

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ





## مجله کانون

خبری و تحلیلی در زمینه علوم انسانی  
سال ۴۸ ، دوره دوم ، شماره ۶۰  
فروردین ۱۳۸۵

### صاحب امتیاز و مدیرمسئول:

کانون سردفتران و دفتریاران

### مدیر اجرایی:

ناصر نایبی

### سردبیر:

سلیمان فدوی لنجوانی

### همکاران این شماره:

مصطفی السان، دکتر رضا ولویون، سلیمان

فدوی، خسرو عباسی داکانی، محمود تفکریان،

محمد رضا ملکی،

### ویراستار ادبی:

وحید امینی

### حروفچین و صفحه‌آرا:

فهیمة اسماعیلی

### نشانی الکترونیکی:

MAGAZINE@NOTARY.ir

### نشانی دفتر مجله:

تهران، خیابان استاد مطهری،

مقابل خیابان سنایی، پلاک ۲۸۳

صندوق پستی: ۱۴۳۳۵/۱۱۵۱

تلفن و دورنگار: ۸۸۷۲۸۷۵۵

چاپ: مهنا

لیتوگرافی: صبا

شمارگان: ۳۰۰۰ نسخه

بها: ۱۰۰۰ تومان

### اعضاء شورای علمی:

دکتر سلیمان فدوی

حمید صالحی

اصغر قیماصغری

عبدالایمان محقق

ناصر نایبی

خسرو عباسی داکانی

حسنعلی تربتی

علیرضا ایمانی

حسن روشن

دکتر منوچهر مؤتمنی طباطبایی

دکتر حسینقلی حسینی نژاد

دکتر نجاد علی الماسی

دکتر ربیعا اسکینی

دکتر محمدحسین شهبازی

دکتر رضا ولویون

دکتر اسدالله امامی

دکتر ایراندخت نظری (شهیدی)

دکتر عباس منتهایی



## فهرست مندرجات

صفحه

عنوان

### مقالات و مطالب حقوقی

- ۹ ..... جنبه‌های حقوقی ثبت الکترونیکی  
مصطفی‌السان
- ۴۰ ..... فروش آپارتمان‌های ساخته نشده  
دکتر رضا ولویون
- ۵۴ ..... تعارض قوانین در باب وصیت و ارث (بخش دوم)  
سلیمان فدوی
- پیشنهادهایی در خصوص اصلاح طرح آئین نامه ماده ۳۲ قانون تجارت الکترونیکی
- ۸۶ ..... خسرو عباسی داکانی

مقایسه اعتبار و قدرت اسناد ثبت شده با سایر اسناد ..... ۱۰۸  
محمود تفکریان

### ترجمه

امضاهای دیجیتالی ، گواهی امضاهای الکترونیکی و تجارت الکترونیک ..... ۱۱۹  
نوشته : (۱) برایان گلامن : مشاور امنیت اطلاعات ( انگلیس )  
( ۲ ) کارل الیسون : متخصص شرکت اینتل ( امریکا )  
(۳) نیکلاس بوهم : مشاور حقوقی ( انگلیس )  
مترجمان : (۱) سلیمان فدوی  
(۲) محمد رضا ملکی

**مقالات و مطالب حقوقی**

—



## جنبه‌های حقوقی ثبت الکترونیکی

مصطفی السان<sup>۱</sup>

### چکیده

ظهور و گسترش پدیده «اینترنت» و رشد روزافزون تجارت الکترونیکی، تحول در ساختارهای سنتی مرتبط با امور اداری و تجاری را اجتناب‌ناپذیر ساخته است. در این راستا، برخی از مسائل همچون همگامی با ضرورت‌های جدید دنیای تجارت (سرعت، ارزانی و همسانی اسناد الکترونیکی با داده‌ها)، اندیشه ثبت الکترونیکی را تقویت کرده است. در این مقاله، با تأکید بر نقش دفاتر اسناد رسمی فعلی و اصول و قواعد ثبت اسناد، به بررسی ابعاد حقوقی ثبت الکترونیکی خواهیم پرداخت. تحلیل مواد قانون تجارت الکترونیکی، قانون ثبت اسناد و املاک، قانون دفاتر اسناد رسمی، آیین‌نامه دفاتر خدمات الکترونیکی و مطالعه تطبیقی با حقوق آمریکا و قانون نمونه دفاتر اسناد رسمی آن کشور، راهگشای حل بسیاری از مسائل و پاسخ به پرسش‌های مطرح در زمینه ثبت الکترونیکی خواهد بود.

واژگان کلیدی: ثبت الکترونیکی، مطالعه تطبیقی، اصول حاکم، گواهی الکترونیکی، دفاتر اسناد رسمی و قوانین و مقررات.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی (mostafaelsan@yahoo.com).

## مقدمه

ضرورت بهره‌گیری از فناوری جدید ارتباطات و اطلاعات برای ثبت الکترونیکی آن قدر بدیهی است که توجیهی برای قصور از پیش‌بینی آن در نظام ثبتی کشور وجود ندارد. این واقعیت را باید پذیرفت که فناوری امتیازاتی دارد که با نظام ثبت موجود نمی‌توان بدانها دست یافت. برای مثال، اثبات اصالت و صحت اسناد الکترونیکی، تنها با تأسی به فناوری همسان ممکن است و ثبت سنتی در این عرصه کارآیی ندارد. امروزه فناوری‌های دقیق، علمی، به‌روز و کارایی برای تولید، ذخیره، پردازش، ضبط و ثبت اسناد در فضای مجازی معرفی شده است، که نمی‌توان آنها را انکار کرد یا ارزش اثباتی کمتری برای آنها قائل بود. زیرا دلیلی بر برتری اسناد کاغذی بر مشابه الکترونیکی آنها وجود ندارد.

حقیقت دیگری را نیز باید پذیرفت: حضور فیزیکی شخصی که متقاضی صدور سند، گواهی اسناد یا به طور کلی هر اقدامی که در حوزه صلاحیت ادارات ثبت یا دفاتر اسناد رسمی قرار می‌گیرد، نزد رایانه یا سیستم ارتباط الکترونیکی قابل تصور نیست و رودررو شدن یا این طیب خاطر سردفتر که طرفین معامله با رضای کامل حاضر به ثبت سند شده‌اند را نمی‌توان در فضای مجازی تصور نمود. هنوز هم اعمالی وجود دارد که ماشین‌ها از انجام آن عاجزند. برای مثال، تحقق محتوای مواد ۶۳ الی ۶۷ قانون ثبت در مورد ثبت الکترونیکی به سختی قابل تصور است و در این حالت باید اذعان داشت که ثبت الکترونیکی امکان‌پذیر نیست.

بنابراین «حضور فیزیکی»، آثاری دارد که فقدان آن از جمله منجر به افزایش تقلب، جرایم مرتبط با اسناد مثل جعل و سوء استفاده خواهد بود. مشکلی که طرفداران اطلاق ثبت الکترونیکی را به چاره‌اندیشی و گاه تحدید حوزه آن وادار ساخته است یکی از آثار حضور فیزیکی نزد سردفتر، اطلاع او از وضعیت مزاجی وی و شرایط و موانعی است که با وجود یا عدم آنها نمی‌توان سند را ثبت کرد. به همین دلیل است که اثبات «اکراه» کاربر در روابط الکترونیکی بسیار دشوار می‌شود. حال آنکه تهدید، اجبار یا اکراه در هر صورت موجب بی‌اعتباری سند است. احراز این موانع تنها با تجربه، رودررویی و دقت سردفتر امکان دارد و با حذف این قید در روابط غیرحضوری، معلوم نیست که چه سازوکاری

می‌تواند پاسخگو باشد. چراکه برای مثال، تأیید نهایی سند با انتخاب نمایه «قبول دارم»، از سوی شخص دیگری غیر از اصیل با کلیک کردن امکان‌پذیر است. همین امر دلالت بر آن دارد که ثبت الکترونیکی در معرض خطا، اشتباه، سرقت هویت و جعل رایانه‌ای قرار دارد.

## ۱- کلیات

ثبت الکترونیکی، به کارگیری شیوه‌های نوین ارتباط برای تسهیل ثبت اسناد و مدارک است. این فناوری علی‌الاصول برای ثبت تمام اسناد قابل استفاده می‌باشد. با این حال قانون خاص امکان دارد که در جهت حمایت از مصرف‌کننده و یا عوامل دیگر، ثبت الکترونیکی را در مواردی مُجاز نداند. مفهوم و اصطلاحات ثبت الکترونیکی به ترتیب بررسی می‌شوند:

### ۱-۱- مفهوم ثبت الکترونیکی

ثبت الکترونیکی مفهومی نسبتاً نوظهور به شمار می‌آید. با توجه به همین امر و عدم اقدام به تأسیس دفاتر ثبت الکترونیکی در کشورمان، برای یافتن مفهوم این عبارت باید به حقوق و رویه کشورهای پیشگام در این زمینه مراجعه کرد. البته «دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی»<sup>۱</sup> در ماده ۳۱ و ۳۲ قانون تجارت الکترونیکی پیش‌بینی شده و می‌توان از ملاک آن برای دفاتر ثبت الکترونیکی نیز استفاده نمود. به موجب ماده ۳۱ «دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی واحدهایی هستند که برای ارایه خدمات صدور امضای الکترونیکی در کشور تأسیس می‌شوند. این خدمات شامل تولید، صدور، ذخیره، ارسال، تأیید، ابطال و به‌روز نگهداری گواهی‌های اصالت (امضای) الکترونیکی می‌باشد».

در ایالات متحده، قانون نمونه دفاتر اسناد رسمی، ماده ۳ را به بحث از «دفاتر ثبت الکترونیکی» اختصاص داده است. این ماده به طور مفصل - از بخش ۱۴ تا ۲۳ - تمام مفاهیم مربوط به ثبت الکترونیکی را لحاظ نموده و اصول و قواعد حاکم بر این نهاد جدید

.1 . Certification service Provider.

را تشریح می‌کند. در مقدمه توجیهی (تفسیر)<sup>۱</sup> ماده ۳ تصریح شده که دفاتر ثبت الکترونیکی، نهادهایی جدای از دفاتر اسناد رسمی به شمار نمی‌آیند و هر سردفتری می‌تواند با گرفتن مجوز و آموزش‌های لازم به یک «سردفتر الکترونیکی»<sup>۲</sup> تبدیل شود. البته دفاتر ثبت اسناد در اقدام به این امر هیچ الزامی ندارند.<sup>۳</sup>

در بند ۲ بخش ۱۴ قانون مذکور، دفتر ثبت الکترونیکی چنین تعریف شده است: «دفتر ثبت اسنادی که به حکم مرجع صالح دارای قابلیت انجام امور دفاتر ثبت الکترونیکی مطابق با مقررات مربوط، شناخته می‌شود». بنابر بخش ۱۵ تنها افرادی صلاحیت افتتاح دفاتر ثبت الکترونیکی را دارند که آموزش‌های لازم را دیده و در امتحان مربوطه پذیرفته شده باشند.<sup>۴</sup> در اکثر ایالات آمریکا ثبت الکترونیکی شروع شده و مقرراتی برای نظام‌مند کردن آن به تصویب رسیده است. برای مثال در ایالت‌های فلوریدا، کُلرادو و یوتا قوانینی در تجویز «ثبت الکترونیکی» تصویب شده که این دفاتر از جمله به گواهی امضاهای دیجیتالی اقدام می‌کنند.<sup>۵</sup> در آریزونا نیز از سال ۲۰۰۲ ثبت الکترونیکی آغاز گردیده و قانون خاصی در این مورد تدوین یافته است.

## ۲-۱- اصطلاحات و تعاریف در ثبت الکترونیکی

در کشورمان، قانون یا رویه خاصی که به تعریف اصطلاحات راجع به ثبت الکترونیکی پرداخته باشد، وجود ندارد. یکسانی ماهیت و آثار حقوقی ثبت الکترونیکی و سنتی مانع از آن نیست که اصطلاحات در شیوه جدید ثبت اسناد و شرایط اطلاق عنوان «رسمی» به آنها ناشناخته بمانند. ابهام در این مورد، از جهات مختلفی - به خصوص از آن جهت که امکان سوء استفاده و برداشت‌های متناقض را فراهم می‌نماید - دارای ایراد است. برای رسیدن به هدف، چاره‌ای جز توجه به مقررات خارجی که به طور خاص به این موضوع

1. Comment

2. Electronic Notary

3. **The Model Notary Act**, September 1, 2002. Published As A Public Service by the National Notary Association. P. 75.

4. Op cit, P.80.

5. Leff, Laurence LeffLaurence, **Notaries and Electronic Notarization**, Western Illinois University 2002. p. 3.

پرداخته‌اند، وجود ندارد.

در باب چهاردهم قانون نمونه دفاتر اسناد رسمی، اصطلاح «الکترونیک» در بند ۱-۱۴ به «فناوری دارای قابلیت‌های الکترونیکی، دیجیتالی (رقومی)، مغناطیسی، بی‌سیم، دیداری (بصری)، الکترومغناطیسی یا موارد مشابه»، تعریف شده است. قسمت اخیر بند با ذکر موارد مشابه، در واقع پیشرفت‌های آینده را لحاظ نموده و از قید انحصار در این زمینه خودداری کرده است. به منظور تأکید بر وابستگی دفاتر اسناد رسمی فعلی و دفاتر اسناد رسمی الکترونیکی، بند ۲-۱۴ آن را به دفترخانه اسناد رسمی که به عنوان دفتر دارای قابلیت انجام ثبت الکترونیکی به ثبت رسیده، تعریف کرده است.

مطابق با قانون مذکور، مدرک الکترونیکی، در مفهوم عام شامل اطلاعاتی است که با وسایل الکترونیکی ایجاد، تولید، ارسال، ابلاغ، دریافت یا ذخیره شده باشد. همین تعریف، با مقداری توسعه در مفهوم، در بند الف ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی کشورمان برای «داده‌پیام» ذکر شده است.<sup>۱</sup> تعاریف مذکور به گونه‌ای دیگر دلالت بر قابل استناد بودن مدارکی دارد که وسایل الکترونیکی در مورد آنها به کار گرفته شده است.

دفتر الکترونیکی سوابق ثبتی،<sup>۲</sup> در بند ۴-۱۴ قانون نمونه دفاتر اسناد رسمی تعریف شده است. نظر به اینکه مطابق با بند ۱-۷ قانون مذکور و ماده ۱۹ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران، مصوب ۱۳۵۴/۴/۲۵، دفاتر اسناد رسمی باید دارای دفاتر خاصی برای نگهداری سوابق اسنادی باشند که ثبت می‌نمایند، پیش‌بینی این دفاتر برای ثبت الکترونیکی نیز ضروری می‌باشد. قانون نمونه با لحاظ همین ضرورت، دفتر الکترونیکی سوابق ثبتی را به وسیله‌ای الکترونیکی که سابقه‌ای دارای تاریخ و منظم که

۱. مطابق با بند مذکور، «داده پیام» (Data Message): هر نمادی از واقعه، اطلاعات یا مفهوم است که با وسایل الکترونیکی، نوری و یا فناوری‌های جدید اطلاعات تولید، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش می‌شود. ایراد قانون تجارت الکترونیکی این است که به جای ارایه تعریف مفاهیم پرکاربرد و عملی‌تری همچون مدرک الکترونیکی (Electronic Evidence) یا سابقه الکترونیکی (Electronic Record)، به ارایه تعریف برای اصطلاح فنی داده اقدام کرده و البته مفهوم عامی که شامل مدرک و سابقه الکترونیکی نیز می‌شود، از آن ارایه داده است.

اعمال ثبتی توسط سردفتر در آن درج می‌شود، تعریف کرده است. به منظور جلوگیری از هرگونه خدشه به این دفاتر، همانند دفاتر کاغذی، قانون نمونه در جزءهای شش‌گانه از بند ۴-۱۴ شرایطی را برای آنها مشخص کرده است.

۱ - دسترسی به محتوای دفتر و درج هرگونه مطلبی از سوی سردفتر در آن، تنها با ارایه پاره‌ای اطلاعات بیومتریک امکان‌پذیر است؛ مشروط بر اینکه این داده‌ها با آنچه در حافظه دفتر وجود دارد، منطبق باشد.

۲ - دفتر باید به گونه‌ای طراحی گردد که افزودن یا کاستن از مندرجات آن پس از ثبت، از سوی سردفتر یا شخص دیگری غیرممکن باشد.

۳ - باید امکان ورود، مشاهده، چاپ یا روگرفت الکترونیکی محتوای دفتر از سوی شخصی که اسم رمز طراحی شده توسط سردفتر را در اختیار دارد یا سردفتر به شیوه‌ای دیگر دسترسی وی را ممکن ساخته، وجود داشته باشد.

۴ - هر دفتری باید دارای نسخه پشتیبان باشد تا در صورت از بین رفتن یا نقص داده‌های اصلی به آن مراجعه شود.

۵ - باید امکان عکس گرفتن از امضای دستی یا اثرانگشت شخص یا سایر شناسه‌های زیستی و ذخیره آن به همان شکل واقعی، وجود داشته باشد.

۶ - دفتر ثبت سوابق الکترونیکی باید به گونه‌ای باشد که بتوان در صورت لزوم نسخه کاغذی یا الکترونیکی از تمام یا قسمتی از داده‌های بایگانی شده، امضاها و علایم بیومتریک تهیه کرد.

بند (۲) مبین یکی از مزایای سند الکترونیکی در مقایسه با مشابه کاغذی آن است. زیرا افزودن و کاستن بر محتوای سند رسمی کاغذی، پس از پایان مراحل ثبتی آن، هم از سوی سردفتر و هم از سوی دیگر اشخاصی که بدان دسترسی دارند، امکان دارد و تنها با منع قانونی و ضمانت‌اجرا می‌توان این خطر را به حداقل رسانید. سند رسمی الکترونیکی، علاوه بر اینکه از مزیت اخیر (به دلیل حکومت اصول و قواعد حاکم بر اسناد رسمی)، بی‌بهره نیست؛ دارای این وصف بی‌همتا است که می‌تواند به گونه‌ای طراحی شود که علی‌الاصول و تحت شرایط معمول، قابل جعل و دستکاری نباشد.

در بند (۵)، مقنن امکان استفاده از شناسه‌های زیستی (مانند علائم ژنتیکی، DNA و...) را به جای امضای دستی یا مهر جوهری شخص به رسمیت شناخته است. در هر حال، این شناسه‌ها باید به نحوی بایگانی شده باشند که بتوان از طریق آنها تشخیص هویت کرد. در عمل، دفاتر اسناد رسمی از اثرانگشت الکترونیکی شخص به دلیل ارزان بودن تهیه و ذخیره، کم‌حجم بودن، کاربرد زیاد آن در روابط تجاری و شناسایی آن در قوانین و مقررات و نیز قابلیت تهیه نسخه کاغذی از آن، بهره می‌گیرند. هم‌چنین بی‌نظیر بودن اثرانگشت هر شخص نسبت به دیگران، باعث می‌شود تا بتوان برای تشخیص هویت وی در تمام نقاط دنیا بدان استناد کرد.

الزاماتی که برای دفتر ثبت الکترونیکی شمرده شد، مبین تحمیل تعهدات جدید به مراجع ثبت الکترونیکی نیست. زیرا دفاتر ثبت سنتی نیز باید دارای این اوصاف باشند تا ثبت انجام شده از سوی ایشان، قانونی محسوب گردد. چنانکه، ماده ۲۱ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفترباران، به طور ضمنی اکثر شروط فوق را در خود دارد. مطابق با این ماده، «اصول اسناد رسمی در صورت تقاضای متعاملین به تعداد آنها تهیه می‌شود. به هر حال يك نسخه اضافی تنظیم خواهد شد که نسخه اخیر باید در دفترخانه نگهداری شود. متعاملین می‌توانند از اصول اسناد رونوشت یا فتوکپی اخذ نمایند. در مواردی که نسبت به سند ادعای جعل و یا ادعای عدم مطابقت فتوکپی یا رونوشت یا اصل سند شده باشد دفاتر اسناد رسمی مکلفند به درخواست مراجع صالح قضایی اصل سند را لاک و مهر شده موقتاً به مرجع قضایی ارسال دارند و هرگاه مراجع مذکور ملاحظه دفتر را لازم بدانند می‌توانند آن را در محل دفترخانه ملاحظه کنند».

بندهای ۵-۱۴ و ۶-۱۴ از قانون نمونه دفاتر اسناد رسمی آمریکا به تعریف ثبت الکترونیکی و مهر الکترونیکی پرداخته‌اند. ثبت الکترونیکی عبارت از عمل رسمی دفاتر اسناد الکترونیکی در ثبت مدارك الکترونیکی است. نیز دفاتر ثبت الکترونیکی باید دارای نسخه الکترونیکی از مهری باشند که حاوی نام سردفتر، محل وقوع دفترخانه و زمان ثبت باشد که البته دفاتر ثبت کاغذی نیز دارای مهر مشابهی می‌باشند. اگرچه E-Sign در بند ۷۰۰۱ (ج) و بند ۱۱ یوتا در صدد حذف ضرورت مهر در مورد اسناد الکترونیکی بوده‌اند، اما

قانون نمونه دفاتر اسناد رسمی با الزامی دانستن آن سعی در ابقای هدف همیشگی، یعنی یکسانی ماهوی ثبت الکترونیکی و کاغذی دارد.

## ۲- قواعد ماهوی و شکلی ثبت الکترونیکی

این ادعا که ماهیت ثبت الکترونیکی با ثبت سنتی تفاوت دارد، محکوم به بی‌اعتباری است. بنابراین سخن گفتن از «ماهیت» در این بحث، در واقع تأکید بر مفاهیم قدیمی در قالبی جدید است. با این حال، ثبت الکترونیکی اسناد و گواهی امضاء به همین شیوه از نظر نحوه ذخیره، پردازش و ثبت سابقه با نظام سنتی ثبت تفاوت دارد و آرایه توضیحاتی در این مورد ضروری است.

### ۱- ۲- ماهیت ثبت الکترونیکی

از آنچه به اختصار درباره تشریفات ثبت الکترونیکی و اصطلاحات آن که ذکر شد، می‌توان دریافت که ثبت الکترونیکی، اولاً: صرفاً به طراحی، ثبت یا گواهی امضاء (همان‌گونه که در ماده ۳۱ قانون تجارت الکترونیکی راجع به دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی و آیین‌نامه تهیه شده برای آن مدنظر بوده)، محدود نمی‌باشد. ثانیاً، تأسیس و اداره این دفاتر، مستلزم کار جدید یا شاقی نسبت به دفاتر اسناد رسمی موجود نمی‌باشد که نیاز به سپردن مدیریت آن به یک کارشناس فنی (غیرحقوقدان) باشد. بلکه باید با طراحی سیستم از بعد فنی، به جهت ارتباط مسأله به قواعد و اصول حقوقی اداره آن را همانند دفاتر اسناد رسمی فعلی به سازمان‌های ذی‌صلاح در زمینه ثبت واگذار کرد و از هر گونه تفکر صرفاً فنی در این عرصه امتناع کرد.

سوم اینکه، تبدیل دفاتر اسناد رسمی موجود به دفاتر ثبت الکترونیکی تنها یک قید نیاز دارد و آن داشتن امکانات و توانایی‌های فنی و علمی لازم می‌باشد که دفاتر اسناد می‌توانند برای حصول این شرط از متخصصین مربوط استفاده نمایند. بدیهی است که دفترخانه‌ها ملزم به ثبت الکترونیکی نیستند و در صورت انجام این نوع از ثبت، نمی‌توان آنها را به همین نوع محدود کرد و از انجام فعالیتهای ثبتی کاغذی منع نمود.

بنابراین، ثبت الکترونیکی از ماهیتی که به لحاظ حقوقی دارای آثار جداگانه‌ای در مقایسه با ثبت کاغذی باشد، برخوردار نیست. زیرا آنچه که تغییر یافته، تغییر وسایل به کار



رفته برای انجام مراحل مختلف ثبت سند (ادله مربوطه، ذخیره، بایگانی، بازاریابی، دستیابی، پرینت، روگرفت و...) است و این امر نباید منطقاً به مفهوم تغییر ماهیت سند رسمی الکترونیکی در برابر معادل کاغذی آن به شمار آید. اصل «یکسانی ماهیت و آثار حقوقی سند الکترونیکی»، دارای آثار مهم به شرح زیر است:

۱ - برای تحقق اصل یکسانی، سند الکترونیکی، در صورتی که نوع «رسمی» آن مدنظر باشد، باید سه شرط اصلی سند رسمی (وفق ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی: تنظیم توسط مأمور صالح، در حدود صلاحیت و طبق مقررات) در آن محقق گردد. در غیر این صورت، سند تولید یا ارسال شده با وسایل الکترونیکی را به هیچ وجه نمی‌توان رسمی محسوب داشت. همین اثر خود بیانگر آن است که نمی‌توان صرف اطلاق عنوان سند رسمی یا «در حکم رسمی» به یک مدرک را - ولو از سوی مقنن باشد - موجب رسمی شدن آن محسوب داشت. بنابراین، مفاد ماده ۱۵ قانون تجارت الکترونیکی،<sup>۱</sup> خلاف صریح قوانین و مقررات خاص راجع به اسناد رسمی و ادله اثبات دعواست.

۲ - رسمی بودن قسمتی از سند یا تنظیم بخشی از مدرک الکترونیکی، نزد مأمور تعیین شده به موجب قانون، به مفهوم رسمی یا در حکم رسمی بودن تمام آن سند نیست. مطابق با ماده ۳۱ قانون تجارت الکترونیک، «دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی واحدهائی هستند که برای ارائه خدمات صدور امضای الکترونیکی در کشور تأسیس می‌شوند. این خدمات شامل تولید، صدور، ذخیره، ارسال، تأیید، ابطال و به روز نگهداری گواهی‌های اصالت (امضای الکترونیکی می‌باشد». قسمت اخیر ماده با ذکر «گواهی‌های اصالت امضای الکترونیکی»، در صدد القای این مفهوم است که با گواهی اصالت امضاء از سوی دفاتر خدمات صدور گواهی، باید مدرکی که امضاء در آن درج شده را نیز غیرقابل انکار و تردید محسوب داشت. حال آنکه تسری آثار حقوقی امضای الکترونیکی که ماهیتاً می‌تواند مجزای از متن بوده یا تنها برای امضای قسمتی از متن به کار رود، در مورد تمام متن

۱ . ماده ۱۵: «نسبت به «داده پیام» مطمئن، سوابق الکترونیکی مطمئن و امضای الکترونیکی مطمئن انکار و تردید مسموع نیست و تنها می‌توان ادعای جعلیت به «داده پیام» مزبور وارد و یا ثابت نمود که «داده پیام» مزبور به جهتی از جهات قانونی از اعتبار افتاده است».

صحیح نمی‌باشد. مگر اینکه دفتر اسناد رسمی، اصالت امضای الکترونیکی و شمول آن را بر تمام متن تصدیق نماید.

۳ - ویژگی به‌روز شدن فناوری و پیشرفت آن در گذر زمان، اقتضای آن را دارد که برای حفظ ماهیت «رسمی» اسناد الکترونیکی که تمام شرایط قانونی را دارا هستند، قید مهم دیگری نیز افزوده شده و در مقررات راجع به ثبت الکترونیکی و سند الکترونیکی صادره مورد توجه قرار گیرد. این وصف، عبارت از «همگامی فناوری سند و امضای الکترونیکی مندرج در آن با شرایط و اوضاع و احوال پیشرفته روز» می‌باشد.

مقنن می‌تواند برای تثبیت این قید، مهلت مشخصی را تعیین نماید که پس از انقضای آن، دفاتر اسناد رسمی ملزم به ارتقای نرم‌افزاری و سخت‌افزاری تجهیزاتی باشند که برای انجام مراحل مختلف ثبت الکترونیکی به کار گرفته می‌شود.

## ۲ - ۲- اعتبار و قواعد حاکم بر اسناد الکترونیکی

با الکترونیکی شدن ثبت سند، نیاز به اوصافی که برای سند عادی یا رسمی کاغذی که در قوانین ماهوی یا شکلی مقرر است، مرتفع نمی‌شود. چون سند رسمی الکترونیکی دارای تمام مزایای حمایتی و تضمینی مقرر برای سایر اسناد خواهد بود، لذا تشریفات و معیارهای تنظیم آن به گونه‌ای رعایت شده باشد که موجب تردید در ایمنی اسناد نگردد.

قوانین و مقررات متعددی این اشکال را که مدارك الکترونیکی دارای اعتبار هستند یا نه، مرتفع ساخته‌اند. برای مثال در ایالات متحده E-Sign و یوتا<sup>۱</sup> که عملاً به قانونی استاندارد در سطح جهانی تبدیل شده، اعتبار یکسانی برای اسناد الکترونیکی در مقایسه با اسناد کاغذی شناخته‌اند. این روند، با دو قانون نمونه آنسیترال که در سالهای ۱۹۹۶ و ۲۰۰۱ به تصویب رسیده‌اند، تکمیل گردیده است.

ماده (الف) (۲) ۶۲ قانون امضای دیجیتالی مالزی مصوب ۱۹۹۷ نیز تلویحاً اعتبار

1. **Electronic Signature in Global and National Commerce Act [E-sign]**. Effective October. 1,2000. Available at:

[http://fwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=106\\_cong\\_bills&docid=f:s761enr.txt.pdf](http://fwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=106_cong_bills&docid=f:s761enr.txt.pdf)

**Uniform Electronic Transactions Act [UETA]**, Approved By National Conference Of Commissioners On Uniform State Laws (NCCUSL) On July 23, 1999. Available at:

داده‌پیمای را که در برای ایجاد سند الکترونیکی به کار می‌رود، تأیید نموده است. به موجب این بند، «جز در مواردی که قانون به گونه‌ای دیگر مقرر داشته باشد، سندی که با امضای دیجیتالی واجد شرایط این قانون تصدیق شده، همانند سندی که به صورت دستی امضاء یا انگشت یا هر علامت دیگری بر آن زده شده، معتبر و تعهدآور است...»<sup>۱</sup>.

در حقوق ایران، مطابق با ماده ۶ قانون تجارت الکترونیکی، هرگاه وجود يك نوشته از نظر قانون لازم باشد، جز در موارد استثنایی و محدود، «داده پیام» در حکم نوشته است. و بنا بر ماده ۸، «هرگاه قانون لازم بداند که اطلاعات به صورت اصل ارایه یا نگهداری شود، این امر یا نگهداری و ارایه اطلاعات به صورت داده پیام نیز.. امکان‌پذیر می‌باشد». و بر طبق قسمت اخیر ماده ۹ همان قانون، «جایگزینی اسناد کاغذی به جای «داده پیام» اثری بر حقوق و تعهدات قبلی طرفین نخواهد داشت». و سرانجام، ماده ۱۲ این قانون به گونه‌ای تدوین یافته که هرگونه شك و شبهه‌ای را در باب اعتبار مدارك و اسناد الکترونیکی - به صرف شکل و قالب الکترونیکی آنها مرتفع می‌سازد: «اسناد و ادله اثبات دعوی ممکن است به صورت داده پیام بوده و در هیچ محکمه یا اداره دولتی نمی‌توان براساس قواعد ادله موجود، ارزش اثباتی «داده پیام» را صرفاً به دلیل شکل و قالب آن رد کرد».

البته باید بر این نکته اصرار داشت که هیچ سند، مدرک، سابقه یا امضای الکترونیکی، پیش از طی تشریفات قانونی ثبت، رسمی به شمار نمی‌آید. در این خصوص می‌توان با آرای قضایی استناد کرد که هرچند به دلیل مطرح نبودن اسناد الکترونیکی به طور مستقیم به این دسته از اسناد نپرداخته‌اند؛ اما حاوی قواعد کلی برای نحوه «رسمی» شمردن اسناد می‌باشند.

مطابق با رأی صادره از یکی از محاکم، «جعل چک عادی، جعل سند رسمی محسوب نمی‌شود»<sup>۲</sup>. همچنین، شورای عالی ثبت ضمن رأیی در خصوص ضرورت رسمی و

[www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/ueta99.htm](http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/ueta99.htm)

1. **Malaysian DIGITAL SIGNATURE BILL 1997**, *A Bill initiated An Act to make provision for, and to regulate the use of, digital signatures and to provide for matters connected therewith.* 62 (2): Notwithstanding any written law to the contrary.. (a). A document signed with a digital signature in accordance with this Act shall be as legally binding as a document signed with a handwritten signature, an affixed thumb-print or any other mark".  
۲. شعبه ۱۷۱ دادگاه کیفری ۲، پرونده کلاسه: ۳۳۳۶۸۱۷۱، تاریخ: ۶۸/۱۱/۱۱ شماره دادنامه: ۱۷۵۶.  
به نقل از: یداله بازگیر، مسایل پیرامون چک در آرای قطعیت یافته دادگاه‌ها، نشر عصر حقوق با

لازم‌الاجرا بودن سند به عنوان شرط لازم برای تقاضای اجرای آن مقرر می‌دارد: «.. اول؛ ماده اول قانون ۲۲/۶/۲۷ [قانون اصلاح بعضی از مواد قانون ثبت و قانون دفاتر اسناد رسمی] می‌گوید: «هرکس دستور اجرای اسناد رسمی را مخالف با مفاد سند یا مخالف قانون دانسته یا از جهت دیگری شکایت از دستور اجرای اسناد رسمی داشته باشد می‌تواند به ترتیب مقرر در آیین دادرسی مدنی اقامه دعوی نماید». موضوع اجرای این ماده موردی است که سند رسمی مسلمی وجود داشته باشد و یا دست کم علم بدیهی به رسمی نبودن سند حاصل نشود. اگر علم بدیهی به رسمی نبودن سند حاصل باشد موردی برای اجرای ماده مزبور نیست. در مانحن فیه با توجه به اینکه قبل از رسیدن به شماره سند وکالتنامه دفتر مزبور منحل شده است با توجه به مواد ۱۲۸۷-۱۲۹۴ قانون مدنی سند وکالتنامه بالبداهه رسمی نیست و ظاهراً موردی برای اعمال ماده یک قانون ۲۲/۶/۲۷ وجود ندارد. دوم؛ به همان استدلال موردی برای اجرای ماده ۹۹ قانون ثبت هم وجود ندارد و چنان است که به استناد سند عادی اجرائیه صادر شده باشد که باید به کنار نهاده شود... جا دارد که در اصلاح قوانین ثبت درباره اختیاراتی صریحاً داده شود تا اسنادی را که بالبداهه (بدون اظهار قضائی) رسمی نبودن آنها مسلم است ملغی الاثر اعلان کنند»<sup>۱</sup>.

آرای متعددی بیانگر آن هستند که روگرفت غیرمصدق اسناد رسمی، رسمی محسوب نمی‌شوند و جعل آنها، تحریف در اسناد رسمی نیست. برای نمونه، در رأی مقرر شده: «باتوجه به ماده ۲۰ قانون تعزیرات و تعریف قانونی آن، جعل فتوکی اسناد رسمی و عادی و استفاده از آن جعل جزائی محسوب نمی‌شود لیکن چنانچه فتوکی اسناد اعم از عادی و رسمی تصدیق شده باشد جعل در آنها و نیز استفاده از آن جرم محسوب می‌شود». نیز، رأی وحدت رویه شماره ۶۳۳۹ - ۲۷ / ۱۳۴۲/۹ اظهار می‌دارد، جعل در فتوکی یا رونوشت اسناد مصداق ندارد و از مصادیق جعل در سند به معنی و مفهوم مأخوذه قانونی به شمار

همکاری حقوقدان، چاپ نخست تابستان ۱۳۷۸، ص ۱۴۵.

۱. رای شماره: ۲۱۱ - ۱۳۴۳/۰۶/۰۵، رای شورای عالی ثبت، به نقل از: دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، آرای شورای عالی ثبت و شرح آن، صص ۲۵۸-۲۵۹.

نمی‌رود.<sup>۱</sup> بنابراین، اقدام قانونگذار تجارت الکترونیکی، در قائل شدن آثار و احکام اسناد رسمی برای هرگونه مدرک، سابقه یا امضای الکترونیکی و یا روگرفت آنها - بدون نیاز به گواهی و تصدیق آن «داده‌پیام‌ها» در مراجع مجاز - مایه تعجب و ناشی از عدم دقت در ماهیت و تشریفات لازم برای رسمی بودن سند می‌باشد.

۳-۲- ضرورت طی تشریفات قانونی برای رسمی بودن امضاء، سند و گواهی الکترونیکی  
با ثبت سند و طی تشریفات امضاء، «سندی که مطابق قوانین به ثبت رسیده رسمی است و تمام محتویات و امضاهای مندرج در آن معتبر خواهد بود مگر اینکه مجعولیت آن سند اثبات شود» (ماده ۷۰ قانون ثبت). بنابراین قانون موضوعه نمی‌تواند سندی را بدون دلیل متمایز ساخته و صرفاً به دلیل جدید بودن شکل و قالب آن رسمی محسوب داشته یا آثار سند رسمی را برای آن قائل شود.

مواد ۱۴ و ۱۵ قانون تجارت الکترونیکی، برآوردی خیرخواهانه از اسناد و مدارک الکترونیکی ارائه داده و تصور کرده‌اند که شاید از این طریق بتوان به ترویج تولید و استفاده از این گونه مدارک کمک کرد:

ماده ۱۴- کلیه «داده پیام‌هایی که به طریق مطمئن ایجاد و نگهداری شده‌اند از حیث محتویات و امضای مندرج در آن، تعهدات طرفین یا طرفی که تعهد کرده و کلیه اشخاصی که قائم مقام قانونی آنان محسوب می‌شوند، اجرای مفاد آن و سایر آثار در حکم اسناد معتبر و قابل استناد در مراجع قضائی و حقوقی است.

ماده ۱۵- نسبت به «داده پیام» مطمئن، سوابق الکترونیکی مطمئن و امضای الکترونیکی مطمئن انکار و تردید مسموع نیست و تنها می‌توان ادعای جعلیت به «داده پیام» مزبور وارد و یا ثابت نمود که «داده پیام» مزبور به جهتی از جهات قانونی از اعتبار افتاده است.

۱. غلامرضاشهری و سروش ستوده جهرمی (تهیه و تنظیم)، نظریات اداره حقوقی قوه قضائیه در زمینه مسائل کیفری، از سال ۱۳۵۸ تا سال ۱۳۷۱، نظریه اداره حقوقی قوه قضائیه، ۷/۴۹۰۲ - ۱۳۶۸/۹/۱۲، جلد اول، چاپ روزنامه رسمی کشور، بهار سال ۱۳۷۳. نیز رش: دادنامه شماره ۲۶۶۷ صادره در پرونده کلاسه ۸۰ / ۲۳۲۶، مورخ: ۸۰/۱۰/۱، شعبه ۸۱۶ دادگاه عمومی تهران. منبع اصلی نقل آرا، پایگاه اینترنتی ([www.ghavanin.com](http://www.ghavanin.com)).

معلوم نیست که تعارض این مواد با ماده مقدم از همان قانون،<sup>۱</sup> و اصول اساسی حاکم بر اسناد و نحوه «رسمی» محسوب شدن آنها را چگونه باید حل کرد.

حذف دفاتر ثبت اسناد از ساختار شکل‌گیری، ایمنی و تصدیق امضاها و اسناد الکترونیکی زیانبار است و مقنن به جای درک و حل این مشکل در پی افزودن بر این گونه معضلات برآمده است. تلاش برای تدوین آیین‌نامه ماده ۳۱ قانون تجارت الکترونیکی (دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی)، که پیش‌نویس آن حکایت از استقلال این نوع گواهی‌ها از دوایر ثبت دارد، نمونه‌ای از تلاشهای بی‌سرانجام به شمار می‌آید.

باید پذیرفت که، بدون دخالت دفاتر اسناد رسمی - یا هر ارگان دیگر که به اصول سنتی ثبت اسناد احترام بگذارد - اشکالات دیگری نیز بروز می‌کند که آثار آن به مراتب بدتر و وسیع‌تر از موارد بالاست: فقدان سابقه و بایگانی مطمئن مدارک، وجود گواهی برای همیشه، امکان اختصاص کلید خصوصی یک شخص به فرد دیگر به دلیل بی‌اطلاعی از این امر یا اشتباه، افشای رمزگذاری یا بی‌اعتباری استانداردهای آن، تغییر غیر مشروع رمز و... از مشکلات فنی و علمی می‌باشد.

در حقوق آمریکا عدم تصریح یوتا به نقش دفاتر اسناد رسمی در ثبت الکترونیکی و در نتیجه تصویب قوانین خاصی در ایالات آمریکا که به موجب آن نیازی به حضور امضاءکننده دیجیتالی در دفاتر اسناد وجود نداشت، به شدت مورد انتقاد حقوق‌دانان و دست‌اندرکاران ثبت اسناد قرار گرفت.<sup>۲</sup> به گونه‌ای که انجمن ملی دفاتر اسناد رسمی آمریکا آن را نوعی دستبرد غیر رسمی<sup>۳</sup> به حوزه کاری خود محسوب داشت.<sup>۴</sup> مخالفان در

۱. ماده ۱۳ قانون تجارت الکترونیکی، مقرر می‌دارد: «به طور کلی، ارزش اثباتی «داده پیام»ها با توجه به عوامل مطمئنانه از جمله تناسب روشهای ایمنی به کار گرفته شده با موضوع و منظور مبادله «داده پیام» تعیین می‌شود». این ماده با مواد ۱۴ و ۱۵ که داده‌پیام را «سند رسمی یا در حکم سند رسمی» محسوب می‌دارد، در تعارض است.

2. Thaw, Deborah M. **the Notary Public and its Impact in 21st Century**, A Presentation at the NACO/NACRC Annual Conference, 2000. p. 4; Valera, Milton, G. **In Notarization, There is no Substitute for Personal Appearance-Despite Technology**, A Presentation to the Property 2000. p. 4.

3. Verbal Misappropriation

4. **A Position on Misleading Usage of Notary Terms in the Electronic Age** A Position

تبيين روندی که به غلط شکل گرفته بود معتقدند، اینکه **E-Sign** به عنوان قانون فدرال و قوانین و مقررات داخلی برخی از ایالات به اشخاص - به صراحت یا به طور ضمنی - اجازه می‌دهند تا گواهی دیجیتالی را از یک مرجع مجاز برای صدور گواهی اخذ کرده و از آن برای ایجاد امضاهاى دیجیتالی ثبت شده، بی‌هیچ محدودیتی و بدون بهره گرفتن از خدمات صدور گواهی دفاتر اسناد رسمی، استفاده نمایند، امکان سوء استفاده اشخاص را از طریق استفاده از هویت دیگران (سرقت هویت) و گمنامی فراهم می‌سازد.

تلاشهای جمعی و فردی انجام شده، سرانجام تا حدودی، به ثمر نشست. چرا که بند ۱۶-۳ ماده ۳ قانون نمونه دفاتر اسناد رسمی، برای جلوگیری از گمنامی مقرر می‌دارد: «دفترخانه ثبت الکترونیکی نباید اقدام به ثبت الکترونیکی نماید، در صورتی که امضاء کننده مدرک الکترونیکی:

(۱) به هنگام ثبت، نزد سردفتر اسناد رسمی حاضر نشده باشد.

(۲) هویت وی برای شخص سردفتر نامعلوم بوده و دلایل متقنی برای احراز هویت او از سوی سردفتر موجود نباشد.

(۳) قراینی باشد که بر اساس آن سردفتر در اینکه آیا امضاء کننده به آثار حقوقی آنچه درخواست ثبت آن را دارد، آگاه است یا نه، تردید نماید.

(۴) از نظر سردفتر، اراده آزاد او (امضاء کننده) احراز نشود».

دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی مذکور در قانون تجارت الکترونیکی، اختیار و صلاحیت بررسی هیچ کدام از موارد فوق را دارا نمی‌باشند. این امر مفهومی جز دامن زدن به گمنامی، بی‌هویتی و سرقت هویت در روابط الکترونیکی ندارد. آثار نامطلوب روند مذکور عبارت از، امکان جعل، کلاهبرداری، خیانت در امانت و سایر جرایم در فضای مجازی است، حال آنکه با تمسک به ثبت الکترونیکی و تشریفاتى که بخشی از آن ذکر گردید، می‌توان از بسیاری از مشکلات کاست.

در زمینه ثبت امضای الکترونیکی، در وهله اول، سه اصل مهم را باید مدنظر قرار داد: یک. استفاده از تجربه ارزشمند سایر کشورها و رویه عملی شکل گرفته در دفاتر ثبت

اسناد آنها از جهت کاهش هزینه مطالعاتی و اجرایی ثبت الکترونیکی، امری است که باید - البته با رعایت ضوابط، معیارها و اوصاف خاص سیستم ثبتی کشور - آن را پذیرفت. در این راستا، بررسی و پژوهش عمیق مورد نیاز است و ترجمه صرف قوانین و مقررات داخلی دیگر کشورها عامل همان مشکلاتی خواهد بود که در برخی از قوانین داخلی ملاحظه می‌شود.

**دو.** بحث از ثبت الکترونیکی، اگرچه بسیار جدید می‌باشد، به گونه‌ای که عملاً نمی‌توان سابقه‌ای بیش از ۵ سال برای آن تصور نمود؛ با این حال به هیچ وجه نباید آن را ناقض اصول و قواعد ثبتی ایجاد شده در طول سالهای مختلف دانست. در مقدمه توجیهی قانون نمونه دفاتر اسناد رسمی آمریکا<sup>۱</sup> نیز تأکید شده که، «اگرچه فناوری در حال تحول و تکامل است، اما متأسفانه ماهیت انسانی که آن را به کار می‌گیرند، چنین نیست. هر آیینی - خواه کاغذی یا الکترونیکی - برای ثبت اسناد و امضاء، مستلزم حضور فیزیکی امضاء کننده در یک دفترخانه اسناد رسمی واجد شرایط و صالح است. بر خلاف تصور عموم، ثبت الکترونیکی نباید به عنوان عامل «ریشه‌کنی» ثبت رسمی (در حوزه تجارت الکترونیکی) محسوب گردد». بر همین اساس در مقدمه مذکور تصریح شده که تمامی تعاریف و اصطلاحات مقرر در قانون در هر دو نوع ثبت کاغذی و الکترونیکی به کار گرفته خواهد شد که شامل تصدیق و گواهی، امضاء، شهادت و تمام مفاهیم تخصصی مربوط می‌باشد.

تجربه دیگر کشورها نشان می‌دهد که در صورت تحقق تجارت الکترونیکی، بحث ایمنی از یک سو و مدلل ساختن دعاوی از سوی دیگر مطرح خواهد بود. ثبت الکترونیکی اسناد و مدارک راهگشای بسیاری از مشکلات قابل تصور در این عرصه می‌باشد. در مورد ثبت الکترونیکی امضاء و مدارک، نکته مهم «اعتماد» به سردفتر و تلاش در جهت رسیدن به استانداردهای روز پیشرفت می‌باشد. مورد اخیر آن قدر اهمیت دارد که بدون آن نمی‌توان امکان ثبت الکترونیکی کارآمد و اصولی را تصور نمود.

1. The Model Notary Act, Op cit, p. 75.



هر اقدامی در واگذاری ثبت به شرح فوق به سازمان جدید و یا اشخاصی که هیچ تخصصی در امور ثبتی ندارند، به دلیل ناآشنایی آنها به اصول و قواعد ثبت محکوم به شکست خواهد بود؛ ثبت امضاء و مدارک الکترونیکی از همان قواعد و اصولی تبعیت می‌کند که در مورد سایر اسناد و امضاها (کاغذی و دستی) جاری است و بر خلاف نظر عده‌ای، نمی‌توان تحولات فناوری را مستمسک نقض اصول و قواعد قرار داد. قبل از هر چیز باید با تصویب قانون مناسب «ثبت الکترونیکی» را به رسمیت شناخت و تعدادی از دفاتر اسناد رسمی موجود را بعد از آموزش‌های لازم به این امر اختصاص داد. امکان ثبت به هر دو شیوه الکترونیکی و کاغذی در این دفاتر بهترین دلیل برای عدم عدول از اصول و قواعد موجود می‌باشد. دفتر ثبت الکترونیکی در عین اینکه می‌تواند امضای دیجیتالی را ثبت و از سند ثبتی پشتوانه الکترونیکی تهیه کند؛ قادر خواهد بود که به امور روزمره و عادی خود نیز پرداخته و برای مثال معاملات ملکی را نیز ثبت نماید.

این ادعا که پذیرش ایجاد مراکز صدور امضاء و ثبت الکترونیکی، به طور جداگانه منجر به تشریفاتی و پیچیده‌تر شدن معاملات الکترونیکی و در نتیجه عدم گرایش به آن می‌شود نیز محکوم به بی‌اعتباری است. نمی‌توان برای رسیدن به سرعت و ارزانی مشکلات عمده‌ای را از حیث تقلب، کلاهبرداری و سوء استفاده در فضای مجازی ایجاد نموده و اثبات مسائل را سخت کرد. در عین حال با وضع مقررات دقیق این امکان وجود دارد که صدور و ثبت امضای الکترونیکی در یک مرجع (دفتر) و در حداقل زمان ممکن انجام شود. ایجاد تعادل میان فلسفه گسترش تجارت الکترونیکی و ایمنی و اطمینان آن بهترین گزینه است که با ثبت الکترونیکی امضاء و مدارک به راحتی می‌توان بدان دست یافت.<sup>۱</sup>

### ۳- پیشینه تقنینی ثبت الکترونیکی

تجربه کشورمان در این زمینه ناچیز است و چنانکه در این مقاله بررسی شده، اگر ضمن قانونی بحث اسناد تجاری الکترونیکی نیز به مناسبت طرح شده باشد، رویه نادرست

۱. مصطفی‌السان، جایگاه امضای دیجیتالی در ثبت اسناد به شیوه الکترونیکی، ماهنامه حقوقی کانون سردفتران و دفتریاران، سال ۴۷، شماره ۵۵، دوره دوم ۱۳۸۴. صص ۸۸-۹۰.

قائل شدن آثار سند رسمی برای این اسناد، همواره مدنظر بوده است. بدون اینکه دلیلی ارایه شده باشد یا توجیهی در مقدمات تدوین یا مؤخرات تفسیر موجود باشد. حتی حقوق اتحادیه اروپا نیز درباره تحولات نظام ثبتی در عصر فناوری اطلاعات، به کندی دچار تحول شده است.

با مطالعات به عمل آمده می‌توان دریافت که حقوق آمریکا، به دلیل داشتن مقررات صریح برای ثبت الکترونیکی، پیشرفته‌تر از سایر کشورها محسوب می‌شود. در آمریکا، دو قانون مهم ثبت الکترونیکی را به رسمیت شناخته و اصول و قواعد حاکم بر آن را تشریح کرده‌اند. قانون نمونه دفاتر اسناد رسمی<sup>۱</sup>، مصوب ۲۰۰۲ به عنوان مقرره‌ای که در ۵۰ ایالت در مقام قانونگذاری مورد توجه بوده، مهم‌ترین قانون در زمینه ثبت الکترونیکی است. علاوه بر آن، قانون نمونه ذخیره الکترونیکی داده‌های اموال غیرمنقول<sup>۲</sup>، که توسط کنفرانس نمایندگان رسمی برای تصویب قوانین متحدالشکل ایالات متحده،<sup>۳</sup> در آگوست ۲۰۰۴ تدوین گردیده، حاوی مقرراتی درباره نحوه ذخیره الکترونیکی داده‌های الکترونیکی (در مقام تولید یا ثبت) به کار می‌رود، اهمیت داده‌اند. داده‌پیام باید با پیشرفته‌ترین وسایل روز تهیه و ذخیره شود. در غیر این صورت مدرک الکترونیکی ایجاد شده قابل اعتماد نخواهد بود و به تبع آن سند صادره نیز ارزشی نخواهد داشت. فرایند و آیین تهیه و ذخیره مدارک نیز همواره باید تحت کنترل باشد تا بتوان از ایمنی اسناد و مدارک سخن گفت. وجود رویه واحد در زمینه فناوری یا فنون به کار رفته در مراحل مختلف تولید یا ذخیره اسناد و به کارگیری استانداردهای موجود در این زمینه‌ها نیز از نکاتی است که باید قانون ضمن احصای آنها، اهمیت احراز آن را از سوی دفاتر ثبت الکترونیکی یادآور شود.

### ۱ - ۳ - قانون نمونه دفاتر اسناد رسمی آمریکا

ماده سوم قانون نمونه دفاتر اسناد رسمی به بحث دفاتر الکترونیکی اختصاص دارد. این

1. Model Notary Act 2002. at: [www.nationalnotary.org/UserImages/Model\\_Notary\\_Act.pdf](http://www.nationalnotary.org/UserImages/Model_Notary_Act.pdf)

2. The Uniform Real Property Electronic Recording Act (URPERA), At:

[www.law.upenn.edu/bll/ulc/urpera/Approvedfinal2004.pdf](http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/urpera/Approvedfinal2004.pdf)

3. National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. *Official Site*:

[www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc.htm](http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc.htm)

ماده به نقش دفاتر اسناد رسمی در عرصه تجارت الکترونیکی نیز می‌پردازد. مدارک و امضاهایی که به وسیله رایانه، ایجاد، مبادله یا تصدیق می‌شوند و به طور فزاینده در معاملات داخلی و بین‌المللی به کار گرفته می‌شوند، مقنن را به اقدام در این زمینه برانگیخته است. قانونگذاری تخصصی در این عرصه، بدون مقدمه نبوده و چنانچه گفته شد، پیش از قانون نمونه دفاتر اسناد رسمی، قانون متحدالشکل معاملات الکترونیکی و قانون فدرال امضاهای الکترونیکی در تجارت جهانی و ملی تدوین گردیده‌اند. بنابراین، ماده سوم قانون نمونه دفاتر اسناد رسمی، يك گام پیشتر می‌گذارد و با اعلام موجودیت دفاتر ثبت الکترونیکی، قواعد تخصصی حاکم بر نحوه تشکیل و فعالیت این دفاتر را اعلام می‌دارد. به همین دلیل است که نه یوتا و نه E-Sign هیچ‌کدام به تعریف ثبت الکترونیکی نپرداخته‌اند و در خصوص مقدمات، تشریفات، نحوه فعالیت و تصدیق اسناد الکترونیکی ساکتند.

#### ۲-۳- قواعد مبنایی تدوین مقررات ثبت الکترونیکی

دو قاعده مبنایی، همواره باید در تدوین مقررات برای ثبت الکترونیکی یا قوانینی که به ارزش اثباتی ادله الکترونیکی می‌پردازند، مدنظر قرار گیرد: نخست اینکه، اصول بنیادین و فرایند ثبت سنتی اسناد باید به همان شکل سابق باقی بماند و پیشرفت فناوری امضاء یا ایجاد مدارک و اسناد باید از گسترش سیطره به این عرصه چشم‌پوشی نماید. هیچ قاعده‌ای در ثبت اسناد، مهم‌تر از این نیست که امضاءکننده باید در دفترخانه‌ای که به موجب قانون تشکیل شده، حاضر شود و سند مربوط را امضاء کرده یا تصدیق امضای خود را درخواست نماید. فناوری هر روز در حال پیشرفت است، اما متأسفانه ماهیت انسان‌هایی که آن را به کار می‌گیرند، چنین نیست.

هر عملی که نام «ثبت محضری» بر آن صدق کند، مستلزم حضور «اصیل» نزد سردفتر بوده و گریز از این حصار به مفهوم نداشتن سند محضری است. علی‌رغم عرفی که به وجود آمده، ثبت الکترونیکی بدین معنا نیست که ثبت سند توسط سردفتری که پشت رایانه قرار دارد، ضمن تعامل با اصیل (متقاضی سند) که فرسنگ‌ها دورتر از او از رایانه

دیگری استفاده می‌کند، انجام شود.<sup>۱</sup> در قانون نمونه دفاتر اسناد رسمی، تعریف یکسانی برای هر دو نوع ثبت سنتی و الکترونیکی ارایه شده و سایر اصطلاحات نیز از همین رویه پیروی می‌کنند. برای مثال بند ۲-۱ در تعریف «تصدیق»<sup>۲</sup>، بند ۲-۲ در تعریف «احراز هویت»<sup>۳</sup>، بند ۲-۷ در تعریف «گواهی امضاء و هویت امضاءکننده»<sup>۴</sup>، بند ۲-۱۱ در تعریف قسم<sup>۵</sup> و بند ۲-۱۹ گواهی امضای مدرک<sup>۶</sup>، هیچ تفاوتی بین ثبت سنتی و الکترونیکی قائل نشده‌اند.

دومین قاعده مینا، بی‌طرفی فناوری در طول فرایند ثبت الکترونیکی سند است. قانون نمونه دفاتر اسناد رسمی، ضمن اینکه هیچ‌یک از فناوری‌هایی را که در این موارد قابل استفاده هستند، مورد حمایت یا نفی قرار نمی‌دهد؛ از توصیف یا ترغیب به استفاده از فناوری مشخص در زمینه امضاء یا دفاتر ثبت الکترونیکی خودداری کرده است. البته معیارهایی را برای معتبر بودن ثبت اسناد ارایه می‌دهد که اعتبار ثبت سند، از جمله به داشتن آنهاست. برای مثال، معیارهای دفاتر ثبت الکترونیکی سوابق اسناد، در بند ۴-۱۴ ذکر گردیده است. تدوین‌کنندگان قانون نمونه دفاتر اسناد رسمی به کنار گذاشتن شیوه‌های علمی مهجور و نامربوط متمایل تر بوده‌اند.<sup>۷</sup>

تدوین‌کنندگان قانون نمونه دفاتر اسناد رسمی، پیش‌بینی تعرفه (هزینه ثبت) جداگانه

1. The Model Notary Act, Op cit, p. 75.

2. Acknowledgment.

۳. Affirmation مطابق با بند ۲-۲، بدین معنی است که هویت شخص، با حضور نزد سردفتر، با شهادت شهود، قسم شخص یا التزام وجدانی وی احراز گردد. در اینجا، احراز هویت به مفهوم اثبات تعلق اوراق هویت ارایه شده به همان شخصی است که برای ثبت سند، احراز هویت او ضرورت دارد. انجام این فعل از سوی سردفتر، در هر حال مادی و عینی بوده و نیازمند حضور فیزیکی شخص، نزد سردفتر می‌باشد.

۴. Jurat حضور فیزیکی شخص در دفترخانه اسناد رسمی و پس از آن احراز هویت او از سوی سردفتر، امضای سند در مقابل دیدگان سردفتر و گواهی صحت امضای خود به موجب قسم یا سایر ادله.

۵. Oath قسم که هم در حقوق ایران و هم در حقوق کشورهای دیگر، نیازمند حضور فیزیکی نزد سردفتر یا دادگاه، حسب مورد می‌باشد و به هیچ‌وجه قابل توکیل یا انجام به شیوه اینترنتی یا تلفنی نیست.

۶. Signature witnessing گواهی انتساب سند به امضاءکننده از طریق امضای آن نزد سردفتر اسناد رسمی.

7. The Model Notary Act, Op cit.

برای ثبت الکترونیکی را غیرضرور و حتی تخلف از E-Sign محسوب داشته‌اند. در این قانون به دفاتر اسناد موجود اجازه داده شده که با اثبات قابلیت و امکانات خود برای ثبت الکترونیکی به اختصاص واحدی از دفتر خود به این نوع از ثبت اقدام نمایند (بخش ۲-۱۵ قانون و مقدمه توجیهی). بنابراین، به موجب قانون، دفاتر اسناد رسمی الکترونیکی، چیزی متمایز از دفاتر ثبت سنتی نیستند. هر يك از دفاتر در صورت تمایل می‌توانند به این کار اقدام ورزند و البته الزامی در این مورد ندارند.

#### ۴- تطبیق مقررات داخلی با حقوق ثبت الکترونیکی

تبعیت ثبت الکترونیکی از اصول و قواعد موجود برای ثبت در مفهوم عام آن اقتضا دارد تا نحوه انطباق آن با برخی از مواد قوانین ثبتی که ممکن است منجر به چالش شوند، مورد بررسی قرار گیرد. در این گفتار به ذکر مواد و تطبیق آن با نظام نوین ثبت خواهیم پرداخت.

##### ۴-۱ - حوزه صلاحیت دفاتر ثبت الکترونیکی

مطابق با ماده (۲) قانون ثبت اسناد و املاک، مصوب ۲۶ اسفندماه ۱۳۱۰ «مدیران و نمایندگان ثبت و مسئولین دفاتر و صاحبان دفاتر اسناد رسمی جز در محل مأموریت خود نمی‌توانند انجام وظیفه نمایند اقدامات آنها در خارج از آن محل اثر قانونی ندارد». قسمت اخیر، ضمانت‌اجرای سنگینی برای تخلف و ثبت سند در خارج از محل مأموریت به شمار می‌آید. مهم‌تر آنکه، این تضمین علاوه بر سردفتر یا هر مسئول ثبت دیگری، صاحبان سند را نیز دربرمی‌گیرد و به نظر می‌رسد، قانونگذار صیانت از حقوق عمومی را بر هر اولویت دیگری همچون جهل ارباب رجوع و در نتیجه حسن‌نیت او، رجحان داده است. بحثی که می‌توان در باب ثبت الکترونیکی مطرح ساخت این است که آیا قاعده عام ماده (۲)، در این شیوه از ثبت نیز اجرا می‌گردد یا مقنن باید به دنبال تحدید آن با لحاظ پیشرفت‌های نوین جهانی باشد؟

ناگفته پیداست که در مواردی که حضور متقاضی ثبت، نزد سردفتر الزامی می‌باشد، از موضوع بحث خارج است. اما تصور برخی امور در دفاتر ثبت الکترونیکی وجود دارد که نیازی به حضور ندارد و هیچ توجیهی برای اعمال محدودیت ماده (۲) نمی‌توان ارائه داد. به

ویژه در مواردی که دارنده سند الکترونیکی، نیازمند دریافت اطلاعاتی از دفترخانه تنظیم کننده سند می‌باشد؛ حال آنکه خارج از آن محل بوده و امکان ارایه آن اطلاعات به شیوه الکترونیکی وجود داشته باشد، نمی‌توان عموم ماده (۲) را اعمال کرد. روح ماده نیز بیانگر آن است که در مورد کلیه اموری که حین یا پس از صدور سند، مرجع ثبتی یا سردفتر مشخصی باید طالب یا پاسخگوی مسائل راجع به آن باشد، نمی‌توان تحدیدهای جغرافیایی را در نظام ثبت الکترونیکی اعمال کرد. این استثنا بر عام سنتی که خود قاعده‌ای در ثبت الکترونیکی به شمار می‌آید، مقید به شرایطی همچون «ضرورت امر ثبتی»، «عدم لزوم حضور فیزیکی شخص متقاضی به موجب قانون» و «امکان انجام الکترونیکی آن امر» می‌باشد. در صورت پیش‌بینی قانون خاصی برای ثبت الکترونیکی، این مهم باید مورد توجه قرار گیرد.

قائل شدن حوزه صلاحیتی نامحدود برای دفاتر اسناد رسمی، از بعد ثبت الکترونیکی دارای دو اثر حقوقی مهم می‌باشد: نخست اینکه، مسأله ثبت الکترونیکی اسناد در سطح بین‌المللی خودبه‌خود حل می‌شود و با مراجعه متقاضیان ثبت به هر یک از دفاتر ثبتی، آن مرجع ملزم به ثبت و البته پاسخگوی نیازهای فنی متقاضی، پس از ثبت می‌باشد. مطابق با ماده ۸۳ قانون ثبت اسناد و املاک، «حوزه صلاحیت هر یک از دفاتر اسناد رسمی به موجب نظام‌نامه‌های وزارت عدلیه معین خواهد شد». این حوزه می‌تواند در ثبت الکترونیکی با کمی گشاده‌دستی و لحاظ اوصاف فناوری اطلاعات و ارتباطات و تسهیلات ناشی از آن باشد.

دوم اینکه، دفتر اسناد رسمی که به ثبت الکترونیکی اقدام می‌ورزد، می‌تواند نسخه‌ای مصدق از اسناد و مدارک خود را که به موجب قانون از ارایه آن ممنوع نیست، به شیوه الکترونیکی، حتی خارج از حوزه صلاحیتی خود به اصحاب معامله ارایه نماید. به نظر نمی‌رسد که قانون با ارایه این دسته از خدمات که صرفاً منجر به سرعت، ارزانی و کاهش تشریفات می‌شود، مغایرتی داشته باشد.

ماده ۱۲ قانون نمونه آنسیترال درباره امضاهای الکترونیکی، در تأیید محدود نبودن گواهی‌های صادره، تحت عنوان «به رسمیت شناختن گواهی‌ها و امضاهای الکترونیکی» بر

این امر تأکید دارد. مطابق با بند (۲) این ماده، گواهی صادره در خارج، در صورت داشتن شرایط لازم برای قابلیت استناد، دارای اثر حقوقی مساوی با گواهی‌های داخلی خواهد بود. برای تشخیص واجد شرایط بودن، بند (۴) بر لحاظ استانداردهای بین‌المللی تأکید دارد تا از سوء استفاده و تبعیض‌های احتمالی توسط دولت‌ها جلوگیری شود.<sup>۱</sup>

توجه به اسناد الکترونیکی صادره در خارج از کشور، در مراجع قضایی و دوایری همچون اجرای ثبت در مواردی که سند رسمی به شمار می‌آید، از مقوله‌های جدیدی است که باید مورد حمایت قرار گیرد. زیرا مطابق با ماده ۹۶۹ قانون مدنی که به طور صریح با ماده ۱۲۹۵ همان قانون تکمیل شده است،<sup>۲</sup> «اسناد از حیث طرز تنظیم تابع قانون محل تنظیم خود می‌باشند».

#### ۲-۴- تصویر تجزیه سند الکترونیکی

به موجب ماده ۷۰ قانون ثبت اسناد و املاک، «سندی که مطابق قوانین به ثبت رسیده رسمی است و تمام محتویات و امضاهای مندرجه در آن معتبر خواهد بود مگر اینکه مجعولیت آن سند ثابت شود».

ابتدا باید توضیح داد که از حیث ایمنی و قابلیت اجرا اسناد رسمی نسبت به دیگر ادله در اولویت خاصی قرار دارند، اما این امر از جمله منوط به «تمامیت سند» و «انتساب بی‌تردید سند به شخص یا اشخاص متقاضی از طریق امضاء» می‌باشد. امضای اسناد و تصدیق آن از طریق مهر، مدرکی را به وجود می‌آورد که به شخص امضاءکننده منتسب

1 . UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures with guide to enactment 2001. p. 71, n. 158.

Available at: [www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/ml-elecsig-e.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/ml-elecsig-e.pdf) .

۲ . ماده ۱۲۹۵ قانون مدنی: «محاکم ایران به اسناد تنظیم شده در کشورهای خارجه همان اعتباری را خواهند داد که آن اسناد مطابق قوانین کشوری که در آنجا تنظیم شده دارا می‌باشد مشروط بر اینکه:

اولاً، اسناد مزبوره بعلتی از علل قانونی از اعتبار نیفتاده باشد.

ثانیاً، مفاد آنها مخالف با قوانین مربوط به نظم عمومی یا اخلاق حسنه ایران نباشد.

ثالثاً، کشوری که اسناد در آنجا تنظیم شده به موجب قوانین خود یا عهد اسناد تنظیم شده در ایران را نیز معتبر بشناسد.

رابعاً، نماینده سیاسی یا قنصلی ایران در کشوری که سند در آنجا تنظیم شده یا نماینده سیاسی و قنصلی کشور مزبور در ایران تصدیق کرده باشد که سند موافق قوانین محل تنظیم یافته است». این ماده، بدون تردید در مورد اسناد رسمی الکترونیکی که اوصاف فوق در آن مراعات شود، مجری خواهد بود.

است و حداقل از این حیث امکان تردید وجود ندارد. حضور سردفتر و طی تشریفات قانونی ثبت سند نیز فی‌نفسه در اعتبار آن مؤثر است. نیز سردفتر است که امضای حاصل از طیب خاطر شخص را گواهی می‌کند و مسئولیت این حقیقت را بر عهده دارد.

اگرچه نام «امضاء» برای هر دو نوع امضای دستی و دیجیتالی به کار می‌رود، اما در تفاوت ماهوی این دو نباید تردید کرد. امضای دستی نشان می‌دهد که شخص آن سند را تنفیذ نموده، حال آنکه امضای دیجیتالی مدرک معین، دلالت بر به کارگیری کلید خصوصی متعلق به فرد معین برای رمزگذاری آن دارد، که در صورت فقدان تصدیق محضری نشانگر چیزی جز عدم تغییر داده‌پیام بعد از ایجاد آن نیست. به عبارت دیگر بدون وجود سابقه ثبتی و مدارک دقیق علمی، امضای دیجیتالی هیچ دلالتی بر دخالت یک فرد در محتوای سندی که امضای وی در آن به کار گرفته شده، ندارد.<sup>۱</sup>

تصور تجزیه سند الکترونیکی، یادآور دو بحث عمده می‌باشد: از يك سو، انتساب داده‌پیام به شخص خاص، برخلاف سند کاغذی، لزوماً با امضاء نیست و امکان دارد يك مدرک الکترونیکی، بدون امضای همسان هم به شخصی که سند از طرف او یا برای او صادر شده، منتسب گردد. بند (هـ) ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک، نیز مؤید این مطلب می‌باشد. بند مذکور مقرر می‌دارد: «تمامیت داده پیام» (Integrity): عبارت است از موجودیت کامل و بدون تغییر «داده پیام». اعمال ناشی از تصدی سیستم از قبیل ارسال، ذخیره یا نمایش اطلاعات که به طور معمول انجام می‌شود خدشه ای به تمامیت «داده پیام» وارد نمی‌کند». بند (د) ماده ۱۰ قانون تجارت الکترونیک، با لحاظ این واقعیت که امکان دارد امضای الکترونیکی مانع از تغییر و تحریف متن (داده‌پیام) نباشد؛ به عنوان یکی از شرایط امضای الکترونیکی مطمئن مقرر می‌دارد که امضاء باید «به نحوی به یک «داده پیام» متصل شود که هر تغییری در آن «داده پیام» قابل تشخیص و کشف باشد».

از سوی دیگر، اگر دلایلی بر همسانی امضاء و متن الکترونیکی ارایه نشود، نمی‌توان

1. Gladman, Brian, Ellison, Carl and Bohm, Nicholas. Digital Signatures, Certificates & Electronic Commerce, Version 1.1, revised 8th June 1999, Digital Signatures, Certificates and Electronic Commerce. P. 10.



وحدت امضاء و متن و در نتیجه انتساب آنها به شخص واحد را ادعا کرد. در واقع، گواهی دیجیتال که در سیاستگذاری‌های کلان تجارت الکترونیکی کشور بر آن تأکید شده، چیزی جز تأیید هویت شخص و انتساب امضاء به وی نیست و دلالت آن بر انتساب متن به امضاءکننده تنها با گواهی دفترخانه اسناد رسمی - ضمن حضور شخص نزد سردفتر و احراز هویت، رشد و اختیار او از سوی سردفتر - میسر خواهد بود.

### ۳-۴- سیاستگذاری‌های داخلی غیرجامع در زمینه گواهی الکترونیکی

در گزارش توجیهی و سیاست تجارت الکترونیکی جمهوری اسلامی ایران<sup>۱</sup> وزارت بازرگانی موظف شده تا «حداکثر یکسال پس از تخصیص بودجه مورد لزوم، بخشهای اساسی طرح ملی تجارت الکترونیکی کشور را اجرایی نموده و طی طرح‌هایی را محقق سازد»، که از جمله شامل موارد زیر است:

«مرجع صدور گواهی دیجیتال نمونه در کشور را به منظور کاربرد در حوزه تجارت الکترونیکی با لحاظ سازمان اجرایی، سخت افزار و نرم افزار لازم با استفاده از خدمات و فناوری مقبول جهانی ایجاد نماید. پس از راه اندازی نظام ملی مرجع صدور گواهی دیجیتال در کشور این مرجع در چارچوب آن نظام قرار خواهد گرفت» (بند ۳-۴).

«با توجه به ضرورت تقویت توان عملی داخل کشور در فناوری مربوط به گواهی دیجیتال، همزمان با اجرای بند ۳-۴ از ایجاد فناوری ملی با استفاده از نیروهای متخصص داخلی حمایت، و از نتایج آن استفاده نماید» (بند ۴-۴).

نیز در بند ۱۶ همان متن، دبیرخانه شورای عالی اطلاع رسانی موظف گردیده تا «با مشارکت وزارت خانه های بازرگانی، پست و تلگراف و تلفن، اطلاعات، سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور، علوم، تحقیقات و فناوری، صنایع و معادن و بانک مرکزی اقدامات لازم برای تهیه طرح جامع حفظ ایمنی مبادلات الکترونیکی، محرمانه ماندن آمار و اطلاعات و رعایت سلامت محتوی متعلق به کاربران شبکه عمومی انتقال اطلاعات (در

۱. گزارش توجیهی و سیاست تجارت الکترونیکی جمهوری اسلامی ایران، (ویرایش ششم)، مصوب کمیسیون تخصصی اطلاع رسانی اقتصادی، بازرگانی و تجارت الکترونیکی، نشانی: [www.irtp.com/farsi/events/ec/gozaresh.htm](http://www.irtp.com/farsi/events/ec/gozaresh.htm)

داخل کشور) و نظام ملی گواهی دیجیتال را به عمل آورد و برای تصویب در کمیسیون راهبردی و ارایه به شورای عالی اطلاع رسانی جهت اتخاذ تصمیم اقدام نماید».

وضعیت نامعلوم «گواهی دیجیتال» در «گزارش توجیهی و سیاست تجارت الکترونیکی جمهوری اسلامی ایران»، در حالی است که «طرح توجیهی قانون تجارت الکترونیکی»<sup>۱</sup> هم صرفاً به ارایه گزارش تطبیقی حقوق برخی کشورها در مورد گواهی الکترونیکی پرداخته و از تحلیل و نتیجه‌گیری در این زمینه خودداری کرده است.

بررسی مقررات در حال تصویب نشان می‌دهد که متأسفانه، «لایحه اصلاح قانون تجارت»<sup>۲</sup> در پی تکمیل ابداعات قانون تجارت الکترونیکی بوده است. فصل چهارم از باب پنجم لایحه اصلاح قانون تجارت، ضمن مواد ۴۲۶-۴۱۲، که در نوع خود مفصل محسوب می‌شود، به بحث «اسناد تجارتي الکترونیکی»، پرداخته است. بررسی مختصر، نشان‌دهنده تعارض مواد با همدیگر و با اصول و قواعد اسناد و ادله اثبات دعوی است. ماده ۴۲۰ با این بیان که «نسبت به سند الکترونیکی می‌توان ادعای جعل نمود»؛ علاوه بر اینکه بر درستی مفاد ماده ۱۵ قانون تجارت الکترونیکی تأکید دارد، در بردارنده این مفهوم مخالف است که «نسبت به «داده پیام» مطمئن، سوابق الکترونیکی مطمئن و امضای الکترونیکی مطمئن انکار و تردید مسموع نیست» (متن قسمت نخست ماده ۱۵ قانون تجارت الکترونیکی). زیرا تدوین‌کنندگان لایحه در مقام بیان ادعاهای ممکن بر علیه اسناد تجارتي الکترونیکی، متعرض انکار یا تردید نشده‌اند.

۱. طرح توجیهی قانون تجارت الکترونیکی، مرکز ملی شماره‌گذاری کالا و خدمات ایران، وابسته به موسسه مطالعات و پژوهشهای بازرگانی، پاییز ۱۳۸۰. [www.iranafact.org/wp.doc](http://www.iranafact.org/wp.doc)
۲. لایحه اصلاح قانون تجارت «فرایند و اصول تدوین و نوآوری‌ها»، معاونت برنامه‌ریزی و امور اقتصادی وزارت بازرگانی، دفتر مطالعات اقتصادی، تیرماه ۱۳۸۴. قابل دستیابی از پایگاه اینترنتی: [www.irtp.com/farsi/gt/total.doc](http://www.irtp.com/farsi/gt/total.doc) (در دسترس قرار دادن متن مدون لایحه یا طرح، پیش از تصویب آن در مجلس شورای اسلامی، شیوه‌ای پسندیده است که می‌تواند زمینه نقد علمی لوایح و طرح‌ها را فراهم ساخته و از مشکلات عملی ناشی از تصویب قانون دارای نقص، جلوگیری کند. الزام قانونی به تبعیت از این رویه از سوی تمام سازمان‌ها پیشنهاد می‌شود).

با توجه به مفهوم عامی که ماده ۴۱۲ از اسناد تجارתי الکترونیکی، ارایه می‌دهد،<sup>۱</sup> بعید نیست که در آینده شاهد ابراز اسنادی باشیم که بدون طی تشریفات قانونی، قابلیت انکار و تردید ندارند. امتیازی که اعطای آن با ماده ۴۲۱ لایحه در معرض ابهام قرار گرفته است. به موجب ماده اخیر، «مدعی جعل اسناد تجاری الکترونیکی یا مدعی وجود مغایرت اسناد جایگزین با سند کاغذی، می‌تواند حسب مورد با تکمیل فرم‌های مخصوصی که متضمن علت مغایرت، ایجاد ضرر و ضرورت اعاده اصل (کاغذی) سند جایگزین و یا جعل اسناد تجاری الکترونیکی است، حقوق خود را نسبت به اسناد مذکور محفوظ بدارد». بنابراین، در تعارض سند جایگزین الکترونیکی و سند مرجع (کاغذی)، از يك سو، ادعا محدود به جعل نشده و از سوی دیگر، ماهیت سند مرجع (که می‌تواند غیررسمی و در نتیجه قابل انکار و تردید باشد)، مینا قرار گرفته است. مورد اخیر با صراحت ماده ۴۱۷ که مقرر می‌دارد: «سند جایگزین الکترونیکی از هر حیث در حکم اصل آن سند است و در صورت وجود مغایرت بین سند جایگزین و اصل سند تجاری، اصل سند ملاک است». تأیید می‌گردد و نشان می‌دهد که تدوین‌کنندگان در صلابت مطلق که برای اسناد تجاری الکترونیکی، ضمن ماده ۴۱۲ به رسمیت شناخته‌اند، تردید داشته‌اند.

اشکال بنیادین که مورد توجه قرار نگرفته و منجر به مشکلات اساسی در مواد فوق شده، در واقع به مواد ۱۶-۱۴ قانون تجارت الکترونیکی وارد است، که در گفتار دوم همین مقاله مورد بحث قرار گرفت. در تکمیل مباحث باید به اختصار یادآور شد که مقصود مقنن قانون تجارت الکترونیکی، از عبارت «در حکم اسناد معتبر و قابل استناد در مراجع قضائی و حقوقی»، در قسمت اخیر ماده ۱۴ معلوم نیست. فقط می‌توان اظهار داشت که بی‌سابقه بودن عبارت و نامعلوم بودن ماهیت حقوقی اسناد «در حکم اسناد معتبر و قابل استناد در مراجع قضائی و حقوقی»، حکایت از عدم جامعیت تدوین‌کنندگان در باب ادله اثبات دعوی دارد. زیرا سند یا عادی است یا رسمی (ماده ۱۲۸۶ قانون مدنی). حالت سومی نیز قابل

۱. ماده ۴۱۲ لایحه: «اسناد تجارתי الکترونیکی شامل برات، سفته، چک، قبض رسمی انبار، سهام، اوراق مشارکت و سایر اسنادی تجاری است که با رعایت شرایط تعیین شده در قانون به صورت الکترونیکی اعلام و مبادله می‌شوند».

تصور است که سندی با اثبات برخی وقایع «دارای آثار اثباتی سند رسمی» باشد (ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی). اما اینکه سندی، فی‌البداهه و بدون طی تشریفات قانونی در مرجع مشخص «در حکم اسناد معتبر و قابل استناد در مراجع قضائی و حقوقی»، محسوب شود، نه سابقه‌ای دارد و نه مفهومی! چنانکه گفته شد، همین پیش‌فرض‌ها وارد لایحه اصلاح قانون تجارت شده و زمینه تدوین مواد متعارض را فراهم ساخته است.

البته ماده ۴۲۶ لایحه، مشکل را به سود اسناد الکترونیکی حل کرده است. زیرا، «به جز مقرراتی که به موجب این قانون و آیین‌نامه‌های آن که خاص اسناد تجاری الکترونیکی است، مقررات سند تجاری کاغذی، در خصوص سند تجاری الکترونیکی ذی‌ربط حاکم خواهد بود». لذا سند الکترونیکی می‌تواند از قواعد ماهوی و اثباتی نوینی تبعیت نماید. تعارض مزایای «بدون توجیه» این دسته از اسناد با اصول ادله اثبات دعوی<sup>۱</sup> تنها به حکم قانون خاص که اصول را نقض می‌کند، «توجیه» خواهد شد.

### نتیجه‌گیری

دنیای دیجیتالی با فضایی که نام «مجازی» را بر آن نهاده‌اند، جزئی جدایی‌ناپذیر از

۱. مقایسه مواد مذکور از قانون تجارت الکترونیکی و لایحه اصلاحی قانون تجارت با مواد زیر از قانون مدنی، نشان می‌دهد که «عمق نوآوری» در مورد اسناد الکترونیکی تا چه اندازه بوده است: **ماده ۱۲۸۷**. اسنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک و یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد سایر مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آنها و برطبق مقررات قانونی تنظیم شده باشند رسمی است. **ماده ۱۲۹۱**. اسناد عادی در دو مورد اعتبار اسناد رسمی را داشته درباره طرفین و وراثت و قائم‌مقام آنان معتبر است:

۱. اگر طرفی که سند بر علیه او اقامه شده است صدور آن را از منتسب‌الیه تصدیق نماید.
  ۲. هرگاه در محکمه ثابت شود که سند مزبور را طرفی که آن را تکذیب یا تردید کرده فی‌الواقع امضا یا مهر کرده است.
- ماده ۱۲۹۲**. در مقابل اسناد رسمی یا اسنادی که اعتبار اسناد رسمی را دارد انکار و تردید مسموع نیست و طرف می‌تواند ادعای جعلیت نسبت به اسناد مزبور کند یا ثابت نماید که اسناد مزبور به جهتی از جهات قانونی از اعتبار افتاده است.
- ماده ۱۲۹۳**. هرگاه سند به وسیله یکی از مأمورین رسمی تنظیم اسناد تهیه شده لیکن مأمور صلاحیت تنظیم آن سند را نداشته و یا رعایت ترتیبات مقرر قانونی را در تنظیم سند نکرده باشد سند مزبور در صورتی که دارای امضا یا مهر طرف باشد عادی است.

زندگی ماست؛ نه می‌توان از آن گریخت و نه می‌توان آن را بدون ضابطه پذیرفت. در واقع، تلاش برای همگامی با سایر کشورها به هیچ وجه به مفهوم سعی در ابداع قواعدی فراتر از آنچه که مقررات استاندارد بین‌المللی در این زمینه اندیشیده‌اند، نیست. وقتی چیزی جزئی از زندگی باشد، هیچ عقل سلیمی افراط و تفریط در آن را نمی‌پذیرد. بنابراین، در حوزه ثبت و مسائل حقوقی ناشی از آن:

۱ - همانند ثبت سنتی، تهدیدهای عمده‌ای نظام ثبت الکترونیکی را تهدید می‌کند، که اگرچه قالب نوینی دارند، اما اغلب از عناوین سنتی در مورد آنها استفاده می‌گردد. جعل، سرقت هویت، تحریف، تزویر، سوء استفاده، گواهی دروغین و... در ثبت الکترونیکی نیز روی می‌دهند. با این حال، نباید آن را ناکامی یک نظام جدید محسوب داشت، در وضع قواعد برای آن، حقایق دنیای مادی را کنار گذاشت یا بدون توجه به مبانی و اصول آمره و استانداردهای جهانی اقدام به تدوین مقررات نمود.

۲ - تأسیس دفاتر ثبت الکترونیکی، چیزی جز اختصاص بخشی از فعالیت‌های دفاتر اسناد رسمی موجود به امر «ثبت الکترونیکی» یا تخصصی شدن دفاتر اسناد رسمی موجود نیست. هدف از این امر، صیانت از اصول و قواعد و عرف چندین ساله ثبتی کشور، از طریق سپردن امور به متصدیان قانونی ثبت می‌باشد. بدون تردید، دفاتر اسناد رسمی - در صورت نداشتن تخصص فنی - باید از کارشناسان مربوطه (رایانه، ارتباطات، اینترنت و...) استفاده کنند.

۳ - ثبت الکترونیکی به مفهوم «مرگ ثبت سنتی» نیست. هنوز هم سند رسمی کاغذی، مزایای ملموسی دارد و نمی‌توان عادت دیرینه به مدارك کاغذی را در میان طبقات مختلف اجتماع فراموش کرد. به علاوه، در مواردی که صدور الکترونیکی سند به دلیل دخالت نظم و منافع عمومی، حقوق مصرف‌کننده و... به موجب قانون موضوعه منع می‌شود، سند الکترونیکی اعتباری نخواهد داشت.

### فهرست منابع

۱. السان، مصطفی. جایگاه امضای دیجیتالی در ثبت اسناد به شیوه الکترونیکی، ماهنامه حقوقی کانون سردفتران و دفتریاران، سال ۴۷، شماره ۵۵، دوره دوم ۱۳۸۴. صص ۸۸-۹۰.
۲. طرح توجیهی قانون تجارت الکترونیکی، مرکز ملی شماره‌گذاری کالا و خدمات ایران، وابسته به موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، پاییز ۱۳۸۰. [doc.www.iranafact.org/wp](http://doc.www.iranafact.org/wp)
۳. گزارش توجیهی و سیاست تجارت الکترونیکی جمهوری اسلامی ایران، (ویرایش ششم)، مصوب کمیسیون تخصصی اطلاع رسانی اقتصادی، بازرگانی و تجارت الکترونیکی، نشانی: [www.irtp.com/farsi/events/ec/gozaresh.htm](http://www.irtp.com/farsi/events/ec/gozaresh.htm)
۴. لایحه اصلاح قانون تجارت «فرایند و اصول تدوین و نوآوری‌ها»، معاونت برنامه‌ریزی و امور اقتصادی وزارت بازرگانی، دفتر مطالعات اقتصادی، تیرماه ۱۳۸۴. [www.irtp.com/farsi/gt/total.doc](http://www.irtp.com/farsi/gt/total.doc)
5. A Position on Misleading Usage of Notary Terms in the Electronic Age A Position Statement from the National Notary Association 2001.
6. Farber, Charles N. Being There: The Importance of Physical Presence to the Notary, John Marshall Law Review 31:749, 1998.
7. Electronic Signature in Global and National Commerce Act [E-sign]. Effective October. 1,2000. Available at: [http://fwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=106\\_cong\\_bills&docid=f:s761enr.txt.pdf](http://fwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=106_cong_bills&docid=f:s761enr.txt.pdf)
8. Gladman, Brian, Ellison, Carl and Bohm, Nicholas. Digital Signatures, Certificates & Electronic Commerce, Version 1.1, revised 8th June 1999, Digital Signatures, Certificates and Electronic Commerce. P. 10.
9. Greenwood, Daniel J. Massachusetts Institute of Technology, Electronic Notarization, Published by the National Notary Association. At: [www.civics.com](http://www.civics.com) [www.nationalnotary.org](http://www.nationalnotary.org)
10. Leff, Laurence LeffLaurence, Notaries and Electronic Notarization, Western Illinois University 2002.
11. Malaysian Digital Signature Bill 1997.
12. National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. Official Site: [www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc.htm](http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc.htm)
13. Thaw, Deborah M. the Notary Public and its Impact in 21st Century, A Presentation at the NACO/NACRC Annual Conference, 2000.
14. The Model Notary Act, September 1, 2002. Published As A Public Service by the National Notary Association. at:

[www.nationalnotary.org/UserImages/Model\\_Notary\\_Act.pdf](http://www.nationalnotary.org/UserImages/Model_Notary_Act.pdf)

15. The Uniform Real Property Electronic Recording Act (URPERA), At:  
[www.law.upenn.edu/bll/ulc/urpera/Approvedfinal2004.pdf](http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/urpera/Approvedfinal2004.pdf)

16. UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures with guide to enactment  
2001. p. 71, n. 158. Available at:

[www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/ml-elecsig-e.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/ml-elecsig-e.pdf).

17. Uniform Electronic Transactions Act [UETA], Approved By National  
Conference Of Commissioners On Uniform State Laws (NCCUSL) On July  
23, 1999. Available at: [www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/ueta99.htm](http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/ueta99.htm)

18. Valera, Milton, G. In Notarization, There is no Substitute for Personal  
Appearance—Despite Technology, A Presentation to the Property 2000.

## فروش آپارتمان‌های ساخته نشده<sup>۱</sup>

دکتر رضا ولویون<sup>۲</sup>

چکیده:

امروزه؛ قراردادهایی تحت عنوان پیش‌فروش یا پیش‌خرید آپارتمان رواج چشمگیری پیدا کرده و بخش قابل توجهی از معاملات در مورد املاک را به خود اختصاص داده و موجب طرح دعاوی متعددی در مراجع دادگستری گردیده است. مقاله زیر به نحو تطبیقی ماهیت حقوقی این نوع قراردادها را از دیدگاه فقه و حقوق ایران و فرانسه مورد بررسی و ارزیابی قرار داده است و به منظور جلوگیری از تضییع حقوق مصرف‌کنندگان (خریداران) «تئوری مالکیت تدریجی» را به عنوان راه‌حل و به شکل شرط ضمن عقد در هر مرحله از ظهور و بروز نمود عینی و خارجی بخشی از مبیع، جهت پرنمودن خلأ قانونی آن در حقوق ایران ارائه نموده است.

مقدمه

با اینکه حقوق مدنی بر یکی از غنی‌ترین سوابق تاریخی نهاده شده است و از آراء و نظریات علمای اسلامی برخوردار است لیکن زندگی مدرن امروز سختی و دشواری‌های ویژه خود را دارد. یکی از مظاهر آن پدیده آپارتمان‌سازی و فروش آن می‌باشد و همین امر سبب شد که قانونگذار در سال ۱۳۴۳ به وضع قانون تملک آپارتمان‌ها مبادرت ورزد و

۱. برگزیده از مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال سوم، شماره ۴، بهار و تابستان ۸۰، از انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی.

۲. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی.



امروزه خرید و فروش آپارتمان یکی از اقسام شایع بیع املاک است، ولی گاهی موضوع خرید و فروش آپارتمان‌هایی است که هنوز ساخته نشده است و باید در آینده ساخته شود و عنوان مزبور، موضوع مقاله ما را تشکیل می‌دهد البته این موضوع از جمله موضوعاتی است که در حقوق ما کمتر به آن پرداخته شده است و جا دارد که این موضوع به لحاظ ویژگی خاص و اهمیت اساسی آن مورد بحث و بررسی قرار گیرد و در این نوشتار، موضوع از دیدگاه حقوق ایران و فرانسه بررسی می‌گردد.

### شرایط و اوصاف موضوع قرارداد

یکی از شرایط و اوصاف مالی که موضوع انتقال قرار می‌گیرد آن است که هنگام عقد موجود باشد، این شرط اختصاص به تعهداتی دارد که موضوع آن عین معین باشد.

ماده ۳۶۱ قانون مدنی مقرر داشته است:

«اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است.»

بنابراین در موردی که مبیع عین معین یا در حکم آن است باید هنگام عقد موجود باشد، زیرا در این موارد عقد تملیکی است که مورد معامله توسط یکی از متعاملین به دیگری تملیک و مورد انتقال قرار می‌گیرد، زیرا فقط مال موجود می‌تواند مورد تملیک قرار گیرد. به همین جهت در این گونه موارد هرگاه عین در زمان انتقال موجود نباشد به موجب ماده مذکور عقد باطل است و مثال معروفی که حقوق‌دانان ذکر می‌کنند آن است که هرگاه بایع اسبی را که در اصطبل دارد بفروشد و سپس معلوم گردد که قبل از معامله آن اسب مرده بوده است معامله باطل می‌باشد و این شرط تنها در مورد بیع نیست بلکه باید آن را به سایر معاملات سرایت داد.

ولی تعهداتی که موضوع آن کلی است وجود مال مورد انتقال در هنگام عقد ضرورت ندارد مثلاً شخصی می‌تواند پنج خروار گندم را (به صورت کلی) که چند ماه بعد آنها را تحویل دهد، بفروشد یا کارخانه ایران خودرو می‌تواند تعهد کند چندین دستگاه اتومبیل را در ظرف یک‌سال آینده طبق شرایط تعیین شده به خریداران آن تحویل دهد. بنابراین در این موارد که مبیع کلی است، ضرورتی ندارد که مصداقی از آن کلی در حین عقد وجود داشته باشد، زیرا انتقال با تراضی صورت نمی‌پذیرد بلکه انتقال با تعیین مصداق خارجی آن

عین به وسیله متعهد انجام می‌شود و به طور معمول مظهر این اقدام «تسلیم» می‌باشد. پس آنچه دربارهٔ ضرورت موجودیت عین معین گفته شد در این فرض مورد ندارد، زیرا در این تعهد نوع مال موضوع انتقال قرار می‌گیرد و دایره اجرای آن نامحدود است. پس آنچه اهمیت دارد توانایی فروشنده و امکان اجرای موضوع تعهد است نه وجود عین هنگام عقد بیع.

نویسندگان عرب<sup>۱</sup> هم این شرط را از شرایط عقد بیع می‌دانند که خلاصه آن بدین شرح است:

«اصل در عقود آن است که بر موضوع موجود واقع گردد (مراد از موضوع همان مورد معامله است) و لذا بستن عقد بر چیز معدوم باطل است و این قاعده در تمام انواع عقود کلیت ندارد بلکه منطبق با مواردی است که معقود علیه (مبیع) عین باشد مثلاً در مواردی که معقود علیه، عمل یا منفعت باشد در حقیقت موضوع عقد هنگام عقد امر معدومی است که به تدریج و مرور زمان حاصل می‌گردد، مثالی که می‌آورند عقد اجاره اشیاء است موضوع عقد اجاره منفعت است و منافع هنگام عقد موجود نیست بلکه معدوم است و به استیفای مستأجر تدریجاً حادث می‌گردد. در این صورت با قیاس به اصل مزبور (موجود بودن معقود علیه) باید اجاره باطل باشد لیکن به موجب قاعده استحسان و غیر آن اجاره اشیاء جایز است و نظر به حاجت و نیاز مردم و ثبوت آن هم به دلیل کتاب و سنت و اجماع می‌باشد و همچنین است حکم عقود دیگری که موضوع و متعلق آنها منافع است مانند عاریه یا عقودی که متعلق آنها عمل است مثل وکالت و اجاره خدمات و کفالت و جعله نزد کسانی که قائل به صحت جعله می‌باشند. پس بنا بر آنچه که ذکر شد شرط وجود در معقود علیه محدود به مواردی است که موضوع عقد عین باشد چنانکه در المجله در باب بیع مقرر داشته که در بیع لازم است که مبیع موجود باشد و بیع معدوم باطل است بنابراین بیع ثمره که هنوز ظهور نکرده باطل است و همچنین در هبه شرط می‌باشند که موهوب هنگام عقد موجود باشد. بنابراین هبه انگور باغی که بعداً به ثمر خواهد رسید یا

۱. دکتر صبحی محمصانی، النظریه العامه للموجبات و العقود فی الشریعه الاسلامیه؛ بیروت، چاپ سوم، دارالعلم للملایین، صص ۳۲۶ و ۳۲۷.

کره اسبی که بعداً موجود خواهد شد صحیح نیست.»

این نویسنده در خصوص مستندات این اصل (یا شرط) چنین ذکر نموده:  
این قاعده مستند به حدیث شریفی است که از پیامبر (ص) رسیده است که نهی فرموده:

بیع حبل الحبله را (حبل بچه شتری است که در شکم مادر می‌باشد)، زیرا مبیع در این بیع معدوم است و نیز از حکیم بن حزام روایت شده که سؤال کرد از رسول‌الله (ص) که مردی آمده نزد من و مالی را می‌خواهد خریداری نماید که در اختیار ندارم آیا می‌توانم از آنچه که در بازار است تهیه و به او بفروشم؟ فرمود: مفروش مالی را که در اختیار نداری»  
البته مقام بحث این حدیث «لاتبع مالیس عندک» از دیدگاه فقهای امامیه در جای دیگر از شرایط مبیع می‌باشد و آن موضوع قدرت بر تسلیم مبیع است و این حدیث گویای آن مبیعی است که موجود است لیکن با بیع قدرت تسلیم آن را ندارد بنابراین به نظر می‌رسد که استناد به حدیث مزبور در مورد موجود بودن معقود علیه نامربوط باشد.

نکته قابل ذکر در این زمینه آن است که مفهوم و معنی نظریه تملیک از نظر فقهای امامیه و اهل سنت تفاوت دارد فقهای اهل سنت تملیک را منحصرأ در عین خارجی می‌دانستند و به همین جهت نمی‌توانستند که نظریه مزبور را در مورد عقودی که مبیع عین خارجی نیست توجیه کنند جز اینکه برای چاره‌اندیشی متوسل به حاجت و نیاز عمومی مردم شوند و از قیاس یا استحسان یاری جویند و به دیگر سخن از نظر فقهای عامه تعاقد بر اموالی که بعداً موجود خواهند شد باطل است،<sup>۱</sup> زیرا در حال انعقاد عقد معدوم می‌باشد و بیع معدوم باطل است لیکن عده‌ای از فقهای مزبور مستثنیاتی از این قاعده (موجود بودن مبیع) بیان کرده‌اند که اهم آنها «عقد استصناع» و «بیع سلم» می‌باشد.

#### عقد استصناع

عقد استصناع در نظر علما و حقوق‌دانان عرب، قراردادی است که با صنعتگری منعقد می‌گردد که چیزی را بسازد. در این قرارداد عامل صانع و خریدار را مستصنع و موضوع را مصنوع می‌نامند. پس کالای ساخته شده نتیجه عمل و عینی است که سازنده تسلیم

مشتری می‌کند و به طوری که ملاحظه می‌شود موضوع تعهد در هنگام انعقاد عقد موجود نیست مع‌ذلک نویسندگان اصل سنت این عقد را استحساناً و استناداً به سنت و اجماع جایز می‌دانند.<sup>۲</sup>

فقه‌های امامیه عقد استصناع یا بیع ثمار یا عقود مشابه دیگر را نه تنها منافی با قاعده و اصل مزبور ندانسته، بلکه مطابق آن نیز می‌دانند. مع‌الوصف نه فقط نخواسته‌اند بیع مال کلی را منع کنند، بلکه کوشیده‌اند تا عقد بیع را حتی در موردی که موضوع آن کلی و دین است تملیکی وانمود سازند، منتهی برای حل آن، آراء و نظریات فقها مختلف است. برخی گفته‌اند حالت مالکیت، حالت وجوب و حرمت است. همان‌گونه که وجوب بر کلی صلوة بار می‌شود و صلوة خارجی مصداق آن کلی است ملکیت هم گرچه گاهی بر جزئی حقیقی بار می‌شود لیکن گاهی نیز بر یک کلی اطلاق می‌شود که عین خارجی مصداق آن کلی است. برخی از فقها اشکال کرده‌اند که ملکیت از مقوله أعراض است و شکی نیست که أعراض وجود پیدا نمی‌کنند مگر اینکه دارای محلی باشند و کلی فی‌الذمه قبل از بیع هیچ وجودی ندارد تا بتواند محلی برای ملکیت باشد.

مرحوم سیدکاظم یزدی در حاشیه بیع (مکاسب) در پاسخ چنین گفته است:

«ملکیت اگرچه از أعراض خارجی است اما حقیقت آن به اعتبار شارع یا عقلاً پایدار است بنابراین موضوع ملکیت نیز می‌تواند به اعتبار شارع یا عقلاً موجود باشد. همان‌گونه که وجوب و حرمت هر دو عرض خارجی هستند در حالی که متعلق به امور کلی اعتباری هم هستند مثل نماز برای وجوب و زنا برای حرمت قبل از اینکه در خارج وجود پیدا کند. بنابراین شارع یا عقلاً می‌توانند کلی ذمی را اعتبار کنند تا موضوع ملکیت قرار گیرد».<sup>۳</sup>

پاسخ مرحوم نراقی از ایراد فوق در کتاب عوائدالایام<sup>۴</sup> این است که:

«بیع انتقال فعلی ملک است از مالک به دیگری چه مالک فعلاً مالک باشد چه در آینده مثلاً وقتی گندمی هم‌اکنون وجود ندارد و شخصی گفت: فروختم یک من گندم را به

۱. از آن تعبیر به «بیع اشیاء مستقبله» می‌کنند.

۲. سید محمدکاظم طباطبایی، حاشیه مکاسب، ج ۱، ص ۱۱۶.

۳. همان.

۴. احمد نراقی، عوائدالایام، چاپ سربی، ص ۲۵.

تو، معنای آن این است که گندمی را که در آینده مالک آن خواهیم شد به تو انتقال می‌دهم، یعنی انتقال فعلی است، ولی ملک فعلی نیست بنابراین گرچه انتقال فعلی است، ولی انتقال از اعراض نیست تا محتاج محل باشد و آنچه که از اعراض است یعنی ملک فعلی نیست تا ایراد مذکور صحیح باشد.»

می‌توان نظر مرحوم نراقی را بدین گونه تفسیر و تبیین نمود که تملیکی بودن بیع در موردی که موضوع عقد عین کلی است تملیک تعلیقی است. بدین معنا وقتی که مبیع کلی موجود شود ملک تلقی گردد. بنابراین نظر، منفعت و کلی معدوم همان طوری که ملک فعلی فروشنده نیست ملک فعلی خریدار نیز نخواهد شد. پس حقیقت این است که تملیک فوری و بدون قید و شرط لازمه عقد بیع نیست و معنی تملیک در این گونه موارد در واقع احداث همان وضعیتی است که برای فروشنده بوده، به خریدار منتقل می‌گردد. بدین توضیح که هر زمان مال آینده وجود پیدا کند ملک خریداری گردد. به دیگر سخن انتقال مالکیت به صرف تراضی طرفین عقد صورت می‌گیرد (ماده ۱۵۸۳ قانون مدنی فرانسه و بند اول ماده ۳۶۲ قانون مدنی ایران) هرچند که قبض و اقباض عوضین محقق نشده باشد پس بیع ناقل مالکیت (Contrat translatif de propriété) است لیکن همیشه نحوه انتقال مالکیت یکسان نیست بلکه دوگانه می‌باشد.

۱ - گاهی انتقال مالکیت بالفعل صورت می‌گیرد (هم‌زمان با ایجاب و قبول)

۲ - و گاه انتقال مالکیت بالفعل نیست:

مرحوم نراقی در کتاب عوائدالایام مانند حقوق دانان فرانسه این اندیشه را متذکر گردیده است.

پس با تعبیری که شد آسان تر می‌توان چگونگی و کیفیت تملیک را در بیع کلی تصور کرد، ولی اگر بخواهیم موضوع را از دیدگاه قانونی (و نه فقهی) بررسی کنیم به موجب ماده ۳۳۸ قانون مدنی «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم» و به موجب ماده ۳۵۰ قانون مدنی ممکن است مبیع کلی فی‌الذمه<sup>۱</sup> باشد و شکی نیست که قانونگذار از یکسو عقد بیع را تملیکی دانسته است و از سوی دیگر مبیع در عقد بیع به اقسام سه‌گانه عین

1. Vent de chose de genre.

معین و کلی در معین و کلی فی‌الذمه تقسیم می‌گردد در نتیجه دلیلی ندارد که این ماده را منحصر به انتقال عین خارجی کنیم، زیرا ماده ۳۳۸ قانون مدنی اطلاق دارد. بنابراین انتقال مبیع در زمان ایجاب و قبول از مقتضیات اطلاق عقد است نه از مقتضیات ذات عقد و در حقوق خارجی نیز در بیع کلی انتقال ملک، مؤخر از زمان وقوع بیع است، به خلاف بیع عین خارجی که انتقال مبیع هم‌زمان با وقوع عقد می‌باشد.

در مورد بیع کلی تا مصداق آن تشخیص پیدا نکند و تا این انتخاب صورت نپذیرد تملیک نیز محقق نمی‌شود. پس آنچه گفته شد عقد بیع می‌تواند سبب تملیک مالی قرار گیرد که در آینده به وجود می‌آید مانند فروش آپارتمان‌های ساخته نشده که موضوع مقاله است.

این موضوع از جمله موضوعاتی است که در قوانین برخی کشورها مثل قانون مدنی فرانسه بدان تصریح گردیده لیکن در حقوق ایران تاکنون از میان حقوق دانان و نویسندگان به جز استاد بزرگوار آقای دکتر کاتوزیان کسی بدین مسأله نپرداخته است و جا دارد که موضوع فروش آپارتمان‌های ساخته نشده به لحاظ اهمیت اساسی آن مورد بررسی و تحلیل حقوقی قرار گیرد و ما در این نوشتار موضوع را از دو دیدگاه حقوق فرانسه و ایران بررسی می‌کنیم.

#### در حقوق فرانسه

به موجب ماده ۳ - ۱۶۰۱ قانون مدنی فرانسه فروش ساختمان‌های در دست احداث بیعی است که به موجب آن بایع متعهد به ساختن یک بنا در موعد معین می‌شود، این بیع را می‌توان به دو صورت منعقد نمود: ۱- بیع به وعده<sup>۱</sup> ۲- بیع آینده.<sup>۲</sup> (احداث بنا در آینده) پس در حقوق فرانسه قراردادهای فروش ساختمان در حال ساخت شامل این دو نوع می‌شود. منتهی این دو نوع اهمیت یکسان ندارند. عملاً فروش به وعده مورد بی‌مهری قرار گرفته است و همین امر موجب شده است که فروشنده، فروش به شرط تکمیل در آینده (بیع آینده) را به فروش به وعده ترجیح دهد و از طرف دیگر فروش به وعده پرهزینه است،

1. La Vent a terme.

2. La vente en etat Futur Dachevement.

زیرا با بیع بایستی هزینه اجرای عملیات را به صورت کامل به عهده بگیرد به ویژه در مورد اعتبارات لازم که معمولاً به سختی تأمین می‌شود و بسیار گران است.

#### **الف - تعریف بیع به وعده:**

قراردادی است که با بیع متعهد می‌گردد که ساختمان را در موقع اتمامش تحویل دهد و خریدار هم متعهد می‌شود که آن را قبض کند و قیمت آن را در تاریخ تحویل بپردازد. انتقال مالکیت به وسیله مشاهده سند رسمی اتمام ساختمان صورت می‌پذیرد.

#### **ب - بیع آینده (با شرط تکمیل بنا در آینده)**

به موجب ماده ۳ - ۱۶۰۱ ق.ق. فرانسه بیع آینده، قراردادی است که به موجب آن با بیع بلافاصله حقوق خود را بر زمین به خریدار انتقال می‌دهد، همچنین است مالکیت ساختمان را (منظور آن است که هر مقدار که ساخته شود متعلق به خریدار است) و این اثر آینده به تدریج در ملکیت خریدار درمی‌آید (تملیک تدریجی) و خریدار ملزم است قیمت ساختمان را به حکم پیشرفت کار بپردازد.

#### **انتقال مالکیت در بیع به وعده:**

انتقال کامل حقوق با مشاهده و تصدیق (گواهی) اتمام بنا (ساختمان) انجام می‌شود و فرقی با بیع آینده آن است که انتقال مالکیت در این مورد به دنبال انعقاد قرارداد مربوط به زمین و ساختمان موجود و همچنین به صورت تدریجی (تملیک) در خصوص ساختمان‌های در حال احداث صورت نمی‌گیرد بلکه انتقال با یک زمان مؤخری صورت می‌گیرد. البته تاریخی برای اتمام کار در نظر گرفته می‌شود که همیشه با زمان مؤخر یاد شده یکسان نیست چرا که این رویداد به اندازه کافی دقیق یا معین نیست و نمی‌توان دقیقاً موعد تکمیل ساختمان را مشخص کرد به همین دلیل است که به موجب بند دوم ماده ۱۶۰۱ قانون مدنی فرانسه مشاهده و تصدیق رسمی<sup>۱</sup> تکمیل و اتمام کار به عنوان عامل انتقال مالکیت در نظر گرفته می‌شود و به طور خود به خود انتقال صورت می‌گیرد.

۱. در اینجا منظور از تصدیق رسمی اتمام کار، همان گواهی پایان کار است که در کشور ما توسط شهرداری‌ها صادر می‌گردد.

## انتقال مالکیت در بیع آینده

### الف - انتقال حقوق بر زمین

در بند سوم ماده ۱۶۰۱ قانون مدنی فرانسه فروش در حالت فوق را به عنوان قراردادی که در آن بایع بلافاصله حقوق مربوط به زمین را به خریدار منتقل می‌کند، معرفی و توصیف شده است اما وجود مالکیت زمین برای بایع ضروری نیست. البته تعریف ماده ۱۶۰۱ شامل مقاطعه کاری هم می‌شود و تفاوت آن دو در مالکیت زمین است. در مقاطعه کاری، مقاطعه کار بر روی زمین صاحب بنا ساخت و ساز می‌کند، مالک زمین، مالک ساخت و ساز می‌شود بدون اینکه فروشی در کار باشد، ولی در بیع آینده بایع مالک زمین است و با همین قرارداد مالکیت را انتقال می‌دهد منتهی متعهد می‌گردد برای خریدار نیز ساخت و ساز نماید.

### ب - انتقال مالکیت ساخت و ساز (ساختمان):

در مورد ساختمان‌ها بند سوم ماده ۱۶۰۱ از انتقال مالکیت سخن به میان می‌آورد، مسلم نیست که این اصطلاح همیشه کاملاً مناسب باشد، با فرض اینکه یک مقاطعه کار (سازنده) براساس یک قرارداد اجاره مخصوص ساخت شروع به ساخت و ساز کند، او فقط یک مالکیت موقتی ساخت را به خریدار منتقل می‌کند در حالی که حق مالکیت ذاتاً دائمی است بنابراین اصطلاح انتقال ملک در این موارد کامل و بی‌عیب نیست، ماده ۳ - ۱۶۰۱ تمایزی را میان ساختمان‌های موجود<sup>۱</sup> و ساختمان‌هایی که در آینده ساخته می‌شوند، برقرار می‌کند. بر طبق قرارداد، فروشنده ملک ساختمان‌های موجود را بلافاصله به خریدار انتقال می‌دهد، این فرضیه در عمل کاملاً قابل قبول است.

بنابراین در بیع آینده بایع هم حقوق خود را بر زمین به خریدار انتقال می‌دهد و هم مالکیت ساخت و ساز را به هر میزانی که ساخته شود به خریدار انتقال می‌دهد (تملیک تدریجی)

و در عمل با تمهید مزبور تملک ساختمان پس از پایان آن از سوءاستفاده‌های احتمالی فروشندگان جلوگیری می‌شود، زیرا احتمال دارد فروشنده در خلال کار متوقف شود یا از

۱. در حقوق فرانسه به ساختمان‌های موجود، اصطلاح *en mainc* گفته می‌شود یعنی کلید در دست.



فعالیت بازایستد، در این صورت آنچه ساخته شده از آن خریدار است.<sup>۱</sup>

### در حقوق ایران

با اینکه حقوق مدنی بر یکی از غنی‌ترین سوابق تاریخی نهاده شده و از آراء و نظریات فقهای اسلامی برخوردار است این نکته را نباید فراموش کرد که زندگی نوین امروز نیز دشواری‌های خاص خود را دارد. یکی از مظاهر آن پدیده آپارتمان‌سازی و فروش آن می‌باشد و همین پدیده سبب شد که قانونگذار در سال ۱۳۴۳ به وضع قانون تملک آپارتمان‌ها مبادرت ورزد و امروزه خرید و فروش آپارتمان یکی از شایع‌ترین اقسام بیع املاک است و قرارداد راجع به آن از ویژگی خاصی برخوردار است و آپارتمان‌هایی که خرید و فروش می‌شود گاهی ساخته شده است که در این فرض معامله بر طبق قواعد عمومی قراردادهای انجام می‌شود و این قسم دشوار نیست لیکن گاهی موضوع خرید و فروش آپارتمان‌هایی است که هنوز ساخته نشده است و باید در آینده ساخته شود<sup>۲</sup> البته نقشه و ماکت ساختمان در قرارداد معین می‌گردد و فروشنده هم متعهد می‌شود که آپارتمان را ظرف مدت معین بسازد و تحویل دهد. در این فرض مورد معامله موجود نیست و فروشنده متعهد به ساخت و ساز آن می‌شود و معمولاً خریدار به طور اقساط ثمن مورد معامله را با احداث تدریجی ساختمان به فروشنده می‌پردازد.

لازم به ذکر است گاه فروشنده یا فروشنندگان آپارتمان‌های ساخته نشده بدو مالک قطعات زمین یا عرصه هستند و گاه ابتدائاً مالک زمین نبوده و بلکه زمین را از مالک آن خریداری می‌کنند و آنگاه خود به عنوان یکی از خریداران زمین مزبور اقدام به فروش آپارتمان می‌نمایند.

پس مهم‌ترین مسأله‌ای که در باب فروش آنها مطرح می‌گردد توصیف حقوقی این نوع قراردادهاست که آیا با توجه به اینکه در هنگام قرارداد هنوز آپارتمان موجود نیست و یا ساخته نشده است قرارداد مزبور، بیع‌نامه است یا تعهد به بیع می‌باشد؟

1. ph.malinvaus.ph.jestaz, Droit de la promotion immobiliere paris 1995,6e ed, p.277.

۲. تقریرات درس حقوق مدنی، دکتر حسنعلی درودیان.

استاد ارجمند جناب آقای دکتر کاتوزیان<sup>۱</sup> در پاسخ به پرسش، چنین اشعار می‌دارد (خلاصه آن):

«ممکن است گفته شود مبیع در فرض ما عین معین است و باید در زمان تراضی موجود باشد (ماده ۳۶۱ قانون مدنی) پس پاسخ مرسوم درباره بیع آپارتمان ساخته نشده این است که بیع نیست بلکه تعهد به فروش می‌باشد یعنی فروشنده ملتزم می‌شود که ساختمان را طبق شرایط پیمان بسازد و به طرف دیگر بفروشد در نتیجه خریدار حق دینی دارد البته اگر مقصود دو طرف تعهد به فروش باشد بی‌گمان پاسخ مزبور منطقی است، ولی در فرضی که دو طرف می‌خواهند بدین وسیله عقد بیع را منعقد سازند تحلیل مزبور تفسیری است دلخواه که بر دو طرف عقد تحمیل می‌شود پس یا باید عقد بیع را نافذ شناخت یا آن را به دلیل موجود نبودن مبیع باطل دانست.

سپس نویسنده نظر نهایی خود را چنین بیان می‌دارد:

در فرض مزبور، مبیع عین معین نیست، زیرا نه تنها هنوز وجود محسوس و خارجی ندارد، ابتکار فروشنده نیز در چگونگی ساخت آن نقش مؤثر دارد پس نمی‌توان مبیع را در حکم عین معین دانست، مبیع چیزی میانه معین و کلی است و به کلی شباهت بیشتر دارد. منتهی، در این فرض با ساخته شدن آپارتمان، مبیع وجود خارجی و معین پیدا می‌کند و سببی که فراهم آمده است در تملیک آن مؤثر می‌شود خود به خود به خریدار تعلق می‌یابد، ولی در بیع کلی، تملیک مبیع با وجود و تملک آن به وسیله فروشنده انجام نمی‌شود و باید از سوی او به عنوان مبیع تعیین شود.»

ولی همان‌طور که می‌دانیم اعیان بر سه قسم است:

۱- عین شخصی یا عین خارجی که اغلب معاملات بر مدار آن می‌چرخد

۲- عین کلی در معین (یا کلی در معین)

۳- عین کلی در ذمه که مواد ۲۷۹ و ۳۵۱ قانون مدنی آن را تعریف نموده است و کلی یک مفهومی است که در ذهن جای دارد نه در خارج، ولی انعکاس آن ممکن است در خارج بروز کند مثلاً معمار یا مهندس ساختمانی، زمینی را به قطعات مختلفی تقسیم کرده

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، صص ۲۷۵ و بعد.

و اظهار می‌دارد که در این قطعات، آپارتمان‌هایی را طبق نقشه و ماکت معین می‌سازم و به مدت یکسال به خریداران تحویل می‌دهم و این خانه‌ها را الان می‌فروشم، خانه‌ای که هنوز نساخته، خانه‌ای که یکسال دیگر طبق نقشه معین ساخته می‌شود، آقای دکتر کاتوزیان اظهار داشتند که مبیع در این معامله چیزی میانه معین و کلی است، ولی بنابر آنچه گذشت مبیع نمی‌تواند خارج از آن سه قسم باشد و دلیلی که ایشان آپارتمان ساخته نشده را علی‌رغم شباهت زیاد، کلی در ذمه ندانسته‌اند آن است که در بیع کلی، تملیک مبیع با وجود و تملیک آن به وسیله فروشنده، انجام نمی‌پذیرد و باید از سوی او به عنوان مبیع تعیین شود.

ولی اگرچه راست است که در بیع کلی انتقال مالکیت در زمان تشخیص مبیع صورت می‌گیرد و حقوق فرانسه و فقه امامیه و حقوق ایران از این جهت یکسان است و چنانکه گفته شد در بیع کلی در ذمه، انتقال مالکیت مبیع هم‌زمان با ایجاب و قبول نیست بلکه هم‌زمان با تشخیص مبیع است و قانونگذار ایران در وضع ماده ۳۶۲ قانون مدنی (بند یک) چنین وانمود کرده است که در همه اقسام بیع الزاماً انتقال مالکیت هم‌زمان با بیع است به جز در ماده ۳۶۴ قانون مدنی که فقط همین یک مورد را استثناء نموده است، لیکن نکته‌ای که نباید از نظر دور داشت آن است در مواردی هم تاریخ تشخیص به صرف وجود پیدا کردن مبیع است پس در مورد آپارتمان‌های ساخته نشده تملیک آن با وجود یافتن آن به وسیله فروشنده انجام می‌شود و لازم نیست که پس از ایجاد مبیع، از سوی فروشنده تعیین گردد. البته در مواردی هم تاریخ تشخیص به صرف وجود مبیع نیست برای مثال کارخانه اتومبیل ایران خودرو چندصد اتومبیل از یک مدل سفارش می‌پذیرد و بعد از انعقاد قرارداد بیع، آنها را می‌سازد اما تا وقتی که مصادیق آنها را به نام خریدار یا خریداران معین نکند تشخیص مبیع جامه عمل به خود نمی‌پوشد بنابراین با این تعبیر، دیگر نیاز به خروج از تقسیم سه‌گانه اقسام عین نیست و مسأله بدین ترتیب قابل حل است.

نظر برخی دیگر از حقوق‌دانان راجع به آپارتمان‌های ساخته نشده آن است که مبیع، کلی فی‌الذمه نیست چون مثلاً در این زمین و این قواره قرار گرفته است یا اگر کسی بگوید من اولین کره‌ای را که از این مادایان که در آینده به وجود می‌آید به شما می‌فروشم در

حالی که مادیان هنوز آبستن نیست این معامله در حکم عین معین است، ولی موجود نیست پس معامله آن باطل است و همچنین است فروش آپارتمان به نحو مذکور، ولی اگر فروش آپارتمان به گونه‌ای دیگر باشد: ابتدا زمین را بفروشد به شرطی که فروشنده در این زمین ساختمانی را با مشخصات معین بنا کند و ظرف یکسال تحویل دهد یعنی مبیع و مورد معامله زمین باشد و احداث ساختمان به صورت شرط گنجانیده باشند این معامله صحیح است.

این نظر اگرچه نادرست نیست، ولی عقد بیع را محدود به انتقال اعیان مادی و خارجی می‌کند. امروزه حقوق مالی گوناگونی پا به عرصه وجود نهاده است که مبنای مادی ندارد لیکن ارزش فراوانی دارد و این روش گرچه در عرف داد و ستد آپارتمان‌های مزبور شایع است و فروشنده زمین موردنظر برای بنا را به سهم مختلف تقسیم و در یکی از دفاتر اسناد رسمی به خریدار انتقال می‌دهد مع‌ذلک همیشه معامله مزبور قابل تحقق نیست، زیرا گاهی اوقات ممکن است فروشنده (سازنده) مالک زمین نباشد یا نسبت به زمین مورد نظر فاقد هرگونه حقوق مالی باشد مثلاً این امکان وجود دارد که فروشنده آپارتمان ساخته نشده را بر زمینی مستقر سازد که جزو اموال موقوفه باشد یا اصلاً می‌توان فرضی را در نظر گرفت که فروشنده قطع نظر از عرصه بتواند آپارتمان‌هایی را که هنوز ساخته نشده است در معرض فروش گذارد بنابراین روش مزبور مشکل خرید و فروش آپارتمان‌های مزبور را حل نمی‌کند و این روش برای حمایت از حقوق مصرف‌کننده در برابر سازندگان یا مؤسسه‌های بزرگ ساختمانی کافی نیست، لذا برآوردن این نیازها با ابزار و تحلیل‌های کهن میسر نمی‌باشد در نتیجه حقوق‌دان باید در اندیشه‌ی چاره باشد و نقش خود را در تأمین و اجرای عدالت اعمال نماید و این جز با تفکر و روشی که پذیرفته شد میسر نیست بنابراین ضرورت قانونگذاری در این زمینه نظیر فرانسه که در بعضی از مواد قانون مدنی آن راجع به موضوع مزبور تصریح گردیده است جهت تأمین و اجرای عدالت و حمایت از حقوق مصرف‌کننده، احساس می‌شود، ولی تا آن زمان محاکم می‌توانند از تمهید مزبور استفاده کنند و قوانین را به نحوی تفسیر کنند که از قالب کهنه درآید.

## نتیجه‌گیری

بنابراین به عنوان نتیجه بحث می‌توان گفت در بیع آپارتمان‌های ساخته نشده، انتقال مالکیت مبیع هم‌زمان با ایجاب و قبول نیست بلکه با تشخیص مبیع صورت می‌گیرد و تشخیص مبیع همیشه بر یک منوال نمی‌باشد بلکه چنانکه گفته شد تملیک با وجود پیدا کردن مبیع به وسیله فروشنده انجام می‌شود و گاه تاریخ تشخیص مبیع به صرف وجود مبیع نیست بلکه باید از طرف بایع به عنوان مبیع تعیین گردد. بنابراین بیع آپارتمان‌های ساخته نشده از قسم اول می‌باشد. به دیگر سخن بیع آپارتمان‌های مزبور از نوع بیع معلق است و بیع معلق هم نوعی از عقد معلق می‌باشد بنابراین می‌توان گفت: هرگاه عقد معلق به صورت عقد بیع منعقد گردد آن بیع، معلق است و تعلیق در عقود شامل عقد بیع هم می‌شود.

نکته‌ای که نباید از نظر دور داشت آن است که در حقوق ایران اگرچه در بیع آینده (بیع آپارتمان‌های ساخته نشده) تملیک تدریجی به مفهومی که در حقوق فرانسه و رویه قضایی آن کشور هست، وجود ندارد، ولی مفهوم تملیک تدریجی در قالب شرط در حقوق ما می‌تواند نافذ باشد، زیرا همان‌گونه که گفته شد در صورتی که تعلیق تملیک به ساخته شدن آپارتمان پذیرفته گردد، دلیلی وجود ندارد که ساخته شدن بخشی از آپارتمان‌های ساخته شده (نیمه ساخته) را نیز به همان شکل نپذیریم. بنابراین به موجب شرط مزبور (تملیک تدریجی) خریدار علاوه بر مالکیتش بر زمین، به هر میزان و مقداری که از آپارتمان ساخته شود خود به خود مالک می‌گردد، در نتیجه به شرط مزبور از سوءاستفاده‌های احتمالی سازندگان (فروشنندگان) جلوگیری می‌شود و حقوق خریداران و مصرف‌کنندگان تضمین و تأمین می‌گردد و فروشنده نخواهد توانست قبل از اتمام کار (پایان ساختمان) مورد معامله را به دیگران منتقل سازد.

## تعارض قوانین در باب وصیت و ارث (قسمت دوم و پایانی)

سلیمان فدوی<sup>۱</sup>

چکیده:

از مباحث بسیار جالب توجه در مبحث تعارض قوانین هر کشوری، بحث وصیت و ارث می‌باشد. تقریباً تمامی کشورهای جهان پذیرفته‌اند که هرگاه متوفای بدون وصیتی وجود داشته باشد، اموال وی به خواست و اراده قانون‌گذار بین ورثه تقسیم گردد. با دخالت عامل بیگانه در حقوق هر کشور، تعدادی از کشورها مبنای تقسیم‌بندی اموال متوفی بدون وصیت را قانون ملی و تعداد دیگری از کشورها ملاک تقسیم‌بندی متوفای یاد شده را قانون اقامتگاه می‌دانند، حتی تعدادی از کشورها ضمن تفریق بین اموال منقول و غیرمنقول متعلق به متوفی بدون وصیت، حسب مورد قانون اقامتگاه صاحب مال و قانون محل وقوع مال غیرمنقول را صلاحیت‌دار می‌دانند. تفاوت مبنایی تقسیم‌بندی فوق، ضرورت وجودی درسی به نام تعارض قوانین و بررسی قواعد حل تعارض قوانین هر کشوری را باعث خواهد شد.

واژگان کلیدی: ارث بدون وصیت، احوال شخصیه، توصیف، احاله، قواعد حل تعارض

قوانین، قواعد ماهوی، قانون مقر دادگاه

۱. سردفتر اسناد رسمی شماره ۴۴۳ تهران و عضو هیئت علمی دانشکده حقوق.

## گفتار دوم: ارث<sup>۱</sup>

از یک دیدگاه، فوت، نقطه انتهایی شخصیت حقوقی اشخاص حقیقی می‌باشد و در اثر فوت رابطه فرد با اموالش قطع خواهد شد (در صورتی که متوفی در لحظه قبل از فوت خود، وصیت ننموده باشد) و اموالش به موجب خواست قانونگذار، پس از ادای دیون و تصفیه مالیاتی، به ملکیت وراثت حین‌الفوت وی (براساس نصاب تعیین شده) در خواهد آمد.<sup>۲</sup> در حقوق ایران متوفی را مورث و افرادی که برحسب قرابت قائم‌مقام وی در تملک اموالش می‌باشند، ورثه می‌نامند.<sup>۳</sup> بنابراین همانند کشور ایران، تحقق ارث در حقوق اکثر کشورها به مرگ شخص حقیقی منوط می‌باشد. بنابراین از مطالب ذکر شده درمی‌یابیم که اولاً: ارث شامل اشخاص حقوقی نخواهد بود ثانیاً: مرگ شخص حقیقی ممکن است موجبات طبیعی (مرگ واقعی) داشته و نیز می‌تواند بنا به فرض قانونگذار توسط محکمه صالحه (مرگ

۱. آقای دکتر لنگرودی در ترمینولوژی حقوقی خود، ارث (Succession) را دارایی متوفی بعد از کسر واجبات مالی و دیون و ثلث می‌دانند، اما ایشان در کتاب «وصیت، ارث» خود از کلمه ارث تعریف دیگری نموده است. از دیدگاه ایشان ارث عبارت از حقی است که صرفاً به حکم قانون از مرده حقیقی یا حکمی به زنده حقیقی یا حکمی منتقل گردد. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، **وصیت - ارث**، همان منبع، ص ۲۵۳، نیز رک: دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، **ترمینولوژی حقوق**، همان منبع، ص ۲۸.

۲. مطابق تعاریف فرهنگ لغت قضایی فرانسه، ارث بر دو نوع، ارث با وصیت و ارث بدون وصیت (یا ارث قانونی) تقسیم می‌گردد.

Succession: Testamentaire (ou volontaire) succession qui a la difference de la succession ab intestat, n'est pas entierement reglee par la loi, mais est reglee par testament, soit dans sa totalite, soit au mains eu partie.

Succession: ab intestat (au legale) succession don't la devolution est reglee par la loi.

آقای دکتر لنگرودی نیز همین روش را در ترمینولوژی خود اتخاذ نموده است. ایشان ارث را به دو قسمت ارث به وصیت و ارث بی‌وصیت تقسیم نموده و ارث به وصیت را اینگونه تعریف می‌نماید که هرگاه متوفی قبل از فوت خود وارث را معین کند در اصطلاحات حقوق فرانسه آن را ارث به وصیت نامند. ارث بدون وصیت را موردی می‌دانند که وارث توسط قانون معین گردد. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به:

Cornu(G): vocabulaire juridique, presses universitaires de france, 2 ed, 1987, p785

دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، **ترمینولوژی حقوق**، همان منبع، ص ۲۸.

۳. مورث در زبان انگلیسی با اصطلاحات Devisor, bequeather, Legator و ورثه با واژه heirs مقارن می‌باشد. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: فخرالدین بدریان، **قانون مدنی (انگلیسی - فارسی و فارسی انگلیسی)**، همان منبع، ص ۴۶۵.

فرضی، حکم موت فرضی) تحقق یابد.<sup>۱</sup>

مسائل متنوعی در باب ارث در حقوق بین‌الملل خصوصی و تعارض قوانین داخلی در حقوق ایران مطرح خواهد شد که مهم‌ترین موارد مطروحه در نزد قاضی ایرانی عبارت‌اند از: تفاوت تابعیت مورث و ورثه در لحظه تملک، تداخل و تقدم و تأخر فوت مورث و ورثه، اسباب ارث، اختلاف در طبقات ورثه و سهام آن، حجب (به عنوان عامل محرومیت از ارث)<sup>۲</sup>، وراثت به قائم‌مقامی (قائم‌مقامی از نسبی که اگر زنده می‌بود، از جمله ورثه محسوب می‌شد)، ترکه بدون وارث، اجتماع اسباب توارث، عول و تعصیب، اهلیت تملک ورثه، موانع ارث (قتل و کفر)، اثر قبول و رد ترکه توسط ورثه.

با توجه به مسائل مطروحه فوق، در این مقاله دو مبحث مورد اختلاف را که بیشتر از همه تحقق می‌یابد (یعنی تفاوت تابعیت مورث و ورثه و نیز اختلاف در طبقات و سهام ورثه) مورد بررسی و مذاقه قرار می‌دهیم.

#### **الف) تفاوت در تابعیت مورث و ورثه:**

قبل از شروع به تجزیه و تحلیل موارد دوگانه فوق، ضروری است ابتدا رابطه میان تابعیت و دین و مذهب در ارث را که یکی از موضوعات جالب تعارض قوانین داخلی و حقوق بین‌الملل خصوصی ایران است، مورد بررسی قرار دهیم. جهت سهولت در مطالعه، کلیه صورتهای احتمالی ارتباط بین مورث و وارث حین‌الفوت وی را از دو جنبه تابعیت و دین و مذهب، را در نمودارهای زیر ترسیم نموده‌ایم:

۱. تعریف یاد شده، برداشتی آزاد از تعریف آقای دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، در کتاب وصیت، ارث می‌باشد. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: محمدجعفر جعفری لنگرودی، **وصیت - ارث**، همان منبع، ص ۲۵۳.

۲. حجب (بر وزن ضرب) حالت وارثی است که به واسطه بودن (وجود وی) وارث دیگر، از بردن ارث کلا (حجب حرمانی) یا بعضاً (حجب نقصانی) محروم می‌گردد. رابطه بین حجب و موانع ارث، عموم و خصوص مطلق می‌باشد. به عبارت دیگر هر حجبی منع است، لیکن هر منعی حجب محسوب نمی‌گردد. مانند تولد ناشی از زنا که از موانع ارث بوده لیکن حجب محسوب نمی‌گردد. شخصی که وجودش باعث محرومیت جزئی یا کلی وارث دیگر گردد اصطلاحاً حاجب نامیده می‌شود. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، **ترمینولوژی حقوق**، همان منبع، ص ۲۱۰.



<p>همگی غیرمسلمانان مسیحی همگی غیرمسلمانان زرتشتی همگی غیرمسلمانان یهودی همگی غیرمسلمانان ترکیبی از اقلیت‌های دینی رسمی و غیررسمی</p>	<p>همگی مسلمان تعدادی مسلمان</p>	<p>ورثه ایرانی</p>			
<p>همگی مسیحی همگی زرتشتی همگی یهودی همگی ترکیبی از اقلیت‌های دینی رسمی و غیررسمی</p>	<p>همگی غیر مسلمان</p>		<p>مورث مسلمان</p>	<p>مورث ایرانی</p>	
<p>همگی غیرمسلمانان مسیحی همگی غیرمسلمانان زرتشتی همگی غیرمسلمانان یهودی همگی غیرمسلمانان ترکیبی از اقلیت‌های دینی رسمی و غیررسمی همگی مسیحی همگی زرتشتی همگی یهودی همگی ترکیبی از اقلیت‌های دینی رسمی و غیررسمی</p>	<p>همگی مسلمان تعدادی مسلمان همگی غیرمسلمان</p>	<p>ورثه خارجی</p>			<p>ارتباط تابعیت و دین و مذهب در ارث (بدون توجه به بی‌تابعیتی و تابعیت مضاعف</p>
<p>ورثه ایرانی همگی مسلمان ورثه ایرانی تعدادی مسلمان و تعدادی غیرمسلم (غیرمسلمانان به شرح طبقه‌بندی فوق) ورثه ایرانی همگی غیرمسلمان (غیرمسلمانان به شرح طبقه‌بندی فوق) ورثه خارجی همگی مسلمان ورثه خارجی تعدادی مسلمان و تعدادی غیرمسلمان (غیرمسلمانان به شرح طبقه‌بندی فوق) ورثه خارجی همگی غیرمسلمان (غیرمسلمانان به شرح طبقه‌بندی فوق)</p>		<p>تعدادی از ورثه ایرانی و تعدادی خارجی</p>			
<p>کلیه تقسیم‌بندی‌های یاد شده بالحاظ همگی ورثه مسلمان و نیز تعدادی غیرمسلمان و همچنین همگی وراث غیر مسلمان رسمی و غیر به شرح فوق است</p>	<p>مورث مسیحی ورثه خارجی تعدادی از ورثه ایرانی و تعدادی خارجی مورث مسیحی ورثه خارجی تعدادی از ورثه ایرانی و تعدادی خارجی مورث مسیحی ورثه خارجی تعدادی از ورثه ایرانی و تعدادی خارجی</p>	<p>مورث مسیحی مورث زرتشتی مورث یهودی</p>	<p>مورث مسیحی مورث مسیحی مورث مسیحی</p>	<p>مورث غیرمسلمان</p>	<p>↓</p>

<p>همگی مسیحی همگی زرتشتی همگی یهودی همگی ترکیبی از اقلیت‌های دینی رسمی و غیررسمی</p>	<p>کلیه ورثه مسلمان کلیه ورثه غیرمسلمان</p>	<p>ورثه ایرانی</p>		
<p>همگی غیرمسلمانان مسیحی همگی غیرمسلمانان زرتشتی همگی غیرمسلمانان یهودی همگی غیرمسلمانان ترکیبی از اقلیت‌های دینی رسمی و غیررسمی</p>	<p>تعدادی مسلمان و تعدادی غیرمسلمان</p>	<p>مورث مسلمان</p>		
<p>همگی مسیحی همگی زرتشتی همگی یهودی همگی ترکیبی از اقلیت‌های دینی رسمی و غیررسمی</p>	<p>مسلمان با تابعیت مورث وحدت تعدادی مسلمان</p>	<p>ورثه خارجی</p>		<p>ارتباط تابعیت و دین و مذهب در ارث (بدون توجه به بی‌تابعیتی و تابعیت مضاعف)</p>
<p>همگی غیرمسلمانان مسیحی همگی غیرمسلمانان زرتشتی همگی غیرمسلمانان یهودی همگی غیرمسلمانان ترکیبی از اقلیت‌های دینی رسمی و غیررسمی</p>	<p>همگی غیرمسلمان</p>	<p>مورث خارجی</p>	<p>مورث خارجی</p>	
<p>همگی مسلمان تعدادی مسلمان و تعدادی غیرمسلمان (غیرمسلمانان به شرح طبقه‌بندی فوق)</p>	<p>با تابعیت مورث وحدت تابعیت</p>			
<p>همگی غیرمسلمان (غیرمسلمانان به شرح طبقه‌بندی فوق)</p>	<p>تعدادی از ورثه ایرانی و تعدادی خارجی / همگی از لحاظ وحدت و اختلاف دین و مذهب و تابعیت به شرح فوق</p>		<p>مورث غیرمسلمان</p>	
<p>همگی صورت‌های مقابل از لحاظ وحدت و اختلاف دین و مذهب و تابعیت به شرح طبقه‌بندی فوق می‌باشد</p>	<p>مورث مسیحی ورثه خارجی تعدادی از ورثه ایرانی و تعدادی خارجی</p>	<p>مورث مسیحی مورث زرتشتی مورث یهودی</p>		
<p>همگی صورت‌های مقابل از لحاظ وحدت و اختلاف دین و مذهب و تابعیت به شرح طبقه‌بندی فوق می‌باشد</p>	<p>مورث مسیحی ورثه خارجی تعدادی از ورثه ایرانی و تعدادی خارجی</p>			

با دقت در نمودارهای یاد شده، رابطه بین مورث و وراثت حین الفوت وی از دیدگاه تابعیت، از چهار حالت زیر خارج نخواهد نمود:

- الف - وحدت تابعیت بین مورث و وراثت. (با تأکید بر تابعیت ایران)
  - ب - وحدت تابعیت بین مورث و وراثت. (با تأکید بر تابعیت خارجی طرفین)
  - ج - اختلاف تابعیت بین مورث و وراثت. (با تأکید بر تابعیت ایرانی مورث)
  - د - اختلاف تابعیت بین مورث و وراثت. (با تأکید بر تابعیت خارجی مورث)
- در حالت اول، که وحدت تابعیت طرفین بر پایه تابعیت ایران می‌باشد، هیچ عامل خارجی (مثل فوت مورث در خارج یا وجود اموال مورث در خارج و نظایر آن) در مبحث ارث دخیل نمی‌باشد. پس دعوی ارث مطروحه در دادگاه‌های ایرانی، کاملاً جنبه داخلی داشته و مطابق قانون ایران (چه قانون مدنی و چه قواعد مسلمة و متداوله اقلیت‌های دینی و مذهبی) عمل خواهد شد. لیکن هرگاه وحدت تابعیت بین مورث و وراثت با تأکید بر تابعیت خارجی مطرح باشد (حالت دوم) در این صورت به لحاظ وحدت تابعیت آنان و با وحدت ملاک مادتین ۷ و ۹۶۷ قانون مدنی ایران، قواعد و مقررات حاکم بر ارث تابع قاعده ماهوی قانون دولت متبوع مورث یا ورثه خواهد بود، (منوط به اینکه قواعد حل تعارض قوانین دولت متبوع آنان ایجاد احاله ننماید) در صورت ایجاد احاله درجه اول، قاضی ایران مکلف به اعمال قانون ایران (قانون مدنی ایران) خواهد بود و در صورت ایجاد احاله درجه دوم، قاضی ایرانی می‌تواند قاعده ماهوی قانون دولت متبوع افراد خارجی را به موقع اجرا گذارد.<sup>۱</sup>
- در حالت سوم و چهارم، مطابق ماده ۹۶۷ قانون مدنی ایران (به عنوان قاعده ترجیحی

۱. در حالت دوم (وحدت تابعیت بین مورث و ورثه با تأکید بر تابعیت خارجی) دو فرض قابل تصور است: ۱ - ۲) مثلاً مورث و ورثه همگی از اتباع فرانسه باشند (فرانسه از جمله کشورهایی است که ارث بدون وصیت را در زمره دسته اموال توصیف می‌نماید) انگلیس و آمریکا نیز نظیر فرانسه ارث بدون وصیت را تابعی از دسته اموال تلقی می‌نمایند.

۲-۲) مثلاً مورث و ورثه همگی از اتباع ایتالیا باشند (ایتالیا از دسته کشورهایی است که ارث را جزو دسته ارتباطی احوال شخصیه می‌داند و قانون دولت متبوع مورث را بر آن حاکم می‌داند). فروض‌های یاد شده مفهوماً با استفاده از زیرنویس کتاب خانم دکتر ارفع‌نیا اتخاذ شده است. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: دکتر بهشید ارفع‌نیا، **حقوق بین‌الملل خصوصی**، جلد دوم، همان منبع، ص ۱۰۴

قواعد حل تعارض قوانین ایران) در حالت اختلاف تابعیت بین افراد در مسائل مربوط به احوال شخصیه به ویژه ارث، قانون دولت متبوع مورث (متوفی) ملاک عمل خواهد بود. بنابراین از دیدگاه قواعد حل تعارض قوانین ایران، قانون دولت متبوع متوفی (هم قواعد حل تعارض قوانین و هم قواعد ماهوی آن قانون) مبنای عمل قاضی ایرانی می‌باشد. در صورتی که قاضی ایرانی با مراجعه به قواعد حل تعارض قوانین قانون دولت متبوع متوفی (مورث)، متوجه شود که قواعد ماهوی آن قانون قابل اعمال است، می‌بایست آن قانون را به موقع اجرا گذارده و حکم صادر نماید.<sup>۱</sup> (با در نظر گرفتن مفهوم نظم عمومی حقوقی ایران مندرج در ماده ۹۷۵ قانون مدنی ایران) و در صورتی که قواعد حل تعارض قوانین قانون دولت متبوع متوفی، ایجاد احاله درجه اول نمود،<sup>۲</sup> قاضی ایرانی مکلف به رعایت احاله مذکور بوده

زیرنویس شماره ۱.

۱. حالت سوم (اختلاف تابعیت بین مورث و ورثه با تأکید بر تابعیت ایرانی مورث) زمانی اتفاق می‌افتد که به عنوان مثال شخصی فوت نموده و ورثه وی، افرادی با تابعیت خارجی می‌باشند (مثلاً زنی ایرانی متوفاه که فرزندان غیرایرانی هستند یا اینکه مردی ایرانی فوت شده و فرزندان در اثر ترک تابعیت ایران، خارجی می‌باشند)

حالت چهارم (اختلاف تابعیت بین مورث و ورثه با تأکید بر تابعیت خارجی مورث) زمانی بروز می‌یابد که مورث شخصی خارجی بوده (مثلاً ایتالیایی) و ورثه وی اتباع غیرایتالیایی باشند (در این فرض حتی ممکن است ورثه وی ایرانی باشند) در حالت سوم قاضی ایرانی مطابق ماده ۹۶۷ قانون مدنی ایران در باب تعیین وراثت (چه کسانی ورثه متوفی محسوب می‌گردند) قانون ایران (اعم از قانون مدنی یا قواعد و مقررات مسلمه اقلیت‌های دینی حسب مورد) را به موقع اجرا می‌گذارد. حال آنکه در صورت چهارم قاضی ایرانی قانون دولت متبوع متوفی (مورث) را قانون صلاحیت‌دار می‌داند (در این مثال یعنی قانون ایتالیا) و چون قواعد حل تعارض احوال شخصیه را تابع قانون ملی افراد می‌داند، لذا قاضی ایرانی قانون مدنی ایتالیا را (تا جایی که با نظم عمومی حقوق ایران منافات نداشته باشد) به موقع اجرا خواهد گذارد.

۲. اگر به جای مورث ایتالیایی، دعوی ارث بدون وصیت یک مورث فرانسوی، انگلیسی یا آمریکایی (حسب مورد) توسط ورثه آنان در محاکم ایران اقامه گردد، در آن صورت مطابق ماده ۹۶۷ قانون مدنی ایران، قانون صلاحیت‌دار قانون دولت متبوع مورث خواهد بود، که قاضی ایرانی با مراجعه به قواعد حل تعارض فرانسه، انگلیس و آمریکا متوجه می‌گردد که حقوق ارثی (بدون وصیت) اتباع کشورهای یاد شده در اموال منقول (تابع قانون اقامتگاه متوفی) و در اموال غیر منقول (تابع قانون محل وقوع مال) خواهد بود. در این حالت بسته به محل اقامتگاه متوفی در اموال منقول سه فرض قابل تصور خواهد بود.<sup>۳</sup>

(مستنداً به قسمت آخر ماده ۹۷۳ قانون مدنی ایران) و می‌بایست مندرجات قانون مدنی ایران را به عنوان قانون حاکم بر دعوی ارث (نه قواعد و مقررات اختصاصی اقلیت‌های دینی و مذهبی ایران که اختصاص به اتباع اقلیت‌های ایرانی دارد) به موقع اجرا گذارد و در صورت ایجاد احاله درجه دوم، قاضی ایرانی (با توجه به نظر تعدادی از حقوق‌دانان ایرانی) می‌بایست قاعده ماهوی قانون دولت متبوع متوفی را (با در نظر گرفتن نظم عمومی حقوق ایران) به موقع اجرا گذارد.<sup>۱</sup>

البته باید توجه نماییم که در کلیه موارد چهارگانه فوق، هرگاه دادگاه ایرانی (در مرحله تشکیل حق) صالح به رسیدگی باشد، یکی از مواردی که ممکن است قاضی ایرانی آن را جزو نظم عمومی حقوق ایران در باب ارث احتساب نماید، مبحث عدم توارث غیرمسلمان از مسلمان می‌باشد (کفر به عنوان مانع ارث)<sup>۲</sup>

الف) اقامتگاه مورث در کشور متبوع خود باشد، در آن صورت قاضی ایرانی قانون دولت متبوع فرد را به موقع اجرا می‌گذارد. ب) اقامتگاه مورث در کشور ایران باشد (با تعریف قانون دولت متبوع مورث از مفهوم اقامتگاه) در آن صورت احاله درجه اول محقق شده و قاضی ایرانی به حکم ماده ۹۷۳ قانون مدنی ایران، قانون مدنی ایران را به موقع اجرا خواهد گذارد. ج) اقامتگاه مورث در کشور ثالث باشد، در این حالت احاله درجه دوم در محاکم ایران به وقوع می‌پیوندد.

۱. در فرض مندرج در باب احاله درجه دوم، نظرات متفاوتی از جانب حقوقدانان ایرانی ارائه گردیده است. گروهی از آنان اعتقاد به تخییر پذیرش احاله درجه دوم و تعدادی به عدم تخییری بودن پذیرش احاله (امری بودن عدم پذیرش) احاله درجه دوم اعتقاد دارند. حتی تعدادی از حقوقدانان قائل به اعمال قانون مقر دادگاه و عده دیگر معتقد به اعمال قاعده ماهوی قانون صلاحیت‌دار خارجی (حسب مورد فرانسه، انگلیس و آمریکا در مثال یاد شده) می‌باشند. برداشت مفهومی از: دکتر نجادعلی الماسی، **حقوق بین‌الملل خصوصی**، همان منبع، صص ۱۲۸-۱۲۹، دکتر نجاد علی الماسی، **تعارض قوانین**، همان منبع، صص ۹۸-۱۰۲، دکتر محمد نصیری، **حقوق بین‌الملل خصوصی**، جلد اول و دوم، همان منبع، صص ۱۸۵-۱۸۶، دکتر بهشید ارفع‌نیا، **حقوق بین‌الملل خصوصی**، جلد دوم، همان منبع، صص ۱۲۱-۱۲۱، دکتر سیدمحمد متولی، **احوال شخصیه بیگانگان در ایران**، همان منبع، صص ۱۱۹-۱۲۳.

۲. فقهای اهل تشیع و تسنن بالاتفاق اعتقاد دارند که غیر مسلمان از مسلمان ارث نمی‌برد. لیکن در خصوص ارث بردن مسلمان از متوفی غیرمسلمان، اختلاف نظر وجود دارد، فقهای امامیه قائل به توارث می‌باشند لیکن فقهای مذاهب چهارگانه اهل تسنن با استناد به حدیث مروی از پیامبر (ص) لایرث المسلم الکافر و لا الکافر المسلم قائل به عدم توارث می‌باشند. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: دکتر مصطفی جباری، و حمید مسجد سرایی، **فقه تطبیقی با نگاهی به قانون مدنی (احوال شخصیه)** همان منبع، ص ۲۴۳.

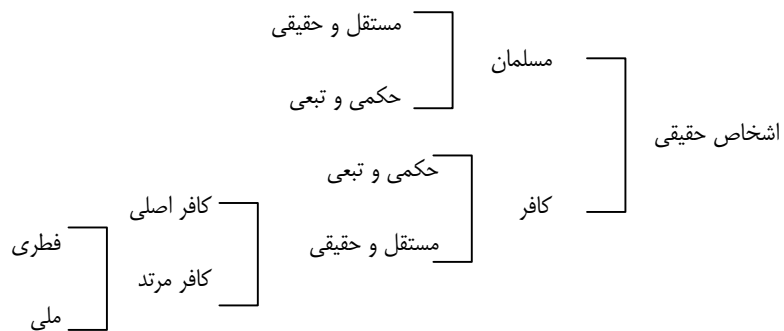
باید دقت داشته باشیم که تا قبل از وضع ماده ۸۸۱ مکرر قانون مدنی ایران، (اصلاحی ۱۳۶۱) هرچند عدم توارث کافر از مسلمان (چه ایرانی و چه غیر ایرانی) از نظر فقهی جزو مسلمت بوده، لیکن این موضوع در بین حقوق دانان ایران از چنین وحدت نظری برخوردار نبوده است. با وضع ماده ۸۸۱ مکرر قانون مدنی در سال ۱۳۶۱ نه تنها نظریه حقوق دانان به سمت نظریه فقهای شیعه متمایل گشت، بلکه وجود ورثه مسلمان در میان ورثه غیرمسلمان (اعم از وجود اصیل یا به قائم مقامی) نیز از منظر حقوق دانان ایرانی، ایجاد نوعی حجب حرمانی نموده، که حکم اخیر نیز از لحاظ پذیرش، میان فقها و حقوق دانان برابر گردید.<sup>۱</sup>

تحلیل یاد شده (تفاوت اندیشه فقها و حقوق دانان ایرانی) شاید قبل از انقلاب توجیه پذیر بوده باشد، لیکن بعد از انقلاب، اختلاف یاد شده به ویژه با در نظر گرفتن اصول ۴ و ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، بی تردید فاقد پایگاه حقوقی می باشد و کفر به عنوان عامل ممنوعیت از ارث هم اینک از جانب حقوق دانان به عنوان نظم عمومی حقوقی ایران تلقی می گردد.<sup>۱</sup> سوآلی که در این خصوص امکان طرح دارد، این است که آیا شدت نظم عمومی حقوق ایران به عنوان عامل بازدارنده در مرحله تأثیر بین المللی حق (مثلاً در حالتی که انحصار وراثت در خارج از کشور توسط محاکم صالحه خارجی صادر شده باشد و قرار است دادگاه های ایرانی آن را تنفیذ نموده و مبادرت به تقسیم ترکه نمایند) همانند شدت آن در مرحله تشکیل حق است؟ یا اینکه محاکم ایران در مرحله تأثیر بین المللی حق، نسبت به کفر به عنوان مانع ارث، به دیده اغماض نگریسته و به مجرد احراز صحت دادنامه حصر وراثت خارجی (از جنبه شکلی و ماهوی بر طبق قانون مقر دادگاه خارجی که به تأیید کنسول ایران رسیده باشد) حکم به تنفیذ آن نموده و به کفر وراثت حین الفوت مورث، ترتیب اثری نمی دهند؟ دکترین حقوقی ایران در این خصوص، توجه به کفر به عنوان مانعی جهت توارث کافر از مسلمان (بدون توجه به تابعیت آنان) می باشد.

مرحوم دکتر سیدحسن امامی بدون تفکیک مرحله تشکیل حق و مرحله اثرگذاری حق، بحث بسیار جالبی

۱ و ۲ - دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، درس هایی از شفعه، وصیت، ارث، همان منبع، صص ۱۱۶ - ۱۱۹.

در باب کفر به عنوان مانع ارث با تقسیم‌بندی‌های ظریف ارائه نموده است. نامبرده بدو تقسیم‌بندی، مبسوطی از مسلمان و کافر ارائه نموده است. مطابق دیدگاه ایشان جدول زیر قابل ترسیم خواهد بود:



آنگاه نامبرده بحث توارث غیر همکیشان را با ۳ فرع مطرح می‌نماید که نمودار زیر ترسیم کننده خطوط فکری وی است:<sup>۲</sup>



۲. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به:

دکتر سیدحسین امامی، حقوق مدنی، جلد سوم، همان منبع، صص ۲۰۸ - ۲۱۲.

**ب) اختلاف در طبقات سهام ورثه:**

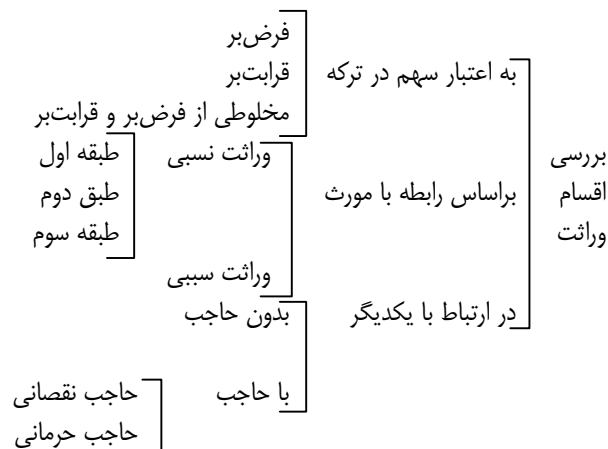
اگر بخواهیم مسائل مربوط به اختلاف در طبقات و سهام ورثه را عمیقاً در حقوق بین‌الملل خصوصی پیگیری نماییم، ضرورتاً می‌بایست اقسام ورثه و ارتباط آنان را به اعتبار و عناوین گوناگون مورد مطالعه قرار دهیم. به عبارت دیگر در حقوق بین‌الملل خصوصی و همچنین در تعارض قوانین داخلی ایران، اقسام ورثه را با در نظر گرفتن تابعیت مورث و ورثه، و با عنایت به تقسیم ورثه از جهت تعیین نسبت سهام معین (فرض بر بودن یا قرابت بر بودن) و نیز از جهت ارتباط با مورث که باعث ایجاد طبقات و درجات ارث می‌گردد، (مانند طبقات سه‌گانه ارث در حقوق ایران) و همچنین ارتباط وراث با یکدیگر و تأثیر یا عدم تأثیر وجودی ورثه‌ای بر ورثه دیگر به حکم قانونگذار (که باعث ایجاد تأسیس حقوقی حجب در حقوق ایران می‌گردد) از موضوعات بسیار جالبی است که امکان طرح آن در همه نظام‌های حقوقی ملی، به عنوان موضوعات تعارض قوانین بین‌المللی، یا تعارض قوانین داخلی (حسب مورد) متصور می‌باشد.

در حقوق ایران پس از تعیین قانون حاکم بر ارث که معمولاً قانون دولت متبوع متوفی است. تحلیل مباحث فوق‌الذکر، از جنبه ماهوی ضروری بوده و قاضی ایرانی گریزی از آن نخواهد داشت. مثلاً هرگاه دعوی ارث از جانب ورثه مورث فرانسوی که در ایران یا در فرانسه فوت شده و اموالی در ایران دارد، در دادگاه‌های ایران مطرح گردد، در صورت صلاحیت محاکم ایران، این سؤال مطرح می‌گردد که هرگاه قانون دولت متبوع متوفی (در اینجا قانون فرانسه) از جانب قاضی ایران لازم‌الرعايه باشد (وفق ماده ۷ و ماده ۹۶۷ قانون مدنی ایران) در آن صورت آیا قاضی ایرانی مفهوم فرض بر بودن یا قرابت بر بودن ورثه و حجب حرمانی و نقصانی و نیز موضوعاتی نظیر طبقات و درجات ارث را از قانون ایران (به عنوان قانون مقر دادگاه) یا قانون فرانسه (قانون دولت متبوع متوفی) استخراج و استنباط خواهد نمود؟ و در صورت اعمال قانون فرانسه، رابطه اعمال قانون دولت متبوع متوفی با قانون مقر دادگاه (به ویژه با نظم عمومی حقوق ایران) چه خواهد بود؟ همین وضعیت ممکن است در موضوعات ارث مطروحه از جانب اقلیت‌های دینی ایرانی مطرح گردد. مثلاً هرگاه دعوی ارث متوفای ایرانی مسیحی در محاکم ایران اقامه شود، قاضی ایرانی همواره با



این سؤال مواجه خواهد شد که آیا در این دعوی می‌بایست از جنبه اعتبار سهم ورثه در ترکه (فرض بر بودن و قرابت بر بودن) و نیز از جنبه رابطه با مورث خویش (که باعث تولید انواع وارث نسبی و سببی یا غیره خواهد شد) و همچنین از جنبه تأثیر ورثه بر یکدیگر، قواعد مسلمة و متداوله مذهب و دین متوفی را به موقع اجرا گذارد یا خیر؟ و در صورت به موقع اجرا گذاردن قواعد مسلمة دین متوفی، آیا اعمال قواعد یاد شده با نظم عمومی ایران منافات خواهد داشت یا خیر؟

برای درک بهتر موضوع، نمودار بررسی اقسام ورثه را ترسیم می‌نماییم:



#### د) تقسیم ورثه به فرض بر و قرابت بر:

در فقه امامیه و همچنین در فقه اهل سنت، ورثه متوفی به دو دسته فرض بر و قرابت بر تقسیم می‌گردند.<sup>۱</sup>

فرض بر، آن دسته از ورثه‌ای می‌باشند که سهم آنان از ترکه به نسبت معینی (به صورت کسر معینی از ترکه) می‌باشد، به نحوی که نصاب آن در شریعت کاملاً معلوم می‌باشد و همین معنا قابل استفاده از ماده ۸۹۴ قانون مدنی ایران می‌باشد. مستفاد از ماده یاد شده،

۱. آقای دکتر کاتوزیان با استناد به ماده ۸۹۳ قانون مدنی ایران، وارثان را به اعتبار نصیب آنان از ترکه به سه گروه قابل تقسیم می‌دانند: ۱- فرض بران ۲- قرابت بران ۳- گروهی که گاه به فرض و گاه به قرابت ارث می‌برند. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، درس‌هایی از شفعه، وصیت، ارث، همان منبع، ص ۱۶۷.

صاحبان فرض (فرض برها) اشخاصی می‌باشند که سهم آنان از ترکه معین می‌باشد. و بنا به تعریف یکی از حقوق‌دانان ایرانی با استنباط از نظر فقهای امامیه، فرض سهم ویژه‌ای از ترکه تعریف گردیده است که قانونگذار یا شارع برای گروهی از وارثان در هر طبقه معین می‌نماید.<sup>۱</sup>

باید توجه داشت که علی‌رغم دیدگاه تعدادی از حقوق‌دانان، فرض یا سهم یا کسر معینی از ترکه در حقوق ایران همیشه میزان ثابتی (۱/۲، ۱/۳، ۲/۳، ۱/۴، ۱/۶ و ۱/۸) است. به عبارت دیگر، سهام مفروض بر پایه ۱/۳ و ۱/۴ بوده که در دو ضرب یا بر دو تقسیم گردیده و باعث پدیدار شدن نصاب معین با مضربی از ۱/۳ و ۱/۴ که همان ۲/۳ و ۱/۲ خواهد شد و نیز باعث آشکار شدن نصاب نقصانی از ۱/۳، ۱/۴ که همانا ۱/۶ و ۱/۸ است خواهد بود. ولی ممکن است فرد فرض‌بر، با توجه به وضعیت خاص خود بنا به وجود پاره‌ای از دلایل، نظیر فقدان ورثه معین فرض وی از حد ادنی به حد اعلی افزایش یافته یا بالعکس به لحاظ وجود پاره‌ای دلایل، نظیر وجود حاجب نقصانی، فرض وی از حداکثر به حداقل کاهش یابد. به همین جهت نمی‌توان عدم ثبات وضعیت فرض بر را دلیل بر عدم ثبات فرض یا سهم دانست.<sup>۲</sup>

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، درس‌هایی از شفعه، وصیت، ارث، همان منبع، ص ۱۶۸ (ارث) دکتر سیدحسن امامی، حقوق مدنی، جلد سوم، همان منبع، ص ۲۳۸، دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، همان منبع، ص ۴۹۸.

۲. آقای دکتر امامی و آقای دکتر کاتوزیان اعتقاد دارند، اثر تعیین صاحبان فرض و قرابت در ماده ۸۹۴ قانون مدنی ایران، نوعی ثبات و تقدم است که صاحبان فرض از آن بهره می‌برند و سپس بحث ثبات و تقدم را در دو مقوله: ۱ - ثبات فرض در برابر سهمی که وارثان به قرابت می‌برند. ۲ - تقدم فرض به سهم حاصل از قرابت، مطرح نموده و در نهایت استنتاج می‌نمایند که نتیجه تقدم فرض به قرابت، ثبات فرض می‌باشد. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، درس‌هایی از شفعه، وصیت، ارث، همان منبع، ص ۱۶۸ - ۱۶۹، دکتر سیدحسن امامی، حقوق مدنی، جلد سوم، همان منبع، ص ۲۳۸ - ۲۳۵.

علاوه بر موارد یاد شده، باید دانست که در تقسیم ترکه وفق ماده ۹۰۵ قانون مدنی،<sup>۱</sup> ابتدا باید صاحب فرض، حصه خود را برداشته، آنگاه باقی مانده به افراد قرابت بر خواهد رسید (منوط به اینکه با ورثه فرض بر در یک طبقه باشند) و اگر در طبقه صاحبان فرض، ورثه دیگری (که قرابت بر باشد) وجود نداشته باشد و یا اینکه قرابت برها در طبقات دورتری از صاحبان فروض باشند، مابقی ترکه از باب رد به فرض برها، تحویل می گردد.<sup>۲</sup>

بنابراین مطابق ماده ۸۹۴ قانون مدنی ایران، قرابت برها یا صاحبان قرابت، اشخاصی هستند که سهم آنان در ترکه معین نمی باشد، به دیگر سخن سهم این دسته از ورثه به نسبت کسر معینی از ترکه نبوده و هر آنچه که بعد از برداشتن سهم صاحبان فرض از ترکه باقی می ماند، بین آنان (بالسویه یا به نسبت خاص کما فرض الله) تقسیم می گردد.<sup>۳</sup>

مثلاً همان گونه که می دانیم مطابق ماده ۹۰۸ قانون مدنی ایران، دختر نصف پسر ارث خواهد برد و با توجه به سایر مواد قانون مدنی ایران، دختران و پسران متوفی، اشخاص قرابت بر محسوب می گردند (ارث بردن پسر، به اندازه دو برابر دختر را نباید فرض تلقی و پسر و دختر متوفی را فرض بر بشناسیم) حال آنکه والدین متوفی، به عنوان اشخاص صاحبان فرض معرفی شده اند و نصاب و حصه و فرض آنان از ترکه، هر کدام سدس (۱/۶) ترکه است. بنابراین در تقسیم ترکه متوفایی که دارای والدین و یک دختر و پسر باشد، پس از تصفیه دیون مورث، ابتدا والدین (به عنوان صاحبان فرض) هر کدام یک ششم از ترکه را برداشته، آنگاه هر آنچه که باقی بماند به عنوان قرابت، به دختر و پسر متوفی داده می شود. در صورت اخیر، مابقی ترکه به سه قسمت تقسیم گردیده و دو قسمت به پسر متوفی و یک

۱. ماده ۹۰۵ قانون مدنی ایران اشعار می دارد: از ترکه میت هر صاحب فرض حصه خود را می برد و بقیه به صاحبان قرابت می رسد و اگر صاحب قرابتی در آن طبقه مساوی با صاحب فرض در درجه نباشد، باقی به صاحب فرض رد می شود مگر در مورد زوج و زوجه که به آنها رد نمی شود، لیکن اگر برای متوفی وارثی به غیر از زوجه نباشد زاید از فریضه به وی رد خواهد شد.

۲. دکتر ناصر کاتوزیان، **حقوق مدنی، درس هایی از شفعه، وصیت، ارث**، همان منبع، ص ۱۶۹، دکتر سیدحسن امامی، **حقوق مدنی**، جلد سوم، همان منبع، ص ۲۴۵ - ۲۴۷، محمدجعفر جعفری لنگرودی، **ترمینولوژی حقوق**، همان منبع، ص ۳۳۳.

۳. برداشت مفهومی از: دکتر رضا نوری، **شفعه، وصیت، ارث اسباب ثلاثه تملک در حقوق مدنی**، همان منبع، ص ۱۰۷.

قسمت به دختر متوفی به عنوان قرابت داده می‌شود. حال اگر متوفی فاقد فرزند بوده علاوه بر والدین، دارای خواهر و برادر نیز باشد، والدین متوفی هر کدام سدس ترکه را به عنوان صاحبان فرض تصاحب نموده و چون خواهر و برادر متوفی در طبقه دورتری قرار دارند، لذا مابقی ترکه نیز به عنوان رد به والدین تحویل می‌گردد.<sup>۱</sup>

با توجه به مطالب یاد شده، قاضی ایرانی در حقوق داخلی، به ویژه در هنگامی که موضوع مطروحه، فاقد وصف تعارض قوانین بین‌المللی باشد، دشواری چندانی در پیش نخواهد داشت. قاضی مذکور، با توجه به آموخته‌های حقوقی خود مبادرت به صدور دادنامه حصر وراثت براساس قانون مدنی ایران نموده و میزان سهام ورثه (اعم از فرض بر و قرابت‌بر) را نیز معین می‌دارد، موضوع زمانی در حقوق داخلی با پیچیدگی همراه خواهد بود که موضوع ارث یکی از اقلیت‌های دینی - مذهبی ایرانی در نزد محاکم ایرانی مطرح گردد، در آن صورت وجود فرض بر و قرابت‌بر، تقدم تسویه حساب صاحبان فرض بر افراد قرابت‌بر و بحث رد یا عدم رد ترکه، کاملاً به مقررات متداوله و مسلمه دین و مذهب متوفی بستگی خواهد داشت و قاضی ایرانی مطابق قواعد مسلمه و متداوله دین و مذهب متوفای اقلیت، معین خواهد نمود که آیا چنین الزاماتی وجود دارد یا خیر؟ و در صورتی که چنین الزاماتی وجود نداشته باشد یا الزامات مذکور مغایر با الزامات موجود در قانون مدنی ایران باشد، قاضی ایرانی بنا به حکم قانون ماده واحده رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در محاکم مصوب ۱۳۱۲، مکلف است قواعد و مقررات متداوله و مسلمه مندرج در دین و مذهب متوفی را به موقع اجرا گذارد مگر اینکه مقررات مذکور مغایر با انتظامات عمومی حقوق ایران باشد، بعید است که موارد یاد شده، از جانب قاضی ایران به عنوان انتظامات عمومی حقوق ایران تلقی گردد.<sup>۲</sup>

۱. دکتر سیدحسین امامی، حقوق مدنی، جلد سوم، همان منبع، ص ۲۵۲ - ۲۵۵، دکتر رضا نوری، شفعه،

وصیت، ارث اسباب ثلاثه تملک در حقوق مدنی، همان منبع، ص ۱۰۷.

۲. معمولاً غیر از مبحث کفر که به عنوان انتظامات عمومی، از موانع ارث محسوب می‌گردد، در سایر موارد کمتر می‌توان موردی را ذکر کرد که به عنوان مغایرت با انتظامات عمومی مانع از جریان یافتن قواعد و مقررات مسلمه و متداوله دین و مذهب متوفی گردد. به ویژه اینکه مطابق اعتقاد یکی از  $\text{علما}$

بنابراین هرگاه فردی از اقلیت‌های دینی - مذهبی ایرانی فوت نماید، قواعد و مقررات مسلمة و متداوله دین و مذهب متوفی در خصوص وجود یا فقدان تقسیم‌بندی ورثه به صاحبان فرض و افراد قرابت‌بر، تقدم برداشت سهام صاحبان فرض نسبت به افراد قرابت‌بر و بروز مسأله رد یا عدم رد ترکه به صاحبان فرض یا قرابت‌برها ملاک عمل بوده و قاضی ایرانی نمی‌تواند با تفسیر موسع از انتظامات عمومی، مانع از جریان یافتن مقررات دینی و مذهبی اقلیت‌های رسمی ایرانی گردد.<sup>۱</sup>

همین وضعیت در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران نیز مشاهده می‌گردد و آن زمانی است که قاضی ایرانی با عامل بیگانه (متوفی خارجی) در حقوق ایران رو به رو گردد. قاضی مذکور، با در نظر گرفتن ماده ۷ و ۹۶۷ قانون مدنی ایران، می‌بایست در تعیین قواعد اصلیه ارث (نظیر میزان سهم‌الارث و تعیین وارث، حجب و غیره) به قواعد و مقررات دولت متبوع متوفی مراجعه نماید. حال اگر قاضی ایرانی، به قواعد و مقررات دولت متبوع متوفی مراجعه نماید (مراجعه به قواعد ماهوی قانون دولت متبوع متوفی در فرضی که تولید احاله نگردد) در آن صورت این سؤال همواره برای قاضی ایرانی مطرح خواهد شد که آیا نامبرده می‌تواند به این دلیل که اعمال قواعد و مقررات دولت متبوع متوفی در مبحث صاحبان فرض و افراد قرابت‌بر و تقدم و تأخر برداشت از ترکه و نیز تقسیم ترکه به رد، با قانون ایران مغایر است، نظم عمومی حقوق ایران را مانع از جریان یافتن قواعد و مقررات خارجی بداند؟

حقوقدانان مشهور ایرانی بین نظم عمومی و انتظامات عمومی تفاوت وجود دارد و معنی نظم عمومی (موضوع ماده ۹۷۵ قانون مدنی) اعم از انتظامات عمومی (مندرج در قانون ماده واحده رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه در محاکم مصوب ۱۳۱۲) می‌باشد. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: دکتر ناصر کاتوزیان، **حقوق مدنی، درس‌هایی از شفعه، وصیت، ارث**، همان منبع، ص ۲۷ (ارث) ۱. مثلاً مطابق ماده ۶۴ احوال شخصیه ارامنه گریگوری ایران وراثت حین‌الفوت متوفی در سه طبقه قرار می‌گیرند: فرزندان متوفی با رعایت قاعده انسال، پدر و مادر و برادران و خواهران میت و اولاد برادران و خواهران اجداد، اعمام، عمات، احوال و خالات وجود افراد طبقه اول مانع بهره‌مندی افراد طبقات دوم و سوم از ارث خواهند شد مگر در خصوص والدین متوفی که در صورت احتیاج، مقداری از ماترک مادام‌العمر آنان به صورت تقسیمی به آنان پرداخت خواهد شد. ضمناً در هر طبقه، سهام افراد با یکدیگر برابر خواهد بود. بنابراین با توجه به ماده یاد شده، اجداد متوفی با وجود برادران و خواهران میت از ارث محروم خواهند شد، آیا اجداد متوفی می‌توانند با استناد به مفهوم انتظامات عمومی حقوق ایران، مانع از جریان قواعد و مقررات مسلمة و متداوله احوال شخصیه ارامنه گریگوریان در این خصوص گردند؟

به نظر می‌رسد که تفسیر گسترده از مفهوم نظم عمومی توسط قاضی ایرانی، با ایجاد حق در یک فضای بین‌المللی ناسازگاری آشکاری داشته باشد. چه اگر مفهوم انتظامات عمومی را به صورت موسع تفسیر نمائیم در آن صورت می‌توان از اعمال هر قانون خارجی به وسیله مانعی به نام نظم عمومی جلوگیری به عمل آورد. و اگر چنین استنباطی را بپذیریم، در آن صورت پذیرش قواعد حل تعارض قوانین و اغماض قانونگذار ملی، ماهیت وجودی خود را از دست خواهند داد. لذا در تفسیر مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی می‌بایست تحمل و تسامح بیشتری به خرج داد و به همین لحاظ نوع تفسیر نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی از تفسیر موسع به تفسیر مضیق تقلیل خواهد یافت.<sup>۱</sup> بنابراین، شاخصه مهم و تفاوت اصلی نظم عمومی در حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل خصوصی در همین نکته (تفاوت نوع تفسیر نظم عمومی در حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل خصوصی) نهفته است. به همین دلیل عده‌ای از حقوق‌دانان ایرانی اعتقاد دارند بین نظم عمومی در حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل خصوصی رابطه عموم و خصوص مطلق وجود دارد. یعنی هر آنچه که نظم عمومی حقوق بین‌الملل خصوصی می‌باشد، نظم عمومی در حقوق داخلی نیز محسوب می‌گردد لیکن هر آنچه که نظم عمومی در حقوق داخلی است، ممکن است نظم عمومی حقوق بین‌الملل خصوصی تلقی نگردد.<sup>۲</sup> نهایتاً در صورتی که قاضی ایرانی با مراجعه به قواعد حل تعارض قوانین دولت متبوع متوفی، با پدیده احاله مواجه گردد، در صورت بروز احاله درجه اول، قاضی ایرانی

۱ و ۲. بین نظم عمومی در حقوق داخلی انتظامات عمومی در تعارض قوانین داخلی رابطه عموم و خصوص مطلق برقرار می‌باشد به عبارت دیگر هر آنچه که به عنوان انتظامات عمومی در تعارض قوانین داخلی مطرح و مانع اجرای قواعد و مقررات متداوله و مسلمه اقلیت‌ها می‌گردد به عنوان نظم عمومی حقوق داخلی (اکثریت ایرانیان) تلقی می‌گردد لیکن همه موارد نظم عمومی حقوق داخلی ایران مانع اجرای قواعد و مقررات اقلیت‌ها نخواهد شد. رابطه بین نظم عمومی حقوق داخلی با نظم عمومی در تعارض قوانین بین‌المللی نیز عموم و خصوص مطلق می‌باشد. یعنی هر آنچه که به عنوان نظم عمومی در روابط خصوصی در سطح بین‌المللی محسوب گردد، می‌تواند به عنوان نظم عمومی حقوق داخلی نیز مطرح گردد لیکن هر مصداق نظم عمومی حقوق داخلی نمی‌تواند به عنوان نظم عمومی **حقوق بین‌الملل خصوصی** تلقی شود، زیرا در آن صورت جایی برای اعمال قاعده حل تعارض قوانین وجود نداشته و اغماض قانونگذار امری عبث و بیهوده خواهد بود. بین نظم عمومی **حقوق بین‌الملل خصوصی** (در مرحله تشکیل حق) با نظم عمومی در مرحله تأثیر بین‌المللی آن نیز رابطه عموم و خصوص مطلق برقرار است به شرحی که در فوق بدان اشاره گردید. برداشت مفهومی از: دکتر نجاد علی الماسی، **حقوق بین‌الملل خصوصی**، همان منبع صص ۱۳۹ - ۱۴۰، دکتر نجاد علی الماسی، **تعارض قوانین**، همان منبع، صص ۱۰۳ - ۱۰۴.

می‌بایست قانون مدنی ایران را به موقع اجرا گذارد. باید توجه داشت در این حالت قاضی ایرانی، حق اعمال قواعد و مقررات متداوله و مسلمه اقلیت‌های رسمی ایران (در مسائل مربوط به توارث خارجی‌ان در ایران) را نخواهد داشت و در صورت بروز پدیده احاله درجه دوم، قاضی ایرانی می‌تواند قواعد و مقررات ماهوی دولت متبوع متوفی را به موقع اجرا گذارد.

#### ه) اختلاف در خطوط ارث:

همان‌گونه که قبلاً ذکر شد، یکی از موجبات ارث، وجود قرابت بین مورث و وراثت حین‌الفوت وی می‌باشد، در حقوق ایران حرمت و قرابت به سه طریق نسبی و سببی و رضاعی حاصل می‌گردد. اصلی‌ترین قرابتی که در باب ارث در حقوق مطرح می‌باشد قرابت نسبی است.<sup>۱</sup> قرابت سببی هرچند در مبحث قرابت، مطابق ماده ۱۰۳۳ قانون مدنی ایران، از لحاظ حکمی دارای حکم قرابت نسبی است، لیکن در مبحث ارث فقط زن و شوهر از یکدیگر ارث می‌برند و سایر اقربای سببی ارث بر تلقی نمی‌گردند. در مبحث قرابت رضاعی نیز اصولاً در حقوق ایران، بحث ارث اقربای رضاعی از یکدیگر مطرح نگردیده بلکه صرفاً از باب ایجاد حرمت، این نوع قرابت مطرح شده است. توجه به مواد قانونی در حقوق ایران، ما را با دو قسم قرابت نسبی آشنا می‌سازد. قرابت در خط عمود و قرابت در خط اطراف، دو شعبه اصلی قرابت نسبی تلقی می‌گردند. دسته عمود قرابت نسبی آن است که مورث از طریق تناسل بدون واسطه یا با واسطه با وراثت حین‌الفوت خود قرابت داشته باشد. قرابت نسبی در خط عمود به دو صورت نزولی و صعودی متجلی می‌گردد، در قرابت نسبی نزولی، مورث یکی از والدین وراثت حین‌الفوت می‌باشد، یعنی در این حالت متوفی پدر یا مادر ورثه می‌باشد. حال آنکه در قرابت نسبی صعودی، رابطه بین مورث و وراثت حین‌الفوت معکوس می‌باشد یعنی مورث (متوفی) فرزند والدین بوده و ورثه نامبرده والدین وی می‌باشند، البته

۱. در باب ارث، در حقوق ایران (قواعد و مقررات داخلی و نیز در تعارض قوانین داخلی ایران) و نیز در حقوق اکثر کشورهای جهان، قرابت نسبی مبنای توارث می‌باشد و قانونگذاران در قرابت سببی (به جز در مورد زوج و زوجه) معمولاً قائل به توارث نمی‌باشند. در باب قرابت رضاعی، شارع مقدس اسلام (به عنوان ایجاد کننده تأسیس حقوقی یاد شده) قائل به توارث نبوده و ترضیع را صرفاً موجب ایجاد حرمت می‌داند. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: دکتر ناصر کاتوزیان، **حقوق مدنی، درس‌هایی از شفعه، وصیت، ارث**، همان منبع، صص ۵۴ - ۵۷، دکتر سیدحسن امامی، **حقوق مدنی**، جلد سوم، همان منبع، ص ۱۷۰ - ۱۷۲.

باید توجه داشت که معمولاً در بحث ارث، قرابت در خط عمود به صورت مختلط (نزولی و صعودی) حالتی متعارف محسوب می‌گردد.<sup>۱</sup>

نوع دیگر اقبای نسبی، اقبای در خط اطراف می‌باشند. به عبارت دیگر هرگاه مورث به واسطه پدر یا مادر خود با شخصی قرابت عرضی پیدا نماید، این نوع قرابت را قرابت در خط اطراف می‌نامند.<sup>۲</sup> مثلاً مورث به واسطه والدین خود با خواهر یا برادران وراث خود یا برادرزادگان و خواهرزادگانش مرتبط می‌گردد و یا اینکه مورث با دایی و خاله و دایی‌زاده و خاله‌زادگان خود، (که اصطلاحاً به این گروه خال گفته می‌شود)، از طریق مادرش پیوند می‌یابد و هم‌چنین با عمو و عمه و عموزادگان و عمه‌زاده‌های خود (که اصطلاحاً به این گروه اعمام می‌گویند)، از طریق پدر خود ایجاد ارتباط می‌نماید.<sup>۳</sup>

اقبای نسبی (اعم از قرابت در خط عمود یا قرابت در خط اطراف) ایجاد طبقات سه‌گانه ارث در حقوق ایران را می‌نمایند. باید خاطرنشان ساخت که بر طبقات سه‌گانه ارث قواعد مشترکی حاکم است که اختصاراً به آن اشاره می‌نمائیم:

۱ - تقدم طبقات بر یکدیگر که باعث حجب حرمانی می‌گردد (وجود و حضور یک طبقه باعث محرومیت طبقه دیگر می‌شود) به ویژه وجود وراث موجود در قرابت در خط عمود اولیه اعم از صعودی و نزولی باعث حجب حرمانی طبقه اقبای در خط اطراف خواهد شد.

۲ - تقسیم‌بندی ریزتر هر طبقه درجه نام دارد که مبنای دوری و نزدیکی به متوفی

۱. قرابت نزولی (Relationship in descending line) بر فرزندان و فرزندان فرزند (نوادگان اعم از نوادگان دختری یا نوادگان پسری) متوفی یا متوفاه تا هر قدر که پایین‌تر رود قابل صدق است حال آنکه قرابت صعودی (Relationship in ascending line) بر والدین، جد و جده (اجداد) متوفی یا متوفاه (اعم از جد پدری یا جد مادری) تا هرچه که بالاتر رود شامل خواهد بود. به همین جهت خط عمود قرابت (Direct line of Relationship) به دسته قرابت در خط عمودی صعودی (direct line ascending) و قرابت در خط عمودی نزولی (direct line descending) تقسیم می‌گردد.

۲. قرابت در خط اطراف (Collateral line of Relationship) قرابت نسبی بین دو یا چند نفر می‌باشد که به وسیله ولادت از شخص ثالث به وجود آمده‌اند که گاه بی‌واسطه بوده (مانند خواهران و برادران با یکدیگر) گاه با واسطه (مانند خواهرزادگان یا برادرزادگان با یکدیگر) برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، (ترمینولوژی حقوق)، همان منبع، صص ۷۱۱ - ۷۱۲.

۳. اعمام (Parental uncles) که اعم از عمو (Uncle) و عمه (Aunt) می‌باشند و احوال (Maternal uncle) که اعم از دایی (Uncle) و خاله (Aunt) خواهند بود.

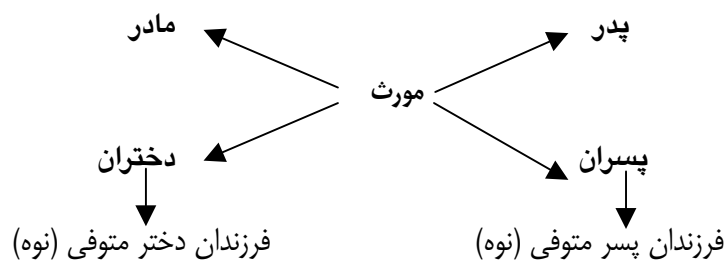


است. به عنوان یک قاعده حقوقی، تا درجه نزدیک‌تری به متوفی وجود داشته باشد، درجه دورتر ارث نخواهد برد.

۳- وجود بعضی از وراثت، مانع نقصانی برای بهره‌مندی کامل ورثه دیگر را ایجاد خواهد نمود اعم از اینکه مانع مذکور، خود ارث‌بر باشد یا نباشد.<sup>۱</sup>

طبقه اول ارث در حقوق ایران اختصاص به دسته عمده‌ای از اقربای نسبی در خط عمود (نزولی و صعودی) دارد.

نمودار اختصاری طبقه اول ارث در حقوق ایران به شرح زیر است.



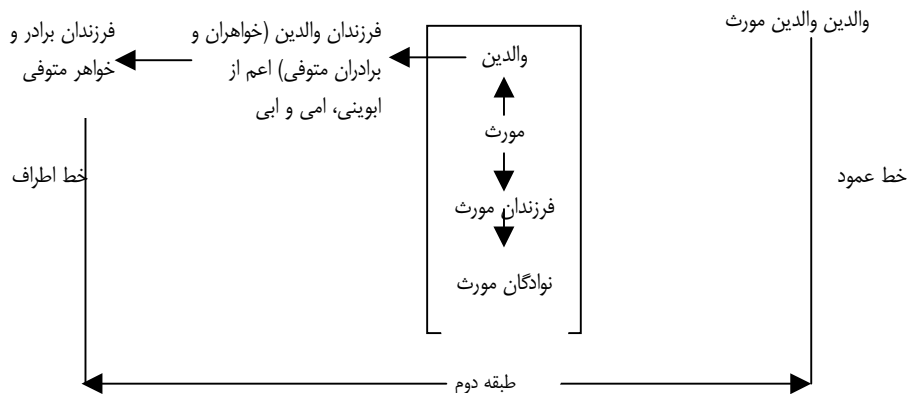
طبقه دوم ارث در حقوق ایران، متشکل از تلفیق اقربای نسبی در خط عمود (به واسطه) و اقربای نسبی در خط اطراف خاص (برادران و خواهران متوفی و فرزندان آنان) متوفی می‌باشد. برادران و خواهران متوفی که در خط اطراف قرابت نسبی قرار دارند ممکن است با مورث از لحاظ والدین مشترک باشند (این حالت را اصطلاحاً کلاله ابوینی می‌نامند) یا اینکه فقط در مادر مشترک بوده یا در پدر اشتراک داشته باشند (که حالت اول را کلاله امی و حالت دوم را کلاله ابی می‌نامند)<sup>۲</sup> نمودار زیر طبقه دوم حقوق ارثی ایران را نمودار می‌سازد:

۱. سه بحث تقدم طبقات، قاعده الاقرب یمنع الابعاد و حجب از جمله قواعد مشترک حاکم بر طبقات سه‌گانه ارث است که توسط حقوقدانان ایرانی بحث‌های فوق‌الذکر با نامهای گوناگون بیان گردیده است. مثلاً آقای دکتر کاتوزیان کتاب خود را بر سه پایه موجبات ارث (قرابت) شرایط ارث و موانع ارث فصل‌بندی نموده است. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، درس‌هایی از شفعه، وصیت، ارث، همان منبع، صص ۵۴ - ۵۷ ارث.

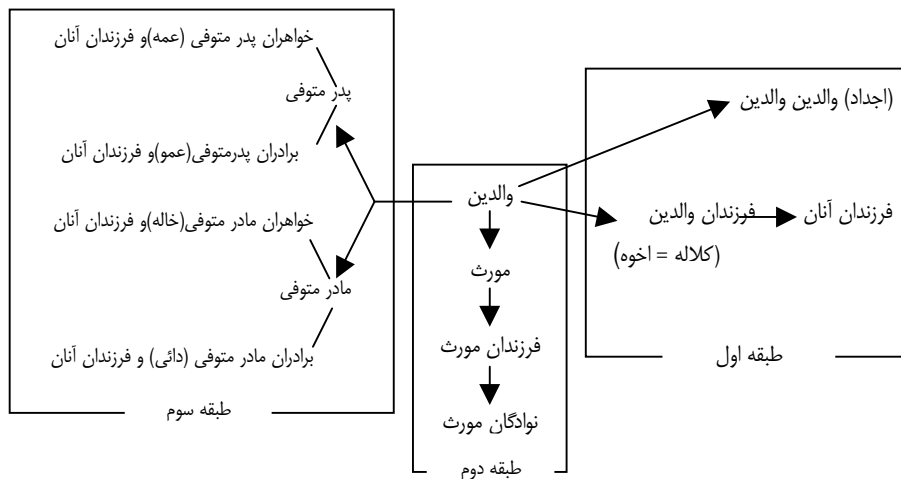
۲. کلاله ابوینی (Baother & Sister of deceased from the father & mother's side).

کلاله امی (Baother & sister of deceased from the father & mother's side).

برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: فخرالدین بدریان، قانون مدنی (انگلیسی، فارسی و فارسی - انگلیسی) همان منبع، ص ۴۵۱.



طبقه سوم ارث در حقوق ایران، اختصاص به دایی و خاله و عمو و عمه و فرزندان آنان دارد. به عبارت دیگر این دسته از وراثت، صرفاً در خط اطراف مورث قرار دارند و هیچ فردی از خط عمود قرابت در میان آنان مشاهده نمی‌گردد. نمودار زیر ترسیم‌کننده طبقه سوم ارث در حقوق ایران می‌باشد:



با توجه به نمودارهای سه‌گانه فوق، مشاهده می‌نماییم که قرابت نسبی، موضوع اصلی حقوق ارث در ایران را تشکیل می‌دهد. همان‌طور که ذکر شد، در حقوق ایران مبحث قرابت سببی در ارث، صرفاً ناظر بر زوج یا زوجه می‌باشد و غیر از زوجه و زوج هیچ‌یک از بستگان

سببی متوفی بهره‌ای از ارث نخواهند داشت، حتی اگر هیچ یک از وراثت نسبی متوفی وجود نداشته باشند.<sup>۱</sup>

مطابق مواد ۹۴۶ و ۹۴۸ قانون مدنی ایران، مرد از کلیه اموال همسر خود به میزان نصاب مقرر در قانون مدنی ارث خواهد برد، حال آنکه زن فقط از کلیه اموال منقول و بهای ابنیه و اشجار شوهر متوفی خود ارث خواهد برد و زن یاد شده نصیبی از عرصه ملک نمی‌برد.<sup>۲</sup>

سؤالی که ممکن است در حقوق داخلی ایران (در بحث تعارض قوانین داخلی) مطرح گردد این است که آیا همین طبقه‌بندی میان ادیان رسمی ایران (کلیمی، زرتشتی، مسیحی) و مذاهب رسمی (حنفی، شافعی، حنبلی، مالکی و زیدی) مورد پذیرش واقع شده است؟ و همچنین این سؤال مطرح گردد که هرگاه چنین طبقاتی مورد پذیرش واقع نشده باشد، در آن صورت آستانه تحمل نظم عمومی حقوق ایران (جایی که قواعد حل تعارض قوانین داخلی یا قانون ماده واحده رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در محاکم می‌تواند خودنمایی کند) تا چه میزان خواهد بود؟

به عنوان مثال، مطابق ماده ۶۵ آیین‌نامه احوال شخصیه زرتشتیان ایران، طبقات ارث

۱. آقای دکتر کاتوزیان به درستی اعلام می‌دارند که در قرابت سببی، وراثت تنها میان زن و شوهر است و به سایر خویشاوندان سببی مانند مادر یا پدرزن یا شوهر سرایت نمی‌کند به همین جهت در فقه تنها از میراث زوج و زوجه سخن به میان رفته که در کنار خویشاوندان نسبی در هر طبقه‌ای که باشند، ارث می‌برند به همین دلیل زوج و زوجه در هیچ حالتی حاجب حرمانی ندارند. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: دکتر ناصر کاتوزیان، **حقوق مدنی، درس‌هایی از شفعه، وصیت، ارث**، همان منبع، ص ۵۴.

۲. ماده ۹۴۶ قانون مدنی اشعار می‌دارد: زوج از تمام اموال زوجه ارث می‌برد، لیکن زوجه از اموال ذیل:  
۱ - اموال منقوله از هر قبیل که باشد. ۲ - از ابنیه و اشجار. ماده ۹۴۷ قانون مدنی اشعار می‌دارد: زوجه از قیمت ابنیه و اشجار ارث می‌برد و نه از عین آنها و طریقه تقویم آن است که ابنیه و اشجار با فرض استحقاق بنا در زمین، بدون اجرت تقویم می‌گردد. به همین جهت در حقوق ایران، اصطلاحاً به حق زوجه، ثمنیه اعیانی (یک هشت از بهای اعیانی) می‌گویند. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، **ترمینولوژی حقوق**، همان منبع، ص ۱۸۸، نادر اسکافی، **فرهنگ ثبتی**، انتشارات دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۸۲، ص ۷۵.

به چهار دسته تقسیم می‌گردد: طبقه اول مشتمل بر زن یا شوهر، اولاد و نوادگان و پدر و مادر بوده و در طبقه دوم برادر و خواهر متوفی و اولاد آنها جای دارند، هم‌چنین طبقه سوم متضمن جد و جده متوفی یا متوفاه بوده و طبقه چهارم در برگیرنده اعمام و عمات و احوال و خالات و اولاد آنها می‌باشد.<sup>۱</sup>

بنابراین همان‌گونه که مشاهده می‌گردد، جد و جده که در باب ارث از حقوق اسلامی در طبقه دوم قرار دارند، در آیین‌نامه احوال شخصیه زرتشتیان ایران در طبقه سوم جای دارند. بنابراین هرگاه یک ایرانی زرتشتی فوت نماید، در صورت فقدان اولاد و ابوبین و نوادگان (طبقه اول) در صورتی که متوفی خواهر و برادر یا خواهرزاده یا برادرزاده داشته باشد، مطابق قواعد احوال شخصیه زرتشتیان ایرانی، وجود خواهر، برادر و فرزندان آنان حاجب جد و جده خواهند بود، حال آنکه در حقوق اسلامی چنین وضعیتی را مشاهده نمی‌نماییم.<sup>۲</sup>

سؤالی که مجدداً مطرح خواهد شد این است که هرگاه دعوی ارث جد و جده متوفی یا متوفاه زرتشتی ایرانی در محاکم ایران اقامه گردد، آیا قاضی ایرانی می‌تواند به بهانه نظم عمومی (وجود جد و جده در طبقه دوم ارث در حقوق ایران) از اجرای آیین‌نامه زرتشتیان ایرانی (محرومیت جد و جده به لحاظ وجود خواهر یا برادر یا اولاد آنها) استنکاف نماید؟ ضمناً همان‌گونه که می‌دانیم، مطابق احوال شخصیه کلیمیان ایرانی (بند اول باب ارث)

۱. سؤال اساسی این است که آیا تفاوت در طبقات ارث میان قواعد حقوق مدنی ایران و حقوق اقلیت‌های دینی و مذهبی ایران از موارد مربوط به انتظامات عمومی محسوب می‌گردد یا خیر؟  
 ۲. به عبارت دیگر در حقوق ارث زرتشتیان ایرانی، وجود کلاله ابوبینی، کلاله ابی و کلاله امی و فرزندان آنان در میان جد و جده، به لحاظ اینکه کلاله‌ها در طبقه دوم ارث این دسته از اقلیت‌های دینی قرار دارند، حاجب حرمانی جد و جده (که در طبقه سوم ارث زرتشتیان قرار دارند) خواهند بود. حال آنکه در مقررات اسلامی هرگاه ورثه متوفی یا متوفاه عبارت باشند از کلاله ابوبینی، ابی یا امی و جد و جده، ابی، امی در آن صورت چون جد و جده در طبقه دوم ارث، هم‌ردیف اقربای در خط اطراف (کلاله) قرار می‌گیرند. لذا از متوفی یا متوفاه ارث خواهند برد. آقای دکتر امامی وجود این افراد را در سه مقوله: ۱ - جمع بین اجداد ابی و کلاله ابوبینی یا ابی. ۲ - جمع بین اجداد امی و کلاله امی و ۳ - جمع بین اجداد و کلاله (بعضاً ابوبینی، ابی یا امی) طبقه‌بندی نموده و میزان سهم‌الارث هر یک از آنان را معین نموده است. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: دکتر سیدحسین امامی، **حقوق مدنی**، جلد سوم، همان منبع، ص ۲۷۶ - ۲۷۸.

تنها فرزندان ذکور، وارث ترکه پدر خود محسوب خواهند شد. به عبارت دیگر هرگاه میت مرد کلیمی ایرانی باشد، فرزندان اناث متوفی محجوب موقت خواهند بود و فقط پسر یا پسران متوفی و در صورت فوت پسران متوفی، نوادگان پسری متوفی بر دختران صلبی متوفی ارجحیت دارند.<sup>۱</sup> حال اگر مردی یهودی (ایرانی) فوت نماید سؤالی که ممکن است قابل طرح باشد، این است که آیا دختران وی می‌توانند به بهانه مغایرت قواعد و مقررات ارث کلیمیان با نظم عمومی ایران، خواهان عدم اعمال قواعد و مقررات و آیین متداوله دین و مذهب متوفی گردند؟ به نظر می‌رسد که در این گونه موارد قاضی ایرانی با تفسیر مضیق از نظم عمومی ایران، قواعد و مقررات خاص یهودیان را به موقع اجرا گذارده و دختران متوفی را با وجود پسران متوفی از ارث محروم نماید.<sup>۲</sup>

همان گونه که می‌دانیم، بند چهارم مقررات ارث کلیمیان ایرانی مقرر می‌دارد (اگر متوفی پسر، دختر و یا نواده پسری یا دختری نداشته باشد، پدر متوفی در درجه دوم، وارث تمام ترکه خواهند بود و مادر متوفی حقی نخواهد داشت)<sup>۳</sup> در این صورت آیا مادر متوفی می‌تواند به این دلیل که مقررات خاص کلیمیان ایران، با نظم عمومی ایران به شدت مغایر است (زیرا مطابق قواعد ارث حقوق مدنی ایران، مادر نه تنها ارث بر می‌باشد بلکه در طبقه اول وراث قرار داشته و در صورت وجود یا فقدان فرزندی برای متوفی از ارث محروم نخواهد شد بلکه در صورت فقدان اولاد، حد اعلی فرض خود را خواهد برد و به هنگام وجود اولاد برای متوفی، حد ادنی خود را ارث می‌برد) بنابراین مقررات کلیمیان باعث گردیده تا نامبرده از ارث محروم گردد و به همین جهت، از قاضی ایرانی بخواهد تا به جای اعمال قواعد و مقررات کلیمیان، قواعد و مقررات قانون مدنی را در قضیه فوت فرزندش، به موقع اجرا گذارد؟ بنابراین مشاهده می‌نماییم که قاضی ایرانی با نوع خاصی از نگرش به مفهوم نظم عمومی (چه در تعارض قوانین داخلی و چه در تعارض قوانین بین‌المللی) مواجه و روبه‌رو خواهد بود و بدیهی است حل قضیه متنازع فیه تنها در گرو نوع تفسیری است که قاضی صالحه از نظم عمومی در مسائل داخلی و مسائل مربوط به تعارض قوانین (اعم از داخلی و بین‌المللی) به عمل می‌آورد.

همین استدلال را می‌توان در مورد اولین فرزند ذکور متوفی یهودی (پسر

۱، ۲، ۳ و ۴. برای مطالعه بیشتر به قواعد و مقررات مربوطه مراجعه شود.

نخست‌زاده=بخور) که دو برابر سایر پسران متوفی ارث می‌برد، صادق دانست.<sup>۱</sup> صرف‌نظر از اختلافات جزئی میان مذاهب مختلف مسیحیت در ایران (پروتستانها، گریگوری‌ها، ارتدکس‌ها، کاتولیک‌ها) وراثت متوفای مسیحی به سه طبقه تقسیم می‌شوند (همانند حقوق اسلامی) با این تفاوت که در اکثر مذاهب مسیحی، ترکه بین افراد موجود در یک طبقه، به صورت کاملاً مساوی (بدون توجه به جنسیت آنان)، میان افراد آن طبقه تقسیم می‌گردد و در صورت فقدان وصیت توسط متوفی، ورثه‌ای بر ورثه دیگر در یک طبقه معین، ارجحیت ندارد (فقدان وجود فرض برها در حقوق ارثیه اکثریت مسیحیان)<sup>۲</sup>. حال اگر مرد مسیحی ایرانی (فاقد وصیت) فوت نماید، سؤالی که قابل طرح خواهد بود این است که آیا ورثه طبقه معین، می‌توانند به این بهانه که قواعد مندرج در قانون مدنی ایران در باب ارث، از موضوعات مربوط به انتظامات عمومی است، از قاضی ایرانی درخواست نمایند که در هنگام صدور دادنامه حصر وراثت، سهام اختصاصی آنان را نه به صورت مساوی بلکه برطبق قانون مدنی ایران، با توجه به جنسیت و پذیرش مسأله صاحبان فرض، مطابق قواعد و مقررات مربوط به احوال شخصیه ایرانیان اکثریت تعیین نماید؟ به نظر می‌رسد پاسخ سؤال یاد شده همانند سؤالات قبلی، منفی باشد، زیرا تفسیری که قاضی ایرانی از نظم عمومی در حقوق ارثیه می‌نماید، نوعاً تفسیر مضیق است. زیرا اگر قاضی ایرانی قائل به تفسیر موسع از نظم عمومی ایران باشد، دیگر جایی برای اعمال قواعد و مقررات مسیحیان کلیمیان و زرتشتیان ایرانی باقی نخواهد ماند.

مشابه همین وضعیت را در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران (جایی که عامل بیگانه در آن دخالت دارد) نیز شاهد هستیم. هرگاه یکی از اتباع خارجی که مطابق قواعد داخلی کشور متبوعش وضعیت طبقات ارث آن متفاوت با ایران باشد، در ایران فوت نموده و اموالی نیز در ایران داشته باشد، ورثه وی (به ویژه آن دسته از ورثه‌ای که مطابق قانون داخلی

۲. به لحاظ تساوی حصه وراثت حین‌الفوت در حقوق کلیسایی، شاهد اصطلاحاتی نظیر فرض بران و قرابت بران نخواهیم بود و به همین جهت انتظار حجب نقصانی نیز متصور نمی‌باشد لیکن حجب حرمانی (محرمیت از ارث به وسیله وجود حاجب یا حاجیان) در طبقات ارث وجود دارد. به عبارت دیگر وجود افراد طبقه مقدم حاجب افراد طبقات مؤخر خواهند بود.

کشور متبوع متوفی به وسیله حجب از ارث محروم می‌گردند) نمی‌توانند به این علت که قواعد ماهوی قانون دولت متبوع متوفی، با نظم عمومی ایران منافات دارد، تقاضای اعمال قواعد ماهوی ایران را بنمایند. زیرا قاضی ایرانی در صورت صلاحیت قضایی، با جمع بین ماده ۹۶۷ قانون مدنی ایران از یک طرف و بند دوم ماده ۹۶۱ قانون مدنی ایران از طرف دیگر، می‌بایست قواعد ماهوی قانون دولت متبوع متوفی را به موقع اجرا گذارد (مگر در زمانی که قواعد حل تعارض دولت متبوع متوفی ایجاد احاله نماید) به همین جهت قاضی صالحه نمی‌تواند به این دلیل که اعمال قواعد ماهوی قانون دولت متبوع متوفی مغایر با نظم عمومی ایران است (در باب مفهوم حجب و تفاوت داشتن طبقات ارث در حقوق ایران و در قواعد دولت متبوع متوفی) از اعمال قواعد و مقررات دولت متبوع متوفی امتناع ورزد. به عبارت دیگر، قاضی ایرانی باید بین مفهوم نظم عمومی در مسائل مربوط به حقوق داخلی (به استثنای مفهوم نظم عمومی در تعارض قوانین داخلی) با مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی قائل به افتراق گردد.<sup>۱</sup> با توجه به اینکه دامنه تفسیر نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی محدودتر از نظم عمومی در حقوق داخلی است، لذا قاضی ایرانی به جهت تسهیل در حل مسائل خارجی، تا جایی که نظم عمومی ایران تاب تحمل دارد، می‌بایست اجازه اعمال قواعد و مقررات خارجی را بدهد. به همین دلیل دعوی ورثه مزبور از جانب قاضی ایرانی محکوم به رد خواهد بود.

#### (و) مبحث حجب در تعارض قوانین<sup>۲</sup>

مطابق تعریفی که ماده ۸۸۶ قانون مدنی ایران، از حجب ارائه نموده است، حجب را حالت وارثی معرفی نموده که به واسطه بودن وارث دیگر، از ارث بردن کلی یا جزئی محروم می‌شود. هرچند قاعده (الاقرب فالاقرب) مبین تقدم طبقه‌ای از وراث بر طبقه دیگر است،

۱. هیچ یک حقوقدانان، اعم از ایرانی یا غیرایرانی، نظم عمومی را به عنوان یک اصل تلقی نمی‌نمایند بلکه آن را یک استثناء در جهت تسهیل اجرای قواعد حل تعارض می‌دانند.
۲. چون نظم عمومی را به عنوان یک استثناء مورد تفسیر قرار می‌دهیم، پس قاعده تفسیر امور استثنایی (اکتفا به قدر متیقن) استثناء است و نوعاً تفسیر مذکور (تغییر امور استثنایی و فوق‌العاده) مضیق و محدود خواهد بود.

قاعده مزبور در بطن خود، متضمن قاعده حجب نیز می‌باشد. در حقوق ایران دو نوع حجب معرفی شده است. مطابق ماده ۸۸۷ قانون مدنی، حجب به دو قسمت: حجب حرمانی<sup>۱</sup> (محرومیت کلی به واسطه وجود ورثه‌ای خاص) و حجب نقصانی<sup>۲</sup> (محرومیت جزئی به واسطه وجود وراثت یا ورثه خاص) تقسیم می‌گردد.<sup>۳</sup> مثالی که در متن ماده ۸۸۷ قانون مدنی ایران وجود دارد، دقیقاً مبین نقصان یا محرومیت ورثه از ارث بردن، به واسطه وجود ورثه یا وراثت خاص است. مطابق ماده مزبور، هرگاه متوفی هم دارای برادر بوده و هم دارای برادرزاده باشد. وجود برادر متوفی، باعث حجب حرمانی (محرومیت کلی از ارث) برادر زاده متوفی خواهد بود (زیرا برادر متوفی به متوفی نزدیکتر است تا برادرزاده متوفی) و هرگاه زنی فوت نموده و علاوه بر همسر، دارای فرزندی نیز باشد، وجود فرزند متوفاه باعث می‌گردد تا سهم همسر متوفی از حداکثر (نصف ترکه زوجه) به (ربع ترکه زوجه) تقلیل یا کاهش یابد. علاوه بر قسمت اخیر ماده ۸۸۷ قانون مدنی ایران<sup>۴</sup> در باب حجب نقصانی، قانونگذار

۱. آقای دکتر لنگرودی تعریف دقیقی از حجب حرمانی ارائه نموده‌اند. ایشان عنوان می‌دارند: حجب حرمانی، حجبی است که به کلی وارثی را از ارث محروم کند مانند حجب طبقه اول نسبت به طبقه ثانی و حجب طبقه ثانی نسبت به طبقه ثالث (ماده ۸۸۷ قانون مدنی)، اقربای طبقه سوم از روی همین قسم حجب، حاجب ولاء عتق می‌باشند و ولاء عتق حاجب ضمان جریره و ولاء ضمان جریره، حاجب ولاء امامت محسوب می‌گردد و نیز در طبقه دوم کلاله ابوینی حاجب حرمانی کلاله ابی است. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، **ترمینولوژی حقوق**، همان منبع، ص ۲۱۰.

۲. حجب نقصانی، حجبی است که سهم (فرض) وارث را از حد اعلی به حد ادنی تنزل می‌دهد، خواه خود حاجب خود بهره‌ای از ارث ببرد (نظیر اولاد که حاجب ابوین نسبت به زاید سدس می‌باشند یا زوج و زوجه را از نصیب اعلی به نصیب ادنی تنزل می‌دهند) خواه نه (مانند اخوه و اخوات میت که سهم مادر خود را از ثلث به سدس تنزل می‌دهند) (ماده ۸۸۷ قانون مدنی) برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، **ترمینولوژی حقوق**، همان منبع، ص ۲۱۰.

۳. پذیرش حجب حرمانی در اکثر نظامهای حقوقی و ادیان و مذاهب مختلف مورد پذیرش می‌باشد لیکن قبول حجب نقصانی در نظامها و ادیانی پذیرفته شده است که قائل به سهم‌بندی (یا پذیرش فرض) برای وراثت باشند.

۴. ماده ۸۹۲ قانون مدنی اشعار می‌دارد: حجب از بعض فرض (حجب نقصانی) در موارد ذیل است: الف) وقتی برای میت اولاد یا اولاد اولاد باشد در این صورت ابوین میت (مجموعاً) از بردن بیش از یک ثلث (دوسدس) محروم می‌شوند مگر در مورد ماده ۹۰۸ و ۹۰۹ که ممکن است هر یک از ابوین به عنوان قرابت یا رد بیش از یک سدس ببرد همچنین زوج از بردن بیش از یک ربع و زوجه از بردن بیش از یک



ایران با ذکر مصادیقی در مواد ۸۹۲ قانون مدنی، حجب نقصانی پدر و مادر با وجود اولاد متوفی و حجب نقصانی مادر در صورت وجود اخوه<sup>۱</sup> برای متوفی را دقیقاً احصاء نموده است. در دو صورت یاد شده، وجود افرادی از ورثه باعث می‌گردد تا سهم اختصاصی و فرض معین پدر یا مادر (حسب مورد) از حداکثر (در زمان فقدان ورثه حاجب) به حداقل (در زمان وجود ورثه حاجب) نقصان و کاهش یابد.<sup>۲</sup>

بحث حجب منحصر به حقوق اسلامی نمی‌باشد. در اکثر ادیان و مذاهب به نحوی از انحاء مسأله حجب به ویژه حجب حرمانی مطرح بوده و مورد قانونگذاری قرار گرفته است. در تعدادی از ادیان و مذاهب نیز می‌توان آثار حجب نقصانی را مشاهده نمود.

به عنوان مثال در آیین زرتشتیان ایران، نوع خاصی از حجب نقصانی را می‌توان در ماده ۶۱ مقررات مربوط به احوال شخصیه زرتشتیان ایرانی ملاحظه نمود. مطابق ماده مرقوم «وقتی که وارث میت، منحصر به چندبرادر و خواهر باشد و چنانچه میت زن باشد سهم الارث هریک از برادران و خواهران مساوی است لیکن هرگاه میت مرد باشد هر یک از برادران دو برابر خواهران بهره‌ور خواهند شد» آنگونه که مشاهده می‌شود حجب نقصانی برادران (تقلیل سهم از حداکثر به حداقل) بستگی تام به جنسیت متوفی دارد، به عبارت

---

ثمن محروم می‌شود. ب) وقتی که برای میت چند برادر و خواهر (اخوه یا کلاله) باشد در این صورت ﴿...﴾ کلامار میت از بردن بیش از یک سدس محروم می‌شود مشروط بر اینکه اولاً لااقل دو برادر یا یک برادر و در خواهر یا چهار خواهر باشند. ثانیاً پدر آنها زنده باشد ثالثاً از ارث ممنوع نباشند مگر به سبب قتل، رابعاً ابوینی یا ابی تنها باشند. قابل توجه اینکه کلمات داخل پرانتز از اینجانب بوده و جهت درک بهتر ماده قانونی یاد شده آورده شده است.

۱. تفاوت اخوه با کلاله در این است که اخوه کلیه خواهران و برادران متوفی را شامل می‌گردد اعم از خواهران و برادران ابوینی (از یک پدر و مادر) ابی (خواهر و برادری که در پدر مشترک باشند ولی مادر جداگانه‌ای داشته باشند) امی (خواهر و برادری که پدر جداگانه‌ای داشته باشند ولی از جهت مادر با یکدیگر مشترک باشند) لیکن کلاله معمولاً به خواهر و برادرهای ابی و امی گفته می‌شود بنابراین، خواهر و برادران ابوینی (دارای والدین مشترک) معمولاً از لفظ و اصطلاح کلاله خارج می‌باشند. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، **ترمینولوژی حقوق**، همان منبع، مقایسه لفظ اخوه با کلاله، در صفحات ۲۱ و ۵۳.

۲. به عبارت دیگر اصل توارث است و حجب (اعم از حرمانی و نقصانی) استثنایی بر اصل یاد شده محسوب می‌گردد پس غیر از موارد منصوص توسط قانونگذار هیچ‌گونه حجبی متصور نمی‌باشد.

دیگر جنسیت متوفی باعث ایجاد نوعی حجب نقصانی در برادران متوفی گردیده است.<sup>۱</sup> مستنبط از بند «ب» ماده ۶۴ از حقوق مربوط به ارث ارامنه (گریگوریان) ایران، شاهد نوعی از حجب حرمانی می‌باشیم<sup>۲</sup> (طبقه نزدیک‌تر حاجب حرمانی طبقه دورتر هستند و نیز در طبقه دوم ارث، وجود پدر و مادر متوفی، باعث حجب حرمانی برادران و خواهران متوفی خواهد شد) مطابق ماده ۶۵ آیین‌نامه مرقوم، حجب نقصانی را فقط در حصه زوج و زوجه ملاحظه می‌نماییم.<sup>۳</sup>

هم‌چنین مطابق بند ۴ و ۵ و ۶ ماده ۲ قواعد و عادات ارامنه (کاتولیک) تهران با نوعی حجب نقصانی روبه‌رو می‌باشیم، بدین‌نحو که اگر بازماندگان یک ارمنی کاتولیک ایرانی منحصر به عیال دائمی، پدر و مادر و برادران و خواهران متوفی باشند، ثلث اول ترکه متعلق به عیال وی، ثلث دوم ترکه متعلق به والدین وی، (بالسویه) و ثلث سوم متعلق به برادران و خواهران میت (بالسویه) خواهد بود، لیکن در صورتی که بازماندگان متوفی فقط والدین و برادران و خواهران متوفی باشد، ترکه میان آنها بالسویه تقسیم خواهد شد و در صورت فقدان والدین متوفی، یک ثلث متعلق به عیال متوفی و دو ثلث باقی‌مانده به اخوه میت تعلق خواهد گرفت.<sup>۴</sup>

پس مشاهده می‌نماییم که در مبحث حجب حرمانی یا حجب نقصانی مربوط به اقلیت‌های رسمی دینی - مذهبی ایران، قاضی ایرانی با نوعی تعارض محتوایی قواعد ماهوی روبه‌رو خواهد بود و نمی‌تواند همیشه سایه شمشیر نظم عمومی حقوق ایران را بر سر این قواعد حاکم نماید. زیرا در آن صورت معنی و مفهوم اغماض قانونگذار ایران، نسبت به اعمال و قواعد و مقررات مسلم و متداول در دین و مذهب متوفی (موضوع بند ۳ قانون ماده واحده رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در محاکم مصوب ۱۳۱۲) خاصیت خود را از دست خواهد داد.

۱. به مقررات مربوط به احوال شخصیه زرتشتیان ایران مراجعه شود.

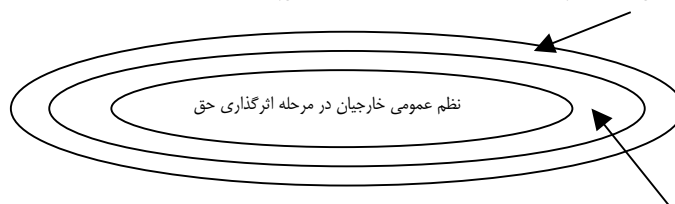
۲ و ۳. به مواد ۶۴ و ۶۵ اقلیت‌های ارامنه گریگوری مراجعه شود.

۴. برای مطالعه بیشتر به قواعد و مقررات ارامنه (کاتولیک) تهران مراجعه شود.

همین استدلال را می‌توان در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران بیان نمود. زیرا هر گاه قاضی ایرانی در هنگام رسیدگی به دعوی تعیین سهم‌الارث وراثت حین‌الفوت متوفی یا متوفاه خارجی، در صورتی که موظف به اجرای قواعد ماهوی قانون دولت متبوع متوفی یا متوفاه خارجی گردد، نمی‌تواند دایره مفهوم نظم عمومی در مبحث حجب نقصانی و حجب حرمانی را معادل همان محدوده نظم عمومی برای ایرانیان اکثریت در نظر گیرد، چه در آن صورت بحث از اجازه اعمال قواعد و مقررات خارجی توسط قانونگذار ایران، موضوعی عبث و بیهوده خواهد بود<sup>۱</sup> و هرگاه قاضی ایرانی، با مراجعه به قواعد حل تعارض قوانین قانون دولت متبوع متوفی یا متوفاه خارجی، با احاله روبه‌رو گردد، (به ویژه در احاله درجه اول) مکلف است قاعده ماهوی قانون ایران (قانون مدنی ایران در باب ارث) را از جهت اعمال ماده ۹۷۳ قانون مدنی ایران به موقع اجرا گذارد، لیکن باید توجه نمود که در این حالت،

۱. رابطه نظم عمومی حقوق داخلی (اکثریت) با مفهوم نظم عمومی در تعارض قوانین داخلی (اقلیت‌های دینی) نمی‌تواند برابر و متساوی باشد. زیرا در این صورت هر قاعده‌ای به عنوان مقررات اقلیت‌های دینی به وسیله نظم عمومی قابل جاروب شدن است. پس می‌بایست جایی برای اعمال قاعده مقررات اقلیت‌ها وجود داشته باشد. پس رابطه بین این دو عموم و خصوص مطلق است یعنی دایره نظم عمومی در حقوق داخلی وسیع‌تر از دایره نظم عمومی در تعارض قوانین داخلی است. همین نسبت بین مفهوم نظم عمومی در قوانین داخلی با مفهوم نظم عمومی خارجیان در مرحله تشکیل حق وجود دارد (رابطه عموم و خصوص مطلق) و بین مفهوم نظم عمومی در مرحله تشکیل حق با نظم عمومی در مرحله اثرگذاری حق نیز رابطه عموم و خصوص مطلق وجود دارد. با توجه به داده‌های فوق از لحاظ عقلی ناگزیر از پذیرش نمودار زیر می‌باشیم:

نظم عمومی حقوق داخلی (در مرحله تشکیل و اثرگذاری حق)



نظم عمومی اقلیت‌های دینی (در مرحله تشکیل و اثرگذاری حق)

نظم عمومی خارجیان (در مرحله تشکیل حق)

قاضی ایرانی حق اعمال قواعد و مقررات اقلیت‌های دینی ایرانی را ندارد، زیرا قواعد مزبور مختص اقلیت‌های رسمی ایرانی می‌باشد.<sup>۱</sup>

### نتیجه‌گیری:

یکی از مشکلات اصلی تعارض قوانین در ایران، زمانی است که قرار است قاضی ایرانی قواعد و مقررات ایران در باب احوال شخصیه را به واسطه اعمال ماده ۹۷۳ قانون مدنی (پذیرش احاله درجه اول) اعمال نماید. در این صورت به صراحت ماده واحده رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه و اصل ۱۳ قانون اساسی چون حق اعمال قواعد و مقررات مسلمة و متداوله دین و مذهب اقلیت مختص اقلیت‌های ایرانی است، بنابراین قاضی ایرانی

۱. از میان حقوقدانان ایرانی تنها دو حقوقدان (آقای دکتر مدنی و آقا دکتر پروین) اعتقاد دارند که علاوه بر عامل مرز سیاسی (تابعیت)، می‌بایست به عامل دین و مذهب نیز توجه نمود. این دو حقوقدان بیشتر در باب مسلمان بودن خارجی‌ان و اقامه دعوی آنان در محاکم ایران و خطا بودن اعمال قانون ملی آنان (در صورتی که مطابق مقررات اسلامی نباشد) بحث و نهایتاً نتیجه‌گیری نموده‌اند که عامل مذهب برتر از عامل مرز سیاسی و تابعیت می‌باشد. به ویژه آقای دکتر پروین تا حدودی به مسأله احوال شخصیه اقلیت‌های دینی ایرانی پرداخته‌اند. لیکن اشاره‌ای به احوال شخصیه اقلیت‌های دینی خارجی در ایران ننموده‌اند از جمیع اظهارات ایشان این‌گونه استنباط می‌گردد که اعتبار مرزهای اعتقادی (به ویژه در کشور اسلامی ایران) و احکام آن برتر از مرزهای سیاسی (قواعد ملی) می‌باشد. شاید به جرأت بتوان عنوان داشت که هیچ حقوقدان ایرانی این موضوع را به صورت تحلیلی بیان ننموده است که هرگاه از باب احاله درجه اول قاضی ایرانی مکلف باشد قواعد ماهوی ایران را بنا به دستور ماده ۹۷۳ قانون مدنی ایران به موقع اجرا گذارد (به ویژه در خصوص احوال شخصیه خارجی‌ان مسیحی، زرتشتی، کلیمی مقیم ایران) آیا باید ملاک‌های اعتقادی اقلیت‌ها مبنای عمل قاضی ایرانی باشد؟ (که در آن صورت باید قواعد و مقررات مسلمة و متداوله دین رسمی را ملاک اعتبار قرار دهد) یا اینکه قاضی ایرانی بدون توجه به ملاک‌های دینی (زیرا این ملاکها از منظر جامعه ایرانی، صرفاً برای اقلیت‌های رسمی ایرانی ایجاد شده است نه برای اقلیت‌های مشابه خارجی) می‌بایست صرفاً از باب پذیرش احاله درجه اول قانون مدنی ایران (را که ابواب احوال شخصیه آن عموماً متخذ از فقه شیعه است) بر اقلیت‌های دینی خارجی اعمال نماید؟ به نظر می‌رسد اعمال قواعد ماهوی حقوق مدنی ایران (هرچند ایجاد تناقض نماید) با قواعد حل تعارض قوانین ایران سرسازگاری بیشتری داشته باشد. موضوع یاد شده (اعمال قاعده ماهوی حقوق مدنی ایران یا اعمال قواعد و مقررات مسلمة و متداوله ادیان رسمی) در خصوص اقلیت‌های دینی خارجی به صورت مبسوط‌تر قابل تحلیل خواهد بود.

می‌بایست عمومات قانون مدنی را به موقع اجرا گذارد (که متخذ از فقه امامیه است) مثلاً ارث یک مسیحی انگلیسی مقیم ایران، با اعمال کلیه قواعد حل تعارض قوانین ایران و انگلیس (تعارض منفی سیستم‌های حل تعارض قوانین) تابع قانون مدنی ایران (که از فقه شیعه اتخاذ گردیده) خواهد بود و در این خصوص بین حقوق‌دانان ایرانی (در جهت اعمال قانون مدنی ایران یا قواعد مسلمه دین و مذهب متوفی) اختلاف جدی وجود دارد. به همین جهت ضرورت بازنگری در این خصوص امری لازم و ضروری خواهد بود.

## پیشنادهایی در خصوص اصلاح طرح آیین نامه ماده ۳۲ قانون تجارت الکترونیکی

خسرو عباسی داکانی<sup>۱</sup>

چکیده:

در ماده ۳۲ قانون تجارت الکترونیکی که در سال ۱۳۸۲ به تصویب رسیده، در خصوص ثبت دیجیتالی اسناد و تعیین دفاتری که متکفل انجام امور تصدیق امضای دیجیتالی خواهند شد، موضوع به آیین نامه‌ای که توسط برخی از وزراء تهیه خواهد شد احاله شده است.

طرح آیین نامه اجرایی ماده ۳۲ توسط وزارتخانه‌های بازرگانی و دادگستری و غیره تهیه و جهت تصویب به هیئت وزیران ارجاع شده، ولی تاکنون به تصویب نرسیده است. با مطالعه طرح مزبور اشکالات بسیاری در آن دیده می‌شود که نیاز به جرح و تعدیل و اصلاح دارد. این مقاله درصدد بیان اشکالات طرح مزبور و پیشنهاد طرح آیین نامه جدیدی می‌باشد که امید است با توجه مسئولین امر راهگشا بوده و در تصمیم‌گیری مسئولین محترم در هیئت دولت مورد توجه قرار گیرد.

واژگان کلیدی: قانون تجارت الکترونیکی، طرح آیین نامه ماده ۳۲ قانون تجارت الکترونیکی، تصدیق امضاء الکترونیکی، دفاتر اسناد رسمی، دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی

۱. سردفتر اسناد رسمی ۱۰۶ تهران.

در رابطه با قانون تجارت الکترونیکی مقررات باب دوم قانون مزبور به لحاظ آنکه مستقیماً به حوزه وظایف دفاتر اسناد رسمی مربوط می‌شود و به طور سنتی و در سیستم دفتری و کاغذی، دفاتر اسناد رسمی متکفل انجام امور مربوط به تصدیق امضاء مراجعین می‌باشند، طبیعی است که در حوزه الکترونیکی نیز دفاتر اسناد رسمی حساسیت ویژه‌ای نسبت به مقررات مزبور داشته و پیگیر مسائل مربوط به تصویب قانون و آیین‌نامه اجرایی آن باشند.

از آنجا که قانون مزبور تنها در ماده ۳۱ به ذکر نام و تعیین مرجع قانونی ارائه خدمات مربوط به صدور امضای الکترونیکی پرداخته است و در ماده ۳۲ کلیه مسائل و ضوابط و شرح وظایف مرجع مذکور را به آیین‌نامه و ضوابط نظام تأسیس و شرح وظایف دفاتر مزبور محول نموده که توسط سازمان مدیریت و برنامه ریزی و وزارتخانه‌های بازرگانی، ارتباطات و فناوری اطلاعات، امور اقتصادی و دارایی و دادگستری تهیه خواهد شد. بنابراین ملاحظه می‌شود که قانون تجارت الکترونیکی در خصوص موضوع دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی بسیار ناقص و نارسا و ضعیف تنظیم شده است، زیرا بسیاری از مقررات مربوط به تأسیس دفاتر مزبور، شرایط آن، شرح وظایف، هزینه‌ها، حدود اختیارات، تخلفات و مجازات‌ها، میزان مسئولیت صاحبان دفاتر و انواع آن می‌بایستی در متن قانون ولو به صورت کلی پیش بینی و مقرر می‌شد نه اینکه قانونگذار به جای انجام وظیفه موضوع را به آیین‌نامه محول نماید.

به همین سبب ملاحظه می‌کنیم که در طرح آیین‌نامه اجرایی ماده ۳۲ دقیقاً بجای قوه مقننه مبادرت به قانونگذاری گردیده و چه بسیار مواردی که قانون متعرض آن نشده، ولی در طرح آیین‌نامه پیش‌بینی و مقرر گردیده است. بنابراین در تنظیم آیین‌نامه رعایت حدود اختیارات و وظایف قوه اجرایی نگردیده است و در آینده منجر به این امر خواهد شد که هر کس می‌تواند در صورت بروز مشکلاتی در اجرا به دیوان عدالت اداری مراجعه نموده و تقاضای ابطال بسیاری از مواد آیین‌نامه را بنماید. به عنوان مثال می‌توان به مفاد ماده یک طرح آیین‌نامه مزبور اشاره نمود که علاوه بر دفتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی موضوع ماده ۳۱ قانون سه دفتر یا مرکز دیگر را به عنوان تشکیلات یا اجزاء دفاتر فوق‌الذکر

پیش بینی و مقرر نموده است که در خود قانون مورد توجه و نظر قانونگذار نبوده و ایجاد دفاتر و تشکیلات مزبور به موجب آیین نامه امری است که خارج از حدود اختیارات قوه اجرایی می باشد و این گونه تصمیمات و مقررات به راحتی از طریق دیوان عدالت اداری قابل ابطال می باشد.

چنانچه با تعبیر مذکور موافقت وجود داشته باشد در نتیجه می بایستی مقررات و مواد آیین نامه به طوری تهیه و تدوین و تصویب شوند که در راستای اجرای مقررات قانون تجارت الکترونیکی باشند نه برخلاف مقررات مزبور و یا خارج از چهارچوب و حدود مقرر در قانون؛ فلذا با این تعبیر و استنتاج پیشنهادهای ذیل را در جهت تهیه و تصویب آیین نامه اجرایی ماده ۳۲ قانون تجارت الکترونیکی تقدیم می نماید:

الف - از آنجا که مسئله صدور و تصدیق و تأیید امضای الکترونیکی و دیجیتالی مسئله ای است که جنبه حقوقی و قضایی آن بر سایر جنبه های علمی، فنی، تجاری و اقتصادی قضیه اولویت و ارجحیت دارد، بنابراین پیشنهاد اولیه آن است که تصدی دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی با تحصیل کردگان رشته حقوق باشد که از دانش و اطلاعات و تخصص کافی در خصوص جنبه های حقوقی و قضایی موضوع برخوردار هستند و کارشناسان رشته های دیگر که مرتبط با موضوع فعالیت دفاتر مذکوراند از قبیل کارشناسان امور رایانه و فناوری اطلاعات را می توان در کنار تحصیل کردگان رشته حقوق برای تصدی و انجام امور فنی و تکنیکی وظایف محوله به کار گرفت.

ب - چنانچه پیشنهاد الف مورد قبول قرار گیرد پیشنهاد بعدی آن است که با توجه به اینکه دفاتر اسناد رسمی در شکل سنتی عهده دار انجام تصدیق امضاء مراجعین می باشند بنابراین بجای آنکه در صدد ایجاد دفاتر جدیدی تحت عنوان فوق الذکر برآئیم و مجبور باشیم که نظام حقوقی مفصلی برای آن تدوین کنیم و تشکیلات موازی در دولت و بخش خصوصی ایجاد نمائیم و بر هزینه های عمومی بیفزائیم، بهتر است از دفاتر اسناد رسمی برای این کار کمک بگیریم. این کار مزایای زیادی دارد که به برخی از آنها در اینجا اشاره می نمائیم.

۱ - دفاتر اسناد رسمی جزء بخش خصوصی هستند و هیچ گونه تحمیلی بر بودجه



عمومی ندارند و نهادهایی خودکفا می‌باشند و هزینه‌های خود را رأساً تهیه و تأمین می‌نمایند.

۲ - دفاتر اسناد رسمی در جای جای میهن اسلامی گسترش یافته و حضوری فعال و مؤثر در انجام امور مربوط به تنظیم و ثبت اسناد رسمی و تصدیق امضاء مراجعین دارند.

۳ - از سابقه و تجربه‌ای در حدود یک قرن در خصوص انجام وظایف محوله به شکل دفتری و سنتی آن برخوردارند.

۴ - مسئولین دفاتر مزبور از بین کارشناسان حقوقی و قضایی انتخاب و تعیین می‌شوند که اکثراً نیز دارای سوابق شغلی قضایی و اداری هستند و تاکنون کمترین هزینه‌ها و خسارت‌ها و شکایت‌ها را در کارنامه شغلی خویش داشته‌اند.

۵ - دولت با تعیین و گماردن یک نفر نماینده در دفاتر مزبور صریح‌ترین و دقیق‌ترین نوع نظارت را بر انجام اقدامات سردفتران اعمال می‌نماید و اسنادی که از سوی ایشان تنظیم می‌شوند تنها با حضور و امضاء نماینده دولت رسمیت می‌یابند.

۶ - قوانین و مقررات مربوط به دفاتر اسناد رسمی که در طول یک قرن به صورت قوانین، آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌ها تصویب و به اجرا درآمده و نقاط قوت و ضعف مقررات مزبور معین شده و اکنون در حال اجرا می‌باشد، نیاز به تصویب و تدوین بسیاری از مواد آیین‌نامه اجرایی قانون تجارت الکترونیکی را مرتفع می‌سازد و با درج یک ماده در آیین‌نامه اخیر می‌توان مقررات قانون ثبت و دفاتر اسناد رسمی و آیین‌نامه‌های مربوطه را در دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی نیز لازم‌الاجرا دانست و تنها در مواردی که مقررات خاصی وجود ندارد مبادرت به تدوین و تصویب آیین‌نامه لازم نمود. در مورد این بند لازم می‌داند متذکر شود که بسیاری از مواد طرح آیین‌نامه اجرایی قانون تجارت الکترونیکی از روی مقررات قانون دفاتر اسناد رسمی نسخه برداری شده است بدون آنکه کوچک‌ترین نقشی برای دفاتر اسناد رسمی در آیین نامه قائل شوند.

متأسفانه در تلاش برای تصویب قوانین مربوط به تجارت الکترونیکی و امضای دیجیتالی یکی از اصول اساسی بسیار مهم و مسلم در حقوق و تجارت که همانا مراجعه شخصی و فیزیکی امضاء کننده یک سند بهادار و قرارداد تجاری و مالی نزد فرد ثالث

بی طرف و قابل اعتماد و امین یعنی سردفتر اسناد رسمی می باشد، فراموش شده است. رکن عمده تصدیق محضری، حضور شخص امضاء کننده در دفتر اسناد رسمی است که نه تنها زمینه تشخیص هویت او را توسط سردفتر فراهم می سازد بلکه بررسی سلامت عقل و ذهن و آزادی اراده و قصد و رضای او و اهلیت و عدم ممنوعیت او از انجام معامله را نیز ممکن می سازد اما این موضوع در قانون تجارت الکترونیکی متأسفانه مغفول واقع شده است و در نتیجه این امر برای مصرف کنندگان و وام دهندگان و شرکت های بیمه و طرف های مقابل قراردادهای الکترونیکی بسیار خطرناک می باشد. مسئله این است که نباید به بهای ارزان تر و سریع تر و آسان تر نمودن تجارت الکترونیکی، موضوع ایمنی، اطمینان و صحت و دقت عمل را فراموش نمود و فناوری را بدون توجه به اصول کاملاً جا افتاده، جایگزین ادله مسلم قانونی و تجاری نمود.

فوائد مراجعه به دفاتر اسناد رسمی و انجام تصدیق رسمی مدارک و معاملات و امضائات بر هیچ کس پوشیده نیست. اعتبار تصدیق محضری منوط به احراز پنج شرط می باشد: ۱ - حضور فیزیکی شخص متقاضی که با توجه به مزایای فوق الذکر بعدها می تواند در حل و فصل دعاوی راجع به سند صادر شده راهگشا باشد ۲ - تشخیص هویت - شناخت دقیق یک فرد، به صرف آشنایی سردفتر با امضای یک شخص میسر نمی شود، حضور فیزیکی امضاء کننده برای تشخیص هویت وی از سوی سردفتر اهمیت بسیاری دارد ۳ - تصدیق محضری توسط امضاء کننده - حضور فیزیکی و تصدیق هویت بدون وجود یک قرینه بی معناست و آن قرینه تصدیق محضری امضاء سند و معامله است که سه اثر حقوقی دارد: اول پذیرش اینکه امضاء سابق متعلق به اوست، دوم ابراز اراده آزاد امضاء کننده در پذیرش مفاد سند امضاء شده و سوم آنکه در هنگام تصدیق رسمی سمت امضاء کننده اعم از اصیل، وکیل و غیره نیز آشکار می شود.

۴ - فقدان اجبار - یعنی اینکه سردفتر می بایستی اراده آزاد و به دور از اکراه امضاء کننده را حتماً احراز نماید ۵ - هوشیاری و قصد و رضا - یعنی اینکه سردفتر در این خصوص نیز می باید بررسی های لازم را انجام داده و آن را احراز نماید.

اما متأسفانه پنج تضمین مهمی که ذکر شد، در قانون تجارت الکترونیکی و طرح

آیین‌نامه اجرایی آن مغفول مانده و معلوم نیست که به چه طریق حاصل خواهد شد؟! گواهی دیجیتالی و کلید عمومی یا خصوصی امضاءکننده را قادر می‌سازد که مدارک الکترونیکی را رمز گذاری کرده و از تغییر و تحریف مدرک مطلع شود، اما این ویژگی‌ها مانع از این نخواهد بود که گواهی دیجیتالی به طور متقابلانه برای امضاء یک سند به کار نرود از جمله در مواردی که گواهی برای یک شخص شیاد و کلاهبردار صادر شده باشد و یا در صورتی که گواهی صادره در دسترس فردی غیرمجاز قرار گرفته و از آن سوء استفاده شود و یا آنکه دارنده گواهی برخلاف میل خویش و به ضرر خود به امضای یک سند الکترونیکی مجبور شود و یا آنکه از نظر قوای عقلانی آسیب پذیر بوده و به امضای سندی الکترونیکی که مغایر با منافع اوست اغفال شود.

با توجه به موارد فوق‌الاشعار ملاحظه می‌شود که گواهی دیجیتالی به سهولت قابل سوء استفاده می‌باشد. بنابراین در مواجهه با فناوری‌های جدید، نباید امنیت و اعتمادی را که با اصول و عرف و عادت مسلم تثبیت گردیده به خطر بیاندازیم. بنابراین می‌توان گفت اصول و روش‌های عمده ثبت اسناد باید بدون توجه به نوع فناوری که در ایجاد امضاء به کار می‌رود، ابقاء شود. همچنین حضور فیزیکی امضاءکننده در نزد سردفتر نیز ضروری است. به علاوه هر چند فناوری امضای دیجیتالی پیچیده‌تر شده است، ولی این امر به مفهوم کم‌رنگ شدن جایگاه دفاتر اسناد رسمی نمی‌باشد. بلکه این دفاتر باید با آموزش مناسب و بازرسی و تأیید عملکرد که هم برآموزه‌های اخلاقی و هم فنی تأکید نماید، تقویت شوند. زیرا الزام به تشخیص هویت شخصی که سند را امضاء می‌کند در عصر دیجیتال نیز قابل طرح است چرا که در این دوره رایانه‌ها اسناد را ایجاد خواهند کرد، برخلاف گذشته‌ها که افراد سند را ایجاد می‌کردند، و در نتیجه تلاش بیشتری برای تشخیص هویت شخصی که پشت صفحه کلید نشسته و سند الکترونیکی را امضاء یا گواهی می‌کند ضرورت دارد. بنابراین فناوری به جای آنکه زمینه مرگ و نابودی دفاتر اسناد رسمی را فراهم آورد می‌تواند موجب تقویت نقش و جایگاه این دفاتر شود. جلوگیری از تقلب و سایر سوء استفاده‌هایی که از گواهی الکترونیکی ممکن است به عمل آید مستلزم تعامل رو در رو و حضور فیزیکی امضاءکننده نزد سردفتر اسناد رسمی می‌باشد. این اصل مهمی است که نمی‌توان در آن

خداشه وارد نمود اما این احتمال هم وجود دارد که با پیشرفت فناوری ارتباطات در آینده امکان ارتباط صوتی و تصویری دو جانبه میان سردفتر و امضاء کننده به گونه‌ای فراهم شود که شیوه جایگزینی برای حضور فیزیکی به شمار آید.

ناگفته نماند که در کشور امریکا مطابق قانون نمونه دفاتر اسناد رسمی مصوب سال ۲۰۰۲ دفاتر ثبت الکترونیکی که همان دفاتر اسناد رسمی الکترونیکی هستند پیش بینی گردیده و معیارها و موازینی برای انجام امور در دفاتر مزبور مقرر شده است. از جمله آنکه مقرر شده است دفاتر ثبت الکترونیکی باید تمام شرایط لازم برای دفترخانه کاغذی (سنتی) را داشته باشند و همزمان قادر به انجام امور ثبتی سنتی و الکترونیکی باشند. همچنین پیش بینی شده است که برای تسهیل مدیریت دفاتر ثبت الکترونیکی و سنتی باید کمیسیونی با ساختار واحد اداری به طور همزمان بر عملکرد این دو نهاد نظارت نماید. معمولاً، تمام دفاتر اسناد رسمی در اکثر ایالت‌های آمریکا با آیینی تقریباً یکسان اختیار گواهی امضاء اسناد الکترونیکی را دارند، هر چند در عمل تنها آن دسته از دفاتری که دوره کوتاه مدت و ضروری آموزش را گذرانده باشند، از این اختیار استفاده می‌کنند. همچنین در روال کاری دفاتر اسناد رسمی و الکترونیکی تضمین واحدی باید اخذ شود. به علاوه دفاتر ثبت الکترونیکی باید دارای دفتر روزنامه کاغذی منظم و یا سلسله‌وار الکترونیکی باشند مشروط بر آنکه نسخه پشتیبان از اطلاعات و اسناد تهیه شود. همچنین شرط حتمی و اجتناب‌ناپذیر در دفتر ثبت الکترونیکی، آموزش و بازرسی و تأیید عملکرد می‌باشد که باید بدون وقفه صورت گیرد و تقویت شود. اکنون در اکثر ایالت‌های آمریکا ثبت الکترونیکی آغاز شده و مقرراتی برای نظام‌مند کردن آن به تصویب رسیده است.

در ادامه باید افزود قانون تجارت الکترونیکی ایران همواره از ایمنی و اطمینان سیستم‌های اطلاعاتی و رایانه‌ای سخن به میان می‌آورد. این تصریح فی نفسه واجد اهمیت است زیرا بدون ایمنی و اطمینان، داده پیام و امضای الکترونیکی از هر نظر فاقد اعتبار خواهد بود اما متأسفانه مشکل حقوقی و عملی استفاده از امضای دیجیتالی برای تصدیق مدارک الکترونیکی مربوط به انواع معاملات و وقایع، ناشی از مقررات همین قانون می‌باشد، زیرا تدوین‌کنندگان قانون مزبور این اصل مهم را فراموش کرده‌اند که صدور هر

نوع گواهی و تصدیق امضایی که تأیید آن به مفهوم پذیرش محتوای اسناد است، نیازمند مشاوره با سازمان یا نهادهای تخصصی راجع به ثبت اسناد، گواهی امضاء و تصدیق مدارک می‌باشد. قانونگذاری براساس توجه صرف به ابعاد علمی و فنی تجارت الکترونیکی و بدون توجه به جنبه‌های شکلی و قواعد ماهوی ادله اثبات دعوی با این اشکال اساسی روبه‌رو است که نمی‌توان با پیش بینی کلیه ضوابط علمی و ایمن‌سازی سیستم‌های رایانه‌ای و اطلاعاتی، عدم خدشه و نفوذ ناپذیری امضاء و مدارک الکترونیکی را تضمین نمود، زیرا هکرها و سارقان حرفه‌ای و کلاهبرداران اینترنتی چه بسا زودتر از قانون نویسان به دانش‌های نوین در دانش الکترونیک و رایانه دست یافته و بساط بی‌اعتمادی را که مهم‌ترین مانع در راه گسترش تجارت الکترونیکی به شمار می‌آید، بگسترانند.

اشکال مهم دیگر قانونگذاری غیرتخصصی حداقل در زمینه امضاء و سابقه الکترونیکی این است که معلوم نیست بار سنگین مسائل عمده و متنوعی را که در جریان تولید، ارسال، دریافت، افشاء و استفاده یا سوء استفاده از امضاء و سابقه الکترونیکی ناشی می‌شود بر دوش چه کسی می‌نهد.

ادعای عدم انکار و تردید نسبت به داده پیام و سوابق الکترونیکی مطمئن در ماده ۱۵ و ارائه راه حل انحصاری (ادعای جعلیت) یا (بی‌اعتباری قانونی) آنها در واقع مقایسه این مدارک با اسناد رسمی و تکرار محتوای قانون ماده ۱۲۹۲ قانون مدنی است که اختصاص به اسناد رسمی کاغذی دارد و نقض تمام اصول و قواعد موجود در خصوص اسناد رسمی تلقی می‌شود، زیرا هیچ مرجع رسمی مسئولیت اداره، بازرسی و کنترل این دسته از خدمات را برعهده نگرفته است.

ماده ۳۱ قانون تجارت الکترونیکی نیز نمی‌تواند مستمسکی برای توجیه این اشتباه بزرگ باشد، زیرا اولاً صراحت ماده مرقوم حکایت از آن دارد که دفاتر مذکور تنها برای ارائه خدمات صدور امضای الکترونیکی تأسیس می‌شوند ثانیاً عدم استفاده از خدمات این دفاتر، به دلیل عدم الزام قانونی و اینکه ماده مذکور بعد از مواد ۱۲ تا ۱۶ و در باب جداگانه‌ای ذکر شده است، مانع از پذیرش مدارک و امضاء الکترونیکی به آن وسعت که در موارد یاد شده مقرر گردیده است، نخواهد بود. به عبارت دیگر استفاده از اسناد و مدارک و امضاء

الکترونیکی که در خارج از دفاتر مزبور تهیه شده و دارای شرایط مندرج در مواد ۱۲ تا ۱۶ می‌باشد منع قانونی نداشته و صلاحیت دفاتر موضوع ماده ۳۱ انحصاری و اجباری نیست. بنابراین بحران غیرمنتظره، به مفهوم عدم نیاز به مراجعه به سردفتر اسناد رسمی یا هر مقام ذیصلاح قانونی دیگر، همچون سایر کشورها که بی‌محابا به استقبال فناوری جدید رفته و دچار این مشکل شده‌اند، در کشور ما نیز در حال وقوع است و باید هر چه سریع‌تر چاره‌ای اندیشید. از آن جهت که در قوانین داخلی کشورها، از جمله کشور ما در (قانون تجارت الکترونیکی)، حضور امضاءکننده نزد سردفتر به منظور ثبت امضاء پیش بینی نشده، و نیازی به طی تشریفات مقرر در قانون ثبت و دفاتر اسناد رسمی برای تشخیص هویت امضاءکننده وجود ندارد و همین امر امکان صدور امضاء از سوی اشخاصی که در واقع وجود خارجی ندارند را افزایش می‌دهد. نتیجه این امر آشکار است: امضاءکننده می‌تواند حقوق و تعهداتی برای خویش در قرارداد با دیگران ایجاد نماید، حال آنکه تعهدات وی به دلیل فقدان شخصیت حقیقی برای او قابل گریز می‌باشد. اگر چه این وضعیت در حقوق ایالات متحده آمریکا با تصویب قانون نمونه دفاتر اسناد رسمی در حال تغییر است، اما قانون تجارت الکترونیکی ایران در این مورد پیش بینی مداخله دفاتر اسناد رسمی را ننموده و از این لحاظ دارای ایراد اساسی است.

ماده ۱۰ قانون تجارت الکترونیکی در بیان شرایط امضای الکترونیکی مطمئن، روشن نمی‌سازد که احراز این شرایط با چه مرجعی است. اگر چه امضاء فی نفسه ممکن است نسبت به امضاءکننده منحصر به فرد بوده و به وسیله امضاءکننده و یا تحت اراده انحصاری او صادر شده باشد اما هیچ تضمینی وجود ندارد که معلوم سازد هویتی که امضای دیجیتالی برای امضاءکننده ترسیم و معین می‌کند، همان هویت واقعی او باشد، فلذا باید تشخیص این امر را به مرجعی صالح سپرد که به نظر ما این مرجع همان سردفتر اسناد رسمی می‌باشد.

در حقوق آمریکا عدم تصریح قانون یوتا به نقش دفاتر اسناد رسمی در ثبت الکترونیکی و در نتیجه تصویب قوانین خاصی در برخی ایالات آمریکا که به موجب آن نیازی به حضور امضاءکننده دیجیتالی در دفاتر اسناد رسمی وجود نداشته، به شدت مورد انتقاد حقوق دانان

و دست اندر کاران ثبت اسناد قرار گرفت به گونه‌های که انجمن ملی دفاتر اسناد رسمی آمریکا آن را نوعی دستبرد غیر رسمی به حوزه کاری خود تلقی نمود. این تلاش‌های جمعی و فردی سرانجام تا حدی به ثمر نشست، زیرا در بند ۳ - ۱۶ ماده ۳ قانون نمونه دفاتر اسناد رسمی مصوب ۲۰۰۲ مقرر شد: «دفترخانه ثبت الکترونیکی نباید اقدام به ثبت الکترونیکی بنماید در صورتی که امضاءکننده مدرک الکترونیکی:

۱ - به هنگام ثبت نزد سردفتر اسناد رسمی حاضر نشده باشد ۲ - هویت وی برای سردفتر نامعلوم بوده و دلایل متقنی برای احراز هویت او از سوی سردفتر موجود نباشد ۳ - قرائنی موجود باشد که موجب تردید سردفتر شود در اینکه آیا امضاءکننده به آثار حقوقی آنچه درخواست ثبت آن را دارد آگاه است یا نه ۴ - از نظر سردفتر اراده آزاد امضاءکننده احراز نشود.»

دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی مذکور در قانون تجارت الکترونیکی ایران اختیار و صلاحیت بررسی هیچ‌کدام از موارد فوق را دارا نمی‌باشند. این امر مفهومی جز دامن زدن به گمنامی، بی‌هویتی و سرقت هویت در روابط الکترونیکی ندارد. آثار نامطلوب روند مذکور عبارت از امکان جعل، کلاهبرداری، خیانت در امانت و سایر جرائم در فضای مجازی است حال آنکه با تمسک به ثبت الکترونیکی در دفاتر اسناد رسمی و تشریفات که بخشی از آن ذکر شد می‌توان از بسیاری از مشکلات مزبور کاست.

از جنبه حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان (موضوع مواد ۲۳ تا ۴۹ قانون تجارت الکترونیکی) نیز موضوع قابل توجه است، زیرا امضای دیجیتالی نباید در معرض نفوذ و سوء استفاده دیگران باشد و اشخاص ضعیف و کم‌توان باید قبل از انجام معامله الکترونیکی از هر نظر توجیه شده و نسبت به ابعاد معامله اطلاع یابند و همین مسائل ضرورت ثبت حداقل امضای طرف مقابل را به عنوان شخصی که مدام در عرصه تجارت فعال است، نزد سردفتر اسناد رسمی قابل اعتماد توجیه می‌کند.

از آن جهت که اعتبار امضای دیجیتالی و ثبت الکترونیکی در قانون داخلی شناسایی شده، فلذا در رابطه با اسناد و مدارک الکترونیکی دفاتر اسناد رسمی و ادارات ثبت اسناد و املاک باید به عنوان مرجع صالح در کشورمان برای طی تشریفات و انجام این شیوه از

ثبت اسناد آماده شده و به کار گرفته شوند. دفاتر اسناد رسمی از جمله مراجعی هستند که به دلیل کارکرد و قابلیت و شرح وظایف خویش باید در روند ثبت اسناد و امضای الکترونیکی مداخله نمایند. بدیهی است که این موضوع نیازمند تصویب مقررات مربوطه در آیین‌نامه اجرایی قانون تجارت الکترونیکی و یا تصویب قانونی جداگانه در خصوص دفتر ثبت اسناد و تصدیق امضاء الکترونیکی و ایجاد ساختارهای مورد نیاز در داخل تشکیلات دفاتر اسناد رسمی است.

دوگانگی ( مرجع ایجاد امضای دیجیتالی ) و ( مرجع ثبت امضای دیجیتالی ) بدان گونه که در طرح آیین‌نامه اجرایی پیش بینی و مقرر شده است ابداعی جدید است و این در حالی است که به راحتی می‌توان این دو را در یک سازمان و تشکیلات واحد متمرکز نمود هر چند، ضمن منتفی ندانستن این تدبیر، باید توضیح داد که دو کارکرد مزبور از لحاظ فنی با هم تفاوت بسیاری دارند به گونه‌ای که ایجاد، نگهداری و به روز رسانی امضای الکترونیکی موضوعی است که به علم الکترونیک و رایانه تعلق دارد و حال آنکه ثبت آن به لحاظ ضرورت رعایت اصول و قواعد پذیرفته شده حقوقی و ثبتی، جنبه حقوقی دارد. البته دایر کردن دفاتر صدور امضای الکترونیکی و ثبت الکترونیکی در کنار هم راه حل مناسبی برای این کار به نظر می‌رسد، زیرا مشکلی که در آینده در رابطه با قابل اعتماد نبودن مرکز صدور امضاء یا فقدان اطلاعات لازم برای تصدیق امضاء و عدم دسترسی بدان در اثر مشکلاتی که برای مرجع مذکور ممکن است حادث شود، بدین طریق از بین می‌رود و دفتر ثبت الکترونیکی می‌تواند به سهولت از اعتبار امضاء و نرم افزار مربوطه نیز به هنگام تصدیق امضاء اطمینان حاصل نماید و از عدم ابطال امضاء مطمئن شود.

ج - با توجه به تحلیلی که در باب ضرورت محول نمودن امور مربوط به صدور و تأیید امضای الکترونیکی به دفاتر اسناد رسمی بیان شد اکنون طرح پیشنهادی خویش را در خصوص آیین‌نامه اجرایی ماده ۳۲ قانون تجارت الکترونیکی تقدیم می‌نمایم:



## طرح آیین نامه اجرایی ماده ۳۲ قانون تجارت الکترونیکی

### فصل اول - در خصوص تشکیلات دفتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی و

#### شرایط آن

ماده ۱ - دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی بخشی از دفاتر اسناد رسمی هستند که به منظور ارائه خدمات مربوط به صدور و تأیید امضای الکترونیکی تأسیس می شوند و تابع مقررات ذیل هستند.

ماده ۲ - دفاتر مزبور براساس پیشنهاد مرکز حمایت از تجارت الکترونیکی (موضوع ماده ۸۰ قانون تجارت الکترونیکی) و به موجب ابلاغ سازمان ثبت اسناد و املاک کشور ذیل دفاتر اسناد رسمی تشکیل می شوند. شرایط و تشریفات تأسیس و انحلال دفاتر مزبور به موجب این آیین نامه معین خواهد شد.

ماده ۳ - مسئولیت دفاتر مزبور به عهده سردفتران اسناد رسمی واجد شرایط خواهد بود. علاوه بر سردفتران یکی از دفتریاران واجد شرایط مندرج در این آیین نامه نیز در امور فنی دفاتر مزبور مداخله و مشارکت خواهند نمود. دفاتر مزبور به تعداد کافی کارمند واجد شرایط خواهند داشت. دفتریاران و کارمندان مزبور در حدود وظایف محوله مسئول بوده و سردفتر نیز در امور مزبور با ایشان مسئولیت مشترک خواهد داشت.

تبصره - در مواردی که دفتریار یا کارمندان مزبور بدون اطلاع یا در غیاب سردفتر مرتکب تخلفی در وظایف محوله شوند شخصاً مسئولیت خواهند داشت.

ماده ۴ - سردفتر یا یکی از دفتریاران دفترخانه حداقل باید دارای مدرک کارشناسی مورد تأیید وزارت علوم، تحقیقات و فناوری در یکی از رشته های کامپیوتر، فناوری اطلاعات یا تجارت الکترونیکی باشند.

ماده ۵ - کانون سردفتران و دفتریاران مکلف است تا نسبت به برگزاری دوره های آموزشی لازم برای سردفتران و دفتریاران داوطلب و واجد شرایط در مرکز آموزش علمی و کاربردی وابسته به خود در رابطه با تأسیس دفاتر مزبور و انجام امور مربوط به صدور و تأیید امضای الکترونیکی اقدام نماید.

تبصره - به شرکت کنندگان در دوره های آموزشی مذکور گواهی معتبر مبنی بر آشنایی با

سیستم‌ها و ابزارهای مطمئن مورد استفاده در تولید و صدور گواهی الکترونیکی اعطاء خواهد شد. گواهی مزبور می‌بایستی به تأیید مرکز الکترونیکی ( موضوع ماده ۸۰ قانون تجارت الکترونیکی ) برسد.

ماده ۶ - سازمان ثبت اسناد و املاک مکلف است در هر سال بر اساس اعلام نیاز مرکز حمایت از فعالیت‌های تجارت الکترونیکی ( موضوع ماده ۸۰ قانون ) برای سردفترانی که گواهی علمی موضوع تبصره ماده ۵ این آیین‌نامه را دریافت نموده‌اند ابلاغ لازم برای تأسیس دفتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی صادر نماید.

تبصره - جهت نیل به اهداف این آیین‌نامه، مرکز مستقل گواهی امضاء و اسناد دیجیتال در سازمان ثبت تشکیل خواهد شد که نمایندگی سازمان را در اجرای این مقررات به عهده خواهد داشت.

ماده ۷ - از میان دفاتر اسناد رسمی موجود، دفاتری را می‌توان بدین منظور اختصاص داد که واجد شرایط زیر باشند:

الف - سردفتر یا یکی از دفترباران دفترخانه دارای حداقل مدرک کارشناسی در یکی از رشته‌های کامپیوتر، فناوری اطلاعات یا تجارت الکترونیکی باشند.

ب - سردفتر و دفتربار اول دفترخانه، دوره آموزشی موضوع ماده ۵ آیین‌نامه را با موفقیت به پایان رسانده باشند.

ج - حداقل پنج سال از تأسیس دفترخانه سپری شده باشد.

د - در مدت پنج‌سال اخیر خدمت خود سردفتر یا دفتربار محکومیت انتظامی از درجه ۳ به بالا نداشته باشند.

ه - سردفتر و دفتربار مزبور فاقد سوء پیشینه کیفری باشند.

و - سردفتر یا دفتربار مزبور حداقل ۲ سال متوالی یا ۵ سال متناوب سابقه کار در بخشهای مذکور در بند الف را داشته باشند.

ماده ۸ - سردفتران و دفترباران مزبور می‌بایستی قبل از شروع به کار دفتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی ضامن معتبر بدهند. میزان تضمین و ترتیب اخذ آن و شرایط و نحوه استفاده از آن به موجب دستورالعمل‌های صادره از سوی مرکز حمایت از فعالیت‌های

تجارت الکترونیکی ( موضوع ماده ۸۰ قانون ) معین خواهد شد.

ماده ۹ - وظیفه دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی شامل تولید، صدور، ذخیره، ارسال، تأیید، ابطال و به روز نگهداری گواهی‌های اصالت امضای الکترونیکی می‌باشد.

ماده ۱۰ - روند تولید و تأیید امضای الکترونیکی مطمئن و مشخصات سخت افزاری، نرم افزاری و امنیتی سیستم، ساختمان و نحوه استقرار تجهیزات، ساختار اطلاعات، ذخیره‌سازی و روش‌های بایگانی اطلاعات و مشخصات کادر فنی مطابق دستورالعمل‌های فنی خواهد بود که بر مبنای استانداردهای بین‌المللی و فناوری روز توسط مرکز حمایت از فعالیت‌های تجارت الکترونیکی ( موضوع ماده ۸۰ قانون ) صادر می‌شود و هر سال مورد بازنگری قرار خواهند گرفت.

### فصل دوم - حقوق و وظایف دفتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی

ماده ۱۱ - دفتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی باید اطلاعات شخصی فرد متقاضی شامل مشخصات فردی و موقعیت شغلی او را مستقیماً از شخص متقاضی یا نماینده وی، فقط تا آنجا که برای مقصود گواهی لازم است، دریافت نماید. در صورتی که شخصی به نمایندگی از دیگری برای دریافت گواهی اقدام نموده باشد احراز نمایندگی او و دریافت مدرکی معتبر در خصوص مورد لازم می‌باشد.

ماده ۱۲ - در صورتی که دارنده کلید امضاء از اسم مستعار استفاده کند دفتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی موظف است پس از دریافت گواهی عدم سوء پیشینه او بر حسب مورد ( در صورت داشتن سوء سابقه ) هرگونه اطلاعات مربوط به شخصیت متقاضی را در خصوص سابقه کیفری یا تخلفات اداری او در سوابق مربوطه منعکس نماید.

ماده ۱۳ - دفتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی مکلف است به محض اطلاع از حکم ورشکستگی شخص متقاضی مراتب را در سوابق مربوطه منعکس نماید.

ماده ۱۴ - دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی موظف هستند به منظور اطمینان از حفظ اطلاعات مربوط به عملکرد خویش در خصوص ثبت نام متقاضیان و نیز تحویل داده‌های امضاء و تأیید امضاء ایشان، در کنار سیستم اصلی یک سیستم پشتیبان نیز تعبیه کنند. به همین منظور دفاتر مزبور موظفند کلیه اطلاعات را در هر دو سیستم ثبت نموده و

به طور متناوب از آن پشتوانه تهیه نمایند.

ماده ۱۵ - دفتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی موظف است قبل از ثبت نام متقاضی صدور گواهی الکترونیکی، او را از نحوه و شرایط دقیق استفاده از گواهی‌ها از جمله محدودیت‌های حاکم بر استفاده از خدمات دفتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی آگاه سازد. هم‌چنین در صورت تقاضای اشخاص ثالث که قصد بهره‌برداری از گواهی‌های الکترونیکی را دارند، این اطلاعات باید در اختیار آنها قرار گیرد.

ماده ۱۶ - میزان حق‌الثبت دریافتی از متقاضیان صدور گواهی بر اساس محدوده ارزش معاملاتی مندرج در گواهی‌های صادره بشرح زیر تعیین می‌شود:

الف - تا مبلغ یکصد و پنجاه میلیون ریال یک درصد (۱٪) که حداقل آن از سی هزار ریال کمتر نخواهد بود.

ب - از مبلغ ۱۵۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال تا ۳۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال نسبت به مازاد ۱۵۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال (۷۵٪) هفتاد و پنج صدم درصد.

ج - از مبلغ سیصد میلیون ریال به بالا نسبت به مازاد سیصد میلیون ریال نیم درصد (۵۰٪).

تبصره - میزان حق‌الثبت در مورد گواهی‌های غیرمالی سی هزار ریال می‌باشد.

ماده ۱۷ - میزان حق‌التصدیق دفاتر مزبور از بابت گواهی‌های مالی صادره یک‌هزارم مبلغ مندرج در گواهی خواهد بود، ولی در هر حال از یکصد هزار ( ۱۰۰/۰۰۰ ریال ) کمتر نخواهد بود.

تبصره ۱ - میزان حق‌التصدیق گواهی‌های غیرمالی که مبلغی در آن درج نمی‌شود پنجاه هزار ریال می‌باشد.

تبصره ۲ - متقاضیان صدور گواهی مکلفند هزینه‌های قانونی مربوط به صدور گواهی را قبل از انجام آن پرداخت نمایند.

تبصره ۳ - تغییرات آتی در خصوص این ماده و تبصره‌های آن هر سال با توجه به مقتضیات اقتصادی کشور توسط مرکز موضوع ماده ۸۰ قانون انجام و اصلاح خواهد شد.

ماده ۱۸ - دفتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی موظف است:

- الف - ارائه خدمات صدور و لغو و تأیید صحت گواهی‌ها را به صورت سریع و مطمئن تضمین نماید.
- ب - از کارکنانی استفاده نمایند که از دانش ویژه، تجربه و صلاحیت‌های لازم در زمینه فناوری (IT) برای ارائه خدمات برخوردارند.
- ج - کارکنان قابل اعتماد و فاقد سوء پیشینه مؤثر کیفی را برای فعالیت‌های خدمات گواهی استخدام کند.
- د - از سیستم‌ها و ابزارهای قابل اطمینانی استفاده کند که امنیت فنی و رمز نگاری را تضمین نماید.
- ه - جنبه محرمانه داده‌های مربوط به امضاء را در طول روند ایجاد این داده‌ها برای جلوگیری از شبیه‌سازی گواهی‌ها تضمین نماید.
- و - نسبت به موارد زیر اطمینان حاصل کند:
- هنگام صدور گواهی الکترونیکی اطلاعات مندرج در گواهی صحیح باشد.
  - پس از صدور گواهی الکترونیکی داده‌های امضاء و داده‌های تأیید امضاء، داده‌های مزبور به امضاءکننده مشخص شده در گواهی یا نماینده او تسلیم می‌شود و داده‌های امضاء باید تحت کنترل انحصاری وی باشد.
  - در مواردی که دفتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی داده‌های امضاء و تأیید امضاء را هم‌زمان وارد می‌نماید این دو گروه از داده‌ها به صورت مکمل یکدیگر قابل استفاده می‌باشند.
  - کلیه اطلاعات مرتبط با گواهی الکترونیکی را تا مدت زمان معقولی، براساس معیارهای مورد استفاده در مبحث مرور زمان دعاوی در قوانین جاری، با توجه به نوع دعوی از لحاظ حقوقی و کیفی، به صورت الکترونیکی حفظ نماید.
  - تاریخ و ساعت صدور و لغو یک گواهی به دقت قابل تعیین باشد.
  - ح - داده‌های مربوط به تولید امضای متقاضیان را کپی یا ذخیره ننماید.
  - ط - از سیستم‌های قابل اطمینان برای ذخیره گواهی‌ها به شکل قابل بررسی و بازبینی استفاده کند، به نحوی که:

- تنها اشخاص مجاز بتوانند این داده‌ها را وارد کرده و یا تغییر دهند.
- اطلاعات از جهت اصالت آنها قابل بررسی باشد.
- جز در مواردی که دارندگان آنها رضایت خود را اعلام نکرده‌اند، گواهی قابل دسترسی برای عموم نباشد.
- کلیه تغییرات فنی که معیارهای امنیتی را با مشکل روبه‌رو می‌سازد، برای دفتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی مشخص باشد.
- ی - به مجرد دریافت درخواست صدور گواهی الکترونیکی، یک مهر زمان به داده‌های الکترونیکی ضمیمه شود.
- ک - دستورالعمل‌ها و استانداردهای موضوع ماده ۱۰ این آیین‌نامه را مراعات نماید.
- تبصره - دفتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی موظف است فهرستی از گواهی‌هایی که توسط آن دفتر صادر می‌شود با توجه به تاریخ صدور و ذکر نام دارنده و شماره سریالی که تجدید نشود، تهیه نماید.
- ماده ۱۹ - دفتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی در صورتی قادر خواهد بود به فعالیت‌های خود خاتمه دهد که جانشین مناسب و واجد شرایط مقرر در آیین‌نامه را برای ادامه فعالیت‌های خود به سازمان ثبت اسناد و املاک معرفی نماید. مادامی که دفتر به وظیفه مزبور عمل ننموده است ضمانت دریافت شده از دفتر مزبور مسترد نخواهد شد.
- تبصره ۱ - در صورت خاتمه فعالیت‌های دفتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی و تعیین جانشین برای آن گواهی‌های صادره از سوی دفتر مزبور باطل و گواهی‌های صادره از دفتر جانشین، برای باقی‌مانده مدت اعتبار گواهی جایگزین آن خواهد شد.
- تبصره ۲ - در صورت انفصال سردفتر به علت ارتکاب تخلف دفتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی توسط کفیل اداره خواهد شد شرایط کفالت مطابق مقررات قانون دفاتر اسناد رسمی و آیین‌نامه‌های مربوطه خواهد بود.
- ماده ۲۰ - مؤسسات خصوصی یا دولتی در صورتی که در حوزه فعالیت خویش مبادرت به صدور گواهی یا تصدیق امضاء الکترونیکی بنمایند، گواهی‌های صادره مشمول مقررات

قانون تجارت الکترونیک و این آیین‌نامه نبوده و گواهی‌های مزبور صرفاً در محیط و روابط داخلی اشخاص و مؤسسات مزبور قابلیت اجرا خواهد داشت.

ماده ۲۱ - در رابطه با تجارت الکترونیکی تنها گواهی‌هایی که از سوی دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی صادر شود معتبر و لازم‌الاتباع و لازم‌الاجرا بوده و آثار حقوقی موضوع قانون تجارت الکترونیکی را خواهد داشت.

### **فصل سوم - وسایل و روش‌های ایجاد و ابطال گواهی‌های الکترونیکی و**

#### **مندرجات آنها**

ماده ۲۳ - به منظور اجرای مفاد ماده ۱۵ قانون تجارت الکترونیکی، وسایل و روش‌های امضای الکترونیکی باید از طریق ابزارهای فنی و روش‌های مناسب موارد زیر را تضمین نماید:

الف - داده‌های مورد استفاده برای امضاء الکترونیکی بیش از یک‌بار استفاده نشده و جنبه محرمانه آنها نیز حفظ شود.

ب - داده‌های مورد استفاده برای امضای الکترونیکی از طریق استنساخ قابل دستیابی بوده و امضاء در مقابل هرگونه شبیه‌سازی از طریق ابزارهای فنی محافظت شود.

ج - داده‌های مورد استفاده برای امضای الکترونیکی توسط امضاء کننده قانونی در مقابل استفاده از آن توسط اشخاص ثالث به نحو اطمینان بخشی مورد محافظت قرار گیرد.

د - وسایل و روش‌های امضای الکترونیکی نباید داده‌های لازم برای امضاء را تغییر دهد و همچنین باید تضمین نماید که این داده‌ها قبل از طی تشریفات امضاء در اختیار امضاءکننده قرار گیرد.

ماده ۲۴ - وسایل و روش‌های امضاء الکترونیکی در صورتی منطبق با معیارهای مقرر در ماده ۱۸ این آیین‌نامه شناخته می‌شود که توسط مرکز موضوع ماده ۸۰ قانون تأیید شده باشد.

ماده ۲۵ - گواهی الکترونیکی باید مشتمل بر موارد زیر باشد:

الف - ذکر این نکته که گواهی با در نظر گرفتن معیارهای لازم صادر شده است.

ب - نام و درجه دفتر خدمات گواهی الکترونیکی و نام دولتی که گواهی در محدوده آن

—

صادر شده است.

ج - نام امضاءکننده و در صورتی که امضاءکننده از نام مستعار استفاده نموده است، باید این وصف مشخص شود.

د - در صورت تشخیص دفتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی، یک ویژگی خاص از امضاءکننده نیز با توجه به استفاده‌ای که از صدور گواهی الکترونیکی مورد نظر است، باید ذکر شود.

ه - اطلاعات مربوط به صلاحیت و نمایندگی شخص ثالث، مجوز رسمی او برای فعالیت، یا دیگر انواع مجوز که ممکن است شامل داده‌های تأیید امضاء و انتساب گواهی باشد.

و - ذکر اینکه داده‌های تأیید امضاء باداده‌های امضای الکترونیکی تحت کنترل امضاءکننده مطابقت دارد.

ز - آغاز و پایان مدت اعتبار گواهی الکترونیکی.

ح - شماره سری گواهی الکترونیکی.

ط - امضای الکترونیکی مؤسسه خدمات صدور گواهی الکترونیکی که گواهی را صادر می‌کند.

ی - محدوده استفاده گواهی الکترونیکی در صورت لزوم.

ک - محدوده ارزش معاملاتی که گواهی الکترونیکی ممکن است برای آن مورد استفاده قرار گیرد.

ماده ۲۵ - گواهی الکترونیکی صادره از مراجع صدور گواهی خارجی در ایران از اعتبار قانونی برخوردار خواهد بود و شرایط و مقررات مندرج در این آیین نامه در مورد آنها نیز صدق می‌نماید، مشروط بر آنکه این گواهی‌ها با شرایط قید شده در آیین نامه حاضر و اصلاحات آتی آن مطابقت داشته باشد و توافق نامه یا معاهده‌ای بین دو کشور یا مراجع ذی‌ربط و ذی‌صلاح در خصوص مورد منعقد شده باشد.

ماده ۲۶ - احراز شرایط لازم برای اجرای مفاد گواهی صادره از سوی مرجع صدور گواهی الکترونیکی در داخل کشور به عهده مرکز حمایت از فعالیت‌های تجارت الکترونیکی



(موضوع ماده ۸۰) می باشد.

ماده ۲۷ - در موارد زیر گواهی الکترونیکی توسط دفتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی صادرکننده آن، ابطال می شود:

الف - هنگامی که دارنده کلید امضاء و یا قائم مقام قانونی او درخواست ابطال گواهی الکترونیکی بنماید.

ب - در صورتی که گواهی مبتنی بر اظهارات دروغ و اشتباه متقاضی صادر شده باشد.

ج - هنگامی که مرکز موضوع ماده ۸۰ قانون در صورت مشاهده تخلف متقاضی صدور گواهی و یا دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی از مندرجات این آیین نامه، دستور ابطال گواهی را صادر نماید.

د - در صورتی که گواهی الکترونیکی شامل اطلاعات راجع به شخص ثالث بوده و گواهی بدون رضایت او صادر شده باشد.

#### **فصل چهارم - مقررات تکمیلی**

ماده ۲۸ - دولت موظف است در حدود عملکرد خود و سازمان های تابعه به کارگیری وسیع امضاء الکترونیکی مطمئن را تشویق نماید و ظرف حداکثر ۲ سال از زمان اجرای این آیین نامه تکنولوژی امضای الکترونیکی مطمئن را در همه تصمیمات دولت، قطعنامه ها و اعلامها در حوزه عملکرد خود و سازمان های تابعه مورد استفاده قرار دهد.

ماده ۲۹ - در این آیین نامه اصطلاحات زیر در معانی مشروح زیر به کار می روند:

الف - داده امضای الکترونیکی عبارت از داده های انحصاری نظیر رمز یا کلیدهای خصوصی رمزنگاری هستند که امضاءکننده برای تولید امضای الکترونیکی از آنها استفاده می کند ب - داده های تأیید امضای الکترونیکی عبارت است از داده های نظیر رمز یا کلیدهای عمومی رمزنگاری که برای کنترل امضای الکترونیکی مورد استفاده قرار می گیرند. ج - کلیدهای دوتایی عبارت از کلید خصوصی و کلید عمومی متناسب با آن در یک رمزنگاری نامتقارن است با داشتن کلید عمومی می توان امضای الکترونیکی مطمئن را که با کلید خصوصی امضاء ایجاد شده است تأیید کرد. د - مهر زمان - اعلامیه ای است که شامل یک امضای الکترونیکی مطمئن که به وسیله دفتر خدمات گواهی الکترونیکی صادر

می‌شود و تأیید می‌کند که داده پیام معین در مواقع خاصی به او ارائه شده است. ه - وسایل و روش‌های تأیید امضای الکترونیکی وسایل نرم افزاری یا سخت افزاری است که به منظور اجرای داده‌های مربوط به تأیید امضای الکترونیکی برنامه‌ریزی می‌شود.

ماده ۳۰ - کلیه مقررات موضوع مواد ۴۹ تا ۶۹ قانون ثبت و مقررات قانون دفاتر اسناد رسمی و آیین‌نامه‌های اجرایی مربوطه راجع به دفاتر اسناد رسمی در دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی نیز به استثنای مواردی که به موجب قانون تجارت الکترونیکی و این آیین‌نامه ترتیب دیگری مقرر شده است لازم‌الرعایه می‌باشد.

ماده ۳۱ - سازمان ثبت اسناد و املاک مکلف است ظرف دو سال امکانات لازم را در خصوص ایجاد سیستم‌های مکانیزاسیون کامل در سازمان و دفاتر اسناد رسمی فراهم نموده و نظارت نماید تا کلیه دفاتر اسناد رسمی برای اداره امور داخلی و ارتباطات و وظایف بیرونی خود سیستم‌های اتوماسیون کامل را فراهم نمایند.

ماده ۳۲ - سازمان ثبت اسناد و املاک مکلف است با همکاری شرکت مخابرات به فوریت نسبت به برقراری سیستم‌های ارتباطی لازم و خطوط پر سرعت دیتا فی‌مابین دفاتر اسناد رسمی و ادارات ثبت اسناد و املاک و مرکز موضوع ماده ۸۰ قانون تجارت الکترونیکی و سایر مراکز ذی‌ربط و ذی‌صلاح اقدام نماید، به نحوی که امکان ارتباط فوری و هم‌زمان بین بانک‌های اطلاعات در دفاتر اسناد رسمی و مراکز مزبور در هر شهرستان وجود داشته باشد.

تبصره - مسئولیت ایجاد بانک‌های توزیعی و پشتیبان اطلاعات اسناد و امضاء و صاحبان آنها و نمونه‌های امضای دیجیتالی در سراسر کشور به عهده سازمان ثبت اسناد و املاک می‌باشد.

ماده ۳۳ - سازمان ثبت احوال مکلف است نسبت به ارائه خدمات و پاسخ استعلامات مربوط به هویت اشخاص و کد ملی و سایر اطلاعات لازم برای کلیه دفاتر خدمات الکترونیکی موضوع این آیین‌نامه اقدام و همکاری لازم را با سازمان ثبت اسناد و املاک در این خصوص بنماید.

ماده ۳۴ - سازمان ثبت اسناد و املاک مکلف است با همکاری مراجع ذی‌صلاح در

خصوص معرفی اشخاص ممنوع المعامله و محجور و ورشکسته و اموال بازداشتی و ایجاد بانک های اطلاعاتی اقدام نموده و پاسخ استعلامات کاغذی و الکترونیکی را به متقاضیان ذی صلاح و دفاتر اسناد رسمی و دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی اعلام نماید.

ماده ۳۵ - تغییرات و اصلاحات لازم در این آیین نامه در حدود تشکیلات موجود به پیشنهاد مرکز حمایت از فعالیتهای تجارت الکترونیکی و تأیید نهادهای مذکور در ماده ۳۲ قانون تجارت الکترونیکی با تصویب هیئت وزیران انجام خواهد گرفت.

## مقایسه اعتبار و قدرت اسناد ثبت شده با سایر اسناد

محمود تفکریان<sup>۱</sup>

### معنای لغوی اسناد

اسناد جمع مکسر سند است.

سند در لغت به این شرح تعریف شده:

نوشته‌ای که وام یا طلب کسی را معین سازد و یا مطلبی را ثابت کند. (عمید، فرهنگ

فارسی، ۱۳۶۹)

سند آنچه بدان اعتماد کنند، مدرک، مستند و نوشته‌ای که قابل استناد باشد (معین،

فرهنگ فارسی، ۱۳۷۱)

### تعریف سند از لحاظ حقوقی

قانون مدنی (ماده ۱۲۸۴) سند را چنین تعریف می‌کند:

«سند عبارت است از هر نوشته‌ای که در مقام دعوی یا دفاع قابل استناد باشد.»

با توجه به این تعریف سند باید نوشته و قابل استناد باشد و ممکن است یک نوشته

برای دعوایی سند باشد، ولی برای دعوایی دیگر چنین ارزشی را نداشته باشد پس منظور از

سند، نوشته‌ای است که در خصوص موضوع مورد نظر بتوان به آن استناد کرد.

به طور کلی اساس، مکتوب بودن سند است خواه به صورت نوشته یا نقشه‌های

کاداستر همه خصوصیات سند را دارند. سند غالباً قبل از بروز تنازع به منظور پیشگیری از

اختلاف تنظیم می‌گردد تا اختلافی پیش نیاید و یا در هنگام طرح دعوی برای اثبات حقانیت به عنوان دلیل به آن استناد کنند.

عقود، معاملات، قراردادهای ماده ۱۰ قانون مدنی، تعهدات و قرارها و امثال آنها که مکتوب می‌شود در قالب اسناد قابل بهره‌برداری می‌باشند.

در ماده ۱۲۸۶ سند به دو نوع تقسیم گردیده:

۱ - رسمی ۲ - عادی

سند رسمی در ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی چنین تعریف شده:

«اسنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک و یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد سایر مأمورین رسمی، در حدود صلاحیت آنها و بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشد، رسمی است» در قانون مزبور تعریفی از سند عادی نشده، ولی ماده ۱۲۸۹ قانون مدنی سایر اسناد را سند عادی معرفی می‌کند در نتیجه غیراسنادی که در ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی ذکر گردیده اسناد دیگر عادی تلقی می‌گردند.

طبق ماده ۱۲۸۸ قانون مدنی، سند زمانی معتبر است که مخالف قوانین نباشد.

آنچه از مواد مذکور استنباط می‌شود سند رسمی به اسنادی اطلاق می‌شود که:

۱ - در اداره ثبت اسناد و املاک

۲ - در دفاتر اسناد رسمی

۳ - وسیله مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آنها تنظیم گردند.

مسئولین دفاتر اسناد رسمی هرچند از لحاظ روابط استخدامی و دریافت حقوق و دستمزد کارمند رسمی دولت محسوب نمی‌شوند، ولی اشتغال آنها با صدور ابلاغ و حسب تجویز قانون انجام می‌شود و اسناد تنظیمی در این دفاتر از اعتبار بیشتری برخوردار می‌باشد که شرح آن بعداً خواهد آمد.

ارکان سند رسمی براساس قانون مدنی عبارت است از:

## ۱- صلاحیت مأمورین

کارکنان رسمی برای احراز صلاحیت باید دارای شرایط علمی و اخلاقی مطلوب خاص شغل مربوطه باشند و مقام صالح پس از اخذ مجوز و طی تشریفات از قبیل آزمون و گزینش، ابلاغ این کارکنان را صادر نماید. در این ابلاغ صلاحیت ذاتی و نسبی (قلمرو مکانی و زمانی) مشخص می‌گردد.

چنانچه برای شخصی به عنوان مسئول اجرای ثبت شهرستان آمل ابلاغ صادر شود حق ندارد ثبت دفتر املاک و اسناد مالکیت ثبت بابل را امضاء نماید، زیرا صلاحیت ذاتی او فقط در بخش اجرا می‌باشد و غیر از آن از لحاظ مکانی نیز فاقد صلاحیت است چون محدوده عمل او در حدود حوزه ثبت آمل است و تا زمانی که این مأموریت پابرجاست و در ابلاغ صادره تغییری حاصل نشده حق دارد در محدوده شهر آمل نسبت به وظایف مصوب مورد نظر اقدام نماید. دفاتر اسناد رسمی هم تابع صلاحیت ذاتی و نسبی می‌باشند.

## ۲- رعایت مقررات قانونی

یکی دیگر از شرایط لازم برای سند رسمی رعایت مقررات است. آنچه از قانون استنباط می‌شود برای تنظیم اسناد رسمی رعایت مقررات و تشریفات الزامی است مگر مواردی که در قانون عدم تأثیر آن ذکر شده باشد مانند ماده ۱۲۹۴ قانون مدنی که چنین آمده است: «عدم رعایت مقررات راجع به حق تمبر که به اسناد تعلق می‌گیرد، سند را از رسمیت خارج نمی‌کند.»

در این جا این سؤال مطرح است که چنانچه در ثبت سند رعایت مقررات نشده باشد و یا به طور کلی در عقدی که ثبت گردیده شرطی خلاف مقتضای عقد و یا شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود (که هم مبطل شرط و هم مبطل عقد است) و یا شرطی که باطل است، ولی مفسد عقد نیست، ذکر گردد آیا دفترخانه حق دارد آن عقد یا شرط را باطل اعلام دارد؟

پاسخ آن است که هرچند سردفتر مرتکب انحراف و تخلف گردیده و حق نداشته چنین سندی را تنظیم نماید و در این رابطه مسئولیت دارد، ولی حق ندارد تا زمانی که حکم نهایی دادگاه و دستور اجرا صادر نشده نسبت به ابطال این گونه اسناد و اسقاط چنین

شروطی اقدام نماید.

### اعتبار اسناد رسمی مندرج در قانون مدنی

ماده ۱۲۹۲ قانون مدنی در زمینه اعتبار سند چنین ذکر می‌کند:

«در مقابل اسناد رسمی یا اسنادی که اعتبار سند رسمی را دارد انکار و تردید مسموع نیست و طرف می‌تواند ادعای جعلیت نسبت به اسناد مزبور کند یا ثابت نماید که اسناد مزبور به جهتی از جهات قانونی از اعتبار افتاده است.»<sup>۱</sup>

### اعتبار ثبت اسناد در ادارات و دفاتر اسناد رسمی

در قانون ثبت بعضی امتیازات برای اسناد ثبت شده منظور گردیده که اسناد عادی و بعضاً اسناد رسمی مندرج در قانون مدنی فاقد آن می‌باشند. ماده ۲۲ قانون ثبت ذکر می‌کند دولت کسی را مالک می‌شناسد که ملک طبق تشریفات و مقررات به نام وی در دفتر املاک ثبت شده است.

بزرگترین امتیاز این گونه اسناد اعتبار خاصی است که قانون به آن داده است.

ماده ۷۰ قانون ثبت در مورد اعتبار اسناد رسمی چنین ذکر می‌کند:

«سندی که مطابق قوانین به ثبت رسیده رسمی است و تمام محتویات و امضاهای مندرجه در آن معتبر خواهد بود مگر اینکه مجعولیت آن سند ثابت شود. انکار مندرجات اسناد رسمی راجع به اخذ تمام یا قسمتی از وجه یا مال یا تعهد به تأدیه وجه یا تسلیم مال مسموع نیست مأمورین قضایی یا اداری که از راه حقوقی یا جزائی انکار فوق را مورد رسیدگی قرار داده و یا به نحوی از انحاء مندرجات سند رسمی را در خصوص رسید وجه یا مال یا تعهد به تأدیه وجه یا تسلیم مال معتبر ندانند به شش ماه تا یک سال انفسال موقت محکوم خواهند شد.

تبصره - هرگاه کسی که به موجب سند رسمی اقرار به اخذ وجه یا مالی کرده یا تأدیه وجه یا تسلیم مالی را تعهد نموده مدعی شود که اقرار یا تعهد او در مقابل سند رسمی یا

۱. از اعتبار افتادن به جهت قانونی مانند ملی شدن اراضی یا قانون زمین شهری و... که بسیاری از اسناد مالکیت در اجرای این مقررات بی‌اعتبار شده‌اند.

عادی یا حواله یا برات یا چک یا سفته، طلبی بوده است که طرف معامله به او داده و آن تعهد انجام نشده و یا حواله یا برات یا چک یا سفته طلب پرداخت نگردیده است این دعوی قابل رسیدگی خواهد بود.»

در ماده ۷۰ قانون ثبت فقط به اسناد ثبت شده در دفاتر اسناد رسمی یکی از موارد مندرج در قانون مدنی توجه دارد.

با توجه به مواد مذکور تردید و انکار به اسناد رسمی قابل قبول نیست و فقط می‌توان در مورد اصالت سند ادعای جعل نمود و آن را اثبات کرد که بار اثبات مجعولیت به عهده مدعی می‌باشد.

در واقع اصل بر صحت اسناد رسمی است مگر جعلیت آن اثبات شود یا قانون آن را از اعتبار ساقط نماید.

اسناد ثبت شده در دفاتر اسناد رسمی نسبت به طرفین معامله و قائم‌مقام قانونی آنها اعتبار دارد.

ماده ۷۱ قانون ثبت، اسناد ثبت شده راجع به معاملات و تعهدات مندرج در آنها نسبت به طرفین یا طرفی که تعهد کرده و کلیه اشخاصی که قائم‌مقام قانونی آنها محسوب می‌شوند رسمی و معتبر می‌داند.

ماده ۷۲ قانون ثبت اعتبار اسناد راجع به اموال غیرمنقول ثبت شده در دفتر املاک که در دفاتر اسناد رسمی تنظیم می‌شود فراتر از طرفین معامله و طرفی که تعهد کرده و کلیه اشخاصی که قائم‌مقام قانونی آنها محسوب می‌شوند معرفی می‌کند و مقرر می‌دارد نسبت به اشخاص ثالث نیز معتبر و رسمی می‌باشد.

ماده ۷۲ قانون ثبت این اعتبار را چنین ذکر می‌کند: «کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقوله که بر طبق مقررات راجع به ثبت املاک ثبت شده است نسبت به طرفین معامله و قائم‌مقام قانونی آنها و اشخاص ثالث دارای اعتبار کامل و رسمیت خواهد بود.»

در قانون اعتبار اسناد مالکیت نسبت به ثالث به صورت عام ذکر شده مانند ماده ۲۲



قانون ثبت که سند مالکیت را در مقابل ادعای هر شخصی معتبر می‌شناسد. به طور کلی مفهوم ماده ۷۲ قانون ثبت از محتوای مواد ۲۲ قانون ثبت مبنی بر اینکه ملاک مالکیت، نام اشخاصی است که در دفتر املاک ثبت شده و دولت (حکومت) تنها این اشخاص را مالک می‌شناسد و ماده ۷۱ قانون ثبت که اعتبار اسناد را نسبت به طرفین معامله و شخص متعهد و قائم‌مقام آنها معرفی می‌کند استخراج و در ماده ۷۲ قانون ثبت مواد ۲۲ و ۷۱ قانون ثبت تلفیق و با متن ماده ۷۲ قانون ثبت ارائه گردیده است. آنچه استنباط می‌شود، اسناد رسمی زمانی نسبت به ثالث معتبر است که در قانون ذکر شده باشد.

ماده ۷۳ در تحکیم بیشتر اسناد رسمی ثبت شده به قضات و مأمورین دیگر دولتی که از اعتبار دادن به این گونه اسناد استنکاف نمایند مسئولیت مدنی و انتظامی را متذکر می‌شود.

ماده ۷۳ قانون ثبت «قضات و مأمورین دیگر دولتی که از اعتبار دادن به اسناد ثبت شده استنکاف نمایند در محکمه انتظامی یا اداری تعقیب می‌شوند و در صورتی این تقصیر قضات یا مأمورین بدون جهت قانونی باشد و به همین جهت ضرر مسلم نسبت به صاحبان اسناد رسمی متوجه شود محکمه انتظامی یا اداری علاوه بر مجازات اداری آنها را به جبران خسارات وارده نیز محکوم خواهد نمود.»

موضوعی که باید توجه شود آن که حسب مورد رونوشت اسناد تنظیمی کاربردهای مختلف دارد و بعضاً دسترسی به اصل سند مقدور نمی‌شود، لذا جهت سرعت عمل در انجام امور حقوقی رونوشت این اسناد، در حکم اصل تلقی می‌شود مگر خلاف صحت آن رونوشت اثبات گردد.

ماده ۷۴ قانون ثبت در این مورد چنین ذکر نموده «سوادی که مطابقت آن با ثبت دفتر تصدیق شده است به منزله اصل سند خواهد بود مگر در صورت اثبات عدم مطابقت سواد با ثبت دفتر»

### امتیاز خاص اسناد تنظیمی در دفاتر اسناد رسمی

یکی از ویژگی‌های خاص اسناد تنظیمی در دفاتر اسناد رسمی، لازم‌الاجرا بودن این اسناد می‌باشد. مفهوم لازم‌الاجرا بودن اسناد مذکور آن است که تعهد مندرج در سند بدون حکم دادگاه مستقیماً به اجرا درمی‌آید. کلیه اسناد ثبت شده در دفاتر اسناد رسمی به شرط آنکه: اولاً در آن سند تعهدی وجود داشته باشد یا به عبارتی دارای طبع اجرایی باشد.

مادامی که ملکی به بیع قطع منتقل و ثمن تحویل بایع و ملک به تصرف مشتری داده می‌شود، لذا دیگر موردی بر صدور اجرائیه نیست، ولی ممکن است همین ملک مورد انتقال واقع شود و بایع تعهد کند در موعد معینی ملک را تحویل خریدار دهد و چک تخلیه تنظیم شود، بدیهی است اجرای تعهد تخلیه در صورت عدم عمل به تعهد، ایجاب می‌نماید تا اجرائیه جهت تخلیه ملک مورد انتقال صادر شود.

ثانیاً باید آن تعهد منجز و صریح و شفاف و روشن باشد هرچند که دفاتر اسناد رسمی مکلف به تنظیم سند منجز هستند به جهت اینکه متعاملین از مزایای لازم‌الاجرا بودن آن اسناد بهره‌مند گردند، ولی در صورت بروز تخلف و تنظیم سند فاقد صراحت و شفافیت، متعهدله آن از این مزایا محروم خواهد بود.

ارزش لازم‌الاجرا بودن اسناد با مثال زیر مشخص می‌گردد:

چنانچه شخصی طبق سند عادی مبلغی به شخصی بدهکار باشد طلبکار برای وصول طلب باید به دادگاه مراجعه و پس از طی مراحل رسیدگی قضایی و صدور و قطعیت حکم، سپس از طریق اجرای احکام مبادرت به صدور اجرائیه نماید در حالی که چنانچه این تعهد در دفتر اسناد رسمی انجام شده باشد مستقیماً از طریق دفاتر اسناد رسمی و اجرای ثبت اقدام خواهد کرد.

در ماده ۹۲ و ۹۳ قانون ثبت در مورد لازم‌الاجرا اسناد مذکور چنین آمده است:

ماده ۹۲ قانون ثبت «مدلول کلیه اسناد رسمی راجع به دیون و سایر اموال منقول بدون احتیاج حکمی از محاکم عدلیه لازم‌الاجرا است مگر در مورد تسلیم عین منقولی که

شخص ثالثی متصرف و مدعی مالکیت آن باشد.»

ماده ۹۳ قانون ثبت «کلیه اسناد رسمی راجع به معاملات املاک ثبت شده مستقلاً و بدون مراجعه به محاکم لازم‌الاجرا است.»

در توجیه لزوم لازم‌الاجرا بودن اسناد مذکور باید نیاز جامعه را ذکر نمود. جامعه به منظور اینکه روابط حقوقی و اقتصادی اجتماعی بین اشخاص از نظم و نسق خاصی برخوردار گردد و اقتصاد در جامعه رونق گیرد و اختلاف و تنازع بر اثر رکود و تأخیر تشریفات رسیدگی قضایی، دچار اختلال نشود نیاز به چنین تمهیداتی دارد.

در همین راستا غیر از اسناد رسمی تنظیمی دفاتر اسناد رسمی، بعضی از سایر اسناد حسب ضرورت جامعه طبق قانون از ویژگی لازم‌الاجرا بوده بهره می‌گیرند مانند چک‌های بانکی یا آرای کمیسیون ماده ۷۷ شهرداری‌ها و یا تصمیمات هیئت مدیره آپارتمان‌ها جهت وصول هزینه شارژ و یا تخلیه محل‌های پذیرایی بین راهی که توسط پایانه‌ها به اجاره واگذار می‌شود. خلاصه آنکه قانون دفاتر اسناد رسمی با ویژگی‌های مربوط که تمامی مفاد آن معتبر است و انکار و تردید نسبت به آن مسموع نمی‌باشد در صورتی که منجز و صریح تنظیم شود موردی بر رسیدگی قضایی ندارد تا حکم صادر و سپس اجرا گردد بلکه چنین اسنادی حاوی حکم محکمه مبنی بر تشخیص تعهد خواهد بود، لذا فقط لازم است که به اجرا درآید.

نکته‌ای که باید توجه داشت آنکه دفاتر ازدواج و طلاق در زمره دفاتر رسمی می‌باشند و تعهدات مندرج در اسناد تنظیمی این دفاتر نیز لازم‌الاجرا می‌باشد.

در خاتمه مطلبی که حائز اهمیت است آنکه هدف وجودی دفاتر اسناد رسمی، تنظیم اسناد معتبر می‌باشد و همه هنر مسئولین دفاتر در همین عبارت «سند معتبر» خلاصه می‌شود و با وجود تشریفات نسبتاً مشکل تنظیم این اسناد از جمله اخذ گواهی از مراجع مختلف و غیره، ولی اشخاص ترجیح می‌دهند اسناد خود را با پرداخت هزینه قابل توجه از قبیل مالیات و حق‌الثبت و حق‌التحریر و غیره، در دفاتر اسناد رسمی ثبت نمایند در حالی

—

که می‌توانند معاملات را به نحو عادی در حداقل زمان و بدون تشریفات انجام دهند. ماده ۶۸ قانون ثبت به تنظیم اسناد معتبر در دفاتر اسناد رسمی عنایت خاص دارد و علاوه بر مسئولیت‌ها انتظامی و کیفری به مسئولیت مدنی مسئولین دفاتر نیز اشاره می‌کند و مقرر می‌دارد «هرگاه سندی به واسطه تقصیر یا غفلت مسئول دفتر از اعتبار افتاده باشد مسئول مذکور باید علاوه بر مجازات‌های مقرر از عهده کلیه خسارات وارد نیز برآید.» نتیجه آنکه دفاتر اسناد رسمی باید دقت نمایند اسناد را برابر مقررات منجز و صریح تنظیم نمایند تا از اعتبار لازم برخوردار باشند و موجبی بر بی‌اعتباری آن نباشد.

ترجمه

—

## امضاهای دیجیتالی، گواهی امضاهای الکترونیکی و تجارت الکترونیک

نوشته: (۱) برایان گلادمن: مشاور امنیت اطلاعات (انگلیس)

(۲) کارل الیسون: متخصص شرکت اینتل (آمریکا)

(۳) نیکلاس بوهم: مشاور حقوقی (انگلیس)

مترجمان: (۱) سلیمان فدوی<sup>۱</sup>

(۲) محمد رضا ملکی<sup>۲</sup>

### ۱- مقدمه

در رمزنگاری، آن گونه که از ۳۵۰۰ سال پیش تا اواسط دهه ۱۹۷۰ مرسوم بوده است، از رمزی استفاده می‌شد که هم رمزگذار و هم رمزگشا از آن آگاه بودند. هرکس که این رمز را در اختیار داشت، می‌توانست یکی از دو کار را انجام دهد (اصطلاحاً به رمز یاد شده کلید گفته می‌شد). در رمزنگاری با کلید عمومی، دو کلید متفاوت وجود دارد که یکی از آنها برای رمزگذاری بر روی داده‌ها و دیگری برای گشودن همان رمز مورد استفاده قرار می‌گیرد. در حالی که یکی از این کلیدها محرمانه و خصوصی نگه‌داشته می‌شود، دیگری برای اطلاع عموم انتشار خواهد یافت. سیستم مذکور چنان طراحی شده است که اطلاع از کلید عمومی، به تنهایی موجب تعیین ارزش کلید اختصاصی نخواهد شد.

۱. سردفتر دفترخانه ۴۴۳ تهران و عضو هیئت علمی دانشکده حقوق.

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد (حقوق تجارت بین الملل) دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

به طور طبیعی چنین فرض می‌شود که کنترل کلید اختصاصی تنها در اختیار یک نفر است که در اینجا اختصاراً به او **دارنده کلید** می‌گوئیم. رمزنگاری با کلید عمومی می‌تواند هم به منظور ویژگی محرمانه بودن و هم برای ساخت امضاهای الکترونیکی به کار رود. محرمانه بودن وقتی تجلی می‌یابد که کلید رمزگشا، خصوصی و محرمانه نگاه داشته شود و کلید رمزگذاری به طور عام برای مردم افشا گردد. به نحوی که هرکس بتواند کلید عمومی را در اختیار داشته و هر پیامی را رمزگذاری نماید، لیکن فقط دارنده کلید اختصاصی است که قادر به گشودن آن خواهد بود.

با داشتن یک امضای دیجیتالی که به طور صحیح تأیید گردیده باشد، متوجه می‌شویم که پیام امضاء شده پس از امضاء تغییر نیافته و تثبیت امضاء با یک کلید اختصاصی معین صورت گرفته است.

## ۲- امضاهای دیجیتالی

برای ساخت امضاء الکترونیکی، به یک جفت کلید نیاز خواهیم داشت. یک کلید رمز به صورت دیجیتالی که برای امضاء انواع داده‌ها استفاده می‌شود و یک کلید عمومی تأیید امضاء دیجیتالی که دیگران آن را به کار می‌برند تا یقین حاصل نمایند که امضاء دریافتی با کلید امضاء مربوطه ساخته شده است.

هر چند اصطلاح «امضاء» هم برای امضاهای دست نویس و هم برای امضاهای دیجیتالی به کار می‌رود، لیکن در عمل، این دو امضاء ویژگی‌های کاملاً متفاوتی با یکدیگر دارند. هرگاه سندی که به نحو دیجیتالی امضاء شده باشد، به هر شکلی مخدوش گردد، امضاء ذیل آن تأیید نخواهد شد. با این وجود، کلید اختصاصی سازنده امضاء ممکن است مورد استفاده هر کسی قرار گیرد که به آن دست یابد. این واقعیت باعث می‌شود تا امضاء دیجیتالی شبیه به مهر گردد.

از سوی دیگر، امضاء دست نویس با صاحب خود ارتباطی زیست شناختی دارد اما استفاده از آن بر روی یک سند مانع تغییر پنهانی سند توسط امضاء کننده نمی‌شود. امضاء مکتوب مدرکی است دال بر تأیید سند توسط صاحب امضاء آن، حال آنکه امضاء دیجیتالی دلیلی بر عملکرد یک کلید اختصاصی بر روی سند می‌باشد.



امضاء دیجیتالی است که به ما می‌گوید یک سند دیجیتالی از زمان امضاء به بعد تغییر کرده یا نکرده است. با این وجود در صورت فقدان اطلاعات بیشتر، امضاء دیجیتالی مؤید مشارکت شخص خاصی در فرآیند امضاء کردن نیست. اگر کلید رمز گواهی امضاء به تنهایی در اختیار یک نفر باشد می‌توان این‌گونه فرض کرد که امضاء، نماینده رضایت همان فرد است و اسناد امضاء شده توسط کلید رمز حقیقتاً توسط فرد مورد نظر امضاء شده است. این ساز و کار بسیار شبیه نحوه عملکرد ماشین نویسی چک است. تا زمانی که به خوبی از ماشین حفاظت شود و تنها امضاء کنندگان مجاز به آن دسترسی پیدا کنند، امضاء ماشینی می‌تواند مبین امضاء انسانی باشد که جایگزین آن شده است. با این وجود احراز این نکته که کلید امضاء در زمان یک امضاء خاص، تحت کنترل فرد معینی قرار داشته و اینکه آن شخص واقعاً می‌دانسته که با این کلید چه چیزی را امضاء می‌کند فرآیند دشواری است.

#### ۱-۲) شناسایی دارنده کلید:

اگر فردی که او را می‌شناسیم و به وی اعتماد داریم کلید تأیید امضاء خود را در اختیارمان بگذارد می‌توانیم کلید مذکور را با هویت او مرتبط سازیم. البته اگر اطمینان داشته باشیم که تنها همان فرد به کلید دسترسی دارد. تحت چنین شرایطی می‌توانیم نام یا هر مشخصه دیگر را که از نظر ما مبین هویت طرف مقابل است، با کلید تأییدی که در اختیارمان گذاشته می‌شود، مرتبط سازیم. البته بعداً خواهیم دید که می‌توان از این طریق اطلاعات زیادی را با کلید رمز گواهی امضاء مرتبط ساخت.

اگر ناشناسی بخواهد کلید تأیید امضایی را که مبین امضایش است، در اختیارمان قرار دهد، اطلاعات ما بسیار کمتر خواهد بود. ما می‌توانیم متنی را به وی بدهیم تا امضاء کند و چنانچه امضایش معتبر باشد، در این صورت می‌توانیم نتیجه بگیریم که وی به کلید رمز امضاء دسترسی دارد اما نمی‌دانیم که آیا دیگران نیز همین کلید رمز را دارند یا خیر؟ بنابراین از استفاده انحصاری آنها از این کلید، اطمینان نخواهیم داشت، به علاوه چون وی را کاملاً نمی‌شناسیم، فرد ناشناس می‌تواند ادعا کند که همان شخص معین است مگر اینکه بدشانس بوده و خود را جای شخصی معرفی نماید که ما وی را کاملاً می‌شناسیم. در

مجموع دشوار است که بتوان از هویت مالک کلید تأیید امضاء اطمینان حاصل نمود مگر اینکه کلید را از کسی دریافت کنیم که وی را می‌شناسیم و به وی اعتماد داریم.

### ۳- گواهی امضاهای دیجیتالی

همان‌گونه که گفتیم، اگر دوستی کلید تأیید امضاء خود را به ما بدهد می‌توانیم کلید تأیید را با نام وی مرتبط نموده و به یاد آوریم که کلید امضاء خاصی در اختیار آن دوست است. از این طریق هر سندی که دوستان با چنین امضایی ارسال دارد می‌توان کنترل شده محسوب و صحت انتساب آن را به وی تأکید کرد. ممکن است ما کلید تأیید امضای دوستان را به سایرین نیز بدهیم تا آنها هم بتوانند صحت امضاء ذیل سند ارسالی را تأیید نمایند. برای حفاظت از رابطه منطقی میان کلید تأیید امضاء و نام دارنده آن می‌توان ترکیب کلید - نام را برای ثبت منشأ امضاء در جایی ذخیره نمود و یک امضاء دیجیتالی از طرف خود به آن ضمیمه نماییم.

گواهی امضاء الکترونیکی در حقیقت ترکیب امضاء شده کلید تأیید امضاء و نام یا هر مشخصه دیگر دارنده کلید رمز (که مبین هویت وی است) را در بر دارد. از طریق گواهی امضاء الکترونیکی، حتی اگر شخصی کلید تأیید امضاء را مستقیماً از ارسال کننده سند حاوی امضاء دریافت نکرده باشد، می‌تواند با استفاده از گواهی امضاء الکترونیکی از صحت انتساب امضاء به صاحب آن مطمئن گردد. هنگامی که مبادرت به صدور گواهی امضاء الکترونیکی می‌نمائیم، در واقع چنین اظهار می‌داریم که از نظر ما، نام درج شده در گواهی امضاء متعلق به کلید رمز امضاء مربوطه شخص تنظیم کننده سندی است که امضاء دیجیتالی اولیه به وی منتسب گردیده است و بدین صورت گواهی امضاء مبین گواهی هویت گردد. شخصی که از گواهی امضاء برای تشخیص هویت ارسال کننده سند استفاده می‌کند ممکن است بخواهد اطمینان حاصل کند که تنها ارسال کننده به کلید اختصاصی رمزگذاری امضاء دسترسی دارد، چون کنترلی بر این مسئله نداریم، لذا نمی‌توانیم استفاده انحصاری فرستنده سند از کلید اختصاصی را تضمین کنیم و به همین دلیل، گواهی امضاء الکترونیکی متضمن چنین ادعایی نیست. در اینجا باید میان اعتماد به امضاء و اعتماد به صاحب امضاء قائل به تفکیک شد.

امضای دیجیتالی، در شرایط مطلوب، این اطمینان را به وجود می‌آورد که شخص یا موسسه معینی، داده‌ای را امضاء نموده است، اما صرف امضاء بیانگر نکته‌ای در باب قابلیت اعتماد به امضاء کننده نمی‌باشد، این امر درباره امضاهای عادی نیز مصداق دارد. البته در امضاهای سنتی، امضاء بیش از آنکه با سند مرتبط باشد با صاحب خود ارتباط دارد، حال آنکه امضاء دیجیتالی ویژگی‌های متضادی دارد و بیشتر با سند مرتبط است. دلیل این امر نیز آسانی نشر کلید تأیید امضاء دیجیتالی و ادعای تعلق آن به دیگری و گریز از مسئولیت در قبال آن است.

گواهی امضاء سبب می‌شود تا مشکل ناشناس بودن فرستنده سند حاوی امضاء دیجیتالی تا حدی برطرف شود. در تشریح این مطلب می‌توان عنوان داشت چون به کسانی که آنها را می‌شناسیم، اعتماد داریم و چون کلید تأیید امضایی را که در اختیارمان می‌گذارند، حمل بر صحت می‌کنیم، بنابراین کسان دیگری که به پشت گرمی گواهی امضایی که ما صادر می‌نماییم (به لحاظ اعتمادشان به ما) به کسانی که ما آنها را تأیید می‌کنیم نیز اعتماد می‌کنند، بدین ترتیب شبکه‌ای از اعتماد متقابل شکل می‌گیرد. اما این موضوع، همه مشکلات را حل نمی‌کند چرا که ممکن است به سبب عدم شناخت فردی، گواهی امضاء او را نیز قابل اعتماد نشماریم.

ما می‌توانیم مصر باشیم که گواهی امضاها نیز باید امضاء شوند اما ناگزیر، این روند باید در جایی متوقف شود و در انتهای این سلسله، یک کلید تأیید امضای امضاء نشده قرار بگیرد. معمولاً کلید آخر، **کلید ریشه خوانده** می‌شود و باید به دنبال راهی بود تا بتوان قابلیت اعتماد به آن را تضمین کرد (این مساله متعاقباً مورد بحث قرار خواهد گرفت) در نهایت، گواهی امضاء دیجیتالی مجموعه‌ای از داده‌ها است که با یک کلید امضاء دیجیتالی تأیید شده است.

دارنده کلید امضاء، تأیید کننده صحت و اعتبار محتوای گواهی امضاء می‌باشد و هر جا که کلید ریشه تأیید امضاء موجود باشد، صحت ویژگی‌های مذکور به گونه‌ای مشخص تر برای کلید رمز امضاء که با این کلید تأیید امضاء مرتبط است، تضمین می‌گردد. آسیب پذیری امضاهای دیجیتالی و نحوه استفاده از آنها، در پاره‌ای از موارد، عملاً به

معنای ناکار آمدی گواهی‌های یاد شده خواهد بود که باید در طراحی سیستم‌های استفاده کننده از آنها لحاظ گردد. یکی از کاربردهای گواهی امضاء که پیشتر به آن اشاره شد، گواهی ارتباط یک نام با یک کلید معین است. در اینجا گواهی شامل کلید تأیید مرتبط با اطلاعاتی خواهد بود که به دارنده کلید اجازه می‌دهد تا مورد شناسائی قرار گیرد. شخص امضاء کننده چنین متنی، ممکن است تضمین کند که فرد شناسائی شده به کلید رمز امضاء مرتبط با کلید تأیید عمومی موجود در گواهی‌ها دسترسی داشته باشد. امضاء کننده همچنین ممکن است ادعا کند که نامبرده همان شخص شناسائی شده‌ای است که کلید اختصاصی را در اختیار دارد. جزئیات مطالب ادعایی وی ضمن یک گواهی به اطلاعاتی وابسته خواهد شد که خارج از خود گواهی قرار دارد و نوعاً به آن اظهارنامه نحوه عملکرد گواهی گفته می‌شود.

برای کنترل اعتبار امضاء دیجیتالی لازم است یک کلید تأیید قابل اعتماد در اختیار داشته باشیم. چنین کلیدی ممکن است فعلاً موجود باشد که در این صورت تأیید امضاء فوراً صورت می‌پذیرد. با این وجود اگر کلید تأیید امضاء در قالب یک گواهی ارائه شود، اعتبار امضاء روی متن مورد گواهی باید کنترل شود. در چنین مرحله‌ای احتمال دارد که این روند بارها تکرار شود چون تأیید امضاء روی متن مورد گواهی، خود به گواهی دیگری نیاز دارد.

در نهایت ما باید به کلیدی دسترسی پیدا کنیم که بدانیم می‌توان به آن اعتماد کرد و یا نیازی به امضاء مجدد نباشد. در صورت اخیر یک راه کنترل اعتبار امضاء، درج کردن آن در کتابی است که به طور گسترده در دسترس عموم باشد. اخیراً برای تحقق این منظور، مجموعه ای تحت عنوان **ثبت جهانی کلیدهای قابل اعتماد** منتشر شده است.

#### ۴- انواع گواهی امضاهاى الكترونيكى

##### ۴-۱- گواهی امضاء هویتی

گواهی امضاء هویتی نوعی از گواهی امضاء الکترونیکی است که از ترکیب کلید تأیید امضاء و اطلاعات کافی جهت شناسایی دارنده کلیدی که انتظار می‌رود استفاده کننده انحصاری آن باشد، ساخته می‌شود. این نوع گواهی امضاء از آنچه که در بدو امر به نظر

می‌رسد، ابهام آمیز تر بوده و بعداً به تفصیل در مورد آن بحث و گفتگو خواهد شد.

#### ۲-۴- گواهی امضاء عضویت

در چنین گواهی امضایی، بدون اینکه هویت دقیق فرستنده سندی تصدیق گردد، عضویت وی در گروه یا سازمانی خاص تأیید می‌شود. بسیار پیش می‌آید که امضاء خاصی برای تجویز یک معامله ضروری است، اما هویت امضاء کننده اهمیت چندانی ندارد. این گواهی نشان می‌دهد که دارنده کلید رمز امضاء مثلاً پزشک یا وکیل است. دارو سازان برای فروختن دارو به مراجعین، نیاز به گواهی پزشک دارند اما نیاز ندارند بدانند کدام یک از اطباء مجازند تا ذیل نسخه را امضاء نمایند.

در این مثال امضاء کننده هر که باشد، حق تجویز فروش و تحویل دارو را دارا است و هویت وی تأثیر چندانی در موضوع ندارد. گواهی عضویت هم‌چنین می‌تواند گواهی مجوز تلقی شود، ممکن است چنین تصور شود که کلید رمز پزشک بدون درج هویت وی ممکن است اختیار وی در صدور نسخه‌های پزشکی را زیر سؤال برد. با این وجود چنین گواهی امضایی حاوی هویت دارنده کلید نیست، صادر کننده گواهی از هویت وی با خبر است و در صورت نیاز امکان شناسایی وی وجود دارد.

#### ۳-۴- گواهی امضاء مجوز

در این نوع گواهی امضاء، مقام صادر کننده با امضاء خود عملی را مجاز می‌دارد. مثلاً بانکی با صدور گواهی امضاء، برداشت وجه از حساب شماره معینی را اجازه می‌دهد. از همین راه است که برخی از موسسات، دسترسی به صفحات اینترنتی مربوط به خود را کنترل می‌کنند. یعنی تنها به کسانی گواهی مجوز می‌دهند که مبلغ مورد درخواست آنها را پرداخت کرده باشند. در این روش مشتری با وارد کردن نام کاربر، رمز عبور یا رمز ورودی که از طرف موسسه یا شرکت در اختیارش قرار گرفته، به صفحه مورد نظر دسترسی می‌یابد.

در اینجا، هویت دارنده گواهی امضاء، نه تنها اهمیت چندانی ندارد، حتی ممکن است درج آن نامطلوب هم باشد. مثلاً در انتقال الکترونیکی پول نقد، چنانچه بخواهیم الگوی پول سنتی را که معرف میزان معینی از ارزش اقتصادی بدون توجه به منشأ آن است مبنای کار خود قرار دهیم، نباید هویت دارنده گواهی را مد نظر قرار دهیم. در عملیات بانکی

ممکن است گواهی هویت برای افتتاح حساب مورد استفاده قرار گیرد اما گواهی امضاء، حاوی اطلاعات و داده‌هایی مشعر بر هویت دارنده گواهی نخواهد بود. برای احراز هویت وی، بانک می‌تواند با مراجعه به بانک‌های اطلاعاتی خود، نام دارنده شماره حساب معین و کلید مربوط به وی را معین نماید.

قراردادن نام یا سایر مشخصات دارنده در گواهی امضاء، عملاً نامطلوب است، زیرا این حالت باعث می‌شود تا با پاره‌ای از خطرات اضافی مواجه گردند. مثلاً از آنجا که گواهی‌های امضاء در سیستم بانکی جا به جا می‌شوند، لذا همراه داشتن هویت دارنده گواهی، سبب می‌شود تا سایر بانک‌ها از فهرست مشتریان بانک صادر کننده گواهی مجوز آگاهی یابند. مضافاً، قوانین مربوط به حفاظت از حریم خصوصی اشخاص ممکن است چنین روش‌هایی را منع کنند. زیرا بانک صادر کننده گواهی، در عمل بدین وسیله اطلاعات شخصی دارنده را در اختیار اشخاص ثالث می‌گذارد.

هر چند ممکن است استدلال شود که راه‌هایی برای کنترل چنین خطراتی وجود دارد با این حال بهترین شیوه، عدم درج اطلاعات شخصی در گواهی‌های مجوز است. این نکته بیانگر یک اصل بنیادین در گواهی امضاء است، بدین شرح که اطلاعات موجود در گواهی‌ها منحصراً به اندازه رفع ضرورت و نه بیشتر از آن درج می‌گردد. این بدان معنا است که گواهی‌های خاص که برای مصارف معین طراحی شده اند بیشتر از گواهی‌های عمومی که سهل الوصول و چند منظوره هستند، کارایی دارند.

#### ۵- طرف‌های گواهی امضاء

عموماً سه طرف در فرآیند استفاده از گواهی امضاء دخیل و ذی‌نفع هستند اول: طرف درخواست کننده؛ که به گواهی امضاء نیاز دارد و آن را برای بهره‌مندی دیگران عرضه می‌دارد. درخواست کننده معمولاً تمام یا بخشی از اطلاعات موجود در گواهی امضاء را ارائه می‌کند. دوم: طرف صادر کننده؛ که گواهی امضاء را پس از وارد کردن اطلاعات یا کنترل صحت آنها امضاء دیجیتالی می‌کند. سوم: طرف یا طرف‌های تأیید کننده؛ که گواهی امضاء را معتبر شناخته و به آن اعتماد می‌کنند. مثلاً شخص درخواست کننده، مدارک کتبی مبین هویت خویش را به یک بنگاه دولتی می‌دهد. بنگاه که در اینجا صادر کننده است، گواهی

هویتی صادر می‌نماید که هرگاه درخواست کننده بخواهد حساب بانکی باز کند، مورد اعتماد بانک یا مرجع تأیید کننده قرار می‌گیرد. گاه به جای طرف تأیید کننده از اصطلاح طرف اعتماد کننده، استفاده می‌شود که می‌تواند گمراه کننده باشد، زیرا شخص بدواً مندرجات گواهی را تأیید و سپس به آن اعتماد می‌کند.

مثلاً در یک معامله که از طریق کارت‌های اعتباری صورت می‌گیرد، ممکن است گروه زیادی بر محتوای کارت اعتماد کنند، اما مراجع اندکی اعتبار آن را کنترل می‌کنند. پس طرف تأیید کننده شخصی است که ابتدا صحت و اعتبار گواهی را تأیید و متعاقباً بدان اعتماد می‌کند نه شخصی که بدون احراز چنان اعتباری صرفاً بر مبنای آن عمل می‌کند. البته طرف‌های گواهی امضاء، بسته به نوع معامله، ممکن است متفاوت باشند اما الگوی عمومی همان است که شرح دادیم.

#### ۶- گواهی امضاهای الکترونیکی ( بسته و باز )

در بسیاری از موارد، طرف‌های مرتبط با گواهی امضاء الکترونیکی آن را در چارچوبی وسیع‌تر از روابط قراردادی خود مورد استفاده قرار می‌دهند. به عنوان مثال هر گاه یک مشتری مبادرت به افتتاح حساب بانکی نماید، میان وی و بانک، در خصوص نحوه فعال کردن حساب، قراردادی منعقد می‌شود. در چنین شرایطی وقتی گواهی امضاء دیجیتالی مورد استفاده می‌گیرد، قرارداد موجود میان طرفین می‌تواند شرایط استفاده از گواهی امضاء نظیر مسائل مربوط به مسئولیت در قبال وقایع نامطلوب را پیش بینی و مقرر بدارد. مثال فوق نمونه ای از گواهی امضاء بسته می‌باشد که در آن همه طرف‌های دخیل تحت التزام یک رابطه قراردادی موسع فعالیت می‌کنند.

در مقابل، گواهی امضاء باز نوعی از گواهی امضاء است که یکی از طرف‌های ذی مدخل ( معمولاً طرف تأیید کننده ) در هیچ‌یک از توافقات راجع به استفاده از گواهی امضاء شرکت ندارد. مثلاً میان پزشک و نهاد حرفه ای که برای وی گواهی عضویت صادر می‌کند، معمولاً رابطه قراردادی وجود دارد، اما بیمار که در صورت جعلی بودن گواهی، در معرض خطر قرار می‌گیرد هیچ رابطه قراردادی برای استفاده از گواهی ندارد. این مثال نوعی از گواهی امضاء است که طرف متکی بر گواهی مجوز ممکن است در معرض خطر باشد

اما هیچ مبنای توافق شده ای برای مطالبه خسارت نداشته باشد. تأیید کننده گواهی امضاء باز، دشواری‌های متفاوتی پیش روی خود دارد. اولاً: نمی‌تواند فوراً اطمینان یابد که گواهی امضاء قابل اعتماد است و یا اینکه گواهی مجوز اصولاً به طور دقیق برای چه منظوری صادر شده است. تأیید کننده ممکن است هویت نهاد صادر کننده گواهی مجوز را بشناسد اما ممکن است از میزان دقت اعمال شده در صدور گواهی مجوز و کاربرد دقیق آن بی اطلاع باشد. ثانیاً: چون وی طرف هیچ یک از قراردادهای ناظر بر استفاده از گواهی مجوز نیست، لذا نمی‌تواند از میزان مسئولیت دارنده گواهی مجوز مطلع شود، هر چند ممکن است پاره ای از این مسائل در متن گواهی ذکر شده باشد، به هر حال اطلاع کامل از آنها مستلزم کاوشی توان فرسا است.

هم‌چنین ضرورت دارد که بدانیم آیا مفاد قانونی که در حوزه قضائی محل صدور گواهی مجوز قابلیت اجرائی دارند، در حوزه صلاحیتی محل استفاده گواهی مذکور نیز قابل اعمال هستند تعارض قوانین و رویه‌ها در این زمینه موجب تحدید هر چه بیشتر استفاده از گواهی امضاهای باز خواهد شد. مقامات صادر کننده گواهی مجوز تلاش دارند تا چارچوب‌های متحد الشکلی را تدوین نمایند اما تازگی و ناشناختگی این مفهوم نوظهور نیازمند گذشت زمان قابل توجهی است. مضافاً این برداشت هر روز تقویت می‌گردد که گواهی امضاهای باز برای تجارت الکترونیک ضروری نبوده و گواهی امضاهای بسته به خوبی خلاً آنها را پر خواهند کرد.

## ۷- اعتماد و اطمینان به امضاها و گواهی امضاهای الکترونیکی

### ۱ - ۷- اعتماد و اطمینان به گواهی امضاء

ضروری است میان اعتبار یک امضاء و اعتبار داده‌های سندی که امضاء شده قائل به افتراق شویم. حقیقت این است که امضای درج شده بر روی سند، می‌بایست تا حدودی تضمین کننده صحت هویت محتویات سند باشد اما این بدان معنا نیست که مفاد سند به گونه غیر قابل انکاری صحیح هستند، لذا همیشه امکان جعل داده‌های موجود در سند وجود دارد. به علاوه ممکن است ساز و کارهای اجرائی صدور گواهی امضاء مختل شده باشد.



در اکثر گواهی‌های هویت، کلید تأیید امضاء با نام شخص یا شیء پیوند می‌خورد. این کار با ایجاد یک نام و یا رشته‌ای از حروف و اعداد انجام می‌شود و متضمن نواقص بسیاری است که اگر نام انتخاب شده منحصر به فرد نباشد، تضمینی وجود ندارد که اگر گواهی معتبر باشد، لزوماً کلید امضاء مربوط نیز معتبر خواهد بود، زیرا ممکن است این کلید امضاء متعلق به نام مشابه دیگری باشد. در عمل صادر کننده و تأیید کننده گواهی امضاء از مجموعه اسامی شناخته شده‌ای استفاده می‌کنند اما تضمینی وجود ندارد که این اسامی مربوط به همان اشخاص مورد نظر باشند. به عنوان مثال جان اسمیتی که صادرکننده گواهی امضاء می‌شناسد ممکن است با جان اسمیتی که تأیید کننده می‌شناسد متفاوت باشد. حتی بدتر از آن، ممکن است اطلاعات اضافی نظیر نام و تاریخ تولدی که صادر کننده برای ساختن یک اسم منحصر به فرد از آن بهره می‌برد، در اختیار تأیید کننده نباشد، در نتیجه وقتی تأیید کننده، برای تأیید امضاء جان اسمیت درخواست گواهی می‌کند، تعدادی از گواهی امضاهای قابل اعتماد را دریافت خواهد کرد که به هیچ‌کدام نمی‌تواند اعتماد کند، زیرا نمی‌داند کدام یک را مورد استفاده قرار دهد.

اگر از گواهی امضایی که بیش از همه احتمال صحتش را می‌دهد، استفاده کند، در فرایند مستحکم رمز نگاری، نوعی گمانه زنی انسانی ذی مدخل می‌گردد. گواهی امضایی که امضاء را به داده‌های زیست شناختی مرتبط می‌نمایند، بسیاری از این مشکلات را حل خواهند نمود اما توسعه نیافتگی زیر ساخت‌های ایجاد چنین امضاهایی دورنمای استفاده وسیع از آنها را در مقطع کنونی غیرملموس می‌سازد.

به همین جهت احراز هویت دشوارتر از آن است که در اولین نگاه به نظر می‌آید اما تحلیل دقیق تر نشان می‌دهد که اصولاً احراز هویت در بسیاری از مواقعی که ما انتظار داریم مورد نیاز نیست، هر چند بخشی از کارکرد احراز هویت بر عهده گواهی امضاء است لیکن چنین پدیده‌ای هرگز نمی‌تواند به تنهایی از پس این کار برآید.

به علاوه اگر با کلید مجهول المالکی روبه رو شویم باید به سایر زیر ساخت‌های گواهی امضاء دسترسی یابیم تا بتوانیم مالکش را پیدا کنیم اما هم اینکه چنین عملی را انجام دادیم نه تنها باید به آنچه که نزدیک و در دسترس ما است، اعتماد کنیم بلکه باید

به طراحی، عملکرد و نحوه فعالیت چنین زیر ساختی نیز اعتماد داشته باشیم. حرکت از سمت اعتماد به مالک به سوی اعتماد به یک زیر ساخت بزرگ، گام بسیار بلندی است که آسیب‌های امنیتی جدیدی را مطرح می‌سازد. بنابراین جای تعجب نیست که متخصصین به طور جزئی برنامه‌هایی را بررسی نمایند که بتوان آنها را چنان مهندسی نمود که نیاز به چنین زیر ساخت‌های حجیمی از بین برود.

در حال حاضر باوری در حال قوت گرفتن است مبنی بر اینکه بسیاری از برنامه‌های مربوط به امضاها دیجیتالی می‌توانند با موفقیت به گونه‌ای طراحی شوند که به زیر ساخت‌های موجود نیازی نباشد.

## ۲-۷- اعتماد و اطمینان در کلید رمزهای گواهی امضاء

جذابیت مراجع گواهی کننده و اشخاص ثالث ذی‌نفع در صدور گواهی امضاها الکترونیکی، باعث گردیده تا از یاد ببریم که امضاها دیجیتالی دربرگیرنده چیزی بیش از گواهی امضاء هستند. گواهی امضاها فقط اعتماد و اطمینان در خصوص اجزای عمومی جفت کلید رمز را فراهم می‌آورند و اطمینانی در مورد سایر حلقه‌های این رشته، یعنی کلید رمز امضاء، ایجاد نمی‌کنند. با وجود مراجع گواهی کننده معتبر، ممکن است امضاء هیچ ارزشی نداشته باشد چراکه تضمینی درباره محیط مجازی که امضاء در آن ساخته، ذخیره و استفاده شده است، وجود ندارد.

برای اعتماد به امضاء دیجیتالی نه تنها باید مالکیت استفاده کننده بر کلید تأیید امضاء احراز شود بلکه باید بر استفاده انحصاری وی از کلید رمز امضاء نیز آگاه باشیم. باید یادآور شد که در اینجا نگرانی‌هایی وجود دارد. به عنوان مثال، ممکن است مالک کلید رمز امضاء با بی‌دقتی آن را برای دیگران افشاء کند یا رایانه وی از امنیت لازم برخوردار نباشد یا کسی کلید رمز را سرقت کند و نیز ممکن است پس از اینکه کاربر کلید رمز را فعال کرد، کسی بتواند به رایانه وی دسترسی فیزیکی پیدا کند و از کلید استفاده نماید یا اینکه خود کاربر چیزی را امضاء کند اما بعد پشیمان شود و با انتشار کلید رمز امضاء خود عملاً آن را از حیز انتفاع ساقط نماید.

تفکیک این مورد از سرقت کلید رمزهای امضاء بدون تقصیر مال باخته ناممکن است

و نباید کاربر را به خاطر آنچه توان جلوگیری از آن را ندارد، تنبیه نمود. امضاهای دیجیتالی ممکن است بدون دسترسی به کلید رمزهای امضاء هم قابل جعل باشند. ترکیب همین الزامات چالش‌های عظیمی را فرا روی وی قرار می‌دهد که بسیاری باور دارند تفوق بر آنها ورای سطح فناوری‌های موجود است. ساز و کارهای نرم افزار محوری برای ذخیره کلیدهای رمز، ناتوان از تأمین سطح امنیتی مورد نیاز هستند و این بدان معنا است که حفاظت‌های سخت افزاری نیز برای کسب اطمینان از اصالت امضاهای الکترونیکی ضروری است.

کارت‌های هوشمند گرچه یکی از گزینه‌های موجود هستند اما از استحکام لازم برای کلید گذاری برخوردار نبوده و در برابر حملاتی که ممکن است منجر به افشای کلید رمز شود نیز مصونیت ندارند. اگر کلید رمز در جای دیگری تولید و بعداً به کارت هوشمند منتقل گردد، این حقیقت که داده‌ها در دو جا وجود دارند، امکان کپی برداری و جعل را افزایش می‌دهد، در یک موقعیت ایده‌آل ممکن است کلید رمز را در خود کارت قرار داد و داده‌هایی که قرار است امضاء شوند بعداً به همان کارت وارد شده و امضاء شوند، بدین ترتیب کلید رمز هرگز از کارت جدا نخواهد شد و این داده‌ها هستند که برای امضاء به کارت اضافه می‌شوند.

از این طریق حتی دارنده کارت نیز از کلید رمز آگاه نمی‌گردد. متأسفانه این بدان معناست که پردازشگر موجود در کارت باید به قدری قوی باشد که بتواند حجم گسترده‌ای از اطلاعات ورودی را بدون تاخیر قابل ملاحظه، ذخیره سازی، پردازش و امضاء نماید که این امکان فعلاً وجود ندارد. مشکل دیگر کارت‌های هوشمند و سایر جایگزین‌های پیشنهادی این است که توجهی که نسبت به مسائل مربوط به مسئولیت و قانونگذاری راجع به مراجع گواهی کننده مبذول گردیده، درباره سایر گزینه‌ها اعمال نشده است.

این امر موجب شگفتی است، چرا که خطرات نهفته در ساز و کارهای جایگزین، بیشتر شده و غلبه بر آنها دشوارتر است. ممانعت کاربران از رجوع از امضاء خود، واقعیت و نیاز غیر قابل انکاری است که به سختی بتوان تا مدتی پاسخی برای آن یافت. در نتیجه برنامه‌های عملی سازنده امضاهای دیجیتالی باید با وجود امکان رجوع از امضاء فعال گردند. فقدان

ویژگی‌هایی نظیر قابل رجوع بودن، به معنی ناکارآمدی امضاهای دیجیتالی نیست. کارت‌های اعتباری هم به کاربران اجازه می‌دهند تا موارد خاصی را در صورت حساب ماهیانه نپذیرند اما این به معنای عدم کارایی کارت‌های اعتباری نیست. به علاوه کلید اتومبیل و منزل هم بدون اینکه حامل مفهوم عدم قابلیت رجوع باشند، به عنوان ابزارهای کنترل و دسترسی کاربرد بسیار زیادی دارند.

### ۳-۷- اعتماد و اطمینان نسبت به امضاء

در امضاء سنتی، شخص سند را می‌بیند و با خودکار آن را امضاء می‌کند اما این فرایند در امضاء دیجیتالی پیچیده تر است. معمولاً کارتی هوشمند به ورودی سخت افزاری که متصل به کامپیوتر است، داخل شده و کلید رمز داخل آن به سندی که روی نمایشگر است منتقل گردیده و آن را امضاء می‌کند. اما دارنده کلید می‌بایست از کجا بداند که امضاء او ذیل همان سندی است که روی نمایشگر درج شده نه بر روی سندی دیگر؟ یا دارنده کلید رمز از کجا می‌تواند مطمئن باشد که کلید رمز به گونه‌ای در جایی ذخیره نشده که امکان جعل آن را برای سایر کاربران همان رایانه فراهم آورد و اگر در نقطه پایانی، یک قرارداد فروش می‌بایست گواهی گردد، مشتری یا تاجر چگونه می‌بایست بداند که پایانه کامپیوتر به نحوی طراحی نشده که یکی از آنها یا هر دوی آنها را فریب دهد؟

فرایند امضاء دیجیتالی در مقایسه با امضاهای سنتی دست نویس، تبیین دو شعار حصول اطمینان از صحت گواهی امضاء و دقت آن را نیز دشوار می‌سازد. اگر این موضوع در دادگاه طرح شود اثبات اعتبار فرایند امضای دیجیتالی کار آسانی نخواهد بود. چک کردن امضاء مندرج بر یک سند، بخش مهمی از فرایند تأیید امضاء است و این بدان معناست که پایانه‌های تأیید امضاء، نیاز به دسترسی به تعدادی از کلید تأیید امضاء دارند.

همان گونه که پیشتر نیز گفتیم همواره در انتهای مجموعه گواهی‌ها، کلیدی وجود دارد که نمی‌تواند امضاء شود و قابلیت اعتماد به آن کلید می‌بایست از راه دیگری احراز گردد. بنابراین تمامی ایستگاه‌های تأیید امضاء، عموماً شامل یک کلید مورد اعتماد هستند که برای کامل کردن آخرین حلقه ارتباط در سلسله گواهی‌ها مورد استفاده قرار می‌گیرد. مثلاً ممکن است یک پایانه فروش، کلید تأیید امضائی را برای کارت اعتباری (همانند

مستر کارت) و تمامی کارت‌های اعتباری که این شرکت شناسایی نموده در نظر بگیرد. می‌توان این کلیدها را مستقیماً از خود شرکت تهیه نمود و در نتیجه به اصالت آنها اطمینان داشت اما از کجا باید مطمئن بود که ارزش رایانه ای کلید پس از ساخت پایانه تغییر نکرده باشد؟

سازنده پایانه می‌تواند این کلیدها را امضاء و در پایانه، کلید تأیید امضائی نصب نماید که برای تأیید امضاء به کار رود. اما اکنون نیازمند اطلاع از عدم تغییر کلید تأیید امضاء هستیم. این بدین معناست که می‌بایست حداقل یک کلید تأیید در اختیار باشد که مطمئن باشیم از زمان ساخت تغییر نکرده و مبنای اعتماد در پایانه قرار گرفته است. از آنجا که باید قویاً از این امر مطمئن بود، لذا لازم است کلید به گونه‌ای وارد پایانه گردد که تغییر آن به راحتی صورت نگیرد. حتی اگر به نحوه نگهداری کلید تأیید توسط پایانه مطمئن باشیم، موارد بسیار زیادی هم وجود دارد که باید در خصوص آنها اطمینان حاصل نمود. چنانکه نشان دادیم، باید مطمئن شد، آنچه که بر روی صفحه نمایشگر درج گردیده واقعاً همان سندی است که امضاء شده و کلید رمزهای امضاء به هیچ وجه تحریف نشده اند. پس امنیت پایانه علاوه بر گواهی امضاها به عوامل دیگری نیز بستگی دارد به ویژه باید مطمئن باشیم که نرم افزار و سخت افزار مربوطه دقیقاً و منحصرأً همان چیزی را انجام می‌دهند که ما از آنها انتظار داریم.

هم‌چنین باید بدانیم که سخت افزار رایانه، به ویژه در زمان امضاء به وسیله شخص مذکور، به طور صحیح فعال شده و نرم افزار آن مجموعه مورد تأیید بوده که جزء جزء آن به نحو قابل اعتمادی طراحی و پس از ساخت تغییر داده نشده است. در مقایسه با گواهی امضاهای سنتی، گواهی امضاهای دیجیتالی فرایند ابهام آمیز و پیچیده تری دارند که اعتماد به آنها را دست کم در سطح مصرف کنندگان شخصی مشکل می‌کند مگر اینکه نهاد ویژه‌ای، خطرات ناشی از چنین امضاهایی را تحت پوشش بیمه ای خود قرار دهد.

#### ۸- امضاهای دیجیتالی و گواهی امضاها در تجارت الکترونیکی

توسعه تجارت الکترونیک به مولفه‌های زیادی نیازمند است که یکی از آنها امنیت زیر ساخت‌ها است. تأمین ایمنی زیر ساخت‌ها گرچه شرط لازم است، ولی به هیچ وجه شرط

کافی نیست. با این وجود، در اینجا تنها همین جنبه مورد مطالعه قرار گرفته است و تذکر این نکته ضروری است که ایمنی تنها یکی از عوامل لازم جهت توسعه تجارت الکترونیک می‌باشد.

#### ۱ - ۸ - نگرانی‌ها و انتظارات مصرف کنندگان

نگرش مصرف کنندگان نسبت به ایمنی در تجارت الکترونیک در سطح کلان، به وسیله پوشش رسانه ای مربوط به این موضوع شکل می‌گیرد. انجام معاملات الکترونیکی محتاج به شبکه‌های بزرگی نظیر اینترنت است. در این قسمت ترس و نگرانی مصرف کنندگان از معاملات الکترونیکی چشمگیر است. حقیقت یاد شده، مصرف کنندگان را با این تصور مواجه می‌سازد که در صورت استفاده از زیر ساخت‌های موجود برای معاملات الکترونیکی با خطرات گسترده ای رو به رو خواهند شد اما واقعیت چیز دیگری است. از مجموع میلیاردها معامله اینترنتی که هر روز صورت می‌گیرد، تنها بخش کوچکی با مشکلات امنیتی مواجه می‌شوند. هم اکنون در عمل مهم‌ترین خطر معاملات الکترونیکی، ریسک ناشی از اعتمادی است که می‌توان به طرف دیگر معامله داشت. در مقایسه باید گفت خطرات ناشی از مداخله زیر ساخت‌های واسط ناچیز است و می‌توان با استفاده از پروتکل‌های رمز نگاری نوین که بر مبنای **نهایت به نهایت** عمل می‌کنند از میان برداشته شود. تجار در استفاده از کارتهای اعتباری، نگرانی زیادی نسبت به امضاء طرف دیگر ندارند چرا که در انجام یک معامله، بیشتر به کارت اعتماد می‌کنند تا به هویت دارنده آن. هرچند مشتری در مقابل ضرر مالی تضمین مناسبی اخذ می‌کند اما به هر حال ترجیح می‌دهد با شرکتی که آن را می‌شناسد، معامله نماید تا اینکه شرکتی دروغین خود را به جای شرکت شناخته شده، معرفی نماید.

یکی از ویژگی‌های مهم امضاهای دیجیتالی این است که روابط مبتنی بر اعتماد را حفظ می‌کند اما قادر نیست در جایی که اعتمادی وجود ندارد اعتماد را خلق کند. مثلاً اگر به سازمان نظام پزشکی انگلستان اعتماد داشته باشیم و آن مرجع نیز مطمئن باشد که فلان فرد پزشک است، بنابراین می‌توان آسوده خاطر بود که آن فرد پزشک است. البته اعتماد بر مبنای امضاء دیجیتالی نظام پزشکی چیز تازه ای نیست بلکه ابقای رابطه مبتنی

بر حسن ظن موجود در یک چارچوب گسترده تر است.

واقعیت این است که در عمل، اعتمادها اغلب در سطح محلی شکل می‌گیرند. دلیل این امر نیز واضح است چراکه یکی از خصلت‌های روابط انسانی اعتماد است و اعتماد به اشخاص ناشناس معقول نمی‌باشد. بنابراین در حالیکه مراجع تولید استاندارد و دولت‌ها تمرکز خود را بر روی گواهی‌های هرمی، به صورت از بالا به پایین، معطوف می‌دارند، کاربران خصوصی بیشتر از آنکه به رمز نگاری‌های با کلید عمومی تمایل نشان دهند، تمایل دارند تا امضاء همکاران و دوستانشان را در فایل‌های خود ذخیره نمایند. به همین دلیل است که در تجارت نیز گواهی امضاهای بسته مورد اعتماد قرار می‌گیرند.

هر چند ممکن است امضاهای دیجیتالی، عرضه کننده الگوهای جدیدی از اعتماد باشند، لیکن تجربه و سایر فناوری‌ها نشان می‌دهد که کاربری سریع امضاهای الکترونیکی در افزایش روابط مبتنی بر اعتماد موجود و تلاش در جهت افزایش تأثیر و کارآمدی آنها موثر بوده است.

## ۲-۸ - طرف‌های معتمد

برای درک بهتر عناصر ذی‌مدخل در یک معامله متضمن امضاء دیجیتالی، جا دارد تا روند انجام آن را شرح دهیم. اگر یک مشتری کارت اعتباری از صادر کننده کارت درخواست نماید تا پیش از تصمیم راجع به اعطا یا عدم اعطای کارت نکاتی را کنترل کند. به این ترتیب، هرگاه کارت صادر شود از مشتری انتظار می‌رود تا آن را امضاء کند اما شرکت در پی تأیید مستقل انتساب حقیقی امضاء به مشتری نیست.

این امر در مورد امضاهای سنتی صورت نمی‌پذیرد و دلیل روشنی در دست نیست تا در مورد امضاهای دیجیتالی نیز اعمال شود. مهم این است که رابطه مشتری و شرکت، تابع یک رابطه دو سویه و تحت حاکمیت قراردادی قرار گیرد تا این رابطه، شرایط استفاده از کارت و امضاهای دیجیتالی مربوطه را تشریح کند، به همین ترتیب، شرکت صادر کننده کارت‌های اعتباری، قراردادی دو جانبه با تجار منعقد خواهند نمود که مبین شرایط پرداخت مبالغ خرج شده با این کارت‌ها است. در این قرارداد می‌توان نحوه استفاده از امضاء دیجیتالی را نیز معین نمود. بنابراین مشاهده می‌نمائیم که بجای یک رابطه باز سه طرفه،

اعتماد به امضاء دیجیتالی بر مبنای روابط بسته و دو جانبه شکل می‌گیرد. از آنجا که در این نوع معاملات، تمامی روابط می‌تواند تحت اراده شرکت صادر کننده کارت اعتباری یا بانک‌های ذی مدخل قرار گیرد، لذا نیازی به زیر ساخت‌هایی نظیر مراجع گواهی کننده احساس نمی‌شود. در اینجا نقش عمده شرکت تولیدکننده کارت اعتباری، دادن تضمین برای تعهدات مالی هر یک از تجار و مصرف کننده در مقابل یکدیگر است.

یکی از راه‌های اعطای چنین تضمینی، استفاده از یک گواهی امضاء الکترونیکی برای امضاهای هر دو طرف می‌باشد. وقتی دو طرف به امضاء الکترونیکی یکدیگر اعتماد کنند، می‌توانند اطمینان داشته باشند که منافع مالی شان با گواهی امضاء صادره از طرف شرکت صادر کننده کارت اعتباری تضمین خواهد شد. این شیوه ای است که به وسیله آن گواهی امضاء برای دادن تضمین مورد استفاده قرار می‌گیرد.

### ۳- ۸ - تضمینات مالی

اگر قرار به توسعه تجارت الکترونیکی باشد، شرکت‌های صادر کننده کارت‌های اعتباری باید گواهی امضاهایی صادر نمایند که شکل نوینی از تضمینات را در اختیار هر دو طرف ( تاجر و مشتری ) بگذارد تا خرید کردن، با استفاده از همان مزایا و تضمینات قبلی امکان پذیر گردد. هر چند ظاهر این نوع ارتباط، رابطه سه جانبه به نظر می‌رسد، لیکن در حقیقت این نوع ارتباط، از دو رابطه دو جانبه مجزا و بسته تشکیل شده است. به علاوه در این نوع ارتباط، شخص ثالث، امضاء دیجیتالی را در مفهوم هویتی آن گواهی نمی‌کند بلکه در عوض از آنها برای قادر ساختن دارندگان کلید مبنی بر اعطای تضمینات گواهی کننده امضاء بهره می‌برد.

باید توجه داشت که امضاهای دیجیتالی که در اینجا به کار می‌رود فرع بر رابطه مبتنی بر اعتماد میان طرفین است. امضاهای دیجیتالی آشکارا برای تحقق این روابط ضروری نیستند چرا که دقیقاً مشتمل بر همان ساختارهایی هستند که در معاملات با کارتهای اعتباری مورد استفاده قرار می‌گیرند بنابراین استفاده از امضاهای دیجیتالی بیشتر متوجه فعال سازی و گسترش روابط مبتنی بر اعتماد طرفینی است تا معرفی چیزی که کاملاً نو و تازه باشد.



#### ۴-۸ - تعهدات حرفه ای و خدماتی

تعدادی از نهادهای حرفه ای هم اینک سعی دارند تا برای اعضاء خود گواهی امضاء الکترونیکی عضویت صادر نمایند. به عنوان مثال به برخی از این نهادهای مهم که تمایل به چنین امری دارند، نظیر کانون‌های حرفه ای پزشکی، حقوقی، حسابداری و حرف مهندسی رسمی می‌توان اشاره نمود. در این موارد، گواهی امضاء به دارنده آن حق می‌دهد تا به عنوان عضو جامعه حرفه ای مربوطه فعالیت نماید. این نوع گواهی امضاء حتی می‌تواند برای حمایت از انواع تعهداتی که سازمان‌های بازرگانی عرضه می‌دارند، مورد استفاده قرار گیرد.

جوامع تجاری اغلب عضو سازمان‌هایی هستند که فعالیت آنها به منظور جلب اطمینان عمومی قاعده مند می‌باشد نظیر اتحادیه آژانس‌های مسافرتی بریتانیا. چنین مؤسسه‌ای از گواهی امضاء الکترونیکی به منظور تسهیل مبادلات تجاری خود سود می‌برند. سازمان‌هایی که استفاده از گواهی‌های عضویت را مد نظر قرار می‌دهند، می‌توانند شخصاً واحد مرجع گواهی امضاء را فعال کنند یا به طور جایگزین از خدمات تأمین کنندگان گواهی امضاء استفاده نمایند. باید توجه داشت که گواهی‌ها برای اعطای نوعی مجوز به دارندگان آن اعطا می‌شوند. نظیر مجوز فعالیت حرفه‌ای به عنوان پزشک یا وکیل. در چنین مواردی مرجع گواهی کننده، نهاد حرفه‌ای است که فعالیت یا شغل مورد بحث را قاعده مند می‌سازد.

بنابراین باز هم از امضاهای دیجیتالی برای نمایندگی دسته ای از ارتباطات مبتنی بر اعتماد موجود در شکل الکترونیکی استفاده می‌شود.

#### ۵-۸ - گواهی‌های هویت

دولت‌ها همواره با بهره گیری از اسنادی نظیر شناسنامه، گذرنامه و گواهینامه رانندگی سعی در شناسایی شهروندان خود دارند، لذا چنانچه دولت‌ها انتظار داشته باشند که این نقش سنتی را با صدور گواهی‌های هویت الکترونیکی به دنیای جدید نیز گسترش دهند، انتظار یاد شده واقع بینانه خواهد بود. مثلاً گواهی‌هایی که ممکن است در قالب کارت‌های هوشمند صادر گردند، قادرند جایگزین گذرنامه شده و جابجایی مسافر و کنترل مرزها را آسان نمایند. به شیوه نا صحیح، اغلب این‌گونه فرض می‌شود که به منظور استقرار تجارت

الکترونیکی، وجود گواهی هویت نیازی مبرم محسوب می‌شود. با این وجود، بخش اعظم تجارت الکترونیکی مربوط به نقل و انتقال الکترونیکی پول است که به شکل مستقیم هیچ‌گونه وابستگی به اطلاعات هویتی ندارد. آنچه که باید گواهی شود، مجوز نقل و انتقال وجوه در میان حساب‌ها است. هر چند موسسات مالی، اطلاعات هویتی صاحبان حساب مفروض را در اختیار دارند، لیکن فرایند عملی مداخله در یک معامله الکترونیکی مستلزم دسترسی به چنین اطلاعات نمی‌باشند.

باید توجه داشت که این بدان معنا نیست که اطلاعات هویتی در تجارت الکترونیکی اهمیتی ندارد. مثلاً مصرف‌کنندگان مایلند پیش از انجام و پیگیری معاملات از نام شرکت‌های طرف معامله و هویت آنها آگاه باشند. به علاوه عامل تعیین هویت در اینجا زمانی ارزش دارد که همراه خود دسته بزرگتری از مشخصه‌ها را به همراه آورد، نظیر شهرت تجاری و اعتباری که به شدت مورد علاقه و توجه مصرف‌کنندگان است.

#### ۶-۸- ویژگی‌های گواهی امضاهای دیجیتالی

مثال‌های فوق در خصوص استفاده از امضاهای دیجیتالی ویژگی‌های مشترکی به شرح زیر دارند.

**اولاً:** در هر یک از این برنامه‌ها، امضاء دیجیتالی برای حمایت از روابط اعتماد آمیز قبلی به کار می‌رود. این روابط قبلاً وجود داشته و تازه نیستند. ارزش امضاء دیجیتالی گسترش این روابط به فضای مجازی یا بهسازی روش‌های استفاده و اجرای آنها است.

**ثانیاً:** گواهی حاوی کلید تأیید امضاء، به دارنده کلید اجازه می‌دهد تا تعهد معینی را پذیرفته یا خدمت خاصی را دریافت نماید. از نظر مالی، اجازه تجارت تحت شرایط مقرر توسط شرکت صادر کننده گواهی و از نظر حرفه‌ای، اجازه ارائه خدمتی که توسط سازمان گواهی کننده نظام مند شده است و از نظر هویتی، اجازه دریافت مزایایی که دولت به شهروندان خود اعطا می‌کند، را به دارنده آن می‌دهد.

**ثالثاً:** از همه مهم‌تر و در همه موارد، بنگاه گواهی کننده چیزی را تأمین می‌کند که طرف‌های اعتماد کننده آن را ارزشمند می‌شمارند. از نقطه نظر مالی، نقش صادر کننده گواهی، مشابه نقش شرکت‌های صادر کننده کارت‌های اعتباری در دادن تضمین به هر

طرف که در صورت قصور طرف دیگر تعهدات وی ایفا خواهد شد، می‌باشد. در مثال حرفه ای و خدماتی سازمان صادر کننده گواهی، حیثیت حرفه ای خود را پشتیبان نام عضو نهاد حرفه ای مربوط قرار می‌دهد و ممکن است حسن انجام کار عضو خود را با تعهد به جبران خسارت در صورت وقوع زیان بیمه نماید. در مثال هویتی، گواهی می‌تواند توسط یک بنگاه دولتی صادر و توسط بنگاه دولتی دیگر مورد استفاده قرار گیرد. اگر دولت دیگری بخواهد در زمان کنترل مرزی به گذرنامه ای اعتماد کند، می‌تواند مطمئن شود که دارنده گذرنامه، شهروند کشور معینی است که با کشور متبوع کنترل کننده وی، معاهده استرداد مجرمین را امضاء نموده یا ننموده است و از این طریق، کشور پذیرنده می‌تواند مطمئن شود که حتی پس از عبور فرد خاطی از مرز نیز قادر است وی را به خاطر اعمال غیر قانونی که انجام داده، تعقیب نموده و مسئول شناسد.

در عمل ماموران کنترل مرزی نمی‌توانند به این روش اطمینان کامل داشته باشند، زیرا ممکن است گذرنامه دیجیتالی جعلی باشد. به علاوه ممکن است شهروند مزبور در کشور متبوعش اقامت نداشته باشد و در هر حال بسیار بعید است که کشور صادر کننده گذرنامه دیجیتالی، در صورتی که گذرنامه اشتباه صادر شده باشد، حق رجوعی را برای طرف مقابل قائل گردد. با این وجود، رویه معمول نشان می‌دهد که اکثر گذرنامه‌ها معتبر و بیشتر دولت‌ها در راستای معاضدت قضایی با یکدیگر همکاری می‌کنند و این بدان معنا است که آنان می‌توانند با وجود فقدان تضمینات مطلق و خدشه ناپذیر به صحت چنین اسنادی اعتماد نمایند.

همچنین در جایی که درخواست کننده و اعتماد کننده یکسان اند، گذرنامه دیجیتالی می‌تواند مثالی از گواهی امضاء الکترونیکی تلقی گردد چرا که شخص ثالث می‌تواند برای مراجعت به کشور خود به منظور پذیرفته شدن به عنوان یک شهروند، به اتکای همین گذرنامه عمل کند. در مثال‌های یاد شده، اعتماد کنندگان از صادر کنندگان گواهی مزایای نسبتاً متفاوتی دریافت می‌دارند. در مثال نخست، آنان تضمینی قوی به دست می‌آورند که معاملات متضمن امضاهای الکترونیکی از هر گونه خطر مصون بمانند.

در مثال دوم آنان مطمئن اند با کسی معامله می‌کنند که مورد پشتیبانی یک سازمان

تجاری یا حرفه ای قرار دارد و احتمالاً در قبال خسارات وارده غرامت وی را پرداخت خواهند نمود. در مثال سوم یعنی گذرنامه دیجیتالی، هر چند این احتمال وجود ندارد که در صورت اشتباه در صدور گذرنامه، خسارت دولت دیگر جبران شود، لیکن گذرنامه یاد شده به احتمال قوی معتبر است و دولت زیان دیده به طور متعارف می‌تواند انتظار داشته باشد که با درخواست استرداد مجرمین وی، موافقت خواهد شد. بنابراین در این مورد ارزش گواهی امضاء به عدم پرداخت غرامت در مقابل موارد نادر، ناکارآمدی آن نیست بلکه اعتبار آن به انتظاراتی باز می‌گردد که صحت بخش عمده ای از این گواهی‌ها را ایجاد می‌کند. بنابراین هر چند گواهی‌های معدودی ممکن است صحیح نباشند، اما چیزی از ارزش کلی آنها نمی‌کاهد، مشروط بر اینکه درصد بالایی از آنها درست عمل شده باشند. پس ارزش گواهی‌ها به صحت مطلقشان نیست، بلکه به احتمال بالای صحت آنها است.

#### ۹ - مراجع ثالث گواهی کننده امضاء دیجیتالی:

اگر تصور نمائیم که مراجع ثالث گواهی کننده بخواهند از نظر تجاری موفقیتی به دست آورند الزاماً در اختصاص نام‌ها به دارندگان کلید، تا آن حد که در اینجا مورد بحث است، می‌بایست خدمت یا ارزش افزوده ای را ایجاد یا ارائه نمایند، تصور یاد شده، تصویری اشتباه است. با این وجود مسلم نیست که چنین خدمتی عملاً مورد نیاز تجار باشد چرا که تجارت بدون آن هم برای مدت مدیدی به خوبی امکان پذیر است.

موسسات مالی حامی تجارت مدرن، هم اکنون نیز طرق قابل قبولی برای شناسایی مشتریان خود دارند و بعید است انجام این کار را به یک شخص خارجی سپرده و برای ارائه آن خدمات وجهی پرداخت نمایند. شرکت‌های عرضه کننده گواهی امضاهای مستقل، بدون آنکه خدمت جدیدی ارائه دهند، خود یک طرف معتمد اضافی در شبکه روابط مبتنی بر اعتمادها را به وجود می‌آورند. در عمل دشوار است این خدمت را که تجارت وابسته به آن است، امر مهمی بدانیم.

نگرانی دیگر این است که توجه به این گواهی‌ها از دیدگاه فنی و حقوقی تردیدهایی را در خصوص استفاده از امضاهای دیجیتالی ایجاد کند. به همین سبب برای سازمانها مشکل است تا در زمینه‌هایی که احتمال تأثیر گذاری برنامه‌های سود زا بیشتر از امضاهای

دیجیتالی باشد، سرمایه گذاری نمایند. در نتیجه، تمرکز بر گواهی امضاهای دیجیتالی هویتی بیش از آنکه باعث توسعه بخش تجارت الکترونیکی گردد، مانع آن خواهد بود.

## ۱۰- استانداردهای فنی برای امضاهای دیجیتالی و گواهی امضاهای

### الکترونیکی

چنانچه ساز و کارهای متعدد و متفاوتی برای ساخت امضاهای دیجیتالی به کار رود، پراکندگی چشمگیر و مشکلات ناشی از فعل و انفعالات متقابل این ساز و کارها بروز خواهند نمود. با این وجود، تلاش در جهت استاندارد سازی و توافق بر روی الگوریتم‌ها یا ساز و کارهای ویژه، متضمن این خطر خواهد بود که ممکن است سرمایه گذاری وسیع بر یک راه حل خاص انجام شود که بعداً ضعف‌های جدی آن آشکار گردد.

به همین سبب یادآوری این نکته مهم است که هر گونه قانونگذاری درباره امضاهای دیجیتالی نمی‌بایست به فناوری خاصی که برای ساخت امضاء دیجیتالی لازم است، وابسته گردد. اگر چنین تفکیکی حفظ شود، هر گاه غیر موثر بودن فناوری بعداً معلوم شود، ممکن است بدون خدشه به مفاد قانون مربوطه با خلق فناوری دیگر، نقض یاد شده ترمیم گردد. این امر در مورد برنامه‌هایی که باید نوشته شوند نیز صادق است و بدین ترتیب وابستگی به ساز و کارهای خاص از میان می‌رود.

اهمیت پرهیز از چنین وابستگی فنی توسط یک واقعه جدید به خوبی نشان داده شده است. الگوریتم MD5 که به طور گسترده در ایجاد امضاهای دیجیتالی مورد استفاده قرار گرفته بود، دارای نقایصی تشخیص داده شد که گاه امکان جعل امضاء را فراهم می‌نمود. در نتیجه، از این به بعد الگوریتم یاد شده توصیه نمی‌شود. اما اگر الگوریتم فوق‌الذکر به عنوان یک استاندارد الزامی تعیین شده بود، بنیان کلی گواهی امضاهای دیجیتالی فرو می‌ریخت. بنابراین مهم است که برنامه‌های متضمن امضاهای دیجیتالی، به کاربران خود اختیار انتخاب و انجام کارهای متعددی را برای ساخت امضاء دیجیتالی بدهند. اگر تنها یکی از این ساز و کارها وجود داشته و بعدها معیوب از کار در آید، برنامه یاد شده کلاً ناکارآمد خواهد شد.

با این وجود، اگر تعداد کافی از گزینه‌ها در دسترس باشد، می‌توان یکی از آنها را برای

استفاده فوری به کار بست. اجتناب از الزام به استفاده از ساز و کارهای خاص امضاء دیجیتال در نگاه اول ممکن است به بخش بندی و تقسیم بازار بیانجامد، با این وجود در عمل طراحی الگوریتم‌ها با کیفیتی که آزادانه در دسترس عموم قرار گیرند بسیار دشوار است. جمله فوق بدین معنا است که تعداد نسبتاً کمی از الگوریتم‌ها رواج خواهند یافت.

دلیل دیگری که برای اجتناب از الگوریتم‌های تحمیلی وجود دارد این است که برنامه‌های مختلف، اغلب نیازمند ساز و کارهای متفاوتی هستند. برای مثال، اعمال فرایند ساخت یک امضاء دیجیتال در یک نرم افزار یا کارت هوشمند، متضمن ملاحظات متفاوتی است که همین موضوع می‌تواند به استفاده از الگوریتم‌های متفاوت بیانجامد.

بنابراین در سطح الگوریتمی، باید از وسوسه ایجاد یک استاندارد مبتنی بر یک یا چند الگوریتم محدود پرهیز نمود. تجربه نشان داده است که خطرات ناشی از پراکندگی سرمایه‌گذاری، احتمال وقوع چندانی ندارد و مزایای این تنوع بخشی آن قدر زیاد است که گوناگونی راه حل‌ها را به صورت یک الزام مطرح می‌سازد. هرچند باید از استاندارد سازی الگوریتم‌ها دوری جست، لیکن الزاماتی وجود دارد که در هر الگوریتمی که برای ساخت امضاء دیجیتال به کار گرفته می‌شود باید از آنها تبعیت کند. برای امضاهای دیجیتال باز، بسیار مهم است که همه طرف‌های استفاده کننده از امضای باز، الگوریتم مورد استفاده آن را بدانند و این بدان معنا است که الگوریتم مذکور باید به شکلی آزادانه و قابل دسترس انتشار یابد. هر چند عدم وجود مبلغی تحت عنوان حق اختراع یا حق امتیاز در استفاده از امضاء دیجیتال یک الزام مطلق نیست اما مطلوبیت بالایی دارد. مهمتر اینکه به منظور جلب اطمینان کلی جامعه به این ساز و کارها، نشر آنها ضروری است.

نیاز به استفاده از الگوریتم‌های سازنده امضاء دیجیتال که منتشر شده و در سطح گسترده مورد استفاده قرار گیرند، جهت تضمین نکته سنجی‌های قابل ملاحظه در طراحی آنها اهمیت می‌یابد. طراحی الگوریتم‌های رمز نگار بسیار مشکل است و حتی ممکن است متخصصین نیز در طراحی آنها مرتکب اشتباهات نا ملموسی گردند که کشف آنها بسیار دشوار است. الزام عملی دیگر استفاده از الگوریتم‌های طراحی شده برای ساخت امضاء دیجیتال برای همین منظور است نه برای تضمین محرمانه بودن اطلاعات، دلیل آن نیز

می‌تواند سیاسی و فنی باشد. از نظر فنی کاربرد مختلف امضاء دیجیتال و از دیدگاه سیاسی، سری بودن اطلاعات نیازمند ویژگی‌های الگوریتمی متفاوتی هستند. بسیاری از دولت‌ها محدودیت‌هایی را برای محرمانه بودن مبادله اطلاعات اعمال می‌کنند و همین امر استفاده از هر گونه فناوری ساخت امضاهای دیجیتال را که بتواند مستقیماً از محرمانه بودن مبادلات حمایت کند، محدود می‌سازد.

#### ۱۱- نتیجه

امضاهای دیجیتال کاربردهای بالقوه‌ای در تجارت الکترونیک دارند اما تلاش برای به کارگیری آنها به نحوی که منعکس کننده امضاهای مکتوب باشند احتمال تأثیر ضعیفی دارد، چرا که قیاس مزبور همراه کننده است. وجود اشخاص ثالث معتمد به عنوان مراجع گواهی کننده امضاهای دیجیتال، اغلب به وسیله قیاس با نقش موسسات مالی در تجارت سنتی توجیه می‌شود. با این وجود، چنین قیاسی ظاهراً بر مبنای یک سوء برداشت از آنچه که موسسات مالی فراهم می‌آورند استوار است، زیرا عناصر مداخله کننده در روابط مبتنی بر اعتماد، ظاهراً سه جانبه هستند.

هرگاه این روابط با جزئیات بیشتری تحلیل شوند، آشکار می‌گردد که اغلب چیزی جز رشته‌ای از روابط بسته و دو جانبه نیستند که با یکدیگر ترکیب می‌شوند تا ظاهر یک رابطه سه جانبه را به خود بگیرند. به همین خاطر بعید به نظر می‌رسد گواهی امضاهای باز در تجارت الکترونیک نقش مهمی ایفا نمایند.

همچنین آشکار می‌گردد که گواهی امضاهای دیجیتال بیشتر به عنوان ساز و کارهایی برای انضمام یک اجازه به امضاهای دیجیتال به کار می‌روند تا برای پیوند نام‌ها و هویت‌ها به امضاهای دیجیتال (چنانچه قیاس با امضاهای مکتوب این توقع را در ما ایجاد می‌کند). همین ویژگی‌های ترکیبی استفاده از امضاهای دیجیتال، نه به عنوان محمل‌هایی برای هویت بلکه به عنوان ساز و کارهایی تلقی می‌گردند که می‌تواند روابط مبتنی بر اعتماد بسته را که تجارت بر آن استوار است، نمایندگی کند. گواهی امضاهای دیجیتال هویتی و مراجع گواهی کننده مربوطه در توسعه تجارت الکترونیک در مقطع کنونی نقش کم‌رنگی دارد. به عبارت ساده، این نوع گواهی هویتی برای چنین مقاصدی

ضروری نیستند و به نظر می‌رسد بیشتر از اینکه بازار الکترونیک را توسعه بخشند، ظهور آن را به تاخیر می‌اندازند.

گواهی امضاها و مراجع گواهی کننده که ساز و کارهایی برای اداره اجزاء کلید عمومی جفت کلیدها هستند مورد توجه و مباحثه فراوان بوده اند. بر عکس، اداره اجزاء کلید امضاء خصوصی جفت کلیدها توجهی را که شایسته آن بوده است، دریافت نداشته اند. این امر تعجب آور است، زیرا بسیاری اعتقاد دارند که مسائل فنی و حقوقی مرتبط با این اجزاء مهم ترند، به ویژه برای امضاهای مکتوب، چرا که این طرف اعتماد کننده است که بار اثبات اصالت آنها را بدوش می‌کشد. با این وجود طرح‌های دولت انگلستان برای امضاهای دیجیتالی دارای مجوز، قراردادن مسئولیت نقض بر عهده دارنده کلید را پیشنهاد می‌کنند. چنین گامی خطرات مهمی را متوجه مصرف کنندگان می‌سازد، زیرا فناوری موجود برای اداره کلید خصوصی در حال حاضر قادر به تأمین امنیت مورد نیاز برای حمایت از چنین تحولی نیست.



**انتشار «مجله کانون» تلاشی برای دستیابی به اهداف زیر است:**

- بالا بردن سطح دانش و آگاهیهای سردفتران و دفترباران
- فراهم نمودن زمینه اجرای بند یک ماده ۶۶ قانون دفاتر اسناد رسمی
- ایجاد رویه واحد در طرز اعمال قوانین از طریق درج نظریه‌های حقوقی و

**قضایی**

- نقد علمی و تحقیقی در مسائل حقوقی و قضایی
- بحث در قوانین خارجی و شرح و تطبیق آنها
- درج عقاید علمای حقوق و رویه قضایی کشورها
- نشر برخی از قوانین و مقررات رسمی و آرای دادگاهها
- انتشار سخنرانی‌ها و مصاحبه‌های علمی و حقوقی
- رفع مشکلات شغلی و حرفه‌ای سردفتران و دفترباران

- مجله از پس فرستادن مقالات ارسالی معذور است.
- مجله در تلخیص و ویرایش مطالب ارسالی آزاد است.
- مقالات مجله صرفاً بیان‌کننده آراء و نظریات نویسندگان است.
- نقل مندرجات مجله با ذکر مأخذ آزاد است.

### دعوت به همکاری

مجله کانون ضمن فراخوان سردفتران، دفترباران، همکاران ثبتی، پژوهشگران، حقوقدانان، صاحبانظران و اهل قلم به همکاری، رعایت نکات زیر را در مقالات ارسالی توصیه می‌کند:

- ۱ - مقالات روی یک طرف کاغذ و با خط خوانا و رعایت فاصله مناسب میان سطرها نوشته و در صورت امکان از ماشین تایپ استفاده شود.
- ۲ - محور اصلی مطالب قابل درج در مجله مسائل حقوقی عموماً و به طور اخص حقوق ثبت اسناد و املاک و امور دفاتر اسناد رسمی است. از این رو مقالات ارسالی باید به نحوی با موضوعات مذکور پیوند داشته باشد.
- ۳ - مقالات ارسالی نباید در نشریات دیگر چاپ شده باشد.
- ۴ - در صورتی که مطلب ارسالی ترجمه باشد، ضروری است که متن نیز همراه ترجمه ارسال شود.
- ۵ - مقالات و ترجمه‌ها - هرچند هم مفصل باشد - باید به طور یکجا ارسال گردد. مجله از انتشار مطالب مفصلی که به تمامی و یکجا ارسال نشود معذور است.
- ۶ - در تحریر و تدوین مقالات جنبه تحقیق و تحلیل و نیز شیوه‌های کتابت علمی و تذکر مآخذ و منابع - به شیوه معمول تحقیقاتی - رعایت شود، و توصیه می‌شود که با مطلب نام و مشخصات و آدرس نویسندگان نیز همراه شود.
- ۷ - چکیده و کلیدواژه‌ای از مقاله ارسالی را در حدود ۱۰۰ کلمه به دو زبان فارسی و انگلیسی تهیه و ضمیمه اصل مقاله ارسال فرمایند.

**«برگه درخواست اشتراک ماهنامه کانون»**

خواهشمند است تعداد ..... شماره مجله کانون را برای اینجانب

..... به نشانی: .....

.....

کد پستی ..... ارسال فرمایید. هزینه اشتراک طی

فیش شماره ..... به مبلغ ..... که اصل آن

پیوست می‌باشد، واریز شده است.

تلفن تماس: .....



۱ - هزینه اشتراک ۶ شماره ۶۰۰۰۰ ریال و ۱۲ شماره ۱۲۰۰۰۰ ریال

است.

۲ - هزینه اشتراک را به حساب ۳۱۴۳۱۴ بانک ملی شعبه میرزای

شیرازی به نام مجله کانون واریز فرمایید.

۳ - فرم اشتراک تکمیل شده را همراه با اصل فیش واریزی به صندوق

پستی ۱۱۵۱ - ۱۴۳۳۵ ارسال فرمایید.

۴ - کپی فیش واریزی را تا پایان دوره اشتراک نزد خود نگه دارید.

۵ - در صورت تغییر نشانی در اسرع وقت مجله را مطلع فرمایید.



**Notarie's Public & Assistant's Association**  
**News and analysis on humanities**  
**48<sup>th</sup> year , second Vol. No 60**  
**April 2006 .**

**Proprietor and executive director:**  
Notary Public And Assistant's  
association

**Executive manager :**  
Naser Nayebi

**Editor in chief:**  
Dr. Soleiman Fadavi

**Coauthors :**  
Mostafa Elsan, Reza Valavion ,  
Soleiman Fadavi, Khosrow Abbasi  
dakani, Mahmood Tafakoriyan,  
Mohammad Reza Maleki.

**Editor :**  
Vahid Amini

**Page Maker and typesetter :**  
Fahimeh Esmaeli

**P.O.Box :**  
14335-1157

**E-mail :**  
[MAGAZINE@NOTARY.IR](mailto:MAGAZINE@NOTARY.IR)

**Address :**  
No. 283 , opposite Sanaii st. ,  
Ostad Motahhari st. , Tehran .

**Tel and Fax :**  
88728755

**Circulation :**  
3000

**Price :**  
10000 RIs

**Scientific Council**

*Manoochehr Motameni Tabatabaai [Ph.D]*

*Hosseingholi Hosseininejad [Ph.D.]*

*Soleiman Fadavi [Ph.D.]*

*Nejadali Almasi [Ph.D.]*

*Rabiea Eskini [Ph.D.]*

*Mohammad Hossein Shahbazi [Ph.D.]*

*Asadollah Emami [Ph.D.]*

*Reza Valavion [Ph.D.]*

*Soleiman Fadavi [Ph.D.]*

*Abbas Montahaii [Ph.D.]*

*Irandoht Nazari (Shahidi) [Ph.D.]*

*Ali Reza Imani [MA]*

*Abdoleiman Mohaghegh [MA]*

*Naser Nayebi [MA]*

*Hassan Rowshan[MA]*

*Hassanali Torbati*

*Khosrow Abbasi Dakani*

*Asghar Ghayem Asghari*

*Hamid Salehi*

## Contents

<b>Legal Aspects Of Electronic Registration .....</b>	<b>3</b>
By Mostafa Elsan	
<b>Selling of unbuild flats .....</b>	<b>4</b>
By Reza Valavion	
<b>Conflict of Laws on Inheritance and Will .....</b>	<b>5</b>
By Soleiman Fadavi	

## **Legal Aspects Of Electronic Registration**

**By : Mostafa Elsan<sup>1</sup>**

### **Abstract:**

The emergence and spread of the internet phenomenon and the daily growth of E-commerce has made developments in the traditional structures relating to administrative and commercial affairs inevitable . In this respect , some issues like keeping pace with modern necessities of the world of commerce , promptness , low cost and the uniformity of electronic documents with the data has reinforced the concept of electronic registration . In the present article , we will explore legal dimensions of electronic registration , stressing the role of existing notary offices and the rules and principles governing the registration of deeds . Analysis of the provisions of the E-commerce act , registration of deeds and real estate act , notary offices act , the by-law on electronic services bureaus together with a comparative study on American law including this country's model law on notary offices shall pave the way to resolve lots of issues and answer the questions raised with regard to electronic registration .

**Key Words :** Electronic registration , comparative study , governing principles , electronic certificate , notaries , rules and regulations .

---

1 . Ph.D. student of private law , Shahid Beheshti University.

## **Selling of unbuild flats**

**By Reza Valavion [Ph.D.]<sup>1</sup>**

### **Abstract:**

Today contracts relating buying or selling unbuild flats has got a current market and gained an important section of a land transactions consequently embrace a great part of complaints in tribunals concern with those contract following article shows essential of this type of this contracts from the viewpoint of religious jurisprudence with a comparative study in Iranian law, French law and in order to prevent the damages which may buyer incurs,

I have proposed the theory "Gradual right of property" as a solution the insertion of this kind of ownership in contract Whenever at any of objectivity of object of contract or its essential being in order to fill gap in Iranian law.

---

1. Assistant Professor at Alame Tabatabaiee faculty of law and political sciences.

## **Conflict of Laws on Inheritance and Will**

**By Soleiman Fadavi<sup>1</sup>**

### **Abstract:**

Inheritance and will are among the interesting topics being discussed under the conflict rules of any country . Virtually all world states have accepted that when there's an intestate decedent , his estate shall be apportioned among heirs according to the legislator's will . When a foreign element intervenes , some countries consider the basis of such apportioning to be the national law , some others the law of the decedent's domicile . Even some national lawmakers , putting a distinction between the intestate decedent's movable and immovable property , confer applicability to the law of the owner and law of the place where the property is situated respectively . The basic difference of the above categorizations justifies the study of conflict of laws and the necessity to deeply analyze national conflict rules of any state .

**Key Words** : Inheritance , intestate , personal status , classification , renvoi , conflict rules , substantive rules ,  
lex fori

---

1. notary public NO. 443, Tehran , professor at the faculty of law .