

## Rules Governing Electronic Contracts

Mohammad Ali Moeiniyan <sup>1</sup>, Yousef Darvishi Hoveyda <sup>2\*</sup>, Mohsen Hasanpour <sup>3</sup>

1. Department of Law, Ki.C., Islamic Azad University, Kish, Iran
2. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.
3. Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Law, Garmsar Branch, Islamic Azad University, Semnan, Iran.

### ARTICLE INFORMATION

Article Type: Original Research

Pages:199-214

Article history:

Received: 11 May 2024

Edition: .01 Jul 2024

Accepted: 15 Sep 2024

Published online: 25 Mar 2025

#### Keywords:

Electronic Contracts,  
Electronic Commerce, Demand  
and Acceptance, Electronic  
Commerce Law.

#### Corresponding Author:

Yousef Darvishi Hoveyda

#### Address:

Iran, Tehran, Islamic Azad  
University, Central Tehran Branch,  
Department of Jurisprudence and  
Law.

#### Orchid Code:

0009-0001-2320-3850

#### Tel:

09122974129

#### Email:

yoo.darvishi\_hoveyda@iauctb.ac.ir

### ABSTRACT

**Background and purpose:** The development of the use of new information technology tools in the conclusion of contracts and doubts about the validity and authenticity of electronic contracts have prompted the legislators of different countries and regional and international organizations to enact various laws and regulations in this field. In Iran, the e-commerce law was approved in 2002. The purpose of this article is to review the rules governing electronic contracts.

**Materials and Methods:** This article is descriptive and analytical. Materials and data are also qualitative and data collection was used in collecting materials and data.

**Ethical Considerations:** In this article, the originality of the texts, honesty and trustworthiness are observed.

**Findings:** The findings showed that there is a vacuum in Iran's codified laws regarding Despite the differences that exist in the optionality or mandatoryness of Article 968 of the Civil Code and as a result of that, the possibility of freedom of will of the parties in determining the governing law, we can believe that this article is optional and recognize the freedom of the parties to determine the governing law. Article 27 of Iran's Commercial Arbitration Law also observes that this article is an optional part of the civil law, and according to that, the parties can freely choose the law governing the contract

**Result:** In Iranian law, the contracting parties can agree that the obligations arising from the contract are subject to Iranian law.

Cite this article as:

Moeiniyan, MA; Hoveyda, YD; Hasanpour, M. *Rules Governing Electronic Contracts*. Economic Jurisprudence Studies. 2024.



فصلنامه مطالعات فقه اقتصادی، دوره هفتم، شماره اول، بهار ۱۴۰۴

### قواعد حاکم بر قراردادهای الکترونیک

محمدعلی معینیان<sup>۱</sup>، یوسف درویشی هویدا<sup>۲\*</sup>، محسن حسن پور<sup>۳</sup>

۱. گروه حقوق، واحد بین المللی کیش، دانشگاه آزاد اسلامی، کیش، ایران.

۲. استادیار گروه فقه و حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

۳. استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، واحد گرمسار، دانشگاه آزاد اسلامی، سمنان، ایران.

#### چکیده

**زمینه و هدف:** توسعه بکارگیری وسایل نوین فناوری اطلاعات در انعقاد قرارداد و تردید در اعتبار و صحت قراردادهای الکترونیکی قانونگذاران کشورهای مختلف و سازمانهای منطقه ای و بین المللی را بر آن داشته است و قوانین و مقررات متنوعی را در این زمینه وضع نمایند؛ کما اینکه در ایران نیز قانون تجارت الکترونیکی در سال ۱۳۸۲ به تصویب رسیده است. هدف مقاله حاضر، بررسی قواعد حاکم بر قراردادهای الکترونیک است.

**مواد و روش ها:** مقاله حاضر توصیفی تحلیلی است. مواد و داده ها نیز کیفی است و از فیش برداری در گردآوری مطالب و داده ها استفاده شده است.

**ملاحظات اخلاقی:** در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت داری رعایت شده است.

**یافته ها:** یافته ها نشان داد در قوانین مدونه ایران در خصوص بسیاری از مباحث قراردادهای الکترونیکی خلاء وجود دارد و گاهی قانونگذار در قوانین مربوطه ساکت است و تصریحی ندارد. با وجود اختلافاتی که در تخییری یا امری بودن ماده ۹۶۸ قانون مدنی و در نتیجه آن امکان آزادی اراده طرفین در تعیین قانون حاکم وجود دارد، می توان قائل بر تخییری بودن این ماده بود و آزادی طرفین بر تعیین قانون حاکم را به رسمیت شناخت. ماده ۲۷ قانون داورى تجارى ایران نیز ناظر بر تخییری بودن این ماده از قانون مدنی است و به موجب آن طرفین می توانند قانون حاکم بر قرارداد را آزادانه انتخاب نمایند. رژیم انتخاب قانون حاکم در اتحادیه اروپا مختلط است.

**نتیجه:** در حقوق ایران، متعاقدين می توانند توافق نمایند که تعهدات ناشی از قرارداد تابع قانون ایران باشد.

#### اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۱۹۹-۲۱۴

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۲۲

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۰۴/۱۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۲۵

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۱/۰۵

#### واژگان کلیدی:

قراردادهای الکترونیکی، تجارت الکترونیکی، ایجاب و قبول، قانون تجارت الکترونیکی.

#### نویسنده مسئول:

یوسف درویشی هویدا

#### آدرس پستی:

ایران، تهران، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، گروه فقه و حقوق.

#### تلفن:

09122974129

#### کد ارکید:

0009-0001-2320-3850

#### پست الکترونیک:

yoo.darvishi\_hoveyda@iauctb.ac.ir

## ۱. مقدمه

مزایای فراوان تجارت الکترونیکی سبب شده است که کشورهای توسعه یافته و حتی کشورهای در حال توسعه آن را ابزاری برای رقابت در عرصه داخلی و بین‌المللی قرار دهند. نبود راهبرد تجارت الکترونیکی نتیجه‌ای جز انزوا در عرصه اقتصاد جهانی به دنبال خواهد داشت. گسترش روزافزون حجم تجارت الکترونیکی در جهان، استفاده بنگاه‌های اقتصادی از آن و اقبال تدریجی مصرف‌کنندگان به آن بیانگر مزایای بالقوه تجارت الکترونیکی در عرصه‌های اقتصادی و تجاری است؛ بنابراین راهی جز تلاش مستمر برای استفاده از آن در فعالیتهای اقتصادی متصور نیست. تحقیقات نشان می‌دهد موفقیت تجارت الکترونیکی در کشورهای توسعه یافته و در حال توسعه نتیجه بسترهای مناسب الکترونیکی در این کشورهاست. بسترهای الکترونیکی شامل فرصت‌های مبتنی بر اینترنت، کیفیت زیر ساخت‌های فناوری اطلاعات، فعالیتهای دولت و درجه تسهیل تجاری است.

انعقاد قراردادهای الکترونیکی و افزایش روز افزون آنها در بازارهای جهانی و به تبع آن بازارهای داخلی باعث شده تا استفاده از آن برای حفظ بازار و باقی ماندن در صحنه رقابت دنیای تجارت به یک ضرورت تبدیل شود؛ از طرفی وجود تشابهات و تفاوت‌هایی در تحقق ارکان و نحوه انعقاد این نوع قراردادها با قراردادهای سنتی موجب می‌گردد تا ضمن بررسی وضعیت حقوقی قراردادهای الکترونیکی ارکان آن از جمله نحوه ایجاب و قبول مورد تحقیق قرار گیرد. همچنین نحوه تراضی و بررسی زمان و مکان انعقاد قرارداد با عنایت به انجام آن در فضای مجازی یا به صورت الکترونیکی ضرورت بررسی دارد از این‌رو در این تحقیق نگارنده قصد دارد در مباحث جداگانه‌ای به تأثیر اصل

رضایی بودن قرارداد بر انعقاد قراردادهای الکترونیکی، جواز بیان اراده به وسیله ابزار الکترونیکی، اهلیت، ایجاب و قبول الکترونیکی بررسی دعوت به معامله با ایجاب و ویژگی‌های هر یک از این دو تفسیر در این نوع قراردادهای شیوه قبول و اهمیت ویژه آن در معاملات الکترونیکی بررسی موقعیت مکانی و زمان تشکیل قراردادهای الکترونیکی با مد نظر قرار دادن نظریه‌های مطرح در معاملات از راه دور و کنوانسیونهای بیع بین‌المللی کالا و ۲۰۰۵ ژنو و دیگر موارد مرتبط و ضروری در این خصوص پردازد. همچنین گسترش روز افزون تجارت الکترونیک شناخت جنبه‌های حقوقی آن را ضروری می‌سازد در فضای الکترونیکی، دوری و نزدیکی فیزیکی مفهومی ندارد و اشخاص می‌توانند از هر نقطه از جهان و در هر لحظه از زمان با یکدیگر ارتباط برقرار کرده و مبادرت به انعقاد قرارداد نمایند این وضعیت مسئله تعیین زمان و مکان تشکیل قراردادهای الکترونیکی را مطرح می‌سازد. گرچه این مسائل در قراردادهای سنتی نیز مطرح‌اند؛ اما پاسخ‌ها لزوماً یکسان نیست. وانگهی در کشور ما تاکنون تلاشی جدی برای شناساندن قراردادهای الکترونیکی انجام نشده است از این رو درباره مفهوم و گستره آن نیز مباحث مهمی قابل طرح می‌باشد. در خصوص قراردادهای الکترونیک، پژوهش‌های متعددی انجام شده است: غلام‌نبی فیضی‌چکاب و ابراهیم نوشادی، در مقاله‌ای به بررسی رویکرد قانون‌گذاری به قراردادهای الکترونیکی پرداخته است (فیضی‌چکاب و ابراهیم نوشادی، ۱۳۹۰) محسن رستمی و پرویز ساورائی، در مقاله‌ای، چالش‌های مهم در قراردادهای الکترونیک در حقوق ایران را بررسی کرده‌اند (رستمی و ساورائی، ۱۳۹۶) زهرا سادات میریان نیز در مقاله‌ای، مسائل حقوقی مرتبط با

انتخاب نمایند. رژیم انتخاب قانون حاکم در اتحادیه اروپا مختلط است.

## ۵. بحث

### ۵-۱. قواعد حاکم بر تشکیل و انعقاد

#### قراردادهای الکترونیک

در این قسمت به بررسی قواعد حاکم بر تشکیل و انعقاد قراردادهای الکترونیک پرداخته می‌شود.

### ۵-۱-۱. قصد و رضا طرفین در

#### قراردادهای الکترونیکی

انعقاد قرارداد به عنوان یک عمل حقوقی مطلوب، نیازمند اراده (قصد و رضا) جدی و سالم طرفین قرارداد است که قصد خود را به هم اعلام کنند و در انشاء باهم توافق داشته باشند. به طوری که فهمید طرفین قرارداد باهم تراضی نموده‌اند و دو طرف یک چیز را اراده کرده‌اند. تا جایی که در قرآن کریم این امر مهم مورد اشاره است: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ...) (نساء / ۲۹)، «ای کسانی که ایمان آورده‌اید! اموال یکدیگر را به باطل (و از طرق نامشروع) نخورید مگر اینکه تجارتي با رضایت شما انجام گیرد...». در واقع این آیه راه و روش‌های باطل برای داد و ستد را رد می‌کند و جز با رضایت طرفین قراردادی واقع نمی‌شود. پس جمع کردن ثروت از راه غیر شرعی و حرام باطل دانسته شده است و تنها قراردادهایی که در قالب شرعی و قانونی در تجارت همراه با تراضی باشند نافذ هستند. آیه قراردادهای تجارتي که از راه اکراه و اجبار و تدلیس و تقلب به دست می‌آید را باطل دانسته است، زیرا رضایت طرفین قرارداد در آن نیست. در این باره از پیامبر (ص) روایت است که فرمودند: «إنما البيع عن تراض» (الطباطبایی، ۱۳۹۳، ۴، ۲۳۲). بنابراین این روایت پیامبر (ص) بیان می‌دارد که بیع یکی از انواع قرارداد می‌باشد که باید همراه با تراضی

قراردادهای الکترونیک را مورد بررسی قرار داده است (میریان، ۱۴۰۲) تمایز و نوآوری مقاله حاضر نسبت به سایر پژوهش‌های انجام شده این است که در این مقاله قواعد حاکم بر قراردادهای الکترونیک مورد بررسی قرار می‌گیرد. بر اساس آنچه گفته شد، سوال مقاله بدین شکل قابل طرح است که قواعد حاکم بر قراردادهای الکترونیک چیست؟ به منظور بررسی سوال مورد اشاره ابتدا، قواعد حاکم بر تشکیل و انعقاد قراردادهای الکترونیک بررسی شده و در ادامه قواعد حاکم بر رفع تعارض در دعاوی قراردادهای الکترونیک بررسی می‌شود.

### ۲- مواد و روش‌ها

مقاله حاضر توصیفی تحلیلی است. مواد و داده‌ها نیز کیفی است و از فیش‌برداری در گردآوری مطالب و داده‌ها استفاده شده است.

### ۳- ملاحظات اخلاقی

در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

### ۴- یافته‌ها

یافته‌ها نشان داد؛ در قوانین مدونه ایران در خصوص بسیاری از مباحث قراردادهای الکترونیکی خلاء وجود دارد و گاهی قانونگذار در قوانین مربوطه ساکت است و تصریحی ندارد. با وجود اختلافاتی که در تخییری یا امری بودن ماده ۹۶۸ قانون مدنی و در نتیجه آن امکان آزادی اراده طرفین در تعیین قانون حاکم وجود دارد، می‌توان قائل بر تخییری بودن این ماده بود و آزادی طرفین بر تعیین قانون حاکم را به رسمیت شناخت. ماده ۲۷ قانون داوری تجاری ایران نیز ناظر بر تخییری بودن این ماده از قانون مدنی است و به موجب آن طرفین می‌توانند قانون حاکم بر قرارداد را آزادانه

می‌توان استفاده کرد و هر قرارداد خصوصی که مخالف صریح قانون و شرع نباشد را منعقد نمود. به همین جهت در ماده‌ی ۱۹۱ قانون مدنی آمده است: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء که دلالت قصد کند». پس طرفین قرارداد اعم از مکتوب (حضوری) و الکترونیکی باید قصد انشاء بر چیزی کنند که دلالت قصد نماید.

چرا که قصد انشاء یک مسأله درونی است که باید توسط طرف قرارداد به نحو لفظی یا عملی (توسط واسطه‌های الکترونیکی) به دور از هر گونه ابهام و اجمال فهمانده شود.

#### ۵-۱-۲. ارکان توافق (ایجاب و قبول)

با توجه به ماده‌ی ۱۹۳ می‌تواند به صورت قبض و اقباض قرارداد منعقد شود، به جز موارد استثنائی مانند نکاح پس دو طرف می‌توانند با ایجاب و قبول (لفظی و عملی) توسط واسطه‌های الکترونیکی مانند تلفن، اینترنت، تلگرام یا نامه اقدام به انعقاد یک قرارداد کنند که مبین اراده طرفین قرارداد است. باید گفت که شریعت (حقیقت شرعیه) برای ایجاب قرارداد و عقود شیوه‌ی ویژه‌ای تعیین نکرده است (النجفی، ۱۹۸۱، ج ۲۲، ۲۰۴) و می‌توان تا اینجا بسنده کرد که از امور امضایی مورد تأیید شارع و تابع عرف است!

#### ۵-۱-۲-۱. ایجاب

«در قانون مدنی ایران و قانون تجارت الکترونیک تعریفی از ایجاب و قبول نشده است. در ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک در بند ص ایجاب و قبول را در خصوص کالاها و خدمات بین تأمین کننده و مصرف کننده با استفاده از وسایل ارتباط از راه دور می‌داند. دلیل این امر شاید تأسی و شتات زدی در اقتباس از قانون نمونه آنسیترال و عدم توجه به فقه اسلامی باشد! اما سرعت و الزام به رعایت مقررات

طرفین باشد مگر اینکه قرارداد مخالف با شرایط اساسی عقود و قراردادها باشد. بدین ترتیب می‌توان آن را به قراردادهای الکترونیکی نیز تعمیم داد.

#### ۵-۱-۱-۱. وجود اراده (قصد و رضا)

اراده به معنای خواستن (الجواهری، ۱۴۰۷، ج ۲، ۴۷۸) و قصد داشتن (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۲، ۱۶۰۵)، طلب و برگزیدن (الجواهری، ۱۴۰۷، ج ۲، ۴۷۸) است. با بررسی در متون فقهی امامیه تعریف مستقلی از اراده بیان نشده است. بنابراین منشأ اراده، روان انسان می‌باشد و مقصود از اراده در اصل حاکمیت اراده، اراده‌ی انشائی است. اراده گاه مجموع قصد و رضا و گاه منحصر به قصد انشا می‌باشد (شهیدی، ۱۳۸۲، ج ۱، ۵۵). براساس بند ۱ ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران از اراده به دو حالت جداگانه درونی «رضا» و «قصد» یاد شده است که اولین شرط برای صحّت هر قراردادی است. در این صورت می‌توان گفت دو نوع «اراده ظاهری» که اعلام قصد و اراده است و «اراده باطنی» که همان رضا و قصد انشاء درونی است، برای انعقاد هر قراردادی اعم از قرارداد الکترونیکی وجود دارد.

#### ۵-۱-۱-۲. اعلام و بیان اراده

در قراردادهای الکترونیکی اعلام و بیان اراده از طریق به اشتراک گذاشتن در فضای مجازی از جمله محیط وب و نظیر این موارد است. به بیان دیگر این اظهار اراده می‌تواند توسط وسایل و واسطه‌های الکترونیکی باشد که در نوع خود اظهار اراده صریح و روشنی خواهد بود. بدون قصد تشکیل عقد ممکن نیست و یکی از رایجترین شیوه‌های ابراز قصد و اراده، لفظ و گفتار است اما با پیشرفت علوم و فناوری ارتباطات از سند کتبی (رسمی و عادی) و واسطه‌های الکترونیکی در انعقاد قراردادها و ابراز و اعلام اراده برای تشکیل هر نوع قراردادی

پیچیده می‌شود و قبول الکترونیکی به هر شکلی از جمله کلیک کردن در صفحه‌ی وب سایت، پر کردن فرم ارسال قبول از طریق پست الکترونیکی، امضاء الکترونیکی، تلفن، تلگراف و یا فکس، پرداخت اینترنتی و مانند این موارد می‌توان انجام شود. در قانون تجارت الکترونیک قواعد و احکامی درباره قبول الکترونیکی وجود ندارد و مطابق ماده‌ی ۳۰ قانون تجارت الکترونیک باید به قواعد عمومی قراردادها رجوع شود. بنابراین در تعریف قبول الکترونیکی می‌توان گفت: «اعلام رضایت مطلق و بدون قید و شرط بر مفاد ایجاب با هر واسطه‌ی الکترونیکی و هر روشی را قبول الکترونیکی گویند. قبول اینترنتی باید قاطعانه و به دور از هرگونه قید و شرط اضافی و یا کاستن از شرایط ایجاب باشد» (اسمیت، ۲۰۰۲، ۴۵۳).

بنابر ماده ۲۶ قانون تجارت الکترونیکی ایران، ارسال داده پیام زمانی معتبر است که به یک سیستم اطلاعاتی خارج از کنترل اصل از یا قائم مقام وی وارد شود. با توجه به مفاد این ماده، داده پیام در منظور اراده قبول مخاطب وقتی معتبر است که از سیستم اطلاعاتی رایانه وی بطوریکه از کنترل قبول کننده خارج و به سیستم اطلاعاتی ایجاب کننده وارد شود. قبول به علاوه اینکه باید متضمن شرایط صحت اراده و بطور قطعی و معین باعث ایجاد آثار قانونی باشد، همچنین باید در عالم خارجی نیز ابراز گردد. بعلاوه، اراده قبول باید در مدت اعتبار ایجاب اعلام گردد. اگر قبول مطابق با ایجاب و خالی از شرایط و موارد زاید و ناقص بر مفاد ایجاب باشد، قرارداد منعقد می‌گردد. بیان اراده قبول الکترونیکی به روش‌های متعددی قابل اعلام است مانند نوشتار الکترونیکی و تایید ارسال آن، پست الکترونیکی متضمن متن موافقت با امضای الکترونیکی، بطور لفظی بواسطه اتاق‌های

بین‌الملل، فراموش کردن رکن اساسی هر قراردادی یعنی ایجاب و قبول را توجیه نمی‌کند آن هم در قانونی که نام آن تجارت الکترونیک است! بدین ترتیب ایجاب اعلام اراده کسی است که طرف قرارداد را بر مبنای معینی به انجام دادن معامله دعوت می‌کند. به گونه‌ای که اگر پیشنهاد مورد قبول طرف قرار گیرد او به مفاد آن پایبند شود، خواه پیشنهاد ناظر به شخص معین یا عموم مردم باشد» (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ۶۱). به عبارتی دیگر «ایجاب، انشای بالفعل عقد با اراده ابراز شده می‌باشد» (شهیدی، ۱۳۸۲، ج ۱، ۱۴۴). «در بند یک ماده‌ی ۱۴ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ ایجاب را پیشنهادی خطاب به یک یا چند نفر معین که حداقل کالا و قیمت را معین کرده باشد می‌داند. بر خلاف نظر برخی که در نگاه اولیه ایجاب الکترونیکی را همانند ایجاب سنتی و معمولی می‌دانند و تفاوتی در آن نمی‌بینند» (مقامی‌نیا، ۱۳۹۱، ۹۰). «بنابراین ایجاب می‌تواند به طریق شفاهی توسط تلفن و یا نامه پستی به صورت کتبی، تلکس، فاکس و فعل صورت گیرد و یا از طریق اینترنت، از جمله داده پیام یا تبادل داده‌های الکترونیکی، وب سایت، پست الکترونیکی (ایمیل) و یا اتاق گفتگو برای انعقاد قراردادهای الکترونیکی انجام گیرد» (اینایا مالک، ۲۰۱۱، ۲).

### ۵-۱-۲-۲. قبول

به شخصی که اراده‌ی خود را برای انعقاد و پذیرش یک قرارداد به هر وسیله‌ای، به ایجاب کننده می‌رساند «قابل» یا «مخاطب ایجاب» یا «قبول کننده» گویند. در لغت قبول در معنای پذیرش و پذیرفتن چیزی است (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۲، ۱۰۶۳). در قراردادهای الکترونیکی به دلیل عدم حضور فیزیکی و عدم شناخت ایجاب کننده و مخاطب ایجاب انتساب قبولی به مخاطب کمی سخت و

افزاری توسط یک شرکت و یا یک وب سایت، اقدام به فروش گوشی همراه از طریق اینترنت و پرداخت ثمن آن از درگاه بانکی به صورت اینترنتی. با این توضیحات مسلم است که، موضوع هر قرارداد متفاوت و متناسب با نوع عقد و قرارداد خواهد بود و حتی می‌تواند تعهد به انجام عمل باشد. در هر صورت مطابق مواد ۱۹۰ و ۲۱۶ قانون مدنی مورد یا موضوع قرارداد باید معلوم و معین باشد. مثلاً در عقد بیع موضوع انتقال مال می‌تواند خرید پارچه از طریق اینترنت از یک تاجر فرانسوی یا خرید تلفن همراه از سایت فروش کالا باشد.

با این وجود اگر معامله بین دو چیز نامعین و مردد باشد، قرارداد باطل است. شایان ذکر است که این قواعد و اصول نیز در مورد قراردادهای الکترونیکی باید اعمال گردد. بر این اساس اگر شخصی در فضای مجازی یکی از دو اتومبیل خود را بفروشد، بدون اینکه تعیین کند که کدامیک مورد معامله است و طرف دیگر آنرا قبول نماید این قرارداد به دلیل مبهم بودن مورد یا موضوع معامله باطل خواهد بود.

فقها معتقدند که اگر موضوع یا مورد معامله یا قرارداد معلوم و معین نباشد آن قرارداد غرری و مجهول و محکوم به بطلان است (علامه حلی، ۱۳۱۳، ج ۵، ۱۳۷؛ علامه حلی، ۱۳۲۰، ج ۱۰، ۵۳؛ النجفی الخوانساری، ۱۴۱۸، ج ۲، ۳۶۰-۳۵۹ ۳۵۹؛ الانصاری، ۱۳۷۸، ج ۴، ۱۷۶-۱۷۵؛ الموسوی الخوئی، ۱۳۷۷، ج ۵، ۳۱۸-۳۱۷). برخی از فقها بیع شخص غایب را تا زمانی که رفع جهالت نشود، به دلیل عدم رویت کالا صحیح نمی‌شمارند (علامه حلی، ۱۳۲۰، ج ۱۰، ۵۳). قانون مدنی در ماده ۳۴۲ در خصوص عقد بیع مقرر می‌دارد: «مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد و تعیین مقدار آن به وزن یا کیل یا عدد یا ذرع یا مساحت یا مشاهده تابع عرف بلد

صحبت و یا با پیاده کردن برنامه نرم افزار و یا محصول دیجیتال از شبکه اینترنت و نصب آن بر رایانه متعلق به قبول کننده. همچنین یکی از روشهای معمول برای اعلان قبول الکترونیکی کلیک ساده و یا کلیک دوگانه بر گزینه واژه «موافق» در نماد تعیین شده در زیر مفاد ایجاب می‌باشد. قبول الکترونیکی، از لحاظ شکل اعلام آن بواسطه الکترونیکی، اعلامی صریح و قاطع محسوب می‌شود. ولی این امر مانع آن نیست که بیان ضمنی قبول در مفاد نامه و یا مکالمه الکترونیکی قید و ارسال گردد. زیرا وسیله الکترونیکی عملیات انتقال داده های پیام را انجام می‌دهد و در شکل انتقال آن جای برای استدلال و یا استخلاص اراده ضمنی نیست.

در بند ۱ ماده ۱۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی آمده است که: «الفاظ یا سایر اعمال مخاطب ایجاب که دال بر رضای بر مفاد آن ایجاب باشد قبول محسوب می‌شود...». به نظر می‌توان قبول را به صورت الکترونیکی بیان و ابراز نمود که می‌تواند به شکل ارسال پست الکترونیکی یا یک کلیک کردن ساده در یک صفحه وب باشد. شایان ذکر است که قبول از طریق واسطه‌های الکترونیکی باید قاطع و بدون قید و شرط باشد والا اگر با قید و شرط باشد یک ایجاب جدید تلقی می‌گردد و قبولی ضمنی توسط برخی از واسطه‌های الکترونیکی مانند رایانه مشکل به نظر می‌رسد، زیرا رایانه و اینترنت نمی‌تواند اراده‌ی ضمنی را در اینگونه انعقاد قراردادها به طور واضح و کامل منتقل کند.

### ۵-۱-۳. مورد معامله در قراردادهای

#### الکترونیکی

مورد یا موضوع قرارداد در یک وب سایت و پایگاه های اینترنتی می‌تواند فروش کالا و خدمات و نظایر آن در هر زمینه‌ای باشد. مانند ارائه خدمات نرم

وجود اراده صریح یا ضمنی خلاف مفاد این اراده را بر حکم مندرج در ماده ۹۶۸ مقدم خواهد بود» (نصیری، ۱۳۸۳، ۱۲۱-۱۲۰). عده‌ای اتباع ایرانی را از چنین حقی محروم می‌دانند (شهیدی، ۱۳۷۷-۱۳۷۶، ۳۴؛ جنیدی، ۱۳۷۶، ۲۹۲-۲۷۶؛ اخلاقی، ۱۳۶۹، ۱۱۱).

دلایل این گروه عبارت است از:

۱- حکم ماده ۹۶۸ در خصوص آزادی اراده در تعیین قانون حاکم بر، قرارداد، حکمی خلاف اصل است و باید تفسیر مضیق شود؛ زیرا قواعد حل تعارض اصولاً امری هستند و با اصل حاکمیت دولت ارتباط دارند سیاق ماده نیز دلالت بر غیر اختیاری بودن دارد، زیرا قانونگذار موردی را که قانون حاکم به اراده طرفین تعیین می‌شود، به عنوان یک استثناء بر قاعده کلی منحصر به قراردادی کرده است که طرفین آن بیگانه باشند مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را به طور صریح یا ضمنی تابع قانون دیگری قرار دهند و اگر به نظر قانون گذار طرفین به صورت عام یا مطلق تعیین کننده نهایی قانون حاکم بر قرارداد می‌بودند، حق انتخاب قانون به صورت جمله، استثنایی منحصر به مورد بیگانه بودن طرفین نمی‌گردید و در جمله استثناء عنوان اتباع خارجه را ذکر نمی‌کرد و به طور مطلق مقرر می‌داشت: مگر اینکه متعاقدين صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار دهند. (شهیدی، ۱۳۷۷-۱۳۷۶، ۳۵-۳۴).

۲- مذاکرات مقدماتی مجلس و تغییر شکل از قانون خارجی اضافه کردن عبارت اتباع خارجه دلالت بر امری بودن ماده می‌کند این ماده از قانون فرانسه اقتباس شده و یکی از نمایندگان مجلس در زمان تصویب این ماده با پیشنهاد اضافه نمودن عبارت اتباع خارجه قصد داشت در صورتی حق انتخاب قانون به خارجیان داده شود که کشور متبوع ایشان

است». بنابراین آنچه از سخنان برخی فقها می‌توان برداشت کرد که قراردادهای الکترونیکی به دلیل عدم رویت کالا و مشخص نبودن مورد معامله، صحیح نیستند لیکن در این خصوص می‌توان گفت با توجه به نیاز جوامع امروزی این سخن صحیح نمی‌باشد.

## ۵-۲. قواعد حاکم بر رفع تعارض در

### دعای قراردادها الکترونیک

« با توجه به عدم وجود نص خاصی در مورد اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قراردادهای تجاری الکترونیکی، باید به قواعد عام مندرج در قانون مدنی مراجعه کرد. اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد در ماده ۹۶۸ ق.م. آمده است» (الماسی، ۱۳۹۷، ۲۱۳). این ماده مقرر می‌دارد: «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است؛ مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند». کاوش در نظریات حقوقدانان ایرانی نشان می‌دهد که «دو جریان که هر کدام طرفدارانی داشته، قائل به امری بودن و اختیاری بودن قسمت اول ماده ۹۶۸ ق.م. می‌باشند. آن‌ها که قسمت اول ماده را امری می‌دانند، قانون ایران را در مورد عقود منعقدشده در ایران، به طور اجباری مجری می‌دانند» (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ۳۷۶). در این قسمت به بررسی این دو رویکرد و نظریات دیگر در این خصوص پرداخته می‌شود.

### ۵-۲-۱. نظریه آمره بودن

به گفته طرفداران آمره بودن ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران «در مورد عقود منعقد شده در ایران، به طور اجباری مجری بوده و دیگرانی که بخش اول ماده را اختیاری می‌دانند حکم مندرج در آن را مانند همه احکام این چنینی ناظر به فرض سکوت متعاقدين تلقی می‌کنند؛ لذا در صورت

این اراده را بر حکم مندرج در ماده ۹۶۸ مقدم می‌دارند. تحلیل و بررسی نظر هر یک از این دو طیف زمان زیادی می‌طلبد. لیکن اجمالاً به نظر ما باید ماده ۹۶۸ ق.م. به عنوان قاعده حل تعارض در قراردادهای سنتی و الکترونیکی، اختیاری تفسیر شود» (اخلاقی، ۱۳۶۹، ۱۱۱)؛ در غیر این صورت، مشکلات فراوانی به شرح زیر ممکن است ایجاد شود:

۱. قاعده تعارض صرفاً در مورد قراردادهای منعقد در ایران قابل اجرا خواهد بود.

۲. «اتباع ایران در خارج از کشور، لزوماً تعهدات ناشی از قراردادهای آنان، تابع قانون کشور محل انعقاد عقد خواهد شد و مثلاً اتباع ایران برحسب منطق این ماده، حق نخواهند داشت هرگاه در خارج از ایران قراردادی منعقد می‌کنند، حتی قانون ایران را حاکم بر تعهدات ناشی از قرارداد خود بدانند» (سلجوقی، ۱۳۸۵، ج ۲، ۳۷۵).

۳. «چون به هر تقدیر نمی‌توان در روابط تجاری بین‌المللی، طرف خارجی را به قبول صلاحیت قانون ایران ناگزیر کرد، در قراردادهای مربوط به تجارت بین‌المللی ایران، یک نوع ظاهرسازی و تصنع باب می‌شود؛ به این معنی که معمولاً پس از امضای قرارداد از سوی طرف ایرانی، طرف خارجی قرارداد را در خارج از کشور امضا می‌کند تا منعقد در خارج از ایران تلقی شود، حتی اگر تمام مذاکرات مربوط به انعقاد قرارداد در ایران انجام شده باشد. نتیجه نامطلوب این وضعیت برای طرف ایرانی این است که حقوق ناشی از یک قرارداد تجارت بین‌المللی، ملعبه تصمیم یکجانبه طرف خارجی خواهد شد. به تعبیر روشن‌تر، به محض اینکه طرف ایرانی شرایط خود را پس از یک مذاکره طولانی به قبولی طرف خارجی رساند و قرارداد را امضا کرد، متن امضاشده قرارداد را برای امضای نهایی باید به

نیز به اتباع ایرانی این حق را بدهد و در واقع مقابله به مثل کنند؛ غافل از اینکه نیازی به این کار نبوده و پیشنهاد مذکور نتیجه معکوس بر جای خواهد گذاشت لذا حقی که در این ماده به طرفین خارجی داده شده، یک طرفه بوده و در نتیجه تصویب این پیشنهاد ماده (۹۶۸) که در هر حال از حیث حقوق بین‌الملل خصوصی ایران دارای اعتبار است اتباع ایرانی از این حق محروم شده‌اند (سلجوقی، ۱۳۸۵، ج ۲، ۳۷۵). با استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی نیز اتباع ایرانی نمی‌توانند قانون حاکم را انتخاب کنند؛ چون بر اساس ماده ۹۶۸ که قاعده‌ای امری است، از چنین حقی محروم گردیده‌اند.

دسته‌ای از علمای حقوق اعتقاد دارند که اتباع ایرانی هم از چنین حقی برخوردار هستند و می‌توانند در صورتیکه هر دو طرف ایرانی باشند و در خارج از کشور معامله کنند همانند اتباع خارجه معامله را تابع قانون دیگری غیر از محل وقوع عقد قرار دهند این دسته از علما به رغم اذعان به ظهور امری این ماده به منظور حمایت از منافع اتباع ایرانی و احتراز از ایجاد مشکلات در مراودات بین‌المللی و همچنین با استناد به اصل تبعیت، قاعده حل تعارض از قانون ماهوی و پذیرش اصل آزادی اراده در تعیین قانون قابل اجرا و استثنایی بودن حکم این ماده ممنوعیت تعیین قانون خارجی در قلمرو سرزمینی ایران توسط ایرانیان با توسل به تفسیر مضیق، می‌پذیرند در مواردی که اتباع ایرانی در خارج از کشور معامله کنند، مانعی برای چنین اختیاری وجود ندارد (الماسی، ۱۳۹۷، ۲۱۳).

## ۵-۲-۲. نظریه انتخابی بودن

«دیگرانی که بخش اول ماده را اختیاری می‌دانند، حکم مندرج در آن را مانند همه احکام این‌چنینی ناظر به مورد سکوت متعاقدين تلقی می‌کنند و لذا در صورت وجود اراده صریح یا ضمنی خلاف، مفاد

۹۶۸ را نمی‌توان به دلیل لفظی تکمیلی دانست، ولی به دلیل عقلی و اصولی باید از قید اتباع خارجه الغای خصوصیت کرد و بر آن بود که دلیلی وجود ندارد که قراردادهای اتباع خارجه از حیث حاکمیت اراده با قراردادهای ایرانیان متفاوت باشد» (نیکبخت، ۱۳۷۹، ۱۴۶-۱۴۴). رویه قضایی و رویکرد قانونگذار ایران در سال ۱۳۷۶ در ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی، مویدی دیگر بر تخییری تفسیر کردن ماده ۹۶۸ ق.م. است. رأی شماره ۱۴۷۸ مورخ ۱۳۵۲/۱۰/۱۷ شعبه هفتم دیوان عالی مقرر می‌دارد: «... ایراد عدم اهلیت نسبی داور (مؤسسه پنبه لیورپول) به‌عنوان تابعیت خارجی آن وارد نیست؛ چه طبق قسمت اخیر ماده ۶۳۳ قانون آئین دادرسی مدنی، مطلق بیگانگی داور موجب بطلان قرارداد داوری نیست، بلکه بطلان و بالاثربودن قرارداد داوری منحصر است به موردی که داور دارای تابعیت طرف معامله باشد و حال آنکه وحدت تابعیت طرف معامله و داور اساساً مورد ادعا قرار نگرفته است. ماده ۹۶۸ ق.م. تعهدات ناشی از عقود را تابع قانون محل وقوع عقد می‌داند؛ مگر اینکه متعاقدين آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند. بنابراین طبق قسمت اخیر این ماده، تراضی طرفین بر اینکه قرارداد تابع مقررات مؤسسه لیورپول است، منع قانونی ندارد» (جنیدی، ۱۳۷۶، ۲۸۷-۲۸۶).

در واقع برخی با توجه به ظاهر ماده اعتقاد دارند افزون بر آزادی طرفین خارجی در تعیین قانون حاکم، وقتی یکی از طرفین خارجی و طرف دیگر ایرانی باشد می‌توانند قانون حاکم بر قرارداد را تعیین نمایند، ولی این اختیار محدود است. اما وقتی هر دو طرف ایرانی باشند نمی‌توانند از این اختیار استفاده کنند. هم چنین طرفین ایرانی و خارجی اجازه ندارند غیر از قانون ملی یکی از

خارج از ایران بفرستد و در این مرحله، هرگاه طرف خارجی قرارداد به این نتیجه رسیده باشد که برائر تغییر اوضاع و احوال، امضای قرارداد به مصلحت او نیست، قرارداد را امضا نخواهد کرد» (مدنی، ۱۳۸۸، ج ۲-۱، ۸۸).

۴. «چون قرارداد منعقدشده در ایران به‌رحال تابع قانون ایرانی تلقی خواهد شد، به فرض که با مقاومت از طرف ایرانی، قرارداد در ایران امضا شود، قانون صلاحیت‌دار ضمن قرارداد تصریح نخواهد شد و طرف ایرانی ناچار خواهد شد شرط رجوع اختلافات به داوری را بپذیرد. هیأت داوری نیز برحسب قواعد معمول حقوق بین‌الملل خصوصی، در انتخاب قانون صلاحیت‌دار، قاعده تعارض کشور محل اجلاس خود را در نظر می‌گیرد و ارجاع اختلافات را به داوری قرینه‌ای بر تفسیر نظر متعاملین در تمکین به صلاحیت قانون محل اجلاس داوران تلقی خواهد کرد. به تعبیر روشن‌تر، قراردادهای تجاری بین‌المللی ایران به ندرت مورد رسیدگی قضایی در محاکم ایران قرار خواهد گرفت و این خود یکی از علل کمبود رویه قضایی در ایران در زمینه مسائل حقوق بین‌الملل خصوصی است که با توجه به پیشرفت تجارت بین‌المللی در دوران ما، عدم آگاهی محاکم و مراجع حقوقی کشور نسبت به مسائل حقوق بین‌الملل خصوصی بسیار نامطلوب است» (نصیری، ۱۳۹۱، ۱۲۱).

برخی برای توجیه تخییری بودن ماده ۹۶۸، متوسل به "دلیل عقلی و اصولی" شده‌اند. به نظر ایشان «همان‌گونه که قانونگذار نمی‌تواند اصل وفای به عهد، اصل لزوم رد امانت، اصل لزوم جبران ضرر و نظایر اینها را نفی کند، به منتفی شدن اساس حاکمیت اراده بر قرارداد نیز نمی‌تواند حکم کند و بنابراین ماده ۹۶۸ نباید با قواعد بنیادین حقوقی ناسازگار باشد. نتیجه اینکه، هر چند ماده

طرفین قرارداد قانون دیگری بر قرارداد حاکم سازند (ایرانیور، ۱۳۸۱، ۸۸-۸۶).

در هر حال تفسیر موسع از ماده ۹۶۸ قانون مدنی و قائل شدن حق انتخاب قانون حاکم برای اتباع ایرانی خلاف ظاهر ماده بوده و به سختی قابل دفاع است.

بند ۲ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری ایران مصوب ۱۳۷۶ بر خلاف ظاهر ماده ۹۶۸ قانون مدنی به طور صریح به اتباع ایرانی اجازه داده است قانون حاکم بر قرارداد را تعیین کنند حتی به آنها اجازه داده قواعد حقوقی مانند عرف و رسوم تجاری و اصول کلی را نیز انتخاب نمایند و در صورتی که سکوت کنند طبق قانون مذکور داور قانون مناسب را تعیین می‌کند. اما بر خلاف طرفین که اختیار تعیین قواعد حقوقی را هم دارند، داور چنین اختیاری ندارد. البته منظور از "قانون مناسب" ضرورتاً قانون ایران نیست.

باتوضیح به این که قانون داوری تجاری بین‌المللی ماده ۹۶۸ قانون مدنی را نسخ نکرده است؛ زیرا از یک سو مرجع رسیدگی کننده این دو قانون ضرورتاً یکی نیست؛ یکی دادگاه و دیگری داوری است. از سوی دیگر قانون داوری تجاری، قانونی خاص است که موضوع آن صرفاً قراردادهای تجاری است، آن هم نه هر قرارداد تجاری بلکه قراردادهای تجاری که به داوری ارجاع شده یا حاوی شرط داوری است. اما ماده ۹۶۸ قانون مدنی قاعده‌ای عام را بیان می‌کند و بر کلیه قراردادهای مدنی و تجاری حاکم است. بنابراین رابطه این دو قانون، رابطه عام و خاص است و در این، رابطه خاص عام را تخصیص میزند. لذا باید قائل به این نظر بود که قانون داوری، تجاری ماده ۹۶۸ قانون مدنی را نسخ نکرده، بلکه دایره شمول آن را محدود نموده است.

در تقویت اختیاری بودن ماده ۹۶۸ همچنین می‌توان چنین استدلال کرد که امری یا تخییری بودن "قاعده حل تعارض قانون بین‌المللی فرع بر امری یا اختیاری بودن قانون ماهوی (قانون داخلی) مربوطه است. توضیح آنکه در هر نظام حقوقی قوانین به امری و تخییری تقسیم می‌شوند؛ لذا قاعده تعارضی که برای هر یک از دسته‌های روابط حقوقی وضع شده است از جهت امری یا اختیاری بودن، باید از قانون ماهوی مربوطه تبعیت نماید. مثلاً چون قوانین مربوط به اهلیت افراد جز قوانین امری است، قاعده تعارضی که اهلیت را مشمول قانون دولت متبوع افراد می‌داند، یک قاعده امری است و نتیجتاً بیگانگان نمی‌توانند توافق نمایند که اهلیت آنان تابع قانون ایران باشد، برعکس چون مقررات قانون مدنی ایران در باب تعهدات ناشی از عقد بیع اساساً جنبه اختیاری دارد قاعده تعارضی که تعهدات قراردادی را برای مثال تابع قانون محل انعقاد عقد داند، باید یک قاعده اختیاری تلقی شود. نتیجتاً متعاملین می‌توانند توافق نمایند تعهدات ناشی از عقد بیع آنان تابع قانون ایران باشد؛ اگرچه عقد در خارج از ایران منعقد شده باشد. بنابراین، اصل تبعیت قاعده حل تعارض از قانون ماهوی در باب تعهدات قراردادی باید مورد توجه قرار گیرد. برخی برای توجیه تخییری بودن ماده ۹۶۸، متوسل به دلیل عقلی و اصولی شده‌اند. به نظر ایشان همان گونه که قانونگذار نمی‌تواند اصل وفای به عهد اصل لزوم رد، امانت اصل لزوم جبران ضرر و نظایر اینها را نفی کند به منتفی شدن اساس حاکمیت اراده بر قرارداد نیز نمی‌تواند حکم کند و بنابراین ماده ۹۶۸ نباید با قواعد بنیادین حقوقی ناسازگار باشد نتیجه اینکه هرچند ماده ۹۶۸ را نمی‌توان تکمیلی دانست، ولی به دلیل عقلی و اصولی باید از قید اتباع خارجه الغای خصوصیت

معمولاً پس از امضای قرارداد از سوی طرف، ایرانی طرف خارجی قرارداد را در خارج از کشور امضا کند تا منعقد در خارج از ایران تلقی شود؛ حتی اگر تمام مذاکرات مربوط به انعقاد قرارداد در ایران انجام شده، باشد نتیجه نامطلوب این وضعیت برای طرف ایرانی این است که حقوق ناشی از یک قرارداد تجارت بین‌المللی ملعبه تصمیم یک جانبه طرف خارجی خواهد شد. به تعبیر روشن‌تر، پس از اینکه طرف ایرانی شرایط خود را پس از یک مذاکره طولانی به قبولی طرف خارجی رساند و قرارداد را امضا کرد متن امضا شده قرارداد را برای امضای نهایی باید به خارج از ایران بفرستد و در این مرحله، هر گاه طرف خارجی قرارداد به این نتیجه رسیده باشد که بر اثر تغییر اوضاع و احوال امضای قرارداد به مصلحت او نیست، قرارداد را امضا نخواهد کرد.

۴- چون قرارداد منعقد شده در ایران به هر حال تابع قانون ایرانی تلقی خواهد شد به فرض که با مقاومت از طرف ایرانی قرارداد در ایران امضا شود قانون صلاحیت دار ضمن قرارداد تصریح نخواهد شد و طرف ایرانی ناچار خواهد شد شرط رجوع اختلافات به داوری را بپذیرد هیئت داوری نیز حسب قواعد معمول حقوق بین‌الملل خصوصی در انتخاب قانون صلاحیت، دار قاعده تعارض کشور محل اجلاس خود را در نظر می‌گیرد و ارجاع اختلافات را به داوری قرینه‌ای بر تفسیر نظر متعاملین در تمکین به صلاحیت قانون محل اجلاس داوران تلقی خواهد کرد به تعبیر روشن‌تر قراردادهای تجاری بین‌المللی ایران به ندرت مورد رسیدگی قضایی در محاکم ایران قرار خواهد گرفت و این خود یکی از علل کمبود رویه قضایی در ایران در زمینه مسائل حقوق بین‌الملل خصوصی است که با توجه به پیشرفت تجارت بین‌المللی در دوران ما، عدم آگاهی محاکم و مراجع حقوقی کشور

کرد و بر آن بود که دلیلی وجود ندارد که قراردادهای اتباع خارجه از حیث حاکمیت اراده با قراردادهای ایرانیان متفاوت باشد.

همانطور که گفتیم رویه قضایی و رویکرد قانون گذار ایران در سال ۱۳۷۶ در تنظیم ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی مؤیدی دیگر بر تخییری بودن ماده ۹۶۸ است به اعتقاد این گروه، این ماده با ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی که در سال ۱۳۷۶ تصویب گردیده است قابل جمع می‌باشد. ماده ۲۷ یکی از موارد سکوت ماده ۹۶۸ را پر کرده و رسیدن به تفسیری معتبر از طریق عام مقدم و خاص مؤخر و همچنین تفسیر موسع از ماده ۱۰ قانون مدنی در باب حاکمیت اراده را تأیید می‌کند (احمدی، ۱۳۹۳، ۱۰۷).

همانطور که دیدیم تحلیل و بررسی نظر هر یک از این دو گروه مستلزم صرف زمان زیادی است. لیکن اجمالاً به نظر نگارنده باید این ماده در قراردادهای سنتی و الکترونیکی اختیاری تفسیر شود؛ در غیر این صورت، مشکلات فراوانی به شرح زیر ممکن است ایجاد شود

۱- قاعده تعارض صرفاً در مورد قراردادهای منعقد در ایران قابل اجرا خواهد بود.

۲- اتباع ایران در خارج از کشور، لزوماً تعهدات ناشی از قراردادهای تابع قانون کشور محل انعقاد عقد خواهد بود و اتباع ایران حسب منطق این ماده حق نخواهند داشت گاه در خارج از ایران قراردادی منعقد می‌کنند، حتی قانون ایران را حاکم بر تعهدات ناشی از قرارداد خود بدانند.

۳- از آنجایی که به هر تقدیر نمی‌توان در روابط تجاری بین‌المللی طرف خارجی را به قبول صلاحیت قانون ایران ناگزیر کرد در قراردادهای مربوط به تجارت بین‌المللی، ایران یک نوع ظاهرسازی و تصنع باب می‌شود؛ به این معنی که

کرد؟ پیش از پاسخ به این سؤال این نکته قابل ذکر است که دادگاه برای توصیف محل انعقاد عقد، قانون مقر دادگاه را باید اجرا کند؛ زیرا توصیف محل انعقاد عقد یک توصیف اصلی است که در تعیین قانون صالح و لازم‌الاجرا مؤثر می‌باشد. مسلم است که مکان تشکیل قرارداد، مکانی است که قبول معتبر در آن محقق شده است. به نظر می‌رسد نظریه ارسال قبول (یا قاعده صندوق پستی) منطبق با اصول و قواعد رایج در نظام حقوق ایران و ضروریات تجارت بین‌الملل باشد. ذکر این نکته لازم است که اراده طرفین این قدرت رادار است که مکان انعقاد قرارداد را تعیین کند (الماسی، ۱۳۹۷، ۲۸۳). پس محل انعقاد عقد الکترونیکی جایی است که قبولی ارسال شده است. ارسال نیز زمانی صورت می‌گیرد که قبولی از سیستم کامپیوتری قابل، خارج شود (مواد ۲۶ تا ۳۰ قانون تجارت الکترونیکی). بنابراین، قانون محل اقامت ارسال کننده قبولی بر تعهدات ناشی از قرارداد حاکم است، مگر اینکه یک طرف قرارداد، مصرف کننده باشد و قانون محل انعقاد، حمایت‌های کمتری از قانون تجارت الکترونیکی ایران از وی به عمل آورد (ماده ۴۵ قانون تجارت الکترونیکی). در غیر این صورت قانون ایران بر قرارداد الکترونیکی حاکم است.

#### ۵-۲-۵. انتخاب ضمنی

در صورت عدم انتخاب صریح قانون حاکم از سوی طرفین، باید به دنبال کشف اراده ضمنی طرفین بود. این اراده ضمنی باید به موجب اوضاع و احوالی که قرارداد در آن شکل گرفته است، استنباط شود. سیستم‌های حقوقی که انتخاب ضمنی را پذیرفته‌اند، در عمل نظر به موردی دارند که یک انتخاب حقیقی توسط طرفین در قرارداد وجود دارد، اما این انتخاب با کلمات و بیان صریح

نسبت به مسائل حقوق بین‌الملل خصوصی بسیار نامطلوب است.

#### ۵-۲-۳. انتخاب صریح

در بحث قبلی دیدیم که ماده ۹۶۸ از قواعد آمره نیست تا توافق طرفین برخلاف آن بر انتخاب قانون حاکم بر قرارداد باطل باشد. از طرف دیگر، طرف ایرانی از سال ۱۳۷۶ به بعد با تصریحی که در قانون داوری تجاری بین‌المللی آمد، حق انتخاب صریح قانون حاکم را بر تعهدات قراردادی اش دارد. بنابراین، طرفین مجازند تا به استناد اصل بنیادین استقلال اراده، روابط معاملی خود را تحت قانون منتخب قرار دهند (صادقی صدیق، ۱۳۹۷، ۶۷). در حال حاضر ماده ۹۶۸ ق.م. با ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران قابل جمع می‌باشد: ماده ۲۷ یکی از موارد سکوت ماده ۹۶۸ را پر کرده و رسیدن به تفسیری معتبر از طریق عام مقدم و خاص مؤخر و همچنین تفسیر موسع از ماده ۱۰ ق.م. در باب حاکمیت اراده را تأیید می‌کند.

#### ۵-۲-۴. انتخاب فرضی

چنانچه اراده طرفین به‌طور صریح یا ضمنی از قرارداد ایشان قابل کشف نباشد، باید اراده فرضی را به ایشان نسبت داد. انتخاب فرضی به دو روش تقسیم می‌شود: (۱) روش قابل انعطاف (اختیار دادگاه)؛ (۲) روش غیرقابل انعطاف (یا حکم قانون)؛ نظام حقوقی ایران از بین دو روش فوق، متمایل به شیوه غیرقابل انعطاف است در حقوق ایران طبق ماده ۹۶۸ ق.م. چنین مقرر شده است که: در فرض فقدان تعیین قانون حاکم توسط طرفین، قرارداد تابع قانون محل انعقاد باشد. در واقع، در حقوق ایران قانون محل انعقاد به عنوان قاعده ثابت تعارض برای تعیین قانون صلاحیت‌دار در نظر گرفته شده است. حال باید دید در حقوق ایران چه مکانی را می‌توان محل وقوع عقد اینترنتی تلقی

اینکه در قانون تجارت الکترونیکی ایران، قانون معاملات از راه دور به معنی حقیقی و کامل کلمه نیست، اما می‌توان آن را تجلی اراده قانونگذار درباره معاملات از راه دور که می‌تواند تا حدودی مقررات موجود در سایر قوانین در باب معاملات را تحت تأثیر خود قرار دهد، تلقی کرد. قانون تجارت الکترونیکی ایران در زمینه تعارض قوانین و دادگاه‌ها در قراردادهای الکترونیکی ساکت است و دارای اجملات و نواقصی است. قواعد حل تعارض در قراردادهای الکترونیکی با قراردادهای معمول تفاوتی ندارد. این موضوع در ماده ۹۶۸ این قانون آمده است. ولی شیوه نگارش این ماده به گونه‌ای است که ابهاماتی را موجب شده است طبق ظاهر ماده ۹۸۶ قانون مدنی، ایران حقوق داخلی آزادی اراده طرفین را در صورتی که هر دو ایرانی باشند محدود نموده است. به موجب ماده ۹۶۸ قانون مدنی، «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است مگر این که متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً و یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند». از نظر اکثر حقوقدانان، مفاد ماده ۹۶۸ قانون مدنی آمره به حساب می‌آید و طرفین عقد غیر از مواردی که هر دو تبعه بیگانه باشند نمی‌توانند قرارداد خویش را در خصوصی ایران منعقد نمایند و آن را تابع قانون کشور دیگری قرار دهند. البته درست است که فناوریهای اطلاعاتی چالشهای متعددی را در زمینه قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی بوجود آورده است، اما منجر به وضع رژیم حقوقی جداگانه‌ای برای قراردادهای الکترونیکی در فضای مجازی نشده است و بسیاری از کشورها مانند کشور ایران هم چنان همان قواعد حقوقی موجود را بر اعمال حقوقی فضای مجازی بکار می‌برند. مراجع قانون گذاری کشور و دولت که در رأس امور اجرایی

مشخص نگردیده است و بند انتخاب قانونی در قرارداد مشهود نیست (نیکبخت، ۱۳۸۸، ۹۰). ماده ۹۶۸ ق.م. در مورد انتخاب ضمنی قانون حاکم ساکت است، ولی با پذیرش نظریه قانون مناسب در ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی، می‌توان چنین تحلیل کرد که در صورت سکوت طرفین بر قانون حاکم، کلیه اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد بررسی می‌شود و قانونی که با توجه به این اوضاع و احوال مناسب تشخیص داده شود به عنوان قانون حاکم بر قرارداد خواهد بود. بند ۲ ماده ۲۷ قانون داوری مقرر می‌دارد: «در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین، داور بر اساس قانونی به ماهیت اختلاف رسیدگی خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارض، مناسب تشخیص دهد». همچنین بند ۴ همین ماده بیانگر این نکته است که داور باید در کلیه موارد بر اساس شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم کند و عرف بازرگانی موضوع مربوط را مورد نظر قرار دهد.

## ۶. نتیجه

در مقاله حاضر به بررسی این سوال پرداخته شد که قواعد حاکم بر قراردادهای الکترونیک چیست؟ نتایج نشان داد صرف انعقاد قرارداد به صورت الکترونیکی آن را از تحت حاکمیت قواعد عمومی قراردادهای و قانون مدنی خارج نمی‌کند، زیرا رایانه و ابزارهای نوین دیگر برای آسان نمودن روابط مختلف انسانها به وجود آمده‌اند و تنها ابزارهای جدیدی هستند که انعقاد قرارداد از طریق آنها صورت می‌گیرد و حسب قاعده، نوع ابزار تأثیری در اعمال قواعد عمومی ندارد، بلکه آنچه در انعقاد عقود ضروری است اعالم اراده متعاملین می‌باشد، نه وسیله بیان اراده. بنابراین قراردادهای الکترونیکی مصداقی از قراردادهای هستند که تحت شمول قواعد عمومی قراردادهای می‌باشند. علی‌رغم

می‌باشد، باید راه استفاده از مقررات جهانی و به کارگیری آن در قراردادهای الکترونیک و اجرای آنها را هموار کرده و کشور را به کنوانسیونهای بین‌المللی ملحق نمایند. در کشور ما نیز باید مقررات مورد نیاز و قبول جامعه جهانی برای تسهیل معاملات الکترونیکی وضع گردد. پیشنهاد دیگر وضع قوانین داخلی با مد نظر قرار دادن مشکلات موجود در راه انعقاد و اجرای قراردادهای الکترونیک و نیز حل اختلاف در این زمینه است.

#### **۷. سهم نویسندگان**

کلیه نویسندگان به صورت برابر در تهیه و تدوین پژوهش حاضر مشارکت داشته‌اند.

#### **۸. تضاد منافع**

در این پژوهش تضاد منافع وجود ندارد.

## منابع

## منابع فارسی

- قرآن کریم
- احمدی، عباس، «قانون حاکم بر قراردادهای ایران»، مجله دادرسی، شماره یکصد و هفتم، ۱۳۹۳.
- اخلاقی، بهروز، «اسناد تجاری در قلمرو حقوق تجارت بین‌الملل دیدگاه‌های پیمان ژنو ۱۹۳۰»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره دوازدهم، ۱۳۶۹.
- ایرانپور، فرهاد، «شناسایی و یا انکار اصل حاکمیت اراده در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی تهران، شماره پنجاه و هشتم، ۱۳۸۱.
- جنیدی، لعیا، قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۶.
- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.
- رستمی، محسن؛ ساورائی، پرویز، چالش‌های مهم در قراردادهای الکترونیک در حقوق ایران»، مجله تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره سی و یکم، بهار ۱۳۹۶.
- سلجوقی، محمود، بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد دوم، چاپ پنجم، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۵.
- شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، جلد اول، چاپ چهارم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۲.
- شهیدی، مهدی، «قواعد ایرانی تعیین قانون حاکم بر قرارداد بین‌المللی خصوصی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره بیست و یکم و بیست و دوم، ۱۳۷۷-۱۳۷۶.
- صادقی‌صدیق، مریم، «بررسی حقوقی قانون حاکم بر عقود و قراردادهای»، فصلنامه الکترونیکی پژوهش‌های حقوقی قانون‌یار، شماره دوم، ۱۳۹۷.
- فیضی چکاب، غلام‌نبی؛ نوشادی، ابراهیم، «رویکرد قانون‌گذاری به قراردادهای الکترونیکی»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره نوزدهم، بهار و تابستان ۱۳۹۰.
- کاتوزیان، امیرناصر، حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، جلد اول، چاپ ششم، تهران، نشر شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۳.
- کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی (قرارداد ایقاع)، چاپ بیست و یکم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰.
- الماسی، نجادعلی، «معیارهای تعیین قانون حاکم در صورت سکوت طرفین در قراردادهای تجاری بین‌المللی»، فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره اول، ۱۳۹۷.
- مدنی، سیدجلال‌الدین، حقوق بین‌الملل خصوصی (کلیات - تابعیت - اقامتگاه - وضع بیگانگان)، جلد اول و دوم، چاپ بیست و یکم، تهران، انتشارات آگه، ۱۳۸۸.
- مقامی نیا محمد، «نحوه انعقاد قراردادهای الکترونیکی و ویژگی‌های آن»، مجله دانش حقوق مدنی، شماره اول، ۱۳۹۱.
- میریان، زهرا سادات، «بررسی مسائل حقوقی مرتبط با قراردادهای الکترونیک»، مجله: مطالعات حقوقی، دوره جدید، شماره سی و ششم، زمستان ۱۴۰۲.
- نصیری، محمد، حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ نهم، تهران، نشر آگه، ۱۳۹۱.
- نصیری، مرتضی، حقوق تجارت بین‌المللی در نظام حقوقی ایران، چاپ اول، تهران، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۸۳.
- نیکبخت، حمیدرضا، «چگونگی تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی»، دوفصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره بیست و یکم و بیست و دوم، ۱۳۸۸.
- نیکبخت، حمیدرضا، «ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی

ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، سی و یکم و سی و دوم، ۱۳۷۹.

### منابع عربی

- الأنصاری، مرتضی بن محمد أمين، كتاب المكاسب، جلد چهارم، چاپ دوم، قم، نشر موسسه مطبوعات، ۱۳۷۸.
- الجوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة، جلد دوم، چاپ چهارم، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۰۷.
- الطباطبائی، السید محمد حسین، المیزان فی تفسیر القرآن، جلد چهارم، چاپ ششم، تهران، مؤسسه مطبوعاتی اعلمی، ۱۳۹۳.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، مختلف الشیعة، جلد پنجم، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۱۳.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، تذکره الفقهاء، جلد دهم، چاپ اول، قم، مؤسسه لإحیا التراث آل البيت (ع)، ۱۳۲۰.
- الموسوی الخوئی، ابو القاسم، مصباح الفقاهه، جلد پنجم، چاپ سوم، بیروت، دارالهادی، ۱۳۷۷.
- النجفی، محمد بن حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد بیست و دوم، چاپ هفتم، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۹۸۱.
- النجفی الخوانساری، موسی بن محمد، منیه الطالب فی شرح المكاسب، جلد دوم، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۸.

### منابع لاتین

- Inaya Malik, Taimur, Implicitly of Electronic Contract Formation, 4th edition, Florida, Universal-Publishers, 2011.
- Smith, Graham, Internet Law and Regulation, 5th edition, New York, Publisher Sweet & Maxwell, 2002.

