

نشریه مطالعات حقوق تطبیقی  
دوره ۵، شماره ۱،  
بهار و تابستان ۱۳۹۳  
صفحات ۱۳۳ تا ۱۵۳

## تأملی بر ماهیت حق انصراف در قراردادهای الکترونیکی

۱. محمد مهدی الشریف\*

استادیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان

۲. سید حسین اسعدی

کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان

تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۵/۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۱۲/۴

### چکیده

در بیشتر نظام‌های حقوقی در قراردادهای الکترونیکی، برای مصرف‌کننده حق انصراف از عقد پیش‌بینی شده است. ماده ۳۷ قانون تجارت الکترونیکی ایران نیز با الهام گرفتن از ماده ۶ دستورالعمل مصوب ۱۹۹۷م اتحادیه اروپا، از حق انصراف مصرف‌کننده برای حداقل هفت روز کاری سخن گفته است. برخی نویسندگان این حق را یک اختیار نوین قانونی و برخی دیگر آن را نوعی حق ابطال عقد شمرده‌اند. مقایسه ماده ۳۷ و ماده ۶ دستورالعمل یادشده، نشان می‌دهد که قانون‌گذار ایران در ماده ۳۷ برخلاف معادل اروپایی آن، به جای حکم به وجود حق فسخ، تأمین‌کننده را به در نظر گرفتن حق فسخ حداقل هفت‌روزه به نفع مصرف‌کننده ملزم نموده و ضمانت اجرای تخلف از این تکلیف را محکومیت تأمین‌کننده به جرمه مقرر در ماده ۶۹ همان قانون دانسته است، نه امکان فسخ قرارداد. مبنای این تغییرات را باید در مبانی حاکم بر نظام حقوقی ایران و محدودیت قانون‌گذار در مخالفت با مقررات شرعی جستجو نمود.

### واژگان کلیدی

حق انصراف، اختیار، قرارداد الکترونیکی، معامله از راه دور.

### مقدمه

قانون تجارت الکترونیکی ایران که از قانون نمونه تجارت الکترونیکی و همچنین قانون

نمونه امضای الکترونیکی آنسیترال الهام گرفته (شیروی، ۱۳۸۹، ص ۴۱۶) و بخش‌هایی از آن نیز با اندک تغییراتی از «دستورالعمل اتحادیه اروپا در خصوص حمایت از مصرف‌کننده در قراردادهای از راه دور»<sup>۱</sup> مصوب ۲۰ می ۱۹۹۷ اقتباس شده، شامل ۸۱ ماده و ۷ تبصره است که در هفدهم دی ماه ۱۳۸۲ به تصویب رسید. این قانون به دلیل داشتن نثری ترجمه‌گونه و استفاده از مفاهیم و اصطلاحات غیربومی و ابهام‌برانگیز، در تاریخ تقنینی ایران بی‌سابقه است. به‌کارگیری مفاهیم مبهم و اختلاف‌برانگیزی همچون «حق انصراف از قبول»، «فروش خدمات»، «افراد ناتوان»، «شروط غیرمنصفانه»، «مشتببه شدن مخاطب»، «فراگرد فسخ» در این قانون و گاه روشن نبودن نسبت آنها با برخی مفاهیم و اصطلاحات شناخته‌شده، زمینه مساعدی را برای بروز اختلاف در تفسیر و فهم این قانون فراهم کرده است. برای مثال آیا «افراد ناتوان» در این قانون معادل «محجوران» در حقوق مدنی است؟ اگر همان است، عدول از اصطلاح شناخته‌شده محجوران چه توجیهی دارد و اگر غیر از آن است، چرا هیچ توضیحی در خصوص آن داده نشده است؟ وانگهی چنان که خواهیم گفت قراردادهای الکترونیکی و به‌طور خاص بیع الکترونیکی از نظر قواعد عمومی حاکم بر صحت، تفاوتی با قراردادهای غیرالکترونیکی یا بیع عادی نداشته، تفاوت آنها تنها در شیوه و ابزار انشای آنهاست و از همین رو تفاوت در احکام ماهوی میان بیع عادی و بیع الکترونیکی توجیه روشنی ندارد. مراد از «شروط غیرمنصفانه» چیست؟ در چه صورت می‌توان شرطی را غیرمنصفانه تلقی کرد؟ آیا تشخیص آن با دادگاه است یا معیاری برای تشخیص آن وجود دارد؟ نسبت این شروط با شروط باطل در حقوق مدنی چیست؟ ضمانت اجرای وجود چنین شروطی بطلان شرط است یا حق فسخ عقد اصلی یا هر دو؟ استفاده مکرر از تعبیر «تأمین‌کننده» و «مصرف‌کننده» به عنوان طرفین قرارداد، در عین استفاده پراکنده از تعابیر «خریدار» و «فروشنده» برای طرفین قرارداد در این قانون، زمینه تردید در ماهیت قراردادی معامله موضوع این قانون و تطبیق آن با عقد بیع را به وجود آورده است. اصطلاح «حق انصراف از قبول» از تمامی موضوعات پیش‌گفته، ابهام‌برانگیزتر است. آیا این نهاد معادل حق فسخ یا خیار فسخ در حقوق مدنی و با احکام و آثار آن است یا آن‌چنان که برخی نویسندگان پنداشته‌اند، نهاد ویژه‌ای است که برخلاف حق فسخ، اثری قهقرایی داشته و عقد را از آغاز بی‌اثر می‌سازد (السان، ۱۳۸۵، ص ۳۷۴). چنان‌که خواهیم دید نویسندگان قانون تجارت الکترونیکی ایران، حتی از اصطلاح متن اروپایی یعنی «حق انصراف از قرارداد» نیز عدول کرده و با استفاده از

1. Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts.

تعبیر «حق انصراف از قبول»، باب این احتمال را نیز گشوده‌اند که شاید «حق انصراف از قبول» چیزی متفاوت از حق انصراف از «عقد» باشد.

در قانون تجارت الکترونیکی، تعریفی از قرارداد الکترونیکی نیز ارائه نشده است. این قرارداد به اعتبار متعقدین آن انواع متفاوتی دارد (شیروی، ۱۳۸۹، ص ۴۰۳). هرچند قرارداد الکترونیکی در فضای مجازی منعقد می‌گردد (Casey, 2000, p. 4) و اینترنت، رایج‌ترین وسیله انعقاد قرارداد الکترونیکی است (Farrel, 2003, p. 277)، اما مانند هر قرارداد دیگری رعایت شرایط اساسی صحت معامله در آن ضروری است (السان، ۱۳۸۵، ص ۳۴۴)، زیرا این قرارداد از نظر ماهیت قراردادی هیچ تفاوتی با دیگر انواع قرارداد ندارد و تفاوت آن با قراردادهای سنتی، تنها در وسیله انشا و ابراز آن است (قلی‌زاده، ۱۳۸۶، ص ۲۰۱). باوجود این، جایگاه برتر تأمین‌کننده نسبت به مصرف‌کننده و نیز ویژگی‌های خاص قراردادهای الکترونیکی از جمله دور بودن متعقدین از یکدیگر و حضوری نبودن قرارداد، تفاوت‌هایی را ایجاد می‌نماید. برای مثال در حقوق فرانسه، قرارداد زمانی منعقد می‌گردد که مصرف‌کننده (مخاطب ایجاب) با امکان تأمل بیشتر در خصوص تعهدات و آثار قرارداد، دوبار کلیک نموده باشد (Moreau, 2002, p. 59). به دلیل طبع خاص قراردادهای الکترونیکی، اغلب نویسندگان و نیز قانون‌گذاران بر این باورند که این امکان باید فراهم باشد که در صورت انصراف مشتری از انعقاد قرارداد الکترونیکی، وی بتواند قرارداد موردنظر را منعقد نکند یا آن را رد نماید (شیروی، ۱۳۸۹، ص ۴۲۴). در این راستاست که به حق انصراف از قرارداد به‌عنوان یک ابزار حمایتی (Ferretti, 2008, p. 2) در قوانین کشورهای اروپایی مانند بلژیک، آلمان و سوئد (السان، ۱۳۸۵، صص ۳۷۳-۳۷۴) و آمریکا و فرانسه نیز توجه شده است (طجرلو، ۱۳۸۷، ص ۲۰۳؛ بختیاروند، ۱۳۹۰، ص ۱۲۴؛ دانایی و شمس، ۱۳۸۶، ص ۱۴۷). قانون‌گذار ایران نیز به همین منظور از حق انصراف در ماده ۳۷ ق.ت.ال سخن گفته است. این ماده با تغییراتی اندک، از ماده ۱-۶ دستورالعمل پارلمان و شورای اروپایی در خصوص حمایت از مصرف‌کننده در قراردادهای از راه دور مصوب ۱۹۹۷م اقتباس گردیده است. ماده ۳۷ ق.ت.ال. مقرر می‌دارد: «در هر معامله از راه دور، مصرف‌کننده باید حداقل هفت روز کاری، وقت برای انصراف (حق انصراف) از قبول خود داشته باشد. تنها هزینه تحمیلی بر مصرف‌کننده، هزینه بازپس فرستادن کالا خواهد بود.»

تعبیر حق انصراف یا انصراف از قبول در ادبیات تقنینی ایران بی‌سابقه بوده و

2. Article 6: Right of Withdrawal :1. For any distance contract the consumer shall have a period of at least seven working days in which to withdraw from the contract without penalty and without giving any reason. The only charge that may be made to the consumer because of the exercise of his right of withdrawal is the direct cost of returning the goods...

قانون‌گذار، نخستین بار این اصطلاح را بدون ارائه تعریفی، در ماده ۳۷ ق.ت.ال استفاده نموده است. همین موضوع باعث شده است که بیشتر نویسندگان آن را یک تأسیس حقوقی جدید و بی سابقه بدانند (معاونت قوه قضائیه، ۱۳۸۹، ص ۱۹۰). برخی نویسندگان آن را به عنوان خیار با احکام خاص معرفی نموده (باقری اصل، ۱۳۸۷، ص ۶۰؛ پورسید، ۱۳۸۶، ص ۵۸) و برخی دیگر آن را حق فسخی با موقعیتی برتر از خیارات معهود دانسته‌اند (نوری، ۱۳۸۴، ص ۱۲۵). بعضی نیز بدون تعیین ماهیت این حق، از آن با عنوان حق استرداد کالا یاد کرده‌اند (صادقی و آقاجانی، ۱۳۸۹، ص ۲۱۷). نویسنده دیگری ماهیت حق انصراف را متمایز از حق فسخ دانسته و برای آن اثر قهقرایی قائل شده است که با اعمال خود عقد را از آغاز باطل می‌سازد (السان، ۱۳۹۱، ص ۱۶۱). این نویسنده برای انصراف اثری مشابه با اثر رد ایجاب قائل شده است (همو، ۱۳۸۵، ص ۳۷۴). آنچه در همه این دیدگاه‌ها مشترک بوده، این است که تمامی آنها معتقدند اولاً، قانون‌گذار در ماده ۳۷ ق.ت.ال در مقام تأسیس و وضع حق انحلال یک‌جانبه عقد، به نفع مصرف‌کننده در قراردادهای الکترونیکی بوده است. دوم، این حق یک حق نوین و بی سابقه در حقوق ایران است و با هیچ‌یک از اسباب شناخته شده انحلال عقد از جمله خیارات معهود قانونی تطبیق پذیر نیست. پیش فرضی که همه این دیدگاه‌ها بر آن مبتنی می‌باشد، این است که با وجود ناشناخته بودن چنین حقی در فقه، قانون‌گذار در برقراری و وضع یک سبب جدید برای انحلال عقد با محدودیتی روبرو نیست و می‌تواند همسو با دیگر نظام‌های پیشرفته دنیا در احکام معهود معاملات تصرف کند؛ مثلاً خیار به خیارات قانونی بیفزاید یا برای مصرف‌کننده حق ابطال عقد را در نظر بگیرد (السان، ۱۳۹۱، ص ۱۶۱). صرف نظر از تردیدهای جدی که در پیش فرض یادشده وجود دارد، دیدگاه‌های پیش گفته در تبیین آثار و احکام حق انصراف و به‌طور خاص در تعیین حداکثر مهلت آن، با اشکالات جدی روبرو هستند. نویسندگان این نوشتار خواهند کوشید، ضمن طرح و نقد دیدگاه‌هایی که در مقام تبیین ماهیت نهاد حق انصراف از قبول مطرح گردیده است، دیدگاه منتخب خود را در باب ماهیت حق انصراف و مفاد ماده ۳۷ ق.ت.ال تبیین و تشریح نمایند.

## ۱. تحلیل ماهیت حق انصراف (ارائه نظریه‌ها)

### ۱.۱. نظریه حق ابطال عقد یا فسخ با اثر قهقرایی

الف) طرح نظریه. برخی از مؤلفان از احکام و آثاری که قانون‌گذار بر حق انصراف بار نموده است، نتیجه گرفته‌اند که حق انصراف با حق فسخ متعارف تفاوت ماهوی دارد

(السان، ۱۳۹۱، ص ۱۶۱). نخستین تفاوت اساسی میان حق انصراف و حق فسخ در اثر قهقرایی، حق انصراف است که از آغاز موجب انحلال عقد می‌گردد؛ درحالی‌که حق فسخ در حقوق ما اثر قهقرایی ندارد. به‌صراحت باورمندان به این دیدگاه باید برای حق انصراف از حیث قهقرایی بودن اثر آن، اثری مانند «بطلان» در نظر گرفت (همو، ۱۳۹۱، ص ۱۶۵). مستند این نویسندگان در قائل‌شدن اثر قهقرایی برای حق انصراف، اولاً متن ماده ۳۷ است که مقرر می‌دارد، مصرف‌کننده بدون هیچ‌گونه جریمه‌ای حق انصراف دارد و «تنها هزینه‌ی تحمیلی بر مصرف‌کننده هزینه‌ی بازپس فرستادن کالا خواهد بود» که از آن برداشت نموده‌اند؛ پس مصرف‌کننده نباید بتواند از عین و منافع کالای موضوع معامله بهره‌مند شود (همو، ۱۳۸۵، ص ۳۷۴). دوم، بند ج ماده ۳۸ ق.ت.ال است که مقرر می‌دارد: «به محض استفاده مصرف‌کننده از حق انصراف، تأمین‌کننده مکلف است بدون مطالبه هیچ‌گونه وجهی عین مبلغ دریافتی را در اسرع وقت به مصرف‌کننده مسترد نماید». این نویسندگان از حکم به پرداخت عین وجه پرداختی استفاده نموده‌اند که نظر قانون‌گذار به بازگشت وضعیت طرفین به شرایط پیش از عقد است (همو، ۱۳۹۱، ص ۱۶۱). دلیل دیگری که این مؤلفان تفاوت ماهوی حق انصراف و حق فسخ را از آن استفاده نموده‌اند، این است که ویژگی ذاتی هر حق و از جمله حق فسخ، امکان اسقاط آن است؛ درحالی‌که بر اساس ماده ۴۶ ق.ت.ال<sup>۳</sup>، حق انصراف یک حکم آمره و مطلق است و حتی با تراضی طرفین نیز اسقاط‌شدنی نیست (همو، ۱۳۹۱، ص ۱۶۱).

ب) نقد نظریه. این نظریه به دلیل وجود برخی اشکالات، قابل قبول به‌نظر نمی‌رسد. نخست اینکه این دیدگاه با مواد ۳۳ و ۳۴ ق.ت.ال. و به‌طور خاص با ماده ۳۴ ناسازگار است. قانون‌گذار در این دو ماده که ناظر به ماده ۳۷ هستند، از تعبیر «فسخ» استفاده نموده؛ بخصوص در بند ج ماده ۳۴ به‌صراحت از ماده ۳۷ نیز نام برده<sup>۴</sup> و باب هرگونه تردید را در اینکه فسخ یادشده در این مواد با حق انصراف ماده ۳۷ ارتباطی ندارد، بسته است. استدلال‌هایی که برای اثبات اثر قهقرایی برای حق انصراف آورده شده نیز کافی به‌نظر نمی‌رسد. حکم به پرداخت نکردن جریمه یا هزینه برای اعمال حق انصراف (ذیل ماده ۳۷) یا الزام تأمین‌کننده به بازپرداخت مبلغ دریافتی بدون مطالبه وجه (بند ج ماده ۳۸)، نه‌تنها هیچ ملازمه‌ای با انحلال عقد از آغاز یا باطل قلمدادشدن عقد پس از

۳. ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده، مؤثر نیست».

۴. ماده ۳۴ ق.ت.ال: «تأمین‌کننده باید به‌طور جداگانه ضمن تأیید اطلاعات مقدماتی، اطلاعات زیر را ارسال نماید: ... ج- شرایط و فراگرد فسخ معامله به‌موجب مواد ۳۷ و ۳۸ این قانون... د- شرایط فسخ در قراردادهای انجام خدمات».

اعمال حق انصراف ندارد و دقیقاً با آثار فسخ نیز توجیه‌پذیر است، بلکه این دیدگاه توالی غیرقابل قبولی دارد که گمان نمی‌رود حتی معتقدان به این دیدگاه نیز به آن ملتزم شوند. یکی از نتایج این دیدگاه، فضولی قلمداد شدن معاملاتی است که تأمین‌کننده، پیش از اعمال حق انصراف با ثمن دریافتی نموده است. به بیان روشن‌تر، اگر معتقد باشیم حق انصراف از نظر اثر قهقرایی مشابه بطلان است، باید بپذیریم که با اعمال حق انصراف، گویی تأمین‌کننده هیچ‌گاه مالک مبلغ دریافتی نشده و هر تصرفی در آن کرده، فضولی و تصرف در مال غیر بوده است. از نکات دیگری که پذیرش این دیدگاه را دشوار می‌سازد این است که اساساً در حقوق ما «حق ابطال عقد» نهاد ناشناخته و بی‌سابقه‌ای است و تنها در خصوص عقد غیرنافذ همچون عقد فضولی و عقد مکره قابل طرح است و درباره عقد صحیح همه اسباب انحلال اعم از فسخ، اقاله و انفساخ، تنها از زمان تحقق خود عقد را منحل می‌سازند و نسبت به گذشته تأثیری ندارند. به دیگر سخن، قائل شدن به اثر قهقرایی برای یکی از اسباب انحلال عقد که اصل آن در حقوق ما ناشناخته است، بدعت دیگری است که جز در صورت ضرورت یا تصریح قانون نباید به قانون‌گذار نسبت داده شود. اما در خصوص تفاوت دوم حق انصراف و حق فسخ، یعنی امکان‌نداشتن اسقاط حق انصراف و تراضی برخلاف آن، باید گفت این اشکال به کسانی که از ماده ۳۷، یک حق فسخ نوین قانونی برداشت می‌کنند، وارد است و نمی‌توان از یک سو حق انصراف را نوعی حق فسخ قلمداد نمود و از سوی دیگر آن را اسقاط‌ناشدنی شمرد. قابلیت اسقاط حق از خصایص ذاتی آن است و نمی‌توان از حقی سخن گفت که قابلیت اسقاط ندارد. ما در دیدگاه منتخب خود در عین اینکه حق انصراف را حق فسخ عقد می‌شماریم، اما کوشیده‌ایم با تحلیلی متفاوت از ماده ۳۷ به نحوی به این اشکال پاسخ دهیم.

از دیگر چالش‌های مهمی که این دیدگاه و نیز تمامی دیدگاه‌هایی که از ماده ۳۷ حکم وضعی اعم از حق فسخ یا حق ابطال یا حق استرداد برای مصرف‌کننده استفاده می‌کنند، با آن روبه‌رو هستند، اشکال در تعیین حداکثر مهلت انصراف است. روشن است که وقتی قانون‌گذار از حداقل مهلت انصراف سخن می‌گوید یا باید برای آن حداکثری مشخص نماید یا باید راهکاری برای تعیین آن به دست دهد؛ وگرنه عقد غرری و باطل خواهد شد. هرچند اشکال مربوط به حداکثر مهلت حق انصراف، اشکال مشترک تمامی دیدگاه‌های مطرح‌شده است، اما در اینجا صرفاً به نقد راهکاری که معتقدان به دیدگاه فسخ با اثر قهقرایی ارائه نموده‌اند می‌پردازیم. بر اساس این دیدگاه، برای تعیین حداکثر مهلت انصراف کافی است مبدأ این حق را مشخص نماییم، زیرا با تعیین مبدأ، می‌توان زمان خاتمه را هم مشخص نمود (همو، ۱۳۹۱، ص ۱۷۰). اما از آنجا که به موجب ماده ۳۸ ق.ت.ال آغاز اعمال حق انصراف پس از ارائه اطلاعاتی است که تأمین‌کننده موظف به

ارائه آن به مصرف‌کننده است و از جمله آنها اطلاع‌رسانی در خصوص حق انصراف و شرایط آن است (بند ج ماده ۳۴)، مهلت حق انصراف لزوماً با تسلیم کالا یا انعقاد عقد آغاز نمی‌گردد. بنابراین، نتیجه اطلاع‌رسانی نکردن تأمین‌کننده در خصوص حق انصراف، استمرار این حق تا زمان اطلاع‌رسانی و آغاز مهلت آن پس از ارائه اطلاعات است (همان، ص ۱۷۱). بنابراین مطابق این دیدگاه اگر سال‌ها از زمان تحقق عقد و تسلیم کالا گذشته باشد، ولی تأمین‌کننده در خصوص حق انصراف اطلاع‌رسانی نکرده باشد، حق انصراف باقی و عقد همچنان در معرض انحلال خواهد بود. حکم به نادرستی این تحلیل به تأمل چندانی نیاز ندارد. نخست اینکه صرف تعیین مبدأ حق انصراف، برای تعیین منتهای آن کافی نیست. در این تحلیل گویی فراموش شده که هفت روز، «حداقل» مهلت انصراف است، نه ظرف زمانی انصراف. آری اگر قانون مقرر می‌کرد که مصرف‌کننده هفت روز برای انصراف مهلت دارد، آنگاه کافی بود مبدأ این هفت روز مشخص شود تا نهایت آن نیز خودبه‌خود روشن گردد. ولی اکنون سخن بر سر «حداقل» است و بر فرض اینکه مبدأ شروع حق انصراف نیز معلوم گردد، تنها چیزی که معلوم می‌شود، حداقل مهلت است؛ یعنی مهلت حق انصراف نمی‌تواند کمتر از هفت روز از این زمان مشخص باشد. اما این حق پس از هفت روز تا کی ادامه خواهد یافت، این راهکار پاسخی برای آن ندارد. دوم، التزام به حق انصراف قابل استمرار تا زمان نامعین، نه‌تنها با اصل ثبات و استحکام معاملات سازگار نیست، بی‌گمان موجب غرری‌شدن عقد شده و انتساب آن به قانون‌گذار معقول نیست. جالب است بدانیم در ماده ۶ دستورالعمل اتحادیه اروپا که قانون‌گذار ما ماده ۳۷ را از آن اقتباس نموده، برای این موضوع چاره‌اندیشی شده و حداکثر مهلت انصراف در فرض اطلاع‌رسانی نکردن تأمین‌کننده، سه ماه در نظر گرفته شده است. بنابراین تحلیل قانون‌گذار ما با اینکه ماده ۶ را پیش چشم داشته، نه‌فقط مهلت سه‌ماهه را مطرح نکرده، بلکه برخلاف اصول مسلم حاکم بر حقوق خود، بی‌پایان‌بودن مهلت انصراف را برگزیده و حتی به برقراری یک مهلت طولانی و برای مثال یک یا چند ساله که اندکی از ریسک معامله می‌کاهد نیز راضی نشده است! و البته این نکته نیز جالب است که نویسنده، غرض از وضع مهلت سه‌ماهه مندرج در ماده ۶ دستورالعمل را پیشگیری از سوءاستفاده مصرف‌کننده دانسته (همو، ۱۳۹۱، ص ۱۷۱)؛ در حالی که آن‌گونه که از متن ماده برمی‌آید، منظور از وضع این مهلت سه‌ماهه، جلوگیری از سوءاستفاده تأمین‌کننده است، زیرا در متن ماده آمده است: «... چنانچه تأمین‌کننده به وظایف مندرج در ماده ۵ عمل ننموده باشد، مهلت انصراف سه ماه خواهد بود». به بیان

---

5. If the supplier has failed to fulfill the obligations laid down in Article 5, the period shall be three months

روشن تر، تأمین کننده می تواند با انجام تکلیف مقرر در ماده ۵ دستورالعمل، حق انصراف را در همان حد هفت روز محدود نماید یا اینکه اندکی بر آن بیفزاید و مثلاً مهلت های ده یا پانزده روزه یا سی روزه برای این حق معین سازد. حال اگر تأمین کننده به این تکلیف عمل نکرد، قانون گذار این مهلت را تا سه ماه که علی القاعده هیچ گاه تأمین کننده در حالت عادی حاضر به برقراری آن نیست، به ضرر وی و به نفع مصرف کننده مقرر می نماید. نکته دیگری که در این راهکار نادیده گرفته شده است و نشان از تفاوت اساسی مفاد ماده ۳۷ با ماده ۶ دستورالعمل دارد، ضمانت اجرای مقرر در ماده ۶۹ قانون برای تخلف از تکالیف مندرج در مواد ۳۳ تا ۳۷ قانون است. قانون تجارت الکترونیکی ایران برخلاف نسخه اروپایی که ضمانت اجرای تخلف از تکلیف مربوط به اطلاع رسانی در خصوص حق انصراف و شرایط آن را، استمرار حق انصراف تا سه ماه دانسته، در ماده ۶۹ ضمانت اجرای تخلف از تکلیف مندرج در ماده ۳۳ و ۳۴ و ۳۷ را جریمه اعلام کرده است و همین موضوع نشان می دهد که در حقوق الکترونیکی ما، چنانچه تأمین کننده ای به تکلیف خود عمل نکند و برای مصرف کننده حق انصراف حداقل هفت روزه را در قرارداد پیش بینی ننماید، متحمل پرداخت جریمه خواهد شد؛ نه همچون راه حل دستورالعمل اروپایی، گرفتار حق انصراف سه ماهه می گردد و نه می توان از بی انتها بودن و حداکثر نداشتن حق انصراف سخن گفت. در این باره در مباحث بعدی بیشتر سخن خواهیم گفت. به هر روی این دیدگاه نه تنها مستند روشنی از قانون تجارت الکترونیکی ندارد، بلکه به این دلیل که پذیرش آن مستلزم التزام به چند حکم بی سابقه و خلاف قاعده در حقوق ما، همچون پذیرش اثر قهقراپی برای فسخ یا انصراف و توالی غیرقابل قبولی همچون بی پایان ساختن حق انصراف است، باید از آن چشم پوشید.

### ۲.۱. نظریه حق استرداد کالا

الف) طرح نظریه. برخی از نویسندگان حق یادشده در ماده ۳۷ را حق استرداد کالا دانسته اند. این نویسندگان بدون اینکه ماهیت این حق را مشخص سازند یا آن را با یکی از نهادهای شناخته شده تطبیق دهند، اظهار داشته اند، از آنجا که در معاملات از راه دور، ممکن است مصرف کننده نتوانسته باشد اوصاف کالا را با سلیقه شخصی خود منطبق سازد، قانون گذار این حق را به مصرف کننده داده که ظرف هفت روز از زمان معامله، انصراف داده، کالا را باز پس دهد (صادقی و آقاجانی، ۱۳۸۹، ص ۲۲۰).

۶. ماده ۶۹: «تأمین کننده متخلف از مواد (۳۳)، (۳۴)، (۳۵)، (۳۶) و (۳۷) این قانون به مجازات از ده میلیون (۱۰ ۰۰۰ ۰۰۰) ریال تا پنجاه میلیون (۵۰ ۰۰۰ ۰۰۰) ریال محکوم خواهد شد. تبصره تأمین کننده متخلف از ماده (۳۷) به حداکثر مجازات محکوم خواهد شد.»

ب) نقد نظریه. این نظریه از آنجا که به تحلیل ماهیت حق انصراف نپرداخته و معلوم نکرده که آیا حق استرداد کالا همان حق فسخ است یا چیز دیگر، نمی‌تواند یک نظریه در این باب به‌شمار آید؛ از این رو نقد ماهوی در خصوص آن ممکن نیست. اما نکته عجیبی که معتقدان به این دیدگاه در باب مهلت حق انصراف مطرح نموده‌اند و می‌تواند نقد جدی به آن باشد، تحلیلی است که در خصوص مهلت حق انصراف ارائه داده و اظهار داشته‌اند: «برای اینکه این حمایت یک‌جانبه نباشد و فروشنده نیز ضرر نکند، قانون‌گذار این حق را به هفت روز کاری محدود کرده است نه بیشتر از آن» (پیشین، ص ۲۲۰). همان‌گونه که پیداست، معتقدان به این نظریه چون حداکثری در قانون نیافته‌اند، حداقل را جانشین حداکثر ساخته، برخلاف نص صریح قانون، هفت روز کاری را حداکثر مهلت انصراف اعلام کرده‌اند.

### ۳.۱. نظریهٔ خیار نوین قانونی با احکام خاص

الف) طرح نظریه. اغلب نویسندگان (باقری اصل، ۱۳۸۷، ص ۵۹؛ پورسید، ۱۳۸۶، ص ۵۸) در بحث از حق انصراف یادشده در مادهٔ ۳۷ ق.ت.ا.ل به دلیل انطباق نداشتن این حق با خيارات شناخته‌شده، آن را نوعی خیار فسخ بی‌سابقه و جدید دانسته‌اند که قانون‌گذار با توجه به ویژگی‌های معاملات الکترونیکی آن را به نفع مصرف‌کننده تشریح کرده است. علت انتخاب چنین دیدگاهی از سوی این نویسندگان، این است که از یک سو با توجه به اینکه مصرف‌کننده می‌تواند به استناد حق انصراف عقد را برهم زند، حق انصراف یک خیار فسخ شمرده می‌شود و از سوی دیگر با توجه به اینکه این حق فسخ با هیچ‌یک از خيارات شناخته‌شدهٔ قانونی انطباق کامل ندارد، چاره‌ای جز این نیست که آن را یک خیار جدید و بی‌سابقه در فقه و حقوق تلقی نماییم. برخی از نویسندگان معتقد به این دیدگاه، نزدیک به دوازده حکم خاص را برای حق انصراف قائل شده و اذعان کرده‌اند که حق انصراف، خیاری است که با دیگر خيارات تصریح‌شده در قانون مدنی و منابع فقهی تفاوت دارد (باقری اصل، همان، ص ۶۰ به بعد).

ب) نقد نظریه. این دیدگاه با وجود رواج خود، با چند ابهام و اشکال اساسی روبروست. نخستین اشکال این دیدگاه، ناسازگاری آن با ظاهر مادهٔ ۳۷ است. دقت در متن مادهٔ ۳۷ و مقایسهٔ آن با مادهٔ ۶ دستورالعمل اتحادیهٔ اروپایی، نشان می‌دهد که قانون‌گذار ایران در این ماده، از متن اروپایی فاصله گرفته و به‌جای اینکه مقرر دارد مصرف‌کننده مهلتی حداقل هفت روزه برای انصراف «دارد»، مقرر داشته است، مصرف‌کننده «باید» حداقل هفت روز کاری برای انصراف از معامله وقت داشته باشد. این دیدگاه توجیهی برای این تغییر لحن ندارد. از دیگر اشکال‌های این دیدگاه که

مبتنی بر ایراد پیشین است، تحلیل ماده ۶۹ ق.ت.ال و تبصره آن است. به موجب این ماده: «تأمین‌کننده متخلف از مواد (۳۳)، (۳۴)، (۳۵)، (۳۶) و (۳۷) این قانون به مجازات از ده میلیون ریال تا پنجاه میلیون ریال محکوم خواهد شد. تبصره- تأمین‌کننده متخلف از ماده (۳۷) به حداکثر مجازات محکوم خواهد شد.» همان‌گونه که پیداست، در ماده ۶۹ اولاً ماده ۳۷ در کنار موادی قرار گرفته که بدون شک متضمن تکالیفی برای تأمین‌کننده است و دوم اینکه در تبصره آن سخن از تخلف تأمین‌کننده از ماده ۳۷ به میان آمده است. اگر مفاد ماده ۳۷ برقراری و وضع یک حق انصراف برای مصرف‌کننده باشد، قراردادن ماده ۳۷ در کنار موادی که مسلماً متضمن تکالیفی برای تأمین‌کننده است، توجیه‌ناپذیر خواهد بود. از سوی دیگر حکم این ماده و تبصره آن به مجازات تأمین‌کننده در صورت تخلف از ماده ۳۷ اولاً، نشان می‌دهد که این ماده متضمن تکلیف است؛ دوم اینکه مخاطب این تکلیف تأمین‌کننده است؛ و سوم، این تکلیف قابل تخلف است. درحالی که اگر مراد از مفاد ماده ۳۷ این باشد که مصرف‌کننده حق انصراف حداقل هفت‌روزه برای انصراف از عقد دارد، اساساً ماده متضمن تکالیفی نیست تا سخن از تخلف آن از سوی تأمین‌کننده و مجازات آن باشد. چالش دیگری که این دیدگاه از توجیه آن ناتوان است، مربوط به مسئله امکان نداشتن اسقاط حق انصراف است. همان‌گونه که پیشتر اشاره شد، ویژگی ذاتی خیرات همانند سایر حقوق، قابلیت اسقاط آنها است (نائینی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۱۰۷)؛ درحالی که به تصریح معتقدان به این دیدگاه، از ماده ۴۶ ق.ت.ال برمی‌آید که حق انصراف اسقاط‌شدنی نیست (باقری اصل، ۱۳۸۷، ص ۶۶). این حکم آن‌چنان با احکام مربوط به حق خیار ناسازگار است که حتی برخی از معتقدان به این دیدگاه، در عین پذیرش حق انصراف به عنوان یک خیار نوین قانونی، حکم قانون‌گذار مبنی بر اسقاط‌ناپذیر بودن این حق را به دلیل مغایرت با احکام خیرات و فقه امامیه، دفاع‌نشده‌اند (پورسید، همان، ص ۵۹).

چالش اساسی دیگری که این دیدگاه همچون سایر دیدگاه‌ها با آن روبه‌رو است، مسئله ابهام در حداکثر مهلت انصراف است. این دیدگاه که معتقد است قانون‌گذار برای حمایت از مصرف‌کننده، خیراتی را به خیرات قانونی اضافه کرده است، در پاسخ به این پرسش که حداکثر زمان این حق چه زمانی است، هیچ پاسخی ندارد. چنان‌که دیدیم هیچ‌کدام از راهکارهایی که پیشتر برای تعیین حداکثر مهلت اعمال حق انصراف نقل گردید نیز توان گشودن این گره را نداشتند و یا مخالف صریح قانون بودند یا مستلزم غرر و حداکثر نداشتن حق انصراف که هیچ‌یک پذیرفتنی نیست.

چالش دیگری که این دیدگاه با آن روبه‌رو است و البته در خصوص تمامی دیدگاه‌ها قابل طرح است و کاملاً جنبه مبنایی دارد، این است که آیا اساساً قانون‌گذار و به‌طور

خاص، مجلس شورای اسلامی می‌تواند خیار را به خیار اضافی نماید تا بتوان حق انصراف را نمونه‌ای از آن به‌شمار آورد؟ آیا چنین موضوعی مصداق قانون مغایر با شرع قلمداد نمی‌گردد؟ در این مسئله تردیدی نیست که بر اساس مبانی کلامی قانون اساسی و اصول قانون اساسی (از جمله اصول ۴ و ۷۲)<sup>۷</sup>، مجلس قانون‌گذاری نمی‌تواند قانونی وضع نماید که با احکام اسلامی مغایر باشد. روشن است که اگر چنین اختیاری برای قانون‌گذار قائل نباشیم، باید از تفاسیری که لازمه آن مغایرت قانون با شرع است صرف‌نظر کرده، به دنبال تفسیری برآییم که مستلزم نسبت مخالفت قانون مصوب مجلس با شرع نباشد. بنابراین اگر در کبرای کلی ناممکن بودن وضع قانون مغایر با شرع تردیدی نباشد، که نیست، مسئله این خواهد بود که آیا افزودن خیار به خیار از صغریات و مصادیق وضع قانون مغایر با شرع به‌شمار می‌آید یا نه؟ صرف‌نظر از مباحث تئوریک در باب قلمرو شریعت و ثبات احکام شرعی، بر بنیاد دیدگاه غالب و حاکم بر فقه شیعه، احکام معاملات و از جمله احکام مربوط به ایجاد و انحلال عقود و موارد امکان فسخ آنها داخل در قلمرو شریعت بوده و مانند سایر احکام شرع جز در فرض تبدل موضوع یا اضطرار، قابل تخلف و تغییر نیست و هرگونه تقنین مخالف با ضوابط شرعی در حوزه معاملات، مصداق قانون مغایر با شرع قلمداد می‌گردد (ر.ک. الشریف، ۱۳۹۱، ص ۴۹۳). فتوای زیر از یکی از مراجع معاصر، نه یک فتوای نادر و مهجور، بلکه بیانی از این دیدگاه عمومی و غالب است: «شرائط صحت عقود یا ایقاعات منحصر است به آنچه که در فقه آمده» (آیت‌الله بهجت، مجموعه آرای فقهی قضایی در امور حقوقی (نکاح ۲)، ص ۲۰۲). این دیدگاه منحصر به حوزه‌های سنتی فقهی نبوده و در میان فقیهان تدوین‌کننده قانون اساسی نیز چنین دیدگاهی حکومت داشته است. برای نمونه، به عبارت زیر از یکی از فقهای دخیل در تدوین قانون اساسی توجه نمایید: «ان الاحکام الالهیه العامه - من احکام الطهاره حتی الدیات - هی خارجة عن نطاق مشاریع و لوائح و مقررات مجلس شورای الاسلامی اذ ان هذه الاحکام ترتبط عادة بالفقهاء مباشرة. فلاحکام الالهیه کاحکام البیع اعلی من ان تناقش...» (سبحانی، ۱۴۱۷، ص ۲۵۲).

رویه عملی شورای نگهبان در چندین دهه قانون‌گذاری مجلس شورای اسلامی نیز حکایت از حکومت همین رویکرد در اظهار نظر نسبت به موافقت یا مغایرت قوانین با شرع از سوی شورای نگهبان دارد. ممکن است در توجیه اختیار قانون‌گذار در برقراری خیار جدید در معاملات الکترونیکی چنین استدلال شود که هر چند مجلس نمی‌تواند در

۷. «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد».

موضوعات دارای حکم شرعی، از جمله مقررات اختیارات و انحلال عقود، به وضع احکامی مغایر با آنچه در شرع وجود دارد اقدام کند، اما قانون تجارت الکترونیکی از موضوعات مستحدث و نوین بوده، چون سابقه‌ای در شرع ندارد، ایجاد خیار جدید در آن مخالفت با احکام شرع در باب اصل لزوم و موارد جواز فسخ معامله (اختیارات) به حساب نمی‌آید. به نظر می‌رسد این استدلال نیز نمی‌تواند گرهی از مشکل بگشاید، زیرا اولاً آنچه در تجارت الکترونیکی نوین است، ابزار انعقاد عقد است، ولی ماهیت آنچه انشا می‌شود، از بیع کالا یا خدمات خارج نیست. به دیگر سخن، معامله الکترونیکی یک عقد جدید نیست تا گفته شود احکام آن سابقه‌ای در فقه ندارد، بلکه صرفاً شیوه‌ای نوین برای تشکیل قرارداد فروش در فضای سایبر است. دوم، بر فرض آنکه معاملات الکترونیکی را به دلیل ویژگی خاص خود، از شکل سنتی بیع متمایز بدانیم، باز افزودن خیار به اختیارات شناخته شده با مانع روبرو است؛ زیرا اصل لزوم و اختیارات قانونی و شناخته شده، از قواعد عمومی عقود بوده و بر هر عقد حتی عقود جدید نیز حاکم خواهد بود. همچنان که قواعد مربوط به قصد و رضا و اهلیت و امثال آن، بر هر مصداق جدید از عقد نیز حکومت خواهد کرد. دلیل دیگری که بر بی‌اعتباری این توجیه گواهی می‌دهد، شیوه برخورد شورای نگهبان با موضوعات مستحدث و نوین است که بهترین نمونه آن سایر مواد قانون تجارت الکترونیکی است. شورای نگهبان در برخورد با این قانون نیز مانند دیگر قوانین، به معیار مطابقت با قوانین شرعی به اظهار نظر و رد و قبول مواد پرداخته و هر جا ماده‌ای را با یکی از احکام شرعی مغایر تشخیص داده، آن را به دلیل مخالفت با شرع تأیید نکرده است. برای مثال شورای نگهبان در چند نوبت به ماده ۴۱ مصوبه مجلس که اکنون به صورت ماده ۳۹ ق.ت.ا.ل درآمده، به دلیل مغایرت با قواعد فقهی مربوط به خیار تعذر تسلیم ایراد وارد کرده و آن را مغایر شرع اعلام نموده بود و در نهایت پس از رفع اشکالات و انطباق با شرع آن را تأیید نمود (مجموعه نظریات شورای نگهبان در خصوص مصوبات مجلس شورای اسلامی «دوره ششم سال چهارم»، کتاب هفتم، ۱۳۸۴، ص ۴۳). همان گونه که روشن است، صرف نوین بودن موضوع تأثیری در مسئله لزوم مطابقت قانون با موازین شرعی نداشته و مادام که قانون با حکم مربوط به خیار تعذر تسلیم سازگار نگردیده، از فیلتر شورای نگهبان عبور نکرده است. مشابه این ماجرا در خصوص ماده ۱۹ و ۲۰ این قانون نیز تکرار شده و شورای نگهبان چندین بار به عنوان مغایرت با شرع به این مواد ایراد گرفته و سرانجام پس از رفع مغایرت آن با موازین شرعی، آن‌ها را تأیید کرده است.

ممکن است گفته شود حکومت اسلامی می‌تواند چنانچه مصلحت نظام اسلامی اقتضا کند، برخلاف حکم اولیه شرعی به طور موقت به وضع مقرراتی بپردازد (بند ۸ اصل

۱۱۰ و اصل ۱۱۲ ق.اساسی) که نظیر آن را در ماده واحده مصوب ۱۳۶۹ش مجمع تشخیص مصلحت در موضوع حق کسب و پیشه و تجارت و استفساریه مصوب ۱۳۷۶ش مجمع تشخیص مصلحت نظام در خصوص خسارت تأخیر تأدیه چک می‌توانیم مشاهده کنیم. این راهکار نیز نمی‌تواند در توجیه مشروعیت خیار جدید به‌کار آید، زیرا همان‌گونه که می‌دانیم سازوکار تصویب چنین قوانینی با سازوکار تصویب قوانین عادی متفاوت است. قوانین مبتنی بر مصلحت یا ضرورت که با احکام اولیه شرعی منافات دارد، اصولاً از طریق مداخله مجمع تشخیص مصلحت نظام و برای مدت موقت تصویب می‌گردند (اصل ۱۱۲ ق.اساسی)؛ درحالی‌که قانون تجارت الکترونیکی در ردیف این قوانین نبوده و مصوب مجلس شورای اسلامی و تأییدشده از سوی شورای نگهبان است. از آنچه گفته شد می‌توان چنین نتیجه گرفت که از نظر شورای نگهبان، ماده ۳۷ ق.ت.ال واجد توجیه شرعی بوده و مغایرتی با ضوابط فقهی نداشته و از همین رو از فیلتر شورای نگهبان عبور کرده است. اما این توجیه چیست و چگونه می‌توان ماده ۳۷ را با قواعد فقهی حاکم بر انحلال و فسخ عقود لازم سازگار نمود؟ در بخش بعدی و در تبیین دیدگاه منتخب در تفسیر ماده ۳۷ به این پرسش پاسخ خواهیم داد.

## ۲. نظریه منتخب: تحلیل ماده ۳۷ در قالب الزام تأمین‌کننده به

### پیش‌بینی حق فسخ به نفع مصرف‌کننده

به‌نظر می‌رسد برخلاف روند مرسوم، آنچه قانون‌گذار در ماده ۳۷ ق.ت.ال آورده، نه برقراری یک حق انصراف، بلکه «الزام» تأمین‌کننده به درج حق انصراف در معاملات الکترونیکی است. یک‌بار دیگر متن ماده ۳۷ را مرور کنیم: «در هر معامله از راه دور مصرف‌کننده «باید» حداقل هفت روز کاری، وقت برای انصراف ... داشته باشد». همان‌گونه که پیداست، مفاد ماده این نیست که «در هر معامله از راه دور، مصرف‌کننده، هفت روز کاری وقت برای انصراف دارد» و روشن است که میان تعبیر «باید داشته باشد» و تعبیر «دارد» تا چه اندازه تفاوت وجود دارد. اگر قصد قانون‌گذار برقراری حق انصراف از معامله برای مصرف‌کننده بود، می‌بایست به‌صورت دوم ماده خود را انشا می‌نمود و استفاده از تعبیر «باید» معنایی نداشت. یادآور می‌شود متن ماده ۱-۶ دستورالعمل اتحادیه اروپا در حمایت از مصرف‌کننده که ماده ۳۷ از آن اقتباس گردیده، به‌روشنی از «داشتن» حق انصراف حداقل هفت روزه برای مصرف‌کننده سخن گفته

است<sup>۸</sup> و قانون‌گذار ایران در اقتباس از این ماده، به‌جای تعبیر «دارد» از تعبیر «باید» داشته باشد» استفاده نموده است؛ بنابراین ما در این ماده با یک تکلیف روبرو هستیم، اما مخاطب این تکلیف کیست؟ مسلماً مخاطب این تکلیف نمی‌تواند خود قانون‌گذار باشد. از مروری بر دیگر مواد قانون به‌سادگی می‌توان دریافت که مخاطب این تکلیف کسی جز تأمین‌کننده که به حسب فرض نسبت به مصرف‌کننده طرف قوی‌تر محسوب می‌شود نیست. این تکلیف در ادامه تکالیفی است که قانون‌گذار در مواد ۳۳ و ۳۴ و ۳۵ و ۳۶ برای تأمین‌کننده در نظر گرفته است. مؤید روشن این ادعا این است که قانون‌گذار در ماده ۶۹ که به موضوع ضمانت اجرای تخلف از تکالیف تأمین‌کننده پرداخته، ماده ۳۷ را نیز در کنار مواد ۳۳ تا ۳۶ که همگی متضمن تکالیف صریحی برای تأمین‌کننده هستند، قرار داده و برای تخلف از آنها جریمه در نظر گرفته است. روشن است که اگر مفاد ماده ۳۷ از تکالیف تأمین‌کننده نباشد، سخن از تخلف در خصوص آن معنا نخواهد داشت و اساساً قرارداد آن در کنار مواد پیشین که همگی بیانگر تکالیف قانونی تأمین‌کننده‌اند، فاقد توجیه خواهد بود. بنابراین، به‌نظر می‌رسد برخلاف آنچه در اذهان رایج است، آنچه در این ماده مدنظر قانون‌گذار بوده، این است که در معاملات الکترونیکی و از راه دور، تأمین‌کننده «مکلف» است مهلتی را که نباید کمتر از هفت روز باشد برای مصرف‌کننده در نظر گیرد تا چنانچه او مایل به انصراف از معامله باشد، بتواند در ظرف این مدت معامله را فسخ نماید. به بیان دیگر، قانون‌گذار تأمین‌کننده را ملزم نموده که در قرارداد خود با مصرف‌کننده، خیار شرط حداقل هفت روزه‌ای را به نفع وی در نظر گیرد. با این تحلیل، منسوب کردن حق انصراف به اراده متعاقدين دشوار نخواهد بود، زیرا حق انصراف، خیار شرطی است که تأمین‌کننده بر اساس الزام قانون‌گذار باید در پیشنهاد خود بگنجانند. اما قرائنی که این دیدگاه را تأیید می‌کند، افزون بر لحن امری و تکلیفی ماده ۳۷ قانون که به آن اشاره شد، به قرار زیر است:

الف) یکی از قرائن مهمی که این تفسیر را تأیید کرده و بر قوت این احتمال افزوده و نشان می‌دهد که حق انصراف حکم مستقیم قانون‌گذار نبوده و از مجرای اراده طرفین واقع می‌شود، مسئله مدت حق انصراف است. چنانچه در ماده ۳۷ دقت شود، معلوم می‌شود که قانون‌گذار برای حق انصراف مهلتی مشخص نکرده، بلکه تنها برای آن «حداقل» قرار داده است. پس، اینکه مدت حق انصراف هفت روز است یا بیشتر، فقط از

۸. متن فرانسوی ماده ۶ دستورالعمل نیز همچون متن انگلیسی که پیش‌تر نقل شد، به‌صورت خبری از «در اختیار داشتن» حق انصراف حداقل هفت روزه مصرف‌کننده سخن گفته است:

Article 6: Droit de rétractation: 1. Pour tout contrat à distance, le consommateur dispose d'un délai d'au moins sept jours ouvrables pour se rétracter sans pénalités et sans indication du motif ....

راه مفاد قرارداد قابل تشخیص است و چنانچه توافقی در میان نباشد، قانون هیچ معیاری برای تعیین مهلت انصراف به دست نداده است و بدیهی است که اگر این مدت تعیین نشده یا قابل تعیین نباشد، معامله غرری و باطل خواهد بود (ماده ۴۰۱ ق.م.ق). روشن است که این اشکال در سیستم‌هایی که برای حق انصراف، مهلت معین مقرر داشته یا مهلت معقول را به عنوان معیار ذکر کرده‌اند، وجود ندارد. همان‌گونه که اشاره شد، این اشکال در خصوص دستورالعمل اتحادیه اروپا که ماده ۳۷ از آن اقتباس شده است، وجود نداشت؛ زیرا در آنجا قانون‌گذار در فرض عدم توافق نسبت به حداکثر مدت، خود مهلت سه ماهه را به عنوان حداکثر مدت حق انصراف در نظر گرفته است. اساساً اینکه قانون‌گذار تنها به آوردن حداقل مدت حق انصراف اکتفا کرده و با لحن امری مقرر داشته «مهلت انصراف نباید کمتر از هفت روز باشد»، به خوبی نشان می‌دهد که قانون‌گذار خود را متکفل تعیین مدت نمی‌دانسته و تعیین مدت با کسی جز قانون‌گذار بوده است؛ ولی آن کس می‌بایست این حداقل را رعایت نماید. ناگفته نماند که این مرجع نمی‌تواند کسی جز متعاقدين باشد و البته مخاطب این الزام، تأمین‌کننده است که به فرض به صورت حرفه‌ای به فعالیت تجاری اشتغال دارد و مراد از الزام وی، در عین اینکه شرط فسخ نیاز به تراضی طرفین دارد، این است که او می‌بایست در ایجاب خود چنین شرطی را بگنجانند؛ یعنی مدتی را برای امکان انصراف مصرف‌کننده از عقد در نظر بگیرد و البته این مدت نباید کمتر از هفت روز باشد. برای تقریب به ذهن می‌توان این تکلیف را به تکلیف ثبت واقعه ازدواج تشبیه نمود که با وجود دوطرفه بودن عقد ازدواج، قانون‌گذار این تکلیف را بر دوش زوج نهاده است و در صورت ثبت نکردن، زوج را مجازات می‌کند.

ب) قرینه دیگری که این تفسیر از ماده ۳۷ را تأیید می‌کند، مفاد مواد ۳۳ و ۳۴ ق.ت.ال است. قانون‌گذار در ماده ۳۳، تأمین‌کننده را ملزم نموده پیش از عقد اطلاعاتی را در اختیار مصرف‌کننده قرار دهد و از جمله این اطلاعات، مسئله حق فسخ مصرف‌کننده است. دلالت ماده ۳۴ بر مدعا روشن‌تر از ماده پیشین است. به موجب این ماده، تأمین‌کننده باید ضمن تأیید اطلاعات قبلی، به صورت جداگانه «شرایط و فراگرد فسخ به موجب مواد ۳۷ و ۳۸ قانون» را برای مصرف‌کننده ارسال نماید. بر اساس مفهوم روشن ماده یادشده، یکی از تکالیف تأمین‌کننده این است که «باید» بر اساس مفاد ماده ۳۷ حق فسخی را که مدت آن کمتر از هفت روز نباشد، در ایجاب خود لحاظ کرده و به صورت شفاف و روشن به اطلاع مصرف‌کننده برساند.

ج) بند (ب) ماده ۳۸ نیز قرینه روشن دیگری بر این احتمال است. در ماده ۳۸ که قانون‌گذار در مقام بیان زمان شروع حق انصراف است، پس از اینکه در بند نخست اعلام

می‌دارد که زمان شروع حق انصراف در قراردادهای فروش کالا، از زمان «تسلیم کالا» و در قراردادهای فروش خدمات، از زمان «انعقاد» است، بی‌درنگ در بند بعدی مقرر می‌دارد: «در هر حال آغاز اعمال حق انصراف مصرف‌کننده پس از ارائه اطلاعاتی خواهد بود که تأمین‌کننده طبق مواد ۳۳ و ۳۴ این قانون موظف به ارائه آن است». همان‌گونه که پیداست، قانون‌گذار در این بند، شروع حق انصراف را «پس» از ارائه اطلاعاتی می‌داند که تأمین‌کننده «موظف به ارائه آن» به مصرف‌کننده بوده است و از جمله مهم‌ترین آنها «فراگرد و شرایط فسخ» است. یعنی برای تعیین مبدأ هفت روز باید به اطلاعاتی مراجعه نمود که تأمین‌کننده موظف بود در قرارداد لحاظ کرده، به اطلاع مصرف‌کننده برساند و روشن است چنانچه تأمین‌کننده در خصوص «شرایط و فراگرد فسخ» اطلاعاتی ارائه نداده باشد، برای حق انصراف نمی‌توان مبدأ در نظر گرفت.

د) و سرانجام شاهد دیگری از قانون که به روشنی بر درستی این دیدگاه دلالت دارد، ماده ۶۹ ق.ت.ا.ل است. این ماده در مقام بیان مجازات‌های مقرر بر نقض مقررات حمایت از حقوق مصرف‌کننده، اعلام می‌دارد: «تأمین‌کننده متخلف از مواد ۳۳ و ۳۴ و ۳۵ و ۳۶ و ۳۷ این قانون به مجازات از بیست میلیون تا صد میلیون ریال محکوم خواهد شد». سپس قانون‌گذار در تبصره این ماده مقرر می‌دارد: «تأمین‌کننده متخلف از ماده ۳۷ به حداکثر مجازات محکوم خواهد شد». این شیوه بیان به روشنی نشان می‌دهد که آنچه در این مواد و به‌طور خاص در ماده ۳۷ قانون آمده، احکام وضعی نبوده، بلکه همگی تکالیف و وظایف تأمین‌کننده بوده است. زیرا تنها در این فرض است که می‌توان ماده ۳۷ را در کنار مواد قبلی نشاناند و برای آن فرض نقض و تخلف در نظر گرفت؛ در حالی که اگر مفاد ماده ۳۷ ثبوت حق انصراف برای مصرف‌کننده باشد، تخلف و نقض آن معنا ندارد. نتیجه تکلیفی دانستن ماده ۳۷ این است که اگر تأمین‌کننده چنین حقی را برای مصرف‌کننده در نظر نگرفته باشد، عقد او جز از طریق دیگر خیار فسخ‌شدنی نیست، ولی به مجازات مقرر در قانون محکوم می‌شود. ممکن است اشکال گرفته شود که در این صورت در پاره‌ای موارد مصرف‌کننده از حق انصراف محروم شده، فقط تأمین‌کننده به جریمه محکوم می‌گردد و به‌رحال از مصرف‌کننده آن‌گونه که باید حمایت صورت نمی‌گیرد. آری تردیدی نیست که با این راهکار، حمایتی که از مصرف‌کننده می‌شود، ضعیف‌تر از حمایتی است که در فرض برقراری حق انصراف صورت می‌گرفت. اما اکنون سخن بر سر تشخیص مراد قانون‌گذار است، نه نیک و بد قانون. سخن بر سر این است که اولاً بر اساس قرائن روشن موجود در قانون، و دوم، به دلیل محظوری که مجلس قانون‌گذاری در افزودن خیار به خیارات قانونی داشته، و سوم، به دلیل نبود پاسخی روشن به برخی ابهامات همچون نامعلوم بودن حداکثر مدت حق انصراف، حمایتی که

قانون‌گذار با مقدمات خود از مصرف‌کننده نموده، چه بوده است؟ اما اینکه این حمایت چقدر مؤثر و راهگشاست، سخن دیگری است.

بر اساس آنچه بیان شد، می‌توان گفت میان حق انصراف یادشده در قوانین خارجی با حق انصراف در قانون ما تفاوت جوهری وجود دارد. آنچه در قوانین خارجی برای حمایت از مصرف‌کننده در نظر گرفته شده است، حق انصراف از عقد برای مدت معین یا مدت معقول و امثال آن است، ولی آنچه در قانون ما برای حمایت از مصرف‌کننده پیش‌بینی شده، ملزم‌ساختن تأمین‌کننده به درج حق انصراف (شرط‌خیار) حداقل هفت روزه به نفع مصرف‌کننده، در قراردادهای الکترونیکی است. اما چه شده که قانون‌گذار ما راه هموار برقراری حق انصراف را رها کرده و به چنین مکانیسمی روی آورده است؟ چنان‌که اشاره شد، بر اساس مبانی حاکم بر نظام حقوقی ایران، قانون‌گذار ما برخلاف قانون‌گذاران عرفی، نمی‌تواند اگر عقدهای به لحاظ ضوابط شرعی لازم است، آن را جایز اعلام کرده یا حتی برای مدت کوتاهی برای یکی از طرفین حق فسخ قائل گردد. بنابراین از منظر فقهی و ضوابط شرعی، برای مثال اگر یک بیع الکترونیکی واقع شود، مصرف‌کننده جز در صورت وجود یکی از موجبات خیار، حق برهم زدن عقد را ندارد و عقد در حق وی لازم است و لذا حکم به امکان فسخ برای هفت روز یا بیشتر یا کمتر، با موازین شرعی ناسازگار است. آری هرچند بر اساس قانون اساسی، مجلس شورای اسلامی حق وضع قانون مخالف شرع را ندارد، اما می‌تواند در حوزه احکام ترخیصی یا منطبقه خالی از حکم الزامی (منطقه الفراغ) یا همان حوزه مباحات، بر اساس مصالح عامه اقدام به وضع قوانین الزامی اعم از الزام به فعل یا الزام به ترک نماید<sup>۹</sup> (صدر، ۱۴۱۷، ص ۶۸۹؛ طباطبائی، ۱۳۴۹، ج ۴، ص ۱۹۴) و یا حتی بر ترک آنها ضمانت‌های اجرایی نظیر جریمه و حبس مقرر دارد<sup>۱۰</sup>. برای نمونه، قانون‌گذار نمی‌تواند تحقق نکاح یا طلاق را وابسته به ثبت آن نماید، اما می‌تواند زوج را ملزم به ثبت نکاح و طلاق نموده، بر تخلف از آن مجازات مقرر دارد. بر اساس این مبنا، همان‌گونه که افراد می‌توانند بر اساس شرط ضمن عقد، عمل مباحی را در روابط شخصی خود الزامی یا

۹. علامه طباطبائی، میزان، ج ۴، ص ۱۹۴: «القوانين الإسلامية لا تحتل الاختلاف والتبدل من واجب أو حرام أو مستحب أو مکروه أو مباح غیر أن الأفعال التي للفرد من المجتمع أن يفعلها أو یترکها وکل تصرف له أن یتصرف به أو یدعه، فلوالی الامر أن یأمر الناس بها أو ینهاهم عنها ... من غیر أن یتغیر حکم الإلهی بإباحته وإنما هو عزيمة إجرائية عامة لمصلحة».

۱۰. فاضل لنکرانی، محمد، جامع المسائل، ج ۲، ص ۱۵۱: «به‌طور کلی قوانین و مقرراتی که جهت حفظ نظم و برای جلوگیری از اختلال نظام و ناامنی تصویب و اعلام شده، لازم است رعایت شود و تخلف از آنها جایز نیست و اگر کسی تخلف کرد و آنها را نادیده گرفت، تعزیر او به هر نحو که حاکم شرع صلاح دانست، اعم از جزای نقدی یا شلاق، مشروع و بلامانع است».

ممنوع سازند بدون اینکه عمل آنها تشریح و مداخله در حوزه احکام ثابت شمرده شود، قانون‌گذار نیز می‌تواند برخی امور مباح را بنا به مصالح جامعه، الزامی یا ممنوع سازد؛ بدون آنکه عمل او بدعت و تشریح و تغییر حکم شرع از مباح به واجب یا از مباح به حرام به حساب آید (سند البحرانی، ۱۴۳۰، ص ۱۴۹). به‌ترتیب، استفاده از مکانیسم الزام به فعل یا ترک و وضع قوانین، شامل تکلیف و مقرر نمودن ضمانت‌های اجرایی همچون جریمه یا حبس، از مهم‌ترین ابزارهایی است که حکومت اسلامی می‌تواند بدون مخالفت با شریعت، برای پاسخگویی به برخی از نیازهای جهان معاصر و مقتضیات روز از آن استفاده نماید. با توجه به آنچه گفته شد، به‌نظر می‌رسد قانون‌گذار به دلیل مانع شرعی که در برقراری خیار فسخ برای مصرف‌کننده با آن روبرو بوده، برای حمایت از حقوق مصرف‌کننده، از همین ابزار استفاده نموده و به جای حکم به ثبوت حق انصراف برای مصرف‌کننده که مستلزم دخالت در حوزه تشریح است، تأمین‌کننده را مکلف نموده است که در زمان انعقاد قرارداد، برای مصرف‌کننده حق فسخ معامله (خیار شرط) را برای مدتی حداقل هفت روز در نظر گیرد و البته ضمانت اجرای تخلف از این تکلیف و پیش‌بینی نکردن حق فسخ برای مصرف‌کننده یا حق فسخی برای کمتر از هفت روز، محکومیت تأمین‌کننده به مجازات مقرر در ماده ۶۹ همان قانون را در پی خواهد داشت؛ نه قابلیت فسخ معامله. بر بنیاد تحلیلی که گفته شد، می‌توان سرّ حکم قانون‌گذار به بی‌اعتباری شرط مخالف مقررات حمایتی را نیز دریافت. آنچه قانون‌گذار اجازه تراضی برخلاف آن را نداده است، نه اسقاط حق انصراف، بلکه شرط مخالف با تکالیفی است که قانون‌گذار برای تأمین‌کننده در نظر گرفته است. به بیان دیگر، تأمین‌کننده ملزم است به الزامات قانونی مقرر در راستای حمایت از حقوق مصرف‌کننده عمل نماید و نمی‌تواند با استفاده از شرط ضمن عقد، خود را از قید این الزامات رهایی بخشیده، از جریمه مقرر در ماده ۶۹ گریبان به‌در برد. بر اساس مطالب پیش‌گفته، معلوم می‌شود که مصرف‌کننده در اسقاط حق انصراف خود-در فرض برقراری و پیش‌بینی آن با مانعی روبرو نیست و چنانچه تأمین‌کننده به تکلیف خود مبنی بر درج حق انصراف (شرط خیار به نفع مصرف‌کننده) عمل کند، مصرف‌کننده می‌تواند از حقی که برای وی ایجاد شده است، صرف‌نظر و آن را اسقاط نماید. زیرا به حسب فرض، این حق چیزی جز یک خیار شرط نبوده و مانند همهٔ اختیارات اسقاط‌شدنی است.

### نتیجه

همان‌طور که گفته شد، بیشتر نظام‌های پیشرفته حقوقی به دلیل موقعیت برتر فروشندگان در قراردادهای الکترونیکی و لزوم حمایت از مصرف‌کننده غیرحرفه‌ای در

معاملات از راه دور، برای مصرف‌کنندگان حق برهم زدن عقد را بدون اینکه نیاز به ارائه دلیل باشد در نظر گرفته‌اند. در میان نظام‌های مختلف از نظر مدت این حق و برخی مسائل دیگر، تفاوت وجود دارد. اما آنچه در همه آنها مشترک است، پیش‌بینی چنین حقی برای مصرف‌کننده است. قانون‌گذار ایران در این موضوع از دستورالعمل اتحادیه اروپا در خصوص حمایت از مصرف‌کنندگان در قراردادهای از راه دور مصوب ۱۹۹۷م الهام گرفته و ماده ۳۷ ق.ت.ال ایران را به موضوع حق انصراف اختصاص داده است. این ماده با وجود شباهت بسیار با معادل اروپایی خود، با آن تفاوت بنیادین دارد. قانون‌گذار ایران با لحنی متفاوت از قانون اروپایی که از «وجود» چنین حقی برای مصرف‌کننده برای مدتی حداقل هفت روز سخن گفته، مقرر داشته است که مصرف‌کننده «باید» برای مدتی که نباید کمتر از هفت روز باشد، از حق انصراف از قبول برخوردار باشد. قانون‌گذار اروپایی در فرضی که طرفین در خصوص حداکثر مدت حق انصراف سخن نگفته باشند، حداکثر آن را سه ماه اعلام می‌کند. بنابراین بر اساس دستورالعمل اتحادیه اروپا، هیچ صورتی وجود ندارد که مصرف‌کننده حداقل هفت روز کاری وقت برای انصراف نداشته باشد. قانون‌گذار ایران نه تنها از مقرره‌ای درباره تعیین حداکثر خالی است، بلکه در ماده ۶۹ ضمانت اجرای تخلف از تکلیف ماده ۳۷ را پرداخت جریمه دانسته است. در تحلیل ماهیت حق انصراف در حقوق ایران، دیدگاه‌های متفاوتی ارائه شده است. برخی آن را یک اختیار نوین قانونی و برخی دیگر آن را نوعی حق ابطال عقد یا حق فسخ با اثر قهقراپی شمرده‌اند. دیدگاه‌های مطرح شده در زمینه تحلیل حق انصراف، افزون بر ناتوانی در توجیه پاره‌ای ابهامات همچون نامعلوم بودن حداکثر مدت حق انصراف و ناسازگاری با ظاهر امری ماده ۳۷ و توجه‌نداشتن به تصرف معنادار قانون‌گذار در نگارش ماده ۳۷ در مقایسه با معادل اروپایی آن، با یک مشکل بنیادین روبه‌رو بود و آن تردید در صلاحیت قانون‌گذار در برقراری اختیار جدید و افزودن خیار به اختیارات شناخته شده بود. با توجه به مبانی و روح حاکم بر قانون اساسی، به نظر می‌رسد مجلس شورا نمی‌تواند در جایی که شارع عقده را لازم می‌شمارد، آن را خیار تلقی کرده، برای یکی از طرفین حتی برای مدت کوتاهی حق فسخ قائل گردد. آری قانون‌گذار می‌تواند بر اساس مصالح جامعه و مقتضیات زمانه و در حوزه‌هایی که حکم شرعی لازم‌الاتباع وجود ندارد، هر تکلیفی را که مصلحت می‌داند بر دوش افراد قرار دهد و برای تخلف از آن ضمانت اجرا مقرر دارد. براین اساس، آنچه در ماده ۳۷ ق.ت.ال آمده است، همان‌گونه که از لحن امری و ظاهر آن برمی‌آید، برقراری یک اختیار جدید قانونی خارج از صلاحیت مجلس نیست، بلکه الزام تأمین‌کننده به پیش‌بینی و درج حق انصراف (حق خیار) دست‌کم هفت‌روزه برای مصرف‌کننده در قراردادهای الکترونیکی است. ضمانت اجرای تخلف از این تکلیف،

محکومیت به جریمه مقرر در ماده ۶۹ قانون است. صرف نظر از مباحث تئوریک در خصوص صلاحیت مجلس در وضع قوانین، قرائن روشنی در ق.ت.ال وجود دارد که نشان می‌دهد آنچه در ماده ۳۷ آمده است، چیزی جز الزام تأمین‌کننده به پیش‌بینی حق فسخ برای مصرف‌کننده نیست.

## منابع

۱. السان، مصطفی (۱۳۸۵)، "ایجاب و قبول معاملات الکترونیکی"، *مجله تحقیقات حقوقی*، ش ۴۳.
۲. السان، مصطفی (۱۳۹۱)، "حقوق تجارت الکترونیکی" چاپ اول، تهران: انتشارات سمت.
۳. الشریف، محمد مهدی (۱۳۹۱) "منطق حقوق"، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار
۴. باقری اصل، حیدر (۱۳۸۷)، "احکام اختصاصی خیار حق انصراف قانون تجارت الکترونیکی ایران"، نامه مفید، ش ۲.
۵. بختیاروند، مصطفی (۱۳۹۰)، "انعقاد قرارداد الکترونیک و حمایت از مصرف‌کننده"، *فصلنامه حقوق*، ش ۱.
۶. پورسید، بهزاد (۱۳۸۶)، "قانون تجارت الکترونیک و نوآوری‌های آن"، *مجله حقوقی دادگستری*، ش ۵۹.
۷. دانایی، حبیب‌اله و شمس، عبدالحمید (۱۳۸۶)، "مطالعه تطبیقی در قلمرو تجارت الکترونیک"، *مجله دانشکده علوم انسانی*، ش ۱۷.
۸. شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۹)، *حقوق تجارت بین‌الملل*، چاپ اول، تهران: سمت.
۹. صادقی، محسن، آقاجانی، زهرا (۱۳۸۹)، تحلیل اقتصادی اعطای حق استرداد یا تعویض کالای سالم به مصرف‌کننده در حقوق ایران، *فصلنامه حقوق*، ش ۳.
۱۰. صادقی نشاط، امیر (۱۳۸۶)، "حقوق تجارت الکترونیک"، *ماهنامه قانون*، ش ۷۵.
۱۱. طجرلو، رضا (۱۳۸۷)، «برداشت تئوریک بر دخالت دولت در محدود کردن آزادی قراردادهای»، *فصلنامه حقوق*، ش ۳.
۱۲. فاضل لنگرانی، محمد (۱۴۲۵)، *جامع المسائل*، ج ۲، قم: انتشارات امیر قلم.
۱۳. قلی‌زاده، احد (۱۳۸۶)، "تحلیلی بر انعقاد الکترونیکی معاملات"، *فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی*، ش ۴۲.
۱۴. معاونت قوه قضائیه (۱۳۸۹)، *قواعد حقوق تجارت الکترونیک*، تهران: جنگل.
۱۵. نوری، سیدمسعود (۱۳۸۴)، "اصول حقوقی تجارت الکترونیک با تأکید بر قانون تجارت الکترونیک ایران"، *مجله حوزه و دانشگاه*، ش ۴۴.
۱۶. سبحانی، جعفر (۱۴۱۷)، *الاجتهاد و الحیات: حواژ علی الورق*، قم: مرکز الغدیر.
۱۷. سند البحرانی، محمد (۱۴۳۰)، *ملکیه الدوله*، قم: مکتبه فدک.
۱۸. صدر، سید محمد باقر (۱۴۱۷)، *اقتصادنا*، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۱۹. طباطبایی، سید محمد حسین (۱۳۴۹ ه ق)، *المیزان*، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۰. نائینی، محمد حسین (۱۴۱۸)، *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، جلد ۱، چاپ اول، قم: موسسه النشر الاسلامی.

21. Casey, E.(2000), Digital Evidence and Computer Crime, Academic Press: UK.
22. Moreau, N(2002), La Formation du contrat électronique: dispositif de protection du cyberconsommateur et modes alternatives de règlement des conflits, DEA Droit des contrats, Université de Lille 2, année 2002-2003.
23. Farrell, H.(2003), “constructing the International Foundations of E-Commerce the E.U.-U.S. Safe Harbor Arrangement”, Journal of International Organization, NO 57.
24. Ferretti, F.(2008). The Law and Consumer Credit Information in the European Community The Regulation of Credit Information Systems, Routledge-Cavendish, New York, First Edition.