

پژوهشهای حقوقی

شماره ۱۷

هزار و سیصد و هشتاد و نه - نیمسال اول

مقالات

توصیف خواسته در قانون و رویه قضایی • اصول بنیادین حاکم بر کنوانسیون ارتباطات الکترونیکی
آنستیرال • مؤلفه‌های امنیت اجتماعی در قوانین کیفری • شناسایی در حقوق بین‌الملل: آثار حقوقی
شناسایی کوزوو، اوستیای جنوبی و آبخازیا • اصول حاکم بر تعارض ادله اثبات دعوا • جلوه‌های
حقوق بین‌الملل کیفری در خاورمیانه؛ از محاکمه صدام تا محاکمه عاملان ترور رفیق حریری

موضوع ویژه: بورس اوراق بهادار در حقوق ایران و کشورهای دیگر

مبانی و اصول تعهد به دادن اطلاعات در بورس • مطالعه تطبیقی ممنوعیت‌های دارندگان اطلاعات
نهانی در رابطه با معاملات اوراق بهادار • تحلیل جرم معامله متکی بر اطلاعات نهانی • مبارزه با
تقلب در بازارهای اوراق بهادار؛ نگاهی به نظم حقوقی بازار اوراق بهادار در ایالات متحد آمریکا •
بررسی آراء قضایی صادره در خصوص معامله اوراق بهادار با استفاده از اطلاعات نهانی • مسؤولیت
مدنی کارگزاران بورس و فرایند طرح دعاوی مرتبط در مراجع صالحه • مسؤولیت کارگزاران در
معاملات فضولی اوراق بهادار با تکیه بر رویه هیأت داوری • نقش صکوک در تأمین مالی پروژه‌ها و
تأمین بر قوانین و مقررات حاکم بر آن • داوری اختلافات در بازار اوراق بهادار • ماهیت حقوقی و
صلاحیت‌های هیأت داوری بازار اوراق بهادار • قواعد حاکم بر تشکیل شرکت‌های سهامی عام در پرتو
قانون بازار اوراق بهادار • آثار حقوقی الحاق ایران به سازمان جهانی تجارت بر خدمات بورس
اوراق بهادار • ادغام فرامرزی بازارهای بورس سهام و اوراق بهادار: توهم یا واقعیت؟

نقد و معرفی

ملاحظات پیرامون «نظریه مشورتی کوزوو» • بررسی جرم تجاوز در کنفرانس بازنگوری اساسنامه
دیوان کیفری بین‌المللی • نقدی بر قانون جدید بیمه اجباری مسؤولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه
• علائم تجاری غیرسنتی • قطعنامه ۱۹۲۹ شورای امنیت: بازتابی نبرد حق و قدرت در جهان
نامتحد • ششمین دوره مسابقات شبیه‌سازی دیوان کیفری بین‌المللی





http://jlr.sdil.ac.ir/article_40930.html

مجله پژوهشهای حقوقی (علمی - ترویجی)، شماره ۱۷، نیمسال اول ۱۳۸۹
صفحات ۵۷ الی ۹۴، تاریخ وصول: ۱۳۸۶/۳/۱۷، تاریخ پذیرش: ۱۳۸۶/۹/۱۵

اصول بنیادین حاکم بر کنوانسیون ارتباطات الکترونیکی آنسیترال (با نگاهی به قانون تجارت الکترونیکی ایران)

علی رضائی*

چکیده: کنوانسیون ارتباطات الکترونیکی آنسیترال، آخرین سند مدون در عرصه تجارت الکترونیکی به شمار می‌آید که می‌توان آن را استمرار روند هماهنگ‌سازی نظامهای حقوقی مختلف در این زمینه محسوب داشت. این کنوانسیون، که در ۲۳ نوامبر ۲۰۰۵، به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسیده، تاکنون توسط کشورهای لبنان، سنگال، آفریقای مرکزی، چین، سنگاپور، سری لانکا، ماداگاسکار، سیرالئون، پاراگوئه و روسیه، امضا شده است. برخی دیگر از کشورها نیز ضمن اعلام قول مساعد مبنی بر امضای کنوانسیون، از آن حمایت کرده و بر اهمیت آن در عرصه تجارت الکترونیکی تأکید کرده‌اند. این مقاله، ضمن معرفی و پیشینه مختصر سند مذکور، به بررسی اصول، قواعد و استثنائات وارد بر آن، و تلاش انجام شده برای ایجاد حداکثر هماهنگی، در حقوق کشورها، در زمینه حقوق ارتباطات الکترونیکی، پرداخته است. در این بررسی، تلاش گردیده تا دیگر اسناد قانونی که در این زمینه وجود دارند، نیز مورد توجه قرار گیرد. در میان این بررسی، به تطبیق این اصول با مواد قانون تجارت الکترونیکی کشورمان، پرداخته شده و به منظور هماهنگی و رفع نقایص، پیشنهادها و راهکارهای عملی، نیز ارائه گردیده است.

کلیدواژه‌ها: کنوانسیون قراردادهای الکترونیکی آنسیترال، ارتباطات الکترونیکی، بی‌طرفی فنی، حقوق تطبیقی و قانون تجارت الکترونیکی ایران.

مقدمه

بسیاری از اقتصاددانان، متخصصان و دوراندیشان عقیده دارند که در سالهای اخیر، انقلابی مشابه

* دانشجوی دوره دکترای حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی

انقلاب صنعتی به وقوع پیوسته است که جهان را وارد «عصر اطلاعات» کرده و بسیاری از جنبه‌های اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی حیات بشر را دستخوش تحولی شگرف، نموده است. یکی از ابعاد این تحول، تغییراتی است که در روابط اقتصادی بین افراد، شرکتها با یکدیگر و افراد با شرکتها و دولتها، به سرعت از حالت سنتی خود که مبتنی بر مبادله بر مبنای اسناد و مدارک کاغذی است، خارج شده و به سوی انجام مبادلات از طریق بهره‌گیری از سیستمهای مبتنی بر اطلاعات الکترونیکی، در حرکت است. تجارت الکترونیکی به دلیل سرعت کارآیی، کاهش هزینه‌ها و بهره‌برداری از فرصتهای زودگذر، عرصه جدیدی را در رقابت گشوده است، تا آنجا که گفته می‌شود، عقب افتادن از این سیر تحول، نتیجه‌ای جز منزوی شدن در عرصه اقتصاد جهانی، نخواهد داشت.

کنوانسیون ارتباطات الکترونیکی آنسیترال یا کنوانسیون سازمان ملل متحد درباره استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی،^۱ یکی دیگر از اقدامات کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال)، در راستای ایجاد و تقویت هماهنگی و متحدالشکل ساختن مقررات تجارت بین‌الملل و تجارت الکترونیکی میان کشورها، به ویژه کشورهای در حال توسعه است.^۲

این کنوانسیون که مشتمل بر اصول و قواعد متعددی در زمینه حقوق تجارت الکترونیکی و به ویژه قراردادهای الکترونیکی است، توسط کارگروه تجارت الکترونیکی آنسیترال تدوین شده و توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد، مورد پذیرش قرار گرفته است. باید خاطر نشان ساخت که این کنوانسیون، هر چند نخستین تجربه آنسیترال در باب وضع مقررات متحدالشکل و قابل پذیرش در سطح بین‌المللی به شمار نمی‌آید، اما حداقل در زمینه تجارت الکترونیکی، بهترین ثمره سالها تلاش، مطالعه و پژوهش می‌باشد که می‌توان در عرصه داخلی و بین‌المللی از آن بهره گرفت. اما از آنجا که بررسی تمامی جنبه‌های حقوقی این سند، از حوصله یک و یا حتی چندین مقاله خارج است، در اینجا صرفاً به بررسی دو اصل حاکم بر کنوانسیون، یعنی، شناسایی و اعتبار حقوقی ارتباطات الکترونیکی و بی‌طرفی فنی و استثنای آن، که در دو ماده ۸ و ۹ کنوانسیون، مورد شناسایی قرار گرفته‌اند، پرداخته خواهد شد.

همچنین در این بررسی، تلاش گردیده تا اکثر اسناد قانونی که در این زمینه وجود دارند، مورد تطبیق قرار گیرد. در این قسمت، تأکید بیشتر بر قانون نمونه تجارت الکترونیکی آنسیترال (از این پس، (ام. ال. ای. سی.))، مصوب ۱۹۹۶،^۳ قانون نمونه امضاهای الکترونیکی آنسیترال (از این پس،

1. United Nations Convention on the Use of Electronic Communication in International Contracts, [CUECIC]. Adopted by the General Assembly on 23 November 2005, Available at: www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/2005Convention.pdf.

2. **Resolution 2205 (XXI)**, Adopted by the General Assembly During its Twenty-First Session on Establishment of the United Nations Commission on International Trade Law, 17 December 1966, available at: www.un.org/documents/ga/res/21/ares21.htm

3. United Nations, **UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce 1996**, with additional article 5 bis as adopted in 1998, [MLEC]. available at: www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html.

(ام. ال. ای. اس))،^۴ مصوب ۲۰۰۱، قوانین یوتا،^۵ یوسیتا^۶ و ای ساین^۷ ایالات متحد آمریکا، و قانون تجارت الکترونیکی کشورمان (از این پس، (ق.ت.ا.))، خواهد بود.

۱- کلیات

تلاش جمعی عده‌ای از دانشمندان در تخصصهای مختلف و اقدامات مؤثر دبیرخانه آنسیترال در نظرخواهی و انعکاس دیدگاههای ارائه شده از نقاط مختلف جهان، باعث شد تا کنوانسیون ۲۰۰۵، در نهایت دقت و انضباط به ثمر نشسته و آماده امضا و تصویب کشورها باشد. ارائه پیشینه و معرفی این کنوانسیون، حقایق بیشتری را درباره ماهیت و آثار آن بر تجارت الکترونیکی بین‌المللی، آشکار خواهد ساخت.

۱-۱- پیشینه کنوانسیون

با تأسیس آنسیترال در سال ۱۹۶۶، فعالیت رسمی این کمیسیون، درباره تجارت الکترونیکی، از سال ۱۹۸۰، آغاز گردید. حدود ۴ سال بعد، یعنی در سال ۱۹۸۴، دبیرخانه آنسیترال با انتشار گزارشی راجع به جنبه‌های حقوقی پردازش داده‌های خودکار،^۸ کشورهای عضو را به مطالعه درباره مسائل مربوط به داده‌های الکترونیکی و تدوین مقررات در این زمینه فراخوانده و اهمیت فزاینده داده‌ها را در معاملات الکترونیکی، یادآور شد. در سال ۱۹۹۰ که مسائل حقوقی مربوط به تجارت الکترونیکی به شدت رو به فزونی نهاد، آنسیترال تلاش کرد تا به تدوین مقرراتی در این زمینه مبادرت نماید و نهایتاً قانون «ام. ال. ای. سی» را در سال ۱۹۹۶، تدوین نمود. نظر به استقبال شایان توجهی که از این قانون، به عمل آمد، کارگروه تجارت الکترونیکی آنسیترال،

4. *UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures (2001)*, [MLES]. Available at: www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html

۵. قانون متحدالشکل معاملات الکترونیکی (۱۹۹۹) [Uniform Electronic Transaction Act] که توسط کنفرانس ملی نمایندگان رسمی برای تصویب قوانین متحدالشکل ایالات متحد (NCCUSL)، در کنفرانس سالانه‌شان که ۲۳ تا ۳۰ ژوئیه ۱۹۹۹ برگزار شد به تصویب رسید. (که از این پس، از آن به یوتا (UETA)، تعبیر می‌شود).

۶. قانون متحدالشکل معاملات مبتنی بر اطلاعات رایانه‌ای (۲۰۰۰)، [Uniform Computer Information Transaction Act] (که آخرین اصلاح آن در سال ۲۰۰۰، صورت گرفت)، توسط کنفرانس ملی نمایندگان رسمی برای تصویب قوانین متحدالشکل ایالات متحد (NCCUSL) در کنفرانس سالانه‌شان که در ۲۸ اوت ۲۰۰۰، یعنی متعاقب کنفرانس سالانه که در ۲۳ تا ۳۰ ژوئیه ۱۹۹۹ برگزار شد، به تصویب رسید. (که از این پس، از آن به یوسیتا (UCITA) تعبیر می‌شود).

۷. قانون امضاها الکترونیکی در تجارت جهانی و داخلی، [Electronic Signature in Global and National Commerce Act] که از اول اکتبر ۲۰۰۰ لازم‌الاجرا شد. (که از این پس، از آن به ای ساین (E-Sign)، تعبیر می‌شود).

8. *Report of the Secretary-General, UNCITRAL, 17th Session on Legal Aspects of Automated Data Processing, U.N. Doc. A/CN.9/254 (1984).*

تشویق شد تا اقدامات خود را در این زمینه، ادامه دهد. این دلگرمی، زمینه تدوین قانون (ام. ال. ای. اس) را در سال ۲۰۰۱، فراهم ساخت.

با وجود تمام پیشرفتهای فوق، کارگروه تجارت الکترونیکی آنسیترال، همواره با دو خلأ عمده، روبه‌رو بود. نخست اینکه، بحث مهم «قراردادهای الکترونیکی» که اساساً هدف کمیسیون از ابتدا، تلاش برای حمایت و تضمین آن بود، نه تنها به طور صریح، حتی به طور ضمنی نیز در این اسناد، مطرح نگردید و همین امر خود باعث ابهاماتی در روابط طرفین قرارداد می‌شد که لزوماً با نص یا تفسیر قوانین نمونه ۱۹۹۶ و ۲۰۰۱، قابل حل نبودند. دوم اینکه، الزام آور نبودن قوانین نمونه، در عین صلابت، دقت و تأثیرگذار بودن آنها، عملاً زمینه تدوین مقررات و ایجاد رویه‌های مختلف و گاه متعارض را در کشورهای مختلف فراهم می‌ساخت و همین امر برای آینده روابط الکترونیکی، نگران‌کننده به نظر می‌رسید. به علاوه، کشورهایی که قوانین نمونه آنسیترال (۱۹۹۶-۲۰۰۱) را تصویب کرده بودند، به دلیل اختیارات نامحدودی که در دخل و تصرف در مفاد آنها داشتند، عملاً به نوعی ناهماهنگی در نظامهای حقوقی دچار شدند.^۹ به گونه‌ای که اغلب از اصول قانون نمونه و قوانین تجارت الکترونیکی دیگر کشورها به ویژه در خصوص تصدیق امضاهای الکترونیکی، منحرف و دچار اختلاف گشتند. این اختلافات و محدودیت اعمال قوانین داخلی نسبت به طرفینی که در خارج از کشور قرار داشتند، موجب شد که ایالات متحد امریکا در سال ۱۹۹۸، یک کنوانسیون بین‌المللی در خصوص تجارت الکترونیکی که مبتنی بر اصول قانون (ام. ال. ای. سی) بود را پیشنهاد کند.^{۱۰}

در ژوئیه ۲۰۰۱، آنسیترال، مجموعه‌ای از پیشنهادهای ارائه شده توسط کارگروه تجارت الکترونیکی، که به منظور تدوین یک سند بین‌المللی، موضوعات مرتبط با تشکیل قراردادهای الکترونیکی را مورد ارزیابی قرار می‌داد، و موانع حقوقی موجود بر سر راه تجارت الکترونیکی، در کنوانسیون بین‌المللی موجود را بررسی می‌کرد، تأیید نمود.^{۱۱} پیشنهادها به منظور هماهنگی اصلاحات قانونی با استفاده روزافزون از اطلاعات خودکار در تجارت بین‌الملل بود که اولین بار در سال ۱۹۸۴ به وسیله آنسیترال، ایجاد شدند.^{۱۲}

پس از آن، کارگروه در جلسه چهل و چهارم خود که در فاصله ۱۱ تا ۲۲ اکتبر ۲۰۰۴، در وین، متشکل از نمایندگان کشورهای عضو آنسیترال، برگزار شد، مواد مشخصی را جهت پیش‌نویس کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی، پیشنهاد کرد و از

9. Gregory, John D, "The Proposed UNCITRAL Convention on Electronic Contracts", *The Business Lawyer*, Nov 2003, p. 317.

10. United Nations Commission on International Trade Law, Working Group on Electronic Commerce, Note by the Secretariat, Proposal by the United States of America, *U.N. Doc. A/CN.9/WG.IV/WP.77*, (May 25, 1998), available at: <http://www.uncitral.org>.

11. United Nation Commission on International Trade Law, Report of the Working Group on Electronic Commerce on the Work of its Forty-Fourth Session, Para 1, p. 3, *U.N. Doc. A/CN.9/571*, (Nov. 8, 2004). [Hereinafter, Final Working Group Report]

12. Philip M. Nichols, "Electronic Uncertainty within the International Trade Regime", *15 AM. U. INT'L L. REV.* 1379, 1405 (2000).

دبیرخانه آنسیترال درخواست نمود تا تغییرات مناسبی را نسبت به مواد باقیمانده کنوانسیون، اعمال کند.^{۱۳} پس از آن، در ژوئیه ۲۰۰۵، کارگروه از دبیرخانه آنسیترال درخواست نمود تا پیش‌نویس کنوانسیون، به منظور اظهارنظر و مشارکت در مصوبه آنسیترال، در اختیار دول عضو، گذاشته شود.^{۱۴} در نهایت، آنسیترال، در ۱۵ ژوئیه ۲۰۰۵، متن نهایی کنوانسیون را تصویب نمود.^{۱۵}

باید خاطر نشان ساخت که قبل از تشکیل نشست سی‌وهشتم کارگروه تجارت الکترونیکی، با موضوع کنوانسیون ۲۰۰۵، متن پیش‌نویس کنوانسیون به منظور اظهارنظر به همه کشورها و سازمانهای بین‌المللی که به حضور در جلسات کمیسیون و کارگروه، دعوت شده بودند، تسلیم گردید و دیدگاههای آنها، قبل از تشکیل نشست مذکور، واصل شد و بر مبنای این فرایند تدریجی و دقیق، آنسیترال در نشست سی‌وهشتم تصمیم گرفت تا پیش‌نویس کنوانسیون را جهت طرح و بررسی به مجمع عمومی سازمان ملل متحد، تسلیم نماید. مجمع عمومی نیز، در ۲۳ نوامبر ۲۰۰۵ (برابر با دوم آذرماه هزار و سیصد و هشتاد و چهار)، کنوانسیون را به تصویب رساند.

۲-۱- معرفی کنوانسیون

این کنوانسیون، مشتمل بر ۴ فصل با ۲۵ ماده است. فصل نخست، تحت عنوان «قلمرو اعمال»، دربردارنده ۳ ماده است؛ ماده ۱ «قلمرو شمول» کنوانسیون را مطرح کرده، ماده ۲ به بیان «استثنائات» پرداخته و ماده ۳ راجع به «آزادی اراده طرفین» است. عنوان فصل دوم که «مقررات عمومی» نام گرفته، حاوی ۴ ماده است؛ ماده ۴ به «تعاریف»، اختصاص یافته، ماده ۵ قواعد راجع به «تفسیر» کنوانسیون را مطرح نموده و ماده ۶ و ۷، به ترتیب به طرح قواعد راجع به «مکان طرفین» و «الزامات اطلاعاتی»، مبادرت نموده است. فصل سوم با عنوان «استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی»، در ماده ۸ خود، متضمن اصل «شناسایی حقوقی ارتباطات الکترونیکی» است و ماده ۹ با عنوان «الزامات شکلی» به یکی دیگر از اصلهای این کنوانسیون یعنی بی‌طرفی فنی و استثنائات وارد بر آن پرداخته، ماده ۱۰، «زمان و مکان ارسال و وصول ارتباطات الکترونیکی» را تبیین نموده، ماده ۱۱، به عنوان جدید «دعوت به ایجاب» اختصاص یافته، ماده ۱۲ «استفاده از سیستم پیام خودکار برای تشکیل قرارداد»، ماده ۱۳ «در دسترس بودن شروط قراردادی» و ماده ۱۴ به بیان قواعد راجع به «خطا در ارتباطات الکترونیکی»، پرداخته است. فصل چهارم این سند نیز مشتمل بر ۱۱ ماده است. ماده ۱۵، «امین کنوانسیون» را مشخص نموده، ماده ۱۶، به تشریفات «امضا، تأیید، قبول یا تصویب»، پرداخته، ماده ۱۷، تحت عنوان «مشارکت از طریق سازمانهای منطقه‌ای مؤتلفه اقتصادی»، پذیرش کنوانسیون توسط این سازمانها را همانند کشورها، به رسمیت شناخته است. ماده ۱۸ به «اثر کنوانسیون در واحدهای سرزمینی داخلی»،

13. Final Working Group Report, *op. cit.*, p. 3.

14. *Ibid.*

15. United Nations Commission on International Trade Law, Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its thirty-eighth session, Annex 1, U.N. Doc. A/60/17, (July 26, 2005) [Hereinafter, Final UNCITRAL Report]

اختصاص یافته است. ماده ۱۹، به «اعلامیه‌های مربوط به دامنه شمول» پرداخته، ماده ۲۰ با عنوان «ارتباطات مبادله شده به موجب دیگر کنوانسیونهای بین‌المللی»، به ارتباط این کنوانسیون، با دیگر کنوانسیونهای بین‌المللی، اشاره داشته، ماده ۲۱، «آیین رسیدگی و آثار اعلامیه‌ها» را مطرح کرده، ماده ۲۲ به «حق شرط» اختصاص یافته، ماده ۲۳، با عنوان «لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون»، زمان به اجرا درآمدن کنوانسیون را پیش‌بینی کرده، ماده ۲۴، به «زمان اجرای کنوانسیون» پرداخته و ماده ۲۵، آیین و تشریفات «خروج از کنوانسیون» را پیش‌بینی نموده است.

۲- شناسایی و اعتبار حقوقی ارتباطات الکترونیکی

برای اینکه روابط الکترونیکی، از اطمینان کافی برخوردار بوده و حقوق اشخاص با ورود در این حیطه، در معرض تزلزل قرار نگیرد، ارتباط الکترونیکی باید مانند هر ارتباط دیگری که با حضور فیزیکی طرفین، منعقد شده است، معتبر شناخته شود. در همین راستا، ماده ۸ کنوانسیون، تحت عنوان «شناسایی حقوقی ارتباطات الکترونیکی»، مقرر داشته است:

«۱. اعتبار یا قابلیت اجرایی ارتباط یا قرارداد، نباید تنها به دلیل آنکه به شکل ارتباط الکترونیکی است، مورد انکار قرار گیرد.»

۲. هیچ ماده‌ای در این کنوانسیون، طرفین را ملزم نمی‌نماید تا از ارتباطات الکترونیکی استفاده کرده و یا آن را بپذیرد، اما موافقت شخص مبنی بر انجام یا استفاده از آن، می‌تواند از رفتار شخص، استنباط شود.^{۱۶}

این قاعده که بیانگر شناسایی برابری حقوقی ارزش اعتبار الکترونیکی، همانند ارتباط فیزیکی است، از قانون «ام. ال. ای. سی»، برگرفته شده است. مواد ۵، ۵ مکرر، ۱۱ و ۱۲ این قانون، صریحاً به این قاعده و اصل بنیادین حقوق تجارت الکترونیکی، اشاره دارند. برای مثال، ماده ۵، اشعار می‌دارد: «اثر حقوقی، اعتبار یا قابلیت اجرایی اطلاعات، نباید، تنها به دلیل آنکه به شکل داده‌پیام است، مورد انکار قرار گیرد».

در قوانین ملی نیز، این اصل، مورد شناسایی قانون‌گذاران داخلی، قرار گرفته است. ماده ۳ قانون متحدالشکل کانادا درباره تجارت الکترونیکی، مصوب ۳۰ سپتامبر ۱۹۹۹^{۱۷} نیز حکم مشابهی مقرر داشته است. در سطح ایالات متحد آمریکا نیز، قوانین و مقررات راجع به قراردادهای و ارتباطات الکترونیکی، این اصل را مورد شناسایی قرار داده‌اند. آخرین قانون مدون ایالات متحد، یعنی ای‌ساین، که با دامنه شمولی عام، مقدم بر قوانین ایالتی است، در خصوص هرگونه معامله بین ایالات، مقرر می‌دارد: «اثر حقوقی، اعتبار و یا قابلیت اجرایی امضا، قرارداد و یا دیگر سوابق مرتبط با چنین معامله‌ای، نباید تنها به دلیل آنکه به شکل الکترونیکی است، مورد انکار قرار گیرد؛

¹⁶. Article 8 (1): A communication or a contract shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that it is in the form of an electronic communication. (2) Nothing in this Convention requires a party to use or accept electronic communications, but a party's agreement to do so may be inferred from the party's conduct.

¹⁷. *Uniform Electronic Commerce Act of Canada*, 1999.

و اثر حقوقی، اعتبار و یا قابلیت اجرایی قرارداد مرتبط با چنین معامله‌ای، نباید تنها به دلیل آنکه در تشکیل آن از سابقه الکترونیکی استفاده شده، مورد انکار قرار گیرد.^{۱۸} و به موجب بخش ۷ قانون ایالت یوتا، «اثر حقوقی یا قابلیت اجرایی یک سابقه یا امضا، تنها به آن دلیل که به شکل الکترونیکی است، نباید مورد انکار قرار گیرد». «اثر حقوقی یا قابلیت اجرایی قرارداد، تنها به این دلیل که در تشکیل آن، از سوابق الکترونیکی، استفاده شده، نباید مورد انکار قرار گیرد».^{۱۹} همانند قوانین ای‌ساین و یوتا، یوسیتا نیز این اصل را به رسمیت شناخته است.^{۲۰}

در سطح اتحادیه اروپا نیز، اعتبار و نفوذ قراردادهای الکترونیکی، به موجب دستورالعمل امضاهای الکترونیکی که در سال ۱۹۹۹^{۲۱} تدوین گردیده و نیز در دستورالعمل تجارت الکترونیکی مصوب ۲۰۰۰^{۲۲}، مورد شناسایی قرار گرفت. در جمهوری خلق چین، اعتبار قراردادهای الکترونیکی به موجب قانون جدید این کشور، مصوب ۱۵ مارس ۱۹۹۹، به رسمیت شناخته شده است.^{۲۳} قانون معاملات الکترونیکی سنگاپور هم در بخشهای ۱۱ (۲) و ۱۲ خود، به طرح این قاعده پرداخته است.^{۲۴}

در حقوق ایران نیز، هرچند با تمسک به برخی از مواد قانون مدنی، از جمله مواد ۲۱۹ و ۲۲۳، می‌توان اعتبار و صحت قراردادهای الکترونیکی را اثبات نمود؛ با این حال، تصویب قانون تجارت الکترونیکی در سال ۱۳۸۲، به معاملاتی که از طریق اینترنت و سیستمهای ارتباطی جدید انجام می‌گیرند، مشروعیت بخشید و روند روابط تجاری الکترونیکی را قاعده‌مند نمود. البته در این قانون، ماده‌ای که صریحاً بر این امر، تأکید داشته باشد، وجود نداشته و تنها می‌توان به طور ضمنی از ماده ۵ این قانون که اشعار می‌دارد: «هرگونه تغییر در تولید، ارسال، دریافت، ذخیره و یا پردازش داده‌پیام با توافق و قرارداد خاص طرفین معتبر است»، این اصل را مورد شناسایی قرار داد.

در نتیجه، بند ۱ ماده ۸، بیانگر اصل برابری عملکرد میان ارتباط فیزیکی و الکترونیکی بوده و به ارتباطات یا قراردادهای الکترونیکی، ارزشی همسان با ارتباطات فیزیکی و قراردادهای کاغذی

^{۱۸} جفری سی. سلمن، «فرایند تشکیل قراردادهای الکترونیکی؛ قواعدی جدید برای تجارت جدید»، ترجمه

علی رضائی، *مجله کانون سردفتران و دفتریاران*، شماره ۶۷، بهمن‌ماه ۸۵، صص ۱۰۶ - ۱۰۵.

^{۱۹} همان، ص ۱۰۹.

^{۲۰} UCITA, *op. cit.*, Section 107 (a).

^{۲۱} *Directive 1999/93/EC* of 13 December 1999 on a Community Framework for Electronic Signatures. Available at: <http://europa.eu/geninfo/query/resultaction.jsp?page=1>.

^{۲۲} *Directive 2000/31/EC* of the European Parliament and of the Council of June 2000 on Certain Legal Aspects of Information Society Services, In Particular Electronic Commerce. Available at: www.europea.eu.int/ISPO/e-commerce/legal/documents/2000_31ec_en.pdf

^{۲۳} McKenzie, P.D., *E-Commerce Law in PR of China*, 2002, available at: www.perkinscoie.com/recourse/e-comm/prc.htm.

^{۲۴} Chong Kah Wei & Joyce Chao Suling, "United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts – A New Global Standard", *Singapore Academy of Law Journal*, No. 18, 2006, p. 159.

می‌دهد. هر ارتباط یا قراردادی که به شیوه الکترونیکی، صورت می‌گیرد، در صورتی که شرایط قانونی در تشکیل آن رعایت شده باشد، دارای اعتبار بوده و نمی‌توان آن را صرفاً به این خاطر که با استفاده از وسایل الکترونیکی، منعقد شده، بی‌اعتبار شمرد.

از آنجه که ممکن است برخی از ارتباطات، منجر به انعقاد قرارداد نگردد، پیشنهاد گردید که ماده ۸، هر دو اصطلاح ارتباط و قرارداد را در خود داشته باشد تا شائبه این تصور که تنها انعقاد قرارداد الکترونیکی، مورد شناسایی حقوقی قرار گرفته است، از بین برود.^{۲۵}

بند ۲ ماده ۸ نیز به بیان آزادی اراده طرفین پرداخته و مقرر می‌دارد که کنوانسیون، هیچ‌یک از طرفین را ملزم نمی‌نماید تا از ارتباط الکترونیکی استفاده کرده و یا آن را بپذیرد. بنابراین، بر طبق این بند، هر چند استفاده از ارتباطات الکترونیکی در تشکیل قرارداد، اختیاری است، اما نظر به ماده ۳ کنوانسیون، اعمال این کنوانسیون بر چنین قراردادی (علی‌الاصول)، امری است؛ مگر آنکه طرفین نسبت به «عدم اعمال» کنوانسیون، بر قراردادشان، به توافق رسند.^{۲۶} همچنین، این اصل نباید اینگونه تفسیر شود که هر داده‌پیام و یا اطلاعات مندرج در آن، دارای ارزش و اعتبار حقوقی می‌باشد، بلکه اثر این قاعده، هنگامی نمایان می‌شود که داده‌پیام، از تمامی شرایط و تشریفات لازم، برخوردار باشد.^{۲۷}

۳- بی‌طرفی فنی^{۲۸}

اشخاص به منظور بیان قصد و اراده خویش، از الفاظ و کلمات، ایماها و اشاره‌ها، بهره می‌گیرند. آنچه در تبادل افکار و اندیشه‌ها، دارای اهمیت اساسی است، قابل درک بودن آن می‌باشد. چنانکه به کارگیری شکل خاصی در برقراری ارتباط، تنها متأثر از موقعیت و شرایط افراد است. در علم حقوق نیز قاعده همین است؛ بیان اراده و صحت قراردادها، در اصل تابع ضوابط و رعایت مسائل شکلی و تشریفاتی نمی‌باشد. بررسی شرایط صحت قراردادها در سیستمهای حقوقی مختلف، حاکی از آن است که اصولاً عقد با توافق طرفین، واقع شده و رعایت تشریفاتی معین، یا لفظی خاص در بیان قصد، شرط صحت بیان نمی‌باشد.

بی‌طرفی فنی، به عنوان یکی دیگر از اصول بنیادین حاکم بر کنوانسیون، نیز به همین معنی است؛ این اصل بیانگر آن است که برقراری ارتباط و یا تشکیل قرارداد الکترونیکی، نیازمند استفاده از وسیله، روش و یا فن خاصی نبوده، بلکه به حکم اصل، هر ارتباط یا قرارداد الکترونیکی، بدون رعایت تشریفات شکلی خاصی، معتبر خواهد بود.

این اصل، در ماده ۹ کنوانسیون ۲۰۰۵، مورد شناسایی قرار گرفته است. به موجب بند ۱ ماده ۹:

25. *Ibid*, p. 125.

26. Charles H. Martin, "The UNCITRAL Electronic Contracts Convention: Will it be Used or Avoided?", *Pace International Law Review*, Vol. 17, 2005 p. 284.

27. *Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce 1996*, p. 31. [Hereinafter, Guide of MLEC]. available at: www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html.

28. technological neutrality

«هیچ ماده‌ای در این کنوانسیون مقرر نمی‌دارد که ارتباط یا قرارداد باید به شکل خاصی ایجاد شده یا مدلل شود».^{۲۹}

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (سی. آی. اس. جی)، نیز در ماده ۱۱ خود، به طرح این قاعده پرداخته است. به موجب این ماده: «ضرورتی ندارد که قرارداد به صورت کتبی منعقد یا مستند شود و از نظر شکلی نیز محتاج به رعایت هیچ‌گونه شروط یا قیود دیگری نمی‌باشد. وجود قرارداد را می‌توان به هر طریقی از جمله شهادت شهود، به اثبات رساند».^{۳۰}

ماده ۲ - ۱ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی نیز، این اصل را در خود جای داده و مقرر می‌دارد: «در هیچ‌یک از مواد این اصول، مقرر نشده است که قرارداد باید به طور کتبی منعقد یا مدلل شود. قرارداد را به هر وسیله‌ای از جمله شهادت شهود، می‌توان اثبات کرد».^{۳۱}

این اصل، در حقوق کشورمان نیز مورد شناسایی قرار گرفته است؛ که از آن، به عنوان اصل «رضایی بودن عقود»، تعبیر می‌شود. به موجب این اصل که از ماده ۱۹۰ قانون مدنی، استنباط شده است، توافق دو اراده رکن لازم و کافی برای بسته شدن تمام قراردادهاست. استقراء در شرایط درستی عقود معین نیز این استنباط را تقویت می‌کند. زیرا، جز در موارد نادر، در هیچ‌یک از آنها، تشریفات خاصی بر شرایط عمومی، افزوده نشده است. پس، می‌توان گفت، «در حقوق ما، اصل این است که عقد با تراضی، واقع می‌شود و نیاز به هیچ شکل خاصی ندارد».^{۳۲} البته، برخی دیگر از اساتید حقوق، بجای به کار بردن «عقد رضایی»، از اصطلاح «عقد قصدی»، استفاده کرده، و بر این عقیده‌اند که، «عقد قصدی که به اشتباه در حقوق ایران، عقد رضایی، نامیده شده است، عقدی است که در صورت اجتماع شرایط اساسی و اختصاصی معاملات، صرفاً با قصد مشترک طرفین، به شرط ابراز، و بدون نیاز به امر دیگری، تشکیل می‌شود». ایشان، علت این اشتباه را اقتباس غلط از حقوق فرانسه، دانسته و اضافه داشته‌اند که «در حقوق فرانسه، عقد قصدی را عقد رضایی می‌نامند و این اصطلاح، به اشتباه، در تألیفات حقوقی ایران نیز، وارد شده است. منشأ این تعبیر، عدم تفکیک بین قصد انشا و رضا در حقوق فرانسه است که منحصراً رضایت طرفین یعنی میل درونی و اعلام آن و توافق خواسته طرفین، به عنوان شرط روانی عقد معرفی شده و نامی از عنصر

²⁹ Article 9 (1): Nothing in this Convention requires a communication or a contract to be made or evidenced in any particular form.

^{۳۰} مهرباب داراب‌پور، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی (ترجمه)، نوشته هجده نفر از دانشمندان حقوق دانشگاه‌های معتبر جهان، جلد سوم، چاپ اول، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۷۴، ص ۲۵۷.

^{۳۱} اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی، ترجمه و تحقیق: بهروز اخلاقی و فرهاد امام، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۹، ص ۱۰.

^{۳۲} ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، تهران، ۱۳۷۴، شماره ۴۵، صص، ۸۸-۸۷.

روانی دیگری که قصد انشا باشد، برده نشده است؛ در حالی که روشن است در سیستم حقوقی ایران، آنچه عقد را می‌سازد، قصد انشا است نه رضا، و به همین جهت، تعبیر صحیح عقد غیر تشریفاتی، عقد قصدی است، نه عقد رضائی». ^{۳۳} صرفنظر از این اختلاف در تعبیر، می‌توان «اصل بی‌طرفی فنی» را معادل «اصل رضایی بودن»، دانست؛ با این توضیح که اصل اول در محیط الکترونیکی، استعمال شده و اصل دوم، در محیط غیرالکترونیکی. وجه تسمیه اصل بی‌طرفی فنی در محیط الکترونیکی هم، از آن روست که برای ایجاد ارتباط یا قرارداد، استفاده از فن یا تکنیک، ابزار یا وسیله خاصی لازم نمی‌باشد.

۴- استثنائات وارد بر اصل بی‌طرفی فنی

هرچند قاعده کلی، آن است که شکل و تشریفات ویژه‌ای برای بیان اراده و تحقق عقد وجود ندارد، اما این اصل نیز مانند هر قاعده یا اصل دیگری، با استثنائاتی روبه‌روست. ^{۳۴} زیرا، گاه بنا بر توافق طرفین و گاه به حکم قانون، لازم است که اراده‌ها در شکلی خاص، متجلی گشته تا منشأ اثر گردند.

در این دسته از ارتباطات و قراردادها، که در حقوق ما به عنوان «عقد تشریفاتی»، نام گرفته‌اند، توافق دو اراده در صورتی معتبر است که به شکل مخصوص و با تشریفات معین بیان شود. در عقد تشریفاتی، صورت عقد، شرط وقوع آن بوده و توافقی که شکل مخصوص را دارا نباشد، باطل است.

رد پای این استثنائات، در نظام‌های حقوقی دیگر کشورها نیز، قابل مشاهده است. برای مثال، در فرانسه، در برخی از عقود، مانند قرارداد رژیم مالی زوجین (ماده ۱۳۹۴ قانون مدنی)، هبه (ماده ۹۳۱ قانون مدنی) و رهن (ماده ۲۱۲۷)، تنظیم سند رسمی به وسیله دفاتر اسناد رسمی، لازم شمرده می‌شود. یا در سوئیس، به موجب ماده ۲۱۶ قانون مدنی این کشور، بیع مال غیرمنقول، عقدی تشریفاتی است که بدون تنظیم سند رسمی، اعتبار ندارد. همچنین در حقوق آلمان، انتشار معامله، شرط اعتبار انتقال حقوق عینی مال غیرمنقول است. ^{۳۵}

با این توضیح، استثنائات این اصل را می‌توان در سه عنوان «کتبی بودن»، «ممضی بودن» و «اصل بودن»، طبقه‌بندی کرد، که به ترتیب در بندهای ۲، ۳ و ۴ ماده ۹ کنوانسیون، آمده‌اند. در نتیجه، بند ۱ ماده ۹ به بیان اصل، و بندهای ۲، ۳ و ۴ این ماده، به بیان استثنائات وارد بر آن، پرداخته است. در همین راستا، به طور جداگانه، به توضیح هر یک، پرداخته می‌شود.

^{۳۳} مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۸۰، شماره‌های ۵۲ و ۵۳، صص

۸۵-۸۴

^{۳۴} ما مِنْ عامٍ الا وَ قَدْ خُصَّ.

^{۳۵} مهدی شهیدی، پیشین، شماره ۸۰، صص ۱۱۷-۱۱۶.

۱-۲- کتبی بودن

طرفین یک قرارداد، ممکن است حتی پس از توافق در مورد تمامی جنبه‌های قرارداد، تحقق و لازم‌الاجرا گشتن آن را منوط به تنظیم سند نمایند. تنظیم سند و یا به اصطلاح «مکتوب بودن»، ممکن است ناشی از الزام قانون باشد.^{۳۶} بدیهی است که در این موارد، اعتبار قرارداد یا رابطه، منوط به تحقق شرایط قانونی لازم، از جمله تنظیم نوشته و یا مکتوب نمودن قرارداد است.

در همین راستا، بند ۲ ماده ۹، نیز این ضرورت را نادیده نگرفته و اظهار داشته است: «در مواردی که قانون مقرر می‌دارد که ارتباط یا قرارداد باید به صورت کتبی باشد یا آثار فقدان کتبی بودن را مقرر می‌دارد، آن شرط، به وسیله ارتباط الکترونیکی، محقق می‌شود، مشروط بر اینکه اطلاعات مندرج در آن، قابل دسترسی بوده و امکان استفاده، در صورت رجوع بعدی فراهم باشد».^{۳۷}

این بند، برگرفته شده از بند ۱ ماده ۶ قانون «ام. ال. ای. سی» است که به موجب این بند: «در مواردی که قانون الزام می‌دارد که اطلاعات باید به صورت کتبی باشد، آن الزام به وسیله داده‌پیام محقق می‌شود؛ مشروط بر آنکه اطلاعات مندرج در آن قابل دسترسی بوده و امکان استفاده در صورت رجوع بعدی فراهم باشد».

کنوانسیون همانند قانون نمونه، بیان داشته که ارتباط الکترونیکی در صورتی شرط کتبی بودن را داراست که در دسترس بوده و امکان استفاده، برای ارجاعات بعدی را دارا باشد. حال به توضیح اصطلاحات به کار گرفته شده در این بند، پرداخته می‌شود. اصطلاح «در دسترس بودن» بدین معنی است که اطلاعاتی که به شکل داده‌های رایانه‌ای می‌باشند، باید «قابل خواندن»^{۳۸} بوده و «قابلیت اجرا»^{۳۹} داشته باشند؛ همچنین نرم‌افزاری که موجب می‌شود تا چنین اطلاعاتی قابل خواندن باشد، باید باقی مانده و از بین نرفته باشد. هدف از به کارگیری عبارت «قابل استفاده» نیز آن نبوده که تنها برای انسان قابل استفاده باشد، بلکه، اگر آن ارتباط از طریق رایانه نیز، قابل پردازش باشد، همچنان «قابل استفاده»^{۴۰} قلمداد می‌شود. شرط دیگری که به موجب بند ۴ (ب) ماده ۹ مقرر گردیده،^{۴۱} آنکه این اطلاعات باید برای شخصی که هدف، دستیابی او به اطلاعات است، قابل دسترسی باشد. لذا، اگر ارتباط، برای مخاطب آن ارتباط، قابل دستیابی بوده، ولی برای

^{۳۶} برای مثال، ماده ۲(۱) قانون اموال انگلستان، مصوب ۱۹۸۹، مقرر داشته است: «هرگونه قرارداد فروش یا واگذاری منافع ملک، تنها به صورت کتبی، قابل انعقاد است...».

^{۳۷} Article 9 (2): Where the law requires that a communication or a contract should be in writing, or provides consequences for the absence of a writing, that requirement is met by an electronic communication if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference.

^{۳۸} readable

^{۳۹} interpretable

^{۴۰} Guide of MLEC, *op. cit.*, p. 36.

^{۴۱} «وقتی قانون قابل دستیابی بودن اطلاعات موجود در ارتباطات را مقرر می‌دارد، در آن صورت، آن اطلاعات باید برای شخصی که هدف، دستیابی او به اطلاعات است، قابل دستیابی باشد».

دیگران، خیر، به موجب این بند، شرط قابل دستیابی بودن، محقق است. مطالعه راهنمای قانون نمونه، نشانگر آن است که ابتدا بجای عبارت «ارجاعات بعدی»، اصطلاحات «پایدار بودن»^{۴۲} و «غیرقابل تغییر بودن»^{۴۳} پیشنهاد گردید که به علت اینکه احراز این معیار، دشوار می‌باشد، مورد عمل قرار نگرفت. همچنین پیشنهاد گردید تا بجای معیار «ارجاعات بعدی»، از معیارهای «قابل خواندن بودن» و یا «قابل فهم بودن» استفاده شود، اما در مقابل چنین استدلال شد که از آنجا که این معیارها یک «معیار شخصی»، ارائه می‌دهند که مورد به مورد، فرق داشته و در نتیجه باعث تشتت خواهد گردید، مورد پذیرش قرار نگرفت.^{۴۴} لذا به تبعیت از قانون نمونه، معیار مندرج در بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون، در خصوص ارجاعات بعدی، یک معیار «نوعی نسبی» است و نه شخصی.

۱-۱-۴- حقوق تطبیقی

از بُعد تطبیقی نیز، معیاری که به موجب قانون ای‌ساین ارائه شده، با معیار کنوانسیون، متفاوت است. بر طبق قانون ای‌ساین، در صورتی که به موجب قانون، قرارداد باید به صورت کتبی تنظیم شود، صرف توانایی طرفین به انعقاد قرارداد به شیوه الکترونیکی، در صورتی که پس از توافق نتوانند با یکدیگر تماس برقرار نمایند، کفایت نمی‌کند. این امر، به ویژه در خصوص وسایل ارتباطی که قابلیت ذخیره اطلاعات را ندارند، با تردید بیشتری روبه‌روست. بنابراین، ای‌ساین، اظهار می‌دارد که قابلیت اجرایی یک قرارداد الکترونیکی که از لحاظ قانونی باید به صورت کتبی تنظیم شود، به قراردادی بستگی دارد که «به شکلی باشد که قابلیت بقا داشته و به نحو صحیح، برای ارجاعات بعدی، توسط طرفین و یا اشخاصی که حق نگهداری آن را دارند، مجدداً قابل تولید باشد».^{۴۵} به هر حال این بدان معنا نیست که قرارداد باید ذخیره شده و یا چاپ گردد، بلکه باید قابلیت ذخیره یا چاپ را داشته باشد. هرچند این موضوع، چندان روشن نیست که آیا قرارداد باید در هر زمانی، قابلیت بقا یا ذخیره را داشته باشد و یا صرفاً برای مدت زمانی کوتاهی پس از انعقاد قرارداد.

در خصوص قرارداد الکترونیکی که باید به صورت کتبی تنظیم شود، حداقل این اطمینان باید حاصل شود که محتویات قرارداد، قابلیت بقا داشته و از بین نمی‌روند. همچنین، به موجب این قانون، «شرط قابلیت بقا محقق می‌شود؛ اگر اسناد و سوابق الکترونیکی:

(۱) به نحو صحیح، اطلاعات مندرج در قرارداد را منعکس نمایند و (۲) برای اشخاصی که قانوناً، حق دسترسی به آن را دارند، برای مدتی که (قانون) مقرر داشته و به شکلی که به نحو صحیح، برای ارجاعات بعدی قابل استفاده باشند، خواه از طریق ارسال، چاپ یا دیگر اقدامات،

42. durability

43. non-alterability

44. Guide of MLEC, *op. cit.*, p. 36.

45. E-Sign, *op. cit.*, section 101 (e).

قابل بازیافت باشند».^{۴۶}

قانون یوتا نیز، مقرر داشته است که «اگر قانون، مقرر بدارد، سابقه، باید به صورت کتبی تنظیم شود، سابقه الکترونیکی، این الزام قانونی را محقق می‌سازد».^{۴۷} یوتا، «سابقه الکترونیکی» را «اطلاعاتی که از طریق وسایل الکترونیکی، ایجاد، ارسال، ابلاغ، دریافت یا ذخیره می‌شود»^{۴۸}، تعریف کرده است.

در مقام مقایسه، ملاحظه می‌شود که قواعد «نوشته» الکترونیکی کنوانسیون ۲۰۰۵، ابهام قاعده نوشته یوتا را که به تعریف مجملی از سابقه الکترونیکی، بسنده نموده، کم کرده است. این قاعده، همچنین بر قاعده «نوشته» الکترونیکی ای‌ساین، ترجیح دارد، چرا که ای‌ساین یک معیار شخصی ارائه می‌دهد، حال آنکه به هنگام قضاوت و داوری، قطعاً احراز این معیار سخت و در مواردی ناممکن است؛ در حالی که کنوانسیون ۲۰۰۵، یک معیار عینی ارائه کرده است. بنابراین، در باب کتبی بودن، می‌توان به این نتیجه رسید که در این خصوص، کنوانسیون، ابهامات و کاستیهای قوانین ملی را، جبران نموده است.

۲-۱-۴- حقوق ایران

در نظام حقوقی ما نیز، نظر به اصل آزادی اراده، ممکن است، طرفین یک قرارداد، انعقاد آن را منوط به تحقق شرایطی از جمله، مکتوب بودن، دانسته و اعلام دارند که تا نوشته‌ای تنظیم نشود، معامله‌ای هم منعقد نشده است. الزام ناشی از کتبی بودن ارتباط یا قرارداد، همچنین ممکن است، به حکم قانون باشد. بدیهی است که در این خصوص، این سؤال مطرح می‌شود که اگر طرفین، از طریق وسایل الکترونیکی، مبادرت به انعقاد چنین معامله‌ای نمایند، آیا امکان تحقق این شرط در دنیای مجازی الکترونیکی، وجود دارد یا خیر؟

با دقت در قانون تجارت الکترونیک ملاحظه می‌شود که قانون‌گذار ما نیز، همسانی کارکرد نوشته و سابقه الکترونیکی را پذیرفته و در ماده ۶ خود، در حکمی مشابه با بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون، مقرر داشته است: «هرگاه وجود یک نوشته از نظر قانون لازم باشد، «داده‌پیام» در حکم نوشته است مگر در موارد زیر:

الف) اسناد مالکیت اموال غیرمنقول

ب) فروش مواد دارویی به مصرف‌کنندگان نهایی

ج) اعلام، اخطار، هشدار و یا عبارات مشابهی که دستور خاصی برای استفاده کالا صادر می‌کند و یا از به کارگیری روشهای خاصی به صورت فعل یا ترک فعل منع می‌کند».

این مقرر، هرچند، از این جهت که با یکی دانستن نوشته کاغذی با نوشته الکترونیکی، ابهام ناشی از تحقق شرط مکتوب بودن، در محیط الکترونیکی و از طریق ارتباط الکترونیکی را مرتفع

46. *Ibid*, Section, 101 (d) (2).

47. UETA, *op. cit.*, Sub-section 7 (c).

48. *Ibid*, Sub-section 2 (8).

نموده، درخور تحسین و ستایش است، اما بررسی مقرر، حاکی از آن است که قانون‌گذار، در این مورد نیز، متأسفانه «دقت کافی»، که از خصایص ضروری و جزء لاینفک و ذاتی امر قانون‌گذاری است را مبذول نداشته است. کالبدشکافی ماده، پرده را از این واقعیت بر می‌دارد.

نخست آنکه، همانند قانون «ام. ال. ای. سی» و کنوانسیون، این ماده مشخص نمی‌نماید که داده‌پیام باید دارای چه شرایطی باشد تا شرط نوشته را حائز گردد. آیا به صرف داده‌پیام بودن، این شرط محقق است و یا آنکه همانند اسناد قانونی دیگر، شرایط ویژه‌ای لازم است. بدیهی است که برای دادن اعتبار نوشته کاغذی به یک ارتباط الکترونیکی، شرایط ویژه‌ای باید مراعات گردد، در غیراین صورت، غرض قانون‌گذار و یا اشخاص، در الزام به کتبی بودن رابطه یا قرارداد، نقض گردیده و حقوق طرفین معامله و یا اشخاص ثالث، در معرض تهدید و تعرض جدی قرار خواهد گرفت.

دوم آنکه، آنچه از این ماده برداشت می‌شود، آن است که در تمامی مواردی که قانون، شرط کتبی بودن را لازم دانسته است، این شرط از طریق داده‌پیام، محقق می‌شود، مگر مواردی که در این ماده، مورد استثنا واقع شده‌اند. حال، سؤال این است که اسناد مالکیت اموال غیرمنقول، از چه خاصیتی برخوردار است که مورد استثنا واقع شده‌اند. آیا اگر زمانی، سازمان ثبت اسناد و املاک و یا دفاتر اسناد رسمی و یا دیگر مراجع ذیربط، به این فناوری مجهز شوند که امکان ثبت معاملات مربوط به اموال غیرمنقول، در نهایت دقت و اطمینان و با ضریب امنیتی بالا، وجود داشته باشد - کما اینکه امروزه، این فناوری در کشورهای پیشرفته وجود دارد و کشور ما نیز، دیر یا زود، خواسته یا ناخواسته به این سمت، خواهد رفت - باز هم می‌توان قائل به این استثنا گردید؟

یکی از ایرادات وارد بر این ماده، که توسط برخی مطرح گشته، و این ایراد، خود، دارای اشکال است، آن است که «در ماده فوق، به این امر تصریح نگردیده که «اگر داده‌پیام در حکم نوشته نباشد»، چه اثر حقوقی، می‌توان بر آن بار نمود؛ به طور کلی این بحث بیشتر به ارزش اثباتی داده‌پیام الکترونیکی مربوط می‌شود و در مورد آن به اختصار باید گفت، اگر داده‌پیام در حکم نوشته محسوب نگردد، در آن صورت، اعمال مواد ۱۲۸۴ تا ۱۳۰۵ قانون مدنی (راجع به اسناد)، در مورد اینگونه مدارک، محل تردید خواهد بود و مدارک الکترونیکی را صرفاً به عنوان «قرینه»، می‌توان پذیرفت».^{۴۹}

حقیقت آن است که این ایراد، از این عیب، رنج می‌برد که متأسفانه، ایرادکننده، فرضی را که نوشته یا مکتوب بودن، شرط تحقق قرارداد است، را نادیده گرفته است. بدین توضیح که، در پاره‌ای موارد، به حکم قانون یا توافق، علاوه بر شرایط اساسی صحت معاملات (مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی)، برای تحقق یک قرارداد، شرط دیگری لازم است و آن، تنظیم نوشته و یا

^{۴۹} مصطفی‌السان، «ابعاد حقوقی بانکداری اینترنتی»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۷، نیمسال اول ۱۳۸۴،

مکتوب نمودن قرارداد است. به عنوان مثال، اگر طرفین، به موجب توافق، وقوع معامله خویش را منوط به مکتوب نمودن آن نمایند، به گونه‌ای که قصد آنها بر این امر تعلق گرفته باشد که تا نوشته‌ای تنظیم نشود، عقدی هم محقق نشود، حال اگر ارتباط طرفین، از طریق الکترونیکی باشد، بر طبق ایراد فوق، اگر داده‌پیام در حکم نوشته نباشد، مدرک الکترونیکی، صرفاً به عنوان قرینه محسوب می‌شود. در حالی که در این فرض، اگر داده‌پیام، نوشته تلقی نگردد، چون آن شرط کتبی بودن، محقق نشده، در نتیجه، چیزی پدید نیامده تا قرینه تلقی شود. بنابراین، در راستای هماهنگی با مقررات بین‌المللی، پیشنهاد می‌گردد تا این مقرر نیز، با دقت بیشتری اصلاح گشته، تا ابهامات موجود، بر طرف گردد.

۲-۴- ممضی بودن

موضوع امضا، یکی از بحثهای مهم اثباتی و انتساب سند به شخص است که از ابتدا و با حضور پدیده‌ای به نام سند، در محیط کاغذی وجود داشته و اخیراً هم با ظهور محیط مجازی الکترونیکی، وارد این حوزه شده است. بدیهی است که بررسی ابعاد حقوقی امضای الکترونیکی، بدون درک ماهیت این مفهوم - که تخصصی بودن آن و ارتباط با علوم دیگر از جمله علم رایانه، درک آن را دشوارتر نموده است - میسر نخواهد بود. لذا، در بند نخست، مفهوم امضای الکترونیکی، تبیین شده و سپس در بند دوم، به ارائه شرایط و ضوابط تحقق امضای الکترونیکی مطمئن، که معیار پذیرفته شده، توسط کنوانسیون است، پرداخته خواهد شد.

۱-۲-۴- مفهوم و شناسایی امضای الکترونیکی

در لغت، به علامتی که پای نامه یا سند گذارند، امضا گفته شده است.^{۵۰} در برخی متون خارجی، امضا به هر نام، نشانه یا نمادی تعریف می‌شود که به منظور ابراز قصد امضاکننده مبنی بر پذیرش آن نوشته و ایجاد التزام، ملحق به یک نوشته می‌شود.^{۵۱} هر چند بسیاری از نظامهای حقوقی، اساساً هیچ توصیف قانونی از امضا ارائه نکرده‌اند، ولی تعریف سنتی ارائه شده از امضا در این نظامهای حقوقی، وجود یک نوشته را ضروری می‌داند.^{۵۲} قانون مدنی ما نیز، در ماده ۱۳۰۱، بدون ارائه تعریفی از امضا، مقرر داشته است که «امضایی که در روی نوشته یا سندی باشد بر ضرر امضاکننده دلیل است». همانگونه که در اسناد کاغذی، امضا،

^{۵۰} محمد معین، فرهنگ فارسی، جلد اول، انتشارات امیرکبیر، چاپ هشتم، تهران، ۱۳۷۱، ص ۳۵۳.

^{۵۱} بتول آهنی، «انعقاد قراردادهای الکترونیکی»، ندای صادق، فصلنامه فقه و حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق (ع)، واحد خواران، سال نهم، تابستان و پائیز ۱۳۸۳، شماره ۳۴-۳۵، ص ۵۶.

^{۵۲} ستار زرکلام، «قانون تجارت الکترونیکی و الفبای الکترونیکی»، در: مجموعه مقاله‌های همایش بررسی جنبه‌های حقوقی فناوری اطلاعات، معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه، چاپ نخست، نشر سلسبیل، ۱۳۸۴، ص ۲۸۷.

نشان تأیید تعهدات قبول شده در آن سند به شمار می‌آید، از آن جهت که در تجارت الکترونیکی «مدارک الکترونیکی»، دارای جایگاهی همانند اسناد کاغذی می‌باشند، لذا، امضا در این مدارک نیز علی‌الاصول، دارای همان ارزش اثباتی می‌باشد. اما در فضای الکترونیکی که نوشته‌ها، تجسم بیرونی و مادی ندارند و تبادل اطلاعات در محیطی مجازی، صورت می‌گیرد، ارائه تعریفی جدید از امضا، ضرورت خواهد داشت. در این مفهوم، یک رمز، پیام یا هر روش غیرمادی می‌تواند، در شرایطی، دارای ارزش اثباتی امضا به مفهوم سنتی آن باشد.

از «امضای الکترونیکی» به مفهوم اخص، تعاریف متعددی ارائه شده است. در ابتدا، باید میان امضای دیجیتالی و الکترونیکی تفاوت گذاشت؛ چرا که درک این تفاوت، هم از لحاظ حقوقی و هم از لحاظ فنی، حائز فواید بسیار است، به گونه‌ای که بسیاری از کشورها، برای جلوگیری از بروز مشکل، برای هرکدام از این اصطلاحات، تعریف جداگانه‌ای ارائه نموده‌اند. از جنبه علمی از تمایز این دو، به اختصار می‌توان گفت که امضای الکترونیکی، اصطلاح جامع و گسترده‌ای است که می‌تواند هر علامتی که تصویر دیجیتالی شده یک امضا کاغذی باشد را در برگیرد و یا حتی یک اسم درج شده، در زیر یک سند، یا آدرس قید شده در بالا یا پایین یک نامه الکترونیکی. از این جهت، امضا الکترونیکی، هیچ‌گونه تضمینی از صحت اصالت سند و هویت امضاکننده به دست نداده و حتی در صورتی که در سند، تغییری حاصل شده باشد را نشان نمی‌دهد. در حالی که امضای دیجیتالی، نوع خاصی از امضای الکترونیکی است و امروزه، به عنوان یکی از ایمن‌ترین و مطمئن‌ترین امضاها الکترونیکی، به حساب می‌آید.^{۵۳} بنابراین، امضای الکترونیکی دارای معنای عام‌تری است و شامل امضای دستی اسکن شده یا اسم شخص که در قسمت انتهایی نامه الکترونیکی قید می‌گردد، نیز می‌شود.

قانون نمونه آنسیترا ل درباره امضاها الکترونیکی مصوب ۲۰۰۱، امضای الکترونیکی را به «داده‌ای در شکل الکترونیکی که به یک داده پیام، ضمیمه، یا جزء همسان، پیوسته و جداناپذیری از آن شده و می‌تواند برای شناسایی امضاکننده آن داده پیام و تأیید اطلاعات موجود در داده پیام از سوی امضاکننده به کار گرفته شود»^{۵۴} تعریف کرده است.

قانون نمونه دفاتر اسناد رسمی ایالات متحد، در بند ۷ ماده ۱۴، امضای الکترونیکی را به معنی «هر گونه صدا، علامت یا فرایند الکترونیکی که به مدرک الکترونیکی با لحاظ شرایط علمی ضمیمه یا با آن همسان شده و این امضا از سوی شخصی که قصد پذیرش مدارک را دارد، زده شده یا به دستور و برای او طراحی شده» دانسته است.^{۵۵} قانون یوتا نیز، هر چند از امضا، تعریفی به عمل نیاورده، اما «امضای الکترونیکی» را به عنوان «صدا، نماد یا فرایندی الکترونیکی که منطقیاً

^{۵۳} امضای دیجیتالی، به عنوان یکی از روشهای امضای الکترونیکی مطمئن، در بند دوم، مورد بررسی قرار گرفته است.

^{۵۴} MLES, *op.cit.*, art 2 (a).

^{۵۵} *The Model Notary Act*, September 1, 2002, Published As a Public Service by the Notary Association. Available at: www.nationalnotary.org/Userimages/Model_Notary_Act.pdf.

به همراه سابقه بوده یا به آن ضمیمه شده، و توسط شخصی که قصد دارد، آن سابقه را امضا کند، اجرا شده و یا مورد پذیرش قرار گرفته باشد»، تعریف کرده است.^{۵۶}

در سطح اتحادیه اروپا نیز، دستورالعمل اروپایی امضاهای الکترونیکی^{۵۷} و دستورالعمل تجارت الکترونیکی را که باید مبنای قانونی اعتبار امضاهای الکترونیکی دانست، به مفهوم امضای الکترونیکی، اشاره داشته‌اند. بر اساس دستورالعمل تجارت الکترونیکی، منظور از امضای الکترونیکی، داده‌ای الکترونیکی است که به سایر داده‌های الکترونیکی، متصل بوده یا به طور منطقی مرتبط است و روشی برای احراز اصالت به شمار می‌رود.^{۵۸}

در حقوق فرانسه هم، در ۱۳ مارس ۲۰۰۰، مجلس قانون‌گذاری این کشور، قانونی^{۵۹} را برای پذیرش امضای الکترونیکی تصویب و از طریق آن مفهوم امضای الکترونیکی را وارد قانون مدنی فرانسه کرد. این قانون به سرعت قابلیت اجرایی یافت. علاوه بر آن، دستورالعمل امضاهای الکترونیکی اتحادیه اروپا که در فرانسه هم به تصویب رسیده است، به بحث امضای الکترونیکی پرداخته است. ماده ۱۳۱۶ قانون مدنی فرانسه، به موجب اصلاحات مذکور، بیشتر به قواعد ماهوی امضای الکترونیکی می‌پردازد. به موجب بند ۳ این ماده «... با اثبات صدور امضا از سوی شخص معین، قرارداد (توافق)، دارای ارزش و اعتبار مساوی با معادل کاغذی آن خواهد بود»، علاوه بر تشخیص هویت امضاکننده، امضای معتبر، بیانگر تنفیذ مدرک از سوی شخص اخیر و اثبات‌گر دخالت ارادی او، در تنظیم محتوای سند است، (بند ۴ ماده ۱۳۱۶)، بند اخیر تصریح دارد که امضا، اعلام قصد شخص بر التزام به قرارداد، به شمار می‌آید. نکته مهم، امکان انتساب امضا به شخص و فعل ارادی امضاکننده به هنگام قبول تعهد است، بنابراین با لحاظ بند ۴ ماده ۱۳۱۶ قانون مدنی فرانسه، چنین فرض می‌شود که امضا، شرایط فنی و قانونی مقرر در مقررات خاص را دارا بوده و اثبات خلاف این امر، علی‌الاصول بر عهده امضاکننده (مدعی) نهاده می‌شود. باید یادآوری نمود که در فرانسه، هنوز پذیرش امضای الکترونیکی در پاره‌ای موارد با محدودیتهایی روبه روست. برای مثال دفاتر ثبت اسناد رسمی و ازدواج نمی‌توانند از این نوع امضا استفاده کنند. با وجود این، امضای الکترونیکی در قراردادهای خصوصی، همواره قابل استفاده خواهد بود.

قانون تجارت الکترونیک نیز در بند «ی» ماده ۲، امضای الکترونیکی را «عبارت از هر نوع علامت منضم شده یا به نحو منطقی متصل شده به «داده پیام» است که برای شناسایی امضاکننده «داده پیام»، مورد استفاده قرار می‌گیرد»، تعریف کرده است.

بنابراین، برای اینکه سند یا نوشته، قابل انتساب به شخص باشد، باید توسط آن شخص امضا گردد. به بیان دیگر، چنانکه عرف مسلم اقتضا دارد، نوشته منتسب به اشخاص، در صورتی علیه

^{۵۶} UETA, *op.cit.*, Section 8 (2).

^{۵۷} EU Directive on Electronic Signature 1999.

^{۵۸} زرکلام، پیشین، ص ۲۸۸.

^{۵۹} Law adapting evidence to information technology and relating to electronic signature, March 13, 2000.

آنان، قابل استناد است که دارای امضا باشد.^{۶۰}

۲-۲-۴- امضای الکترونیکی مطمئن

پس از آشنایی با مفهوم امضای الکترونیکی، و دریافت این مسأله که امکان تحقق امضا در محیط الکترونیکی نیز وجود دارد، می‌خواهیم ببینیم که آیا صرف هر امضایی در این محیط، معتبر تلقی شده و اساساً چه ضوابط و معیارهایی در این خصوص باید مراعات گردد و آیا تمامی اسناد قانونی در این زمینه به ارائه یک معیار پرداخته، یا اینکه هر کدام، معیارهای متفاوتی را ارائه داده‌اند و دیگر آنکه، کنوانسیون، در این خصوص از چه معیاری تبعیت نموده و چه شرایط و ضوابطی را برای اعتبار امضای الکترونیکی، قائل شده است.

در یک تقسیم‌بندی، امضاها الکترونیکی، به دو نوع، تقسیم می‌شوند: امضای الکترونیکی «ساده» یا «عادی»، که در بند نخست، به آن اشاره‌ای گذرا گردید و دیگر، امضای الکترونیکی «مطمئن». امضای الکترونیکی مطمئن، به لحاظ فنی، یک امضای دیجیتال، یا یک فرایند تجاری معقول است که طرفین، آن را به رسمیت شناخته‌اند. از آنجا که یکی از انواع امضای الکترونیکی مطمئن، امضای دیجیتالی است، بررسی مختصر آن ضروری می‌نماید.

امضای دیجیتال، یک فرایند رمزنگاری^{۶۱} است، و به معنای رمز کردن پیام، با کلید خصوصی و رمزگشایی آن با کلید عمومی است. در این روش، طرفین بجای در اختیار داشتن یک کلید مشترک، هر کدام یک جفت کلید دارند. این جفت کلیدها که کلید عمومی^{۶۲} و کلید خصوصی^{۶۳} نامیده می‌شوند، با یکدیگر قرینه و جفت هستند. کلید عمومی، سرّی نبوده و می‌تواند در اختیار همه مردم از جمله طرف معامله قرار گیرد، اما کلید خصوصی کاملاً محرمانه و تنها در اختیار مالک آن می‌باشد. از آنجا که کلید خصوصی از کلید عمومی قابل استنباط نیست، می‌توان از یک کلید برای رمزنگاری و از کلید دیگر، برای رمزگشایی استفاده کرد. برای مثال دو کاربر «الف» و «ب» هر کدام یک جفت کلید دارند؛ طرفین با تبادل اطلاعات یا توسط شخص ثالث، کلید عمومی یکدیگر را در اختیار می‌گیرند، حال اگر «الف» بخواهد پیامی را به گونه سرّی و محرمانه برای «ب» ارسال دارد، با استفاده از کلید عمومی «ب»، آن را به صورت رمز درآورده، پیام رمز شده را به مقصد «ب» ارسال می‌کند. از آنجا که «ب» تنها شخصی است که کلید قرینه کلید عمومی خود را داراست، می‌تواند - و البته تنها او می‌تواند - رمز را بازگشایی کرده، پیام را بخواند. حال «ب» نیز می‌تواند پاسخ خود را با استفاده از کلید عمومی «الف»، رمزگذاری و ارسال نماید تا «الف» آن را با کلید خصوصی خود بگشاید.^{۶۴}

^{۶۰} ناصر کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، جلد اول، نشر میزان، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۰، شماره ۱۷۴، ص ۲۷۹.

^{۶۱} cryptography

^{۶۲} public key.

^{۶۳} private key

^{۶۴} بتول آهنی، «برقراری امنیت در قراردادهای الکترونیکی»، ندای صادق، فصلنامه فقه و حقوق اسلامی

این امضا، شاخه‌ای از ریاضی کاربردی است که ابتدا، پیام را به اشکال نامفهوم، تبدیل و سپس آن را به شکلی که قابل فهم باشد، درمی‌آورد. بدیهی است که کلیدهای عمومی و خصوصی به کار گرفته شده در این نوع از امضا، فیزیکی نبوده، بلکه به صورت اعداد می‌باشند که توسط سخت‌افزارها و نرم‌افزارهای خاصی، ایجاد می‌شوند. از لحاظ تخصصی، به فرایندی که طی آن، نرم‌افزارها و سخت‌افزارهای رایانه‌ای، با استفاده از این دو نوع کلید، مبادرت به رمزنگاری و رمزگشایی می‌کنند، «رمزنگاری نامتقارن» یا رمزنگاری کلید عمومی،^{۶۵} گفته می‌شود.

یکی دیگر از فناوریهای امضای الکترونیکی، که البته از درجه اطمینان کمتری نسبت به امضای دیجیتال، برخوردار بوده و کاربرد آن محدودتر می‌باشد، استفاده از فناوری «بیومتریک»^{۶۶} است. در این روش، شخص، با استفاده از خودکار مخصوص، بر روی صفحه نمایش رایانه و یا یک صفحه دیجیتال، امضا می‌کند. امضای وی توسط رایانه، پردازش شده و به صورت مقادارهای عددی، ذخیره می‌گردد که می‌تواند به ارتباط الکترونیکی اضافه شده و به عنوان مدرک شناسایی آن شخص تلقی می‌شود. در این روش از قبل، نمونه امضا از شخص گرفته شده و ذخیره می‌شود و توسط روش بیومتریک، پردازش و سپس برای شناسایی و تشخیص هویت و انتساب امضا به امضاکننده، مورد استفاده قرار می‌گیرد.^{۶۷}

اما در مواردی، قانون، شرط اعتبار قرارداد یا رابطه را ممضی بودن آن می‌داند. برای مثال، قانون کلاهبرداری ایالات متحد آمریکا،^{۶۸} مقرر داشته است که قراردادهایی که مربوط به یکی از موضوعات زیر می‌باشد، باید امضا شده و کتبی باشند: قراردادهای فروش املاک، قرارداد نفقه، قراردادهایی که تا ۱ سال از زمان انعقاد، اجرا نمی‌شوند و ...

بند ۳ ماده ۹ کنوانسیون ۲۰۰۵، به منظور تحقق شرایط قانونی امضا، از طریق ارتباط الکترونیکی، اظهار می‌دارد:

«در مواردی که قانون مقرر می‌دارد که ارتباط یا قرارداد باید توسط شخصی امضا شود یا آثار فقدان امضا را بیان می‌کند، این شرط از طریق ارتباط الکترونیکی محقق می‌شود، اگر: الف) ارتباط الکترونیکی، متضمن روشی باشد که برای تعیین هویت طرف و معلوم کردن قصد او در خصوص اطلاعات، به کار می‌رود؛ و

دانشگاه امام صادق (ع)، واحد خواران، شماره ۳۰، ص ۷۳.

⁶⁵ asymmetric cryptography

⁶⁶ بیومتریک (biometrics)، یعنی سیستم رایانه‌ای تسهیل‌کننده تشخیص هویت، که به کمک ابزارهایی از قبیل یک اسکنر دیجیتال، با ثبت خصوصیات و ویژگیهای منحصر به فرد شخص، مانند اثر انگشت، تصویر شبکیه و نمونه صدا و ... موارد ثبت شده را با اطلاعات متنوع، تطبیق داده و هویت وی را تشخیص می‌دهد.

⁶⁷ وینسنت جی. نوفو، «لزم اثر انگشت در معاملات ثبتی: حربه‌ای در مقابل تقلب در اسناد»، ترجمه علی رضائی، مجله کانون سردفتران و دفتریاران، شماره ۶۴، مهر و آبان ۸۵، ص ۱۶۱.

⁶⁸ The Statute of Frauds

ب) روشی که به کار گرفته شده، یا

۱. برای هدفی که ارتباط الکترونیکی، برای آن، تولید یا اعلام شده از حیث جمیع شرایط، از جمله هرگونه توافق ذریبط، مطمئن و مناسب باشد؛ یا

۲. در عمل ثابت شده باشد که کارکردهای موصوف در بند «الف» فوق را به تنهایی یا به همراه دلیل دیگر، داراست».^{۶۹}

این مقرر که بیان می‌دارد چنین ارتباطات الکترونیکی باید به درستی و با روشهایی مطمئن، هویت طرفین قرارداد را شناسایی کند، شبیه ماده ۷(۱) قانون «ام. ال. ای. سی» در خصوص «داده‌پیامها» می‌باشد.^{۷۰} در پیش‌نویس کنوانسیون، ماده ۹ اینگونه تنظیم شده بود که علاوه بر استفاده از روش مطمئن، به منظور تحقق امضا، امضاکننده نیز باید آن ارتباط را تأیید می‌کرد که در جریان تصویب نهایی از متن کنوانسیون حذف گردید و بدینگونه تغییر یافت که تنها باید بر «قصد شخص در ارتباط با» اطلاعاتی که در ارتباطات الکترونیکی مندرج است، دلالت نماید.

این بند برگرفته شده از ماده ۷ قانون نمونه، شرایط عمومی‌ای که به موجب آن، ارتباط الکترونیکی، تمامی ارزش و اعتبار یک امضا دست‌نویس را داراست، بیان می‌کند. این بند، بر دو کارکرد اصلی امضا، تأکید دارد: یکی آنکه، امضای الکترونیکی، باید هویت اصل‌ساز ارتباط الکترونیکی را مشخص و دیگر آنکه، تأیید نماید که اصل‌ساز، محتوای سند را پذیرفته است یا به بیان دیگر، این داده، توسط همان اصل‌ساز، امضا شده است. بند «ب» نیز یک روش قابل انعطافی را پذیرفته، که به موجب آن، احراز هویت امضاکننده و انتساب امضا به وی، باید به موجب روشی صورت گیرد که قابل اعتماد یا به عبارتی مطمئن بوده و برای هدفی که ارتباط برای آن، تولید یا ابلاغ شده، و یا بر طبق توافق میان اصل‌ساز و مخاطب، مناسب باشد.

لذا از منظر کنوانسیون، در مواردی که قانون، امضا را شرط تحقق رابطه یا قرارداد می‌داند، ارتباط الکترونیکی، این امر را برآورده می‌کند، مشروط بر آنکه، امضا، هویت و قصد اصل‌ساز را مشخص نموده و روشی که برای امضا، به کار گرفته شده، با توجه به توافق طرفین و یا اوضاع و احوال قضیه، مطمئن و مناسب باشد. با استفاده از امضای الکترونیکی مطمئن، تمامیت سند، محرمانه بودن اطلاعات و امنیت داده‌ها، تضمین می‌شود.

به منظور تشخیص این امر که آیا روش به کار گرفته شده، مطمئن و مناسب بوده یا خیر، عوامل زیر باید مورد توجه قرار گیرند:

(۱) پیشرفته بودن تجهیزات به کار گرفته شده توسط طرفین؛ (۲) ماهیت فعالیت تجاری

⁶⁹. Article 9 (3): Where the law requires that a communication or a contract should be signed by a party, or provides consequences for the absence of a signature, that requirement is met in relation to an electronic communication if: (a) A method is used to identify the party and to indicate that party's intention in respect of the information contained in the electronic communication; and (b) The method used is either: (i) As reliable as appropriate for the purpose for which the electronic communication was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement; or (ii) Proven in fact to have fulfilled the functions described in subparagraph (a) above, by itself or together with further evidence.

⁷⁰. MLEC, op.cit, art. 7(1).

طرفین؛ (۳) کثرت فعالیتهای تجاری که طرفین با یکدیگر دارند؛ (۴) رعایت شرایط قانونی مربوط به امضا؛ (۵) نوع و میزان معامله؛ (۶) قابلیت نظامهای ارتباطی؛ (۷) انجام تشریفات مربوط به تأیید و تصدیق که توسط واسطه‌ها تعریف شده است؛ (۸) حدود تشریفات تأیید که توسط واسطه‌ها، در دسترس قرار گرفته‌اند؛ (۹) رعایت عرفها، رسوم و رویه‌ها؛ (۱۰) وجود پوشش بیمه‌ای در برابر پیامهای غیرمجاز؛ (۱۱) اهمیت و ارزش اطلاعات مندرج در داده‌پیام؛ (۱۲) در دسترس بودن روشهای جایگزین تعیین هویت؛ (۱۳) میزان درجه مقبولیت یا عدم مقبولیت روش تعیین هویت در صنعت یا عرصه ذیربط، هم در زمانی که روش مورد توافق قرار گرفته و هم در زمان ابلاغ داده‌پیام؛ (۱۴) هرگونه عامل مرتبط دیگر.^{۷۱}

ذکر این نکته ضروری است که در تشخیص مطمئن بودن روش به کار گرفته شده برای امضا، دو حالت قابل تصور است: در حالت نخست، طرفین هیچ‌گونه ارتباطی از قبل با یکدیگر نداشته‌اند، بدیهی است که در این موارد احراز مطمئن بودن روش مورد استفاده، با توجه به دیگر عوامل خواهد بود. اما اگر طرفین، از قبل با یکدیگر ارتباط داشته باشند: خود این نیز دو فرض دارد: در فرض نخست، طرفین بر استفاده از یک روش امضای مطمئن، با یکدیگر به توافق می‌رسند، در این حالت، توجه به روش توافق شده، جهت احراز اطمینان، یکی از معیارها خواهد بود اما معیار انحصاری نمی‌باشد. به بیان دیگر، اگر طرفین، در خصوص روشی که برای امضای مطمئن به کار گرفته می‌شود، به توافق برسند، توجه به این روش، تنها دلیل تشخیص این امر که آیا روش مورد استفاده، مطمئن هست یا خیر، نمی‌باشد؛ لذا روش توافقی لزوماً، روش مطمئن نخواهد بود. اما در فرض دوم، هرچند طرفین از پیش نیز با یکدیگر در ارتباط بوده‌اند، اما در خصوص روش امضا، به توافق نرسیده و یا اصلاً، صحبتی در این خصوص، بین طرفین، رد و بدل نشده است، در این حالت، احراز مطمئن بودن، بر اساس عوامل فوق‌الذکر صورت خواهد پذیرفت. لذا، این مقرر، بین حالتی که طرفین، از قبل با یکدیگر ارتباط داشته و حالتی که طرفین، هیچ‌گونه ارتباطی با یکدیگر نداشته‌اند، تفاوتی قائل نشده است.^{۷۲}

نکته دیگر آنکه، توافق میان اصل‌ساز و مخاطب ارتباط الکترونیکی، باید به گونه‌ای تفسیر شود که نه تنها توافقات دو یا چندجانبه که میان طرفین به طور مستقیم، صورت گرفته را پوشش دهد، بلکه توافقاتی که از طریق واسطه‌ها، همچون شبکه‌های رایانه‌ای، برای مثال، توافق مربوط به ارائه خدمات توسط شخص ثالث را نیز در بر گیرد.

ممکن است تصور شود، که احراز اطمینان امضای الکترونیکی، محدود به مواردی است که میان طرفین ارتباط، اختلاف حادث شود و لذا در مواردی که طرفین در این خصوص ادعایی نداشته باشند، بحث اطمینان و در نتیجه بند ۳ ماده ۹ کارآیی نخواهد داشت. در پاسخ باید گفت، که چنین تصویری درست نمی‌باشد؛ چرا که ممکن است طرفین با تبانی با یکدیگر، از الزام قانونی

71. Guide of MLEC, *op.cit.*, p. 40.

72. *Ibid.*

زدن امضا بر اسناد الکترونیکی، سر باز زده و بدین وسیله از قانون بگریزند. لذا در مذاکرات کارگروه، تأکید شد که حتی در مواردی که راجع به هویت اصل‌ساز و یا اصالت امضای وی، اختلافی نباشد، دادگاه می‌تواند کل قرارداد را بی‌اعتبار اعلام نماید؛ البته در صورتی که فناوری یا روش به کار گرفته شده، با توجه به نوع معامله، نامناسب بوده باشد.^{۷۳}

همچنین، به هنگام تدوین ماده ۹، عده‌ای اصرار داشتند، همین که امضا، هویت و قصد طرف را تعیین نماید، کافی بوده لذا توجه به اوضاع و احوال و عوامل دیگر، ضروری نخواهد بود. اما کارگروه در نهایت، به این نتیجه رسید که اگر تنها بند «الف» ماده ۳، جهت احراز اطمینان امضا، پیش‌بینی شود، ممکن است، مقام رسیدگی‌کننده مایل باشد تا تنها میزان امنیت را بر اساس روش به کار گرفته شده و بدون در نظر گرفتن سایر عوامل، از قبیل فناوری امضا و هدفی که ارتباط الکترونیکی برای آن، ایجاد و یا ابلاغ شده و حتی توافق طرفین، مورد توجه قرار داده و اساس تشخیص قرار دهد.^{۷۴}

ملاحظه می‌شود که کنوانسیون، از ارائه روشی مشخص به عنوان روش مطمئن، خودداری کرده و صرفاً مقرر داشته که روش مورد استفاده، باید، مطمئن و مناسب باشد. عدم ارائه روشی مشخص، از این جهت توجیه می‌شود که کنوانسیون را با پیشرفتهای زمانه هماهنگ می‌نماید؛ چرا که اگر تنظیم‌کنندگان کنوانسیون، به ارائه و تعریف روش خاصی، مبادرت می‌نمودند، نظر به پیشرفتهای سریعی که در زمینه ارتباطات الکترونیکی، به ویژه فناوریهای امضاهای الکترونیکی، رخ می‌دهد، این امر باعث می‌شد تا کنوانسیون، در آینده‌ای نه چندان دور، کارایی خود را از دست بدهد.

۱-۲-۲-۴- حقوق تطبیقی

بررسی قانون ای‌ساین و یوتای ایالات متحده آمریکا، نشان می‌دهد که این دو قانون، معیار «قصد امضا» را جهت اعتبار امضاهای الکترونیکی، ارائه کرده‌اند. لذا، یوتا با ارائه این معیار، گامی بلند در مقایسه با دستورالعمل تجارت الکترونیکی، دستورالعمل امضاهای الکترونیکی اروپا، برداشته است. دلیل این امر تفسیر موسّع قانون متحدالشکل تجاری، از مفهوم امضا می‌باشد؛ به گونه‌ای که حروف‌چینی ماشینی و شیوه علامت‌گذاری را که امکان دارد به اندازه امضاهای دستی قابل اعتماد نباشد، در بر می‌گیرد.^{۷۵} نکته مهم دیگر در یوتا این است که شرکتها و مؤسسات را مجاز ساخته تا با توجه به اوضاع و احوال، تصدیق یا ثبت امضاهای الکترونیکی را شرط پذیرش آن بدانند. اعطای این اختیار به ویژه، از لحاظ کاهش مخاطرات تجاری، دارای اهمیت فوق‌العاده‌ای می‌باشد. اما، قانون «ام. ال. ای. اس»، به ارائه اماره‌ها و روشهایی جهت احراز مطمئن بودن امضاهای

73. Final Working Group Report, *op.cit.*, p. 30.

74. *Ibid.*, pp. 30-31.

75. Boss A. "The Uniform Electronic Transaction Act in a Global Environment", *Idaho Law Review*, Vol. 37, 2001, p. 38.

الکترونیکی، پرداخته، که از جمله آنها، فناوریهای امضای «رمزنگاری کلید عمومی» ویژه می‌باشد. دستورالعمل تجارت الکترونیکی اتحادیه اروپا نیز، در ماده ۲ خود، از اصطلاح «امضای الکترونیکی پیشرفته» استفاده کرده و مقرر داشته است که «امضای الکترونیکی پیشرفته، به معنای هر امضای الکترونیکی است که واجد شرایط زیر باشد: الف) بدون هیچ تردیدی به امضاکننده منتسب باشد؛ ب) با آن بتوان، امضاکننده را شناسایی کرد؛ ج) ایجاد آن به وسیله دستگاههایی صورت گیرد که امضاکننده توان کنترل شخصی آنها را داشته باشد، و د) به گونه‌ای باشد که با داده‌پیام، همسان گردد، به نحوی که هرگونه تغییری در داده، بعد از امضا، قابل تشخیص باشد؛ ...» در کانادا نیز، «قانون متحدالشکل تجارت الکترونیکی»^{۷۶} این کشور، که در ۳۰ سپتامبر ۱۹۹۹، با پیروی از اصول قانون «ام. ال. ای. سی» آنسیترال، وضع گردید، در بند «ب» ماده ۸ خود، تصریح دارد که در برخی از موارد، از جمله به موجب مقررات، ممکن است تصریح شود که امضاهای الکترونیکی باید قابلیت‌های خاصی داشته باشند تا معتبر شناخته شوند. البته به موجب برخی قوانین خاص راجع به تجارت الکترونیکی، امضاهای دیجیتالی، تنها در صورتی که با فناوریهای خاص ایجاد یا دارای اوصاف مشخصی باشند، معتبر بوده و اغلب داده‌پیامها و مدارکی که استانداردهای خاصی را از حیث امضا داشته باشند، قابل استناد می‌باشند. برای مثال، «قانون حمایت از اطلاعات شخصی و اسناد الکترونیکی»^{۷۷} مصوب ۲۰۰۰، که استفاده از «امضای الکترونیکی مطمئن» را الزامی دانسته است در بخش ۴۸ خویش، شرایطی برای امضای مذکور بیان نموده است.

در مقام مقایسه، می‌توان معتقد بود که انتخاب بی‌طرفی فنی کنوانسیون ۲۰۰۵، در میان روشهای امضا، بیشتر با «ام. ال. ای. سی»، مطابق بوده تا اماره «ام. ال. ای. اس» که در جهت حمایت از فناوریهای امضای «رمزنگاری کلید عمومی»، می‌باشد. الگوی «ام. ال. ای. اس» بیشتر با دستورالعمل اتحادیه اروپا در خصوص امضاهای الکترونیکی، که از انواع خاصی از فناوریهای امضای الکترونیکی نسبت به دیگر روشها که بر مبنای قابلیت اعتماد، محرز شده، شبیه می‌باشد.

۲-۲-۲-۴- حقوق ایران

قانون تجارت الکترونیکی ایران نیز، در مواد مختلفی از جمله ماده ۲، ۷، ۱۰، ۱۴ و ۱۵، به بحث امضای الکترونیکی و امضای الکترونیکی مطمئن و ارزش اثباتی آن، پرداخته است. به موجب بند «ک» ماده ۲، امضای الکترونیکی مطمئن، «... هر امضای الکترونیکی است که مطابق با ماده (۱۰) این قانون باشد».

و بر اساس، ماده ۱۰، «امضای الکترونیکی مطمئن باید دارای شرایط زیر باشد: «الف» - نسبت به امضاکننده منحصر به فرد باشد؛ «ب» - هویت امضاکننده «داده پیام» را معلوم نماید؛ ج - به

76. Uniform Electronic Commerce Act, 1999.

77. Canadian Personal Information Protection and Electronic Documents Act, 2000.

وسيله امضاکننده و يا تحت اراده انحصاری وی صادر شده باشد؛ د - به نحوی به یک «داده‌پیام» متصل شود که هر تغییری در آن «داده‌پیام» قابل تشخیص و کشف باشد».

ملاحظه می‌شود که به موجب این سند، برای اینکه، یک امضای الکترونیکی، مطمئن تلقی شود، باید از چهار خصوصیت برخوردار باشد: نخست آنکه، این امضا باید نسبت به امضاکننده، منحصر به فرد باشد. با پیش‌بینی این شرط، قانون‌گذار جنبه اسنادی امضای الکترونیکی را مدنظر داشته که می‌تواند به عنوان مدرکی علیه و یا له وی، مورد استفاده قرار گیرد. تعیین هویت امضاکننده نیز یکی دیگر از شرایط امضای الکترونیکی است که در بند «ب» و به عنوان شرط دوم، مورد توجه قرار گرفته است. بدیهی است که اساسی‌ترین کارکرد امضا، همین است. صدور از طرف امضاکننده و یا تحت اراده انحصاری وی، شرط سومی است که ماده ۱۰، به آن اشاره داشته است. و در نهایت، اتصال به داده‌پیام به نحوی که هرگونه تغییری قابل کشف باشد، به عنوان شرط چهارم، ذکر شده است.

همچنین قانون‌گذار قبل از بیان شرایط لازم برای یک امضای الکترونیکی مطمئن، در ماده ۷، در حکمی مشابه با بند ۳ ماده ۹ کنوانسیون، مقرر داشته است: «هر گاه قانون وجود امضا را لازم بداند امضای الکترونیکی مکفی است».

با در نظر داشتن این ماده و توجه به ماده ۱۰، یکی دیگر از نقایص این قانون، خودنمایی می‌کند. قانون‌گذار در ماده ۷، با آوردن عبارت مطلق «امضای الکترونیکی»، مبادرت به بیان این قاعده نموده است که در مواردی که قانون، امضا را الزامی بدارد، امضای الکترونیکی، مکفی است و به بیان بهتر، این الزام از طریق امضای الکترونیکی، محقق می‌شود. سؤالی که مطرح می‌شود، این است که آیا اگر امضایی که در محیط الکترونیکی صورت پذیرفته، یک امضای ساده الکترونیکی، بوده و شرایط ماده ۱۰ این قانون را نداشت و یا به عبارتی امضای الکترونیکی مطمئن، محسوب نشود، آیا باز هم، این امضا، کارکردی همسان امضای دستی در محیط واقعی دارد؟ روشن است که پاسخ منفی است. اما، اطلاق امضای الکترونیکی مندرج در ماده ۷، این فرض را تقویت می‌کند که به صرف امضای الکترونیکی ساده نیز این الزام قانونی محقق می‌شود؛ در حالی که خود قانون‌گذار با بیان شرایط و خصایص یک امضای الکترونیکی مطمئن، در ماده ۱۰، این هدف را دنبال می‌کرده است که نشان دهد، تنها با امضای الکترونیکی مطمئن، است که این نیاز قانونی برآورده می‌گردد.

از این جهت که قانون‌گذار ما به تبعیت از قانون «ام. ال. ای. سی» و همانند کنوانسیون، از ارائه روشی خاص برای امضای الکترونیکی مطمئن که موجب عقب‌ماندگی این سند از مقتضیات و پیشرفتهای روز، می‌شود، خودداری کرده و تنها به شرایط تحقق امضای الکترونیکی مطمئن پرداخته است، با معیارهای بین‌المللی و مطمئن در این زمینه، هماهنگ بوده و درخور تحسین و ستایش است. اما پراکندگی مواد، و عدم انسجام و ارتباط لازم بین موضوعات یکسان و یا موضوعاتی که دارای ارتباط مؤثری بر یکدیگر می‌باشند، یکی از ایرادات اساسی وارد بر این

قانون بوده و پیشنهاد می‌گردد که با الگو قرار دادن کنوانسیون و سایر اسناد معتبر در این زمینه، این نقایص بنیادین، مرتفع گردد.

۳-۴- اصل بودن

یکی دیگر از استثنائات وارد بر اصل بی‌طرفی فنی، که کنوانسیون ۲۰۰۵ نیز، از آن غافل نمانده است، «اصل بودن» سند یا مدرک الکترونیکی است. در محیط الکترونیکی نیز همانند دنیای کاغذی و فیزیکی، بین نسخه اصل با غیراصل، تفاوت وجود دارد. چرا که تمیز اصل از غیراصل، دارای آثار حقوقی فراوانی است. به تبع این آثار حقوقی متفاوت - که مبنای این تفاوت را می‌توان، برخورداری از درجه اطمینان متفاوت هر کدام دانست - قانون‌گذار نیز در مواردی، مقرر داشته است که به منظور بهره‌مندی و یا اجرای حق، ارائه نسخه اصل، ضروری است. نمونه این الزام را می‌توان در کنوانسیون نیویورک راجع به شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی مصوب ۱۹۵۸، مشاهده کرد که به موجب ماده ۴ این کنوانسیون،^{۷۸} به منظور اجرای رأی داوری، خواهان مکلف به ارائه نسخه اصلی موافقت‌نامه داوری و یا رونوشت مصدق آن، به مرجع صالح اجرای رأی، می‌باشد.

فرض کنید، دو تاجر که در کشورهای مختلفی، دارای محل تجارت می‌باشند، از طریق وسایل الکترونیکی، مبادرت به انعقاد قرارداد تجاری می‌نمایند، این قرارداد حاوی یک شرط داوری است، که به موجب آن، هرگونه اختلاف ناشی از این قرارداد، به داوری ... ارجاع می‌شود. اختلافی میان طرفین، حادث شده که بنا به توافق، به داوری، ارجاع و داور یا هیأت داوران، مبادرت به صدور رأی می‌نمایند. محکوم‌علیه رأی داوری، از اجرای اختیاری رأی، امتناع و محکوم‌له خواستار اجرای رأی داوری در یکی از کشورهای است که کنوانسیون نیویورک را پذیرفته است. پس از مراجعه، مرجع اجرا، نسخه اصل موافقت‌نامه داوری یا رونوشت مصدق آن را از وی، مطالبه می‌نماید.

با فرض، پذیرش کنوانسیون توسط کشورهای متبوع طرفین، از آنجا که به موجب ماده ۲۰ کنوانسیون ۲۰۰۵، مقررات این کنوانسیون، بر قراردادهای مشمول کنوانسیونهای دیگر از جمله کنوانسیون شناسایی و اجرای آرای داوری، اعمال می‌گردد، آیا موافقت‌نامه داوری الکترونیکی،

^{۷۸} ماده ۴: «۱- برای تحقق شناسایی و اجرای موارد مندرج در ماده پیشین، طرف متقاضی شناسایی و اجرا، در هنگام تقاضا مدارک زیر را تهیه خواهد کرد:

الف) نسخه اصلی مصدق یا رونوشت مصدق حکم؛ ب) موافقت‌نامه اصلی موضوع ماده ۲ یا رونوشت مصدق آن؛

۲- اگر حکم یا موافقت‌نامه یادشده به زبان رسمی کشوری که حکم به آن مستند است، تنظیم نشده باشد، طرف متقاضی شناسایی و اجرای حکم باید ترجمه این اسناد را به آن زبان تهیه کند. ترجمه باید توسط مترجم رسمی یا قسم‌خورده یا نماینده سیاسی یا کنسولی تأیید شود.»

جایگزین نسخه کاغذی آن می‌شود؟ اگر پاسخ مثبت است، صرف ارائه و یا اثبات این موافقت‌نامه، کافی بوده و یا نیازمند رعایت شرایط و تشریفات خاصی می‌باشد؟ و سایر مواردی که به حکم قانون، ارائه نسخه اصل، ضروری است.^{۷۹}

پاسخ به این سؤال و مسائل مرتبط با آن، و برخورد کنوانسیون و سایر اسناد، با این مسأله، موضوع این گفتار را تشکیل می‌دهد.

بندهای ۴ و ۵ ماده ۹ کنوانسیون ۲۰۰۵، با دادن اعتبار همسان نسخه اصل کاغذی و ... به ارتباط الکترونیکی، مقرر داشته است:

«۴. در مواردی که قانون مقرر می‌دارد که ارتباط یا قرارداد باید در دسترس قرار گیرد یا به شکل اصلی خود باقی بماند یا آثار فقدان یک نسخه اصل را بیان می‌کند، این شرط در مورد ارتباط الکترونیکی محقق می‌شود، اگر:

الف) اطمینان قابل استنادی در خصوص تمامیت (یکپارچگی) اطلاعات از زمانی که برای نخستین بار و به شکل نهایی خود، به عنوان ارتباط الکترونیکی تولید شده، وجود داشته است؛ ...
۵. از نظر بند ۴ (الف):

الف) معیار اطمینان از تمامیت آن است که آیا اطلاعات، کامل و بدون تغییر باقی مانده‌اند یا خیر، صرفنظر از اضافه شدن و تصدیق یا تغییری که در فرایند معمول ارتباط، ذخیره و نمایش، حادث می‌شود و،

ب) معیار اطمینانی که مقرر شده، باید در پرتو هدفی که اطلاعات برای آن تولید گردیده و نیز اوضاع و احوال مرتبط با آن، ارزیابی شود».^{۸۰}

ماده ۸ قانون «ام. ال. ای. سی» را باید مبنای بند ۴ و ۵ دانست که این دو مقرر، تقریباً،^{۸۱} مشابه یکدیگرند. بنابراین، در مواردی، لازم است تا اصل سند و یا مدرک ارائه گردد. علت این امر هم، امروزه منطقی است؛ چرا که در تجارت بین‌الملل، اشخاص باید به صحت محتوای این اسناد و مدارک خاصی، اطمینان حاصل نمایند و بدیهی است که ارائه نسخه غیراصل، تشخیص

^{۷۹} از دیگر مواردی که ارائه نسخه اصل، ضروری است، می‌توان اسناد تجاری، اسناد مالکیت، گزارش بازرسی، بیمه‌نامه و ... را نام برد.

^{۸۰} Article 9 (4): Where the law requires that a communication or a contract should be made available or retained in its original form, or provides consequences for the absence of an original, that requirement is met in relation to an electronic communication if:

(a) There exists a reliable assurance as to the integrity of the information it contains from the time when it was first generated in its final form, as an electronic communication; ...

5. For the purposes of paragraph 4 (a):

(a) The criteria for assessing integrity shall be whether the information has remained complete and unaltered, apart from the addition of any endorsement and any change that arises in the normal course of communication, storage and display; and

(b) The standard of reliability required shall be assessed in the light of the purpose for which the information was generated and in the light of all the relevant circumstances.

^{۸۱} تنها تفاوت این دو مقرر، استفاده قانون نمونه از اصطلاح «اطلاعات» و به کارگیری اصطلاحات «ارتباط یا قرارداد»، توسط کنوانسیون است.

این مسأله را دشوار می‌نماید. در محیط کاغذی نیز، برخی اسناد، تنها زمانی مورد پذیرش قرار می‌گیرند که اصل باشند، زیرا در نسخه اصل، احتمال پنهان ماندن تغییر و دستکاری کمتر از نسخه غیراصل خواهد بود. سؤالی که مطرح می‌شود، این است که آیا در محیط الکترونیکی، روشها و ابزارهایی وجود دارد که نسخه اصل یک سابقه الکترونیکی را از غیراصل آن تشخیص دهد یا خیر؟ در جواب باید گفته شود که به این نیاز، مدتهاست که پاسخ داده شده است، چرا که در غیراین صورت، مبنای تجارت الکترونیکی به زیر سؤال رفته و طرفین یک معامله الکترونیکی، مجبور خواهند بود تا در مواردی، از اسناد کاغذی استفاده نمایند.

لذا با احراز این موضوع که امکان تشخیص نسخه اصل از غیراصل در محیط الکترونیکی نیز وجود دارد، به بررسی این امر پرداخته می‌شود که شرایط و تشریفات شناسایی یک نسخه اصل، چه می‌باشد.

معیار کنوانسیون ۲۰۰۵، به تبعیت از قانون نمونه، برای اصل تلقی شدن یک ارتباط یا قرارداد الکترونیکی، «تمامیت»^{۸۲} است. بدیهی است که درک این معیار، نیازمند بررسی تخصصی است. بدون تردید، اطلاعات ذخیره شده الکترونیکی نیز، همانند اطلاعاتی که به شیوه سنتی ذخیره می‌شوند، در معرض تغییر و دستکاری قرار داشته و شاید بتوان گفت که نظر به پیشرفت فناوریها و ابزارهای نوین جعل، تقلب، دستکاری، خطراتی که سوابق الکترونیکی را تهدید می‌کنند، به مراتب بیشتر و جدی‌تر از تهدیدات فراروی اطلاعات کاغذی است. از جمله، مهمترین عوامل این خطرات را می‌توان به نواقص سخت‌افزاری، مشکلات نرم‌افزاری و خطر دسترسی غیرمجاز به اطلاعات دیگر پایانه‌ها در شبکه یا ورود یاغیان شبکه (هکرها)، نام برد. تمامیت یعنی آنکه، داده یا سابقه الکترونیکی، دچار تغییر و دستکاری غیرمجاز نگردیده و به بیان دیگر، به همان صورت که تولید شده، به همان نحو نیز، باقی مانده و یا دریافت شده است. بنابراین، لازمه حفظ تمامیت داده، یعنی مصون ماندن آن از جعل و تحریف، آن است که احتمال تغییرات غیرمجاز در جریان انتقال پیام از ارسال‌کننده به دریافت‌کننده، منتفی شود. در روابط سنتی، شیوه تأمین این هدف، چنین است که ارسال‌کننده، پیام خود را در پاکتی قرار داده، آن را پلمپ می‌نماید. به این ترتیب، هرگونه دستکاری در محتوای پیام، مستلزم شکستن پلمپ و در نتیجه کشف ماجراست. استفاده از این شیوه، در تجارت الکترونیکی، ممکن نیست، اما هدف مذکور به گونه‌ای دیگر قابل حصول است. به گونه‌ای که، یک سری «بایت»، که همانند اثر انگشت، منحصر به فرد بوده، به پیام ملحق می‌گردد، و پیام اصلی را از پیام تقلبی و یا دستکاری شده، شناسایی می‌کند. در واقع، این بایتهای همان نقش پلمپ را ایفا می‌کنند.

بند ۲ ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی ایران نیز، صرفاً به طرح این معیار پرداخته، و تمامیت را به «... موجودیت کامل و بدون تغییر «داده‌پیام»...» تعریف کرده است.

در نتیجه، هر چند همانند شرط امضا، کنوانسیون، از ارائه روش خاصی، برای تشخیص

اصالت، خودداری نموده و تنها به ارائه معیار بسنده نموده است، اما آشنایی با روشها و فناوریهای که در این زمینه به کار گرفته می‌شوند، خالی از فایده نخواهد بود. به منظور حفظ تمامیت داده، روشهای مختلفی، ابداع گردیده است که در زیر به مهمترین آنها، اشاره می‌شود:

الف) حفظ تمامیت داده از طریق رمزنگاری نامتقارن یا کلید عمومی (اسایمتریک):^{۸۳} همانطور که در مبحث امضا، توضیح داده شد، در این روش، هر کس دارای یک جفت کلید است. در اینجا ارسال‌کننده، از کلید خصوصی خود که نقش پلمپ را ایفا می‌کند، استفاده کرده، پیام را به صورت رمز در می‌آورد؛ سپس، پیام رمز شده را همراه متن اصلی پیام، ارسال می‌دارد. در مقصد، مخاطب با استفاده از کلید عمومی ارسال‌کننده، رمزگشایی کرده، به مقایسه دو متنی که در اختیار اوست، می‌پردازد. همسانی دو متن، نشان‌دهنده تمامیت پیام، و اختلاف آنها، بیانگر نقض تمامیت است. در این روش، بررسی تمامیت پیام، توسط هر شخص که کلید عمومی ارسال‌کننده را دارا باشد، ممکن می‌شود.

ب) حفظ تمامیت داده از طریق رمزنگاری متقارن (سایمتریک):^{۸۴} در اینجا، اصل پیام، به همراه پیامی که از طریق کلید مشترک، رمزنگاری شده است، ارسال می‌گردد. در مقصد، مخاطب با استفاده از همان کلید، رمز را گشوده، به مقایسه دو متن می‌پردازد؛ در این روش، بررسی تمامیت داده، تنها توسط شخصی که دارای کلید مشترک است، ممکن خواهد بود.

ج) حفظ تمامیت داده از طریق خرد کردن پیام (هش فانکشن):^{۸۵} این روش، بر مبنای تبدیل یک سلسله علائم، مانند نوشته با هر طولی که باشد، به یک زنجیره‌ای از علائم - با طول ثابت که معمولاً از پیام اصلی بسیار کوچکتر بوده، ولی با وجود این، نسبت به آن، منحصر به فرد است - استوار است. به حاصل این فرآیند، «پیام فشرده»^{۸۶} گفته می‌شود.

این روش، دارای چند خصوصیت است که ایمنی حاصل از به کارگیری آن را، افزایش می‌دهد. اول آنکه، احتمال ایجاد دو پیام فشرده یکسان، از دو متن مختلف، بسیار اندک است؛ به طوری که اختلاف جزئی در متن، موجب اختلاف کلی دو «پیام فشرده» می‌شود. دوم آنکه، عملکرد این سیستم یک‌طرفه می‌باشد؛ یعنی پیام اصلی، قابلیت تبدیل به «پیام فشرده» را دارد، اما با در اختیار داشتن «پیام فشرده»، نمی‌توان به متن اصلی دست یافت.

طرز کار این روش، آن است که ارسال‌کننده، اصل پیام را با «پیام فشرده» که از طریق یک فرآیند ریاضی و با یک الگوی تعریف شده، حاصل گردیده است، ارسال می‌کند؛ چنانچه الگوی تعریف شده ارسال‌کننده، برای مخاطب، شناخته شده باشد، او می‌تواند پیام اصلی را با استفاده از همان الگو، به صورت «پیام فشرده» درآورده و دو «پیام فشرده» را با یکدیگر مقایسه نماید. با

83. asymmetric

84. symmetric

85. hash function

86. message digest

همسانی این دو، تمامیت پیام محرز می‌شود.^{۸۷} پس از آشنایی با مفهوم تمامیت، به توضیح عبارات کنوانسیون، و نکات ذیربط، پرداخته می‌شود.

نکته اول آنکه، معیار ارائه شده در این ماده، یک معیار حداقل است؛ بدین توضیح که، این ماده مانع از این امر نمی‌باشد تا دول عضو، تشریفات و الزامات سخت‌تری را برای تحقق اصالت، مقرر نمایند. زیرا بنا بر یک نظر تفسیری، مقررات این ماده، امری بوده و توافق بر خلاف آن پذیرفته نیست.^{۸۸}

نکته دیگر آنکه، ممکن است پرسیده شود که این عبارت که بیان می‌دارد اطلاعات باید «از زمانی که برای نخستین بار و به شکل نهایی خود، تولید شده»، تمامیت را حفظ کرده باشد، به چه معناست؟ به کارگیری اصطلاح نخستین بار، بدان جهت بوده که ممکن است، اطلاعاتی از ابتدا به صورت الکترونیکی، وجود نداشته، یعنی اطلاعات کاغذی بوده که تبدیل به اطلاعات الکترونیکی، گردیده است. فرض کنید، اطلاعات مندرج در یک نسخه کاغذی به رایانه منتقل شده است. سؤالی که در این زمینه مطرح می‌شود این است که آیا، حتماً اطلاعات باید از ابتدا، به صورت الکترونیکی، بوده و یا موردی که اطلاعات به صورت غیرالکترونیکی بوده و پس از آن، تبدیل به نسخه الکترونیکی شده را نیز در بر می‌گیرد. در واقع، واضعان کنوانسیون، با پیش‌بینی این عبارت، به این سؤال یا ایراد مقدر، پاسخ گفته‌اند. البته در این فرض، در صورتی اطلاعات، اصل تلقی می‌شود که به هنگام تبدیل اطلاعات غیرالکترونیکی به اطلاعات الکترونیکی، تغییری در آنها صورت نگرفته باشد. دنباله عبارت که بیان می‌دارد، اطلاعات باید به شکل نهایی خود، تمامیت را حفظ کرده باشد، از این جهت آورده شده است که ممکن است برای تهیه یک سابقه الکترونیکی، همانند تهیه یک متن کاغذی، چندین پیش‌نویس تهیه شده باشد و با ترکیب این پیش‌نویسها، نسخه نهایی، آماده گردد. بنابراین، برای اینکه این تصور به وجود نیاید که ملاک تمامیت، این پیش‌نویسها می‌باشند، ماده بیان داشته که این، نسخه نهایی است که باید تمامیت خود را حفظ کرده باشد. به بیان دیگر، ملاک بررسی این امر، که آیا اطلاعات، کامل و بدون تغییر مانده‌اند یا خیر، نسخه نهایی است و نه چرکنویسهای الکترونیکی.^{۸۹}

همچنین، کنوانسیون، در بند ۵ (الف) خود، بیان داشته است که معیار اطمینان از تمامیت، کامل بودن و عدم تغییر، صرفنظر از اضافه شدن و تصدیق یا تغییری است که در فرایند معمول ارتباط، ذخیره و نمایش، حادث می‌شود. در اینجا، این سؤال مطرح می‌شود که مگر، لازمه تمامیت، نه آن است که ارتباط، بدون تغییر و یا تکمیل، باقی بماند، پس چگونه ممکن است، تغییری در فرایند معمولی ارتباط، ذخیره یا نمایش، حادث شود ولی در عین حال، آن ارتباط، از

^{۸۷} بتول آهنی، پیشین، صص ۷۸-۷۹.

^{۸۸} Guide of MLEC, *op.cit.*, p. 42.

^{۸۹} *Ibid.*

وصف تمامیت، برخوردار باشد؟ در پاسخ باید گفت: که معمولاً به منظور اثبات اصل بودن پیام، تصدیق الکترونیکی، به انتهای آن پیام، اضافه می‌شود و یا در مواردی، به طور خود بخود و از طریق سیستم‌های رایانه‌ای، به ابتدا و انتهای پیام، به هنگام انتقال، داده‌هایی افزوده می‌شود و یا حتی، برخی از پایگاه‌های اینترنتی، جهت تبلیغ، آدرس خود را به ابتدا یا انتهای پیام، می‌چسبانند. لذا این، موارد تغییر، تلقی نشده و در نتیجه تمامیت ارتباط را مخدوش نمی‌نماید. در واقع، به بیان راهنمای قانون نمونه، «این اضافات و الحاقات، همانند آن است که، تکه‌ای به یک سند کاغذی اضافه شود، مثلاً بر روی سندی تمبر بخورد و یا آن سند، داخل پاکت گذاشته شود، بدیهی است که در این موارد، کسی نمی‌گوید که اصالت سند، از بین رفته است».^{۹۰} قانون تجارت الکترونیکی ایران نیز، در قسمت اخیر بند «ه» ماده ۲، به این مسأله توجه داشته و ابراز داشته است که «... اعمال ناشی از تصدی سیستم از قبیل ارسال، ذخیره یا نمایش اطلاعات که به طور معمول انجام می‌شود خلدش‌های به تمامیت «داده‌پیام» وارد نمی‌کند».

نکته دیگر آنکه، در کلیه مواردی که کنوانسیون، بیان داشته است که «اگر قانون مقرر بدارد ...»، مقصود از اصطلاح «قانون»، تنها مقررات قانونی، آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌ها را در برنگرفته، بلکه، رویه‌ها و تصمیمات قضایی و دیگر قوانین شکلی و تشریفاتی را نیز، در بر می‌گیرد. چرا که در برخی از کشورهای دارای نظام کامن‌لا، اصطلاح «قانون»^{۹۱} به عنوان قواعد کامن‌لا، تفسیر می‌شود که در مقابل الزامات قانونی، قرار می‌گیرد. بنابراین، واژه قانون، تمامی منابع مختلف قانونی را در بر می‌گیرد. البته باید توجه داشت که آن دسته از قوانینی که جنبه امری ندارند، مانند «عرف فراملی بازرگانی»^{۹۲} اصطلاح قانون، بر آنها، صادق نمی‌باشد.

بررسی گزارش جلسه چهل و چهارم کارگروه، حاکی از آن است که پیش‌نویس اولیه کنوانسیون، مقرره‌ای راجع به برابری نسخه الکترونیکی اصل با نسخه کاغذی، وجود نداشت. زیرا تدوین‌کنندگان، بر این عقیده بودند که کنوانسیون، اساساً موضوعات مرتبط با تشکیل قرارداد را مورد بررسی قرار می‌دهد و نه قواعد مربوط به اثبات و ادله اثبات. اما، پس از آن، چنین پیشنهاد گردید که با توجه به ماده ۲۰، که اعمال کنوانسیون را بر موضوعات تحت شمول کنوانسیونهای دیگر از جمله کنوانسیون نیویورک راجع به آرای داوری، پذیرفته، لذا پیش‌بینی چنین مقرره‌ای ضروری می‌نماید. چرا که در صورت فقد چنین مقرره‌ای، قطعاً تردیدهایی در خصوص ارزش موافقت‌نامه‌های داوری الکترونیکی، همچنان پا برجا بوده و موجب می‌شود که طرفین از یک رویه ایمن‌تری، استفاده کرده و آن، به کارگیری موافقت‌نامه کاغذی، بجای الکترونیکی است. همچنین، در جریان تدوین این ماده، گروهی با این استدلال که شمول این مقرره بر موارد دیگر، به استثنای موافقت‌نامه‌های داوری، موجب می‌گردد، میان مواد کنوانسیون با رویه‌ها و قوانین ملی نظام‌های حقوقی مختلف، تعارض حادث شود، پیشنهاد کردند که بهتر است، این بند، محدود به

90. *Ibid.*

91. The Law

92. *Lex Mercatoria*

موافقت‌نامه‌های داوری گشته و به موارد دیگر تسری داده نشود. اما، کارگروه، با این استدلال که پیش‌بینی چنین مقرره‌ای، موانعی که ممکن است به دلیل تشریفات و الزامات راجع به اصل بودن، که بر سر راه تجارت الکترونیکی وجود دارد را از میان بر می‌دارد، با این پیشنهاد موافقت ننموده و از محدود نمودن قلمرو شمول این بند به موافقت‌نامه‌های داوری، خودداری نمود.^{۹۳}

همچنین، به هنگام تدوین این بند، این پیشنهاد مطرح شد که این موضوع تصریح گردد که قواعد راجع به آیین دادرسی مدنی، تصمیمات و آراء دادگاهها و مقامات عمومی و به طور کلی مسائل مربوط به نظم عمومی، از شمول این بند، استثنا شود، اما، کارگروه، در نهایت با رد این پیشنهاد، اظهار داشت که «استثنای مبتنی بر نظم عمومی، باید از طریق دول عضو و با اعمال ماده ۱۹ کنوانسیون، یعنی صدور اعلامیه، استثنا شده و نیازی به تصریح و استثنای آن، از شمول ماده ۹ نمی‌باشد».^{۹۴}

یکی دیگر از بحثهای ظریف، ولی در عین حال، جالب که به هنگام تدوین این ماده، مطرح شد آن بود که کارگروه، به هنگام مباحثات، مجدداً به بررسی بند ۲ ماده ۲ پرداخت.^{۹۵} بدین توضیح که، در اسناد تجاری و اسناد قابل انتقال، و به طور کلی اسنادی که به حامل یا ذینفع آن، حق می‌دهد تا تسلیم آن کالا یا پرداخت مبلغی از پول آن را مطالبه نماید، تشخیص این مسأله که تنها یک نسخه اصل وجود دارد یا بیش از یک نسخه، حائز اهمیت فراوان است. زیرا اگر قرار باشد، ایفای دین، بر مبنای نسخه اصل صورت پذیرد، از آنجا که ممکن است چندین نفر، این نسخه اصل را در اختیار داشته باشند، در نتیجه موجب شود که متعهد، یک دین را به چند نفر پرداخت نماید، اساس این اسناد، متزلزل می‌شود. حال فرض نمایید، یک سند تجاری الکترونیکی، صادر گشته، دارنده این سند، با ارائه سند، خواستار ایفای دین از متعهد این سند می‌شود، به نظر شما، بر فرض اینکه این سند، معیار تمامیت کنوانسیون را حائز باشد، آیا اگر متعهد، به موجب این سند، موضوع سند را پرداخت نماید، آیا بری‌الذمه می‌شود یا خیر؟ همین نگرانی باعث گردید که واضعان کنوانسیون تصمیم بگیرند که بجای اینکه بند ۲ را از شمول ماده ۹، استثنا نمایند، از دامنه شمول کل کنوانسیون، استثنا نمایند. علت آن بود که معیار کنوانسیون، برای اصل تلقی شدن یک ارتباط یا سابقه الکترونیکی، «تمامیت» است و نه «واحد بودن». زیرا در محیط الکترونیکی، این امکان وجود دارد که چندین نسخه اصل، وجود داشته باشد، یعنی تمامی ارتباطات، معیار تمامیت کنوانسیون را دارا باشند. بنابراین، اصل بودن، لزوماً به معنای واحد بودن نمی‌باشد. نظر به این وضعیت، کارگروه با دعوت از کارشناسان فنی و تخصصی، به بررسی این امر پرداخت که آیا وسایل و ابزارهای فنی امروزی، می‌تواند تشخیص دهد که این سابقه الکترونیکی، در عین حال که

^{۹۳}. Final Working Group Report, *op.cit.*, p. 31.

^{۹۴}. *Ibid.*, p. 32.

^{۹۵} بند ۲ ماده ۲: «این کنوانسیون در مورد برات، سفته، بارنامه داخلی، بارنامه دریایی، قبض انبار یا هر سند یا وسیله قابل نقل و انتقالی که به حامل یا ذینفع آن حق می‌دهد تا تسلیم آن کالا یا پرداخت مبلغی از پول آن را مطالبه نماید، اعمال نمی‌شود».

اصل می‌باشد، در یک نسخه نیز صادر گشته و دارای نسخ متعدد اصل، نمی‌باشد. کارگروه در نهایت با توجه به نظر کارشناسان مبنی بر اینکه، امروزه، وسایل و فناوری‌ای که بتواند به احراز این مسأله بپردازد، وجود نداشته و یا اگر هم وجود داشته باشد، درستی عملکرد آن، اثبات نشده است، چنین تصمیم گرفت که بهتر است این موضوعات، به کلی از دامنه شمول کنوانسیون، استثنا گردند.^{۹۶}

۱-۳-۴- حقوق تطبیقی

دیگر اسناد قانونی نیز، به طرح این مسأله پرداخته‌اند. برای مثال، بخش ۱۰۱ (د) (۲) ای‌ساین، برای قرارداد یا دیگر سوابق الکترونیکی، اعتبار اصل را قائل شده است، البته مشروط بر آنکه، سابقه، «(۱) به نحو صحیح، اطلاعات مندرج در قرارداد را منعکس نمایند و (۲) برای اشخاصی که (قانوناً) حق دسترسی به آن را دارند، برای مدتی که (قانون) مقرر داشته و به شکلی که صحیحاً، برای ارجاعات بعدی قابل استفاده باشد، خواه از طریق ارسال، چاپ یا دیگر اقدامات، قابل دسترسی باشد».^{۹۷}

بخش ۱۲ (الف) و (د) یوتا، «اصل» را سابقه الکترونیکی‌ای تعریف کرده است که «(۱) به نحو صحیح، اطلاعاتی را که در سابقه، بعد از اینکه برای نخستین بار، به شکل نهایی خود به عنوان سابقه الکترونیکی یا اشکال دیگر تولید شد، بازگو کند؛ و (۲) برای ارجاعات بعدی، قابل استفاده باقی بماند».^{۹۸}

از آنجا که قوانین ای‌ساین و یوتا، معیار تشخیص مشکل‌تری را برای اصل بودن اطلاعات سوابق الکترونیکی، مقرر می‌دارند، چرا که معیار «اصالت»، به موجب کنوانسیون ۲۰۰۵، اثبات قابلیت اعتماد تمامیت سابقه، از طریق یک معیار نوعی اجرای روش اطمینان است، در حالی که معیارهای ای‌ساین و یوتا، یک معیار شخصی است، به همین دلیل، معیار کنوانسیون ۲۰۰۵، برای «اصیل» بودن سابقه الکترونیکی، می‌تواند بر معیارهای این دو قانون، ترجیح داده شود.

۲-۳-۴- حقوق ایران

قانون تجارت الکترونیکی ایران در ماده ۸ خود، در حکمی مشابه با بند ۴ و ۵ ماده ۹ کنوانسیون، مقرر داشته است:

«هر گاه قانون لازم بداند که اطلاعات به صورت اصل ارائه یا نگهداری شود این امر یا نگهداری و ارائه اطلاعات به صورت داده‌پیام نیز در صورت وجود شرایط زیر امکان‌پذیر می‌باشد: الف - اطلاعات مورد نظر قابل دسترسی بوده و امکان استفاده در صورت رجوع بعدی فراهم باشد؛ «ب» - داده پیام به همان قالبی (فرمتی) که تولید، ارسال و یا دریافت شده و یا به قالبی که

^{۹۶}. Final Working Group Report, *op.cit.*, p. 33.

^{۹۷}. E-SIGN, *op.cit.*, Section, 101(d) (2).

^{۹۸}. UETA, *op.cit.*, Sub-Section 12(a), (d).

دقیقاً نمایشگر اطلاعاتی باشد که تولید، ارسال و یا دریافت شده، نگهداری شود؛ ج - اطلاعاتی که مشخص کننده مبدأ، مقصد، زمان ارسال و زمان دریافت داده پیام می باشند نیز در صورت وجود نگهداری شوند؛ د - شرایط دیگری که هر نهاد، سازمان، دستگاه دولتی و یا وزارتخانه در خصوص نگهداری داده پیام مرتبط با حوزه مسئولیت خود مقرر نموده فراهم شده باشد».

شرط مقرر در بند «الف» ماده فوق، شبیه بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون، راجع به «کتبی بودن» است. اما نکته جالبی که در خصوص بند «ب» وجود دارد، اینکه، دقت در این بند، و مقایسه با سایر اسناد و از جمله کنوانسیون، گویای این واقعیت است که بند «ب»، می خواهد نقش معیار تمامیت یک نسخه الکترونیکی را بازی کند که نه تنها، این نقش را بازی نکرده، بلکه هویت خویش را هم از دست داده است. آنچه این ادعا را تأیید می نماید، مروری بر تمامی مواد قانون تجارت الکترونیکی است، در غیراین صورت، این ادعا، اثبات نخواهد گردید.

قاعده این است که وقتی قانون گذار، اصطلاحات و تعاریفی را ارائه می دهد، هدفش این است که چون این اصطلاحات، در سایر مواد، به کار گرفته شده اند، مخاطب، با این اصطلاحات در ابتدا، آشنا شود و در واقع این تعاریف، به منزله اصول و قواعد تثبیت شده آن سند تلقی می شود، که معادل این را می توان در ماده ۴ کنوانسیون ۲۰۰۵، مشاهده نمود.

در ابتدای قانون تجارت الکترونیک ایران نیز، قانون گذار به تبعیت از دیگر اسناد، از جمله قانون نمونه، در ماده ۲، ذیل عنوان «تعاریف»، به طرح اصطلاحات و تعاریف آنها، پرداخته است. از جمله این اصطلاحات، اصطلاح «تمامیت داده پیام» است که همانگونه که قبلاً گفته شد، در بند ه این ماده، آمده است. اساساً از این اصطلاح، به عنوان معیار اصل بودن یک سابقه الکترونیکی، استفاده می شود، کما اینکه کنوانسیون نیز از این معیار در بند ۴ ماده ۹، استفاده کرده است. اما با مروری بر سایر مواد و سراسر قانون تجارت الکترونیک ایران، این نکته عجیب، روشن می گردد که مقنن از این اصطلاح، در جای دیگری استفاده نکرده است.

طرح این معیار در ابتدای قانون و عدم به کارگیری آن در سایر مواد، حاکی از آن است که واضعان، ابتدا به منظور اصل تلقی شدن سابقه الکترونیکی، این معیار را مورد توجه قرار داده بوده اند که متأسفانه به هنگام تدوین ماده ۸، از این معیار استفاده نکرده و در بند ۲ به بیان شرطی پرداخته اند که معنا و مفهوم تمامیت را به تمام و کمال نمی رساند.

البته شاید این ایراد وارد نباشد؛ چرا که ممکن است، مقصود آن بوده که این سند، تنها قانون نبوده، بلکه یک فرهنگ لغت رایانه، نیز باشد. اگر این است، به حق، این قصد، برآورده شده است. بند «ه» ماده ۲، نقش یک فرهنگ لغت و ماده ۸، نقش قانون را به خوبی، ایفا نموده است.

نتیجه گیری و پیشنهادها

کنوانسیون ارتباطات الکترونیکی آنسیترال، که آخرین سند مدون در عرصه تجارت الکترونیکی به شمار می رود، یکی دیگر از اقدامات مؤثر در راستای ایجاد و تقویت هماهنگی و متحدالشکل

ساختن مقررات تجارت بین‌الملل و تجارت الکترونیکی، میان کشورها، به ویژه کشورهای در حال توسعه است که در نتیجه تلاش مستمر کارگروه تجارت الکترونیکی این کمیسیون و جمعی از دانشمندان در تخصص‌های مختلف و اقدامات مؤثر دبیرخانه آنسیترا در نظرخواهی و انعکاس دیدگاه‌های ارائه شده از نقاط مختلف جهان و در نهایت دقت و انسجام در ۲۳ نوامبر ۲۰۰۵ به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسیده است.

این کنوانسیون که ساختار شکلی آن همانند کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (سی. آی. اس. جی) و ساختار ماهوی آن، شبیه قانون «ام. ال. ای. سی» است، مشتمل بر چهار فصل با ۲۵ ماده است. این سند همچنین به طرح مسائل، اصول و قواعد گوناگون مرتبط با قراردادهای الکترونیکی و به بیان بهتر ارتباطات الکترونیکی، پرداخته است. از جمله این اصول، شناسایی و اعتبار حقوقی ارتباطات الکترونیکی و بی‌طرفی فنی است.

با بررسی مواد ۸ و ۹ این کنوانسیون، نتایج زیر حاصل می‌شود:

۱. اصل شناسایی حقوقی ارتباطات الکترونیکی که بیانگر شناسایی برابری حقوقی ارزش اعتبار الکترونیکی، همانند ارتباط فیزیکی است که از قانون «ام. ال. ای. سی»، برگرفته شده و تقریباً در تمامی قوانین و مقررات داخلی کشورها راجع به ارتباطات الکترونیکی، به رسمیت شناخته شده است، در ماده ۸، آمده است.

۲. بی‌طرفی فنی نیز به عنوان یکی دیگر از اصول این عهدنامه، در بند ۱ ماده ۹ آمده است. این اصل که معادل «اصل رضایی بودن عقود» در دنیای واقعی است، بیانگر آن است که برقراری ارتباط و یا تشکیل قرارداد الکترونیکی، نیازمند استفاده از وسیله، روش و یا فن خاصی نبوده، بلکه به حکم اصل، هر ارتباط یا قرارداد الکترونیکی، بدون رعایت تشریفات شکلی خاصی، معتبر خواهد بود.

۳. اصل بی‌طرفی فنی نیز، با استثنای روبروست که به ترتیب تحت عناوین «کتبی بودن»، «ممنوع بودن» و «اصل بودن» در بندهای ۲، ۳ و ۴ این کنوانسیون، آمده است.

۴. در باب الزام ناشی از کتبی بودن، کنوانسیون در بند ۲ ماده ۹، به شرط در دسترس بودن ارتباط الکترونیکی و امکان استفاده از آن، برای ارجاعات بعدی، امکان تحقق مکتوب بودن را از طریق ارتباط الکترونیکی، پذیرفته است. ماده ۶ قانون تجارت الکترونیک ایران نیز از این جهت که با پذیرش همسانی کارکرد نوشته کاغذی با سابقه الکترونیکی، ابهام ناشی از تحقق شرط مکتوب بودن، در محیط الکترونیکی و از طریق ارتباط الکترونیکی را مرتفع نموده، درخور تحسین و ستایش است، اما دقت در این ماده، نشان می‌دهد که به دلیل آنکه همانند کنوانسیون، شرایط و الزامات لازم را برای تحقق این همسانی، بیان نکرده، دارای نقص بوده و باید اصلاح گردد. استثنای مندرج در این ماده نیز، با واقعیات و مقتضیات امروزی سازگار نبوده و باید، برخی حذف و برخی دیگر به آنها، اضافه شود.

۵. در بحث امضا نیز، کنوانسیون، همانند کتبی بودن، با پذیرش کارکرد یکسان امضای سنتی با

امضای الکترونیکی، در بند ۳ ماده ۹، بدون ارائه روشی خاص، شرط تحقق این همسانی کارکرد را «امضای الکترونیکی مطمئن» دانسته است. قانون تجارت الکترونیک ایران نیز، ضمن پذیرش امکان تحقق شرط ممضی بودن در محیط الکترونیکی به موجب ماده ۷، در ماده ۱۰ خود، شرایط تحقق امضای الکترونیکی مطمئن را مطرح نموده است. در این مورد نیز، اطلاق ماده ۷ قانون تجارت الکترونیک ایران، گمراه‌کننده بوده و باید اصلاح گردد.

۶. یکی دیگر از استثنائات وارد بر اصل بی طرفی فنی، اصل بودن نسخه الکترونیکی است که در بند ۴ ماده ۹، به آن پرداخته شده است. در این مورد نیز، کنوانسیون، ضمن پذیرش امکان تحقق این شرط در محیط مجازی، «اطمینان از تمامیت» را به عنوان معیار اصل تلقی شدن یک ارتباط الکترونیکی، پذیرفته و در بندهای ۴ «الف» و «ب» و «ج» و «د»، به بیان شرایط لازم برای تحقق این معیار پرداخته است. قانون تجارت الکترونیک ایران هم، در ماده ۸، با شناسایی اعتبار ارتباط الکترونیکی اصل، طی بندهای «الف»، «ب»، «ج» و «د» به شرایط لازم برای تحقق اصالت پرداخته است که متأسفانه در این مورد نیز، دچار کاستیهایی است که پیشنهاد می‌گردد با الگو قرار دادن اسناد معتبر و به ویژه کنوانسیون، به رفع این اشکالات، پرداخته شود.

و در نهایت آنکه، نظر به تصویب‌نامه هیأت وزیران مبنی بر امضای موقت کنوانسیون در تاریخ ۱۳۸۶/۳/۲^{۹۹} و وجود قانون تجارت الکترونیکی که به رغم نقاط ضعف آن، گامهای بلندی را برای هماهنگی با قوانین نمونه آنستیرال در باب تجارت و امضاهای الکترونیکی، برداشته است و مبنای اصلی کنوانسیون ۲۰۰۵، نیز همین قوانین می‌باشد، امید است، با توجه به رشد روزافزون و اهمیت فزاینده ارتباطات الکترونیکی در معاملات بین‌المللی، هرچه سریعتر زمینه اجرای این کنوانسیون و به تبع آن، الحاق کشورمان فراهم گشته تا شاهد عقب ماندن از این قافله تجارت جهانی نباشیم.^{۱۰۰}

فهرست منابع و مآخذ پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

آهني، بتول، «انعقاد قراردادهای الکترونیکی»، ندای صادق، فصلنامه فقه و حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق (ع)،

^{۹۹} برای دیدن متن تصویب‌نامه، نک: پایگاه اطلاع‌رسانی دولت جمهوری اسلامی ایران، به نشانی اینترنتی:

http://www.spokesman.gov.ir/index.php?option=com_content&task=view&id=2873&Itemid=51

^{۱۰۰} ذکر این نکته جالب است که به هنگام تحریر سطور پایانی نتیجه‌گیری، در حال نگارش این جملات بودم

که «با وجود مقدماتی همچون قانون تجارت الکترونیکی و سیاست تجارت الکترونیکی کشورمان، می‌توان از پیوستن به این عهدنامه مهم سخن گفت. بدیهی است که تأخیر در این رابطه یا سعی در تصویب قانون داخلی معادل، به لحاظ تفاوت تأثیر عملی قانون داخلی و کنوانسیون بین‌المللی، توجیه‌پذیر نخواهد بود»، که اخبار سراسری ساعت ۲۱ مورخ ۸۶/۳/۱۶ اعلام کرد: هیأت وزیران، امضای موقت کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی را تصویب نمود. هرچند تصویب هیأت وزیران، الحاق رسمی به کنوانسیون، تلقی نمی‌شود اما این اقدام بجا و بدون تأخیر، در خور تحسین و ستایش بوده و امید است تا گامهای بعدی نیز برای «عقب نماندن از آن قافله» به موقع برداشته شود.

- واحد خواهران، سال نهم، تابستان و پاییز ۱۳۸۳، شماره ۳۵-۳۴.
- آهنی، بتول، «برقراری امنیت در قراردادهای الکترونیکی»، ندای صادق، فصلنامه فقه و حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق (ع)، واحد خواهران، شماره ۳۰.
- اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی، ترجمه و تحقیق: بهروز اخلاقی و فرهاد امام، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۹.
- داراب‌پور، مهرباب، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی (ترجمه)، نوشته هجده نفر از دانشمندان حقوق دانشگاههای معتبر جهان، جلد سوم، چاپ اول، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۷۴.
- زرکلام، ستار، «قانون تجارت الکترونیکی و الفبای الکترونیکی»، در: مجموعه مقاله‌های همایش بررسی جنبه‌های حقوقی فناوری اطلاعات، معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه، چاپ نخست، نشر سلسبیل، ۱۳۸۴.
- السان، مصطفی، «ابعاد حقوقی بانکداری اینترنتی»، مجله پژوهشهای حقوقی، شماره ۷، نیمسال اول ۱۳۸۴.
- سلمن، جفری سی، «فرایند تشکیل قراردادهای الکترونیکی؛ قواعدی جدید برای تجارت جدید»، ترجمه علی رضائی، مجله کانون سردفتران و دفتریاران، شماره ۶۷، بهمن‌ماه ۸۵.
- شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۸۰.
- قانون امضاهای الکترونیکی در تجارت جهانی و داخلی، [Electronic Signature in Global and National Commerce Act] که از اول اکتبر ۲۰۰۰ لازم‌الاجرا شد.
- قانون اموال انگلستان، مصوب ۱۹۸۹
- قانون متحدالشکل معاملات الکترونیکی (۱۹۹۹) [Uniform Electronic Transaction Act] که توسط کنفرانس ملی نمایندگان رسمی برای تصویب قوانین متحدالشکل ایالات متحد (NCCUSL)، در کنفرانس سالانه‌شان که ۲۳ تا ۳۰ ژوئیه ۱۹۹۹ برگزار شد به تصویب رسید.
- قانون متحدالشکل معاملات مبتنی بر اطلاعات رایانه‌ای (۲۰۰۰)، [Uniform Computer Information Transaction Act] (که آخرین اصلاح آن در سال ۲۰۰۰، صورت گرفت)، توسط کنفرانس ملی نمایندگان رسمی برای تصویب قوانین متحدالشکل ایالات متحد (NCCUSL) در کنفرانس سالانه‌شان که در ۲۸ اوت ۲۰۰۰، یعنی متعاقب کنفرانس سالانه که در ۲۳ تا ۳۰ ژوئیه ۱۹۹۹ برگزار شد، به تصویب رسید.
- کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، جلد اول، نشر میزان، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۰.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، تهران، ۱۳۷۴.
- معین، محمد، فرهنگ فارسی، جلد اول، انتشارات امیرکبیر، چاپ هشتم، تهران، ۱۳۷۱.
- نوفو، وینسنت جی، «لزوم اثر انگشت در معاملات ثبتی: حربه‌ای در مقابل تقلب در اسناد»، ترجمه علی رضائی، مجله کانون سردفتران و دفتریاران، شماره ۶۴، مهر و آبان ۸۵.
- Boss A, "The Uniform Electronic Transaction Act in a Global Environment", *Idaho Law Review*, Vol. 37, 2001.
- Canadian Personal Information Protection and Electronic Documents Act, 2000.
- Directive 1999/93/EC of 13 December 1999 on a Community Framework for Electronic Signatures. Available at: <http://europa.eu/geninfo/query/resultaction.jsp?>
- Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of June 2000 on Certain Legal Aspects of Information Society Services, In Particular Electronic Commerce. Available at: EU Directive on Electronic Signature 1999
- Gregory, John D, "The Proposed UNCITRAL Convention on Electronic Contracts", *The Business Lawyer*, Nov 2003.
- Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce 1996, www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html.
- http://www.spokesman.gov.ir/index.php?option=com_content&task=view&id=2873&Itemid=51

- Martin, Charles H., "The UNCITRAL Electronic Contracts Convention: Will it be Used or Avoided?", *Pace International Law Review*, Vol. 17, 2005.
- McKenzie, P.D., *E-Commerce Law in PR of China*, 2002, available at: www.perkinscoie.com/recourse/ecomm/prc.htm.
- Nichols, Philip M., "Electronic Uncertainty within the International Trade Regime", *15 AM. U. INT'L L. REV.* 1379, 1405 (2000).
- Report of the Secretary-General*, UNCITRAL, 17th Session on Legal Aspects of Automated Data Processing, U.N. Doc. A/CN.9/254 (1984).
- Resolution 2205 (XXI)*, Adopted by the General Assembly During its Twenty-First Session on Establishment of the United Nations Commission on International Trade Law, 17 December 1966, available at: www.un.org/documents/ga/res/21/ares21.htm
- The Model Notary Act*, September 1, 2002, Published As a Public Service by the Notary Association. Available at: www.nationalnotary.org/Userimages/Model_Notary_Act.pdf.
- UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures (2001)*, [MLES]. Available at: www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html.
- Uniform Electronic Commerce Act of Canada*, 1999.
- United Nations Commission on International Trade Law, Report of the Working Group on Electronic Commerce on the Work of its Forty-Fourth Session, *U.N. Doc. A/CN.9/571*, (Nov. 8, 2004).
- United Nations Commission on International Trade Law, Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its thirty-eighth session, Annex 1, *U.N. Doc. A/60/17*, (July 26, 2005)
- United Nations Commission on International Trade Law, Working Group on Electronic Commerce, Note by the Secretariat, Proposal by the United States of America, *U.N. Doc. A/CN.9/WG.IV/WP.77*, (May 25, 1998), available at: <http://www.uncitral.org>.
- United Nations Convention on the Use of Electronic Communication in International Contracts, [CUECIC]. Adopted by the General Assembly on 23 November 2005, Available at: www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/2005Convention.pdf.
- United Nations, *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce 1996*, with additional article 5 bis as adopted in 1998, [MLEC]. available at: www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html.
- Wei, Chong Kah & Joyce Chao Suling; "United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts – A New Global Standard", *Singapore Academy of Law Journal*, No. 18, 2006.
- www.europea.oeu.int/ISPO/ecommerce/legal/documents/2000_31ec_en.pdf
- www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html

JOURNAL OF

LEGAL RESEARCH

VOL. IX, No. 1

2010-1

Articles

Claim Description in the Law and Judicial Practice • Fundamental Principles of UNCITRAL Electronic Communications Convention • Social Security Components in Criminal Laws • Recognition in International Law: Legal Effects of Recognition of Kosovo, South Ossetia and Abkhazia • Principles of Conflict of Evidences • The Effects of the International Criminal Law in the Middle-East; from the Saddam's Trial to the Hariri's Accused Prosecution

Special Issue: The Stock Exchange (Some Considerations on the Law of Iran and other Countries)

Fundamentals of Obligation for Providing Information to Stock Exchange • Comparative Study of Prohibitions of Insider in Securities Dealing in E.U., English, French and Iranian Laws • Some Considerations on the Offense of Insider Trading • Combating the Securities Fraud in the Stock Exchange (The Case of the U.S.) • Some Considerations on Judgments about the Insider Trading in the Stock Exchange • The Stock Broker Liability and the Process of Bringing the Case before the Proper Forum • The Liability of Brokers for the Unauthorized Transaction of Securities in the Approach of Arbitration Board • Sukuk's Rule in Financing the Projects and its Rules and Regulations • Arbitration of Disputes in Commercial Paper Market • The Nature and the Jurisdictions of the Board of Arbitration of the Stock Exchange • The Rules Governing the Formation of Public Joint-Stock Companies in light of the Securities Market Act • Legal Consequences of Iran's Accession to WTO on Securities Service • Cross-Border Stock Exchange Mergers: an Illusion or a Reality?

Critique and Presentation

Some Considerations on the "ICJ's Kosovo Advisory Opinion" • Considerations on the Concept of the 'Aggression' in the Review Conference of the Statute of International Criminal Court • Some Critics on the Modern Law of Compulsory Insurance of the Owners of Vehicles 2008 • The Non-Traditional Trademarks • Resolution 1929 of the Security Council: The Challenges of the Power and the Right in a Divided World • The 6th Round of the Moot Court Simulation of the International Criminal Court's Session (2010 Summer and Autumn)

ISSN: 1682-9220



S. D. I. L.

The S.D. Institute of Law

Research & Study