

# شرط قصد و ابراز صریح آن در قرارداد الکترونیکی از منظر فقه اسلامی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۴/۱۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۱/۲۴

محمدعلی خادمی کوشا\*

## چکیده

یکی از شروط صحیح بودن قراردادها وجود قصد جدی بر تحقق عقد همراه با ابراز صریح آن از سوی طرفین عقد است. این شرط در عقود حضوری پس از احراز عقل و بلوغ دو طرف قرارداد از قرائن موجود و بر اساس اصول عقلایی احراز می‌گردد؛ ولی تحقق و احراز این شرط در قراردادهای الکترونیکی مشکل و با سؤال‌های زیادی مواجه است؛ از قبیل اینکه با توجه به بی‌خبری یک طرف ایجاب از انشای قبول توسط طرف دیگر و غیرحضوری بودن آن، چگونه قصد انشای ایجاب در زمان قبول تحقق می‌گردد و آیا اساساً دلیل شرطیت قصد شامل قرارداد الکترونیکی می‌شود و در فرض شمول چگونه می‌توان آن را احراز کرد؟ هر طرف عقد چگونه باید آن را ابراز کند؟ علاوه بر اینها آگهی‌های الکترونیکی در این زمینه تا چه حد اعتبار دارد؟ این همه در حالی است که بررسی فقهی شرط قصد در قراردادهای الکترونیکی در نوشتارهای موجود کمتر مورد توجه قرار گرفته است. این مقاله در چارچوب فقهی و بر اساس تحلیل عرفی، شرطیت قصد و امکان تحقق آن را در قرارداد الکترونیکی بررسی کرده و پس از ارائه راه احراز قصد در این نوع قراردادها و بررسی شروط اجرای اصالت قصد در موارد عدم احراز آن و ضمن بررسی شرطیت صراحت عقد و لزوم ابراز صریح قصد توانسته است جایگاه فقهی فراخوان الکترونیکی و آگهی‌های بازرگانی را در قرارداد الکترونیکی بیان کند.

واژگان کلیدی: قرارداد الکترونیکی، قصد عقد، فراخوان الکترونیکی، صراحت عقد.

طبقه‌بندی JEL: N35, D18, P46, Z12

۲۰۵

فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی / سال هجدهم / شماره ۷۰ / تابستان ۱۳۹۷

Email: khademi.50@gmail.com.

\*. عضو هیئت علمی پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

## مقدمه

قرارداد الکترونیکی که امروزه به جهت دربرگرفتن بخش وسیعی از تجارت و معاملات از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است، قراردادی است که با استفاده از ابزار الکترونیکی ایجاد و امضا می‌گردد (محمدی، ۱۳۹۳، ص ۲۸). در این قراردادها که در بیشتر موارد با استفاده از فضای مجازی اینترنت انجام می‌گیرند، پیوسته کسی است که با استفاده از اینترنت دست به فراهخوان معامله زده، فرایند قرارداد را در فضای مجازی طراحی کرده و در اختیار مشتریانش قرار داده است که «اصل‌ساز» (Originator) نام دارد. بنا بر ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی «اصل‌ساز» کسی است که منشأ اصلی داده پیام است و داده پیام به وسیله او یا از طرف او تولید یا ارسال می‌شود؛ اما شامل شخصی که در خصوص داده پیام به عنوان واسطه عمل می‌کند، نخواهد شد و برنامه‌های رایانه‌ای که گاهی اصل‌ساز آن را برای انجام قرارداد الکترونیکی به کار گرفته است تا در تعامل با مشتری مراحل قرارداد را به شکل خودکار طی کند و به‌گونه‌ای طراحی شده که قادر به اجرای فرامین پیچیده کاربر انسانی است، «نماینده الکترونیکی» یا «نرم‌افزار هوشمند» نامیده می‌شود (رهبری، ۱۳۹۰، ص ۱۶۰). این سامانه در قانون تجارت الکترونیکی داخل بند «و» از ماده ۲ است که آورده است: «سیستم رایانه‌ای» هر نوع دستگاه یا مجموعه‌ای از دستگاه‌های متصل سخت‌افزاری - نرم‌افزاری است که از طریق اجرای برنامه‌های پردازش خودکار «داده پیام» عمل می‌کند.

این قراردادها به جهت اقتضائات فضای مجازی در تطبیق با فقه اسلامی نیازمند بررسی فقهی هستند؛ زیرا می‌دانیم برای شکل‌گیری و صحت ایجاب و قبول شروطی لازم است که برخی از این شروط در قراردادهای الکترونیکی از دو جهت می‌تواند محل بحث باشد. یکی از جهت اصل شرطیت آنها؛ به این معنا که شاید گفته شود اطلاق شرطیت برخی از شروط مورد تردید است و شرطیت آنها فقط در مورد عقود متعارف پذیرفته شده و در مورد عقود مثل عقد الکترونیکی چه بسا اساساً شرطیت نداشته باشند. دیگری از جهت امکان تحقق و احراز برخی شروط عقد است؛ چراکه با توجه به ویژگی‌های منحصربه‌فرد در قرارداد الکترونیکی نسبت به عقود سنتی، امکان تحقق و نیز احراز رعایت بعضی از شروط به‌سادگی امکان‌پذیر نیست.

از مهم‌ترین شروط در تحقق هر عقد و قراردادی قصد انشای عقد است که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی از شروط اساسی برای صحت عقد شمرده شده و نزد فقیهان نیز مقوم مفهوم و ماهیت عقد است (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۴۹/ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۲۹۵/ همدانی، ۱۴۲۰، ص ۱۵۹/ خویی، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۲۷۵). به واسطه قصد انشای عقد عبارت عقد از عبارت‌های نظیر جدا می‌شود و بدون آن حتی عبارت ایجاب و قبول، مصداق عقد نخواهد بود (تستری، [بی تا]، ص ۱۱۴)؛ از همین رو اصل شرطیت قصد برای صحت عقود از امور مسلم در فقه اسلامی و مصرح در قانون است.

آنچه درباره شرط قصد در قراردادهای الکترونیکی می‌تواند مورد بحث باشد، دو بحث اصلی است: بحث اول شرطیت قصد است که شامل امکان تحقق قصد (بحث ثبوتی) و اثبات شرطیت و طرق احراز آن (بحث اثباتی) است؛ زیرا اولاً اصل ساز در مواردی که به صورت آنلاین نبوده، یا مراحل معامله الکترونیکی توسط نماینده الکترونیکی دنبال می‌شود، در این موارد این سؤال مطرح است که چگونه می‌توان تحقق قصد توسط اصل ساز را در نماینده الکترونیکی تصور نمود؛ درحالی‌که قرارداد الکترونیکی با نماینده الکترونیکی دارای گزینه‌های مختلفی بوده و مراحل گزینش و پذیرش توسط نماینده الکترونیکی دنبال می‌شود و با انتخاب هر گزینه، گزینه‌ای دیگر بر اساس برنامه تدوین شده ارائه می‌شود و تقریباً همه مراحل قرارداد به صورت خودکار انجام می‌شود و اصل ساز از تحقق آن بی‌خبر است. با وجود این شخص اصل ساز چگونه می‌تواند قصد تحقق عقد کند؟ ثانیاً از جهت شمول ادله‌ای که فقیهان برای شرطیت قصد آورده‌اند، نسبت به قرارداد الکترونیکی نیاز به بررسی دارد؛ چراکه پیشینه‌ای در عصر سلف نداشته و مورد نظر آنها نبوده است. ثالثاً چگونگی احراز آن در نگاه آغازین مشکل است؛ خصوصاً در مواردی که قرارداد الکترونیکی با به‌کارگیری سامانه الکترونیکی انجام شود؛ چراکه قصد عقد در عقود حضوری پس از احراز عقل و بلوغ متعاقبین از قرائن حالی و بر اساس اصول عقلایی احراز می‌گردد؛ اما در قرارداد الکترونیکی به‌ویژه در مواردی که توسط نماینده الکترونیکی انجام می‌شود، این پرسش مهم خود نمایی می‌کند که چگونه می‌توان قصد طرفین قرارداد را بدون مشاهده طرف قرارداد و اطلاع از حیات و اوصاف او و شرایطی از قبیل عقل و بلوغ احراز نمود؟

۲۰۷

فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی / شرط قصد و ابراز صریح آن در قرارداد ...

بحث دوم در مورد ابراز قصد عقد است که آیا صراحت برای ابراز قصد و انشای عقد در قراردادهای الکترونیکی شرط لازم است و چگونه این شرط در قرارداد و فراخوان الکترونیکی رعایت می‌شود؟ در ادامه در قالب دو بحث اصلی به پرسش‌های فوق پاسخ خواهیم داد.

## شرطیت قصد در قرارداد الکترونیکی

برای اثبات شرط قصد و احراز آن در قرارداد الکترونیکی ابتدا باید دانست که منظور فقیهان از شرط قصد چیست، تا بتوانیم در مورد امکان تحقق قصد در قرارداد الکترونیکی سخن بگوییم و سپس لازم است بدانیم با چه دلیلی حکم به شرطیت قصد در عقد داده شده است تا بتوانیم در مورد لزوم این شرط در قرارداد الکترونیکی قضاوت کنیم؛ آن‌گاه در مرحله سوم باید راه احراز تحقق این شرط و قلمرو اجرای «اصالت قصد» را در قرارداد الکترونیکی بررسی نماییم.

۲۰۸

### ۱. مفهوم شرط قصد در عقود

منظور از شرط قصد در شروط عقد به معنای رضایت و طیب نفس نیست، بلکه منظور از قصد در اینجا توجه به معنا و اثر عقد و قصد انشا و ایجاد آن است (همدانی، ۱۴۲۰، ص ۱۵۹) که در سخن فقها با عبارتهای نزدیک به یکدیگر بیان شده است؛ از قبیل:

- قصد انشای اثری که از عقد انتظار می‌رود؛ در نتیجه اگر مثلاً از عقد نکاح یا طلاق، نقل ملکیت را قصد کند، اثری نخواهد داشت (نراقی، ۱۴۱۷، ص ۱۶۰)؛ چراکه اساساً عقدی که مورد نظر بوده، تحقق نگرفته است.

- اراده لفظ و معنا: در نتیجه عقدی که لفظ آن قصد نشده، مثل کسی که در خواب یا سهواً یا به اشتباه الفاظ عقد را به کار گیرد، اثری ندارد؛ زیرا کسی که مثلاً به جای کلمه «فروختم» واژه «بخشیدم» را به اشتباه به کار گیرد، واژه «بخشیدم» مورد قصد واقع نشده است و نیز عقدی که لفظ آن قصد شده، ولی معنای آن قصد نشده است، مثل کسی که به شوخی لفظ عقد را به کار می‌گیرد، واقع نمی‌شود (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۴۹) و منظور از قصد معنا نیز قصد تحقق اثر و مضمون عقد است که در سخن محقق نراقی ذکر شده بود و برخی دیگر مراد از قصد را همین دانسته‌اند (ایروانی، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۱۰۷).

با توجه به مطالب فوق به‌خوبی آشکار است که در شرط قصد، همان‌گونه که محقق همدانی تذکر داده است، سه شرط نهفته است (همدانی، ۱۴۲۰، ص ۱۵۹): اول، قصد لفظ؛ در نتیجه سخن افرادی که در خواب بوده یا به‌اشتباه یا سهو سخن می‌گویند خارج از عقد خواهد بود. دوم، قصد معنای انشائی؛ در نتیجه کسی که واژه «فروختم» را به قصد معنای خبری به کار می‌برد، عقد محسوب نمی‌شود. سوم، قصد وقوع معنا در خارج؛ در نتیجه به‌کارگیری الفاظ عقد به قصد شوخی کردن از مصادیق عقد نخواهد بود و بر همین اساس طبق ماده «۱۹۵» قانون مدنی «اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله نماید، آن معامله به واسطه فقدان قصد باطل است».

اکنون پرسش این است که دلیل شرطیت قصد به معنای یادشده چیست و چگونه در قرارداد الکترونیکی مراعات می‌شود؟ در ادامه به پاسخ آنها می‌پردازیم.

## ۲. دلیل شرطیت قصد در قرارداد الکترونیکی

۲۰۹

با نگاه به فتاوی‌ای فقهی و متون حقوقی بر اساس عقدبودن قرارداد الکترونیکی، چنین به ذهن می‌رسد که شرطیت قصد، شامل قرارداد الکترونیکی نیز می‌شود؛ اما در دانش فقه استنباطی قضاوت در مورد اینکه آیا شرطیت قصد در مورد عقود شامل قرارداد الکترونیکی نیز می‌شود یا نه، بستگی به ادله اثبات شرطیت قصد دارد. با رجوع به ادله شرطیت قصد در می‌یابیم که برخی فقها برای اثبات این شرط به اجماع و بنای عقلا استناد کرده‌اند (نراقی، ۱۴۱۷، ص ۱۶۰). می‌دانیم این دو از ادله لئی بوده و فاقد اطلاق و شمول‌اند؛ در نتیجه باید به قدر متیقن اکتفا نمود که همان عقود سنتی و حضوری، یعنی عقود متعارف در عصر اجماع‌کننده‌گان است و قدر متیقن از بنای متصل به زمان معصوم علیه السلام نیز همان عقود هستند نه عقود الکترونیکی؛ پس دلیل شرطیت قصد در قرارداد الکترونیکی چیست؟

دلیل اصلی شرطیت قصد در مفهوم عرفی عقد نهفته است و شارع مقدس از این جهت شرط خاصی را اعتبار نکرده است و چون قرارداد الکترونیکی از مصادیق عرفی عقد است، شرطیت قصد در عقود الکترونیکی قابل انکار نیست؛ زیرا شرط قصد داخل مفهوم «عقد» بوده و از مقومات مفهوم آن است (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۴۹ / انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۲۹۵ / همدانی، ۱۴۲۰، ص ۱۵۹ / خوبی، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۲۷۵) و از آنجاکه اشتراط قصد بر اساس

متوقف بودن تحقق عقد بر قصد انشای عقد است، معلوم می‌شود که شرطیت قصد برای انعقاد عقد یک شرط عقلی است و از شروط شرعی محسوب نمی‌شود. با توجه به اینکه تحقق عرفی و صدق عرفی عقد دلیل شرط بودن قصد است، وسیله و روش خاصی برای ابراز شرط قصد وجود نداشته و با هر روشی از سوی انشاکننده عقد که بتوان صورت و حقیقت عرفی عقد را ایجاد کرد، قصد انشای عقد هم ابراز می‌شود؛ همان‌گونه که ماده ۱۹۱ قانون مدنی نیز هر چیزی را که دلالت بر قصد کند برای تحقق عقد کافی می‌داند. بر این اساس فرقی بین قرارداد الکترونیکی و غیر آن در شرطیت قصد و ابراز آن نیست.

### ۳. امکان تحقق و احراز قصد در قرارداد الکترونیکی

تحقق قصد توسط اصل‌ساز در مواردی که قرارداد الکترونیکی به صورت آنلاین و با ارتباط مستقیم انجام می‌شود، قطعاً هیچ اشکالی ندارد و نیز در مواردی که قرارداد الکترونیکی به صورت آفلاین بوده، اما دارای یک گزینه باشد و طرف مقابل حق انتخاب موارد دیگری را ندارد، باز هم امکان تحقق قصد با اشکال کمتری روبه‌روست؛ زیرا اصل‌ساز در هنگام تدوین آگهی، قصد معامله داشته و عبارت‌های قرارداد را به قصد انجام معامله با کسی که اعلام موافقت دارد، تهیه و تنظیم کرده و عرضه نموده است.

گاهی قرارداد به‌گونه‌ای تنظیم می‌شود که دارای گزینه‌های فراوان است و با هر گزینه، رایانه و برنامه تهیه شده، شرایط ویژه‌ای را برای قرارداد عرضه می‌کند و مراحل انجام قرارداد به وسیله نماینده الکترونیکی انجام می‌گیرد؛ در نتیجه ابتدا به نظر می‌رسد تحقق قصد جازم توسط اصل‌ساز امکان ندارد و در پی آن این پرسش‌ها مطرح می‌شوند که این نوع معامله چه تفاوتی با تعلیق در قصد یا تردید در ثمن و مثنی دارد؟ آیا عملکرد نماینده الکترونیکی در برابر قصد و انتخاب طرف مقابل، همانند عملکرد وکیل است که نیاز به قصد دارد؟ یا همانند ابزار است و همان قصد اصل‌ساز به هنگام برنامه‌سازی و تنظیم گزینه‌های قرارداد کفایت می‌کند یا هیچ کدام؟

پاسخ پرسش‌های فوق با دقت در چگونگی فرایند تدوین برنامه توسط اصل‌ساز و نیز فرایند انجام معامله معلوم می‌شود؛ زیرا هیچ تعلیق و تردید و وکالت‌انگاری از سوی

اصل‌ساز صورت نگرفته است، بلکه اصل‌ساز پس از مراحل آگهی و دعوت به معامله برای هر پذیرنده نسبت به همه گزینه‌ها به‌طور مستقل انشای عقد کرده است و به همین دلیل از نظر عرفی هر یک از متقاضیان با انتخاب هر کدام، طرف دوم قرارداد قرار گرفته‌اند؛ بنابراین هرگاه تلفظ عقد را لازم ندانیم و کتابت عقد را همانند تلفظ عقد کافی بدانیم، قصدی که در حال کتابت تحقق یافته کافی است و با حصول آن از سوی اصل‌ساز در زمان بارگذاری برنامه، قصد قرارداد تحقق می‌گیرد و همین مقدار از قصد که موجب اسناد عقد به اوست، کفایت می‌کند.

به تعبیر دیگر با توجه به اینکه دلیل شرطیت قصد، توقف عرفی عقد بر قصد عقد بود، آنچه برای تحقق عقد لازم است، وجود قصد در تنظیم قرارداد است تا مانند عبارت اشخاص خواب‌زده یا مست یا ساهی (سهوکننده) و... نباشد که این مقدار از قصد در تنظیم سامانه الکترونیکی وجود دارد و آنچه وجود ندارد- مثل قصد مباحثی و بی‌واسطه و مشخص بودن طرف مقابل و بی‌فاصله بودن نسبت به انشای طرف مقابل- از نگاه عرفی برای تحقق عقد ضرورت نداشته و شرطیت ندارد.

شاید گمان شود ابراز قصد عقد با نماینده الکترونیکی به صورتی که مطابق با قوانین متعارف حقوقی باشد، امکان ندارد؛ زیرا در مواد قانون مدنی و غیره نماینده الکترونیکی ذکر نشده است. در پاسخ باید گفت ماده ۱۹۱ قانون مدنی تصریح دارد هر چیزی که دلالت بر قصد کند برای تحقق عقد کافی است. بر این اساس فرقی بین قرارداد الکترونیکی و غیر آن در چگونگی ابراز آن نیست. علاوه بر این با وجود اینکه قانون تجارت الکترونیکی کشورمان در مورد عقد قرارداد با استفاده از سامانه‌های پیام خودکار یا نمایندگان الکترونیکی، مواد صریحی ندارد. با این حال با استناد به برخی مواد این قانون از جمله بند (ص) ماده ۲ یعنی «عقد از راه دور»، می‌توان گفت از آنجاکه مطابق این ماده، برای ایجاب یا قبول، ابزار خاصی تعیین نشده است، می‌توان از وسایل الکترونیکی خودکار برای این منظور بهره گرفت. بند (م) همین ماده نیز تعریف عامی از «شخص» ارائه داده و آن را اعم از «... شخص حقیقی، حقوقی و سامانه‌های رایانه‌ای تحت کنترل ...» ایشان دانسته است. سامانه‌های رایانه‌ای نیز در بند (و) ماده ۲ به «هر نوع دستگاه یا مجموعه‌ای از دستگاه‌های متصل سخت‌افزاری- نرم‌افزاری... که از طریق اجرای برنامه‌های پردازش خودکار (داده

پیام) عمل می‌کند»، اطلاق شده است. این بند و بند (ب) ماده ۱۸ در مورد امکان پذیرش تشکیل قرارداد از طریق سامانه پیام خودکار، صراحت بیشتری دارند (رهبری، ۱۳۹۰، ص ۱۷۰).

#### ۴. اجرای اصالت قصد در قرارداد الکترونیکی

دانستیم که شرط قصد در قرارداد الکترونیکی مانند سایر عقود و قراردادها لازم است و نیز الکترونیکی بودن عقد مانع تحقق شرط قصد نیست؛ ولی باید توجه داشت که قصدی معتبر است که بعد از عقل و بلوغ در طرف قرارداد باشد. اکنون اگر در مواردی از تحقق قصد در قرارداد الکترونیکی مطمئن هستیم و از بلوغ و عقل اصل‌ساز یا طرف قرارداد آگاهی داریم، قطعاً از جهت شرط قصد مشکلی نخواهد بود؛ اما اگر از تحقق قصد اطلاعی نداریم، باید از اصول عقلایی برای احراز قصد بهره گیریم.

«اصالت قصد» از اصول عقلایی و مورد توجه فقهاست که در مورد افعال اختیاری عقلایی جاری می‌شود (تستری، [بی‌تا]، ص ۱۲۰ / انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۳۲۳ / آشتیانی، ۱۴۲۹، ج ۳، ص ۲۱۶ / مامقانی، ۱۳۱۶، ج ۲، ص ۳۳۵ / یزدی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۱۲۴ / خوانساری، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۱۹۴). بنابراین برای اثبات آن نیازی به کتاب و سنت نیست و تنها دلیل آن بنای عقلاست (آشتیانی، ۱۴۲۹، ج ۸، ص ۱۵۶ / ایروانی، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۱۱۲ / خوانساری، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۱۹۴) و منظور از آن این است که ظاهر حال عقلا و بنای آنها در همه افعال، داشتن قصد است و این از امور ارتکازی در اذهان عقلا و حتی اطفال است (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۲۰ الف، ص ۵۲۴ و ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۱۶۶ و ۱۴۲۰ ب، ص ۲۳۵ / محمد بن حسین، ۱۳۹۰، ص ۲۲۰)؛ به گونه‌ای که تکلیف به انجام عملی بدون قصد از نوع تکلیف به مالایطاق شمرده شده است (عاملی، [بی‌تا]، ص ۴۸ / بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲، ص ۱۷۱).

بنا بر معنای قصد - که قبلاً گذشت - معلوم می‌شود که اصالة القصد در واقع در مورد اجرای عقد، بیان‌کننده سه اصل است: اصل قصد لفظ، اصل قصد معنای انشایی و اصل قصد تحقق خارجی (اصل قصد جدی داشتن). همه اصول مذکور که در قالب «اصالت قصد» بیان می‌شود، بر اساس ظاهر حال عقلایی است؛ بنابراین اجرای اصالت قصد بعد از احراز شروطی مثل بلوغ و عقل و حتی حیات شخص است و بدون شک اجرای اصالت قصد در



قراردادهای الکترونیکی نیازمند احراز وجدانی شروط عمومی مثل عقل و بلوغ در دو طرف عقد است، مگر در مواردی که احتمال عروض فقدان شرایط بعد از علم به حصول آن باشد که در این موارد با اجرای استصحاب می‌توان وجود شرایط را احراز نمود؛ مثل بقای اصل‌ساز بر ایجاب خود یا مثل حیات اصل‌ساز که قطعاً با اجرای استصحاب قابل احراز است. البته شروط عمومی دو دسته‌اند: برخی از شروط عمومی مثل «اختیار»- اگر وجود آن را برای اجرای «اصالة القصد» لازم بدانیم، چنان‌که برخی تصریح کرده‌اند؛ مثل شیخ انصاری در کتاب مکاسب (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۳۲۴) و با تأملی اجرای اصالت قصد را در مورد مکره ممکن دانسته‌اند- با اصل عقلایی قابل احراز است؛ زیرا اصل در مورد افعال ارادی عقلا و بلکه هر موجود صاحب اختیاری این است که با اختیار و رضایت انجام شود و اثبات عدم اختیار و وجود اکراه نیازمند دلیل است؛ اما برخی دیگر مثل عقل و بلوغ چنین نیست و نیازمند احراز وجدانی است.

۲۱۴

بنابراین آن دسته از شروط عمومی که با اصل عقلایی قابل احراز نبوده، و وجود آن برای اجرای اصالت قصد لازم است، مثل عقل و بلوغ تا زمانی که در قراردادهای الکترونیکی وجود آنها احراز نشود، نمی‌توان شرط قصد را در این نوع قراردادها احراز نمود. با این مقدمه پس از اثبات شرطیت قصد و امکان تحقق آن در قرارداد الکترونیکی (بحث ثبوتی) معلوم می‌شود که بحث دیگری در قرارداد الکترونیکی مطرح است که عبارت است از احراز وقوع قصد در قرارداد الکترونیکی توسط اصل‌ساز (بحث اثباتی). پرسش اصلی در این مرحله آن است که با توجه به اینکه «قصد» یک امر قلبی و باطنی است، چگونه می‌توان به وجود آن پی برد؟

منشأ این پرسش آن است که در معاملات متعارف که به صورت حضوری انجام می‌شود، عقل و بلوغ اشخاص برای معامله‌کنندگان معلوم شده و بر اساس آن در مورد قصد انشای عقد می‌توانند با اجرای اصالة القصد وجود قصد را احراز کنند؛ اما در مورد قرارداد الکترونیکی به دلیل عدم مواجهه حضوری و مشاهده طرف قرارداد، احتمال عدم عقل یا عدم بلوغ وجود داشته و در نتیجه تا زمانی که عقل و بلوغ معامله‌کننده احراز نشود، نمی‌توان اصالة القصد را جاری کرده و قصد طرف معامله را احراز نمود؛ زیرا اصالة القصد در مورد غیرعافل و غیربالغ جاری نیست؛ بلکه حتی اگر یقین به قصد غیرعافل یا غیربالغ

داشته باشیم، باز هم مفید نخواهد بود؛ زیرا می‌دانیم که از نظر فقه و حقوق قصد و عمد شخص غیربالغ و غیرعاقل در حکم خطا و سهو است. پاسخ پرسش مذکور این است که در قرارداد الکترونیکی حالت‌های مختلفی قابل تصور است:

در صورتی که اصل‌ساز و مخاطب دارای امضای الکترونیکی هستند، با توجه به اینکه امضای الکترونیکی طی یک سری فرایند قانونی و با اخذ مدارک معتبر فقط به افراد ذی‌صلاح که دارای اهلیت معامله هستند، داده می‌شود، می‌توان از طریق قوانین موجود در مورد امضای الکترونیکی صلاحیت عقل و بلوغ طرف قرارداد را احراز نمود و در پی آن با اجرای اصالة القصد وجود قصد انشای معامله نیز احراز می‌شود و در مواردی که شک در بقای آن حاصل شود، استصحاب می‌شود. در صورتی که طرف قرارداد دارای امضای الکترونیکی نباشد، حالت‌های مختلفی وجود دارد:

۱. از خارج عقد از طریق شواهد و قرائن حالی و غیره پی به وجود قصد می‌بریم.
  ۲. چنانچه از طریق شواهد خارجی نتوانستیم وجود قصد را کشف کنیم، اگر به بلوغ و عقل طرف قرارداد اطمینان داریم، با استفاده از اصل عقلایی «اصالة القصد» می‌توان وجود قصد را احراز نمود.
  ۳. اگر طرف قرارداد کاملاً ناشناس باشد و هیچ قرینه‌ای خارج از قرارداد پیدا نکردیم، احراز قصد انشای عقد از سوی طرف قرارداد مشکل است.
- شاید گفته شود در این صورت اگر با استفاده از ظاهر حال قرارداد الکترونیکی نتوانستیم عقل طرف قرارداد را کشف کنیم، می‌توانیم اصالة القصد را جاری کنیم؛ مثل اینکه نسبت به اصل‌ساز در مورد نماینده الکترونیکی این چنین است؛ زیرا فعلاً که طراحی نرم‌افزار الکترونیکی نیازمند تخصص ویژه‌ای است، فردی که توانسته است نماینده الکترونیکی را طراحی کند، با اطمینان از عقل سالم مادی برخوردار است؛ هرچند احتمال بسیار نادر داده شود که طراحی آن توسط فرد دیگر انجام شده و بارگذاری آن در فضای مجازی توسط شخص مجنون و به‌طور اتفاقی صورت گرفته باشد. این احتمال نادر و غیرعقلایی است؛ اما با این روش فقط عقل طرف قرارداد احراز می‌شود و برای اجرای اصالة القصد باید بلوغ او هم احراز شود که با وجود افراد توانمند اما نابالغ در فضای مجازی احراز بلوغ کاربران

الکترونیکی وجه عقلایی ندارد؛ بنابراین اگر بلوغ طرف قرارداد احراز نشود و عقد نابالغ را باطل بدانیم، نمی‌توان صحت قرارداد الکترونیکی را احراز کرد؛ همان‌گونه که در معاملات متعارف غیرالکترونیکی نیز اگر بلوغ متعامل احراز نشود، حکم به صحت معامله نمی‌توان داد.

### شرط صراحت عقد در قرار داد الکترونیکی

از شروط صحت عقد که در قرارداد الکترونیکی مورد توجه است، شرط صراحت عقد و ابراز صریح قصد انشای عقد است. به نظر می‌رسد این شرط که در برخی مواد قانون مدنی مثل ماده ۵۶ مربوط به وقف و ۳۴۰ مربوط به بیع و ۱۰۶۲ مربوط به نکاح تصریح شده است، نزد فقیهان به صورت مسلم و مفروغ‌عنه است؛ زیرا دیده می‌شود که فقهایی مثل محقق اول برای اثبات شرط ماضی‌بودن عقد دلیلی همچون صراحت آن در انشا را ذکر کرده‌اند (محقق حلی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۱۶۹). شرط صراحت از سوی برخی از فقها مثل علامه ۲۱۵ حلی تصریح شده است (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۰، ص ۸) و در برخی عقود مثل نکاح بیشتر مورد توجه فقها بوده و ظاهراً در شرطیت آن در عقد نکاح و صیغه طلاق در بین فقها اختلافی نیست و از این رو برخی از فقها با وجود اذعان به عدم دلیل بر اثبات آن قائل به شرطیت آن شده‌اند (فیض کاشانی، ۱۴۰۱، ج ۲، ص ۲۶۰)؛ اما در مورد عقود دیگر مورد اختلاف واقع شده است (نراقی، ۱۴۲۲، ص ۵۳)؛ اگرچه شرطیت آن و عدم وقوع عقد با الفاظ کنایی به مشهور فقها نسبت داده شده است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۱۱۹). برای بررسی شرط صراحت در قرارداد الکترونیکی ابتدا باید مقصود فقیهان از آن روشن شده و سپس دلیل شرطیت آن مورد بررسی قرار گیرد و در نهایت بر قرارداد الکترونیکی تطبیق شود.

#### ۱. مفهوم صراحت عقد در سخن فقیهان

با توجه به اختلاف فقیهان در معنای صراحت، به نظر می‌رسد علت اختلاف در شرطیت آن نیز وجود اختلاف در مفهوم آن است؛ زیرا شرطیت صراحت به معنای «غیرمجمل بودن و قابل فهم بودن معنا» از بدیهیات است؛ درحالی‌که صراحت به برخی از معانی دیگر مورد

انکار و فاقد دلیل دانسته شده است؛ از این رو لازم است به بررسی مفهوم صراحت پرداخته شود.

از آنجاکه واژه صراحت به عنوان شرط عقد در نصوص شرعی به کار نرفته است، بدیهی است که به دنبال شناخت معنای لغوی واژه صراحت نیستیم؛ بلکه به دنبال معنای مورد نظر فقیهان از این واژه هستیم که با مراجعه به سخنان و دلیل‌های ایشان به دست می‌آید. الف) دارای ظهور (به‌کارگیری الفاظ قابل فهم و غیرمجمّل): منظور این است که لفظ انشای عقد دارای دلالت روشن بر انعقاد عقد بوده و غیرقابل تردید عقلایی باشد. این معنا با توجه به دلیل دوم علامه حلی (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۰، ص ۸) که در ادامه (بند دوم) ذکر می‌شود، به روشنی به دست می‌آید و با توجه به اینکه دلیل شرطیت قصد صرفاً صدق عرفی عقد و تحقق مفهوم عرفی عقد است، نمی‌توان غیر از دلالت عرفی چیز دیگری را شرط کرد.

ب) دارا بودن دلالت حقیقی (به‌کارگیری الفاظ حقیقی): این معنا در سخن برخی فقیهان در باب طلاق ذکر شده است (سیوری حلی، ۱۴۰۴، ج ۳، ص ۳۰۳) و شیخ انصاری آن را به گروهی از فقیهان امامیه و اهل سنت نسبت داده است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۱۲۰). ج) داشتن دلالت بدون نیاز به نیت: این معنا طبق گفته شیخ طوسی مورد نظر برخی فقیهان اهل سنت در باب طلاق است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۴۵۹).

معنای دوم از سوی برخی فقیهان به صراحت انکار شده است (رشتی نجفی، ۱۳۱۱، ص ۳۳) و اعتبار آن نیز فاقد دلیل است و معنای سوم از سوی فقیهان امامیه ذکر نشده و از سوی فقهای اهل سنت نیز فقط در مورد طلاق ذکر شده است و تسری آن به عقود دیگر مانند اصل آن دلیلی ندارد. با توجه به اینکه متون فقیهان بعد از علامه بیشتر به عبارت ایشان ناظر بوده یا با توجه به جایگاه ایشان از نظر ایشان تأثیر پذیرفته‌اند، می‌توان در یافت که همان معنای اول (معنای مورد نظر علامه) منظور فقیهان دیگر بوده و دو معنای دیگر قابل دفاع نیست و در آینده خواهیم دید که تنها این معنا قابل اثبات است.

## ۲. دلیل شرطیت صراحت

شرطیت صراحت فاقد دلیل خاص روایی است و صرفاً بر اساس اصول و قواعد و تحلیل عرفی عقد قابل توجیه است؛ بنابراین برای بررسی شرطیت آن باید به قواعد عمومی عقود و متفاهم عرفی در تحقق مفهوم عقد رجوع شود. با توجه به اینکه علامه حلی از پیشگامان فقیهان در اعلام شرطیت صراحت در عقود است، در ذیل به دو دلیلی که ایشان به آنها استناد کرده است (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۰، ص ۸) اشاره می‌شود:

الف) اصل عدم انتقال: می‌دانیم که هرگاه در اجزا و شرایط عرفی عقد شک و تردید حاصل شود به استناد اصل فساد و اصل عدم انتقال مال باید حکم به شرطیت مشکوک داده شود. زیرا با نبودن آن شرط در تحقق عنوان عقد تردید شده و نمی‌توان به عمومات صحت و لزوم عقود مثل «اوفوا بالعقود» استناد کرد؛ زیرا از نوع تمسک به عام در مورد شبهه مصداقی خود عام است که هیچ‌کسی آن را جایز نمی‌داند؛ در نتیجه اصالة الفساد که همان اصل عدم انتقال مال و استصحاب بقای مال بر ملکیت سابق است، جاری می‌شود و برای رفع تردید باید آن شرط رعایت شود. در سخن علامه نیز ابتدا به همین اصل استناد شده است (همان).

ب) لزوم قابل فهم بودن عقد: علامه حلی ظاهراً با تحلیل مفهوم عرفی عقد به اثبات آن پرداخته است؛ به این صورت که دلیل آن را جلوگیری از غیر قابل فهم بودن عقد برای مخاطب ذکر کرده و آورده است: اگر لفظ عقد دارای صراحت نباشد، مخاطب نمی‌داند که چه معنایی به او گفته شده است (همان). پرواضح است که بدون فهم کلام ایجاب‌کننده امکان انتقال معنا به طرف مقابل و تحقق معنای عرفی عقد وجود ندارد و از آنجاکه لزوم انتقال معنا به مخاطب برای وقوع عقد امری ضروری و بدیهی است، علامه حلی برای اثبات صراحت به آن استناد کرده است.

با توجه به دلیل دوم علامه حلی به روشنی معلوم است که صراحت لفظ عقد که در سخن علامه حلی اثبات شده است، به معنای روشن بودن معنا و غیرمجممل بودن برای مخاطب است؛ به گونه‌ای که امکان انتقال معنا به طرف مقابل وجود داشته باشد.

برای اثبات شرطیت صراحت عقد به معنای حقیقی بودن لفظ و... دلیل قابل دفاعی وجود ندارد و شاید به همین دلیل شیخ انصاری پس از بیان معنای صراحت - که در نظر او همان

معنای دوم است- برای رد کردن شرطیت صراحت به این معنا آورده است ظاهر نصوص و ادله شرعی این است که در انعقاد عقد به هر لفظی که دارای معنای روشن قابل اعتمادی باشد، اکتفا می‌شود و این نظر از سوی گروهی از متأخران اخیر تقویت شده است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۱۲۰) و این همان معنای اولی است که ما از سخن علامه حلی برداشت کردیم.

در تبیین شرطیت صراحت به معنای اول و کفایت وجود دلالت بر تحقق عقد باید گفت با توجه به اینکه تحقق عرفی و صدق عرفی عقد دلیل شرط بودن قصد است، وسیله و روش خاصی برای ابراز شرط قصد وجود نداشته و با هر روشی از سوی انشاکننده عقد که بتوان صورت و حقیقت عرفی عقد را ایجاد کرد، قصد انشای عقد هم ابراز می‌شود؛ همان‌گونه که ماده ۱۹۱ قانون مدنی نیز هر چیزی را که دلالت بر قصد کند، برای تحقق عقد کافی می‌داند. بر این اساس فرقی بین قرارداد الکترونیکی و غیر آن در شرطیت قصد و چگونگی ابراز آن نیست.

۲۱۸

### ۳. تطبیق شرط صراحت در قرارداد الکترونیکی

دانستیم که در خصوص اصل شرطیت صراحت عقد به معنای روشن بودن معنا جای بحث و اشکالی نیست و آنچه در قراردادهای الکترونیکی در ارتباط با این شرط جای بحث است، تحقق این شرط است که آیا با وجود روش‌های مختلف قراردادهای الکترونیکی که گاهی شبیه دعوت به معامله است، شرط صراحت عقد رعایت می‌شود؟ با توجه به معنای مورد نظر در شرط صراحت که همان معنای اول است، معیار تحقق شرط صراحت این است که متون ارائه شده در فضای مجازی از نظر عقلایی دلالت غیرقابل تردید و انکاری بر عقد قرارداد داشته باشد و در هر مرحله‌ای که به این میزان از دلالت نرسیده باشد، هنوز عقد قرارداد انجام نشده است؛ بنابراین به منظور بررسی رعایت شرط مذکور در قراردادهای الکترونیکی ملاحظه متون ارائه شده در فضاهای مجازی برای عقد قرارداد ضروری است.

بر اساس شرط صراحت ایجاب می‌توان ضوابط و شرایطی در طراحی سامانه‌های اینترنتی و ورود به آنها برای انجام خرید و فروش تعیین کرد که برخی از آنها عبارت‌اند از:

### الف) ایجاب نبودن پیش قراردادهای الکترونیکی

گاهی در فضای مجازی و رایانه‌ای، چه در قالب گفت‌وگوی الکترونیکی و چه در قالب متون ارائه شده برای فروش، به معرفی ویژگی‌ها و قیمت کالا یا خدمات عرضه شده می‌پردازند و در آخر تقاضایی مبنی بر تعیین سفارش یا تکمیل فرم خرید انجام می‌شود. این عبارات یا متون شبیه به آن در واقع مذاکرات پیش‌قراردادی شمرده می‌شوند و نمی‌توانند سبب انشای عقد باشند؛ زیرا صراحتی در انجام عقد ندارند و صرفاً اعلام آمادگی برای عقد قرارداد و ورود به میز مذاکرات معاملاتی است نه انعقاد قرارداد. به همین دلیل در موارد عروض اختلاف در صورتی که اصل‌ساز معامله را انکار نماید، از نگاه عرفی پذیرفته می‌شود و چنین متونی بر اساس شرطیت صراحت عقد حتی اگر به قصد انشای عقد نیز ارائه شود تا زمانی که به صراحت اعلام نشده باشد که این یک ایجاب برای عقد قرارداد است، نمی‌تواند ایجاب محسوب شود.

۲۱۹

### ب) عدم اعتبار فراخوان الکترونیکی

گاهی متونی که اصل‌ساز در سامانه قرارداد است، صرفاً برای بازاریابی و کشاندن مشتری پشت میز معامله به منظور اقدامات مقدماتی قبل از عقد قرارداد عرضه شده است؛ مثل اینکه پس از تبلیغاتی، گزینه «سبد خرید» یا «برای خرید یا سفارش اینجا را کلیک کن» و شبیه این گونه عبارات در صفحه رایانه ظاهر می‌شود. در این موارد که متن ارائه شده، عاری از هرگونه دلالت صریح عرفی بر انجام معامله است با وقوع قبول از سوی مشتری هیچ گونه معامله‌ای از نظر فقهی و حقوقی واقع نمی‌شود. به همین دلیل تشخیص ایجاب از وعده و مذاکره مقدماتی پیش از قرارداد و پیشنهاد معامله از آن جهت اهمیت دارد که اگر پیشنهادی، تنها دعوت به مذاکره باشد، پذیرفتن آن، عقد را تشکیل نمی‌دهد و پیشنهاددهنده می‌تواند از آنچه وعده داده است، عدول کند. در عوض اگر دعوتی که شده است، اوصاف حقوقی ایجاب را دارا باشد، با قبول مخاطب، قرارداد تشکیل خواهد شد. فراخوان به معامله گاهی به روشنی قابل تشخیص است و گاهی قرائنی وجود دارد که بیانگر فراخوان بودن متن ارائه شده است؛ مثلاً وقتی متن ارائه شده مخاطب خاص نداشته و به صورت عمومی عرضه شود، قرینه‌ای بر این است که این عبارات به عنوان دعوت به

فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی / شرط قصد و ابراز صریح آن در قرارداد ...

معامله بوده و تبلیغات محسوب می‌شود به همین دلیل فراخوان و پیشنهاد به عقد قرارداد نمی‌تواند به عنوان ایجاب باشد، مگر اینکه با دلالتی روشن بیان شود که این پیشنهاد به عنوان ایجاب بوده و بقیه شرایط صحت را دارا باشد.

مطلب فوق از نکات عقلایی در فهم معانی است و در برخی متون بین‌المللی نیز مورد توجه بوده است؛ مثلاً ماده ۱۱ کنوانسیون سازمان ملل متحد درباره استفاده از پیام‌های الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی (۲۰۰۵) در این باره آورده است: «پیشنهاد انعقاد قرارداد از طریق یک یا چند پیام الکترونیکی که مخاطب آن شخص یا اشخاص معین نبوده‌اند، بلکه عموماً برای اشخاصی که از سامانه‌های اطلاعاتی استفاده می‌کنند، قابل دسترسی بوده، شامل پیشنهادهایی که متضمن سفارش غیرالزام‌آور از طریق سامانه‌های رایانه‌ای مذکور می‌شود، دعوت به ایجاب تلقی می‌شود- نه ایجاب مگر آنکه آشکارا بر این امر دلالت کند که شخصی که پیشنهادها را مطرح کرده، در صورتی ملتزم به ایجاب خواهد بود که قبول شود».

در فراخوان معامله چنانچه قرائنی وجود داشته باشد که دلالت بر قصد طرفین بر معامله نماید، برای انعقاد عقد کفایت می‌کند، مثل اینکه پس از تأیید متن از سوی مشتری، متنی از سوی اصل‌ساز ارائه شود که حاکی از پذیرش معامله بوده و از مشتری تقاضای واریز وجه یا آدرس و غیره کند که نشان‌دهنده قصد معامله است. در این صورت قرار داد معامله واقع شده و هیچ کدام از طرفین نمی‌توانند وقوع معامله را انکار کنند.

### ج) ایجاب نبودن آگهی‌های بازرگانی

با توجه به آنچه در مورد فراخوان گفتیم، معلوم می‌شود که آگهی‌های بازرگانی نیز نمی‌تواند ایجاب باشد؛ اما در صورتی که امکان استیجاب وجود داشته باشد، مثل اینکه بتوان اصل‌ساز را در جایگاه مشتری قرار داد و معلوم باشد با پذیرش کاربر اینترنتی، اصل‌ساز نسبت به انجام معامله ملتزم است، می‌تواند به عنوان استیجاب باشد.

کفایت استیجاب از قبول مطابق نظر برخی فقهاست و مطابق این نظر نیازی به قبول بعدی نیست، هرچند در رویه موجود در قراردادهای الکترونیکی پس از قبول کاربر پیامی از سوی اصل‌ساز مبنی بر پذیرش و اتمام معامله نمایش داده می‌شود.



## نتیجه‌گیری و پیشنهاد

در این مقاله نتایج ذیل به همراه پیشنهادی بر اساس مباحث فقهی برای بهبود و حمایت از قرارداد الکترونیکی قابل ارائه است:

۱. با توجه به اینکه دلیل اصلی شرطیت قصد تحقق عرفی و صدق عرفی عقد است، با هر روشی از سوی ائشانکننده عقد که بتوان صورت و حقیقت عرفی عقد را ایجاد کرد، شرط قصد ابراز و رعایت می‌شود و فرقی بین قرارداد الکترونیکی و غیر آن نیست.

۲. با دقت در چگونگی فرایند تدوین برنامه توسط اصل‌ساز و استفاده از سامانه خودکار (نماینده الکترونیکی) معلوم می‌شود هیچ تعلیق و تردید و وکالت‌انگاری از سوی اصل‌ساز در قرارداد الکترونیکی و نماینده الکترونیکی صورت نگرفته است، بلکه اصل‌ساز پس از مراحل آگهی و دعوت به معامله برای همه گزینه‌ها به‌طور مستقل انشای عقد کرده است؛ به همین دلیل از نظر عرفی هر یک از متقاضیان با انتخاب هر کدام، طرف دوم قرارداد قرار می‌گیرد و از آنجاکه عرفاً و قانوناً (ماده ۱۹۱ق.م) ابراز قصد را به هر روشی کافی می‌دانیم، با حصول آن از سوی اصل‌ساز در زمان بارگذاری برنامه، قصد قرارداد تحقق می‌گیرد و با توجه به اینکه دلیل شرطیت قصد صرفاً توقف عقد بر تحقق قصد بود، آنچه برای تحقق عقد لازم است، وجود قصد در تنظیم قرارداد است تا مانند عبارت اشخاص خواب‌زده یا مست یا ساهی (سهوکننده) و... نباشد که این مقدار از قصد در تنظیم سامانه الکترونیکی یا به صورت وجدانی یا به صورت استصحابی تا زمان قبول وجود دارد و آنچه وجود ندارد- مثل قصد مباشری و بی‌واسطه بودن نسبت به انشای طرف مقابل- برای تحقق عقد ضرورت نداشته و شرطیت ندارد.

۳. برای احراز شرط قصد با وجود عدم احراز عقل و بلوغ طرف قرارداد در صورتی که اصل‌ساز و مخاطب دارای امضای الکترونیکی هستند، با توجه به اینکه امضای الکترونیکی طی یک سری فرایند قانونی و با اخذ مدارک معتبر فقط به افراد ذی‌صلاح که دارای اهلیت معامله هستند، داده می‌شود، می‌توان از طریق قوانین موجود در مورد امضای الکترونیکی صلاحیت عقل و بلوغ طرف قرارداد را احراز

نموده و در پی آن با اجرای اصالة القصد وجود قصد انشای معامله نیز احراز می‌شود.

در صورتی که طرف قرارداد دارای امضای الکترونیکی نباشد، از طریق شواهد و قرائن حالی و غیره پی به وجود قصد می‌بریم و چنانچه از طریق شواهد خارجی نتوانستیم وجود قصد را کشف کنیم، اگر به بلوغ و عقل طرف قرارداد اطمینان داریم، با استفاده از اصل عقلایی «اصالة القصد» می‌توان وجود قصد را احراز نمود؛ اما اگر طرف قرارداد کاملاً ناشناس بوده و هیچ قرینه‌ای خارج از قرارداد پیدا نکردیم، احراز قصد انشای عقد از سوی طرف قرارداد مشکل است.

۴. معیار تحقق شرط صراحت در قرارداد الکترونیکی این است که متون ارائه‌شده در فضای مجازی از نظر عقلایی دلالت غیرقابل تردید و انکاری بر عقد قرارداد داشته باشد و در هر مرحله‌ای که به این میزان از دلالت نرسیده باشد، هنوز عقد قرارداد انجام نشده است؛ بنابراین به منظور بررسی رعایت شرط مذکور در قراردادهای الکترونیکی ملاحظه متون ارائه‌شده در فضاهای مجازی برای عقد قرارداد ضروری است.

۵. بر اساس شرط صراحت ایجاب در قرارداد الکترونیکی نتیجه می‌گیریم که پیش‌قراردادها و فراخوان الکترونیکی و نیز آگهی‌های بازرگانی نمی‌توانند به عنوان جزئی از عقد شمرده شوند، مگر اینکه با صراحت در آنها به ایجاب بودن آنها تصریح شده باشد؛ به گونه‌ای که طرف اصل‌ساز از نگاه عرفی ملتزم به آن باشد پیشنهاد مهم در پایان این مقاله این است که از آنجا که احراز شرط صحت عقد بدون وجود امضای الکترونیکی مشکل است، با توجه به عدم رواج امضای الکترونیکی در ایران و نداشتن مجوز اعطای امضای الکترونیکی در اغلب دفاتر اسناد کشور لازم است دست‌اندرکاران تجارت کشور و متولیان قانونی امور بازرگانی و وزارت اقتصاد و اتاق بازرگانی و... کمیسیون اقتصادی مجلس برای روان‌نمودن اخذ امضای الکترونیکی مقدمات لازم را فراهم آورند و چنانچه رفع محدودیت‌های قانونی بین‌المللی به جهات وجود برخی تحریم‌های ناعادلانه امکان‌پذیر نیست، سامانه‌ای داخلی برای پاسخ به این نیاز اقتصادی فراهم آورند.

## منابع و مأخذ

۱. آشتیانی، محمدحسن بن جعفر؛ بحر الفوائد فی شرح الفرائد (طبع جدید)؛ چ ۱، بیروت: موسسه التاريخ العربی، ۱۴۲۹ق.
۲. انصاری، شیخ مرتضی بن محمد امین؛ کتاب المکاسب؛ ۶جلدی، چ ۱، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
۳. ایروانی، علی بن عبدالحسین نجفی؛ حاشیه المکاسب؛ ۲جلدی، چ ۱، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۴. بحرانی، آل عصفور یوسف بن احمد بن ابراهیم؛ الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة؛ چ ۱، قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۵ق.
۵. تستری، اسدالله کاظمی؛ مقابس الأنوار و نفائس الأسرار؛ تکجلدی، چ ۱، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، [بی تا].
۶. خوانساری، شیخ موسی؛ منیه الطالب فی حاشیه المکاسب: تقریرات درس محقق نائینی شیخ محمد حسین؛ ۲جلدی، تهران: المکتبه المحمديه، ۱۳۷۳ق.
۷. خوبی، سید ابوالقاسم؛ مصباح الفقاهة: شرح مکاسب شیخ انصاری؛ ج ۶، بیروت: دارالهادی، ۱۴۱۲ق.
۸. رشتی نجفی، میرزا حبیب الله؛ کتاب الإجارة؛ تکجلدی، [بی جا]: [بی نا]، ۱۳۱۱ق.
۹. رهبری، ابراهیم؛ «نقش نمایندگان الکترونیکی در تشکیل قرارداد»، فصلنامه حقوق؛ دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۱، ش ۴، زمستان ۱۳۹۰.
۱۰. سیوری حلی، مقداد بن عبدالله؛ التنقیح الرائع لمختصر الشرائع؛ ۴جلدی، چ ۱، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - ره، ۱۴۰۴ق.
۱۱. طوسی (شیخ طوسی)، ابو جعفر محمد بن حسن؛ الخلاف؛ ۶جلدی، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ق.
۱۲. عاملی، بهاء الدین محمد بن حسین؛ مفتاح الفلاح فی عمل الیوم و اللیلة؛ تکجلدی، بیروت: نشر دار الأضواء، [بی تا].
۱۳. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی؛ الحاشیه الأولى علی الألفية؛ تکجلدی، چ ۱، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۲۰ق الف.

۱۴. —؛ المقاصد العلية في شرح الرسالة الألفية؛ تكجلدى، ج ۱، قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامى حوزه علميه قم، ۱۴۲۰ق ب.
۱۵. —؛ رسائل الشهيد الثاني؛ ۲جلدى، ج ۱، قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامى حوزه علميه قم، ۱۴۲۱ق.
۱۶. علامه حلى، حسن بن يوسف بن مطهر اسدى؛ تذكرة الفقهاء؛ ۱۴جلدى، ج ۱، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام، ۱۴۱۴ق.
۱۷. فيض كاشانى، ملامحسن؛ مفاتيح الشرايع؛ قم: مجمع الذخائر الاسلاميه ۱۴۰۱ق.
۱۸. مامقانى، محمدحسن بن الملا عبداللّه؛ غاية الآمال في شرح كتاب المكاسب؛ ۳جلدى، ج ۱، قم: مجمع الذخائر الإسلاميه، ۱۳۱۶ق.
۱۹. محقق حلى، نجم الدين جعفر بن حسن؛ المختصر النافع في فقه الإمامية؛ ۲جلدى، ج ۶، قم: مؤسسه المطبوعات الدينيه، ۱۴۱۸ق.
۲۰. محمد بن حسين؛ الجبل المتين في أحكام الدين؛ تكجلدى، ج ۱، قم: كتابفروشى بصيرتى، ۱۳۱۶ق.
۲۱. محمدى، مرتضى؛ انعقاد قراردادهاى الكترونيكى؛ ج ۱، قم: دانشگاه مفيد، ۱۳۹۳.
۲۲. مراغى، سيد مير عبدالفتاح بن على حسيني؛ العناوين الفقهية؛ ۲جلدى، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ۱۴۱۷ق.
۲۳. نراقى، مولى احمد بن محمد مهدى؛ عوائد الأيام في بيان قواعد الأحكام؛ تكجلدى، ج ۱، قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامى حوزه علميه قم، ۱۴۱۷ق.
۲۴. نراقى، مولى محمد بن احمد؛ مشارق الأحكام؛ تكجلدى، ج ۲، قم: كنگره نراقيين ملامهدى و ملا احمد، ۱۴۲۲ق.
۲۵. همدانى، آقارضا ابن محمد هادى؛ حاشية كتاب المكاسب (للهمدانى)؛ تكجلدى، ج ۱، قم: جناب مؤلف، ۱۴۲۰ق.
۲۶. يزدى، سيد محمد كاظم طباطبايى؛ حاشية المكاسب؛ ۲جلدى، ج ۲، قم: مؤسسه اسماعيليان، ۱۴۲۱ق.