادله اثبات دعوی با این اشکال اساسی روبروست که نمی‌توان با پیش‌بینی کلیه ضوابط علمی و ایمن‌سازی سیستم‌های رایانه‌ای و اطلاعاتی، عدم خدشه و نفوذناپذیری امضا و مدارک الکترونیکی را تضمین نمود: هر روز روش نوینی در دانش الکترونیک و رایانه پدیدار می‌شود و چه بسا قبل از احاطه و ضابطه‌مند نمودن آن توسط قانون‌نویسان، هکرها، سارقان حرفه‌ای و کلاهبرداری اینترنتی دست یافته و بساط «بی‌اعتمادی» را که مهمترین مانع در راه گسترش تجارت الکترونیکی به شمار می‌آید، بگسترند.

اشکال مهم دیگر قانونگذاری غیر تخصصی - حداقل در زمینه امضا و سابقه الکترونیکی - این است که معلوم نیست بار سنگین اثبات مسایل عمده و متنوعی که در جریان تولید، ارسال، دریافت، افشا و استفاده و سوء استفاده از امضا و سابقه الکترونیکی ناشی می‌شود را بر دوش چه کسی می‌نهد. قانون تجارت الکترونیکی از این حیث سرآمد مقررات موجود در سطح کشورها محسوب می‌شود. ادعای عدم امکان انکار و تردید نسبت به داده پیام مطمئن و سوابق الکترونیکی مطمئن در ماده ۱۵ و ارائه راه حل منحصر «ادعای جعلیت» یا «بی‌اعتباری قانونی» آنها در واقع مقایسه این مدارک با اسناد رسمی و تکرار محتوای ماده ۱۲۹۲ ق.م - که اختصاص به اسناد رسمی دارد - نقض تمام اصول و قواعد موجود در خصوص اسناد رسمی به شمار می‌آید؛ زیرا هیچ مرجع رسمی مسئولیت ارائه، بازرسی و کنترل این دسته از خدمات را بر عهده نگرفته است.

ماده ۳۱ ق.ت.ا در باب دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی نیز نمی‌تواند مستمسکی برای توجیه این اشتباه بزرگ باشد، چرا که، اولاً: صراحت ماده حکایت از آن دارد که دفاتر مذکور تنها برای ارائه خدمات صدور امضای الکترونیکی تأسیس می‌شوند و هر تغییر و تحولی در آئین‌نامه مربوطه، قانونگذاری تلقی شده و محکوم به بی‌اعتباری است. ثانیاً: عدم استفاده از خدمات این دفاتر، به دلیل عدم تصریح قانون و اینکه ماده مذکور بعد از مواد ۱۲-۱۶ ق.ت.ا و در باب جداگانه‌ای آمده است، مانع از پذیرش

مدارک و امضای الکترونیکی به آن وسعت که مواد اخیر مقرر می‌دارند، نخواهد بود. در فرض ایجاد و شروع به کار دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی، عدم استفاده از مرجع تخصصی - دفاتر اسناد رسمی - برای گواهی مدارک الکترونیکی و امضای دیجیتال، با ایراد سپردن امور حقوقی و قانونی مردم به غیرمتخصصین روبروست. حال آنکه در کشورهای پیشرفته از حیث ثبت الکترونیکی، همچون ایالات متحده، این امور به دفاتر اسناد واگذار شده و قانون مبسوطی نیز در این باره به تصویب رسیده است.

۲-۴. تفسیر قراردادهای الکترونیکی

در این فراز به مباحث قابل طرح در باره مواد ۳ و ۴ ق.ت.ا که به «تفسیر قانون» اختصاص دارند، خواهیم پرداخت. به نظر می‌رسد، ماده ۳ در قایل شدن خصوصیت بین‌المللی برای قانون داخلی دارای ایراد و در عین حال با ماده بعدی در تعارض است: ماده ۳ به گونه‌ای تنظیم شده که گویی بخشی از یک «کنوانسیون» یا «پروتکل» بین‌المللی یا منطقه‌ای است. به موجب این ماده «در تفسیر این قانون باید به خصوصیت بین‌المللی، ضرورت توسعه هماهنگی بین کشورها در کاربرد آن و رعایت لزوم حسن نیت توجه کرد». «خصوصیت بین‌المللی، توسعه هماهنگی میان کشورها در کاربرد یک سند قانونی و حسن نیت» را فقط می‌توان در اسناد جهانی دید و به نظر می‌رسد، مقنن در تقلید از ماده ۳ قانون نمونه (۱۹۹۶) هیچ توجهی به ساختار حقوق داخلی نداشته است. بند ۱ ماده ۳ قانون اخیر مقرر می‌دارد: «در تفسیر این قانون، باید به ریشه بین‌المللی و نیاز به ترویج هماهنگی در اجرای آن و رعایت حسن نیت توجه کرد». علت تدوین این ماده آن است که قانون مذکور با همکاری هماهنگ و اجماع دانشمندان از اکثر کشورها، زیر نظر گروه کاری تجارت الکترونیکی آنسترال تدوین یافته و لذا تا حدود زیادی در روابط بین‌المللی مورد قبول است.

جالب‌تر آنکه بر فرض توجیه تقلید ماده ۳ ق.ت.ا از بند ۱ ماده ۳ قانون نمونه، تغییر در محتوای بند ۲ ماده ۳ قانون نمونه به هنگام درج آن به عنوان ماده ۴ ق.ت.ا منجر به تعارض آن با ماده ۳ شده است. مقایسه بند ۲ ماده ۳ قانون نمونه (۱۹۹۶) و ماده ۴ ق.ت.ا، بدون هیچ تردیدی، مثبت این ادعاست. بنابر بند ۲ مذکور، «هر مسئله‌ای راجع به این قانون که به

طور صریح در آن نیامده، مطابق با اصول و مبانی کلی که این قانون بر آن مبتنی است، حل و فصل خواهد شد. و طبق ماده ۴ ق.ت.ا «در مواقع سکوت و یا ابهام باب اول این قانون، محاکم قضایی باید بر اساس سایر قوانین موضوعه و رعایت چارچوب فصول و مواد مندرج در این قانون، قضاوت نمایند».

در مقایسه دو ماده ذکر چند نکته مهم به نظر می‌رسد:

۱- تفسیر قانون بنا بر اصول حقوقی، از جمله در صورت سکوت، تعارض و یا ابهام آن به عمل می‌آید و معلوم نیست که چگونه می‌توان در تفسیر یک قانون هم به خصوصیت بین‌المللی، هماهنگی میان کشورها و حسن نیت توجه داشت (ماده ۳ ق.ت.ا) و هم به سایر قوانین (البته با رعایت چارچوب خود قانون) مراجعه کرد (ماده ۴ ق.ت.ا). در صورت تعارض قانون داخلی و عرف بین‌المللی، ق.ت.ا معلوم نمی‌کند که کدام یک در مقام تفسیر و عمل اعتبار خواهد داشت و یا شاید قانون داخلی را، حداقل «در مواقع سکوت و یا ابهام باب اول» مقدم می‌دارد. حال آنکه قانون نمونه، به دلیل هماهنگی بند ۱ و ۲ ماده ۳ آن مشخص می‌کند که در هر صورت قانون داخلی کشور معینی مبنا قرار نمی‌گیرد و مبانی و موازین بین‌المللی در مقام تفسیر یا جبران خلأها اعمال خواهد شد.

۲- علت ارجاع به موازین بین‌المللی در قانون نمونه، آن است که این قانون علی‌الاصول تا زمان پذیرش در حقوق داخلی کشورها و احتمالاً جرح و تعدیل‌های لازم برای تطبیق با حقوق داخلی دارای هیچ منبعی جز عرف بین‌المللی و اصول حقوق تجارت مقبول در اکثر کشورها نیست. حال آنکه قانون داخلی - حتی اگر تقلید از قانون خارجی باشد - بعد از تصویب، یکی از اجزای حقوق داخلی شده و باید در تصویب آن قواعد ماهوی حقوق داخلی را به کار گرفت و چه بسا نتوان از قاضی ایرانی انتظار داشت تا از تمام یا اکثر قواعد بین‌المللی موجود در مورد تجارت الکترونیکی مطلع باشد و لذا به استناد ماده ۴ ق.ت.ا قانون داخلی و خود قانون تجارت الکترونیکی را مبنا برای تفسیر خود قرار دهد. این اقدام حتی اگر در راستای ماده ۳ ق.ت.ا و در جهت تأمین هماهنگی میان کشورها، خصوصیت بین‌المللی ق.ت.ا - به زعم تدوین‌کنندگان آن - و حسن نیت نباشد، تخلفی از سوی قاضی ایرانی نخواهد بود؛ زیرا او به ماده بعدی (ماده ۴) عمل کرده است و مسئول تداخل محتوای

دو ماده متعاقب نیست. البته، حسن نیت خصوصیتی ندارد و حقوق داخلی نیز بدان احترام گذاشته است، چنانچه در اکثر مباحث مربوط به مسئولیت مدنی - غضب، ایراد غیر عمدی خسارت به دیگران و... می توان بارقه‌هایی از آن را دید.

۳- سرانجام، در یک دید انتقادی و برای جمع‌بندی مطالب باید گفت که اعطای خصوصیت بین‌المللی به ق.ت.ا در ماده ۳، اگرچه ابداع حقوق ایران نیست و از قانون نمونه برداشت شده است؛ اما به نظر می‌رسد که زمینه‌های اجرای آن در حال حاضر فراهم نیست و لذا قاضی داخلی را نمی‌توان به دلیل تفسیر موسع از ماده ۴ و اجرای کامل قواعد داخلی و چشم‌پوشی از ماده ۳ مورد نکوهش قرار داد. بنابراین یکی از دو ماده اضافی است. اگر قرار باشد که ماده ۳ اعمال شود، چنانچه گفته شد باید شرایط لازم برای آن فراهم شود. همان‌گونه که در گزارش گروه کاری تجارت الکترونیکی آنسیترا (ص ۲۷)، پاراگراف ۲۳۴ به بعد) در بحث از ماده ۳ قانون نمونه (۱۹۹۶) آمده، این ماده از ماده ۷ کنوانسیون ۱۹۸۰ وین راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی الهام گرفته شده است و هدف آن بوده که محدوده توسل به قانون داخلی در روابط تجاری الکترونیکی مشخص شود. قانون نمونه، بر خلاف ماده ۴ ق.ت.ا این خصوصیت بین‌المللی را به باب معینی محدود نکرده است. این طرز تلقی منطقی است، زیرا نمی‌توان نحوه اجرای قانونی را که به عنوان استاندارد و متحدالشکل به تصویب رسیده به «میل» دولت‌ها و گذاشت و دولت‌ها نیز علی‌الاصول نمی‌توانند قواعد متفاوتی را بر تفسیر قسمت‌های مختلف قانونی که به زعم آنها دارای خصوصیت بین‌المللی است، حاکم سازند.

قانون نمونه (چنانچه در پاراگراف ۲۳۶، ص ۲۸ گزارش گروه کاری آمده) برای تسهیل تجارت الکترونیکی میان کشورها، اعتبار قراردادهای منعقد شده با استفاده از فناوری جدید ارتباطات، ترویج بهره‌مندی از وسایل مدرن ارتباط، ایجاد اتحاد شکلی در قوانین کشورها راجع به تجارت الکترونیکی و مهمتر از همه، حمایت از رویه معمول تجاری (از جمله، Lex Mercatoria) به تصویب رسیده و هرگونه تغییر و خدشه در پذیرش محتوای آن - به‌ویژه آنجا که باعث تغییر قواعد ماهوی شود - منجر به ناهماهنگی بین‌المللی در اجرای قانون داخلی خواهد بود. به همین خاطر است که در نتیجه‌گیری این مقاله، پذیرش

دو قانون نمونه (۱۹۹۶ و ۲۰۰۱) آنسیترال با جرح و تعدیل‌های محدود و آمادگی برای تصویب کنوانسیون آینده آنسیترال توصیه شده است.

به علاوه، برای داشتن خصوصیت بین‌المللی، تصویب، الحاق و پذیرش پاره‌ای از مقررات بین‌المللی مورد نیاز است: چگونه قاضی ایرانی می‌تواند، تنها برای تأمین نظر مقنن در لحاظ خصوصیت بین‌المللی برای قانون تجارت الکترونیکی، برای نمونه به کنوانسیون ۱۹۸۰ وین استناد نماید، حال آنکه کشورمان به این سند جهانی نیوسته است. تعداد زیادی از اسناد بین‌المللی مرتبط در باب تجارت بین‌المللی وجود دارد که جز با پذیرش آنها نمی‌توان قاضی داخلی را ملزم به اجرای خودسرانه آن در مقام «تفسیر بین‌المللی» ق.ت.ا نمود. البته، انتخاب هر قانون یا کنوانسیونی از سوی طرفین تجاری، برای قاضی ایرانی محترم است و فی الواقع احترام به تراضی ایشان - جز در صورت تعارض با قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه داخلی، و با مقداری مسامحه و دید جهانی، بین‌المللی - از جمله وظایف اوست.

یکی دیگر از مسایل ناشی از تصور «خصوصیت بین‌المللی» برای قانون تجارت الکترونیکی، ضرورت نپرداختن به مباحث اختلافی است؛ چرا که قانون داخلی با خصوصیت بین‌المللی نباید دارای قواعد ماهوی متفاوت با آنچه در سطح بین‌المللی مورد پذیرش است، باشد. از این لحاظ نیز ق.ت.ا خواسته قوانین نمونه ۱۹۹۶ و ۲۰۰۱ آنسیترال را برآورده نکرده است. هم در قانون نمونه تجارت الکترونیکی (۱۹۹۶) و هم در قانون نمونه آنسیترال درباره امضاهای الکترونیکی (۲۰۰۱)، که ماده ۴ آن دقیقاً محتوای ماده ۳ قانون نمونه ۱۹۹۶ را تکرار کرده، به مباحثی چون حقوق مصرف‌کننده که از حیث ماهوی و شکلی، برخورد متفاوتی در حقوق کشورها نسبت به آن به عمل می‌آید، برای جلوگیری از اتحاد شکلی پرداخته نشده و معلوم نیست که چگونه می‌توان قبل از تصویب کنوانسیون جهانی یا ایجاد رویه هماهنگ در این باره، اختلافات حاصله در تفسیر ق.ت.ا را - به زعم قانونگذار - با لحاظ خصوصیت بین‌المللی حل و فصل کرد: در این مورد باز هم چاره‌ای جز توسل به ماده ۴ و رجوع به قواعد عام قرارداد و مسئولیت باقی نمی‌ماند. چنانچه ملاحظه می‌شود، قانون تجارت الکترونیکی نوعی بازی پینگ‌پونگ راه می‌اندازد و مفسر یا

استناد کننده را از ماده (۳) به ماده‌ای دیگر (۴) پاس می‌دهد. زیرا دو ماده را همزمان نمی‌توان جمع کرد؛ چه، معلوم نیست قانون یا رویه داخلی که به استناد ماده ۴ مبنای صدور حکم یا رسیدن به هر نتیجه‌ای در حل و فصل اختلاف می‌شود با ماده ۳ که بر خصوصیت بین‌المللی ق.ت.ا تأکید دارد، هماهنگی داشته باشد یا نه.

از آنچه گفته شد - در رابطه با تفسیر قراردادهای الکترونیکی بین‌المللی - ناگزیر باید معتقد گردید که با وضعیت آشفته ق.ت.ا چاره‌ای جز توسل به اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (از جمله اصول UNIDROIT و Lex Mercatoria) نیست. زیرا در صورت استناد طرف خارجی به ماده ۳ ق.ت.ا به عنوان بخشی از قانون حاکم بر قرارداد، نمی‌توان مدعی نقض آن با ماده بعدی شد و باید ماده ۴ را نیز ضمن تفسیر موسع از عبارت «رعایت چارچوب فصول و مواد مندرج در این قانون (ق.ت.ا)» با خصوصیت بین‌المللی قانون هماهنگ ساخت. در صورت توسعه روابط تجاری الکترونیکی، شاید همین نقص، عاملی باشد تا ما نیز به اصول و قواعد متحدالشکل حاکم بر قراردادها در سطح بین‌المللی فکر کنیم و در صدد وارد ساختن این مفاهیم در حقوق داخلی برآییم. اگرچه پیوستن به این روند، نیازمند آماده سازی زمینه آن از حیث علمی و تحقیقاتی است و کتب و مقالاتی نیز در این مورد تألیف و ترجمه شده است. تفصیل بحث، بیش از این، از موضوع مقاله حاضر خارج است و خوانندگان محترم می‌توانند به کتب و مقالات راجع به تفسیر قوانین و قراردادها مراجعه کنند.

جمع‌بندی و ملاحظات

با وجود یکسانی قراردادهای الکترونیکی و قراردادهای سنتی در اکثر قواعد حاکم، ظهور و گسترش تجارت الکترونیکی، موجب چالشی نوین در حقوق کنونی قرارداد شده است. علاوه بر ابهام روابط الکترونیکی در مفهوم عام آن، قراردادهایی که در این محیط شکل می‌گیرند نیز، در بعضی از جنبه‌های حقوقی در معرض ابهام و تردید قرار دارند. با وجود تمام تلاش‌های انجام شده در سطح جهانی برای تصویب قوانین و مقررات مناسب در این زمینه، هنوز هم بحث اهلیت و اختیار انجام معامله و آثار حقوقی قراردادهای

اتوماتیک به طور دقیق تحلیل نشده و گاه ایراداتی به این قبیل قراردادها وارد شده است. قانون تجارت الکترونیکی ایران، علیرغم عنوان بلند بالای آن، نه تنها گرهی از اشکالات و ابهامات حقوقی ناشی از ظهور و گسترش قراردادهای الکترونیکی نگشوده، بلکه در مواردی با وضع مقررات مطلق، مجمل و ناقص - که به برخی از آنها در گفتار اخیر اشاره شد - به پاره‌ای از نارسایی‌ها دامن زده است.

با این وجود، باید تحلیل‌های عام حقوق قرارداد را در حدی که با دو هدف عمده تجارت الکترونیکی، یعنی سرعت و ارزانی در تعارض نیست، اعمال نمود. توجه به جنبه «اثباتی» به‌ویژه در اعمال و وقایع حقوقی ناشی از روابط الکترونیکی، بیش از «واقعیت و ثبوت» آنها رویه‌ای است که اکثر کشورها آن را پذیرفته و سیستم حقوقی خود را - در صورت تعارض یا تضاد - با آن تطبیق داده‌اند. واقعیت این است که حقوق مدرن برای اینکه مانعی در راه توسعه و پیشرفت شمرده نشده و بدین علت به حاشیه رانده نشود، در کشورهای توسعه یافته و آنهایی که تمایل به توسعه دارند، همسو با هر گونه تحولی، در صورت لزوم، تغییر یا اصلاح شده است. مخالفت با این روند به بهانه تضاد آن با بنیادهای سیستم حقوقی اثری جز عقب ماندگی در پی نخواهد داشت. حقوقدانان واقع‌بین در کشورهای چون آمریکا و کانادا و در حوزه‌هایی مانند اتحادیه اروپا، سازمان تجارت جهانی، اتاق بازرگانی بین‌المللی و کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل ملل متحد (آنسیترال) به خوبی از پس تحولاتی که با ظهور پدیده نه‌چندان نوین تجارت الکترونیکی در عرصه تجارت، اقتصاد، فرهنگ و اجتماع ایجاد شده، برآمده‌اند. ما نیز در این مسیر - اگر عقب نماندن را ترجیح دهیم - باید «واقعیت» را بر «اصول‌گرایی» حاکم ساخته و زمینه تصویب، تدوین و توسعه قوانین، مقررات و رویه عملی و قضایی مناسب را در زمینه تمام مباحث تجارت الکترونیکی فراهم سازیم.

یکی از راهکارهای عمده، تصویب قوانین نمونه آنسیترال درباره تجارت الکترونیکی (۱۹۹۶) و امضاهای الکترونیکی (۲۰۰۱)، با انجام اصلاحات محدود و متناسب با سیستم حقوقی داخلی می‌باشد. با پیوستن به این مقررات، علاوه بر هماهنگی حقوق کشورمان در این جنبه با ضوابط مقبول و معمول جهانی، زمینه الحاق و تصویب کنوانسیون انعقاد قرارداد

به شیوه الکترونیکی که در گروه کاری تجارت الکترونیکی آنسیترال در دست بررسی است، فراهم خواهد شد. در آینده - بدون اهمال و اتلاف وقت - به منظور تأثیرگذاری حقوق قرارداد و فقه اسلامی در تدوین قوانین نمونه، باید به فکر معرفی حقوقدانان، تجار و متخصصان زبده در زمینه تجارت و قرارداد برای همکاری با بخش تدوین و تصویب قوانین، دستورالعمل‌ها و قواعد آنسیترال، اتاق بازرگانی بین‌المللی، سازمان تجارت جهانی، سازمان مشارکت اقتصادی و توسعه^۱ و سایر ارگان‌های مرتبط بود. فقط از این طریق است که می‌توان بر ارجحیت قواعد داخلی حاکم بر قراردادها، آن‌هم در سطحی به گستره جهان تأکید داشت؛ و گرنه در آینده باید به دنبال الحاق و تصویب قوانین و مقرراتی بود که هیچ‌گاه در پیشینه، پیدایش و نضج آن نقش و جایگاهی نداشته‌ایم.

1. Organization for Economic Cooperation and Development [OECD].

منابع

- اخلاقی، بهروز و فرهاد امام (۱۳۷۹)، ترجمه و تحقیق؛ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، چاپ اول، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، تهران.
- امیری قایم مقامی، عبدالمجید (۱۳۷۸)؛ حقوق تعهدات، جلد دوم (اعمال حقوقی - تشکیل عقد)، چاپ اول، نشر میزان، تهران.
- برای دیدن متن فارسی کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰، ر.ش: مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی و بین‌المللی، شماره نهم، پاییز و زمستان ۱۳۶۷.
- داراب پور، مهراب (۱۳۷۴)، ترجمه؛ تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، نوشته هجده نفر از دانشمندان حقوق دانشگاه‌های معتبر جهان، جلد اول، چاپ اول، انتشارات گنج دانش، تهران.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۷)؛ تشکیل قراردادها و تعهدات، جلد اول، چاپ اول، نشر حقوقدان، تهران.
- قانون تجارت الکترونیکی (ایران)، مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۱۷، روزنامه رسمی ۱۳۸۲/۱۱/۱۱ - سال ۵۹، شماره ۱۷۱۶۷.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)؛ حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، تهران.
- Abdul Jalil, Md. (2004); "E-Contract Law- Malaysia, Development in Electronic Contract Laws: a Malaysian Perspective", *Computer Law & Security Report*, Vol. 20, No. 2.
- Bainbridge, David. I (2000); *Introduction to Computer Law*, Forth Edition, Longman, UK.
- Baker and McKenzie (2001, edition); *Doing E-Commerce in Europe*. Available at: www.bakernet.com/ecommerce/doing%20Ecommerce%20in%20Europe/doing%20E-Commerce%20In%20Europe.pdf

- Chissick, M. and Kelman, A. (2000); *Electronic Commerce: Law and Practice*, Second Edition, London.
- Davies, Lars (1997); *Legal Barriers to E-Contracts, Formal Requirements and Digital Signature*, in Law and the Internet, Regulating Cyberspaces, Lillian Edwards and Charlotte Waelde, Ed.Hart Publishing, Oxford.
- Dodd, J.C and Hernandez, J.A (1998); "Contracting in Cyberspace", *Computer Law Review and Technology Journal*, summer.
- Farrell, Henry (2003); "Constructing the International Foundations of E-Commerce – the EU–U.S. Safe Harbor Arrangement", *Journal of International Organization*, Vol. 57, spring.
- Flechtner, Harry M (1999); "Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG Scholars Discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, Nachfrist, Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical Application, and Much More", *18 Journal of Law & Commerce*, 191, 218 (quoting Prof. Schlechtriem).
- Fransworth E. Allan (1990); *Farnsworth on Contracts*, Third Edition, Aspen Publisher, Inc.
- GAIL, E. Evans and Brian, F. Fitzgerald (1998); "Information Transactions under UCC Article 2b: The Ascendancy of Freedom of Contract in the Digital Millennium?", *University of NSW Law Journal, (UNSWLJ)*. Vol. 46.
- Gallet, Damien. *Formation of E-Contracts in the EU, a Comparative Study of English and French Law*, Available at:
www.jullep.com/memoires/Formation%20of%20econtracts.pdf
- Gralla, Preston (1998); *How the Internet Works* 8, Karen Reinisch Edition, 4th Ed.
- Hill, Jennifer E. (2003); "The Future of Electronic Contracts in a International Sales: Gaps and Natural Remedies under the United Nations Convention on Contracts for Sale of Goods", *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 2, Number 1, pp. 1-34, Fall.

- Kidd, Donnie and Daughtrey, William. H (2000); "Adopting Contract Law to Electronic Contracts: Overview and Suggestions", *26 Rutgers Computer & Technology journal*.
- McKenzie, P.D (2002); *E-Commerce Law in PR of China*, available at: www.perkinscoie.com/recourse/ecommerce/prc.htm.
- Maldonado, Sergio (2002); Cross-Border Formation of Online Contracts, Available at: www.smaldonado.com/marcos/docs/ct_from_an_wv_en.html
- Pacini, Carol. Andrews Christine and Hillison William (2002); "To Agree or to not Agree: Legal Issues in Online Contracting", *Journal of Business Horizon*, January-February.
- Ramberg, Christina. Hultmark (2001); "The E-Commerce Directive and Formation of Contracts in a Comparative Perspective", *Global Jurist Advances*, Vol. 1, Issue 2.
- Sax, M. M (2000); Buying and Selling Good over the Internet, Available At: www.saxlaw.com/publications/backup%20of%20seminar%2001%2024%5b1%5d.htm
- Schroeter, Ulrich G (2002); "Interpretation of "Writing": Comparison between provisions of CISG (Article 13) and counterpart provisions of the Principles of European Contract Law", *Pace Law School Institute of International Commercial Law*, Jul. Available at: www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp13.html#er (last modified Nov. 21, 2002).
- Sharon Christensen (2001); "Formation of Contracts by Email – Is it Just the Same as the Post?", *QUT Law & Justice Journal*, (QUTLJJ), Vol. 3.
- Smedinghoff, T.J (2002); *The Legal Requirements for Creating Secure and Enforceable Electronic Transactions*, available at: www.imf.org/external/np/leg/sem/2002/cdmfl/eng/smedin.pdf.
- Tan, Harry.SK (2002); "Electronic Transactions Regulation – Singapore, the Impact of the Singapore Electronic Transactions Act on the Formation of E-Contracts", Part I, *Computer Law & Security Report*, Vol. 18, No. 4.

_____ (2002); "Electronic Transactions Regulation – Singapore, the Impact of the Singapore Electronic Transactions Act on the Formation of E-Contracts", Part II, *Computer Law & Security Report*, Vol. 18, No. 5.

Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of June 2000 on Certain Legal Aspects of Information Society Services, In *Particular Electronic Commerce*. Available at:

www.europea.oeu.int/ISPO/ecommerce/legal/documents/2000_31ec_en.pdf.

Electronic Signatures in Global and National Commerce Act, Effective October 1, 2000. Available at:

<http://fwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=106-cong-bills&docid=f:761enr.txt.pdf>.

Electronic Transactions Act 1999 (Australia). Available at:

www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consolact/eta1999256/

UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996.

Available at: www.uncitral.org/english/texts/electcom/ecommerceindex.htm.

UNCITRAL, Legal Aspects of Electronic Commerce, Electronic Contracting: Provision for a Draft Convention. *Working Group IV (Electronic Commerce)*, Forty-third session, New York, 15-19 (March 2004).

Uniform Electronic Commerce Act [Canada]. Available at:

www.law.u.alberta.ca/alri/ulc/current/euecafin.htm

Uniform Computer Information Transactions Act. [UCITA]. Prefatory Note (1999),

Available at: www.law.upenn.edu/bll/ulc/ucita/ucita01.htm.

Uniform Electronic Transactions Act (UETA), Approved by National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL) On July 23, 1990.

Available At: www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/ueta99.htm.

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. (1980

– Vienna), Available at: www.uncitral.org/english/texts/sales/CISG.htm.