



# بررسی تطبیقی حق انصراف در حقوق مدنی

تالیف

صادق عزیزی

((قاضی دادگستری))

انتشارات قانون یار

۱۳۹۷

# فهرست مطالب

## فصل اول ..... ۱۲

مفاهیم و تاریخچه قراردادهای از راه دور ..... ۱۲

مقدمه ..... ۱۲

مبحث نخست - تاریخچه قراردادهای از راه دور ..... ۱۳

مبحث دوم مفهوم قرارداد از راه دور ..... ۲۴

گفتار اول - رابطه قراردادی تأمین کننده - مصرف کننده

(c۲b) ..... ۲۷

۱-۱- کالا یا خدمت ..... ۳۶

۱-۲- کاربرد غیر حرفه‌ای ..... ۳۷

۱-۲-۱- هدف غیر تجاری ..... ۳۸

۱-۲-۲- اهلیت غیر تجاری ..... ۴۰

ب- مفهوم تأمین کننده ..... ۴۴

گفتار دوم - استفاده انحصاری از وسایل ارتباط از راه دور ..... ۴۸

گفتار سوم - طرح سازماندهی شده فروش ..... ۵۳

مبحث سوم - قراردادهای از راه دور و قراردادهای مشابه ..... ۵۶

گفتار اول - قراردادهای از راه دور و عقود غایبین ..... ۵۶

گفتار دوم- قراردادهای از راه دور و قراردادهای

الکترونیکی ..... ۵۹

گفتار سوم- قراردادهای از راه دور و مبادلات الکترونیکی

..... ۶۶

## فصل دوم ..... ۷۲

تحلیل مبانی و ماهیت حق انصراف ..... ۷۲

مبحث نخست- کلیات ..... ۷۴

گفتار اول- تاریخچه حق انصراف ..... ۷۵

گفتار دوم- مفهوم حق انصراف ..... ۸۳

گفتار سوم- اوصاف حق انصراف ..... ۸۶

الف- عمل حقوقی یک جانبه ..... ۸۷

ب- رضایی بودن ..... ۸۸

پ- آمرانه بودن ..... ۸۹

گفتار چهارم- متعلق حق انصراف ..... ۹۰

گفتار پنجم- نهادهای مشابه حق انصراف ..... ۹۴

الف- خیار مجلس ..... ۹۵

ب- خیار حیوان ..... ۱۰۲

پ- خیار موامره ..... ۱۰۷

- ت- خیار رویت ..... ۱۱۰
- ث- خیار تجربه ..... ۱۱۴
- مبحث دوم- مبانی حق انصراف ..... ۱۱۶
- گفتار اول- حمایت از مصرف کننده ..... ۱۱۹
- الف- حمایت از مصرف کننده در مقابل عدم تقارن اطلاعاتی ..... ۱۲۰
- ۱- مفهوم عدم تقارن اطلاعاتی ..... ۱۲۰
- ۲- عدم تقارن اطلاعاتی در قراردادهای از راه دور ..... ۱۲۶
- ۳- تأثیر حق انصراف در ایجاد تقارن اطلاعاتی ..... ۱۳۱
- ب- حمایت از مصرف کننده در مقابل رویه‌های تجاری  
تهاجمی: ..... ۱۳۴
- گفتار دوم- مبنای مرکب ..... ۱۴۱
- گفتار سوم- دشواری توجیه حق انصراف در خدمات ... ۱۴۶
- گفتار چهارم- توجیه حق انصراف بر مبنای تحلیل  
اقتصادی ..... ۱۴۸
- گفتار پنجم- توجیه حق انصراف بر مبنای مفهوم غرر ..... ۱۵۲
- الف- مفهوم غرر ..... ۱۵۲
- ب- ملاک تحقق غرر ..... ۱۵۴

- ۱۵۸..... تأثیر غرر بر معاملات
- ۱۵۹..... ت- راههای مقابله با غرر در معاملات
- ۱۶۷..... ث- غرر در قراردادهای از راه دور
- ۱۶۸..... ۱- تفاوت محیط واقعی و مجازی
- ۱۶۹..... ۱-۱- کالاهای نوظهور
- ۱۷۱..... ۱-۲- کالاهای متداول
- ۱۷۵..... ۲- غرر ناشی از حکم قانون گذار
- ۳- غرر از حیث تعیین قانون حاکم در قراردادهای
- ۱۷۷..... بین‌المللی
- ۱۷۸..... ج- تأثیر حق انصراف در رفع غرر
- ۱۷۹..... چ- اشکالات قابل طرح بر این مبنا
- ۱۸۱..... مبحث سوم- الگوهای جدید از حق انصراف
- ۱۸۲..... الف- حق انصراف به عنوان پیش فرض
- ۱۸۴..... ب- حق انصراف به عنوان اختیار
- ۱۸۶..... مبحث چهارم- ماهیت حق انصراف
- ۱۸۷..... گفتار اول- مفهوم حق و حکم
- ۱۹۱..... گفتار دوم- تفاوت حکم و حق
- ۱۹۸..... گفتار سوم- انصراف از قراردادها: حق یا حکم؟
- ۲۰۰..... الف- معیار منشا پیدایش

ب- معیار قابلیت اسقاط و انتقال ..... ۲۰۹

## فصل سوم ..... ۲۱۹

تحلیل احکام حق انصراف ..... ۲۱۹

مبحث اول- قلمرو اعمال حق انصراف ..... ۲۲۰

گفتار اول- قراردادهای استثنا شده از مقررات حمایتی

قراردادهای از راه دور ..... ۲۲۲

الف- قراردادهای راجع به خدمات مالی ..... ۲۲۳

ب- معاملات راجع به فروش اموال غیر منقول و یا حقوق

مالکیت ناشی از اموال غیرمنقول به جز اجاره: ..... ۲۲۵

پ- قراردادهایی که بواسطه دستگاههای فروش خودکار

منعقد می‌شوند ..... ۲۲۸

ت- قراردادهایی که توسط متصدیان دستگاههای ارتباط از

راه دور و بواسطه تلفن‌های عمومی منعقد می‌شود .... ۲۳۲

ث- قراردادهایی که در مزایده و حراجی منعقد می‌شوند

..... ۲۳۳

گفتار دوم- قراردادهای استثنا شده از اعمال مقررات حق

انصراف ..... ۲۴۶

- ب- قراردادهای راجع به ارائه خدمات برای تحویل مواد غذایی یا سایر کالاهایی که مورد مصرف روزانه دارند: ۲۵۳
- پ- قراردادهای راجع به کالا یا خدماتی که قیمت آنها توسط نوسانات بازارهای مالی تعیین می‌شود و خارج از اختیار تأمین‌کننده است: ..... ۲۵۴
- ت- کالاهای ساخته شده با مشخصات فردی مصرف‌کننده که به طور واضح جنبه شخصی دارند یا اینکه به دلیل طبیعت آنها نمی‌توانند بازپس داده شوند و یا اینکه به سرعت قابلیت فساد و خرابی دارند: ..... ۲۵۶
- ث- نوارهای صوتی و تصویری و نرم‌افزارهای رایانه‌ای بسته‌بندی شده که به وسیله مصرف‌کننده باز شده باشند و نیز کارتهای اشتراک رمزدار اینترنتی که بسته‌بندی و رمز آن باز شده باشد..... ۲۶۲
- ج- روزنامه، نشریه و مجلات مطابق تعریف قانون مطبوعات..... ۲۶۶
- چ- خدمات تفریحی، بازی، و بخت آزمایی ..... ۲۶۷
- گفتار سوم- تأثیر اراده طرفین توسعه قلمرو اعمال حق انصراف..... ۲۶۹
- الف- اعمال مقررات حمایتی به عنوان شرط استاندارد ۲۷۲

- ب- اعمال مقررات حمایتی به عنوان توسعه محدوده قانون  
۲۷۳.....
- مبحث دوم وظایف طرفین رابطه حق انصراف..... ۲۷۸
- گفتار اول- وظایف تأمینکننده..... ۲۷۹
- الف- ارائه اطلاعات مقدماتی..... ۲۷۹
- ب- تأیید نهایی اطلاعات..... ۲۸۶
- گفتار دوم- وظیفه مصرفکننده..... ۲۹۶
- مبحث سوم- دوره انصراف..... ۲۹۷
- گفتار اول- دارنده حق انصراف..... ۲۹۸
- الف- خرید کالا به نفع شخص ثالث..... ۲۹۸
- ب- توافق برای اعطای حق انصراف به تأمینکننده... ۳۰۵
- گفتار دوم- شروع دوره انصراف..... ۳۰۸
- الف- شروع دوره انصراف در کالاهای بسته‌بندی شده ۳۱۲
- ب- مبدا حق انصراف در فروش مجموعه‌ای کالا..... ۳۱۴
- پ- تمییز کالا از خدمت..... ۳۱۶
- گفتار سوم- مدت دوره انصراف..... ۳۲۱
- الف- افزایش طول دوره انصراف..... ۳۲۲
- ۱- توافق طرفین..... ۳۲۳

- ۲- نقض وظیفه ارائه اطلاعات ..... ۳۲۶
- گفتار چهارم- استفاده از کالا در دوره انصراف ..... ۳۲۸
- گفتار پنجم- ضمان نقص و تلف کالا در دوره انصراف ..... ۳۳۶
- گفتار ششم- اعمال حق انصراف ..... ۳۴۱
- گفتار هفتم- سقوط حق انصراف ..... ۳۴۵
- مبحث چهارم- آثار انصراف از قرارداد ..... ۳۴۸
- گفتار اول- انحلال عقد ..... ۳۴۹
- گفتار دوم- بازگشت آثار عقد ..... ۳۵۵
- الف- رد مبلغ دریافتی ..... ۳۵۵
- گفتار سوم- انحلال قراردادهای مرتبط ..... ۳۶۰

## فهرست منابع ..... ۳۶۵

- الف- منابع فارسی ..... ۳۶۵
- ۱- کتابها و جزوات: ..... ۳۶۵
- ۲- پایاننامه‌ها ..... ۳۶۸
- ۳- مقاله‌ها ..... ۳۶۹
- ۴- پایگاه‌های اینترنتی ..... ۳۷۰
- ب- منابع عربی ..... ۳۷۰
- ۱- کتاب ..... ۳۷۰

۳۷۵..... پ- منابع انگلیسی

۳۷۵.....BOOKS ۱

# فصل اول

## مفاهیم و تاریخچه قراردادهای از راه دور

### مقدمه

قرارداد از راه دور مفهومی است که در چند سال اخیر در حقوق قراردادهای مطرح گردیده است و تا حدودی دارای پیچیدگی‌هایی است. این پیچیدگی‌ها صرف نظر از ساختار از منظر حقوق حمایت از مصرف‌کنندگان نمود بیشتری پیدا کرده است. قراردادهای از راه دور علی‌رغم شباهت ساختاری با قراردادهای حضوری موضوع قواعد آمرانه بسیاری قرار گرفته است. این قواعد آمره برخلاف اصول عام پذیرفته شده در حقوق قراردادهای بوده و به منظور حمایت از طرف ضعیف قرارداد ایجاد شده است. به همین دلیل شناخت این قراردادهای و تمیز آن از قراردادهای عادی ضروری و اجتناب‌ناپذیر است. ماهیت این قراردادهای

در حقوق ایران چندان آشکار نیست از این رو لازم است با مطالعه متون حقوقی بیگانه به شناخت این مفهوم حقوقی بیگانه پرداخت.

این فصل خود مقدمه پرداختن به بحث اصلی پایان نامه می‌باشد زیرا در حقوق ایران حق انصراف صرفاً در قراردادهای از راه دور به رسمیت شناخته شده است.

در مبحث نخست این فصل تاریخچه‌ای از تحولات قراردادهای از راه دور ارائه می‌گردد. در مبحث دوم به بررسی ماهیت قراردادهای از راه دور پرداخته شده و ارکان آن و مفاهیم مرتبط با آن از قبیل مصرف‌کننده، تأمین‌کننده، وسایل ارتباط از راه دور نیز مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

## مبحث نخست - تاریخچه قراردادهای از راه دور

قرارداد از راه دور به معنای فنی، یعنی قراردادی که متعاقدین در غیاب یکدیگر آن را منعقد می‌کنند، سابقه‌ای

طولانی دارد. بارزترین مصداق از این قراردادها، عقود مکاتبه‌ای می‌باشد. هرچند اعتبار عقود مکاتبه‌ای در بسیاری از نظام‌های حقوقی امری پذیرفته شده و بدیهی می‌باشد اما، اعتبار این عقود در سابقه تاریخی حقوق مدنی ایران مورد تردید می‌باشد زیرا در مکتب حقوقی امامیه، به عنوان مبدأ و منشأ حقوق مدنی ایران، نظر مشهور که حتی ادعای اجماع بر آن نیز شده این است که در صورت اعلام اراده بوسیله نوشته، عقد منعقد نمی‌گردد.<sup>۱</sup> فقهای شیعه معتقد بودند تنها در فرض عجز متعاقدین از اشاره می‌توان به کتابت به عنوان مبرز اراده بسنده نمود.<sup>۲</sup> بنابراین براساس این دیدگاه امکان انعقاد عقد از طریق مکاتبه وجود ندارد. با این حال، اجماع یاد شده مربوط به حالتی است که مبرز اراده صرفاً نوشته باشد اما اگر ایجاب کننده اراده خویش را بر زبان آورده و سپس طرف مقابل را به صورت مکتوب

---

<sup>۱</sup> - شیخ مرتضی انصاری، مکاتب، مجمع فکر اسلامی، ۱۴۳۱، ج ۳ ص ۱۱۷ و دکتر جلیل فنوتی، مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول، بوستان کتاب، ۱۳۸۳ ص ۱۳۸.

<sup>۲</sup> - شیخ مرتضی انصاری، منبع پیشین ص ۱۱۸.

از مفاد آن باخبر گرداند نمی‌توان گفت مخالفتی با اجماع یاد شده صورت گرفته است. در قانون مدنی ایران که تبلور ۱۴۰۰ سال اجتهاد پویای فقهای امامیه می‌باشد تصریح به لزوم لفظ در بیان اراده، نشده است بلکه از اطلاق ماده ۱۹۱ آن قانون می‌توان دریافت که هرچیزی که دلالت بر قصد می‌کند شایستگی این را دارد که مبرز اراده محسوب شود.

برعکس در مکتب حقوقی عامه نظر غالب بر این بوده است که نوشته بین غایبین و حاضرین همانند الفاظ وسیله مناسب اعلام اراده به شمار می‌رود.<sup>۱</sup>

این توضیحات نشان می‌دهد که حتی در نظام حقوقی اسلام نیز نمی‌توان به طور کامل منکر امکان انعقاد قرارداد از طریق مکاتبه بود.

از سوی دیگر عقود وجود دارند که معمولاً در فرآیند تشکیل آن همه طرفها حضور ندارند. مثال بارز آن عقد

---

<sup>۱</sup> - دکتر جلیل فنواتی، منبع پیشین ص ۱۴۴.

حواله است. هرچند در فقه اسلامی برخی حواله را ایقاع دانسته‌اند<sup>۱</sup> اما اتفاق همه مذاهب اسلامی بر این است که حواله عقدی لازم است<sup>۲</sup> در این عقد سه نفر دخیل هستند: محیل (بدهکار)، محتال (بستانکار) و محال علیه. براساس قول مشهور در فقه امامیه که مورد قبول قانون مدنی ایران قرار گرفته است حواله به ایجاب از جانب محیل، قبول محتال و رضای محال علیه واقع می‌شود.<sup>۳</sup> این عقد و همچنین اسناد تجاری از قبیل برات بیشتر در رابطه با افراد غایب کاربرد داشته و هدف آن تسهیل پرداخت بدهی می‌باشد که تا امروز اعتبار خود را حفظ کرده است. با وجود این حواله و نیز اسناد تجاری برخلاف عقود مکاتبه‌ای، از طریق وسایل ارتباط از راه دور منعقد نمی‌شود. در این عقود و اسناد تجاری معمولاً همه طرف‌ها

---

<sup>۱</sup> - سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، عروه الوثقی، مؤسسه الأعمی للمطبوعات، لبنان، ج ۲، ص ۷۸۶.

<sup>۲</sup> - شیخ عبدالحسین کاشف اللطاف، تحریرالمجله، مجمع تقریب مذاهب، ۱۴۲۴، ج ۲ ص ۳۰۲.

<sup>۳</sup> - منبع پیشین ص ۳۰۲.

در یک مجلس اقدام به اعلام اراده نمی‌نماید بلکه در غالب اوقات بعد از توافق بین محیل و محتال، شخص اخیر به محال علیه مراجعه کرده و رضایت و قبول او را اخذ می‌نماید. بنابراین اعمال حقوقی مزبور بین غایبین و نه از راه دور تلقی می‌شوند. در نظامهای حقوقی که اعلام اراده را براساس نوشته جایز می‌دانند حواله همانند برات در قالب نوشته منعقد می‌شود اما این همه موجب نمی‌شود که حواله را عقدی از راه دور دانست؛ زیرا صرف نوشته، ابزار ارتباطی از راه دور نیست.

تا قرن ۱۹ میلادی مصادیق قراردادهای از راه دور محدود به عقود مکاتبه‌ای بود. در سالهای میانی قرن ۱۹ با تولد اولین قراردادهای الکترونیکی از طریق تلگراف<sup>۱</sup> تحولات حقوق قراردادهای از راه دور وارد مرحله‌ی نوینی شد که بواسطه گسترش سریع ارتباطات زمینه را برای انعقاد

---

<sup>۱</sup> - Alan Davidson, The Law of Electronic Commerce, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2009, p30

قراردادها در سریعترین زمان ممکن و در نتیجه رونق تجارت فراهم نمود. انعقاد قرارداد از طریق تلگراف دادگاهها را با پاره‌ای مشکلات در رابطه با زمان یا مکان شکل‌گیری قرارداد روبه‌رو کرد و منجر به صدور آرایبی از سوی برخی محاکم خارجی گردید.<sup>۱</sup> این مسئله بعدها از سوی نظامهای حقوقی مختلف مورد پاسخگویی قرار گرفت<sup>۲</sup> و زمینه را برای بالندگی حقوق قراردادها و توجه به جزئیات آن فراهم نمود.

---

<sup>۱</sup> - منبع پیشین، پرونده‌هایی از قبیل *Brinkibon Ltd v Stahag Stahl und Stahlwarenhandels-gesellschaft mbH* [۱۹۸۳] و *Entores Ltd v Miles Far East Corporation* {۱۹۵۵} برای مشاهده خلاصه این دعاوی ر.ک *CHRIS TURNER, contract law key cases* و ترجمه آن: جمعی از دانشجویان حقوق پردیس قم دانشگاه تهران، پرونده‌های کلیدی - حقوق قراردادها، نشر الهادی، چاپ اول، خرداد ۱۳۹۱، ص ۱۶.

<sup>۲</sup> - در این میان برخی از نظامهای حقوقی از نظریه وصول تبعیت کردند و معتقد بودند عقد در هنگام وصول نامه قبول منعقد می‌گردد. (حقوق آلمان ر.ک *SIR BASIL MARKESINIS & other, THE GERMAN LAW OF CONTRACT A Comparative: Treatise, OXFORD AND PORTLAND, OREGON, ۲۰۰۶* pv۰ غالب نظریه ارسال قبول می‌باشد ر.ک به دکتر جلیل قنواتی، تطبیقی ایجاب و

در اواسط قرن ۲۰ جهان شاهد اختراع مهمترین ابزار ارتباطی تاریخ یعنی اینترنت بود. اینترنت در ابتدا به عنوان ابزاری نظامی و در تقابل دو ابر قدرت جنگ سرد مطرح شد. در سال ۱۹۶۹ میلادی وزارت دفاع آمریکا که در زمینه مسائل دفاعی تحقیق می کرد شبکه‌ای را طراحی کرد تا کامپیوترهایی را به هم ارتباط دهند این شبکه را آرپانت نام گذاشتند. بتدریج کامپیوترهای دانشگاهها هدف شبکه آرپانت قرار گرفت و برای مبادله اطلاعات در زمینه‌های تحقیقاتی در رشته‌های بزرگ در ایالات متحده آمریکا استفاده شد. بعدها سایر کشورهای جهان به این شبکه پیوستند که در سال ۱۹۷۷ میلادی نام آرپانت به اینترنت تغییر نام یافت و بتدریج میلیونها کامپیوتر به آن پیوستند. وب یا همان **“WWW”** که مخفف **“World Wide**

---

قبول منبع پیشین، ۱۳۸۳ ص ۴۳۰ در فرانسه تصریحی درباره پذیرش بیک از نظریات چهارگانه وجود ندارد اما به طور اجمال باید گفت که نظریه اعلان قبول در این کشور طرفداران بیشتری دارد. ر.ک منبع پیشین ص ۴۲۰ در حقوق ایران به طور سنتی نظریه اعلان قبول مورد پذیرش حقوقدانان قرار گرفته است)

**Web**” تار جهان گستر می‌باشد توسط آزمایشگاه اروپایی فیزیک ذرات **Cern** بخاطر نیاز آنها به دسترسی مرتب‌تر و آسان‌تر به اطلاعات موجود روی اینترنت ابداع گشت. در این روش اطلاعات به صورت مستندات صفحه‌ای **“Page”** بر روی شبکه اینترنت قرار می‌گیرند و بوسیله یک مرورگر وب **“Web Browser”** قابل مشاهده هستند و هم اکنون کارکردهای بسیاری دارند.<sup>۱</sup> در ۳۰ آوریل ۱۹۹۵ دولت آمریکا اینترنت را به شبکه‌های تجاری و تأمین کنندگان سرویس ارتباطی تحویل داد. از همین زمان بود که استفاده از اینترنت در تجارت رایج شد و حجم معاملاتی که از این طریق منعقد می‌شد هر سال سیر صعودی پیدا کرد. هرچند اینترنت برای اولین بار، به عنوان وسیله‌ای برای تبادل اطلاعات بین سازمان‌ها و مراکز تحقیقاتی، یا بین مراکز فرهنگی و تحقیقاتی مورد استفاده قرار گرفت اما در حال حاضر، ابزاری مهم برای

---

<sup>۱</sup> - برای اطلاعات بیشتر رک به پایگاه ویکی پدیا

فعالیت‌های تجاری از طریق تبادل کالا و خدمات ملموس و غیرملموس شده است؛<sup>۱</sup> تا جایی که می‌توان گفت امروزه حجم وسیعی از معاملات از راه دور از طریق اینترنت منعقد می‌شود.

در سال ۱۹۹۵ اولین قراردادهای اینترنتی منعقد گردید از همین سال به دلیل گسترش روزافزون این قراردادها دولت مردان بر آن شدند تا با وضع مقرراتی این معاملات را سامان بخشند. در سال ۱۹۹۶ کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال) قانون نمونه‌ای را در مورد تجارت الکترونیک تهیه کرد و به کشورهای سازمان ملل پیشنهاد تصویب قوانینی براساس این قانون نمونه را نمود. به تبع آن قانون نمونه، در سال ۲۰۰۰ دستورالعمل تجارت الکترونیکی به تصویب اتحادیه اروپایی رسید و

---

<sup>۱</sup> - علی اکبر ایزدی و حسین کاویار، حمایت از مصرف‌کننده در قراردادهای تجارت الکترونیک؛ مقایسه‌ای بین حقوق اتحادیه اروپا و حقوق اسلام، به نقل از پایگاه اینترنتی کانون سردفتران و دفتریاران به نشانی

مقرر شد که بیشتر قراردادها و معاملات را می‌توان به صورت الکترونیکی منعقد نمود.<sup>۱</sup> این مقررات جنبه‌های فنی قراردادهای الکترونیکی را پوشش می‌داد. از سوی دیگر توسعه محیط تجارت الکترونیکی زمینه را بر بروز شیوه‌های جدید تدلیس، جعل و سایر عوامل تخریب‌کننده رضایت قراردادی فراهم نموده است که خود منجر به در معرض خطر قرار گرفتن خریداران غیر حرفه‌ای شده است. این عوامل و همچنین گسترش جنبش‌های حمایت از مصرف‌کننده دولت‌مردان را وادار به حمایت از طرف ضعیف قرارداد در این عرصه از تجارت نموده است.

نخستین متن قانونی که به طور خاص درباره حمایت از مصرف‌کننده در محیط تجارت از راه دور وضع گردیده است دستورالعمل سال ۱۹۹۷ اتحادیه اروپا در مورد معاملات از راه دور می‌باشد. این متن حقوقی که از این

---

<sup>۱</sup> - در این زمینه همچنین می‌توان به قانون مبادلات الکترونیکی یوتا نیز اشاره نمود. برای اطلاعات بیشتر ر.ک به دکتر عبدالحسین شیروی، حقوق تجارت

پس در متن حاضر «دستورالعمل» خوانده می‌شود نه تنها در اروپا مورد تأیید قوانین ملی واقع شد که در خارج از اروپا نیز الهام بخش وضع مقررات حمایتی در بستر تجارت از راه دور، قرار گرفته است. دستورالعمل مزبور زمانی تصویب شد که استفاده از ابزار الکترونیکی به خصوص اینترنت در قراردادهای تهیه کالا و خدمات به گستردگی امروز نبود؛ به گونه‌ای که در فهرست وسایل از راه دور پیوست شده به این دستورالعمل، صرفاً فناوریها و ابزارآلات ارتباط از راه دور قدیمی از قبیل فکس، تلگراف، تلفن و ... سخن به میان آمده است و فناوریهای نوین از قبیل اینترنت و پیام کوتاه مسکوت گذاشته شده است.

در ایران برای نخستین بار در سال ۱۳۷۱ تعداد کمی از دانشگاههای ایران از جمله دانشگاه صنعتی شریف و دانشگاه گیلان، توسط مرکز تحقیقات فیزیک نظری به اینترنت وصل شدند تا با دنیای خارج ایمیل رد و بدل

کنند.<sup>۱</sup> به تدریج با گسترش اینترنت در سطح کشور و استفاده از آن به عنوان واسطه انعقاد قرارداد از راه دور نیاز به وجود مقرراتی جامع در مورد فضای تجارت از راه دور به خصوص تجارت الکترونیکی احساس گردید. سرانجام در سال ۱۳۸۲ قانون تجارت الکترونیک ایران با اقتباس از قانون نمونه آنسیترال و مقررات فروش از راه دور اتحادیه اروپایی در ۸۱ ماده به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. این قانون که در بردارنده دستاوردهای قانون گذاری سایر کشورها می باشد علاوه بر جنبه های فنی، مقرراتی را نیز به حمایت از مصرف کننده در قراردادهای از راه دور اختصاص داده است.

## مبحث دوم مفهوم قرارداد از راه دور

معاملات از راه دور معاملاتی هستند که در محیط تجارت از راه دور منعقد می شوند. هرچند این معاملات در چارچوب تعریف سنتی عقد قرار می گیرند اما ویژگی های

---

<sup>۱</sup> به نقل از [tebyan.net](http://tebyan.net)

خاص محیط تجارت از راه دور ایجاب می کند که این نوع معاملات را جدای از آن تعریف مورد مطالعه قرار دهیم.

بر اساس بند ص ماده ۲ ق.ت.ا عقد از راه دور ایجاب و قبول راجع به کالاها و خدمات بین تأمین کننده و مصرف کننده با استفاده از وسایل ارتباط از راه دور می باشد.

در نگاه اول مهمترین اشکالی که در این تعریف به چشم می خورد این است که عقد از راه دور را از سنخ ایجاب و قبول و از مقوله لفظ دانسته است؛ در حالی که عقد اعم از این که حضوری باشد یا از راه دور از مقوله معناست.<sup>۱</sup>

این تعریف همچنین برخلاف تعریفی است که کمیسیون اتحادیه اروپا از معاملات از راه دور ارائه داده است. در تعریفی که ماده ۲ دستورالعمل فروش از راه دور ارائه نموده است، می خوانیم: "عقد از راه دور قراردادی است که راجع به کالا و خدمات فی مابین مصرف کننده و

---

<sup>۱</sup> - شیخ مرتضی انصاری، منبع پیشین ج ۳، ص ۱۰

تأمین کننده منعقد می شود به گونه ای که انعقاد براساس یک طرح سازماندهی شده فروش از راه دور که توسط تأمین کننده و با استفاده انحصاری از وسایل ارتباطی از راه دور به اجرا در می آید صورت می پذیرد." این تعریف طولانی دقیق تر از تعریفی است که قانون گذار ایران ارائه کرده است و ضمن این که مفهوم آن را واضح تر بیان می دارد، دامنه مفهوم قراردادهای از راه دور را محدودتر می نماید. اصطلاحات به کار رفته در هر دو تعریف تا حدودی گنگ و نامفهوم می باشد بنابراین لازم است که این اصطلاحات مورد بررسی قرار گیرند.

برای اینکه عقدی را بتوان از منظر قانون گذار از راه دور نامید باید ارکان زیر موجود باشد:<sup>1</sup>

۱- رابطه قراردادی تأمین کننده مصرف کننده (b2c)؛

۲- استفاده انحصاری از وسایل ارتباط از راه دور؛

---

<sup>1</sup> - Siegfried FINA, The Consumers Right of withdrawal and Distance Selling in Europe, Festschrift Franz Zehetner, no 31,2009, p 37

۳- طرح سازماندهی شده فروش از راه دور.

اکنون به شرح هریک از این ارکان می پردازیم:

## گفتار اول - رابطه قراردادی تأمین کننده - مصرف کننده (B۲C) ۱

قرارداد مفهومی عرفی است که موضوع حکم قانون گذار قرار گرفته است. از نظر عرف برای شکل گیری هر قرارداد و عقدی لازم است حداقل ۲ نفر مشارکت داشته باشند. طرفین این رابطه حقوقی براساس هدف یا صلاحیت حرفه ای ممکن است مصرف کننده یا تأمین کننده باشند. امروزه به دلیل گسترش مناسبات و تجارت اینترنتی برحسب این که طرفین رابطه قراردادی چه نقشی را ایفا می کنند قرارداد به چندین دسته تقسیم شده است. معاملات تجار با همدیگر (B۲B)<sup>۲</sup>، معاملات تاجر با مصرف کننده

---

<sup>1</sup> - Business to Consumer

<sup>2</sup> - Business to business

(B۲C) و معاملات بین مصرف کنندگان (C۲C)<sup>۱</sup>، معاملات بین مصرف کننده و تجار (C۲B)<sup>۲</sup> و معاملات بین تجار و دستگاههای دولتی و اداری (B۲A)<sup>۳</sup>.<sup>۴</sup> این تقسیم‌بندی‌ها در حوزه تجارت الکترونیک ارائه شده است اما در حوزه تجارت از راه دور نیز که اعم از تجارت الکترونیک می‌باشد به کار می‌آید. در هر صورت قرارداد زمانی از راه دور محسوب می‌شود که رابطه بین طرفین براساس الگوی تأمین کننده - مصرف کننده یا B۲C باشد. بنابراین قراردادهای الکترونیکی که تجار با یکدیگر یا مصرف کنندگان با یکدیگر منعقد می‌کنند از نظر قانون، عقد از راه دور محسوب نمی‌شود.

مشکل عمده‌ای که در اینجا ایجاد می‌شود شناخت مفهوم مصرف کننده و تأمین کننده می‌باشد. در قانون ت.ا و دستورالعمل فروش از راه دور این دو مفهوم تعریف

---

<sup>۱</sup> - Consumer to consumer

<sup>۲</sup> - Consumer to business

<sup>۳</sup> - Business to administer

<sup>۴</sup> - دکتر عبدالحسین شیروی، منبع پیشین، ص ۴۰۳

شده‌اند با وجود این، تعاریف ارائه شده نتوانسته است همه‌ی پرسش‌های موجود در مورد آن دو را پاسخ گوید. از این رو لازم است پیش از پرداختن به سایر ارکان قرارداد از راه دور مفاهیم مصرف‌کننده و تأمین‌کننده جداگانه مورد مطالعه قرار گیرد.

### الف - مفهوم مصرف‌کننده

مصرف‌کننده به عنوان موضوع حقوق مصرف‌مفهومی جدید و البته مبهم می‌باشد؛ تا آنجا که پاره‌ای از نویسندگان تعریف مصرف‌کننده را نامعلوم می‌دانند.<sup>۱</sup> این سخن قدری اغراق آمیز می‌باشد زیرا اگرچه نظامهای حقوقی در جزئیات مفهوم مصرف‌کننده اختلاف نظر دارند اما کلیت آن برای آنها نامعلوم نیست.

ماده ۱ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان ایران، مصرف‌کننده را این‌گونه تعریف می‌کند: "هر شخص

---

<sup>۱</sup> - ژان کله - الووا، تعریف مصرف‌کننده، ترجمه دکتر عبدالرسول قدک، مجله

حقیقی یا حقوقی است که کالا یا خدمتی را خریداری می‌کند." این تعریف به هیچ وجه نمی‌تواند مفهوم مصرف‌کننده را روشن کرده و آن را از تأمین‌کننده یا تاجر تمییز دهد.

در تعریفی که در حقوق فرانسه ارائه شده است مصرف‌کنندگان اشخاص حقیقی یا حقوقی حقوق خصوصی هستند که برای کاربرد غیر حرفه‌ای اموال و یا خدماتی را تهیه و یا مورد استفاده قرار می‌دهند.<sup>۱</sup>

قانون تجارت الکترونیک به طور خاص مصرف‌کننده را این‌گونه تعریف کرده است:<sup>۲</sup> "هر شخصی است که به منظوری جز تجارت یا شغل حرفه‌ای اقدام می‌کند." این تعریف هرچند به مراتب بهتر از تعریف ارائه شده در قانون حمایت از مصرف‌کنندگان می‌باشد اما خود نیز تا حدودی مبهم می‌باشد؛ زیرا براساس این تعریف نمی‌توان محدوده مفهوم مصرف‌کننده را معلوم نمود. در این میان منظور

---

<sup>۱</sup> - همان، ص ۳۱۲

<sup>۲</sup> - بند س ماده ۲

قانون گذار از واژه (اقدام) معلوم نیست زیرا براساس این تعریف کسی که سقف خانه خود را تعمیر می کند همانند کسی که با دیگری برای تعمیر سقف منزل خود قرارداد می بندد مصرف کننده محسوب می شد. برای دفع این مشکل باید این واژه را حمل بر عمل حقوقی نمود.

مفهوم مصرف کننده در تقابل با مفهوم تأمین کننده قابل شناسایی است. این واقعیت نیز مورد توجه قانون گذار قرار نگرفته است. گویی اینکه، برای مصرف کننده نامیدن شخصی، لازم نیست در مقابل او شخصی به اسم تأمین کننده وجود داشته باشد. در حالی که شناخت مصرف کننده بدون تصور تأمین کننده ممکن نیست.

براساس ماده ۲ «دستورالعمل» مصرف کننده عبارت است از هر شخص طبیعی که در قراردادهای تحت پوشش این دستورالعمل به منظوری جز تجارت حرفه و شغل خود

اقدام می‌کنند.<sup>۱</sup> این تعریف به روشنی تقابل مفهوم مصرف‌کننده با تأمین‌کننده را روشن می‌نماید؛ زیرا وقتی سخن از قرارداد به میان می‌آید وجود طرفی در مقابل مصرف‌کننده، هرچند به طور ضمنی، مورد اشاره قرار می‌گیرد.

برخی از حقوقدانان ارکانی را برای تعریف مصرف‌کننده ذکر کرده‌اند: ۱- شخص ۲- اموال و خدمات ۳- کاربرد غیر حرفه‌ای.

به نظر ما ارکان تعریف مصرف‌کننده شخص و مفهوم مصرف‌می‌باشند و اموال و خدمات و نیز کاربرد غیر حرفه‌ای را باید موضوع مفهوم مصرف دانست.

۱- شخص

---

<sup>1</sup> - consumer means any natural person who, in contracts covered by this Directive, is acting for purposes which are outside his trade, business or profession.

شخص موجودی است که ذاتاً طرف حق و تکلیف قرار می‌گیرد. اشخاص از نظر این که ناشی از طبیعت باشند یا اعتبار، به اشخاص حقیقی و یا حقوقی تقسیم می‌شوند.

در مورد این که آیا اشخاص حقوقی می‌توانند متصف به عنوان مصرف‌کننده گردند بین نظامهای حقوق اختلاف نظر وجود دارد از یک سو در کشورهای مثل ایران، فرانسه، دانمارک و اتریش<sup>۱</sup> اشخاص حقوقی را نیز تحت شمول تعریف مصرف‌کننده قلمداد کرده‌اند و از سوی دیگر در دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا به خصوص فروش از راه دور و مقررات داخلی برخی از کشورهای اروپایی تعریف مصرف‌کننده تنها دربرگیرنده اشخاص حقیقی می‌باشد.<sup>۲</sup>

---

<sup>۱</sup> -Hans Schulte- Nolke & CH. Twigg- Flesner & M. Ebers, EC Consumer Law Compendium the Consumer Acquis and its transposition in the Member State, 2007. Sellier European law publishers, p312.

<sup>۲</sup>- Siegfried FINA, op cit, p36

برخی از حقوقدانان در این باره بیان می‌دارند: ممکن است پیش آید که برخی اشخاص حقوقی حقوق خصوصی که فعالیت غیر حرفه‌ای دارند مصرف‌کننده توصیف شوند: برای مثال انجمن‌های غیر انتفاعی و سندیکاها مالکین مشاع اموال غیر منقول. به نظر ما، این اشخاص حقوقی می‌توانند از قواعد حقوق مصرف‌کننده صراحتاً به اشخاص حقیقی اختصاص نیافته‌اند بهره‌مند گردند.<sup>۱</sup> "

سخن فوق مبتنی بر این است که دامنه اهلیت اشخاص طبیعی و حقوقی با یکدیگر متفاوت است و اهلیت اشخاص حقوقی در محدوده اساسنامه آن است. بنابراین شرکتهای غیر تجاری به دلیل این که اهلیت تجاری ندارند می‌توانند مصرف‌کننده تلقی شوند. به نظر ما این سخن هرچند درست است اما کامل نمی‌باشد. زیرا ممکن است شخص حقوقی حرفه‌ای نیز درباره موضوع معامله‌ای که منعقد می‌کند حرفه‌ای نباشد در این صورت نیز جا دارد که آنها

---

<sup>۱</sup> - ژان کله - الووا، منبع پیشین، ص ۳۱۴

را مصرف کننده تلقی کرد. شرح این اشکال در مباحث آتی بیان می شود.

## ۲- مصرف

مصرف فعلی است که مصرف کننده انجام می دهد و عامل تمیز او از تأمین کننده یا تاجر می باشد. در تعریف مصرف می توان گفت که مصرف عبارت است از تهیه و یا استفاده از کالا برای کاربرد غیر حرفه ای.

با توجه به این تعریف شخص از حیث مفهوم مصرف به دو قسم تقسیم می شود:

۱- اشخاصی که اموال و یا خدمات را به منظور غیر حرفه ای برای خود تهیه می کنند.

۲- کسانی که از اموال و خدمات استفاده می کنند.<sup>۱</sup>

---

<sup>۱</sup> - مجید ادیب، حقوق مصرف ماهنامه کانون، مهر ۳۸۹، شماره ۱۰۹، ص ۱۱۰.

ممکن است شخصی اقدام به خریداری کالایی بنماید و دیگری از آن استفاده کند. در حقوق مصرف کننده این دو شخص هر دو مصرف کننده تلقی می‌شوند. اما در حوزه قراردادهای از راه دور مصرف کننده شخصی است که کالا را خریداری کرده است بنابراین مقررات حمایتی قراردادهای از راه دور در مورد استفاده کننده از کالا اعمال نمی‌شود.

در مورد مصرف دو موضوع باید مورد بررسی قرار گیرد: ۱- کالا و خدمات ۲- کاربرد غیر حرفه‌ای

### ۱-۱- کالا یا خدمت

کاربرد ویژه‌های اموال یا خدمات نشان می‌دهد که مفهوم مصرف کننده قلمرو وسیعی را می‌پوشاند و نسبت به وضعیت‌های گوناگون به اجرا در می‌آید.<sup>۱</sup>

مصرف به خدمات نیز گسترش می‌یابد. مفهوم خدمت در حقوق مدنی تا حدودی روشن است و شامل هرگونه

---

<sup>۱</sup>- ژان کله- الووا، منبع پیشین، ص ۳۱۵

منفعتی است که از یک شخص ناشی می‌شود؛ در اینجا نیز خدمت همین معنا را دارد.

خدمات خود اقسام مختلفی دارند برخی خدمات جنبه مادی (تعمیر، نظافت)، برخی دیگر جنبه مالی (بیمه، اعتبار) و بالاخره برخی جنبه فکری (مراقبت‌های پزشکی، مشاوره‌های حقوقی) دارند. همه این خدمات می‌توانند موضوع مصرف قرار گیرند، مشروط بر این که به شخصی که صاحب حرفه نباشد ارائه گردند.<sup>۱</sup>

## ۱-۲- کاربرد غیر حرفه‌ای

خریدار زمانی مصرف‌کننده تلقی می‌شود که کالا و خدمات را برای کاربرد غیر حرفه‌ای خریداری نموده باشد. مصرف‌کننده کالا و خدمات را برای رفع نیازهای شخصی و یا خانوادگی خود خریداری می‌کند.

---

<sup>۱</sup>- منبع پیشین

در مورد کاربرد حرفه‌ای دو ملاک ارائه شده است. دانستن این ملاکها و این که کدام ملاک مورد قبول قانون‌گذار واقع شده است از اهمیت زیادی برخوردار است:

## ۱-۲-۱- هدف غیر تجاری

در قانون تجارت الکترونیک و نیز دستورالعمل فروش از راه دور ملاک کاربرد غیر حرفه‌ای، قصد و هدف خریدار می‌باشد. بنابراین اگر کسی کالایی را خریداری نمود باید دید هدف او از خرید چیست؟ آیا او می‌خواهد از کالا و خدمات دریافتی در رفع نیازهای شخصی استفاده کند یا هدف او برطرف کردن نیازهای تجاری است.

مسئله پیچیده زمانی مطرح می‌شود که فردی کالایی را برای دو هدف تجاری و شخصی خریداری کرده باشد؛ آیا این شخص مصرف‌کننده محسوب می‌شود؟ برای پاسخگویی به این سؤال، قبل از هرچیز باید این نکته را مدنظر داشت که مقررات حمایتی استثنایی بر اصل آزادی

اراده است و باید تفسیر مضیق گردد؛ از این رو در موارد شک اصل اولیه عدم جریان مقررات حمایتی خواهد بود.

برخی از حقوقدانان در پاسخ به سؤال فوق بیان داشته‌اند باید هدف غالب خریدار موردنظر قرار گیرد. در عمل این نظریه دشوار می‌نماید زیرا فهمیدن قصد و هدف مصرف‌کننده دشوار است.<sup>۱</sup> با وجود این در سطح اتحادیه اروپا، آلمان و برخی دیگر از کشورها این نظر مورد پذیرش واقع شده است.

در کشور یونان این مسئله پیچیده طرح نمی‌شود زیرا در مقررات قانونی این کشور فرض این است که خریداری که آخرین دریافت‌کننده کالا است مصرف‌کننده محسوب می‌شود.<sup>۲</sup> این مبنا خود چهره‌ای دیگر از مبنای هدف غیر تجاری است. در واقع در این مبنا نیز ملاک این است که

---

آیا خریدار بعد از خریداری کالا قصد فروش آن را به دیگری دارد یا نه.

پاسخ دیگر به سؤال فوق این است که با توجه به استثنا بودن مقررات حمایتی، خریدار زمانی مصرف‌کننده محسوب می‌شود که منظور او از خرید کالا صرفاً استفاده شخصی باشد<sup>۱</sup> بنابراین قصد استفاده جزئی از کالا برای مقاصد تجاری و حرفه‌ای، مانع تحقق عنوان مصرف‌کننده است. دیوان دادگستری اروپایی در قضیه **DI PINTO** از این نظر تبعیت کرده است و براساس تفسیر مضیق از تعریف کاربرد تجاری رای داده است. با وجود این به نظر برخی از نویسندگان، مصرف‌کننده قلمداد کردن این خریداران با قواعد حمایتی سازگارتر است.<sup>۲</sup>

## ۱-۲-۲- اهلیت غیر تجاری

---

<sup>۱</sup> - ibid

<sup>۲</sup> - John Dickie, Consumer Confidence and the EC Directive on Distance Contracts, *Journa of Consumer Policy*, No21, 1998, p218