

مسئولیت مدنی در فضای سایبر

تألف:

دکتر حسن ملکوتی

وکیل پایه یک دادگستری و مدرس دانشگاه



مجمع علمی و فرهنگی مجد

سرشناسه	: ملکوتی، رسول
عنوان و نام پدیدآور	: مسئولیت مدنی در فضای سایبر / رسول ملکوتی.
مشخصات نشر	: تهران: مجد، ۱۳۹۵.
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۱۹۳-۷۱۵-۶
وضعیت فهرست نویسی	: فیبا
موضوع	: فضای مجازی -- جنبه‌های حقوقی
موضوع	: فضای مجازی -- ایران -- جنبه‌های حقوقی
موضوع	: کاربران اینترنت -- وضع حقوقی و قوانین
موضوع	: مسئولیت (حقوق) -- ایران
موضوع	: اینترنت -- قوانین و مقررات -- ایران
رده بندی کنگره	: ۱۳۹۵ م ۷۶/م HM۸۵۱
رده بندی دیویی	: ۳۰۳/۴۸۳۳
شماره کتابشناسی ملی	: ۴۴۲۷۴۲۰

هرگونه تکرار کاملاً یا قسمت از کتاب بدون اجازه پدیدآورنده، با ناشر خلاف قانون، شرع و اخلاق است.
موارد تخلف را به دفتر مرکزی «مجد» گزارش فرمایید.

مسئولیت مدنی در فضای سایبر

تألیف: دکتر رسول ملکوتی

انتشارات مجد

چاپ اول: ۱۳۹۵ تعداد: ۵۰۰ نسخه

حق چاپ محفوظ و مندرج است.

دفتر مرکزی مجد:

تهران، میدان انقلاب تقاطع خیابان منیری جاوید و شهدای زاندارمری، پلاک ۵۷ طبقه پنجم

تلفن و دورنگار: ۶۶۴۹۵۰۳۴ - ۶۶۴۱۲۰۷۸ - ۶۶۴۲۱۰۱۶

شابک: ۹۷۸-۶۰۰-۱۹۳-۷۱۵-۶

ISBN: 978-600-193-715-6

شعبه فروردین: خیابان ۱۲ فروردین، مقابل تعزیرات، پلاک ۲۸۳، طبقه دوم، تلفن: ۶۶۴۹۰۹۹۸

شعبه اردیبهشت: خیابان اردیبهشت (منیری جاوید)، تقاطع شهدای زاندارمری، پلاک ۵۹، تلفن: ۶۶۴۸۶۸۷۴

www.majdlaw.ir

E-mail: majdlaw92@gmail.com

سیستم اشتراک پذیری «مجد»:

ارسال پیامک حاوی نام و نام خانوادگی و شغل (در صورت تمایل) به شماره ۰۲۱۶۶۴۹۰۹۹۸
فصلنامه حقوقی مجد با ارائه مقالات اساتید مبرز حقوق کشور بطور منظم منتشر می‌شود.

فهرست مطالب

۱۱	پیشگفتار
۱۲	مقدمه
	بخش اول: بازیگران فضای مجازی، مصادیق، منابع، مبانی و محدودیت‌های
۲۱	مسئولیت مدنی
	فصل اول: مفهوم، ماهیت و خصوصیات فضای مجازی و جایگاه آن در مقررات
۲۳	موضوعه
۲۳	مبحث اول: مفهوم فضای مجازی
۲۴	گفتار اول: فضای مجازی
۲۶	گفتار دوم: ماهیت و اثرات
۲۷	مبحث دوم: ماهیت فضای مجازی
۲۷	گفتار اول: ماهیت
۲۷	گفتار دوم: ماهیت حقوقی
۲۹	مبحث سوم: اقتضائات و خصوصیات فضای مجازی
۳۰	گفتار اول: خصوصیات فضای مجازی
۳۰	بند اول: ناملموس بودن فضای مجازی
۳۱	بند دوم: دسترسی آسان و سریع به قلمرو بی محدودیت
۳۱	بند سوم: تخصیصی بودن فضای مجازی
	بند چهارم: غیر قابل کنترل بودن فضای مجازی
۳۲	مرکزی
۳۳	بند پنجم: هویت پنهان یا دروغین حاضران و بازیگران فضای مجازی
۳۴	گفتار دوم: اقتضائات فضای مجازی
	بند اول: وسعت ضرر ناشی از فعل زیانبار و عدم امکان مهار واقعی
۳۴	خسارات
۳۴	بند دوم: سهولت شناسایی و دسترسی سریع به اطلاعات
۳۵	بند سوم: فراپندگی لحظه ای زبان وارده و بقای پدیده زیانبار
۳۵	بند چهارم: تعاملی بودن فضای مجازی
۳۶	بند پنجم: کارکرد رسانه ای فضای مجازی
۳۶	مبحث چهارم: وضعیت حقوقی فضای مجازی در ایران
۳۷	گفتار اول: مقررات جاری

- ۳۸ گفتار دوم: ایجاد نقطه تماس بین المللی (دسترسی به اینترنت)
- ۴۰ فصل دوم: بازیگران حاضر در فضای مجازی و مصادیق موجد مسئولیت
- ۴۰ مبحث اول: واسطه‌های اینترنتی
- گفتار اول: ایجاد کنندگان نقطه تماس بین المللی یا تامین کنندگان خدمات
- ۴۱ دسترسی
- ۴۲ گفتار دوم: ارائه دهندگان خدمات اینترنتی (رساه‌ها)
- ۴۳ گفتار سوم: ارائه دهندگان خدمات میزبانی یا دایر کنندگان سایت‌ها
- ۴۴ گفتار چهارم: تامین و تولیدکنندگان محتوی
- ۴۵ گفتار پنجم: ارائه دهندگان خدمات برخط
- ۴۶ مبحث دوم: کاربران
- ۴۷ مبحث سوم: ادیو عمده موجد مسئولیت مدنی در فضای مجازی
- ۴۷ گفتار اول: مصادیق موجد مسئولیت مدنی ناشی از نقض مالکیت فکری
- ۵۰ بند دوم: نقض حاکم داری
- ۵۲ بند سوم: نقض ام‌های داده
- ۵۴ بند چهارم: بی‌مبالایی در تخریب افزارها و طراحی سیستم‌های معیوب
- ۵۵ گفتار دوم: جرائم علیه داده‌ها و سیستم‌های ارتباطی
- ۵۵ بند اول: نقض حریم خصوص
- ۶۳ بند دوم: سرقت اینترنتی
- ۶۵ بند سوم: هتک حرمت
- ۶۷ بند چهارم: انتشار ویروس رایانه ای
- ۶۸ بند پنجم: حملات سایبری
- ۷۰ بند ششم: تبلیغات دروغین
- ۷۱ بند هفتم: پیوندهای غیر مجاز
- ۷۳ فصل سوم: محدودیت‌های اعمال قواعد مسئولیت مدنی در فضای مجازی
- ۷۳ مبحث اول: فضای مجازی و اقتضای رسانه
- ۷۴ گفتار اول: فضای مجازی بعنوان رسانه
- ۷۵ گفتار دوم: اقتضات رسانه در فضای مجازی
- ۷۷ مبحث دوم: پیشگیری از تحقق مسئولیت مدنی در فضای مجازی
- ۷۸ گفتار اول: راهکار تقنینی
- ۷۸ گفتار دوم: راهکار فنی
- ۷۹ بند اول: ایجاد پالایه (فیلترینگ)
- ۷۹ بند دوم: ترتیب صدور مجوز
- ۸۰ بند سوم: گواهی و استاندارد سازی خدمات و اطلاعات

گفتار سوم: معایب پیشگیری وضعی از تحقق مسئولیت مدنی در فضای مجازی	۸۱
گفتار چهارم: مسئولیت مدنی و گردش اطلاعات در فضای مجازی	۸۳
بند اول: ضعف زیرساخت های فناوری اطلاعات و ارتباطات الکترونیک	۸۴
بند دوم: خطر پذیری داده های الکترونیک	۸۵
فصل چهارم: منابع و مبنای مسئولیت مدنی قابل اعمال در فضای مجازی	۸۷
مبحث اول: منابع مسئولیت مطابق قانون مدنی و قانون مسئولیت مدنی	۸۷
گفتار اول: غصب در فضای مجازی	۸۸
گفتار دوم: اتلاف در فضای مجازی	۸۹
گفتار سوم: تسبیب در فضای مجازی	۹۲
گفتار چهارم: استیفا در فضای مجازی	۹۴
گفتار پنجم: منابع مسئولیت مطابق قانون مسئولیت مدنی	۹۴
مبحث دوم: مبنای سنت مسئولیت مدنی	۹۵
گفتار اول: نظریه خطر	۹۶
گفتار دوم: نظریه تقصیر	۹۸
گفتار سوم: نظریه ضمان حق	۹۹
گفتار چهارم: نظریه قابلیت انتساب	۱۰۰
گفتار پنجم: نظریه رفاه و خیر	۱۰۱
گفتار ششم: نظریه لاضرر	۱۰۲
بند اول: مفهوم ضرر و ضرار	۱۰۳
بند دوم: مفهوم لا در قاعده	۱۰۴
گفتار هفتم: جمع بندی نظریات	۱۰۵
بخش دوم: مبنای مسئولیت مدنی بازیگران حاضر در فضای مجازی	۱۰۹
فصل اول: نظریه ها و اشکال مسئولیت مدنی در فضای مجازی	۱۱۱
مبحث اول: نظریه های رایج	۱۱۱
گفتار اول: نظریه رادیکال	۱۱۱
گفتار دوم: نظریه حقوق فضای مجازی	۱۱۳
گفتار سوم: نظریه تلفیقی ((تلفیق حقوق و فناوری))	۱۱۳
گفتار چهارم: نظریه استفاده از نهادهای حقوق سنتی	۱۱۴
گفتار پنجم: نظریه کنترل از طریق وضع معاهدات بین المللی	۱۱۴
مبحث دوم: اشکال مسئولیت مدنی بازیگران در فضای مجازی	۱۱۶
گفتار اول: واسطه بعنوان مسبب	۱۱۶
گفتار دوم: واسطه بعنوان مباشر	۱۱۷

- فصل دوم: مبنای مسئولیت واسطه‌ها در قبال اعمال زیانبار کاربران..... ۱۱۹
- مبحث اول: مبنای تقصیر در ارتباط با وظایف ذاتی واسطه‌ها..... ۱۱۹
- گفتار اول: حقوق ایران..... ۱۲۰
- گفتار دوم: حقوق آمریکا..... ۱۲۴
- بند اول: عمل واسطه بعنوان دریافت کننده و انتقال دهنده خودکار اطلاعات به دستور کاربر..... ۱۲۶
- بند دوم: عمل واسطه بعنوان ذخیره کننده موقت و خودکار محتوی..... ۱۲۶
- بند سوم: عمل واسطه بعنوان میزبان اقدامات کاربران در ارسال و دریافت اطلاعات..... ۱۲۷
- بند چهارم: عمل واسطه به عنوان موتورهای جستجو و ارائه دهنده اطلاعات..... ۱۲۷
- بند پنجم: مسئولیت نیابتی..... ۱۲۹
- بند ششم: مسئولیت مشارکتی..... ۱۳۱
- مبحث دوم: شرایط اعزاز تقصیر..... ۱۳۴
- گفتار اول: کنترل مجری..... ۱۳۵
- بند اول: تبیین نقش واسطه بعنوان ناشر..... ۱۳۵
- بند دوم: تبیین فعالیت واسطه به عنوان توزیع کننده..... ۱۳۸
- بند سوم: تبیین فعالیت واسطه به عنوان حمل کننده عمومی..... ۱۳۹
- گفتار دوم: وظیفه حذف محتوا..... ۱۴۱
- مبحث سوم: مسئولیت واسطه‌ها بر مبنای خطر فضای مجازی..... ۱۴۴
- گفتار اول: خطرناک بودن ماهیت فعالیت ارائه کنندگان خدمات اینترنتی..... ۱۴۵
- گفتار دوم: ایجاد خطر در برابر انتفاع..... ۱۴۶
- گفتار سوم: توان کنترل اعمال مضر کاربران و نظارت بر منبأ خطا..... ۱۴۶
- مبحث چهارم: مبنای مسئولیت واسطه‌ها بر مبنای فرض تقصیر در نضام مجازی..... ۱۴۸
- مبحث پنجم: مسئولیت مطلق واسطه‌ها ناشی از فعل غیر در فضای مجازی..... ۱۵۰
- فصل سوم: مبنای مسئولیت واسطه‌ها در قبال اعمال زیانبار مستقیم..... ۱۵۳
- مبحث اول: مسئولیت واسطه‌ها در قبال اعمال مستقیم مبتنی بر نظریه تقصیر..... ۱۵۴
- گفتار اول: حقوق ایران..... ۱۵۴
- گفتار دوم: حقوق اروپا..... ۱۵۵
- گفتار سوم: سایر نظام‌های حقوقی..... ۱۵۶
- مبحث دوم: مسئولیت واسطه‌ها در قبال اعمال مستقیم مبتنی بر نظریه خطر..... ۱۶۲
- گفتار اول: حقوق ایران..... ۱۶۲
- گفتار دوم: حقوق اروپا..... ۱۶۴
- فصل چهارم: مبنای و شرایط مسئولیت مدنی دولت در فضای مجازی..... ۱۶۹

۱۶۹.....	مبحث اول: مسئولیت مدنی دولت در قبال اعمال زیانبار در فضای مجازی
۱۷۲.....	گفتار اول: مسئولیت مدنی ناشی از حملات سایبری
۱۷۳.....	گفتار دوم: مسئولیت مدنی داخلی و بین المللی دولت
۱۷۳.....	بند اول: مسئولیت بین المللی دولت‌ها
۱۷۵.....	بند دوم: مسئولیت مدنی داخلی دولت
۱۷۶.....	گفتار سوم: مسئولیت مدنی دولت ناشی از اعمال خود
۱۷۶.....	بند اول: مسئولیت ناشی از اعمال حاکمیت
۱۷۷.....	بند دوم: مسئولیت مدنی دولت ناشی از اعمال تصدی
۱۷۸.....	گفتار چهارم: مسئولیت مدنی دولت ناشی از اعمال سایرین
۱۷۸.....	بند اول: مسئولیت ناشی از اعمال کارگزاران
۱۸۳.....	بند دوم: مسئولیت مدنی دولت ناشی از اعمال اشخاص خصوصی
	فصل پنجم: تطبیق مسئولیت مدنی بر عملکرد بازیگران حاضر در فضای مجازی
۱۸۸.....	مبحث اول: تطبیق مسئولیت مدنی سنتی بر عملکرد بازیگران حاضر در فضای مجازی
۱۸۸.....	گفتار اول: مبنای مسئولیت مدنی رسانه‌ها
۱۹۱.....	گفتار دوم: مبنای مسئولیت مدنی کاربران و دایه کنندگان سایت‌ها
۱۹۵.....	گفتار سوم: مبنای مسئولیت مدنی مسئولان محتوای سایت‌ها
۱۹۸.....	گفتار چهارم: مبنای مسئولیت مدنی کاربران
۱۹۸.....	بند اول: کاربر تولید کننده محتوا
۱۹۸.....	بند دوم: کاربر مصرف کننده محتوا
۲۰۲.....	مبحث دوم: تطبیق ارکان سنتی مسئولیت مدنی در فضای مجازی
۲۰۲.....	گفتار اول: ضرر در فضای مجازی
۲۰۶.....	گفتار دوم: فعل زیانبار و سببیت در فضای مجازی
۲۰۶.....	بند اول: فعل زیانبار در فضای مجازی
۲۰۹.....	بند دوم: سببیت در فضای مجازی
۲۱۳.....	نتیجه گیری و پیشنهادات
۲۲۰.....	منابع و مآخذ

پیشگفتار

در فضای مجازی (اینترنت) دو دسته بازیگر تحت عنوان واسطه‌ها و ارائه دهنندگان خدمات اینترنتی به معنای عام از یک طرف و کاربران و مصرف کنندگان نهایی اینترنت از طرف دیگر، حضور دارند. منظور از مسئولیت مدنی ناشی از ارتباطات اینترنتی یا فضای مجازی آن است که چنانچه در نتیجه فعل هر یک از این اشخاص، به حقوق یا منافع اشخاص دیگر خسارت وارد آید، چه شخص یا اشخاصی و بر چه مبنایی و چگونه باید به جبران خسارت ملزم شوند. مثلاً هر گاه کاربری با ورود به فضای اینترنت اقدام به انتشار ویروس کند و از آن طریق به اطلاعات یا نرم افزارهای سایر کاربران خسارت وارد کند یا اینکه حریم خصوصی حاضران در فضای مجازی را هتک نماید یا نقض کپی رایت صورت گیرد، یا با ایجاد پیوند غیر مجاز، اطلاعاتی به سرقت رود در این صورت جبران خسارت چگونه است؟

در این کتاب سعی شده است که اولاً علم و حقوق مسئولیت مدنی به مفهوم اخص آن (مسئولیت مدنی قهری) در اینترنت به خوبی شناخته شود، و ثانیاً مبانی مسئولیت مدنی و شیوه‌های جبران خسارت در ارتباط با فعالان و بازیگران این عرضه تبیین گردد. در این تحقیق ضمن تلاش برای معرفی فضای مجازی و ضروریات و اقتضائات حاکم بر آن، تلاش شده است تا با معرفی حاضران (بازیگران) در این حوزه، شناسایی منابع و مصادیق افعال زیانبار و موجبات مسئولیت با عنایت به قوانین و مقررات مربوط، مبنای مسئولیت به شایستگی تبیین و ارائه گردد. به نظر ما از یک طرف فضای مجازی با همه تفاوت و اقتضائات جدید نمی‌تواند ماهیت مناسبت‌ها و ارتباطات حقوقی را به کلی سرگون سازد و برای تبیین نظام حقوقی مسئولیت مدنی از قواعد عام و سنتی این حوزه بی‌نیاز نخواهیم بود، از طرف دیگر اجرای مطلق و منفرد مبانی فعلی مسئولیت مدنی که از آن به مبانی سنتی تعبیر کرده ایم، قادر به ایفای کامل تعهد علم حقوق در مورد جبران خسارات حاصله در فضای مجازی نخواهد بود و لازم است که ضمن استفاده از این پیشینه عظیم مسئولیت مدنی که حاصل ادغام فقه و نظرات جدید است، مبانی سنتی و مشهور را در ارتباط با فضای مجازی با عنایت به شناخت هر بازیگر حاضر در این حوزه و کارکرد او تطبیق نمود. بنابراین، این تحقیق لزوماً در پی خلق مبانی جدیدی در ارتباط با مسئولیت مدنی در این حوزه نیست و چنین ادعایی نیز از آغاز نشده است و همانگونه که از نام آن

برمی آید هدف تطبیق مبانی موجود در جهان واقعی با فضای مجازی است. اما این نکته مسلم گردیده است که در فضای مجازی نباید بدنبال تعیین مبنای واحد و منفرد برای مسئولیت مدنی بود و قراردادن یک مبنا بعنوان اصل و افزودن استثنائات بر آن برخلاف اقتضائات این فضا خواهد بود. برای انجام این مهم، تحقیق در دو بخش عمده انجام پذیرفته است. در بخش اول بازیگران فضای مجازی، خصوصیات و اقتضائات آن همراه با اعمال زیانبار و منابع مسئولیت در این فضا، شناسایی شده است و در بخش دوم تلاش معطوف به ترسیم نظام مناسب مسئولیت مدنی بر فضای مجازی با تاکید بر مبنای مسئولیت است. امید که حاصل تلاش مورد قبول صاحب نظران قرار گیرد.

www.ketab.ir

مقدمه

مسئولیت مدنی از مبتلا به و مبسوط ترین و در عین حال پرچالش ترین حوزه‌های حقوق خصوصی است. مسئولیت مدنی در مفهوم عام به معنای الزام برای جبران خسارت است. هرگاه شخص ملزم به جبران خسارات وارده به دیگری می‌شود، می‌گویند در برابر او مسئولیت مدنی دارد. زیان حاصله نتیجه تخلف از تعهد قراردادی یا تعهد قانونی است. به مورد اول مسئولیت مدنی قراردادی و به مورد دوم مسئولیت مدنی قهری ((ضمان قهری)) یا غیر قراردادی گویند. قانون مدنی نیز در قسمت دوم از کتاب دوم تحت عنوان ((در عقود و معاملات و الزامات)) ذیل دو باب به ترتیب ((در عقود و تعهدات به طور کلی)) و ((در الزاماتی که بدون قرارداد حاصل می‌شود)) این تقسیم بندی را به رسمیت شناخته است. از مطلق اصطلاح مسئولیت مدنی مفهوم اخص آن ((مسئولیت مدنی قهری)) به ذهن متبادر می‌شود و هر نام محبت از مسئولیت مدنی می‌شود علی القاعده به معنی الزام به جبران خسارتی است که در وضعیتی به بار آمده که هیچ رابطه قراردادی بین عامل زیان و زیان دیده وجود ندارد یا اگر وجود دارد، زیان اصله نتیجه آن قرارداد نیست. مبانی و منابع مسئولیت مدنی در فقه و حقوق ایران، حویلی تشریح شده است خصوصاً ادغام و تطبیق مبانی و قواعد مسئولیت مدنی در فقه و نظریات جدید مجموعه ای غنی فراهم کرده است.

فضای مجازی (اینترنت) از جمله محیط‌های بدیع دنیاست که روز بروز بر اهمیت آن افزوده می‌شود و جنبه‌های مختلف زندگی وی را تحت تاثیرات مثبت و منفی قرار می‌دهد. گزافه نخواهد بود اگر گفته شود امروز مناسبات و روابط اجتماعی اشخاص در دو شق مستقل جهان واقعی و فضای مجازی قابل تحلیل و بررسی است. هر دو هر جنبه ای از ارتباطات اجتماعی متصور در جهان واقعی در فضای مجازی نیز قابلیت تحقق پیدا کرده است یا در آینده ای نزدیک نوید تحقق خواهد داشت. ماهیت فضای مجازی با جهان واقعی به کلی متفاوت است و این تفاوت در ماهیت، تبعاً مفاهیم و چالش‌های جدیدی را در حوزه‌های مختلف ایجاد خواهد کرد. از جمله حوزه‌های مبتلا به و مورد چالش، حوزه علم حقوق است. مفهوم حقوق در معنای کلی عبارت است از علم تنظیم روابط شخصی و اجتماعی افراد. هر حوزه ای که این رفتارها قابلیت شکل گیری داشته

باشد قلمرو علم حقوق خواهد بود بنابراین حوزه فضای مجازی نیز از این قلمرو استثنای نیست.

عمده مسائل حقوقی مطرح و شناخته شده در حوزه فضای مجازی جرائم سایبری، مالکیت فکری، حمایت از داده‌ها، تجارت الکترونیک و از جمله مسئولیت مدنی است. حوزه مسئولیت کیفری در فضای مجازی در اغلب کشورها پیش‌تاز از قواعد مسئولیت مدنی است و در کشور ما هم این امر محسوس است. شاهد مثال اینکه قانون جرایم رایانه‌ای در سال ۱۳۸۸ تصویب شده است، اما در خصوص مسئولیت مدنی در این فضا هنوز مقرر شده است صریح و مورد ندارد. البته ماهیت جهانی و عام الشمول فضای مجازی قدرت کنترل و حاکمیت ه‌ها و حق کشورها چنان که در جهان واقعی مصداق دارد را محدود و بعضاً غیر ممکن کرده است. در فضای مجازی زمان و مکان معنای خود را از دست داده است و حاکمیت به م‌های مان در این فضا اساساً ممکن نیست. دولت‌ها و حاکمیت‌های پیشرو از سال‌ها قبل با در د این مسئله با اولویت به مسائل حوزه حقوق خصوصی و از جمله مسئولیت مدنی به فکر ایجاد یک نظام حقوقی منسجم داخلی یا جهانی همگام با ماهیت فضای مجازی بوده‌اند تا بتوانند در پ‌الشیهای حقوقی این حوزه فایق آیند از جمله این تلاش‌ها می‌توان به معاهدات اینترنت ۱۹۹۶ سازمان جهانی مالکیت فکری و همچنین دستورالعمل‌های مختلف اتحادیه اروپا ۱۹۹۱ اشاره کرد که در متن کتاب موضوع سخن قرار گرفته است.

تردیدی نیست که پیدایش و گسترش روز افزون ابزارهای جدید ارتباطات و اطلاعات از جمله رایانه‌ها، تلفن‌های همراه و در نهایت تولید فضای مجازی و بطور خاص اینترنت که امکان مبادلات از راه دور و در محیط‌های الکترونیکی را بیش از پیش در اشکال گوناگون فراهم کرده، به تبع اثر گذاری در مناسبات اقتصادی و اجتماعی، برخی از قواعد حقوق سنتی را نیز با چالش روبرو کرده است. چرا که حقوق در دنیای امروز کلی قواعد تنظیم مناسبات اجتماعی است، اگر چه ماهیت ارتباطات در فضای مجازی نسبت به جهان واقعی بع‌لت اقتضائات متفاوت هر دو فضا، تغییر یافته است اما این تکنولوژی یارای تغییر کلی ماهیت روابط و وضعیت‌های حقوقی حاکم بر این ارتباطات نبوده و نیست، قدر مسلم انطباق آنها با محیط‌های الکترونیک و مجازی را ضروری می‌گردانند. چون فضای مجازی یا سایبر با توجه به مقتضای خود، رفتارها و اشخاص جدید را وارد قلمرو حقوق کرده و در کنار سایر مناسبات حقوقی، مسائل گوناگون حقوقی فعالان پر شمار این عرصه را مطرح

می‌کند.^۱ از جمله شایع‌ترین و مهمترین مسائل حقوقی اینترنت، مسئولیت مدنی ناشی از ارتباطات اینترنتی است. هدف در تحقیق پیش رو بررسی مبنای مسئولیت مدنی به معنای خاص آن ((ضمان قهری)) در فضای مجازی ((اینترنت)) در ارتباط با عمده‌ترین فعالان این عرصه یعنی کاربران^۲ و ارائه‌دهندگان خدمات اینترنتی^۳ و چگونگی الزام جبران خسارت از سوی آنها است. منظور از اصطلاح ((بررسی مبانی)) جنبه‌ی استنباطی و انشایی مبانی نیست. به عبارت دیگر این تحقیق بدنبال این نیست که مبانی جدیدی در حوزه‌ی فضای مجازی در ارتباط با مسئولیت مدنی خلق کند، بلکه در پی آن است که با تکیه بر داشته‌های موجود و شناسایی مبانی مشهور کنونی، میزان تطبیق آن را با فضای مجازی مورد بررسی قرار دهد. بنابراین بحث از مبنا به شکل فلسفی آن مدنظر نیست بلکه هدف تعین و تبیین مبنا بعنوان یکی از عناصر تحقق مسئولیت مدنی، در فضای سایبر با توجه به داشته‌های موجود در جهان واقعی است. در کشور ما اصطلاح ((مجازی)) در خصوص ترجمه لفظ (cyber) مشهور گردیده است و فضای مجازی عنوان عامی است که اینترنت صرفاً بخشی از آن است. اگر چه مهمترین بخش را شامل می‌شود لکن در این تحقیق همانگونه که مفهوم مسئولیت مدنی به معنی خاص آن مدنظر است، مقصود از فضای مجازی نیز مفهوم اخص آن یعنی فضای اینترنت مورد بحث است.

انگیزه انتخاب این موضوع به ناطق اهمیت ده چندان مسئولیت مدنی در فضای مجازی است. چون از یک طرف، هدف از امنیت مدنی جبران زیان و به طور خاص بازگرداندن وضع زیان‌دیده به حال سابق خود است، امری که در غالب موارد مطلوب نظر افراد جامعه و زیان‌دیدگان است تا تشفی خاطر ناشی از مسئولیت کیفری، و از طرف دیگر بسیاری از مسائل ارتكابی در حوزه فضای مجازی ماهیتاً نسبت به پیگیری به صورت کیفری را ندارد یا اینکه بعلت توجه به سیاست جرم زدایی و اصل تفهیم متیوه و براءت، تمایلی به پیگیری این افعال ارتكابی نیست. بنابراین صرف توجه به حوزه مسئولیت مدنی در فضای مجازی بهترین و کارآمدترین راه برای تامین امنیت مدنی در این فضا خواهد بود. در بحث مسئولیت مدنی مباحث اصلی مبنای مسئولیت، ارکان مسئولیت و منابع مسئولیت

۱. بطور مثال مرکز مدیریت توسعه ملی اینترنت شمار کاربران اینترنت در ایران را در سال ۹۵ بالغ بر ۳۷ میلیون نفر اعلام کرده است www.matma.ir.

۲. منظور از کاربر ((USER)) اینترنت هر شخصی است که با هر انگیزه‌ای وارد فضای سایبر شده و از خدمات آن بهره‌مند می‌شود در حقیقت کاربر نوعی مصرف‌کننده اینترنت است.

۳. منظور از ارائه‌دهندگان خدمات اینترنتی Internet Service Provider واسطه‌ها و دروازه‌هایی هستند که کاربران از طریق آنها می‌توانند به فضای مجازی و اینترنت راه یابند، ارائه‌دهندگان را می‌توان توزیع‌کنندگان اینترنت هم نامید.

است. شالوده همه مباحث مسئولیت مدنی را تقریباً می‌توان در موضوع مبنای جستجو کرد و مبنای مسئولیت مدنی در همه نظام‌های حقوقی از مسائل پرچالش و مختلف‌النظر است و تفاوت نظر در مبنای بر مباحث پیرامون آن از جمله ارکان و منابع نیز تأثیر گذار خواهد بود. حاضران و فعالان در فضای مجازی که از ایشان در متن کتاب بعنوان ((بازیگر)) یاد شده است، محصور و قابل شمارش اند. در حوزه فضای اینترنت دو دسته بازیگر عمده بعنوان واسطه‌های ارائه خدمات از یک طرف و کاربران یا مصرف کنندگان نهایی از طرف دیگر فعالیت دارند. بحث در چگونگی مسئولیت مدنی هر یک از این گروه است. سخن در این است که اولاً مبنای مسئولیت مدنی هر یک از این بازیگران به چه نحو است. کدام یک از مبانی مشهور و سنتی مسئولیت مدنی در حقوق ما از جمله مبنای خطر و تقصیر در ارتباط با بازیگران این حوزه کارایی و کاربرد بیشتری دارد؟ به عبارت دیگر منظور از مسئولیت مبنای ناشی از ارتباطات اینترنتی یا فضای مجازی آن است که چنانچه در نتیجه فعل هر یک از اشخاص مختلفی که با مقاصد و عناوین متفاوتی با اینترنت سرو کار دارند، به حقوق یا منافع اشخاص دیگر خسارت وارد آید، چه شخص یا اشخاصی و بر چه مبنایی و چگونه باید به جبران خسارت ملزم شوند؟ مثلاً هر گاه کاربری با ورود به فضای اینترنت اقدام به انتشار رنومس کند و از این طریق به اطلاعات یا نرم افزارهای سایر کاربران خسارت وارد کند یا اینکه به خصوص حاضران در فضای مجازی را هتک نماید یا نقض کپی رایت صورت گیرد، یا با ایجاد پیوند غیرمجاز اطلاعاتی به سرقت رود در این صورت جبران خسارت چگونه است؟ آیا باید کاربر مزبور مسئول است؟ یا اینکه ارائه دهنده خدمات اینترنتی که دسترسی او به فضای مجازی فراهم کرده است، مسئول است؟ یا اینکه هر دو مسئولیت دارند؟ ترتیب جبران خسارت چگونه است؟ مبنای مسئولیت ایشان چیست؟ آیا مبانی و قواعد عام و شناخته شده مسئولیت مدنی - که در این تحقیق از آن به مبنای سنتی تعبیر می‌شود - پاسخگوی مسئولیت مبنای در فضای مجازی ((سایبر)) نیز هست؟ و اگر نیست - چه مبنای جدیدی را می‌توان در این زمینه پایه گذاری کرد؟

این نکته قابل اذعان است که تعیین مبنای مسئولیت مدنی دست اندرکاران فضای مجازی به آسانی جهان واقعی نخواهد بود اگر چه در جهان واقعی نیز بحث از مبنای مسئولیت مفروغ عنه نیست و کماکان از مسائل پرچالش است، در فضای مجازی این بحث از این جهت دارای اهمیت و دشواری بیشتری خواهد بود که از یک طرف بازیگران حاضر در فضای مجازی می‌توانند در قالب‌های متفاوت عملکرد داشته باشند مثلاً یک واسطه هم می‌تواند بعنوان تولید کننده محتوا ایفای نقش کنند و هم می‌تواند بعنوان ارائه

دهنده صرف خدمات دسترسی به اینترنت در این فضا حاضر شود یا یک کاربر می‌تواند حضور او در فضای مجازی بعنوان مصرف‌کننده نهایی اطلاعات باشد یا به عنوان مدیر و اداره‌کننده یک سایت در این عرصه ظاهر شود. بنابراین بدون توجه به ماهیت عملکرد هر گروه نمی‌توان مبنای مستقلی برای او قائل بود. کاربران فضای مجازی که عمده بازیگران این حوزه نیز هستند غالباً به صورت ناشناس یا با هویت دورغین در این حوزه اقدام به فعالیت می‌کنند که شناسایی و تبعاً محکومیت ایشان به جبران خسارات زیاندیدگان متعسر و بعضاً غیر ممکن می‌گردد. بنابراین مسئولیت مدنی واسطه‌ها نیز خود از دو جهت مسئولیت بعنوان مباشر و مسئولیت بعنوان مسبب قابل تحلیل خواهد بود که بنظر می‌رسد تفاوت ماهیت عملکرد تبعاً تفاوت مبنا را نیز در پی داشته باشد.

حقیقت این است که ماهیت خاص، شکننده و انعطاف پذیر فضای مجازی اقتضا دارد که در اجرای قواعد و مبانی مسئولیت مدنی در حوزه سنتی تجدید نظر نمود. از جمله مهمترین خصوصیات منجر فضای مجازی که عبارتند از: ناشناخته بودن و گستردگی بی انتها، نیاز حداقلی از تخصص برای ورود به آن، مجازی بودن فضا و عدم امکان کنترل و مدیریت آن، عدم وجود سیستم نظارتی معین و شناخته شده، تفاوت مفاهیمی همچون حریم خصوصی و مالکیت با تعریف رسوم غیر قابل شمارش و شناسایی بودن اعضا یا دشواری شناسایی آنان، قابلیت دسترسی به آن در همه زمان و مکان و حیطه‌های جغرافیایی مشخص مانند تابعیت و اقامتگاه، و ابزارهای بسیاری که منجر به ورود خسارت می‌شود، ضروری می‌نماید که اولاً قلمرو حقوق مسئولیت مدنی در اینترنت به خوبی شناسایی گردد، و ثانیاً مبانی مسئولیت مدنی و شیوه‌های جبران خسارت در ارتباط با فعالان این عرصه تبیین گردد. در این تحقیق ضمن تلاش برای معرفی فضای مجازی و خصوصیات و اقتضائات حاکم بر آن تلاش شده است تا با معرفی بازیگران حاضران در این حوزه و شناسایی منابع و مصادیق افعال زیانبار و موجبات مسئولیت با عنایت به قوانین و مقررات موجود مبنای مسئولیت به شایستگی تبیین و ارائه گردد. امری که تقریباً در حقیقت کشور ما فاقد سابقه یا دارای کمترین سابقه است.

در توضیح انتخاب عنوان ((مسئولیت مدنی در فضای مجازی)) شایسته است بیان گردد که به نظر ما از یک طرف ماهیت فضای مجازی با همه تفاوت و اقتضائات جدید نمی‌تواند ماهیت مناسب‌ها و ارتباطات حقوقی را به کلی دگرگون سازد و برای تبیین نظام حقوقی مسئولیت مدنی از قواعد عام و سنتی این حوزه بی‌نیاز نخواهیم بود از طرف دیگر اجرای مطلق و منفرد مبانی فعلی مسئولیت مدنی که از آن به مبانی سنتی تعبیر کرده ایم، قادر به ایفای کامل تعهد علم حقوق در مورد جبران خسارات حاصله در فضای

مجازی نخواهد بود و لازم است که ضمن احترام و استفاده از این پیشینه عظیم مسئولیت مدنی که حاصل ادغام فقه و نظرات جدید است، مبانی سنتی و مشهور را در ارتباط با مسئولیت مدنی مجازی با عنایت به شناخت هر بازیگر حاضر در این حوزه و کارکرد او تعبیه نمود. که این امر مقدمات مستلزم شناخت دقیق بازیگران و منابع و مصادیق افعال زیانبار و موجد مسئولیت مدنی در این حوزه خواهد بود امری که در بخش اول کتاب به آن پرداخته شده است. پرسش‌هایی که در پی پاسخ به آن هستیم عبارتند از:

۱- با عنایت به مبانی سنتی مسئولیت مدنی، امکان تطبیق و اجرای هر یک از این مبانی در فضای مجازی چگونه است؟

۲- ماهیت مسئولیت مدنی کاربران و ارائه دهندگان خدمات اینترنتی (فعالان این حوزه) نسبت به اعمال منجر به ورود خسارت تا چه حد است و بر چه مبنایی استوار است؟ برای پاسخ به سوالات فوق دو فرضیه در نظر گرفته شده است:

۱- اگر چه معاونت ماموریتی میان فضای مجازی با جهان واقعی منجر به استحاله قواعد و روابط حقوقی در آن حوزه نیست و تحلیل مبنای مسئولیت مدنی در فضای مجازی بر اساس داشته‌های حوزه سنتی معقول به نظر می‌رسد، اما در تطبیق و اجرای مبانی سنتی با این حوزه، باید - به صورت مقتضایات خاص این فضا لحاظ گردد که البته مستلزم شناخت بازیگران حاضر و اقتضایات خاص این حوزه و عملکرد آنان است.

۲- با توجه به ماهیت خاص و شکسته بودن فضای مجازی، نمی‌توان مبنای منفرد و واحدی را برای همه بازیگران حاضر در فضای مجازی قائل شد بلکه با عنایت به کارکرد هر بازیگر باید مبنای خاص و مستقلی از مسئولیت مدنی سنتی برای ایشان در نظر گرفت. البته در احراز عناصر مسئولیت، رابطه سببیت فنی ملاک قرار خواهد گرفت که معنایی موسع‌تر از سببیت عرفی مدنظر دارد و ضرر در فضای مجازی، معنایی مضیق‌تر از ضرر عرفی دارد. علاوه بر اینکه در مورد مسئولیت بازیگران این حوزه مسائلی نظیر آزادی بیان، آزادی اطلاعات، حق پاسخگویی، حریم خصوصی و ... نیز باید لحاظ شود.

برای پاسخگویی به سوالات، و تحقق احتمالی فرضیات، کتاب در دو بخش عمده طراحی شده است که در بخش اول بازیگران حاضر در فضای سایبر معرفی می‌شوند و خصوصیات این فضا و مصادیق اعمال زیانباری که امکان تحقق دارند، معرفی شده و محدودیت‌ها و چالش‌های مسئولیت مدنی در این فضا بیان شده است و در بخش دوم نظام مسئولیت مدنی مناسب با فضای مجازی البته با تأکید بر مبنا و متناسب با عملکرد

۱. منظور از سببیت فنی این است که با عنایت به ماهیت و دانش فنی و تخصصی فضای مجازی بتوان عمل را متناسب به عامل دانست.

هر بازیگر این حوزه ترسیم شده است. مجدداً تأکید می‌شود که این کتاب لزوماً در پی خلق مبنای جدیدی در ارتباط با مسئولیت مدنی در این حوزه نیست و چنین ادعایی نیز از آغاز نشده است و همانگونه که از نام آن برمی آید هدف تطبیق مبانی موجود در جهان واقعی با فضای مجازی است. اما این نکته مسلم گردیده است که در فضای مجازی نباید بدنبال تعیین مبنای منفرد برای مسئولیت مدنی بود و قراردادن یک مبنا بعنوان اصل و افروندن استثنائات بر آن برخلاف اقتضائات این فضا خواهد بود.

تحقیق می‌توان بیان کرد که در حوزه داخلی فعالیتی در حوزه مسئولیت مدنی با رویکرد مبنا در حد کتاب انجام نشده است. البته در زمینه مسائل کیفری در فضای مجازی تقریباً پیشینه ای قوی وجود دارد و قوانین مختلف کیفری به تصویب رسیده از جمله قانون جرائم رایانه ای مصوب ۱۳۸۸ و مقالات و کتب و پایان نامه‌هایی در این زمینه نگاشته شده است. بعلاوه ارتباط مسئله با نظم و امنیت عمومی پیش دستی قانونگذار در تعریف حدود و ثغور این فضا طبعی به نظر می‌رسد چون قانونی بودن جرم یکی از اصول اساسی و تشکیل دهنده مسئولیت کیفری است و بدون تحقق آن اصولاً تعقیب و مجازات مرتکبین ممکن نیست. اما در مورد مسئله خصوصی آن که ارتباط افراد با یکدیگر است و مسئولیت مدنی از مصادیق بارر آن است، سابقه معتنا بهی وجود ندارد و کارهای انجام شده اصولاً معطوف به حوزه قراردادی و جنبه‌های مختلف آن مانند تجارت الکترونیک، مالکیت فکری و ... است. البته در مورد مسئولیت مدنی به طور خاص مسئولیت قهری چند مقاله نزدیک به موضوع نگاشته شده است لکن در آنها اصولاً بحثی از مبنای مسئولیت مدنی نشده یا اینکه در مورد مبنا با فرض مسئولیت مبتنی بر تقصیر، مسئله کاملاً حل شده فرض گردیده و صرفاً به تبیین مصادیق پرداخته شده است.

همچنین در مورد پیشینه ی قانونی در خصوص این حوزه باید گفت، در کشور ما مراجع قانونگذاری در ارتباط با فضای مجازی مختلف اند. علاوه بر مجلس شورای اسلامی که مرجع عام تصویب قانون در حوزه‌های مختلف است، شورای عالی انقلاب فرهنگی نیز خود را در این رابطه صالح به تصویب مقررات می‌داند. در ارتباط با مسئولیت مدنی در فضای مجازی قانونگذاری به معنی خاص ((مصوب مجلس شورای اسلامی)) مقرر ای با این عنوان به چشم نمی‌خورد و اساساً از دیدگاه قانونگذار این حوزه از حقوق خصوصی در فضای مجازی مغفول واقع شده است. چندین آیین نامه در ارتباط با بازیگران این حوزه از جمله آیین نامه نحوه اخذ و ضوابط فنی نقطه تماس بین المللی مصوب ۱۳۸۰، آیین نامه واحدهای ارائه کننده خدمات اطلاع رسانی و اینترنت رسا (ISP) مصوب

۱۳۸۰ و آیین نامه دفاتر خدمات حضوری اینترنت^۱ مصوب ۱۳۸۰ وجود دارند که همگی مصوب شورای عالی انقلاب فرهنگی هستند و اشاره‌هایی در خصوص مسئولیت مدنی بازیگران این حوزه شده است که در متن کتاب به فراخور اشاره گردیده است. پیشینه قانونگذاری مدنی در بخشی از این موضوع ((البته نه به طور خاص)) با تصویب قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ تبلور یافته است. قانون مذکور بعنوان قانون مادر و پیش‌تاز در حوزه فناوری اطلاعات و ارتباطات بعضاً و به ندرت به موضوع مسئولیت مدنی در فضای مجازی توجه کرده که از آن جمله می‌توان به ماده ۷۸ آن قانون اشاره کرد.^۲ با این همه، ماده اخیر از یک سو فقط ناظر به مسئولیت تامین کنندگان خدمات اینترنتی است و سایر اشخاص فعال در بستر مبادلات الکترونیکی را در بر نمی‌گیرد و ثانیاً به مبانی اشاره‌ای ننموده، علی‌الظاهر تنها موردی را شامل می‌شود که خسارات وارد شده به اشخاص، نتیجه سهواً، نکاری آنها، ((مفهوم تقصیر))، باشد بدون اینکه مسئولیت سایر اشخاص و مبانی آن، نیز ماعد و شرایط حاکم بر آن را مشخص سازد. تمامی موارد ذکر شده به نظر ما لزوم تقنین در مبنای مسئولیت مدنی و ایجاد نظام حقوقی شفاف جبران خسارت در مورد دست اندازان حوزه مجازی را که بتواند پاسخگوی نیازهای واقعی و در عین حال مناسب اقتضائات این فضا باشد، را ضروری می‌نماید و مأموریت این کتاب بررسی مسئولیت مدنی قهری با محوریت حقوق الذکر در فضای مجازی است. امید که حاصل تلاش مورد قبول صاحب نظران طرار گیرد.

قدردانی از جناب آقای دکتر سید عباس حسینی، مدیر محترم انتشارات مجد و همکاران ایشان به جهت عرضه این کتاب به جامعه بزرگ حقوقدان کشور فرض بر مولف است.

رسول مالک‌نوی. مهرماه ۹۵

Rasoolmalakou@yahoo.com

۱. Coffeenet.

۲. ماده ۷۸ مقرر می‌دارد: ((هر گاه در بستر مبادلات الکترونیکی در اثر نقص یا ضعف سیستم موسسات خصوصی و دولتی، به جز در نتیجه قطع فیزیکی ارتباط الکترونیکی، خسارتی به اشخاص وارد شود، موسسات مزبور مسئول جبران خسارت وارده می‌باشند مگر اینکه خسارت وارده ناشی از فعل شخصی افراد باشد که در این صورت جبران خسارت بر عهده این اشخاص خواهد بود.))