

## ماهیت حق انصراف در قرارداد های الکترونیکی (مطالعه تطبیقی با کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین المللی)

سعیده باقری اصل\* / حیدر باقری اصل\*\* / ناصر مسعودی\*\*\* / ابراهیم شعاریان ستاری\*\*\*\*

### چکیده

یکی از نهاد های انحصاری قانون تجارت الکترونیکی ایران و کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قرارداد های بین المللی مصوب ۲۰۰۵ مجمع عمومی سازمان ملل متحد، حق انصراف از قرارداد های الکترونیکی است که به منظور حمایت از حقوق مصرف کننده در قراردادهای الکترونیکی وضع شده است. متأسفانه محققان، ماهیت حق انصراف این دو منبع را بررسی نکرده و به این سؤال اصلی تحقیق حاضر پاسخ نداده اند: «ماهیت حق انصراف قرارداد های الکترونیکی در قانون تجارت الکترونیکی ایران و در کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قرارداد های بین المللی چیست؟» روش این تحقیق در یافتن پاسخ سؤال مذکور کتابخانه ای و نیز استنباط از مواد دو منبع مذکور است. به این بیان که مواد مربوط به حق انصراف دو منبع مزبور را مبنای مطالعه تطبیقی خود قرار داده و ماهیت حق انصراف قرارداد های الکترونیکی را با استناد به روش تحلیل عقلانی و استنباط حقوقی ارائه کرده و در موارد خلأ قانونی این دو منبع با استناد به اصل ۱۶۷ قانون

---

\* دانشجوی دکتری گروه حقوق خصوصی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران

\*\* استاد گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران (نویسنده مسئول)

bagheriasl@tabrizu.ac.ir

\*\*\* استادیار گروه حقوق، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران

\*\*\*\* استاد گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران

تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۰۴/۱۵ - پذیرش نهایی: ۱۳۹۶/۰۷/۱۸

اساسی و ماده سوم قانون آئین دادرسی مدنی به سایر منابع حقوق ایران، اعم از موضوعه و امامیه جهت تعیین تکلیف رجوع کرده و حکم آن را یافته و ارائه نموده است. اهمیت و ضرورت این تحقیق آن است که هم اولین کار علمی در مسأله بوده، و هم یک تحقیق کاربردی است، لذا نتایج آن برای مصرف کنندگان، تجار، حقوقدانان، و کلا دادگستری، قضات دادگاه ها و داوران در تفسیر مواد دو منبع مذکور نسبت به ماهیت حق انصراف قرارداد های الکترونیکی کاربرد خواهد داشت.

**کلیدواژه:** حق انصراف، ماهیت، قرارداد الکترونیکی، ارتباطات الکترونیکی،

مصرف کننده

## ۱- مقدمه

کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قرارداد های بین المللی مصوب نوامبر ۲۰۰۵ مجمع عمومی سازمان ملل متحد، نهادی انحصاری را به منظور حمایت از حقوق مصرف کننده در ماده ۱۴ خود طراحی کرده و از آن به «انصراف از ارتباط الکترونیکی» تعبیر نموده و سعی بر ارائه حقوق این نهاد انحصاری خود کرده است. همچنین قانون تجارت الکترونیکی ایران مصوب ۱۳۸۲ نهاد انحصاری را در مواد ۳۷، ۳۸، ۴۵ و ۴۶ خود به منظور حمایت از حقوق مصرف کننده پیش بینی کرده و از آن به «حق انصراف قرارداد از راه دور» تعبیر کرده و تلاش بر ارائه حقوق آن در مواد مذکور و دیگر مواد خود نموده است.

از این دو تعبیر در دو منبع مذکور، به «حق انصراف از قرارداد های الکترونیکی» اطلاق شده است، به طوری که می توان گفت: یکی از نهاد های انحصاری قانون تجارت الکترونیکی ایران و کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قرارداد های بین المللی، حق انصراف از قرارداد های الکترونیکی است که به منظور حمایت از حقوق مصرف کننده وضع شده است. سؤال اصلی تحقیق حاضر این است که: ماهیت حق انصراف قرارداد های الکترونیکی در کنوانسیون

استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قرارداد های بین المللی و قانون تجارت الکترونیکی ایران چیست؟

اهمیت و ضرورت تحقیق حاضر و تعیین پاسخ سؤال مذکور از چندین جهت است: اولاً، کشور جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون مذکور ملحق شده است و مواد آن از مقررات حقوق قرارداد های الکترونیکی ایران محسوب می شود (تصویب نامه شماره ۳۵۷۸۱/ت/۳۶۹۷۵ مورخ ۱۳۸۶/۳/۸ هیئت وزیران) و از آنجایی که یکی از نهاد های انحصاری این کنوانسیون و نیز قانون تجارت الکترونیکی ایران عبارت از نهاد «حق انصراف در قرارداد های الکترونیکی» است، لذا ضرورت دارد «ماهیت حق انصراف» از منظر کنوانسیون مزبور و قانون تجارت الکترونیکی ایران جهت تعیین حقوق و تکالیف مصرف کننده و تجار به عنوان اطراف قرارداد های الکترونیکی در انصراف از قرارداد های الکترونیکی مورد بررسی قرار گرفته و استخراج و ارائه شود؛ ثانیاً، پاسخ سؤال تحقیق به طور مستقیم در دو منبع مذکور چندان آشکار نیست؛ ثالثاً، «ماهیت حق انصراف در قرارداد های الکترونیکی» برای قضات دادگاه ها، وکلای دادگستری و داوران در پرونده های قرارداد های الکترونیکی از منظر دو منبع فوق الذکر واضح نیست؛ رابعاً، محققان نیز در پاسخ این سؤال به تحقیق نپرداخته اند؛ بنابراین، خلأ های علمی و کاربردی در موارد مزبور مشاهده می شود و ضرورت دارد این خلأ های علمی و کاربردی نسبت به سؤال تحقیق با ارائه «ماهیت حق انصراف قرارداد های الکترونیکی» از منظر دو منبع مرتفع گردد.

روش این تحقیق در یافتن پاسخ سؤال مذکور کتابخانه ای و نیز استنباط از مواد دو منبع مذکور است. به این بیان که مواد مربوط به حق انصراف دو منبع مزبور را مبنای مطالعه تطبیقی خود قرار داده و ماهیت حق انصراف در قرارداد های الکترونیکی را با استناد به روش تحلیل عقلانی و استنباط حقوقی ارائه کرده و در موارد خلأ قانونی این دو منبع با استناد به اصل ۱۶۷ ق.ا. و ماده سوم قانون آئین دادرسی مدنی به سایر منابع حقوق ایران، اعم از موضوعه و امامیه جهت تعیین تکلیف رجوع کرده و حکم آن را

یافته و به شرح ذیل ارائه نموده و به منظور رعایت سهولت فهم و جلوگیری از اطاله کلام، از تعبیر «قانون تجارت الکترونیکی» به جای قانون تجارت الکترونیکی ایران و از تعبیر «کنوانسیون» به جای کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قرارداد های بین المللی مصوب ۲۰۰۵ مجمع عمومی سازمان ملل متحد، استفاده کرده است.

## ۲- ماهیت حق انصراف در قانون تجارت الکترونیکی و کنوانسیون

هرچند عنوان و اسم «حق انصراف» در قانون تجارت الکترونیکی و کنوانسیون، مشابهت دارد و دلیل این مشابهت متعدّد است: اولاً، قانون تجارت الکترونیکی ایران به تبعیت از کنوانسیون مزبور تدوین و در سال ۱۳۸۲ به تصویب قانونگذار رسیده و قانونگذار ایران ظاهر عنوان نهاد های کنوانسیون و از جمله نهاد حق انصراف را در تدوین و تصویب قانون تجارت الکترونیکی، مطابق شیوه کنوانسیون حفظ کرده و به تصویب رسانده است. البته قانون تجارت الکترونیکی و کنوانسیون در این نهاد سازی متأثر از ماده شش «دستور العمل ۹۷/۱/EC اروپا»<sup>۱</sup> نیز بوده اند که شبیه همان مطالب با تفاوت مختصر و کامل تر در مواد ۹، ۱۰ و ۱۶ «دستور العمل ۲۰۱۱/۸۳/EU پارلمان اروپا» تکرار شده است؛<sup>۲</sup> ثانیاً، معنای لغوی انصراف از قرارداد الکترونیکی در دو منبع مزبور واحد و به معنای صرف نظر کردن و بازگشتن از قرارداد الکترونیکی است؛ ثالثاً، معنای اصطلاحی انصراف مصرف کننده از قرارداد الکترونیکی در هر دو منبع، عبارت است از قصد انشای مصرف کننده بر انحلال قرار الکترونیکی یا بازگشت از آن، بدون این که موافقت طرف مقابل قرارداد لازم باشد؛ رابعاً، انصراف مصرف کننده از قرارداد الکترونیکی، نوعی ایقاع است و از این جهت، مشابه سایر ایقاعات می باشد، زیرا ایقاع به دسته ای از اعمال حقوقی اطلاق می شود که با یک اراده انجام می پذیرد. به این بیان که ایقاع در لغت، به معنای ایجاد است و در اصطلاح، عبارت است از قصد انشای

---

1. Directive 97/7/EC, Art, 6

2. Directive 2011/83/EU, Art, 9-10 & 16

یک نفر بدون آن که موافقت شخص دیگری را لازم باشد و حقّی را ایجاد و یا اسقاط می کند (حقوق مدنی/۱/۱۶۰). مثال ایجاد حقّ مانند تملّک در حیات مباحات است که آن را ایجاد می کند (قانون مدنی/۱۴۳) و مثال اسقاط حق مانند ابراء حقّ دینی است که آن را اسقاط می نماید (همان/۲۸۹) و یا مانند مالکیت است که آن را اعراض می نماید (همان/۱۷۸)؛ پس در ایقاع، بر خلاف عقد، به توافق دو اراده نیازی نیست. یک شخص تصمیم می گیرد و اثر حقوقی بر آن بار می گردد و از این جهت، کلیه ایقاعات، ماهیت مشترکی دارند؛ لذا انصراف مصرف کننده از قرارداد الکترونیکی همانند طلاق دادن است که به اراده شوهر (با اذن دادگاه) واقع می شود و اراده زن در آن دخیل نیست و اثر ندارد؛ و یا انصراف مصرف کننده از قرارداد نظیر فسخ عقود لازم است (مقدمه علم حقوق/۳۰۱-۳۰۲)؛ لیکن نباید این مشابهت ظاهری موجب شود که ماهیت حق انصراف مصرف کننده در دو منبع مذکور نیز واحد تلقی گردد. بنابراین، لازم است مسأله مذکور مورد بررسی قرار گیرد و یکسانی یا تفاوت ماهیت حق انصراف دو منبع مذکور به شرح ذیل تعیین شود.

ماده ۴۵ قانون تجارت الکترونیکی در بیان ماهیت حق انصراف مقرر داشته است: «اجرای حقوق مصرف کننده به موجب این قانون نباید بر اساس سایر قوانین که حمایت ضعیف تری اعمال می کنند، متوقف شود»؛ همچنین این قانون در ماده ۴۶ خود بیان داشته است: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیر منصفانه به ضرر مصرف کننده مؤثر نیست».

مطابق این دو ماده قانون تجارت الکترونیکی، ماهیت انصراف مصرف کننده از قرارداد الکترونیکی، حکم آمره قانونگذار است. توضیح این که مقررات و قواعد حقوقی از حیث درجه اعتبار، به امری و تکمیلی تقسیم می شود: دسته نخست؛ در هر صورت، الزام آور و لازم الاتباع است. بدین معنا که طرفین عقد نمی توانند علیه آنها توافق کنند و اگر دست به چنین توافقی بزنند، توافق آنها گاهی تنها شرط و توافق مذکور را باطل می کند و گاهی علاوه بر شرط و توافق مذکور، موجب بطلان عقد نیز

می شود (قانون مدنی/۲۳۲-۲۴۶)، ولی دسته دوم، در صورتی که طرفین قرارداد برخلاف آن، توافق نکنند، جانشین اراده طرفین می گردد. از اینرو، در حقوق موضوعه ایران، طبق ماده ۱۰ قانون مدنی، آزادی اشخاص در قرارداد ها و جعل شرط ضمن عقود تا جایی محترم است که قرارداد و مفاد آن با قوانین امری مغایر نباشد؛ اما مخالفت قراردادی با قوانین تکمیلی، مانع از نفوذ و اعتبار آن نیست، زیرا تراضی طرفین بر قانون تکمیلی حکومت می کند (قواعد عمومی قرارداد ها/۱/ش ۸۹).

همچنین هرچند ماده ۱۴ کنوانسیون به بیان بعضی احکام حق انصراف از ارتباط الکترونیکی پرداخته<sup>۱</sup>، ولی ماده خاصی در کنوانسیون به تبیین ماهیت حق انصراف به طور مستقیم اختصاص نیافته است. با این وصف، ماهیت حق انصراف را به طور غیر مستقیم می توان از عموم ماده سوم کنوانسیون که به تکمیلی بودن تمام مواد این کنوانسیون تصریح کرده است، تحصیل نمود. با این استدلال که عموم این ماده، شامل ماده ۱۴ کنوانسیون نیز می شود، زیرا در ماده سوم آن مقرر شده است: «طرفین می توانند شمول مقررات این کنوانسیون را استثناء یا از آثار هریک از مقررات آن عدول نموده یا آنها را تغییر دهند».

این ماده بر اصل و قاعده آزادی اراده طرفین قرارداد تأکید دارد و اعمال اراده طرفین قرارداد را اعم از روش استثناء تمام مقررات و یا روش عدول از آثار تمام مقررات آن پذیرفته و به آمره بودن حق انصراف از ارتباط الکترونیکی پایان داده است. بنابراین، ماهیت حق انصراف در ماده ۴۵ و ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی پایان داده است. معنای مقررات آمره «انطباق دارد، در حالی که ماهیت حق انصراف در ماده سوم کنوانسیون با «حق به معنای مقررات تکمیلی» تطبیق می کند. نتیجه این تحلیل حقوقی

---

1. United Nations Convention on the use of Electronic Communications in International Contracts, Art 14; Segovia, Javier, S.Sozepaniak Piotr, Niedzwie Dzinski (2013), Ecommerce & Intelligent Methods, Spain, Springer.

آن است که حق انصراف دو منبع مذکور در اسم و عنوان و نیز ایقاع بودن شیه هم هستند، ولی در ماهیت متفاوت می باشند.

ممکن است کسی تمسک به ماده سوم کنوانسیون در اثبات حق بودن ماهیت حق انصراف را اشکال کرده و بگوید: در کنوانسیون ماده ای وجود ندارد که به طور مستقیم به تعیین ماهیت انصراف مصرف کننده از قرارداد های الکترونیکی بپردازد. با این وصف، ادعا کند: ماهیت انصراف مصرف کننده از قرارداد الکترونیکی را به طور غیر مستقیم می توان از بند دوم ماده پنجم کنوانسیون تحصیل نمود، زیرا در این ماده مقرر شده است: «مسائل مربوط به موضوعات تحت حاکمیت کنوانسیون حاضر که تکلیف آنها به صراحت در این کنوانسیون تعیین نشده است، طبق اصول کلی که کنوانسیون بر آن مبتنی است و در صورت فقدان اینگونه اصول، طبق حقوقی که حسب قواعد حقوق بین الملل خصوصی حاکم است، حل و فصل خواهند شد».

از آنجایی که قانون تجارت الکترونیکی ایران مصوب ۱۳۸۲ الهام گرفته از مقررات نمونه تجارت الکترونیکی آنسیترال سال ۱۹۹۶ (MLEC)<sup>۱</sup> مدون شده و مقررات نمونه مذکور در کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قرارداد های الکترونیکی مصوب ۲۰۰۵ مجمع سازمان ملل متحد تبلور یافته است، لذا بر این اساس می توان مواد ۴۵ و ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی ایران را مبنای تفسیر حق انصراف ماده ۱۴ کنوانسیون مذکور قرار داد و آن را از قواعد آمره تلقی نمود! لیکن در نقد و ارزیابی تفسیر ماهیت انصراف مصرف کننده از قرارداد الکترونیکی به حکم آمره بودن آن باید گفت: اولاً، این تفسیر به علت عدم تصریح مواد کنوانسیون به آن با تردید مواجه است؛ به ویژه جای این شبهه در آن باز است که مطابق بند نخست ماده پنجم کنوانسیون مذکور «در تفسیر مقررات این کنوانسیون باید به خصیصه بین المللی آن ... توجه نمود»، در حالی که مواد ۴۵ و ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی ایران به قانون

---

1. Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce 1996, pp. 26-27

تجارت داخلی یک کشور محدود است. حتی اگر پاسخ شبهه مذکور را با استناد به مقررات نمونه تجارت الکترونیکی آنسیترال سال ۱۹۹۶ (MLEC) بتوان داد- بخصوص این که مقررات نمونه مذکور در کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قرارداد های الکترونیکی مصوب ۲۰۰۵ سازمان ملل متحد تبلور یافته است، لذا در تفسیر مذکور به خصیصه بین المللی آن توجه شده است- ولی در نهایت باید اعتراف نمود که تردید در مسأله همچنان باقی است؛ بنابراین، پیشنهاد می شود در فرصت مقتضی از سوی آنسیترال مورد اصلاح قرار گیرد و نیز موضع کنوانسیون به طور صریح در این مورد بیان گردد؛ ثانیاً، با وجود ماده سوم کنوانسیون که در صدر بحث به آن استناد شد و حق بودن ماهیت انصراف مصرف کننده اثبات گردید، طرح این اشکال، ایجاد شبهه مقابل نص است. به این ترتیب، باید بین ماهیت حق انصراف قانون تجارت الکترونیکی و ماهیت انصراف مصرف کننده کنوانسیون قائل به نظریه تفصیل شده و در ماهیت حق انصراف قانون تجارت الکترونیکی به حکم آمره بودن، و در ماهیت انصراف کنوانسیون به حق بودن نظر داد.

فقها شبهه بحث مذکور را در ماهیت خیار مطرح کرده و عده ای از آنان، ماهیت خیار را حکم (الخيارات/۴) و بعضی از آنان، ماهیت خیار را ملک (ایضاح الفوائد/۴۸۲/۱؛ ایصال الطالب/۴/۱۱) و مشهور فقیهان، ماهیت خیار را حق دانسته اند (المکاسب/۲۹۰). سؤالی که با الهام گیری از بحث مذکور فقیهان در ماهیت حق خیار مطرح می شود، این است که: «اگر ماهیت حق انصراف را نوعی حق یا نوعی حکم بدانیم مقصودمان از نوعی حق بودن ماهیت حق انصراف یا نوعی حکم بودن ماهیت حق انصراف چیست و کدام حق و حکم منظور است و چگونه می توان آن را تحلیل حقوقی نمود و معنای حق یا حکم نهاد مزبور را از منابع حقوق ایران، اعم از موضوعه و منابع معتبر اسلامی استخراج کرد؟» پاسخ این سؤال را با استناد به اصل ۱۶۷ ق.ا. و ماده سوم ق.آ.د.م. می توان پاسخ حقوق ایران به آن تلقی نمود. با این استدلال که طبق این اصل و ماده: «قاضی موظف است حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد،



با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوای معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدوته، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد». بنابراین، پاسخ این سؤال را از منابع حقوق ایران، اعم از موضوعه و منابع معتبر اسلامی به شرح ذیل مورد بررسی قرار می دهیم.

### ۳- معنای حکم بودن ماهیت حق انصراف در نظریه های: وضعی، انتزاعی، تفصیلی و مختار

تعیین حکم بودن ماهیت حق انصراف از طریق طرح دیدگاه های موجود در نحوه جعل و تعریف حکم وضعی معلوم می شود. توضیح این که در نحوه جعل و تعریف احکام وضعی نظیر خیار، حق، ملک، زوجیت، حریت و امور امثال آن، سه دیدگاه وجود دارد: یکی دیدگاه مشهور محققان است و دیگری دیدگاه شیخ انصاری و پیروان اوست و سومی نظریه تفصیلی فقیهان میان این دو نظریه است. نظریه نخست، قول مشهور محققان است و دو نظریه اخیر، قول غیر مشهور آنان تلقی می شود.

#### ۳-۱- معنای حکم بودن ماهیت حق انصراف در نظریه وضعی

مشهور محققان، اموری نظیر خیار، حق، ملک، زوجیت و حریت را از احکام وضعی می دانند و هر نوع حکم وضعی را نظیر حکم تکلیفی، قابل جعل مستقل تلقی می کنند (اصطلاحات الاصول/۱۱۹). مطابق این دیدگاه، از آنجایی که حق انصراف، نظیر امور مذکور می باشد، لذا آن نیز یک حکم وضعی است که قانونگذار به طور مستقیم جعل کرده است. طبق این تحلیل حقوقی، اگر ماهیت حق انصراف را نوعی حکم تلقی نماییم، ماهیت حق انصراف، همان ماهیت حکم وضعی قابل جعل مستقیم خواهد بود. حکم وضعی در حقوق اسلامی یا توسط قانونگذار تأسیس می شود و یا مورد امضای وی قرار می گیرد. فرض نخست، در صورتی است که حکم وضعی، پیشتر وجود نداشته باشد و بدان حکم تأسیسی نیز گفته می شود و فرض دوم، در صورتی است که وجود آن پیشتر تحقق داشته باشد و بدان حکم امضائی اطلاق می گردد.

بنابراین، هرچند ماهیت حق انصراف طبق فرض نخست، حکم وضعی تأسیسی بوده، و طبق فرض دوم، حکم وضعی امضائی می باشد، ولی بررسی ماهیت حق انصراف در قانون تجارت الکترونیکی نشان می دهد که ماهیت حق انصراف با ماهیت حکم تأسیسی قانونگذار انطباق بیشتری دارد. با این استدلال که حق انصراف مذکور، یک نهاد انحصاری قرارداد های الکترونیکی است و بیشتر وجود و تحقق نداشته است، به ویژه این که بررسی مواد قانون تجارت الکترونیکی و کنوانسیون اثبات می کند که حق انصراف، یک نهاد انحصاری قرارداد های الکترونیکی است و به دلیل نیازهای تجارت الکترونیکی در عصر جدید وضع شده است و با هیچ کدام از نهاد های مرسوم حقوق ایران و از جمله خیارات نیز انطباق ندارد. نقطه اشتراک اینگونه احکام همان حکم وضعی بودن است.

### ۲-۳- معنای حکم بودن ماهیت حق انصراف در نظریه انتزاعی

شیخ انصاری و پیروان او نیز اموری نظیر خیار، حق، ملک، زوجیت و حریت را از احکام وضعی محسوب می کنند، ولی هیچ حکم وضعی را قابل جعل مستقل قانونگذار نمی دانند، بلکه حکم وضعی را همیشه منتزاع از حکم تکلیفی تلقی کرده اند. رابطه احکام وضعی با احکام تکلیفی در این نظریه، طولی است، یعنی احکام وضعی در طول احکام تکلیفی قرار دارند و هر حکم وضعی (و یا تعدادی از احکام وضعی) از یک حکم تکلیفی انتزاع (استخراج و استنباط) می شود. بنابراین، اگر در مورد خاصی، فرض فقدان حکم تکلیفی شود، حکم وضعی نیز در آن مورد در بین نخواهد بود. روش و نحوه انتزاع حکم وضعی از حکم تکلیفی چنین است که برای مثال، زمانی که قانونگذار، شرب خمر را تحریم می کند، ما حکم نجاست، بطلان خرید و فروش، تولید و توزیع آن را به عنوان حکم وضعی از حکم حرمت تکلیفی شرب خمر، انتزاع و استخراج می کنیم؛ یا وقتی که قانونگذار، عقد نکاح را جایز می داند، ما حکم حلیت استمتاع جنسی زوجین از یکدیگر را از آن انتزاع و استنباط می نمایم (فرائد الاصول/۳۵۱؛ اصطلاحات الاصول/۱۱۹).

طبق این دیدگاه، ماهیت حق انصراف، یک حکم وضعی انتزاعی است که قانونگذار آن را از یک منشأ انتزاع، منتزع کرده است. بر این اساس، این حکم وضعی (حق انصراف) به منشأ انتزاع خود وابسته است؛ برای مثال، هنگامی که شارع، ضرر قرارداد الکترونیکی را با حدیث یا قاعده «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» (وسائل الشیعه/۱۴/۳۶۴/حدیث ۳) نفی می کند، حکم وضعی حق انصراف از قرارداد الکترونیکی، با فرض بروز ضرر حاصل از قرارداد الکترونیکی، از حدیث یا قاعده مذکور، انتزاع می شود.

در نقد و ارزیابی این نظریه باید گفت: هر چند نظریه انتزاع، توانایی تفسیر حکم وضعی بودن نهاد حق انصراف قانون تجارت الکترونیکی ایران را دارد و حتی توانایی تفسیر حکم وضعی بودن نهاد حق انصراف کنوانسیون به عنوان این که کنوانسیون یکی از منابع حق ایران است را دارد، ولی این توانایی را در حق انصراف کنوانسیون نسبت به نظام های حقوقی که استناد به منابع حقوق اسلامی (و از جمله امامیه) منتفی است وجود ندارد. به این دلیل که انتزاع حکم وضعی حق انصراف از حکم تکلیفی در حقوق ایران که بخشی از منابع استنباط آن، حقوق اسلامی (و از جمله امامیه) است، معناپذیر است؛ اما این معناپذیری در کنوانسیون نسبت به نظام های حقوقی به دلیل فقدان استناد آن به منابع حقوق اسلامی (و از جمله امامیه) منتفی است.

### ۳-۳- معنای حکم بودن ماهیت حق انصراف در نظریه تفصیل

عده ای دیگر از عالمان، بین مصداق های حکم وضعی تفصیل قائل شده اند: بعضی از مصداق های حکم وضعی را قابل جعل مستقل تلقی نموده و برخی دیگر از مصداق های حکم وضعی را قابل جعل مستقل ندانسته و آنها را از حکم تکلیفی، قابل انتزاع تلقی کرده اند و بعضی دیگر از مصداق های حکم وضعی را نه قابل جعل مستقل و نه قابل انتزاع از حکم تکلیفی اعلام کرده اند، بلکه آنها را عبارت از امور واقعی تلقی نموده اند که شارع برای ما کشف کرده است، به طوری که اگر شارع آنها را برای ما کشف نمی کرد، ما نیز نمی توانستیم این امور واقعی را بشناسیم و شاید این امور واقعی،

دائم در پس پرده می ماند (اصطلاحات الاصول/۱۱۹). روش کشف شارع از اینگونه امور واقعی، گاهی با کشف عقل بشری انجام گرفته، و گاهی نیز با راهنمایی های دینی در جهت تنویر عقل همراه بوده است.

مثال های نوع نخست احکام وضعی را ملکیت، زوجیت، حجیت، قضاوت، نیابت، حریت و نظیر اینها اعلام کرد اند. قانونگذار، به ترتیب، حجیت خبر عادل، مالکیت آخذ مباحات و حاکمیت قاضی را به عنوان احکام وضعی با گزاره های: «عادل را تصدیق کنید»، «هر کسی چیزی را از مباحات حیزت کرد، مال اوست» و «او را به عنوان حاکم قرار دادم» جعل کرده است، لذا اینها مثال های قابل جعل مستقیم قانونگذار با الفاظ هستند.

مثال های نوع دوم احکام وضعی را جزئیت یا شرطیت چیزی برای مأمور به معرفی کرده اند که قابل جعل مستقل با الفاظ نیستند، ولی جزئیت و شرطیت، قابل انتزاع از تعلق حکم تکلیفی نظیر نماز است که دارای اجزاء و شروط متعدد است و هر جزئی از اجزای نماز و نیز هر شرطی از شروط نماز، برای نماز جزئیت و شرطیت دارد. مثال نوع سوم احکام وضعی را سببیت مصالح مثل نماز برای امر به نماز دانسته اند که قابل جعل مستقیم با الفاظ یا قابل جعل غیر مستقیم با روش انتزاع نیستند، زیرا این مطلب (سببیت مصالح نماز برای امر به نماز)، امری تکوینی بوده و مقلد بر وجوب نماز است، لذا جعل تشریحی وضعی معنایی ندارد؛ تا چه رسد به انتزاع آن از حکم تکلیفی، که رتبه اش متأخر است (همان؛ فرائد الاصول/۳۵۱). در حقیقت، شارع اینگونه حکم وضعی را از طریق عقل بشری و در مواردی با راهنمایی های دینی برای ما کشف می کند (فرائد الاصول/۳۵۱).

اگر نظریه انتزاعی و تفصیل را دیدگاه غیر مشهور بنامیم، می توانیم بگوئیم: دیدگاه غیر مشهور، ماهیت نظیر حق، ملک، خیار و از جمله حق انصراف را حکم وضعی معرفی می کنند که یا به طور مستقیم توسط قانونگذار جعل می گردد و یا با روش انتزاع، از حکم تکلیفی استخراج می شود و یا ابتدا از منشأ خارجی توسط شارع

کشف، و سپس برای ما از طریق عقل بشری و در مواردی با راهنمایی های دینی ارائه می گردد.

بنابراین، نظریه تفصیل در پاسخ این سؤال که منشأ انتزاع احکام وضعی چیست؟ سه عامل را منشأ انتزاع احکام وضعی معرفی کرده اند: عامل نخست، منشأ انتزاع را منطبق با نظر شیخ انصاری و پیروان وی، معرفی کرده و منشأ انتزاع اینگونه احکام وضعی را همان احکام تکلیفی می داند (همان). به این بیان که (مثلاً) حق تصرف، از منشأ حکم شارع بر مالکیت متصرف بر شیء، انتزاع می گردد و حق الماره، از منشأ حکم شارع بر اباحت خوردن از میوه های باغی که رهگذر از کنار آن عبور می کند، انتزاع می شود (حاشیه علی فرائد الاصول/۲۹۴) و حق انصراف قرارداد الکترونیکی از منشأ نفی حکم ضرری قانونگذار انتزاع می گردد. عامل دوم، منشأ انتزاع را سببیت مصالح امور برای امر به آن و سببیت مفاسد امور برای نهی از آن به عنوان حقیقت خارجی دانسته اند که سببیت مصالح امور، مقدم بر امر، و سببیت مفاسد امور، مقدم بر نهی هستند (کفایه الاصول/۳۰۶/۲) که شارع این منشأ خارجی را برای ما گاهی توسط عقل بشری و گاهی توسط راهنمایی های دینی کشف می کند.

در نقد و ارزیابی نظریه تفصیل باید گفت: طبق دیدگاه امکان جعل حکم وضعی، قانونگذار حق انصراف را به عنوان حکم وضعی آمره جعل کرده است، لذا ماهیت حق انصراف، حکم وضعی آمره است و طبق دیدگاه عدم امکان جعل مستقیم حکم وضعی، باید یکی از دو فرض را در نظر گرفت: نخست این که بپذیریم یک حکم تکلیفی، اعم از تأسیسی و یا امضائی، پیش از جعل حق انصراف وجود داشته است که حق انصراف از آن منشأ (حکم تکلیفی)، انتزاع گردیده و در مواد قانون تجارت الکترونیکی گنجانده شده است؛ و فرض دوم، این که قبول کنیم یک حقیقت و امر خارجی چون قرارداد ضرری به عنوان منشأ خارجی پیش از جعل حق انصراف وجود داشته است که حق انصراف به عنوان جلوگیری از حکم ضرری لزوم قرارداد از آن منشأ (نظیر قرارداد ضرری)، توسط عقل و یا با راهنمایی شارع کشف شده و در

مواد قانون تجارت الکترونیکی به عنوان حکم وضعی پیش بینی گردیده است. برای مثال، ضرر ناشی از لزوم عقود که عمومیت آن شامل قرارداد های الکترونیکی عصر حاضر نیز می شود ابتدا توسط عقل یا شارع کشف شده؛ و سپس حق انصراف برای جلوگیری از لزوم ضرر عقود در قالب حکم وضعی جعل گردیده و خود این جعل وضعی نیز یا طبق نظریه وضعی، به طوری مستقیم بوده؛ چنان که طبق نظریه انتزاع، از طریق انتزاع از حکم تکلیفی بوده است.

#### ۴-۳- معنای حکم بودن ماهیت حق انصراف در نظریه مختار

حکم بودن ماهیت حق انصراف در نظریه مختار، به معنای حکم وضعی مصدری است نه به معنای حکم وضعی اسم مصدری. بنابراین، نظریه های مذکور در تبیین معنای حکم بودن ماهیت حق انصراف، با اشکال مواجهند. با این استدلال که در نظریه های «وضعی، انتزاع و تفصیل»، از معنای مصدری و اسم مصدری حکم وضعی غفلت شده است، بلکه بین معنای مصدری و اسم مصدری حکم وضعی خلط گردیده و این سه نظریه بر اساس این غفلت و خلط ارائه شده است. توضیح این که حکم در معنای مصدری، که نسبت به فاعل لحاظ می گردد و معنای آن به فاعل نسبت داده می شود، عبارت از انشای یک امر تکلیفی و یا وضعی توسط قانونگذار است که انجام و یا ترک فعلی را اقتضا کند یا رخصت دهد و یا اثری عملی را بر آن مترتب سازد. این معنای (مصدری) حکم، شامل یکی از اقسام: حکم تکلیفی، حکم وضعی، حکم اولی، حکم ثانوی، حکم ظاهری، حکم واقعی، حکم امضائی، حکم تأسیسی و حکم قاضی می شود، لذا احکام وضعی نظیر ملکیت، زوجیت، حجیت، قضاوت، نیابت و حریت به معنای مصدری حکم قابل جعل هستند (احکام عمومی فسخ عقود لازم/۲۵)؛ لیکن حکم به معنای اسم مصدری، که نسبت به مفعول لحاظ می گردد و معنای آن به مفعول نسبت داده می شود و در اصطلاح به آن، حاصل فعل نیز اطلاق می گردد، عبارت از خود آن امر اعتباری انشاء شده و به اصطلاح، امر مجعول است (همان)؛ برای مثال، اگر بگوئیم: حکم حق انصراف در قانون تجارت الکترونیکی با حکم حق انصراف در کنوانسیون

متفاوت است، یا حکم وضعی حق انصراف عبارت از جواز فسخ قرارداد الکترونیکی توسط خریدار و مصرف کننده در مدت هفت روز کاری است، حکم در عبارت های مذکور، به معنای اسم مصدری حکم آمده است و یا اگر گفته شود: ماهیت حق انصراف در قانون تجارت الکترونیکی، حکم است، مراد از حکم، معنای اسم مصدری حکم است؛ نه معنای مصدری آن. بنابراین، هر چند حکم به معنای اسم مصدری، قابل جعل نیست و کسی نمی تواند حق، ملک، حکم، سبب، شرط، مانع، نجاست، طهارت، فساد و صحّت را در معنای اسم مصدری جعل کند، ولی موارد مذکور در معنای مصدری قابل جعل است.

حسن نظریه مختار، علاوه بر انطباق آن با واقعیت حکم وضعی، در این است که وجه جمع سه نظریه مزبور در نحوه جعل و تعریف حکم وضعی محسوب می شود (همان).

#### ۴- معنای حق بودن ماهیت حق انصراف در نظریه های: اصل اختصاص ملک، سلطنت، اضافه بیانی و انتزاع

اگر ماهیت انصراف مصرف کننده از قرارداد های الکترونیکی را نوعی حق و از مقررات تکمیلی تلقی نماییم، این سؤال مطرح می شود که مقصود از این نوع حق چیست؟ ما پاسخ این سؤال را با استناد به نظریه های «اختصاص، سلطنت، اضافه بیانی و انتزاع» به شرح ذیل طرح و بررسی می کنیم:

##### ۴-۱- معنای حق بودن ماهیت حق انصراف در نظریه اختصاص

نظریه اختصاص، حق انصراف را نوعی اختصاص تلقی می کند. اختصاص، عبارت از چیزی است که به طور اجمال، حتی قبل از تشکیل جامعه وجود داشته و پس از تشکیل آن به شکل های گوناگون و متنوعی ظاهر شده است (المیزان/۲/۵۴) و یکی از این نوع اختصاصات، حق انصراف است. علامه طباطبایی معتقد است که اصل اختصاص، مفهوم گسترده ای دارد و شامل اصل اختصاص حق، اصل اختصاص ملک،

اصل اختصاص دوست، اصل اختصاص زوجیت، اصل اختصاص پدری و فرزندی و خویشاوندی و سایر اختصاصات می شود (اصول فلسفه و روش رئالیسم/۲/۲۱۲). طبق این بیان، حق انصراف از قسم اصل اختصاص ملک است.

در تحلیل حقوقی اصل اختصاص ملک و این که ماهیت حق انصراف، نوعی از اصل اختصاص ملک است، می توان گفت: ماهیت حق انصراف، مرتبه ضعیف ملک است که از رابطه اعتباری خاص میان مالک و مملوک نشأت می گیرد (نهج الفقاهه/۶-۷). به این بیان که اگر بین انسان و چیزی، رابطه کامل در تصرف برقرار گردد، یعنی انسان در آن چیز برای هر نوع تصرف، صلاحیت داشته باشد به این رابطه کامل در تصرف میان انسان و آن چیز، «ملک» گویند، ولی اگر بین انسان و چیزی رابطه ضعیف در تصرف برقرار گردد، یعنی انسان در آن چیز برای هر نوع تصرف، صلاحیت نداشته باشد، بلکه صرف تصرف خاص (محدود) را مالک باشد به این رابطه خاص (محدود) در تصرف، «حق» گویند (تعلیقه بر بلغه الفقیه/۱/۳۳).

بنابراین، اگر ماهیت حق انصراف را به اصل اختصاص ملک به معنای حق مالی تعریف کنیم، تعریف ملک نیز شامل آن خواهد شد. با این استدلال که شهید اول (القواعد و الفوائد/۲/۱۳۳) و جلال الدین سیوطی (الاشباه و النظائر/۳۴۲)، ملک را عبارت از اعتبار شرعی دانسته اند که به عین یا منفعت تعلق می گیرد و قدرت مطلق بهره برداری یا عوض گرفتن از آنها را برای شخص از آن نظر که مالک مطلق است به همراه می آورد؛ همچنین امام خمینی (ره)، ملک را اعتبار عقلانی می داند که یکی از آثار آن (نه تمام آثار آن)، قدرت اعتباری شخص بر تغییر و تحوّل مملوک است (البیع/۱/۲۵). اگر این دو تعریف را به ماهیت حق انصراف تطبیق کنیم، طبق دیدگاه امام خمینی، ماهیت حق انصراف، نوعی مالکیت اعتباری عقلایی بر فسخ عقد منعقد شده است؛ چنان که طبق دیدگاه فقیهان نخست، ماهیت حق انصراف، نوعی اعتبار قانونی است که به عین یا منفعت تعلق می گیرد و قدرت انصراف از قرارداد یا اسقاط حق انصراف از قرارداد یا امضای قرارداد را برای ذیحق از آن نظر که مالک است به همراه می آورد (هدایه



الطالب/۱۵۱). قانونگذار تجارت الکترونیکی و نیز تدوین و تصویب کنندگان کنوانسیون، این حق اختصاص ملک را با مصداق حق انصراف به رسمیت شناخته و امر عینی و عرفی مسلم اصل اختصاص ملک را با عنوان حق انصراف امضاء و جعل کرده اند.

#### ۲-۴- معنای حق بودن ماهیت حق انصراف در نظریه سلطنت

نظریه سلطنت، ماهیت حق انصراف را نوعی سلطنت اعتباری و قراردادی می داند که یک انسان بر مالی یا بر شخصی یا بر هر دو دارد؛ اعم از این که آن در مفهوم مقابل ملک به کار رود و یا مرادف ملک استعمال شود (تعلیق بر بلغه الفقیه/۱۳/۱؛ درس فی اصول القانون/۱۴/۲؛ مقدمه علم حقوق/۲۷۶). فرق ملک و حق انصراف در این نظریه آن است که ملک، عبارت از قدرت و سلطنت عام است، ولی حق انصراف، قدرت و سلطنت خاص (محدود) است (ارشاد الطالب/۱۲/۲). این تعریف حق انصراف، از تعریف فقیهان در مورد ملک، قابل استخراج است. با این توضیح که عده ای از فقیهان و از جمله مرحوم خوئی (همان) و نیز طباطبائی یزدی (حاشیه المکاسب/۵۷) ملک را به معنای سلطنت و قدرت اعتباری بر تغییر و تحوّل در عین مملوک تعریف کرده اند.

در نقد و ارزیابی این نظریه باید گفت: اگر ماهیت حق انصراف، نوعی سلطنت تلقی گردد، معنای آن عبارت از نوعی قدرت و سلطه بر فسخ عقد منعقدشده خواهد بود. طبق این نظریه، حق انصراف، از سلطنت شخص بر اموالش ناشی می شود و دلیل این که شخص می تواند چنین حقی را نسبت به قرارداد الکترونیکی اعمال نماید، عبارت از قدرت و سلطنت شخص بر مالش است، زیرا هر مالکی، انواع سلطنت و هر گونه تصرف و از جمله حق مذکور را بر مال خود دارد و قاعده «إِنَّ النَّاسَ مُسْلَطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» (عوالی اللّٰکی/۲۰۸/۳/حدیث ۴۹) نیز حق انصراف را نوعی سلطه مالک بر مالش محسوب می کند و حق مذکور را نتیجه سلط مالک بر مالش می داند، ولی سؤال این است که آیا شخص بعد از خرید و فروش و لزوم معامله، باز حق سلطنت بر مورد معامله انتقال یافته دارد و به عبارت دیگر، آیا خرید و فروش الکترونیکی، نظیر سایر عقود لازم، بعد از رعایت همه شروط معامله، لازم و قطعی نمی شود و خریدار در

مالکیت مال خود باقی می ماند و در نتیجه می تواند در مال مورد معامله باز سلطنت داشته باشد و یا معامله مذکور، این حق را از او منتفی اعلام می کند؟ و به عبارت دیگر، سؤال می شود که مبنای حق انصراف چیست که امکان چنین حقی را برای خریدار فراهم کرده است؟ در پاسخ این سؤال باید گفت: در حقوق ایران، اصول شناخته شده عقود، چنین حقی را در موارد خیارات به رسمیت می شناسد. بنابراین، سؤال مزبور در حقوق ایران وارد نیست، بلکه این سؤال متوجه کنوانسیون است. به این دلیل که حق فسخ قرارداد در کنوانسیون های مصوب سازمان ملل متحد و از جمله کنوانسیون مورد بحث و نیز کنوانسیون بیع بین المللی کالا، بسیار نادر پیش بینی شده است و تصویب حق انصراف در کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قرارداد های بین المللی جای پرشش دارد و به توجیه علمی نیاز است. توجیه علمی به این بیان است که بگوئیم: حق انصراف، منطبق با نیاز های تجارت الکترونیکی پیچیده امروز و کاربرد های مورد نظر آن در قرارداد های الکترونیکی بوده و قانونگذار آن را برای حمایت انحصاری از معاملات در بستر مبادلات الکترونیکی مقرر کرده است تا مصرف کننده را از این طریق، مورد حمایت خود قرار دهد و او را از ضرر اینگونه معاملات ایمن دارد. به ویژه این که خریدار و مصرف کننده، کالا و خدمات را بدون رؤیت فیزیکی خریده و آن را تنها در محیط مجازی مشاهده نموده است، و احتمال جدی وجود دارد که کالا و خدمات را بعد از دریافت و مشاهده، منطبق با نظرش نیابد. بنابراین، هدف از جعل حق انصراف و تجویز انصراف از قرارداد الکترونیکی، جلوگیری از ورود ضرر به اوست.

### ۳-۴- معنای حق بودن ماهیت حق انصراف در نظریه اضافه بیانی

طبق نظریه اضافه بیانی، حق انصراف، یک ماهیت ویژه خود نسبت به سایر حق های مورد شناسایی حقوق دارد؛ برای مثال، ماهیت حق انصراف از ماهیت سایر حق ها نظیر حق خیار، حق تمتع، حق نفقه، حق اعراض و حق اسقاط، متمایز و متفاوت است. بعضی از محققان، این نظریه را در مورد حق مطرح کرده و حق را اضافه بیانی دانسته و

گفته اند: وقتی که حق به چیزی اضافه می شود - نظیر اضافه شدن حق به ولایت و زوجیت و خیار - اضافه بیانی می شود. اضافه بیانی به این معناست که حق در هر موردی، معنای خاص خودش را دارد و معنای حق در هیچ موردی با معنای حق در دیگر موارد، یکسان نیست؛ برای مثال، معنای حق در عنوان حق ولایت، با معنای حق در حق زوجیت متفاوت است، لذا معنای حق در این دو مورد، هیچ وجه مشترکی ندارد، بلکه آن دو، به طور کامل متباین هستند. غروی اصفهانی از میان فقیهان، این نظریه را برگزیده است (حاشیه المکاسب/۱۰). طبق این نظریه، اگر خیار به چیزی اضافه گردد، یک معنای ویژه پیدا می کند و اگر این خیار به چیز دیگری اضافه شود، معنای جدیدی به دست می آید؛ برای مثال، حق خیار غبن، با حق خیار عیب متفاوت است و سایر خيارات نیز اینگونه هستند، لذا حق انصراف نیز یک معنای ویژه خود را دارد و از سایر خيارات متمایز و متفاوت است.

در نقد و ارزیابی این نظریه باید گفت: اشکال این دیدگاه آن است که ماهیت حق چون حق انصراف را تحلیل نمی کند، بلکه تنها ماهیت هر حق و از جمله، حق انصراف را از ماهیت سایر حق هایی چون خيارات مرسوم تفکیک می نماید. مشکل تعریف حق این است که یافتن جنس و فصل تعریف حق و ارائه یک تعریف با حدّ تامّ، امری مشکل است. این مشکل در ارائه یک تعریف ماهوی برای هر امر تکوینی و حقیقی وجود دارد و حق از آن مستثنی نیست. وقتی وصف امور تکوینی چنین باشد، مشکل در تعریف ماهوی امور اعتباری بیشتر خواهد شد (احکام عمومی فسخ عقود لازم/۶۸). در هر صورت، اگر از این نوع ایرادات صرف نظر شود تعریف ذیل را برای ماهیت حق ارائه می دهیم، سپس ماهیت انصراف را بر آن تطبیق می کنیم: حق، عبارت از امری اعتباری، اعمّ از عقلی و عقلایی است که بر حسب آن، شخص، قدرت قانونی بر نوعی تصرف خارجی یا اعتباری پیدا می کند و لازمه آن، امتیاز برای ذیحق بر دیگران و اختصاص متعلق حق به وی می باشد، چنان که لازمه آن، تعلق اضافه دیگری میان من له الحق و من علیه الحق خواهد بود و بر اساس آن، من علیه الحق موظّف است جانب من

له الحق را در مورد حق وی رعایت کرده و از تجاوز به آن خودداری کند (درآمدی بر حقوق اسلامی/۵۲). بر اساس تعریف مذکور، ماهیت حق انصراف از قرارداد الکترونیکی، عبارت از اعتبار قانونگذار- خواه قانون تجارت خواه کنوانسیون- است تا بر حسب آن، ذیحق (خریدار و مصرف کننده)، قدرت قانونی بر نوعی تصرف در قرارداد و یا مورد آن پیدا کند و لازمه آن، امتیاز برای ذیحق بر دیگران و اختصاص متعلق حق به وی است، چنان که لازمه آن، تعلق اضافه دیگری میان من له الحق و من علیه الحق است، لذا من علیه الحق موظف است جانب من له الحق را در مورد حق وی رعایت کرده و از تجاوز به آن خودداری کند.

#### ۴-۴- معنای حق بودن ماهیت حق انصراف در نظریه انتزاع

آخوند خراسانی، نظریه انتزاع را در تعریف حق مطرح کرده و نوشته است:

«حق، اعتبار ویژه و اضافه خاصی است که از حکمی وضعی یا تکلیفی و یا از منشأ دیگری انتزاع می شود؛ برای مثال، حق تصرف، از منشأ حکم شارع بر ملکیت متصرف شیء انتزاع می گردد، و یا حق ماره، از منشأ حکم شارع بر اباحه خوردن از میوه های باغی که رهگذر از کنار آن عبور می کند، انتزاع می شود» (حاشیه علی فرائد الاصول/۲۹۴).

در این دیدگاه، حق، یک امر پیرو و تبعی است؛ به این معنا که تابع منشأ انتزاع خودش است و این منشأ انتزاع یا حکمی از احکام الهی، عقلائی و عرفی است و یا حکمی از منشأ انتزاعی دیگر، به طوری که اگر فرض شود که منشأیی در بین نباشد، حقی نیز در بین نخواهد بود؛ همچنین منشأ انتزاع در نوع حق نیز دخیل است؛ برای مثال، حقی که منشأ انتزاع آن، رعایت حال شریک و جلوگیری از ورود ضرر باشد، حق شفعه نامیده می شود و یا حق خیاری که از منشأ ادله ضرر ثابت شده است، حق خیار غبن و حق خیار عیب نامیده می شود، و همین طور هر کدام از حق رجوع در هبه و عاریه، حق غرمای متعلق به مال مفلس و میت، حق نفقه اقارب، حق یمین و حق

دعوی، منشأ متفاوت با دیگری دارد و هر کدام با عنوان خاص نامیده می‌شوند و هر کدام دارای ماهیت متفاوت با ماهیت دیگری است (احکام عمومی فسخ عقود لازم/ ۵۸-۵۹). در نقد و ارزیابی این نظریه باید گفت: طبق این دیدگاه، ماهیت حق انصراف در کنواسیون، یک نوع حق انتزاعی از منشأ خودش است. با این استدلال که حق انصراف، از قاعد مذکور مستثنی نیست، لذا از یک منشأ انتزاع شده است و این منشأ انتزاع یا یک حکم شرعی، اعم از تکلیفی و یا وضعی است و یا یک حکم وضعی عقلایی و عرفی می‌باشد و یا یک منشأ خارجی دیگری است و بدون این منشأ انتزاع، حق انصرافی در بین نخواهد بود و این گفتار، معنای تبعیت هر حقی و از جمله حق انصراف، از منشأ انتزاع خود می‌باشد. بنابراین، باید یک منشأ انتزاعی پیش از حق انصراف وجود داشته است تا حق انصراف از آن منشأ، انتزاع گردد.

البته هرچند تدوین و تصویب کنندگان کنوانسیون، حق انصراف را از حکم تکلیفی انتزاع نکرده اند؛ لیکن از آنجایی که قاعده نفی ضرر در حقوق اسلامی ادله متعدد عقلایی، عرفی و عقلی دارد، به طوری که پیش از اسلام نیز یک قاعده مردم پسند بوده و همین ذهنیت اجتماعی مردم سبب تأیید و امضای حکم عقلایی توسط شارع مقدس اسلام در نفی حکم ضرری شده است، لذا جعل حق انصراف به عنوان حکم وضعی توسط تدوین و تصویب کنندگان کنوانسیون به منظور رفع ضرر از لزوم و قطعیت قرارداد های الکترونیکی به معنای انتزاع حکم وضعی مذکور از حکم وضعی در فهم اجتماعی مشترک مردم روزگار قدیم و جدید است. جالب این است که اینگونه احکام وضعی در حقوق اسلامی بسیار زیاد بوده، و به احکام امضائی معروف و مرسوم است. به ویژه این که بررسی پیشینه تدوین و تصویب کنوانسیون نشان می‌دهد که فرض مزبور، واقعیت کنوانسیون را بهتر گزارش می‌کند. با این استدلال که تدوین و تصویب کنندگان کنوانسیون، حق انصراف از قرارداد های الکترونیکی را با عنایت به نیازهای تجارت الکترونیکی پیچیده امروز و کاربرد های مورد نظر آن و برای حمایت انحصاری از خرید و فروش در بستر مبادلات الکترونیکی، تنظیم نموده و به تصویب

رسانده است تا خریدار و مصرف کننده را از این طریق، مورد حمایت خود قرار دهد و از ورود ضرر به او جلوگیری نماید و از آنجایی که (طبق نظر مشهور)، در اینجا ضرر احتمالی تنها از لزوم و قطعی بودن قرارداد ناشی می شود (منیه الطالب/۱۱۳/۳)، لذا حق انصراف را برای مصرف کننده و خریدار تجویز کرده است تا جلو ورود ضرر ناشی از قطعیت قرارداد را با تجویز حق انصراف رفع نماید. بنابراین، حق انصراف به عنوان یک حق، از ماهیت مقررات تکمیلی از منشأ لزوم قرارداد الکترونیکی انتزاع شده و ماده ۱۴ کنوانسیون و سایر موارد مرتبط آن را جهت تنظیم حقوق حق انصراف پدید آورده است.

### نتیجه گیری

تحقیق حاضر در پاسخ این سؤال اصلی: «ماهیت حق انصراف قرارداد های الکترونیکی در قانون تجارت الکترونیکی و در کنوانسیون چیست؟» به این نتایج دست یافت:

اولاً، قانون تجارت الکترونیکی و کنوانسیون، امکان فسخ قرارداد الکترونیکی را به ترتیب با عنوان: «حق انصراف در قرارداد از راه دور»، و «حق انصراف از ارتباط الکترونیکی» متفاوت تعبیر نموده اند؛ ثانیاً، حق انصراف از قرارداد الکترونیکی در قانون تجارت الکترونیکی به معنای بازگشت از قبول کالا و خدمات از قرارداد منعقد شده است، در حالی که حق اعلام انصراف از ارتباط الکترونیکی در کنوانسیون به معنای بازگشت از ارتباط الکترونیکی، اعم از منعقد شده و نشده است؛ ثالثاً، ماهیت حق انصراف در تجارت الکترونیکی، یک حکم آمره است که قرارداد اشخاص علیه آن مؤثر نیست، ولی ماهیت حق انصراف در کنوانسیون، یک حکم تکمیلی است که حق شرط اشخاص علیه آن نافذ است؛ بنابراین، ماهیت حق انصراف در قانون تجارت الکترونیکی، متفاوت از ماهیت حق انصراف در کنوانسیون است.

همچنین تحقیق در پاسخ این سؤال که: «مقصود از حکم بودن ماهیت حق انصراف در قانون تجارت الکترونیکی چیست؟» به این نتیجه رسید که نظریه های متعددی در این مورد به این شرح مطرح هستند: اولاً، طبق نظریه وضعی، حکم بودن ماهیت حق انصراف به معنای حکم تأسیسی قانونگذار است؛ ثانیاً، وفق نظریه انتزاع، حکم بودن ماهیت حق انصراف به معنای حکم وضعی انتزاعی قانونگذار است؛ ثالثاً، بر اساس نظریه تفصیل، حکم بودن ماهیت حق انصراف، مختلف معنا شده است. طبق دیدگاه امکان جعل حکم وضعی، حکم بودن ماهیت حق انصراف، به معنای حکم وضعی، اعم از امضائی یا تأسیسی است و طبق دیدگاه عدم امکان جعل مستقیم حکم وضعی، حکم بودن ماهیت حق انصراف به معنای حکم وضعی امضائی است؛ رابعاً، حکم بودن ماهیت حق انصراف در نظریه مختار به معنای حکم وضعی مصدری است؛ نه به معنای حکم وضعی اسم مصدری. این معنای حکم، نظریه های پیشین را مورد خدشه قرار داد و رد نمود.

همچنین این تحقیق در پاسخ این سؤال که: «منظور از حق بودن ماهیت حق انصراف در کنوانسیون چیست؟» به این نتیجه رسید که نظریه های مختلف در این مورد مطرح هستند و این نظریه ها را می توان اصل اختصاص ملک، سلطنت و اضافه بیانی دانسته، و به این بیان شمارش کرد: اولاً، نظریه اصل اختصاص ملک، حق بودن ماهیت حق انصراف را به معنای اصل اختصاص ملک یا مرتبه ضعیف ملک دانست که از رابطه اعتباری خاص میان مالک و مملوک نشأت می گیرد؛ ثانیاً، نظریه سلطنت، حق بودن ماهیت حق انصراف را به معنای نوعی سلطنت اعتباری و قراردادی دانست که ذیحق بر فسخ قرارداد الکترونیکی منعقد شده دارد؛ ثالثاً، طبق نظریه اضافه بیانی، حق بودن ماهیت حق انصراف را به معنای ماهیت ویژه ای نسبت به سایر حق های مورد شناسایی حقوق دانست. ایراد این نظریه آن است که تنها به جنبه سلبی ماهیت حق انصراف پرداخته و از جنبه اثباتی آن صرف نظر کرده است؛ رابعاً، طبق نظریه انتزاعی،

ماهیت حق انصراف در کنواسیون، یک نوع حق انتزاعی است که از منشأ انتزاع حکمی از احکام الهی، عقلی، عرفی و یا حقیقت خارجی انتزاع می شود. بنابراین، در یک نتیجه گیری کلی می توان ادعا کرد: هرچند یکی از نهاد های انحصاری قانون تجارت الکترونیکی و کنوانسیون، حق انصراف از قرارداد های الکترونیکی در حمایت از حقوق مصرف کننده است، ولی ماهیت حق انصراف قانون تجارت الکترونیکی، با ماهیت حق انصراف کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قرارداد های بین المللی، به همان میزان که دارای تشابه اسمی و ظاهری است، دارای تفاوت ماهوی و حقیقی نیز می باشد، به طوری که ماهیت حق انصراف در کنوانسیون، با ماهیت حق انصراف در قانون تجارت الکترونیکی متفاوت است.

### منابع

- آل بحر العلوم، سید محمد، **بلغه الفقیه**، ج ۱، ج ۴، شرح و تعلیقه سید محمد تقی آل بحر العلوم، تهران، مکتبه الصادق، ۱۴۰۳ق.
- ابن ابی جمهور، محمد بن علی بن ابراهیم احسایی، **عوالی اللآلی العزیزه فی الأحادیث الدینیة**، ج ۳، تحقیق مرعشی و مجتبی عراقی، قم، مؤسسه سید الشهداء، ۱۴۰۳ق.
- اراکی، محمدعلی، **الخيارات**، قم، نشر مهر، ۱۴۱۴ق.
- امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، ج ۱، ج ۱۱، تهران، کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۷۱.
- انصاری، مرتضی (شیخ)، **المکاسب**، ج ۲، اطلاعات، تبریز، چاپ سنگی ۱۳۷۵ق.
- \_\_\_\_\_، **فرائد الاصول**، چاپ سنگی، تک جلدی.
- باقری اصل، حیدر، **احکام عمومی فسخ قانونی عقود لازم**، تبریز، انتشارات دانشگاه تبریز، ۱۳۹۰.
- تبریزی، میرزا جواد، **ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب**، ج ۲، قم، نشر مهر، ۱۳۹۹ق.
- **تصویب نامه شماره ۳۵۷۸۱/ت/۳۶۹۷۵ مورخ ۱۳۸۶/۳/۸ هیأت وزیران** در اجرای ماده دو آئین نامه چگونگی تنظیم و انعقاد توافقی های بین المللی مصوب ۱۳۷۱. ش مبنی بر امضای موقت کنوانسیون سازمان ملل متحد در خصوص استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قرارداد های بین المللی مورخ ۲۳ نوامبر ۲۰۰۵م.



۳۱ \_\_\_\_\_ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۹ - شماره ۱۷ - پاییز و زمستان ۹۶

- حرّ عاملی، محمد بن حسن، **وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، ج ۱۴، تصحیح محمد رازی، بیروت، دار احیاء التراث، ۱۳۸۷ق.

- حکیم، سید محسن طاطبائی، **نهج الفقاهه**، قم، انتشارات ۲۲ بهمن، بی تا.

- حسینی شیرازی، سید محمد، **ایصال الطالب الی مکاسب**، ج ۱۱، تهران، انتشارات اعلمی، بی تا.

- خراسانی، محمد کاظم، **حاشیه علی فرائد الاصول**، قم، مؤسسه اسماعیلیان، بی تا.

- \_\_\_\_\_، **کفایه الاصول**، ج ۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا.

- **دستور العمل ۹۷/۱/EC پارلمان اروپا و شورا** مصوب ۲۰ می ۱۹۹۷ در مورد حفاظت از مصرف کنندگان در ارتباط با قرارداد های از راه دور.

- **دستور العمل ۲۰۱۱/۸۳/EU پارلمان اروپا و شورا** مصوب ۲۵ اکتبر ۲۰۱۱ درباره حمایت از مصرف کننده.

- دفتر همکاری، **درآمدی بر حقوق اسلامی**، قم، انتشارات اسلامی، ۱۳۶۴.

- سیوطی، جلال الدین، **الأشباه و النظائر**، مصر، منشورات دار احیاء الکتب العربیه، مصر، بی تا.

- شرقاوی، جمیل، **دروس فی أصول القانون**، ج ۲، قاهره، دار النهضة العربیه، ۱۹۶۶م.

- شهیدی تبریزی، میرزا فتح، **هدایه الطالب الی اسرار مکاسب**، تبریز، دار الصناعم، ۱۳۷۲ق.

- طباطبائی، سید محمدحسین، **اصول فلسفه و روش رئالیسم**، ج ۲، با پاورقی مرتضی مطهری، قم، انتشارات صدرا، بی تا.

- \_\_\_\_\_، **المیزان فی تفسیر القرآن**، ج ۲، تهران، دار الکتب الاسلامیه، بی تا.

- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، **حاشیه مکاسب**، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸ق.

- عاملی، محمد جمال الدین مکی (شهید اول)، **القواعد و الفوائد**، ج ۲، تحقیق عبدالهادی حکیم، قم، مکتبه المفید، بی تا.

- غروی اصفهانی، محمدحسین، **حاشیه مکاسب**، تحقیق محمد آل سباع، دار المصطفی، ۱۴۱۸ق.

- فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف، **ایضاح الفوائد**، ج ۱، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۸۸ق.

- **قانون آئین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی**، مصوب ۱۳۷۹.

- **قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**.

- **قانون تجارت الکترونیکی ایران**، مصوب ۱۳۸۲.ش.

- **قانون مدنی ایران**.

- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قرارداد ها، ج ۱، چ ۲، تهران، انتشارات مدرّس، ۱۳۷۲.
- \_\_\_\_\_، مقدمه علم حقوق، چ ۱۱، انتشارات بهمن برنا، ۱۳۷۱.
- کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قرارداد های بین المللی مصوب ۲۳ نوامبر ۲۰۰۵ م. سازمان ملل متحد.
- مشکینی، علی، اصطلاحات الأصول، قم، انتشارات حکمت، ۱۳۴۸.
- مقررات نمونه تجارت الکترونیکی آنسیترال ۱۹۹۶ م.
- موسوی خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، ج ۱، چ ۴، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، ۱۴۱۰ ق.
- نائینی، محمدحسین، منیه الطالب، ج ۳، تقریرات خوانساری، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ق.
- **Directive 97/7/EC of the European parliament and of the council of 20 may 1997 on protection of consumers in respect of distance contacts.**
- **Directive 2011/83/EU of the European parliament and of the council of 25 October 2011 on consumer rights**
- **Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce 1996.**
- **Report of the Working Group on Electronic Commerce.**
- **Segovia, Javier, S.Sozepaniak Piotr, Niedzwie Dziniski (2013), Ecommerce & Intelligent Methods, Spain, Springer.**
- **Uncitral Model Law on Electronic Signatures with Guide to Enactment 1996, United Nations Publication, New York 1999**
- **United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts.**