

## زمان انعقاد قرارداد در قراردادهای راه دور در فقه اسلام و حقوق افغانستان

سید اسحاق سجادی<sup>۱</sup>

### چکیده

این مقاله، به بررسی زمان انعقاد قرارداد، در قراردادهای راه دور با تأکید بر قراردادهای الکترونیکی از دیدگاه فقه اسلام و حقوق افغانستان پرداخته است و در پایان مقایسه نسبی بین قانون تجارت افغانستان با برخی از مواد کنوانسیون بین المللی (آنسیترال) صورت گرفته است.

با رونق گرفتن استفاده از ابزارهای الکترونیکی و به خصوص اینترنت برای زمان انعقاد قراردادهای الکترونیکی و راه دور، بیشتر آنها در شرایطی منعقد می گردند که طرفین در مجلس واحدی نیستند. از آنجایی که زمان انعقاد قرارداد، از مختصات اصلی آن محسوب می گردد و نتایج حقوقی قابل ملاحظه ای در پی خواهند داشت، هر کشوری سعی و تلاش می کند که قواعد و مقررات حاکم بر زمان انعقاد معاملات الکترونیکی را تدارک ببیند. با بروز مشکلات و تعارض بین مقررات ملی، فکر تدوین یک کنوانسیون بین المللی برای حکومت بر قواعد معاملات الکترونیکی شکل گرفت.

یکی از این اسناد، کنوانسیون آنسیترال در رابطه با استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین المللی است که در تاریخ ۲۳ نوامبر ۲۰۰۵ به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسیده است. با تطبیق مقررات این کنوانسیون با حقوق افغانستان در زمینه زمان انعقاد قراردادهای الکترونیکی و راه دور، در یک جمع بندی کلی می توان گفت با توجه به اینکه از یک طرف در برخی از موارد اختلافی، کنوانسیون حکمی مقرر ننموده و به قوانین داخلی کشورها واگذار کرده است و از طرف دیگر، در موارد تعیین شده نیز، اختلاف جدی با قانون تجارت الکترونیکی و حقوق داخلی کشورها مشاهده نمی شود، با الحاق افغانستان به کنوانسیون، ناهماهنگی های جدی پیش نخواهد آمد.

واژگان کلیدی: ارتباطات الکترونیکی، قراردادهای راه دور، زمان انعقاد قراردادهای الکترونیکی، قراردادهای بین المللی، آنسیترال.

---

<sup>۱</sup> - فوق لیسانس حقوق خصوصی

زمان انعقاد هر قرارداد از ویژگی های اصلی آن به حساب می آید که آثار و نتایج بی شماری را در پی خواهد داشت. حضور طرفین معامله در مجلس واحد، تمیز آن را سهل و آسان می کند. اما در قراردادهایی که فاقد این ویژگی و شرایط باشند، تشخیص و تعیین موعد انعقاد قرارداد مشکل به نظر می رسد. لیکن؛ پیشرفت تکنولوژی و رونق گرفتن استفاده از ابزارهای الکترونیکی برای انجام معاملات به خصوص بعد از رونق یافتن اینترنت برای انعقاد قرارداد، در عرصه بین الملل، اکثر قراردادهای ویژه به روش الکترونیکی نیز، در شرایطی منعقد می شوند که طرفین آن ها در مجلس واحدی حضور نداشته باشند.

در چنین حالتی، ابتدا هر کشوری یا از طریق تفسیر قوانین ناظر به اسناد کاغذی و معاملات کتبی و یا از طریق تصویب قانون خاصی، سعی می کند که قواعد و مقررات حاکم بر زمان انعقاد معاملات الکترونیکی را برای حل و فصل اختلاف و تبیین رژیم حقوقی ناظر بر این معاملات تدارک ببیند.

در فقه اسلام و نظام حقوقی افغانستان نیز با وجود اینکه مقرره خاصی راجع با تعیین زمان انعقاد قراردادهای الکترونیکی و راه دور، در قوانین داخلی وجود ندارد و فقهای اسلام نیازی به طرح چنین مسأله ای نداشتند به خصوص که امکان وقوع قرارداد غائبان بوسیله مکاتبه مورد تردید بوده.

لذا معیار در تشخیص زمان انعقاد قرارداد از راه دور با تأکید بر قراردادهای الکترونیکی، در قواعد عمومی هر کشور جستجو می شود.

بدین لحاظ بود که راه حل های مختلف حقوقی پذیرفته شده در نظام های ملی تعارض خود را به نمایش گذاشتند و در نتیجه فکر تدوین یک کنوانسیون بین المللی برای حکومت بر قواعد معاملات ترتیب داده شد. یکی از این اسناد، کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین المللی می باشد که پیش نویسی آن توسط کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل متحد (آنستیرال) تهیه شده، در تاریخ ۲۳ نوامبر ۲۰۰۵ (۲ آذر ۱۳۸۴) به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسیده است. و از تاریخ ۱ مارس ۲۰۱۳ (۱۰ اسفند ۱۳۹۱) لازم الاجرا گردیده است. کشورها از جمله جمهوری اسلامی افغانستان آن را امضاء و تصویب نموده اند.

هر چند در شرایط فعلی، برای باقی ماندن در عرصه بین الملل، الحاق به کنوانسیون هایی که با هدف ترویج تجارت بین الملل تدوین شده است، ضرورت اجتناب ناپذیر می باشد.

اما همان طور که واضح و روشن است، یک دولت، برای الحاق به کنوانسیون باید فواید و مضرات آن را در نظر داشته باشد تا در صورت غلبه نکات مثبت الحاق بر نکات منفی، به آن ملحق گردد، برای تطبیق رژیم حقوقی حاکم بر زمان انعقاد قراردادهای الکترونیکی در نظام داخلی با مقررات کنوانسیون در قراردادهای الکترونیکی بین المللی از آن جا که برای اطلاع طرفین قرارداد از اراده ایجادیه مبدیگر، فرصتی لازم است و زمان صدور قبول و اطلاع طرف ایجاب دهنده از آن، متفاوت خواهد بود، ابتدا باید زمان ارسال و وصول ارتباطات الکترونیکی معلوم شود تا به این ترتیب بتوان زمان انعقاد قراردادهای راه دور و آثار و نتایج متخذ از آن را معین و مشخص نماید.

#### تعریف لغوی

قرارداد در لغت مبادله مال به مال است. (مصباح الغه، به نقل از المكاسب، بیع، ۱۳۷۲، ج ۱، ص ۲۳۶).

العقد: پیمان... (سیاح، احمد، ترجمه المنجد الابدی، فرهنگ دانشگاهی، ۱۳۸۳، ص ۱۲).

قرارداد - توافقی که بر اساس آن دو یا چند طرف حقوقی را برای یکدیگر به رسمیت می شناسند یا وظیفه هایی را در برابر دیگری به عهده می گیرند. (صدری افشان، غلام حسین - حکمی، نسرين - حکمی، نستین، فرهنگنامه فارسی واژگان و اعلام، ج ۳، ص ۲۰۶۰)

قرارداد - اتفاق دو یا چند تن در امری. (معین، محمد، فرهنگ فارسی معین، ۱۳۶۰، ج ۲، ص ۲۶۵۲)

در اصطلاح حقوق دانان قرارداد از لحاظ معنا مترادف با «عقد» است که شامل «عقود» معین و غیر معین می شود. تعاریف مختلفی از لحاظ بیان الفاظ و جمع بندی ارائه شده است. ولی مجموع تعاریف از لحاظ محتوی و ماهیت یک مفهوم را می رساند. در ذیل چند تعریف مشهور از علمای حقوق ارائه خواهد شد.

حسین میر محمد صادقی با توجه به اساس قراردادها در انگلیس می نویسد: «توافق بین چند طرف که از لحاظ قانونی الزام آور است را قرارداد می نامند.» (صادقی، میر محمد، ترجمه مرور بر حقوق قراردادها در انگلستان: ۱۳۷۷، ص ۱۷)

سید حسن امامی چنین می گوید: «قرارداد (عقد) عبارت است از آن که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری کنند و یا مالی را تملیک نمایند و مورد قبول آنها قرار بگیرد. بنابراین هر کس می تواند به وسیله اراده در حدود قانون، خود را در مقابل دیگری متعهد سازد و یا مالی را به دیگری تملیک کند، مانند بیع، اجاره، عاریه و امثالهم.» (امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۴، چاپ ۱۴، ص ۱۲).

قانون مدنی افغانستان در ماده ۴۹۷ با دو جزء قرارداد را به شرح ذیل تعریف نموده است: «(۱) عقد عبارت از توافق دو اراده است به ایجاد یا تعدیل یا نقل یا ازاله حق در حدود قانون. (۲) به اثر عقد وجایب هر یک از عاقدین در برابر یکدیگر مرتب [مترتب] می گردد.» (قانون مدنی افغانستان، انتشارات قدس، چاپ دوم، سال ۱۳۸۸ هـ.ش.).

با توجه به تعاریف فوق می توان گفت: قرارداد عبارت است از توافق دو اراده که هر اراده از وجود شخصی منشأ گرفته و توافق می کند که یک اثر حقوقی را ایجاد کند. بنابراین اراده یا حق را ایجاد می کند یا از بین می برد. انتقال حق، تعدیل و یا زایل شدن حق به وسیله اراده صورت می گیرد.

#### آثار مترتب بر تعیین زمان انعقاد قرارداد

از آن جا که قواعد تکمیلی حقوق داخلی و بین المللی، مبتنی بر زمان تحقق قرارداد، قابل اعمال می باشند تعیین دقیق زمان انعقاد قرارداد بسیار حائز اهمیت است. ابتدا آثار و نتایج مترتب بر تعیین زمان انعقاد قرارداد و سپس در صورت لزوم، آثار و نتایج مترتب بر تعیین مکان آن مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

همان طور که ملاحظه شد، تشخیص زمان انعقاد قرارداد از اهمیت بالایی برخوردار است طوری که آثار و نتایج ماهوی و شکلی بر آن بار می شود که مشروحاً مورد بررسی قرار می گیرد.

## الف) عدم امکان رجوع از ایجاب و قبول

به محض انشاء و وقوع قبول و ضمیمه شدن آن به ایجاب، قرارداد منعقد می شود. (نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۳، ص ۴؛ ماده ۵۰۶ قانون مدنی افغانستان) در این صورت، ایجاب و قبول، تنها وجود خارجی ندارد بلکه ماهیت آن ها به یک تراضی لازم الاجرا تبدیل گشته است. به همین دلیل است که طرفین به قبول نتایج حاصل از ایجاب و قبول خود و پایبند به قرارداد می باشند که منعقد کرده اند. در این حالت طرفین (بایع و مشتری) قدرت رجوع یک طرفه از اراده های ابرازی خود، اعم از ایجاب و قبول را طبق اصل لزوم نخواهد داشت. قانون مدنی افغانستان در این زمینه می فرماید: «عقد بعد از انفاذ، لازم پنداشته شده، رجوع از عقد و تعدیل آن بدون رضایت طرفین یا حکم قانون، جواز ندارد.» (ماده ۶۹۶؛ انصاری، مرتضی، مکاسب، ج ۱، ص ۲۴، ۱۳۷۲ه.ش.)

و در جایی که ایجاب دهنده از ایجاب خود برگردد، تعیین زمان دقیق تحقق قبولی و تقدم و تأخر آن نسبت به رجوع از ایجاب راجع به قرارداد بسیار سرنوشت ساز خواهد بود. (انصاری، مرتضی، مکاسب، خیرات، ج ۲، ص ۲۱۲؛ شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، ۱۳۸۴، ص ۶۰-۶۱.)

همچنین در جایی که در پذیرش ایجاب ابراز شده، رقابتی وجود داشته باشد، زمان دقیق تحقق قبولی به لحاظ تشخیص تقدم و تأخر قبولی های اراده شده و تعیین این که کدام قبولی مؤثر در انعقاد قرارداد بوده است، بسیار تعیین کننده می باشد.

## ب) بررسی اهلیت طرفین قرارداد

قرارداد منعقد شده توسط بایع و مشتری که از شرایط لازم برخوردار باشند، حتی در صورت فوت یا حجر هر یک از طرفین همچنان به اعتبار خود، باقی است، مگر در موردی که قرارداد جزء عقد جائز بوده و یا مبتنی بر شخصیت یکی از طرفین باشد. قانون مدنی افغانستان در این حالت بیان می دارد: «هرگاه شخصی که از وی ایجاب یا قبول صادر گردیده وفات نماید و یا قبل از آن که بر ایجاب یا قبول وی اثر مطلوب مترتب شده باشد، فاقد اهلیت گردد، حینیکه طرف مقابل از همچو ایجاب یا قبول علم حاصل نماید، عقد صحیح پنداشته شده و اثر مطلوب بر آن مترتب می گردد، مشروط بر این که اظهار اراده یا طبیعت معامله بخلاف این امر دلالت ننماید. (ماده ۵۱۵).

بنابراین، تعیین دقیق زمان وقوع قرارداد، موجب می شود که تغییر در اهلیت طرفین پس از آن تاریخ تأثیری بر قرارداد ایجاد شده نداشته باشد.

به عبارت دیگر، برای بررسی این نکته که آیا طرفین در زمان انعقاد قرارداد، دارای اهلیت لازم برای انعقاد آن بوده اند یا خیر، لازم است زمان دقیق وقوع قبولی و در نتیجه انعقاد قرارداد مشخص شود، همچنین، راجع با صحت و بطلان قراردادهای منعقد شده توسط تاجر ورشکسته، زمان وقوع قرارداد، دارای اهمیت بسیار زیادی می باشد. (معاونت آموزشی و تحقیقات قوه قضائیه، ۱۳۸۹: ص ۱۵۹، اقتباس از اینترنت.) چرا که برخی از قراردادهایی که پس از تاریخ توقف تاجر، منعقد شده اند، ممکن است باطل، غیر نافذ و یا فسخ گردند.

ج) تعیین مبدأ جریان آثار قرارداد و موعد قانونی یا قراردادی

آثار قرارداد، از لحظه ای که قبولی تحقق یافته و در حقیقت قرارداد منعقد می گردد، شروع خواهد شد. به عبارت دیگر، غیر از موارد استثنایی، از جمله تعلیق در انشاء، اصولاً ماهیت اعتباری قرارداد با انعقاد آن محقق می شود و از همان تاریخ، آثار و نتایج این ماهیت اعتباری جریان می یابد. برای مثال، به موجب ماده ۶۹۳ قانون مدنی افغانستان به محض وقوع قرارداد بیع، اولین اثر آن، انتقال مالکیت میب به مشتری و انتقال ثمن به فروشنده می باشد. «هرگاه عقد معاوضه ای که بر اعیان واقع گردیده دارای تمام شرایط صحت باشد، مقتضی ثبوت ملکیت هر یک از عاقدین در بدل ملک آن ها و الزام هر یک به تسلیمی ملکش به طرف دیگر می باشد» بنابراین، تعیین و تشخیص زمان دقیق این قرارداد برای تعیین زمان انتقال مالکیت، بسیار ضروری به نظر می رسد.

همچنین، مرور زمان دعوای ناشی از قرارداد، اصولاً از زمان تشکیل به انعقاد آن آغاز می گردد. مهلت هایی که توسط طرفین مشخص می شود و یا مانند خیار تأخیر ثمن به موجب قانون معین می شود، نیز اصولاً از زمان تشکیل قرارداد محاسبه خواهد شد. (کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی قرارداد - ایقاع، ۱۳۸۴، ص ۷۴.)

در مورد شروط قراردادی نیز، تشخیص زمان دقیق انعقاد قرارداد موجب تعیین مبدأ محاسبه مدت هایی که برای انجام تعهدات قراردادی طرفین تعیین شده، می باشد. (کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ۱۳۸۳، ج ۳، ص ۱۴۵)

زمان بندی دقیق تحویل کالا، پرداخت ثمن و همچنین مبدأ شروع خدمات تضمین سلامتی کالا، تحت تأثیر زمان تشخیص دقیق انعقاد قرارداد خواهد بود. تعیین قیمت کالای مورد معامله نیز، یکی دیگر از نکاتی

است که در این رابطه می توان عنوان نمود. بر اساس ماده ۵۵ کنوانسیون بیع بین المللی کالا، هرگاه قراردادی به نحو صحیح منعقد شده باشد، ولی ثمن به طور صریح یا ضمنی تعیین نشده است و یا ضوابطی جهت تعیین ثمن تعیین نشده باشد، در این صورت فقدان دلیل مخالف، چنین فرض می شود که متعاملین به طور ضمنی ثمنی را که در زمان انعقاد قرارداد برای فروشی این قبیل کالا در اوضاع و احوال مشابه در نوع تجارت مربوطه رایج بوده در نظر داشته اند. بنابراین، اگر قیمت از ناحیه طرفین تعیین نشده باشد، زمان دقیق انعقاد قرارداد برای این قیمت بازار در آن زمان اهمیت چشم گیری پیدا خواهد کرد (2002, chissick & kelman, 72).

هر چند که از دیدگاه فقه اسلامی (انصاری، پیشین، ج ۱، ص ۲۳۶) و حقوق مدنی افغانستان معین بودن ثمن و مثن در قرارداد لازم و ضروری می باشد و بدون در نظر گرفتن مبیع و ثمن در عقد بیع، معامله باطل خواهد بود. در عین حال کنوانسیون بیع بین المللی کالا توسط اکثر کشورها پذیرفته شده است و این امر را می توان به عنوان اهمیت تعیین زمان دقیق قرارداد مطرح کرد. (قانون مدنی افغانستان ماده ۵۸۰: موضوع وجیه ناشی از عقد باید ممکن، معین یا قابل تعیین و مجاز باشد، در غیر آن عقد باطل پنداشته می شود. در ماده ۱۰۳۷ داریم: به ایجاب و قبولی که معنی تملیک و تملک را افاده نماید با تعیین مبیعه و ثمن منعقد می گردد.)

(د) تعیین قانون حاکم بر قرارداد و روابط طرفین

طبق اصل عطف به ماسبق نشدن قوانین، تغییرات و اصلاحات آن ها بعد از انعقاد قرارداد، تأثیری بر حقوق ناظر بر قرارداد نخواهد داشت. به تعبیر دیگر، قانون حاکم بر قرارداد و روابط طرفین قانونی و همچنین قوانین جدید وضع شده بعد از زمان انعقاد قرارداد، در آن قرارداد و روابط مبتنی در آن ترتیب اثر داده نخواهد شد. (کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ۱۳۸۳، ج ۳، ص ۲۷۴)

### چگونگی تعیین زمان انعقاد قرارداد

بعد از تحقیق و بررسی اهمیت تشخیص زمان انعقاد قرارداد و آثار و نتایج آن، باید به شیوه و روش تشخیص و تعیین این مورد، در رابطه با قراردادهای بین المللی الکترونیکی پرداخت.

بنابراین برای تعیین و تحقق زمان چنین قرارداد، ابتدا لازم است زمان تحقق آخرین جزء آن تعیین قبول یا قبض در عالم ثبوت مورد کاوش قرار گیرد و پس از آن چگونگی تعیین آن ها از منظر قواعد اثباتی بررسی شود.

## ۱. قواعد ناظر بر تعیین ثبوتی زمان انعقاد قرارداد

از نظر ثبوتی موعد انعقاد قرارداد زمانی است که آخرین جزء آن یعنی قبول یا قبض محقق می‌شود. در مورد زمان تحقق آخرین جزء، نظریه‌های مختلفی مطرح شده است که مورد بررسی قرار می‌گیرد.

الف: قواعد ناظر بر تعیین ثبوتی زمان انعقاد قرارداد از دیدگاه نظریه حقوقی

با توجه به توسعه تجارت بین‌المللی و انعقاد قراردادهای از راه دور، با استفاده از ابزارهایی، چون تلفن، تلفکس و اینترنت تشخیص زمان انعقاد قرارداد مورد بحث‌ها و حدیث‌ها قرار گرفته است.

ریشه اختلافات نظری در این است که آیا قرارداد از توافق اراده‌های باطنی ایجاد می‌شود و یا برخورد اراده‌های ظاهری است که موجب انعقاد یک قرارداد می‌شود.

بر همین اساس، با توجه به چگونگی بروز و ظهور اراده متعاقبین، نظریه‌های متفاوتی به شرح زیر در مورد زمان انعقاد قرارداد و ضمیمه قبول با ایجاب مطرح گردیده است.

چنان چه گفته شد تمیز زمان وقوع عقد، در وقتی که پیمان‌ها به طور سنتی و با حضور طرفین تشکیل می‌شود، با مشکلی مواجه نیست. فقهای اسلام نیازی به طرح چنین مسأله‌ای نداشتند، به ویژه که امکان وقوع قرارداد غائبان و به وسیله مکاتبه مورد تردید بوده. حقیقت امر این است که قانون مدنی در این باره حکمی ندارد و سایر قوانین و فتاوی معتبر نیز راه حلی ارائه نداده. بنابراین ناچار باید از طبیعت تراضی و مصالح مربوط به اجرای عدالت معاوضی و حفظ نظم در معاملات یاری طلبید و حکم عقل و تجربه را جایگزین نقل کرد.

همان طور که عرض کردم در این زمینه، محققان چندین نظریه مختلف فراهم آورده‌اند، که هر کدام در بعضی از قوانین کشورهای دیگر مورد تأیید و قبول واقع شده است. پس، در آغاز به نقل و نقد نظریه‌ها می‌پردازیم و بعد نتیجه برخوردها و تجربه‌ها را بیان می‌کنیم.

نظریه اعلام قبول

بر مبنای این نظریه، همین اندازه که اراده نسبت به ایجاد اثر حقوقی توافق کنند قطع نظر از اطلاع یا عدم اطلاع طرف مقابل از قبول، عقد محقق می‌شود. به تعبیر دیگر، این گروه معتقدند هر چند تا زمانی که اراده



واقعی ابراز نشود، اثر حقوقی به وجود نخواهد آمد. لیکن پدید آورنده این قرارداد، همان اراده درونی خواهد بود و الفاظ، اشارات و طرق دیگر اعلام اراده تنها جنبه کشفی خواهد داشت. (کاتوزیان، پیشین، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۳۵۱). بر این اساس، امضای نامه، تلگرام، متن نمابر و نامه پست الکتریکی، اگر چه هنوز ارسال نشده باشد، موجب انعقاد قرارداد شده و زمانی که نوشته حاوی قبول، تنظیم و امضا شود، زمان انعقاد قرارداد خواهد بود. (شهیدی، پیشین، ۱۳۸۳، ص ۱۵۳)

اعلام قبول در قراردادهای الکترونیکی نیز زمانی است که قبول کننده، مفاد قبول را در داده پیام گذاشته اما هنوز آن را ارسال نکرده است و یا می توان گفت فاصله مدت زمانی که قبول کننده کلید ارسال را انتخاب کرده تا زمانی که می توان آن را متوقف نماید، می باشد. بنابراین، به دلیل سرعت بالای ابزارهای الکترونیکی و اینترنتی در ارسال اطلاعات، این محدوده زمانی در قراردادهای الکترونیکی بسیار کم و ناچیز بوده و در عمل تفاوت قابل ملاحظه ای بین مرحله اعلان و ارسال قبول وجود نداشته است. (کاتوزیان، پیشین، ص ۳۵۱)

#### نظریه ارسال قبول

چنان چه ذکر شد، ملاحظات عملی و لزوم احراز تاریخ دقیق وقوع عقد بوسیله دلایل خارجی موجب گردید که گروهی از حقوق دانان نظریه «ارسال قبول» را پذیرفته و گفته آنان در قوانین و رویه قضای بسیاری از کشورها نفوذ و اعتبار دارند. (کاتوزیان، پیشین، ص ۳۵۳) مطابق این نظریه که به (قاعده پست) معروف نیز می باشد، با ارسال قبول به شیوه پست سنتی یا الکترونیکی، قرارداد منعقد خواهد شد. طرفداران این نظریه هم در مقابل طرفداران نظریه «اعلان قبول» و هم در مقابل طرفداران نظریه «اطلاع از قبول» که پایبندی شخصی به مفاد قراردادی که از انعقاد آن اطلاعی ندارند را غیر منصفانه دانسته و برای نوعی میانه روی قایل به نظریه ارسال می باشند. (کاتوزیان، پیشین، ص ۳۵۳) این نظریه بیش از همه در میان حقوق دانان انگلیس و یا همان نظام حقوقی متعلق به کامن لا مورد پذیرش قرار گرفته است، و منطق آنان، توزیع ریسک بین کسانی است که بیشتر توانایی را برای کنترل آن دارند، چرا که موجب، نحوه انعقاد قرارداد را تعیین کرده و باید ریسک قبول کننده کاهش یابد (chissick & kelman 2002:72) همچنین از طرف دیگر پایبندی به نظریه اعلام قبول، امکان سوء استفاده قبول کننده را به وجود خواهد آورد. (کاتوزیان، پیشین، ص ۳۵۴)

زمان ارسال قبول در قرارداد های الکترونیکی را باید زمانی دانست که داده پیام الکترونیکی حاوی مفاد قبول از دستگاه الکترونیکی قبول کننده خارج شده باشد، به نحوی که دیگر قدرت کنترل بر آن را نداشته باشد.

در برخی از ابزار های الکترونیکی، پست الکترونیکی که یک ابزار فوری انعقاد قرارداد نمی باشد و مانند پست معمولی، ثالثی در این ارتباط و رساندن قبول نقش دارد، معیار همان خارج شدن داده پیام حاوی قبولی از سیستم قبول کننده می باشد. ولی برخی دیگر عقیده دارند که پست الکترونیکی را نمی توان با پست معمولی مشابه دانست، زیرا که تأخیر قابل توجهی از زمان ارسال آن تا دریافت آن وجود ندارد به تعبیر دیگر، به نظر این گروه می توان آن ها را ملحق به ارتباطات فوری دانست و از آن ها با عنوان ارتباطات فوری مجازی نیز یاد کرده اند. بنابراین در صورت قبول هر یک از دو مورد، زمان دریافت و زمان ارسال داده پیام به عنوان زمان انعقاد قرارداد، می تواند تعیین کننده و از اهمیت بالایی برای انعقاد قرارداد محسوب شود. (کاتوزیان، پیشین، ص ۳۵۴)

#### نظریه وصول یا ابلاغ قبول

بر مبنای این نظریه، انعقاد قرارداد زمانی صورت می گیرد که پیام قبولی به موجب رسیده باشد، در این حالت، اطلاع موجب از مفاد پیام و اصل قبول و محتوای آن ضروری نمی باشد و با رسیدن پیام حاوی قبولی به موجب، قرارداد بسته می شود. (کاتوزیان، پیشین، ص ۳۵۷؛ شهیدی، پیشین، ۱۳۸۲، ص ۱۵۲)

در کتاب الفقه علی مذاهب الاربعه و مذهب اهل البیت نظر اهل بیت را نوشته است: یصحّ البیع بالمکاتبه إن لم ینصرف البایع عن بیعه و کان ینتظر القبول. (جزایری، عبدالرحمن، کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه و مذهب اهل البیت، سید محمد غروی و شیخ یاسر مازح، ۱۴۱۹هـ - ۱۹۹۸م، ج ۳، ص ۲۰۳). قرارداد بیع به وسيله مکاتبه زمانی صحیح می باشد که قبولی موجب به ایجاب کننده برسد.

طرفداران این نظریه معتقد هستند که قبول باید به صورتی اعلان شود که امکان رجوع از آن از تحت اختیار قبول کننده خارج شده باشد. علاوه بر آن لازمه رعایت عدالت بین طرفین این است که قبول کننده تا زمانی که قبولی او به طرف مقابل نرسیده باشد، امکان عدول از آن را داشته باشد. (کاتوزیان، پیشین، ص ۳۵۷)

در رابطه با قراردادهای الکترونیکی و معاملات از راه دور نیز، بر مبنای این نظریه، زمانی که داده پیام الکترونیکی به موجب رسیده باشد، موعد انعقاد قرارداد می باشد. اما اینکه زمان وصول قراردادها در این گونه قراردادها چه زمانی صورت می گیرد، مورد بحث و گفتگو قرار گرفته است. قانون متحد الشکل مبادلات اطلاعات کامپیوتری آمریکا (Uniform Computer Information Transaction Act, U.S, 1999 [UCITA]) زمان انعقاد قراردادهای الکترونیکی را هنگامی می داند که داده پیام حاوی قبول وارد سیستم موجب شده باشد.

که مدعی برای ادامه‌ی زندگی نیازی به اقامه‌ی دعوی نداشته است نفقه را نمی‌توان به‌عنوان طلب از خویشاوند ذخیره کرد، پس باید تنها در اندیشه‌ی آینده بود.

اما بر اساس ماده ۶۱۶ قانون تجارت افغانستان زمان انعقاد قراردادهای الکترونیکی موقعی است که جواب قبول به ایجاب کننده عقد واصل شده باشد. البته با توجه به سرعت انتقال پیام‌ها در قراردادهای منعقد شده با ابزارهای الکترونیکی، فاصله قابل توجهی بین ارسال و وصول آن به نظر نمی‌رسد. اما با این حال، در مواردی که داده پیام در بین راه دچار مشکلات فنی شود، در انعقاد و عدم انعقاد قرارداد مؤثر است. (کاتوزیان، پیشین، ص ۳۵۷)

این نظریه در سطح بین‌المللی نیز دارای طرفداران بیشتری می‌باشد. برای مثال در بند ۲ ماده ۱۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مقرر شده است که قبولی از زمانی که اعلام رضایت به موجب واصل گردد نافذ واقع می‌شود.

(Article 18 (2): An acceptance of an offer becomes effective at the moment the indication of assent does not reach the offer or within the time he has fixed or, if no time is fixed, within a reasonable time, due account being taken of the circumstances of the transaction, including the rapidity of the means of communication employed by the offer or. An oral offer must be accepted immediately unless the circumstances indicate otherwise.)

همچنین بند ۲ ماده ۶-۱-۲ اصول قراردادهای بازرگانی نیز همین نظر را پذیرفته است و بیان می‌دارد که قبول یک ایجاب هنگامی نافذ قرار می‌گیرد که اظهار با فعل دال بر رضایت از سوی موجب وصول شود. (Article 2-1-6(2): An acceptance of an offer becomes effective when the indication of assent reaches the offer or.)

#### نظریه اطلاع از قبول

پیروان این نظریه معتقد هستند که زمان انعقاد قرارداد، وقتی است که موجب، از محتوای قبول مخاطب اطلاع و آگاهی پیدا کند. این حالت در قراردادهای الکترونیکی هنگامی است که موجب، داده پیام حاوی مفاد قبولی را باز کرده و خوانده باشد و از مضمون آن آگاه شده باشد.

ماده ۶۱۶ قانون تجارت افغانستان نیز همین را اقتضا دارد: ایجابی که تحریراً به عمل می‌آید از تاریخ وصول جواب قبول به ایجاب کننده، عقد منعقد می‌شود... (همتی، محمد حسن، مجموعه قوانین افغانستان، قانون تجارت، قانون اصول محاکمات تجاری، ۱۳۸۸)

طرفداران این نظریه در توجیه آن استدلال کرده‌اند که همان‌گونه که ایجاب به اطلاع مخاطب آن می‌رسد، قبول نیز باید به آگاهی طرف ایجاب برسد و آلا هیچ اثری نخواهد داشت. آنچه در جهان حقوقی می‌تواند اثر داشته باشد، اراده بیرونی و اعلام شده است. در حقیقت می‌توان گفت هر ایجابی با این شرط ضمنی همراه است که قرارداد از زمانی که مفاد قبولی به گوینده ایجاب برسد منعقد می‌شود و موجب نمی‌خواهد که پیش از آگاهی از قبول به مفاد قرارداد پایند باشد. (کاتوزیان، پیشین، ص ۳۵۸)

به عبارت دیگر تلاقی و برخورد اراده های باطنی رضائی معنا پیدا می‌کند که به اطلاع طرف مقابل قرارداد رسیده باشد.

یکی از مشکلات اساسی که به دنبال پذیرش این نظریه ایجاد می‌شود، آن است که در این صورت، اثبات آگاهی موجب، از مفاد قبولی و در نتیجه التزام او به قرارداد توسط قبول کننده بسیار سخت خواهد بود و این امر ممکن است امکان سوء استفاده موجب را همراه داشته باشد. علاوه بر آن، اگر تلاقی اراده ها متوقف بر اطلاع گوینده ایجاب از مفاد قبول بدانیم، باید آگاهی قبول کننده از رسیدن قبولی را نیز لازمه انعقاد قرارداد دانست که در این صورت این وضعیت می‌تواند منجر به ایجاد دور گشته و مانع ایجاد تراضی بین طرفین گردد.

هر چند در جواب به ایراد اخیر گفته‌اند قبول کننده می‌تواند به طور تقریبی زمان وصول نامه‌ی خود و آغاز پابندی به مفاد قرارداد را حدس بزند و علاوه بر آن شرط ضمنی اطلاع از وصول قبولی را نمی‌توان از مفاد قبولی قبول کننده برداشت. (کاتوزیان، پیشین، ص ۳۵۹)

ب: قواعد ناظر بر تعیین ثبوتی زمان قرارداد از دیدگاه کنوانسیون

همان طور که ملاحظه فرمودید: نظریات متفاوتی برای تعیین زمان انعقاد قرارداد وجود دارد و نظام های حقوقی مختلف، دارای مشخصه های متفاوتی در این زمینه می باشد. با توجه به اختلافات فوق در کنوانسیون، ماده ای که به طور خاصی به بررسی زمان انعقاد قرارداد پردازد، وجود ندارد. بنابراین به جز قراردادهای بیعی که تابع کنوانسیون بیع بین المللی کالا می‌باشد، بقیه ی قرارداد ها در بسیاری از موارد تابع یک نظام بین المللی یکسان نخواهد بود، چرا که در غیر این صورت امکان تناقضی چنین مقررهای با حقوق حاکم برای انعقاد قراردادها به وجود می آید.

در عین حال، کنوانسیون موادی در رابطه با زمان «ارسال (Dis path)» و «وصول (Receipt)» ارتباطات الکترونیکی دارد و برخی راهنمایی ها را در این زمینه ارائه می دهد که تا حد زیادی شبیه به قانون تجارت الکترونیکی آنستیرال است. اما درجه تأثیر این ارتباطات و میزان تأثیر وصول یک داده پیام نامفهومی در اعتبار و وصف الزام عقد به حقوق داخلی واگذار شده است.

(united nation commission on international trade law 2002:para 176:60)

زمان ارسال ارتباط الکترونیکی، طبق بند نخست ماده ۱۰ کنوانسیون، هنگامی است که از سیستم اطلاعاتی تحت کنترل ایجاد کننده یا شخصی که به نمایندگی از او، آن را ارسال می کند، خارج شود؛ یا اگر ارتباط الکترونیکی از سیستم اطلاعاتی تحت کنترل ایجاد کننده یا شخصی که به نمایندگی از او، آن را ارسال نموده است، خارج نشده باشد، زمان ارسال هنگامی است که ارتباط الکترونیکی وصول می گردد.

این ماده، استفاده مرسوم از سیستم های امنیتی برای حفاظت در مقابل ورود غیر قانونی به شبکه محلی متصل به اینترنت (ضد هکرها) که ممکن است مانع از وصول مکاتبه به مخاطب شوند را به رسمیت می شناسد. همچنین، همگام با یک عرف تجاری حرکت می کند که بر اساس آن فرض می شود پیام های کدگذاری شده معینی واصل شده اند. حتی قبل از این که توسط مخاطب مورد استفاده واقع شده یا برای وی قابل درک باشد.

زمان دریافت ارتباط الکترونیکی، طبق بند ۳ ماده ۱۰ کنوانسیون، هنگامی است که ارتباط الکترونیکی به وسیله مخاطب در نشانی الکترونیکی که از سوی وی مشخص شده است، قابلیت دسترسی پیدا کند به همین دلیل مشخص نمودن نشانی الکترونیکی صحیح، واجد اهمیت است. زمان دریافت ارتباط الکترونیکی، در نشانی الکترونیکی دیگری از مخاطب، هنگامی است که ارتباط توسط او در آن نشانی قابلیت دسترسی یافته و مخاطب مطلع شود که ارتباط الکترونیکی به آن نشانی ارسال شده است. بدین ترتیب، به موجب بند ۲ ماده ۱۰ کنوانسیون، چنین فرض می شود که ارتباط الکترونیکی در زمان وصول به نشانی الکترونیکی مخاطب، توسط وی قابل دسترسی و بازیافت می باشد.

ج: تأثیر پذیرش کنوانسیون بر موضع حقوق افغانستان در رابطه با تعیین زمان قرارداد در قوانین و مقررات افغانستان مقررهای که به طور ویژه، به تعیین زمان انعقاد قراردادهای الکترونیکی و به طور کلی قراردادهای از راه دور پردازد وجود ندارد. قانون تجارت الکترونیکی افغانستان نیز به تبعیت از قانون نمونه تجارت الکترونیکی

آنستیرال، صرفاً به بیان زمان ارسال و دریافت داده پیام‌های الکترونیکی می‌پردازد که به مغایرت با هماهنگی آن با کنوانسیون مورد بررسی قرار گیرد.

همان طور که بیان شد، کنوانسیون نیز معیار خاصی برای زمان انعقاد قرارداد پیشنهاد نکرده است. به همین لحاظ در صورت پذیرش آن توسط افغانستان نیز، همچنان باید برای تعیین ملاک تشخیص زمان انعقاد قراردادهای الکترونیکی، قواعد عمومی مقررات داخلی افغانستان را مورد بحث و بررسی قرار داد

## ۱. موضع حقوق افغانستان در رابطه با تعیین زمان قرارداد

با توجه به این که مقرره خاصی در رابطه با تعیین زمان انعقاد قراردادهای الکترونیکی در قوانین افغانستان وجود ندارد، باید در قواعد عمومی قراردادهای، ملاک تشخیص و تعیین این را جستجو نمود. در این خصوص دیدیم که ماده ۵۰۶ قانون مدنی افغانستان عامل تشکیل دهنده قرارداد را قصد انشاء همراه با وسیله ابراز آن می‌داند، لذا احتمال می‌دهد نظریه ارسال بیشترین نزدیکی را با نظام حقوقی افغانستان داشته باشد، یعنی با ارسال قبولی تمام اجزاء انعقاد قرارداد محقق گشته و قرارداد در زمان ارسال قبولی منعقد خواهد شد. (قانون مدنی افغانستان ماده ۵۰۶). ماده ۶۱۷ قانون تجارت افغانستان همین نظریه را بیان می‌دارد (عقدی که ذریعهٔ مخابره واقع می‌شود از تاریخ ارسال جواب قبول منعقد و معتبر دانسته می‌شود). البته با توجه به این که وسیله ابراز قصد در ماده ۵۰۶ مشخص نشده است، می‌توان گفت نظریه اعلان قبول نزدیکی بیشتری با این ماده و به طور کلی نظام حقوقی افغانستان که مبتنی بر حاکمیت ارادهٔ باطنی است داشته باشد. در فقه هم اصل بر کافی بودن ابراز اراده است و حتی در مواردی که مبرز خارجی در خصوص برخی از عقود شرط شده باشد با اطلاع مخاطب از آن تأثیری در ارتباط قرارداد ندارد. (خوئی، سید ابولقاسم، مصباح الفقاهه، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۵۳، [اقتباس از اینترنت]). البته چندتا مواد دیگر داریم که نظریه وصول قبول یا اطلاع از قبول را بیان می‌کند در ماده ۶۱۶ قانون تجارت افغانستان آمده است که ایجابی که تحریراً به عمل می‌آید از تاریخ وصول جواب قبول به ایجاب کننده، عقد منعقد می‌شود. به هر حال می‌شود گفت نظریه وصول قبول با این ماده بیشترین نزدیکی را خواهد داشت. با توجه به ماده ۵۲۴ قانون مدنی افغانستان که مقرر داشته که: «عقد که به وسیله تلفون یا وسایل مماثل آن، از حیث زمان مانند عقد بین طرفین حاضر... پنداشته می‌شود.» از این جهت می‌شود گفت نظریه وصول قبول یا اطلاع از قبول به این ماده مشابهت بیشتری دارد و ماده ۵۲۳ قانون مدنی افغانستان نیز به صراحت نظریه وصول قبول را بیان

و تأیید می‌کند: «عقد بین طرفین غایب در زمان و مکانی کامل پنداشته می‌شود که ایجاب کننده از قبول طرف مقابل علم حاصل کرده باشد...». لذا نظریه وصول قبول با حقوق افغانستان مقارنت بیشتر دارد.

## ۲. مقایسه حقوق افغانستان با کنوانسیون

همان طور که ملاحظه شد کنوانسیون در رابطه با زمان انعقاد قرارداد شاخصه‌ای تعیین ننموده است و آن را به قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی واگذار نموده است. با وجود این، همانند قانون تجارت الکترونیکی افغانستان، به بررسی دو مفهوم ارسال و دریافت ارتباط الکترونیکی می‌پردازد که برای بررسی تأثیرپذیری کنوانسیون بر موضع حقوقی افغانستان و مقایسه آن با آنچه که در کنوانسیون بیان شده است پرداخت.

ارسال داده پیام، مطابق ماده ۶۱۵ قانون تجارت الکترونیکی افغانستان، زمانی محقق می‌شود که به یک سیستم اطلاعاتی خارج از کنترل اصل ساز یا قائم مقام او وارد شده است. این ماده، مقارنت بیشتری با بند ۱ ماده ۱۵ قانون نمونه تجارت الکترونیکی آنسیترا می‌باشد، زمان ارسال داده پیام زمانی است که داده پیام وارد سیستم دیگری غیر از سیستم اصل ساز یا نماینده او بشود.

(Article 15 (1): Unless otherwise agreed between the originator and the addressee, the dispatch of a data message occurs when it enters an information system outside the control of the originator or of the person who sent the data message on behalf of the originator)

همان طور که دیده شده، در قانون نمونه آنسیترا بر خلاف ماده ۶۱۵ قانون تجارت الکترونیکی افغانستان، امکان توافق خلاف توسط طرفین نیز مطرح شده است. در این صورت، اگر محل استقرار سیستم اطلاعاتی با محل استقرار دریافت داده پیام مختلف باشد، محل تجاری یا کاری اصل ساز محل ارسال داده پیام بوده و محل تجاری یا کاری مخاطب محل دریافت آن می‌باشد، مگر آنکه خلاف آن توافق شده باشد.

بند ۱ ماده ۱۵ قانون نمونه آنسیترا و ماده ۶۱۷ تجارت الکترونیکی افغانستان که مفاد مشابه باهم دارند، در عبارت پردازی با کنوانسیون تفاوت داشته و برخلاف بند نخست ماده ۱۰ کنوانسیون که خروج داده پیام از سیستم تحت کنترل اصل ساز را ملاک ارسال ارتباطات الکترونیکی دانسته است، ورود به سیستم دیگری غیر از سیستم اصل ساز را مبنا قرار داده‌اند.

البته در تنظیم ماده ۱۰ کنوانسیون نیز نظرات متفاوتی مطرح بوده که یکی از آنها ریسک به موضعی است که پس از آن قانون تجارت الکترونیکی ما مورد توجه قرار داده است. همچنین با توجه به این که امکان

بازیافت اطلاعات ارسال شده از سوی ایجاد کننده وجود دارد، میان این دو ماده، تناقضی وجود نداشته و به تعبیر دبیر کارگروه کنوانسیون، این تنها اختلاف در تعبیر می‌باشد.

(United Nation Commission on International Trade Law, 2004: Para.142)

اما آنچه که در ماده ۶۱۶ قانون تجارت الکترونیکی افغانستان و قانون نمونه آنسیترال برخلاف کنوانسیون، مورد توجه قرار نگرفته است، تقارن ارسال و دریافت اطلاعات در جایی که هر دو از یک سیستم کامپیوتری و یا یک شبکه انجام می‌گیرد، می‌باشد (Martin, 2008: Para. 291). در این حالت، ممکن است مخاطب درحالی داده پیام را دریافت نماید که از کنترل اصل ساز خارج شده باشد.

علاوه بر این، کنوانسیون در بند نخست ماده ۱۰ مقرر می‌دارد که اگر ارتباط الکترونیکی از کنترل ایجاد کننده یا نماینده وی خارج نشود، زمان ارسال هنگامی است که ارتباط الکترونیکی وصول گردد. به عبارت دیگر، اگر به هر دلیل از جمله خرابی سیستم اطلاعاتی مخاطب، ارتباط الکترونیکی وارد سیستم او نشود، مطابق کنوانسیون نمی‌توان گفت عملیات ارسال صورت پذیرفته است.

با وجود این، قانون تجارت الکترونیکی افغانستان و قانون نمونه آنسیترال در این حال تصریحی ندارند، گرچه در هر صورت الحاق افغانستان به کنوانسیون، این خلأها بر اساس بند نخست ماده ۱۰ کنوانسیون جبران خواهد شد.

مطابق ماده ۶۱۶ قانون تجارت الکترونیکی افغانستان، اگر سیستم اطلاعاتی مخاطب برای دریافت داده پیام به سیستم اطلاعاتی معین شده باشد، دریافت زمانی محقق می‌شود که داده پیام به سیستم اطلاعاتی معین شده وارد شده و چنان چه داده پیام به سیستم اطلاعاتی مخاطب، غیر از سیستمی که منحصراً برای این معین شده وارد شود، دریافت زمانی صورت گرفته است که داده پیام بازیافت گردیده و به عبارت دیگر، واقعاً دریافت و مرور شده باشد. همچنین در صورتی که مخاطب، یک سیستم اطلاعاتی برای دریافت معین نکرده باشد، دریافت زمانی محقق می‌شود که داده پیام وارد سیستم اطلاعاتی مخاطب گردد. مفاد این ماده، با بند ۲ ماده ۱۵ قانون نمونه تجارت الکترونیکی آنسیترال

Article 15 (2): Unless otherwise agreed between the originator and the addressee, the time of receipt of a data message is determined as follows: (a) if the addressee has designated an information system for the purpose of receiving data messages, receipt occurs: (i) at the time when the data message enters the designated information system; or (ii) if the data message is sent to an information system of the addressee that is not the designated information system, at the time when the data message is retrieved by the addressee; (b) if the addressee has not designated an information system, receipt occurs when the data



message enters an information system of the addressee. انطباق کامل دارد، به استثناء این که در قانون نمونه، شروط توافق خلاف طرفین را در این مورد به صراحت پذیرفته است.

در این دو ماده، بین فرضی که شخصی یک سیستم اطلاعاتی را مشخص نموده است ولی داده پیام به سیستم اطلاعاتی دیگری از مخاطب وصول شده باشد، با فرضی که شخصی، از اساس سیستم اطلاعاتی خاصی را برای دریافت معین نکرده باشد، تفاوت قائل شده است. در حالت اول، به جهت بی اعتنایی به توافق شخصی مبنی بر تعیین یک سیستم اطلاعاتی معین، داده پیام تنها زمانی دریافت شده در نظر گرفته می شود که واقعاً توسط شخصی بازیافت و مرور شده باشد، ولی در حالت دوم صرف ورود به سیستم اطلاعاتی را برای تحقق کافی دانسته است، تفاوت مفاد مشابه این دو ماده با بند ۲ ماده ۱۰ کنوانسیون، این است که کنوانسیون در هر دو صورت بالا به یک شیوه برخورد می کند و ارتباط الکترونیکی را به شرط آنکه قابل بازیافت بوده و مخاطب واقعاً از اینکه به نشانی او وارد شده است، آگاهی داشته باشد، دریافت شده محسوب می کند.

به نظر می رسد، معیاری که کنوانسیون در این رابطه ارائه داده منطقی تر باشد؛ زیرا اولاً در جایی که سیستم اطلاعاتی معین شده است، قابلیت بازیافت پیام و اطلاع فرد از بازیافت شده باشد. علاوه بر آن، در حالتی که سیستم اطلاعاتی خاصی تعیین نشده است نیز اطلاع شخص از ورود داده پیام به سیستم اطلاعاتی وی، لازم است و منطقی نیست از تجاری که عموماً دارای چند نشانی الکترونیکی می باشند، توقع داشت که به ارتباطی که به تمامی آنها وارد می شود ملتزم باشند...

علاوه بر آن، کنوانسیون با در نظر گرفتن شرط قابلیت بازیافت ارتباط الکترونیکی به عملکرد سیستم های امنیتی مانند «فیلتر (Filter)» و «فایر وال (Fire wall)» که می تواند مانع و یا کندی در وصول داده پیام به

مخاطب گردد، توجه شده است و هدف این بوده است که تمامی ریسک‌های مربوط به مفقود شدن داده پیام، به اصل ساز تحمیل شود.

(United Nation Commission on International Trade Law, 2004: Para.159:38)

## ۲. قواعد ناظر بر تعیین اثباتی زمان انعقاد قرارداد

با توجه به اینکه در قرارداد های الکترونیکی بین المللی معمولاً طرفین از یکدیگر فاصله دارند، اثبات زمان انعقاد این نوع قراردادها با توجه به نظریه های مختلفی که راجع به چگونگی تعیین زمان انعقاد قرارداد مطرح شده است، در بیشتر موارد به آسانی میسر نخواهد بود؛ در عالم اثبات، هر یک از زمان و مکان انعقاد قرارداد دارای آمارهای مخصوصی می‌باشند به نظر مطلوب می‌رسد که قواعد ناظر بر تعیین اثباتی زمان و مکان قرارداد جداگانه مورد بررسی قرار گیرد ولی به دلیل اختصار، در این جا فقط بحث زمان انعقاد قرارداد را ادامه می‌دهد.

### الف) قواعد ناظر بر تعیین اثباتی زمان انعقاد قرارداد

در رابطه با نظریهٔ مورد پذیرش حقوق افغانستان در تعیین زمان انعقاد قراردادهای الکترونیکی، اختلافاتی وجود دارد که شاید بتوان آن را ناشی از بروز مسائل و مشکلاتی در زمینهٔ اثبات آن دانست. همان طور که گفته شد، به نظر می‌رسد نظریه وصول قبول، بیشترین نزدیکی را با قانون افغانستان داشته باشد؛ چرا که قصد انشاء با یک مبرز خارجی در آن تحقق می‌یابد. این که برخی نظریه ارسال را پذیرفته‌اند، شاید به دلیل مسائل به وجود آمده در حوزهٔ قواعد اثباتی آن می‌باشد. برای مثال، اگر یک قرارداد الکترونیکی برای شخصی ارسال شده باشد و وی آن را تأیید با امضا نموده، ولی قبل از فشاردادن گزینه ارسال، محجور گشته و یا فوت شده باشد، باید گفت که قرارداد به دلیل وجود یک مبرز خارجی بر قصد باطنی منعقد شده است، حتی اگر ارسال

نشده باشد. به عبارت دیگر، ارسال قرارداد را می توان کاشف از اراده باطنی شخص برای انعقاد قرارداد دانست و طبق اصل تأخیر حادث، زمان ارسال به عنوان اماره ای برای زمان انعقاد قرارداد از نظر اثباتی پذیرفت، هر چند که از نظر ثبوتی پیش از آن اراده ابراز و قرارداد منعقد شده باشد. با این حال، امکان اثبات خلاف این اماره در صورت وجود دلیل چنانچه گفت شد وجود خواهد داشت. البته بنابر تصریح ماده ۶۱۶ قانون تجارت الکترونیکی، اگر اصل ساز به طور صریح هرگونه اثر حقوقی داده پیام را مشروط به تصدیق دریافت آن کرده باشد، داده پیامی زمانی ارسال شده تلقی می شود که تصدیق آن دریافت شده باشد.

از مسائل دیگری که در رابطه با قواعد اثباتی زمان انعقاد قرارداد می توان مطرح نمود، موضوع بند ۲ ماده ۱۰ کنوانسیون می باشد. گفته شد که در رابطه با دریافت داده پیام الکترونیکی مطابق کنوانسیون، آگاهی مخاطب از این که یک ارتباط الکترونیکی به نشانی غیر توافقی ایشان ارسال شده است، لازم می باشد. از نظر اثباتی، فرد می تواند این آگاهی را به هر شیوه ای که با یک دلیل خارجی بتوان آن را ثابت کرد، انجام دهد. برای مثال، اختطاری برای مخاطب ارسال کند و یا به وسیله سامانه های انتقال پیام یا هر سیستم پیام خود کاری که مقرر می دارد ارتباط در رایانه یا سیستم شخص، قابل بازیافت یا نمایش است، این آگاهی را اثبات نماید (United Nation Commission on International Trade Law, 2007: 64). همچنین در قسمت اخیر بند ۲ ماده ۱۰ کنوانسیون بیان کرده است که فرض بر این است که ارتباط الکترونیکی توسط مخاطب، زمانی که به آدرس الکترونیکی او می رسد، قابل بازیافت و دسترسی می باشد. به عبارت دیگر طبق این بند، اصل بر این است که هر ابلاغی از زمان وصول مؤثر واقع شود، مگر اینکه خلاف آن اثبات گردد. از جمله مواردی که می توان خلاف آن را ثابت نمود، زمانی است که مخاطب ثابت نماید که داده پیام ارسالی کد گذاری شده بوده و او ابزار لازم جهت بازیافت آن را نداشته است.

(United Nation Commission on International Trade Law, 2007:  
Para.189: 62)

در این صورت، به نظر می رسد باید مدت زمان متعارفی را بعد زمان دریافت آن داده پیام در نظر گرفت که ابلاغ پس از گذشت آن مؤثر واقع شود.

## ب) قواعد ناظر بر تعیین اثباتی مکان انعقاد قرارداد

همان طور که گفته شد، از نظر ثبوتی بین زمان تحقق قبول مؤثر و در نتیجه انعقاد قرارداد و مکان آن، ملازمه‌ای وجود دارد. به این ترتیب، اگر زمان وقوع قرارداد، زمان وصول قبول باشد، محل اقامت قبول کننده، محل انعقاد قرارداد است و در صورتی که قرارداد در زمان وصول قبولی به موجب محقق گردد، محل موجب، محل انعقاد آن خواهد بود. اما مسئله‌ای که مطرح می‌شود این است که در قراردادهای الکترونیکی به دلیل استفاده از سیستم‌های رایانه‌ای مختلف، امکان ارسال و دریافت داده پیام از هر مکانی میسر گشته است و در عین حال طرفین دارای محل کسب نیز می‌باشند. به همین علت، باید مشخص شود کدام مکان را باید به عنوان محل اقامت ایجاب دهنده و یا قبول کننده و در نتیجه محل تحقق قرارداد در نظر گرفت و کدام قواعد اثباتی بر تعیین این مکان حاکم می‌باشد. لذا این مختصر اقتضای آن را ندارد که بحث مفصلی در این زمینه صورت گیرد.

### نتیجه گیری

در فقه اسلام و نظام حقوقی افغانستان با وجود این که مقرره خاصی راجع به تعیین زمان انعقاد قراردادهای الکترونیکی و راه دور، در قوانین داخلی وجود ندارد و فقهای اسلام نیازی به طرح چنین مسأله‌ای نداشتند به خصوص که امکان وقوع قرارداد غائبان از راه دور مورد تردید بوده. لذا ملاک و معیار در تشخیص زمان انعقاد قرارداد از راه دور با تأکید بر قراردادهای الکترونیکی، در قواعد عمومی هر کشور جستجو می‌شود.

در این خصوص قانون مدنی افغانستان عامل تشکیل دهنده قرارداد را قصد انشا همراه با وسیله ابراز آن می‌داند. از میان نظریات مختلف نظریه ارسال بیشترین نزدیکی را با نظام حقوقی افغانستان دارد. یعنی با ارسال قبولی تمام اجزا انعقاد قرارداد محقق می‌گردد و بیع منعقد می‌شود. می‌توان گفت نظریه اعلام قبول نزدیکی بیشتری، با نظام حقوقی افغانستان که مبتنی بر حاکمیت اراده باطنی است، داشته باشد.

قانون مدنی افغانستان ابراز می‌دارد که عقدی که به وسیله تیلیفون یا وسایل مانند آن، منعقد می‌گردد از حیث زمان انعقاد مثل عقدی است که طرفین در مجلس واحد حضور داشته باشند. به نظر می‌رسد در فقه هم نظریه وصول قبول و اطلاع از قبول توسط موجب مورد تأیید باشد.

بنابراین، در افغانستان نیز حتی پس از پذیرش کنوانسیون، می‌توان بنابر معیارهای مطرح در حقوق داخلی، به تعیین زمان انعقاد قرارداد مبادرت نمود.

البته کنوانسیون، با وجود عدم پذیرش و تصریح معیار خاصی جهت تعیین زمان انعقاد قرارداد، در رابطه با زمان ارسال و دریافت ارتباط الکترونیکی نتیجه‌ای به عمل آمده که در قانون تجارت الکترونیکی افغانستان نیز در این رابطه، موادی مشابه با مواد قانون نمونه تجارت الکترونیکی آنسیترال وجود دارد که تفاوت قابل ملاحظه‌ای نداشته و تنها پذیرش کنوانسیون موجب می‌شود در مواردی که در قانون تجارت الکترونیکی برای تعیین آن خلأ وجود دارد، بر طرف گردد.

در یک جمع بندی کلی، با توجه به این که از یک طرف، کنوانسیون در رابطه با معیار تعیین زمان انعقاد قرارداد حکمی مؤثر ننموده و به قوانین داخلی کشورها واگذار کرده است و از طرف دیگر، در مواردی که زمان ارسال و دریافت ارتباط الکترونیکی سخن گفته است و از طرف دیگر، اختلاف جدی با قانون تجارت الکترونیکی و به طور کلی با حقوق داخلی افغانستان مشاهده نمی‌شود. چه بسا در برخی از موارد موجب پرشدن خلأهای موجود در قانون تجارت الکترونیکی افغانستان نیز خواهد شد. بنابراین، با الحاق افغانستان به کنوانسیون ناهماهنگی جدی بین حقوق حاکم بر زمان انعقاد قراردادهای الکترونیکی داخلی و قراردادهای بین‌المللی ایجاد نخواهد شد. این در حالی است که پذیرفتن چنین کنوانسیون‌هایی، چنان چه با بررسی دقیق مصالح بومی اهلی همراه باشد، مزایای قابل توجهی در سطح بین‌المللی به همراه خواهد داشت و می‌تواند یکی از عوامل رونق و توسعه تجارت خارجی باشد.

ماده ۶۰۸ تجارت الکترونیکی افغانستان مقرر داشته که آثار حقوقی پس از انتساب، دریافت تصدیق و زمان ارسال و دریافت داده پیام موضوع این قانون و همچنین محتوی داده پیام تابع قواعد عمومی می‌باشد.

البته به نظر می‌رسد با توجه به این که وسیله ابراز قصد در ماده مذکور مشخص نشده است، می‌توان گفت نظریه اعلال قبول نزدیکی بیشتری با این ماده و به طور کلی نظام حقوقی افغانستان که مبتنی بر حاکمیت اراده باطنی است، داشته باشد. در رابطه با نظریه وصول قبولی یا اطلاع از آن نیز هیچ مقرره‌ای دریافت قبولی یا اطلاع از آن را توسط موجب برای انعقاد قرارداد شرط نمی‌داند.

در فقه نیز اصل بر کافی بودن ابراز اراده است و حتی در مواردی که مبرز خارجی خاصی در خصوص برخی از عقود شرط شده باشد، اطلاع مخاطب از آن، تأثیری در اعتبار قرارداد ندارد.

## فهرست منابع

۱. اعمال حقوقی قرارداد - ایقاع، ناصر کاتوزیان، ۱۳۸۴.
۲. خوئی، سید ابولقاسم، مصباح الفقاهه، قم، نشر وجدانی، چاپ سوم، ۱۳۷۱.
۳. سید حسن امامی، حقوق مدنی، نشر اسلامی، چ ۱۴.
۴. غلام حسین صدری افشان - نسرین حکمی - نسترن حکمی، فرهنگنامه فارسی واژگان و اعلام.
۵. فرهنگ فارسی معین، دکتر محمد معین، انتشارات امیر کبیر، تهران، ۱۳۶۰.
۶. فرهنگ دانشگاهی ۱، ترجمه المنجد الابدی، مترجم احمد سیاح، چاپ دوم، انتشارات فرهان، ۱۳۸۳.

۷. قانون مدنی افغانستان، انتشارات قدس، چاپ دوم، سال ۱۳۸۸ ه. ش.
۸. قواعد عمومی قراردادها، ناصر کاتوزیان، تهران، ۱۳۸۳
۹. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی - قواعد عمومی قراردادها، بهمن، برنا، ۱۳۸۰.
۱۰. کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه، تألیف عبدالرحمن جزایری، و مذهب اهل البیت، سید محمد غروی و شیخ یاسر مازح، ۱۱. طبع الاولی، ۱۴۱۹ هـ - ۱۹۹۸ م. بیروت، منشورات دارالتقلین ج ۳، ص ۲۰۳.
۱۲. مجموعه قوانین افغانستان، قانون تجارت، قانون اصول محاکمات تجارتي، تدوین محمد حسن همتی - قم، ۱۳۸۸.
۱۳. مصباح اللغه.
۱۴. مرور بر حقوق قراردادها در انگلستان، مترجم دکتر میر محمد صادقی، نشر حقوق دانان، سال ۱۳۷۷.
- . محمد حسن، جواهر الکلام، بیروت.
۱۶. مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، ۱۳۸۴
۱۷. معاونت آموزشی و تحقیقات قوه قضائیه، ۱۳۸۹: ۱۵۹.
۱۸. مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، قم، اسماعیلیان، .

1. Chissick Michael & Kelman Alistair. (2002). Electronic commerce: law and practice. Third Edition. London: sweet & Maxwell.
2. Glatt, Christoph. (1998). "Comparative Issues in the Formation of Electronic contracts". International Journal of Law and Information Technology. Oxford University Press. Vol6.No12.
3. Hill, Simon W.B. (2001). "Email Contracts - When is Contract Formed". Journal of Law and Information Science. University of Tasmania. No12.
4. Martin Charles, H. (2008). "The Electronic Contracts Convention, the CISG and new Sources of E-Commerce Law". Tulane Journal of International and Comparative Law. Florida Coastal school of Law. Vol16. No2.
5. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce. (1996). [UMLEC]
6. Uniform Computer Information Transactions Act, U.S. (1999). [UCITA].
7. United Nation Commission on International Trade Law. (1984). "Report of the Secretary - General". 17th Session on Legal Aspects of Automated Data Processing. U.N. Doc. (A/CN. 9/245).
8. "United Nation Commission on International Trade Law". (26 July 2005). Report of working Group IV on Electronic Commerce on the work of its Thirty-Eight Session. New York: U.N Doc. (A/60/17).
9. "United Nation Commission on International Trade Law". (11-15 March 2002). Report of working Group IV on Electronic Commerce on the work of its Thirty-Ninth Session. New York: U.N Doc. (A/CN. 9/509).

10. "United Nation Commission on International Trade Law". (5-9 May 2003). Report of working Group IV on Electronic Commerce on the work of its forty-first Session. New York: U.N Doc. (A/CN. 9/528).
11. "United Nation Commission on International Trade Law". (17-21 November 2003). Report of working Group IV on Electronic Commerce on the work of its forty-second Session. Vienna. (A/CN. 9/546).
12. "United Nation Commission on International Trade Law". (15-19 March 2004). Report of working Group IV on Electronic Commerce on the work of its forty-Third Session. New York: (A/CN. 9/548).
13. "United Nation Commission on International Trade Law". (4-22 July 2004). Report of working Group IV on Electronic Commerce on the work of its forty-Fourth Session. Vienna: U.N Doc. (A/CN. 9/571).
14. "United Nation Commission on International Trade Law". (2007). United Nations Convention on the use of Electronic Communications in International Contracts. New York: "United Nations Publication". (Sales No. E . 07 . V. 2/ISBN978-92-1-133756-3)
15. "United Nations Commissions on International Trade Law". (18 May 2004). Legal Aspects of Electronic Commerce Electronic Contracting: Provisions for a Draft Convention. U.N. Doc. (A/CN. 9/WG.IV/WP.110).
16. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods". Vienna. 1980[CISG].
17. "United Nations Convention on the use of Electronic Communications in International Contracts". (23 November 2005). Geneva [CUECIC].