

## فصلنامه تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل

سال دوازدهم، شماره چهل و ششم، زمستان ۱۳۹۸

صفحات: ۲۱-۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۸/۱۱؛ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۸/۱۱/۱۴



### انحلال قراردادهای الکترونیکی از طریق عدم تنفیذ

حمیدرضا علیخانی<sup>۱</sup>، ایوب احمدپور<sup>۲\*</sup>، علی رفیعی مقدم

#### چکیده

قراردادهای الکترونیکی نسبت به قراردادهای سنتی شکل خاصی دارند و قانونگذار احکام متفاوتی برای آنها وضع کرده است. مثلاً آنها بر اساس قانون تجارت الکترونیکی با اعمال حق استرداد کالا و خدمات (حق انصراف) منحل می‌شوند که سبب خاص انحلال اینگونه قراردادهاست. با این حال به اسباب سنتی انحلال نیز نیاز می‌باشد. یکی از اسباب سنتی انحلال، عدم تنفیذ قراردادها توسط مالک می‌باشد که سبب انحلال قراردادهای فضولی، قراردادهای اکراهی و قراردادهای منعقدۀ توسط افراد سفیه است. در انحلال قراردادهای الکترونیکی از طریق عدم تنفیذ، ابهاماتی وجود دارد از قبیل اینکه آیا با وجود اعمال حق استرداد کالا و خدمات، انحلال قراردادهای الکترونیکی از طریق عدم تنفیذ هم امکان پذیر است؟ از آنجا که در طراحی قراردادهای الکترونیکی، امکان دخالت اشخاص ثالث در انعقاد به حداقل رسیده؛ بنابراین بررسی انحلال قراردادهای الکترونیکی از طریق عدم تنفیذ، نیاز به بررسی مصادیق آنها دارد. در مقاله حاضر مصداق بارز انحلال قراردادهای الکترونیکی فضولی در معاملات بورس اوراق بهادار بررسی و به ابهامات مذکور پاسخ داده می‌شود. در نهایت به لحاظ اینکه معاملات فضولی در بورس توسط کارگزاران به عنوان واسط بین مالک اوراق بهادار و سرمایه گذار صورت می‌گیرند؛ این نتیجه حاصل می‌گردد که اگر در زمان انعقاد قرارداد الکترونیکی در بورس، کارگزار سمتی در آن معامله نداشته باشد یا خارج از حدود اذن یا قرارداد عمل کرده باشد، قرارداد الکترونیکی مذکور به صورت فضولی واقع شده که پس از آن مالک اوراق بهادار می‌تواند از طریق عدم تنفیذ، آن را منحل نماید.

**واژگان کلیدی:** قرارداد الکترونیکی فضولی؛ عدم تنفیذ؛ انحلال؛ حق انصراف؛ حق استرداد کالا و خدمات.

\* گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد یزد، دانشگاه آزاد اسلامی، یزد، ایران.

\*\* استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد یزد، دانشگاه آزاد اسلامی، یزد، ایران.

(نویسنده مسئول) ahmadpour@yahoo.com

\*\*\* استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد یزد، دانشگاه آزاد اسلامی، یزد، ایران.

## مقدمه

محور اساسی در بورس اوراق بهادار، کارگزاریانی هستند که به نمایندگی از طرف مالکان و سرمایه‌گذاران، اوراق بهادار را از طریق انعقاد قراردادهای الکترونیکی خریداری می‌نمایند یا به فروش می‌رسانند و بر مبنای اینکه در لحظه وقوع بیع در تالار بورس بین کارگزار و سرمایه‌گذار، آیا کارگزار سمت نمایندگی مالک را داشته یا خیر؟ موضوع اصلی مقاله حاضر در خصوص عدم تنفیذ و انحلال قراردادهای الکترونیکی فضولی طرح ریزی می‌شود.

نخستین شرط تحقق یک قرارداد الکترونیکی صحیح، قصد و رضا (اراده) طرفین می‌باشد. اهمیت اراده تا بدان جاست که در نوشته‌های حقوقی از قرارداد به عنوان توافق اراده‌ها نیز تعبیر شده است. بنابراین اراده طرفین اولین شرط اساسی برای انعقاد قراردادهای الکترونیکی شمرده می‌شود. البته باید این موضوع را نیز در نظر گرفت که حقوق دانان ایران با تأسی از فقهای متأخر امامیه، قائل به تفکیک اراده به دو عنصر قصد و رضا شده‌اند و ضمانت اجرای فقدان قصد را بطلان و ضمانت اجرای فقدان رضا را عدم نفوذ معرفی نموده‌اند. ایشان بر این عقیده‌اند که عنصر رضا مقدم بر قصد است به نحوی که ابتدا رضا تحصیل می‌شود سپس قصد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۴۶۲)، ولی در عین حال، این امر دارای استثنائاتی از قبیل قراردادهای فضولی، اکراهی و سفها نیز می‌باشد. اصطلاح «غیر نافذ» از عبارات فقهی و متون فقهی گرفته شده است.

مرحوم علامه در قواعد می‌گوید: «عقد المکره ینفذ لو رضی بعد الاختیار» (کرکی، ۱۲۷۲: ۶۱) که نشان می‌دهد عقد اکراهی بعد از تنفیذ صحیح می‌باشد. مرحوم شیخ انصاری نیز در برخی از عبارات خود، بدون آنکه از واژه «غیرنافذ» استفاده کند، عقد فضولی را «غیر صحیح» دانسته است. عبارت ایشان چنین است: «عقد الفضولی لایصح، ای لایترتب علیه مایترتب علی عقد غیره من اللزوم» (انصاری، ۱۲۷۵: ۱۲۴) که بدان معنی است که عقد فضولی غیر صحیح (غیرنافذ) است. برخی دیگر از فقها نیز در خصوص عقد فضولی از اصطلاح «عقد موقوف» استفاده کرده‌اند (کرکی، ۱۲۷۲: ۶۱) چراکه تاثیر عقد فضولی وابسته و موقوف بر اجازه مالک یا قائم مقام اوست. بدیهی است که تمامی این تعبیرات در جای خویش صحیح و هر کدام جنبه‌ای از جنبه‌های عقد غیرنافذ را می‌نمایند.

همانطور که گفته شد قراردادهای الکترونیکی جهت فروش اوراق بهادار در بازار سرمایه (بورس اوراق بهادار) با وساطت و نمایندگی شخصی به نام کارگزار بورس اوراق بهادار بین مالک و سرمایه گذار جدید (مشتری) صورت می گیرد. رابطه کارگزار با مالک اوراق بهادار، یک رابطه نمایندگی است که باید بر اساس قرارداد یا اذن مالک و در حدود اختیارات تفویض شده انجام گیرد و در نتیجه انجام فعالیت های خارج از قرارداد، خارج از حدود اذن و یا خارج از اختیارات تفویض شده توسط مالک باعث انعقاد قراردادهای الکترونیکی فضولی در بورس می شود.

قرارداد الکترونیکی فضولی، ویژگی های خاص خود را دارد: اول این که قرارداد الکترونیکی فضولی، قصد فضول را به عنوان عامل سازنده عقد به همراه دارد. یعنی هر چند که قصد بیع یا معامله از طرف مالک وجود ندارد؛ ولی به هر حال قصد فضول در انعقاد قرارداد الکترونیکی از نوع فضولی وجود دارد. دوم این که در این نوع قراردادها، اصولاً در لحظه انعقاد قرارداد، رضای مالک وجود خارجی ندارد؛ بنابراین معامله فضولی منعقد، غیرنافذ و قابل رد توسط مالک می باشد. سوم این که در معامله فضولی، ساختار سنتی عقود و قراردادها متحول شده و رضا، موخر بر قصد بوده و این رضا نیز از اجازه بعدی مالک حاصل می شود. چهارم اینکه در صورت عدم تنفیذ آن قرارداد فضولی توسط مالک، آن قرارداد منحل می گردد (شریعت، ۱۳۸۵: ۳۹).

از طرف دیگر باید این نکته مهم را مد نظر قرار داد که در قراردادهای الکترونیکی فضولی که در بورس اوراق بهادار از طریق اینترنت یا فضای مجازی منعقد می شوند به دلیل وضع مقررات شکلی و تشریفات خاص از جمله لزوم دخالت کارگزاران در معاملات بورس و همچنین شرایط و اقتضائات بورس اوراق بهادار که نیازمند سرعت و ثبات معاملات بورسی می باشند و تأثیرگذاری متقابل قراردادهای بورس بر یکدیگر، باعث می شود حتی در صورتی که اقدام کارگزار خارج از محدوده اذن مالک و مشمول تعریف قرارداد فضولی باشد، نتوانیم انحلال قراردادهای الکترونیکی فضولی در بازار سرمایه را به اراده مطلق مالک واگذار نماییم. این موضوع به دلیل مبادلات سریع بورس می باشد که ممکن است سهام کارخانه ای در عرض چند ساعت بین چندین مشتری جابجا گردد و به فروش برسد. روی دیگر بورس اوراق بهادار شاخص ها و روند کاهشی یا افزایش برخط سرمایه کارخانه ها و ارزش گذاری سهام آنها می باشد که باعث می شود انحلال معاملات الکترونیکی فضولی با مشکل همراه باشد. این موارد

۴. تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و ششم، زمستان ۱۳۹۸

باعث ابهام خاصی در بررسی انحلال قراردادهای الکترونیکی فضولی از طریق رد یا عدم تنفیذ آنها ایجاد می‌کنند که در این تحقیق مورد بررسی قرار می‌گیرند.

#### ۱. مفاهیم قراردادهای سنتی و الکترونیکی فضولی

در این قسمت، مفاهیم قراردادهای سنتی فضولی بر اساس فقه اسلامی و قوانین عام و همچنین قراردادهای الکترونیکی فضولی به موجب قوانین خاص جداگانه مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

##### ۱-۱. مفاهیم قراردادهای فضولی بر اساس فقه اسلامی و قوانین عام

به موجب ماده ۲۴۷ از قانون مدنی: «معامله به مال غیر جز به عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت نافذ نیست ولو اینکه صاحب مال باطناً راضی باشد؛ ولی اگر مالک یا قائم مقام او پس از وقوع معامله آن را اجازه نمود در این صورت معامله صحیح و نافذ می‌شود». از طرف دیگر بر اساس اصل حاکمیت اراده و احترام به مالکیت خصوصی دیگران، کسی حق تصرف در مال دیگری را بدون وجود اذن، حکم دادگاه و یا نص قانون نداشته و نمی‌تواند و از این طریق برای دیگری تعهدی ایجاد نماید و یا اموال مالک را به اشخاص دیگر انتقال دهد. به عبارت دیگر «معامله فضولی معامله‌ای است که کسی بدون داشتن سمت نمایندگی برای دیگری انجام می‌دهد» (امامی، ۱۳۸۵: ۱۲۷).

از آنجا که در بحث معاملات فضولی، فضول سمت نمایندگی مالک را ندارد؛ شناخت نماینده از جایگاه مهمی برخوردار است. بدیهی است که نمایندگی را باید اعم از نمایندگی قراردادی، نمایندگی قانونی و نمایندگی قضائی تلقی نمود. البته باید توجه داشت معامله‌ای که از ابتدا به وسیله نماینده قراردادی (مثل وکیل) به صورت صحیح واقع می‌گردد، نتیجه دو رابطه حقوقی است. یکی رابطه بین وکیل و موکل که به وسیله عقد وکالت حاصل شده است و دیگری رابطه بین موکل و طرف معامله که به وسیله عقد و معامله به وجود آمده است. اما در معامله فضولی، شخص فضول بدون داشتن هیچ سمت قانونی، قضائی و یا قراردادی از طرف مالک، اقدام به ایجاد رابطه حقوقی بین خود و اصیل نموده است و چون پیدایش رابطه مزبور متفرع بر وجود رابطه اول (بین مالک و نماینده) می‌باشد؛ بنابراین رابطه دوم وجود تام و کاملی پیدا نمی‌کند (امامی، ۱۳۸۵: ۱۲۷).

در تحلیل قرارداد فضولی، گفته شده که شخص فضول به مثابه نماینده از جانب مالک قصد انشای عقد و معامله نموده است و در صورتی که مالک آن را تنفیذ نماید عنوان فضولی او به سمت نمایندگی تبدیل می‌شود و معامله صحیح می‌گردد و در صورتی که مالک معامله فضولی را تنفیذ نکند یا رد نماید، معامله منحل می‌گردد. در فقه امامیه، معامله فضولی با نظریه تفکیک قصد و رضا توجیه شده است، به این صورت که در معامله فضولی قصد ابراز شده توسط شخص فضول که هیچ سمتی در معامله ندارد، شاکله عقد و قرارداد را ایجاد می‌نماید و رضا تنها به جهت تکمیل آن لازم است و با ملحق کردن رضای مالک به قصد انشای فضول، عقد کامل و معامله تنفیذ خواهد شد (خمینی، بی تا: ۴۰۹ و حکیم، ۱۳۷۱: ۳۴۸).

هر چند آیه شریفه ۲۹ از سوره نساء «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ» در خصوص تجارت آمده و هر نوع کسب و کار را در بر می‌گیرد ولی در کتاب یکی از فقها تحت عنوان «کتاب البیع» مورد بررسی قرار گرفته است (سیوری، ۱۳۶۵: ۳۳) و به همین دلیل رضایت بعد از وقوع عقد فضولی توسط مالک در فقه اسلامی اطلاق دارد، یعنی شامل رضایت فعلی و الحاقی می‌شود. بنابراین اگر مالک بعد از انجام معامله فضولی، راضی به انجام آن شود و آن را اجازه دهد، عقد تنفیذ می‌گردد؛ زیرا مورد اخیر از مصادیق «تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» می‌باشد (قبله ای خوئی، ۱۳۸۵: ۱۰۱). البته باید متذکر شد که یکی از حقوق دانان به رضایت قبل از قصد نیز معتقد می‌باشند؛ ایشان چنین توضیح داده اند که «رضایت گاه قبل از قصد انشاء حاصل می‌شود و ادامه پیدا می‌کند تا قصد انشاء نیز محقق گردد و گاه رضایت پس از قصد انشاء به وجود می‌آید؛ چنانکه در مورد رضایت بعدی بر معاملات مکره استفاده می‌گردد که آن را اصطلاحاً اجازه می‌گویند و هرگاه رضایت قبل از معامله باشد آن را اذن می‌نامند» (بهرامی، ۱۳۷۹: ۶۹).

با این بررسی فقهی حقوقی در باب قراردادهای فضولی به روشنی مشخص می‌شود که علاوه بر قراردادهای سنتی و مکتوب، قراردادهای الکترونیکی هم می‌توانند به صورت فضولی منعقد شوند و از این منظر فرقی بین هیچ‌یک از عقود خواه تملیکی، خواه عهده‌ای، وجود ندارد. در عقود عهده‌ای فضولی، شخص فضول با انجام معامله با اصیل، تعهدی به نفع یا به ضرر مالک ایجاد می‌کند. تعهد مزبور پس از رضایت و تنفیذ مالک و یا قائم مقام او نافذ می‌گردد و یک رابطه مبتنی بر تعهد بین مالک و اصیل مستقر می‌شود؛ ولی در صورتی که مالک آن تعهد را رد کند یا به اصطلاح عدم تنفیذ

۶. تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و ششم، زمستان ۱۳۹۸

آن را اعلام نماید، تعهد مذکور منحل خواهد شد. اما عقد تملیکی فضولی آن است که شخص فضول در معامله با اصیل، اموال مالک را به اصیل واگذار کند به این معنی که فضول به نحوی اموال مالک را به اصیل منتقل نماید (ره‌پیک، ۱۳۷۷: ۱۲۱).

در این نوع از عقود فضولی، معامل فضولی (فضول) یا مال را بجای مالک معامله می‌کند (به عبارت دیگر مال را از طرف مالک واگذار می‌نماید) و شخصاً مدعی مالکیت بر آن مال نیست و یا اینکه مال شخص ثالث را به عنوان مال خود به فروش می‌رساند، یعنی آن مال را متعلق به خود دانسته و به عنوان مال خود به اصیل تملیک می‌نماید (شهید ثانی، ۱۳۸۹: ۱۸۱). مصادیق بارز شق اخیر در خصوص سارق و غاصب اتفاق می‌افتد که اموال مال باخته را به نام خود به دیگران تملیک می‌نمایند و گاهی نیز این اتفاق در زمانی که فضول به اشتباه تصور می‌کند مال، متعلق به اوست، رخ می‌دهد. همانطور که ماده ۳۰۴ قانون مدنی نیز تصریح کرده است: «اگر کسی که چیزی را بدون حق دریافت کرده است خود را محق می‌دانسته، لکن در واقع محق نبوده و آن چیز را فروخته باشد، معامله فضولی و تابع احکام مربوطه به آن خواهد بود».

## ۲-۱. مفاهیم قراردادهای الکترونیکی فضولی بر اساس قوانین خاص

اصطلاح قراردادهای الکترونیکی برای اولین بار در آئین نامه تجارت الکترونیکی اتحادیه اروپا به کار رفت؛ ولی در آن آئین نامه تعریف مشخصی از قراردادهای الکترونیکی عنوان نگردید (مقامی نیا، ۱۳۹۱: ۸۷). قراردادهای الکترونیکی هستند که با استفاده از ابزار و آلات الکترونیکی مانند شبکه تبادل داده های الکترونیکی، پست الکترونیکی و یا از طریق صفحات شبکه اینترنت منعقد می‌گردند (مقامی نیا، ۱۳۹۱: ۸۷). در قراردادهای الکترونیکی عرضه یک کالا یا خدمات بوسیله تامین کننده کالا و خدمات به شکل تصویر و یا نوشته الکترونیکی در ضمن توصیف شرایط و محتوای ایجاب یا دعوت به ایجاب به مصرف کننده آن کالا و خدمات اعلام می‌گردد. مصرف کننده نیز با اتصال به شبکه اینترنت یا با استفاده از فضای مجازی، قبول خود را با ابزار و آلات متعارف الکترونیکی پیش گفته ابراز می‌کند. از آنجا که در معاملات الکترونیکی غالباً بجای ایجاب، دعوت به ایجاب وجود دارد؛ بنابراین ماهیت قراردادهای الکترونیکی اقتضاء دارد که کلیه توصیفات در بستر اینترنت ظاهر شوند و معمولاً آنچه در وب سایت تامین کننده کالا و خدمات عرضه می‌گردند، دعوت به ایجاب تلقی شوند (دلشاد، ۱۳۹۲: ۱). در ادامه بررسی مفاهیم، باید گفته شود که گروهی از حقوق دانان، قرارداد الکترونیکی را بدین شکل تعریف نموده اند: «قرارداد الکترونیکی عبارت

است از توافقی که ایجاب و قبول طرفین، ضمن شبکه بین المللی [ایترنت] به طریق ارتباط از راه دور با ابزار شنیداری و تصویری مبادله می شود (ابو الحسن مجاهد، ۲۰۰۰: ۳۹). این تعریف فقط نحوه کلی تلاقی ایجاب و قبول را بیان نموده و سخنی از آثار مترتب بر تبادل ایجاب و قبول را به میان نیاورده است. برخی دیگر از حقوق دانان قرارداد الکترونیکی را بدین گونه تعریف نموده اند: «قراردادی است که ایجاب و قبول در آن با استفاده از شبکه ارتباطات بین المللی و به واسطه تبادل الکترونیکی داده ها، به قصد ایجاد تعهدات قراردادی منعقد می گردد (ممدوح ابراهیم، ۲۰۰۵: ۵۱).

در همه این تعاریف جنبه های مختلف قراردادهای الکترونیکی مانند ایجاب و قبول، عرضه کالا و خدمات، دعوت به ایجاب، سفارش در خرید الکترونیکی، عوامل دخیل در معاملات الکترونیکی و دستور پرداخت الکترونیکی نیز مورد اشاره قرار گرفته است که هر کدام از این موارد ممکن است به نوعی مظهر بیان اراده و یا آثار ناشی از آن در محیط الکترونیکی باشد. نکته قابل ذکر اینکه هر گاه یک قرارداد به شکل سنتی و مکتوب در فضای مجازی منعقد شود، حتی اگر اجرای آن نیز در فضای سایبری به وقوع بپیوندد، نباید آن را قرارداد الکترونیکی به معنی مصطلح دانست. از طرف دیگر اگر توافق اراده ها به صورت حضوری و اجرای قرارداد در محیط اینترنت صورت گیرد، چنین قراردادی را هم نمی توان یک قرارداد الکترونیکی نامید (مافی و کاویار، ۱۳۹۲: ۱۵۷).

در هر حال قراردادهای الکترونیکی از لحاظ شرایط اساسی قرارداد و تنظیم آثار مترتب بر آن، تابع قواعد و احکام فقهی، قوانین عام مدون و قواعد عمومی حقوق قراردادهای و تعهدات می باشند؛ ولی از لحاظ ویژگیهای فنی تخصصی و روشهای انعقاد و نحوه حمایت و ضمانت اجراهای مربوط به احکام و آثار حقوقی آنها، مستلزم بازساخت و تطابق دقیق اصول و قواعد کلی حاکم بر قراردادهای الکترونیکی بر قوانین و مقررات مربوط به حقوق تجارت الکترونیکی می باشند. به همین دلیل قراردادهای الکترونیکی از لحاظ شرایط صحت، تافته جدا بافته و مستقل از قراردادهای سنتی نیستند؛ بلکه اوصاف جدید و خاص قراردادهای الکترونیکی از نظر محیط انعقاد آن قراردادهای، مجزا و مستقل از قراردادهای مکتوب بوده و قانونگذار مقررات خاصی برای شکل تنظیم آنها پیش بینی نموده است. از این روی علی الظاهر به نظر می رسد که معاملات الکترونیکی فضولی بر بستر فضای مجازی و سامانه های اینترنتی به تعداد کمتری نسبت به قراردادهای سنتی و مکتوب منعقد می گردند. در حالی که لزوماً در

۸. تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و ششم، زمستان ۱۳۹۸

واقعیت اینگونه نیست؛ چرا که از یک طرف مشخصات و ماهیت فضول در فضای مجازی قابل شناسائی صد در صد نمی باشد و از طرف دیگر فضول می تواند بدون اینکه هیچ گونه ولایت یا وصایت یا وکالتی از طرف مالک داشته باشد یا الزامی به ارائه مدرک مثبت سمت داشته باشد از طریق فضای مجازی، یک قرارداد الکترونیکی فضولی را منعقد نماید. در هر حال قرارداد فضولی چه از طریق سنتی و مکتوب منعقد شود و چه از طریق الکترونیکی به دلیل فضولی بودن، نافذ نمی باشد؛ ولو اینکه مالک باطناً راضی باشد.

## ۲. امکان قراردادهای فضولی در قراردادهای الکترونیکی و آثار و احکام مترتب بر آنها

در این قسمت ابتدا امکان تحقق قراردادهای الکترونیکی فضولی مورد بررسی قرار می-گیرد و سپس آثار و احکامی که بر آنها مترتب می گردد؛ توضیح داده می شود.

### ۲-۱. امکان انعقاد قراردادهای الکترونیکی به صورت فضولی

بررسی امکان تحقق قراردادهای الکترونیکی فضولی از این جهت دارای اهمیت است که غالب قراردادهای الکترونیکی و تشریفات مربوط به انعقاد آنها بر بستر اینترنت یا فضای مجازی به گونه‌ای طراحی و پیش‌بینی شده که امکان دخالت شخصی غیر از مالک یا فروشنده در انعقاد آنها به حداقل ممکن تقلیل یافته است.

مقررات مربوط به معاملات فضولی در قواعد عمومی قراردادهای سنتی به عنوان راهکاری برای حمایت از مالک و تسهیل و تامین امنیت روابط قراردادی در عقود رضایی که بدون هیچگونه تشریفات و به راحتی قابل تحقق می باشند، پیش‌بینی شده است. در این خصوص باید توجه داشت از جمله مسائل قابل تعمق در حقوق قراردادهای، تعارض اراده ظاهری و اراده باطنی در ایجاد یک عمل حقوقی و نقش تشریفات در شکل‌گیری یک عمل حقوقی است. در این زمینه اختلاف نظرهای فراوانی در میان فقها و به تبع آنها، حقوق دانان وجود دارد (سنهوری، ۱۹۵۲: ۱۷۹)؛ چنانکه برخی با استناد به آیات، روایات و سیره عقلاء و سایر اصول مانند عرف خاص تجار و ضرورت استحکام و حفظ نظم اقتصادی، اصل را اراده ظاهری پنداشته اند (علی آبادی، ۱۳۸۱: ۹۷) و برخی دیگر بر اساس قاعده ضرورت تبعیت عقد از قصد (العقود تابعه للقصد) از اصل حاکمیت اراده باطنی جانبداری کرده اند (نجفی، بی تا: ۲۶۷؛ محقق داماد، ۱۳۹۱: ۵۳).



آنچه مسلم است اینکه در نظام حقوقی ایران، اصل ترجیح اراده باطنی و اولویت آن در صورت تعارض با اراده ظاهری، پذیرفته شده است؛ لکن مواردی نیز وجود دارد که به طور استثنائی قانونگذار اراده ظاهری را مرجح دانسته است (صفایی، ۱۳۸۴: ۴۲). هر چند نوشتار حاضر درصدد بررسی اراده ظاهری و باطنی و تبیین نقش هر یک در ایجاد قراردادهای الکترونیکی فضولی نیست، اما ناگزیر بر پایه همین عقیده به بررسی جایگاه قراردادهای الکترونیکی فضولی می‌پردازد و صحت این عقود را به طور کلی به سبب حاکمیت اراده و حمایت قانونگذار، مبتنی بر اراده باطنی افراد می‌داند.

از آنجا که در قراردادهای تشریفاتی (عقود غیررضائی) از جمله در قراردادهای الکترونیکی که قانونگذار با توجه به مصالح و نیازهای اجتماعی، تشریفات و شکل خاصی را برای آنها پیش‌بینی کرده است و تطبیق قواعد عمومی قراردادهای سنتی و مقررات عام معاملات فضولی بر شاکله آنها با چالش‌ها و ابهاماتی همراه می‌باشد؛ بنابراین جهت دست یافتن به پاسخ این چالش‌ها و رفع ابهامات در قراردادهای الکترونیکی فضولی و اینکه آیا اصولاً امکان انعقاد قراردادهای الکترونیکی به صورت فضولی وجود دارد؟ می‌توان به صورت بررسی مصداقی، موضع حقوق ایران را با مطالعه قانون تجارت الکترونیکی ایران و قانون بورس و اوراق بهادار در این خصوص به طور جداگانه مورد بررسی قرار داد که در دو قسمت بعد به آنها پرداخته می‌شود.

#### ۱-۲. تحقق قراردادهای الکترونیکی فضولی بر اساس قانون تجارت الکترونیکی

بر اساس ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی، توافق اراده طرفین در انعقاد قراردادهای الکترونیکی به واسطه «داده پیام» صورت می‌گیرد. آنچه در این قراردادها اهمیت ویژه‌ای دارد این است که احراز هویت مالک یا تامین‌کننده کالا و خدمات، شکل ویژه‌ای دارد؛ زیرا ممکن است کاربران فضای مجازی تمایل داشته باشند در عملیات الکترونیکی که انجام می‌دهند، ناشناخته باقی بمانند و این گمنام ماندن کاربر، می‌تواند صرفاً در بحث صحت یا تنفیذ قراردادها دارای اشکال تلقی گردد. این بدان معنی است که در عمل گمنام ماندن کاربر لزوماً ایجاد اشکال نمی‌کند. زیرا وقتی فردی با استفاده از کارت‌های بانکی و کیف پول الکترونیکی، خرید الکترونیکی انجام می‌دهد یا قرارداد الکترونیکی تنظیم می‌نماید، تعیین هویت او برای سایتی که کالا یا خدماتی را عرضه نموده چندان اهمیتی ندارد؛ بلکه تنها ثمنی که در قبال دریافت کالا یا خدمات می‌پردازد، ملاک اهمیت فروشگاه مجازی قرار می‌گیرد. لازم به ذکر است که در فضای

۱۰. تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و ششم، زمستان ۱۳۹۸

مجازی از راهکارهای ویژه‌ای برای احراز هویت افراد در زمان انعقاد قراردادهای الکترونیکی استفاده می‌شود که مهمترین آنها شامل تعیین نام کاربری و رمز عبور و کنترل سطح دسترسی کاربران، رمزنگاری و امضای الکترونیک می‌باشد (ادیب، ۱۳۹۳: ۵۶).

از طرف دیگر قانونگذار با در نظر داشتن نکات مربوط به احراز هویت کاربر، در خصوص اجرای قراردادهای الکترونیکی به خصوص استرداد ثمن به مشتری نیز احکام خاصی را در نظر گرفته است؛ چنانکه در ماده ۳۹ قانون تجارت الکترونیکی بیان کرده است: «در صورتی که تامین کننده در حین معامله به دلیل عدم موجودی کالا و یا عدم امکان اجرای خدمات، نتواند تعهدات خود را انجام دهد، باید مبلغ دریافتی را فوراً به مخاطب برگرداند، مگر در بیع کلی و تعهداتی که تامین کننده می‌تواند در دراز مدت به تعهد خود عمل نماید و مصرف کننده کالا و خدمات الکترونیکی نیز قابلیت صبر کردن تا امکان تحویل کالا و یا ایفای تعهد را داشته باشد. باید توجه نمود در صورتی که معلوم شود تامین کننده از ابتدا عدم امکان ایفای تعهد خود را می‌دانسته، علاوه بر لزوم استرداد مبلغ دریافتی، به حداکثر مجازات مقرر در این قانون نیز محکوم خواهد شد».

درباره این ماده و چگونگی تأثیر آن بر قراردادهای الکترونیکی، اتفاق نظر وجود ندارد. برخی عقیده دارند بر اساس ظاهر ماده و عبارت «باید مبلغ دریافتی (ثمن) را فوراً به مخاطب برگرداند»، می‌توان بر این باور بود که در صورت عدم وجود کالا و یا عدم امکان اجرای خدمات، معامله خود به خود منفسخ می‌شود. در واقع این تعبیر که اگر تامین کننده نتواند تعهدات اصلی خود را انجام دهد، موظف است مبلغ ثمن را به مشتری برگرداند، گویای آن است که عقد خود به خود منفسخ می‌شود. ولی بر اساس قسمت دوم ماده، در بیع کلی و تعهداتی که وفای به آنها برای همیشه غیرممکن نیست، عقد صرفاً قابل فسخ است و هرگز به خودی خود و قهری منفسخ نمی‌شود؛ بنابراین طرف ذی نفع باید لزوماً فسخ قرارداد الکترونیکی را به تامین کننده کالا و خدمات اعلام نماید (لطفی و همکاران، ۱۳۹۴: ۱۰).

نکته قابل توجه دیگر درباره ماده ۳۹ قانون تجارت الکترونیکی، تأثیر آن بر مواردی است که عدم انجام موضوع قرارداد به سبب فصولی بودن قرارداد و عدم تنفیذ آن توسط مالک یا تامین کننده کالا و خدمات صورت می‌گیرد که بر اثر عدم تنفیذ و رد قرارداد الکترونیکی فصولی، انحلال آن به وقوع می‌پیوندد. به نظر می‌رسد با توجه به

اطلاق ماده که در هر حال، عدم امکان انجام تعهد موضوع قرارداد الکترونیکی را با ضمانت اجرای استرداد ثمن به مصرف کننده، مساوی دانسته است؛ بتوان قراردادهای الکترونیکی فضولی را هم مشمول ماده مذکور دانست که با عدم تنفیذ قرارداد توسط تامین کننده، قرارداد منعقد منحل می گردد.

## ۲-۱-۲. تحقق معاملات فضولی الکترونیکی بر اساس مقررات قانون بورس اوراق

### بهادار

در برخی از مصادیق قراردادهای الکترونیکی از جمله معاملات بورس اوراق بهادار، معاملات الکترونیکی فضولی به تعداد بیشتری نمود دارد (فریدون و امینی، ۱۳۹۲: ۱۷۰). البته ملاک فضولی بودن این معاملات بایستی با توجه به اقتضائات بورس و روابط پیچیده کارگزاران با سرمایه گذاران تحلیل شود؛ زیرا حداقل به لحاظ مصالح عملی نمی توان به سبک و سیاق معاملات سنتی و مکتوب به معاملات الکترونیکی تالار بورس نگریست و رویکرد سنتی قطعاً نمی تواند پاسخگوی نیازهای حقوقی بعضی از قراردادها مخصوصاً قراردادهای منعقد در بازار سرمایه باشد و حتماً باید از طریق قوانین خاص حقوق تجارت الکترونیکی به بررسی و تبیین این موضوع پرداخت (فریدون و امینی، ۱۳۹۲: ۱۷۱).

جهت بررسی قراردادهای الکترونیکی فضولی و انحلال این گونه قراردادها در این قسمت، قوانین بازار سرمایه برای معاملات بورس به عنوان یکی از مهمترین مصادیق معاملات فضولی و همچنین یکی از پرکاربردترین قراردادهای الکترونیکی، مورد بررسی و ارزیابی قرار می گیرد. در مورد اینگونه قراردادهای الکترونیکی نیز قانونگذار کوشیده با وضع مقررات شکلی و تشریفات خاص جهت انعقاد آنها، یک سلسله تکالیف گوناگون برای اشخاص به وجود آورد تا آزادی اراده آنان به منافع جامعه و نیازهای ناگزیر آنها لطمه ای وارد نسازد. لازم به ذکر است که « معامله حقوقی که واجد شکل مقرر قانونی نباشد، باطل است. همچنین نداشتن شکل مقتضی معامله حقوقی، در صورت تردید، منتهی به بطلان خواهد شد» (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۵۶).

بر طبق بند ۳ ماده ۱ قانون تأسیس بورس اوراق بهادار، کارگزاران بورس اشخاصی هستند که شغل آن ها داد و ستد اوراق بهادار است و تمامی معاملات در بورس منحصرأ توسط این اشخاص انجام می گیرد. در بند ۱۳ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی نیز کارگزار، اینگونه تعریف شده است: «شخصی حقوقی است که

۱۲. تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و ششم، زمستان ۱۳۹۸

اوراق بهادار را برای دیگران و به حساب آن‌ها معامله می‌کند». در حال حاضر نیز تمامی معاملات کارگزاران چه برای خرید و چه برای فروش، تنها با اتصال به سیستم رایانه ای و درگاه‌های الکترونیکی به صورت قرارداد الکترونیکی انجام می‌گیرد. بنابراین باید گفت در هیچ تالار بورسی امکان معامله شخصی و مستقل برای شخص سرمایه گذار یا مالک اوراق بهادار وجود ندارد و حتماً می‌بایست هر گونه خرید یا فروش از طریق شخص ثالثی به نام کارگزار، صورت گیرد. در این راستا و جهت نیل به اهداف قانونگذار، سازمان بورس اوراق بهادار، مجوز تأسیس و فعالیت کارگزاران را صادر و بر فعالیت آنان نظارت می‌کند و صلاحیت حرفه ای و عمومی مدیران شرکت‌های کارگزاری به تأیید سازمان بورس و اوراق بهادار نیز می‌رسد (میرزایی منفرد، ۱۳۹۰: ۴۹).

با استقرار سیستم جدید انجام معاملات بورسی، کارگزاران رسمی از طریق دفتر پشتیبانی اطلاعات مربوط به سرمایه گذار خود را قبل از ساعت انجام معاملات و به دور از هیجانات ناشی از بورس، وارد سیستم می‌نمایند و در این حالت انجام معامله فقط در صورتی میسر می‌گردد که اطلاعات به درستی وارد شده باشد (میرزایی منفرد، ۱۳۹۰: ۷۶). بدیهی است که با این اوصاف و دقت نظر قانونگذار در تشریفات لازم برای انجام معاملات الکترونیکی مربوط به بورس و همچنین شرایط و اقتضائات بورس اوراق بهادار که نیازمند سرعت و پایداری معاملات می‌باشد و تأثیرگذاری شدید قراردادهای بورسی بر یکدیگر، نمی‌توان پذیرفت حتی در صورتی که اقدام کارگزار خارج از محدوده اذن و مشمول تعریف معامله فضولی باشد، بتوان سرنوشت معاملات متعدد بازار سرمایه را به اراده صرف وی واگذار کرد.

## ۲-۲. آثار و احکام قراردادهای الکترونیکی فضولی

در این قسمت به بیان برخی آثار و احکام معاملات الکترونیکی فضولی که با در نظر داشتن ویژگی‌های شکلی مربوط به قراردادهای الکترونیکی، نسبت به قواعد عمومی قراردادهای سنتی دچار دگرگونی شده اند، می‌پردازیم.

### ۲-۲-۱. آثار قراردادهای الکترونیکی فضولی

هرچند اجازه مالک در خصوص قرارداد الکترونیکی فضولی طبق ماده ۲۴۸ قانون مدنی و فقه اسلامی تنها با لفظ یا فعلی که دلالت بر امضای عقد نماید حاصل می‌شود و همچنین سکوت مالک حتی اگر معامله با حضور او در مجلس عقد تشکیل گردد، اجازه محسوب نمی‌شود (شهید ثانی، ۱۳۸۹: ۱۸۳؛ قاسم زاده، ۱۳۸۰: ۳۶۶)؛ اما به نظر

می رسد رد و عدم تنفیذ قراردادهای الکترونیکی فضولی از سوی مالک باید با توجه به شرایط خاص حاکم بر این قراردادها در نظر گرفته شود.

#### ۱-۲-۱- آثار انحلال قراردادهای الکترونیکی فضولی در قانون تجارت

##### الکترونیکی

از تحلیلی که در مورد چگونگی تحقق قراردادهای الکترونیکی فضولی در قانون تجارت الکترونیکی و به طور ویژه مواد ۳۹ و ۴۰ آن بیان شد، مشخص می شود که علی الاصول چنین قراردادهایی صحیح و لازم الرعایه هستند و تصمیم مالک در رابطه بین طرفین قرارداد الکترونیکی فضولی (فضول و اصیل) تأثیر نخواهد داشت؛ زیرا بنا به تصریح ماده ۴۰ از قانون تجارت الکترونیکی، تأمین کننده کالا و خدمات فضولی می تواند با پرداخت مثل، مشابه و یا بدل کالا یا خدمات موضوع تعهد، قرارداد الکترونیکی را به مرحله اجرا برساند. اما از طرف دیگر در عمل به مواردی برخورد می کنیم که مالک، عدم نفوذ معامله الکترونیکی فضولی را مطرح می کند. در این موارد قرارداد الکترونیکی فضولی بنا به عللی مثل عدم وجود عین معین یا قائم به شخص بودن کار تعهد شده، قابل اجرا نمی باشد که در هر معامله ای از جمله قراردادهای الکترونیکی نیز پیش می آید یعنی ناممکن شدن ایفای تعهد یا فقدان موضوع به صورت خاص در قانون تجارت الکترونیکی، باعث می شود تا مالک، آن قرارداد فضولی را رد کند. بنابراین در موارد اخیر آثاری که بعد از عدم تنفیذ قرارداد الکترونیکی فضولی ایجاد می شود عیناً مانند معاملات فضولی سنتی است. بدین معنی که مبیع در مالکیت مالک باقی می ماند و اصیل می تواند در صورت جهل، نسبت به اصل و منافع ثمن پرداختی به فضول مراجعه نماید و در صورت آگاهی، فقط می تواند به میزان اصل ثمن به فضول مراجعه کند (شهید ثانی، ۱۳۸۵: ۱۸۴).

#### ۲-۲-۱- آثار انحلال قراردادهای الکترونیکی فضولی در قانون بورس اوراق

##### بهادار

در جایی که قرارداد الکترونیکی در بورس اوراق بهادار منعقد می شود و آن قرارداد به دلیل عدم رضایت مالک اوراق بهادار به صورت فضولی می باشد؛ مالک می تواند آن قرارداد الکترونیکی فضولی را رد نماید. آثار رد معاملات فضولی در تالار بورس همانند عدم تنفیذ سایر معاملات الکترونیکی فضولی نیست. بدین معنی که به دلیل پیچیدگی های خاص بازار سرمایه و اینکه ثبات و امنیت اقتصادی در بورس اوراق بهادار اولین

#### ۱۴. تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و ششم، زمستان ۱۳۹۸

اولویت است و اینکه در طول چند ساعت ممکن است اوراق بهادار خاصی، بین چندین سرمایه‌گذار در چرخه واگذاری بورسی قرار گیرد و بر این مبنا شاخص‌ها و اعداد و ارقام خاص آماری بورس، رقم بخورد؛ به سادگی نمی‌توان اوراق بهادار را به مالک اولیه آن مسترد کرد یا بر اساس قواعد عمومی قراردادها، اصل جهت عین و منافع مال مورد معامله به فضول رجوع نماید. از لحاظ عملی نیز نظریه اخیر قابل دفاع است؛ زیرا جهت حفظ نظم و امنیت در روابط اقتصادی بین سرمایه‌گذاران بورس، ایجاد می‌کند که درجه تقصیر یا مسئولیت اشخاص دخیل در بورس، در فرایند انعقاد و انحلال قراردادهای الکترونیکی فضولی، نقش کلیدی خود را ایفاء نماید. لازم به ذکر است که «هیئت داوری موضوع ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار به عنوان تنها مرجع صلاحیت دار قضایی پس از تصویب قانون بازار اوراق بهادار رسیدگی به اختلافات بورسی را بر عهده دارد» (فریدون و امینی، ۱۳۹۲: ۱۷۰).

اگرچه بعد از عدم تنفیذ و انحلال معامله فضولی در تالار بورس باید آثار قهقرائی انحلال را پذیرفت؛ ولی اساساً بنا به مصالح بازار سرمایه و جهت ثبات فعالیت‌های اقتصادی کشور باید به رای صادره توسط هیئت داوری بورس تمکین نموده و صرفاً در بعضی موارد خاص معامله فضولی را به حالت اولیه برگرداند و در اکثر موارد اوراق بهاداری که در بورس به صورت فضولی معامله شده است را در حکم تلف حکمی پنداشت و جبران خسارت و برگشت به وضعیت زمان انعقاد عقد فضولی را طی صدور حکم داوری مشخص نمود (فریدون و امینی، ۱۳۹۲: ۱۸۱).

#### ۲-۲-۲. احکام قراردادهای الکترونیکی فضولی

در معاملات بورس اوراق بهادار که از طریق قراردادهای الکترونیکی صورت می‌گیرند به دلیل سرعت در روابط پیچیده‌ای که بین کارگزار و سرمایه‌گذاران وجود دارد و وجود تورم و نوسانات لحظه‌ای در قیمت، سرمایه‌گذاری و ورود و خروج به معاملات بورس نیز به صورت لحظه‌ای صورت می‌گیرد. این مورد در کشورهای نظیر کشور ایران بیشتر به چشم می‌خورد و باعث می‌شود مالک اوراق بهادار در یک لحظه تصمیم بگیرد تا یا از معامله به طور کلی صرف نظر نماید و یا معامله را تا زمان مناسب دیگری به تأخیر اندازد. به عبارت دیگر مالک اوراق بهاداری که به دنبال این است از نوسانات احتمالی بورس و اوراق بهادار حداکثر استفاده را بنماید؛ ممکن است در برهه‌ای از زمان به کارگزار، اذن در معامله را ندهد و در نتیجه قرارداد الکترونیکی در تالار

بورس اوراق بهادار به صورت فصولی انجام شود که از این نظر احکام اینگونه معاملات کاملاً از قواعد عمومی قراردادها در بحث معاملات فصولی تبعیت می کند.

### ۱-۲-۲. عدم تنفیذ و انحلال قراردادهای الکترونیکی فصولی

بعد از انعقاد قراردادهای الکترونیکی فصولی در بورس اوراق بهادار و با بررسی اوضاع و احوال قضیه و توجه ویژه به امارات زمان وقوع معامله و در صورتی که روشن شود در زمان معامله، کارگزار (فصول) مجوز انعقاد قرارداد الکترونیکی را از طرف دارنده اوراق بهادار (مالک) با سرمایه گذار (اصیل) نداشته است؛ آن معامله قابل رد و دارای شرایط لازم جهت عدم تنفیذ معامله فصولی است و از این طریق منحل می گردد. بدیهی است که تحقق فصولی بودن قرارداد در بورس اوراق بهادار به ثابتهای مربوط می شود و اذن و عدم اذن مالک اوراق بهادار در رد و عدم تنفیذ معامله که شکلی از انحلال قرارداد است، اهمیت پیدا می کند و به همین دلیل نیاز به بررسی قواعد عمومی قراردادهای سنتی در مبحث قراردادهای الکترونیکی فصولی و تبیین رد و عدم تنفیذ آنها وجود دارد.

برای مثال یکی از بارزترین مصادیق تنفیذ معامله که مشتری پس از اطلاع از معامله فصولی آن را انجام می دهد، تکمیل دستور خرید یا فروش است و در غیر اینصورت معامله مزبور رد (منحل) خواهد شد. در قراردادهای الکترونیکی که بین کارگزار و مالک اوراق بهادار و سرمایه گذار صورت می گیرد نیز کارگزار بلافاصله پس از انجام معامله به مالک یا مشتری متذکر می گردد برای تکمیل فرم دستور خرید یا فروش به شرکت کارگزاری مراجعه نماید. «می توان گفت آنچه آنچنان که لفظ در معاملات متداول، طریقه عادی و شایع رد و قبول است، در معاملات اوراق بهادار، تکمیل دستور خرید و فروش طریقه شایع تنفیذ و استنکاف عامدانه از تکمیل آن، شیوه متداول [متعارف] رد است» (فریدون و امینی، ۱۳۹۲: ۱۷۳).

با این حال در اکثر موارد در رویه عملی هیئت داوران بورس در آرای صادره با تکیه به عدم وجود دستور کتبی خرید یا فروش، معامله را به دلیل عدم تنفیذ، منحل شده فرض می نمایند. به عبارت دیگر در قراردادهای الکترونیکی فصولی اصل بر این است که عدم وجود دستور کتبی مبنی بر تنفیذ معامله، مهمترین اماره برای رد و انحلال معامله می باشد؛ اما همیشه وضع به همین روشنی نیست (فریدون و امینی، ۱۳۹۲: ۱۷۳) و در موارد متعددی ملاحظه می شود که در رویه معاملاتی بین کارگزار با سرمایه گذار،

۱۶. تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و ششم، زمستان ۱۳۹۸

معاملات بورسی بدون دستور مالک اوراق بهادار منعقد می‌شوند و در اکثر موارد هیچگونه رد و تنفیذی به صورت عملی در خصوص معامله الکترونیکی فضولی انجام نمی‌شود ولی با این وجود به ندرت اختلافی بین طرفین معاملات در تالار بورس اوراق بهادار حادث می‌گردد (سوادکوهی، ۱۳۸۸: ۲۱۱).

بنابراین اگر مالک اوراق بهادار یک قرارداد الکترونیکی فضولی را از طریق عدم تنفیذ و رد آن، منحل نماید بدون اینکه آن انحلال را مکتوب کرده باشد؛ بدیهی است که در چنین شرایطی سرمایه‌گذار جدید (مشتری) با عدم تنفیذ معاملات بورس اوراق بهادار، بدون دستور مکتوب مالک، مواجه می‌شود. در چنین شرایطی نمی‌توان به صراحت عدم وجود دستور یا وکالتنامه کتبی را حمل بر عدم تنفیذ و رد معامله نمود و در نتیجه در بسیاری از موارد، در خصوص تشخیص اینکه معامله فضولی اوراق بهادار که موضوع دعوا قرار گرفته است، مسبوق به قبول (تنفیذ) اولیه بوده است یا نه؟ مرجع رسیدگی‌کننده (مرجع داور بورس) ناگزیر از توسل به امارات قضایی است تا حکم قضیه را دریابد.

همچنین امارات دیگری قابل تصور است که می‌تواند بیانگر تنفیذ قرارداد الکترونیکی فضولی توسط مالک سهام و اوراق بهادار در بورس تلقی شود که از آن جمله می‌توان به مطالبه سود سهام فروخته شده، دریافت گواهی فروش سهام، دستور ادامه فروش سهام باقی مانده، دستور خرید مجدد سهامی که به طور فضولی فروخته شده با تعیین قیمت بالاتر و نظائر آن، اشاره نمود. از طرف دیگر در بحث عدم تنفیذ و انحلال معامله فضولی می‌توان گفت، اگر در یک معامله فضولی پس از اینکه کارگزار سهام را فروخت، مالک آن سهام در جلسات مجامع شرکت مربوط به آن سهام، بی‌وقفه شرکت کند یا سایر اقدامات مالکانه را انجام دهد، حکایت از رد، عدم تنفیذ و انحلال آن معامله فضولی را دارد. البته قرائن مذکور، همگی نسبی و تابع اوضاع و احوال خاص یک پرونده است و با اوضاع و احوال خاص دیگر پرونده‌ها متفاوت می‌باشد (فریدون و امینی، ۱۳۹۲: ۱۷۵).

#### ۲-۲-۲. مهلت عدم تنفیذ و انحلال در قراردادهای الکترونیکی فضولی

مسئله مهمی که در خصوص قراردادهای الکترونیکی فضولی وجود دارد، مهلت اعلام اجازه یا عدم تنفیذ جهت انحلال آنها می‌باشد. در معاملات فضولی سنتی، اعلام نظر مالک مهلت خاصی ندارد که در اصطلاح گفته می‌شود فوریت ندارد و مالک می‌تواند تا زمانی که عقد را رد نکرده است، آن را امضاء و تنفیذ کند. یکی از موارد مبتلابه در



بازار سرمایه (بورس اوراق بهادار) که موجب طرح پرونده‌های متعدد در هیئت داورى بورس اوراق بهادار می‌گردد، این است که مالک اوراق بهادار پس از مدتی نسبتاً طولانی، اقدام به طرح دعوا علیه فضول و رد معامله می‌نماید. در این موارد کارگزاران بورس معمولاً با ارائه مدارک و مستندات، اطلاع مالک آن اوراق بهادار از انجام معامله فضولی را اثبات می‌نمایند و ادعا می‌کنند که عدم اعتراض نامبرده در تاریخ اطلاع از وقوع معامله فضولی یا مدت متعارف پس از آن در معنای تأیید معامله بوده است؛ در نتیجه حق ندارد پس از گذشت این مهلت غیرمتعارف اقدام به اقامه دعوا نماید. در این خصوص اگرچه قانون مدنی تصریح کرده، لازم نیست اجازه یا رد فوری باشد، اما در معاملات بورسی با توجه به حجم بالای معاملات سهام و گردش متعدد سهام بین سرمایه‌گذاران متوالی و شرایط ویژه‌ای که بر قراردادهای الکترونیکی تالار بورس حاکم است، باید قائل به وجود یک مهلت عرفی برای اعلام نظر بود (صحت لطفی، ۱۳۹۳: ۵۴).

در معاملات بورسی عموماً از تأخیر مالک اوراق بهادار در اعلام قبول یا رد معامله فضولی، اصیل (سرمایه‌گذار) متضرر نمی‌گردد، زیرا وی معاملات بعدی خود بر روی سهام خریداری شده را بدون نگرانی از عدم تنفیذ یا انحلال معامله فضولی انجام می‌دهد. به عبارت دیگر در این مورد تنها شخصی که ممکن است متضرر گردد، کارگزار (فضول) است که در این میان چون به نوعی بر اساس قاعده اقدام، بدون داشتن اذن از طرف مالک اوراق بهادار، اقدام به فروش آنها نموده است و مسئولیت فروش آن اوراق بهادار را برعهده دارد به نحوی اقدام علیه خود نموده و مسئول جبران خسارت مالک است. اما در هر حال نمی‌توان مالک اوراق بهادار را در معامله الکترونیکی فضولی در بورس ملزم نمود که به جهت جلوگیری از ورود ضرر به کارگزار بورس باید در اعلام نظر خود مبنی بر تنفیذ یا عدم تنفیذ تعجیل نماید (فریدون و امینی، ۱۳۹۲: ۱۷۶).

در عمل در اختلافات حادث شده بین طرفین قراردادهای الکترونیکی فضولی باید در تنفیذ یا عدم تنفیذ، اصل حسن نیت را نیز رعایت نمود؛ زیرا چنانچه کارگزار اقدامی بر اساس اصل حسن نیت انجام داده باشد و مالک اوراق بهادار و سهام در اعلام نظر خود جهت رد یا قبول آن معامله فضولی تعلل نماید، نمی‌توان در صدور رای داورى در موضوع اختلاف، نسبت به حسن نیت کارگزار بی‌تفاوت ماند. چنانکه عمده‌تأ در آرای صادره از هیئت داورى بورس، این مسأله یکی از موجبات کاهش مسئولیت مدنی کارگزار در نظر گرفته می‌شود که با توجه به تخصصی بودن رسیدگی در این مرجع

۱۸. تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و ششم، زمستان ۱۳۹۸

داوری و اهمیت حفظ ثبات بازار سرمایه و امکان اصلاح کاستی‌ها و موانع موجود در سرمایه‌گذاری در بازار سرمایه، رعایت اصل حسن نیت منطقی به نظر می‌رسد (فریدون و امینی، ۱۳۹۲: ۱۷۶).

بنابراین به نظر می‌رسد در مواردی که کارگزار بورس، اقدام به معامله فضولی نماید و بعد از فروش اوراق بهادار یا سهام، ثمن را به حساب مالک آن اوراق بهادار یا سهام واریز نموده باشد و یا بدون پرداخت وجه ثمن به مالک اوراق بهادار برای نامبرده سهام جدیدی خریداری کرده باشد و مالک نیز از معامله جدید مطلع باشد، طرح دعوی مالک برای جبران خسارت پس از گذشت مدتی که به صورت متعارف نسبتاً طولانی است، مسموع نباشد. اطلاع مالک از معامله فضولی بر روی سهام وی، همچنین گذشت مهلتی که عرفاً قابل قبول نیست و نوسان بالای قیمت سهام در بورس، می‌تواند اماره‌ای بر تنفیذ معامله توسط ایشان تلقی گردد؛ زیرا در این حالت به نظر می‌رسد مشتری قرارداد الکترونیکی فضولی را اگرچه در حالتی که به قیمت خوبی معامله نشده به امید بهبود وضعیت بازار و یا جبران از طریق کارگزار تنفیذ نموده است.

### نتیجه گیری

در مقاله حاضر به بررسی انحلال قراردادهای الکترونیکی از طریق عدم تنفیذ معامله پرداخته شد و از بررسی‌های صورت گرفته، نتایج ذیل حاصل گردید:

در برخی قراردادهای الکترونیکی فضولی قانونگذار تشریفات خاصی را پیش‌بینی نموده، بنابراین ارجاع به قواعد عمومی قراردادها میسر نمی‌باشد؛ بلکه این قراردادها، عقود نافذ و صحیح هستند که با نوعی تعهد به فعل شخص ثالث (مثل کارگزار) جهت تامین مبیع کلی (مثل اوراق بهادار) برای اصیل همراه می‌باشند. حکم ماده ۴۰ قانون تجارت الکترونیکی نیز مؤید این است که یک قرارداد الکترونیکی حتی اگر به صورت فضولی منعقد شود، با توجه به امکان تحویل مثل یا مشابه آن کالا یا خدمات، صحیح و نافذ می‌باشد.

از طرف دیگر، ابهام مبتنی بر وجود یا عدم وجود قراردادهای الکترونیکی فضولی مورد بررسی قرار گرفت و مشخص شد در برخی از مصادیق قراردادهای الکترونیکی از جمله معاملات بورس اوراق بهادار، تحقق معاملات فضولی ممکن می‌باشد. در عین حال باید بررسی شد که فائلین به تحقق قراردادهای الکترونیکی فضولی پذیرفته‌اند، ملاک فضولی بودن باید با توجه به اقتضائات خاص مثلاً در بازار سرمایه یا روابط پیچیده کارگزاران با سرمایه گذاران در بازار بورس و نهایتاً به موجب اصل حسن نیت تحلیل شود؛ زیرا حداقل به لحاظ مصالح عملی نمی‌توان به سبک و سیاق قراردادهای سنتی به قراردادهای الکترونیکی فضولی نگرست و رویکرد مشترک قراردادهای فضولی سنتی و الکترونیکی قطعاً نمی‌تواند پاسخگوی نیازهای حقوقی و عینی بعضی از قراردادها از قبیل قراردادهای بورس اوراق بهادار با توجه به روابط پیچیده و شرایط اقتصادی بورس باشد. بر همین اساس در زمینه آثار و احکام قراردادهای الکترونیکی فضولی و چگونگی اعلام رد و قبول و مهلت لازم جهت انحلال آنها از سوی مالک باید به شرایط خاص حاکم بر این معاملات توجه کرد. برای نمونه در معاملات بورس، سرعت در روابط پیچیده‌ای که گاه بین کارگزار و سرمایه گذار وجود دارد و نوسانات قیمت که گاه باعث می‌شود مالک تصمیم به رد یا قبول معامله را به تأخیر اندازد تا از نوسانات احتمالی حداکثر استفاده را بنماید از عواملی هستند که سبب می‌شود تا اوضاع و احوال و توجه به امارات قضایی اهمیت فراوانی پیدا کنند و نیاز به انعطاف در اعمال برخی قواعد عمومی قراردادهای سنتی مرتبط با معاملات فضولی احساس شود.

۲۰. تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و ششم، زمستان ۱۳۹۸

## منابع

- ابوالحسن مجاهد، اسامه (۲۰۰۰ م). خصوصیه التعاقد عبر الاینترنت، دارالنهضة، القاهرة.
- ادیب، محمدرضا (۱۳۹۳). بررسی نحوه احراز هویت در تجارت الکترونیک، مندرج در ماهنامه کانون سردفتران اسناد رسمی، شماره ۵۶.
- امامی، سید حسن (۱۳۸۵). حقوق مدنی، جلد اول، تهران، انتشارات اسلامی.
- انصاری، مرتضی (۱۲۷۵ ه.ق.). مکاسب، تبریز، چاپ سنگی.
- بهرامی، بهرام (۱۳۷۹). معاملات فضولی و انتقال مال غیر، تهران، انتشارات پیام عدالت.
- پورمحمد گلزاری نویر، مژده و مکرمی، علی محمد (۱۳۹۳). اصول و ویژگی های حقوقی حاکم بر اسناد الکترونیکی، تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و چهارم.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش.
- حکیم، سید محسن (۱۳۷۱). نهج الفقاهه (شرح بر مکاسب شیخ انصاری)، جلد اول، نجف، چاپ سربی.
- خمینی، سید روح الله (بی تا). تحریر الوسیله، قم، انتشارات مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
- دلشاد، اسامه (۱۳۹۲). بررسی دعوت به انجام معامله در حقوق ایران (با نگرشی بر حقوق فرانسه و سوئیس)، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد گرمی.
- ره پیک، سیامک (۱۳۷۷). نقد نظریه نمایندگی در معامله به مال غیر در حقوق مدنی ایران، مجله دیدگاههای حقوق قضایی، شماره ۹.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۵۲ ه.ق.). الوسیط فی القانون المدنی، جلد اول، قاهره.
- سوادکوهی، سام (۱۳۸۸)، هیأت داورى بازار اوراق بهادار. ناشر شرکت اطلاع رسانی و خدمات بورس، چاپ دوم.
- سیوری، جمال الدین مقداد بن عبدالله (۱۳۶۵). کنز العرفان فی فقه القرآن، جلد دوم، تهران، انتشارات مرتضوی.
- شریعت، محسن (۱۳۸۵). عقد فضولی، چاپ اول، تهران، نشر بهینه.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۳۸۹). تحریر الروضه فی شرح المعه، جلد اول، تهران، انتشارات سمت.
- صحت، سپیده و لطفی، علیرضا (۱۳۹۳). بررسی فقهی و حقوقی اجازة و رد در معامله فضولی، فصلنامه علمی پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره ۲۰.
- صفایی، سید حسین (۱۳۸۴). قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، نشر میزان.

- علی آبادی، علی (۱۳۸۱). قصد و رضا و تأثیر آن دو در تحقق عقد، مقالات و بررسی‌ها، دفتر ۷۱، تهران.
- فریدون، محدثه و امینی، مهدی (۱۳۹۲). رد مالک در معاملات فضولی اوراق بهادار و آثار آن، فصلنامه بورس اوراق بهادار شماره ۲۳، سال ششم.
- قاسم زاده، سید مرتضی (۱۳۸۰). نقش سکوت در بیان اراده، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی تهران، شماره ۵۱.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، چاپ ششم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
- کرکی، علی بن حسین (۱۲۷۲ ه.ق.). جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد چهارم، چاپ سنگی.
- قبله ای خویی، خلیل (۱۳۸۵). آیات الاحکام، چاپ دوم، تهران، انتشارات سمت.
- لطفی، اسدالله و همکاران (۱۳۹۴). جایگاه خیار تخلف شرط و مقایسه آن با خیار تعذر تسلیم در عقود الکترونیکی، جستارهای فقه و حقوق خصوصی، سال دوم، شماره سوم.
- مافی، همایون و کاویار، حسین (۱۳۹۲). بررسی تطبیقی قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی منعقد در محیط اینترنت از منظر نظامهای حقوقی آمریکا، اتحادیه اروپا و ایران، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۴، شماره ۱.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۱). حقوق قراردادها در فقه امامیه، تهران، انتشارات سمت.
- مقامی نیا، محمد (۱۳۹۱). نحوه انعقاد قراردادهای الکترونیکی و ویژگی های آن، دوره ۱، شماره ۱، تابستان و پاییز.
- ممدوح ابراهیم، خالد (۲۰۰۵ م). ابرام العقد الکترونی، دارالفکر، القاهرة.
- میرزایی منفرد، غلامعلی (۱۳۹۰). حقوق بازار و اوراق بهادار بخش اختلافات، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
- نجفی، محمدحسن (بی تا). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد بیست و دوم، داراحیاء التراث العربی، بیروت.