

رسالة المبرورين
إلى المرحوم

فصلنامه حقوق فناوری اطلاعات

فصلنامه
حقوق و فناوری اطلاعات
سال اول، شماره اول
نخستین و تنها فصلنامه
حقوق و فناوری اطلاعات
(پاییز ۱۳۹۸)

کانون سردفتران و دفتریاران
مهندس سید فریدالدین محمدی
دکتر طاهر حبیب‌زاده
رضا تاجگر
رضا تاجگر

دفتر نشریات کانون سردفتران و دفتریاران
تهران، خیابان استاد مطهری، روبه‌روی خیابان سنایی،
شماره ۲۷۳، کانون سردفتران و دفتریاران

۰۲۱-۸۸۲۷۸۸۱

۱۵۸۶۷۱۷۳۱۱

۱۴۳۳۵-۴۱۹

www.notary.ir

http://law.it.notary.ir

law.it.notary@gmail.com

@law_it_notary

معلی

جاده خاوران، سه‌راه سیمان،

مجتمع عقیق رضا، شماره ۴۱

کدپستی: ۱۷۸۹۹۱۱۹۸۱

۷۷۵۰۲۲۹۷

صاحب امتیاز

مدیر مسؤول

سر دبیر

مشاور مدیر مسؤول

ویراستار حقوقی

حروفچینی و صفحه‌آرایی

نشانی دفتر فصلنامه

تلفن و دورنگار

کدپستی

صندوق پستی

پایگاه اینترنتی کانون سردفتران و دفتریاران

سامانه فصلنامه

نشانی الکترونیکی فصلنامه

نشانی فصلنامه در تلگرام

چاپ

نشانی چاپخانه

تلفن چاپخانه

فصلنامه «حقوق و فناوری اطلاعات» دارای پروانه انتشار به شماره ۸۰۲۹۶ به
تاریخ ۱۳۹۷/۰۴/۲۵ از وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی است.



ISSN: 2676-2978

بها: ۲۰۰,۰۰۰ ریال

شورای داوری مقالات
(به ترتیب حروف الفبا)

- دکتر مصطفی السان؛ استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
- رضا تاجگر؛ مدرس دانشگاه و پژوهشگر مسایل حقوقی.
- دکتر طاهر حبیب‌زاده؛ استادیار و عضو هیأت علمی دانشکده معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق (ع).
- دکتر فرهاد حنیفی؛ استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی.
- دکتر علی اصغر محکی؛ استادیار پژوهشگاه علوم و فناوری اطلاعات ایران.
- مهندس سید فریدالدین محمدی؛ سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۷۲۷ تهران.

کتابخانه تخصصی
(به ترتیب حروف الفبا)

- دکتر علی آریایی‌پور
- دکتر مصطفی السان
- دکتر رامین پور سعید
- رضا تاجگر
- دکتر طاهر حبیب‌زاده
- سیامک قاجار قیونلو
- دکتر علی اصغر محکی
- مهندس سید فریدالدین محمدی

مشاوران علمی
(به ترتیب حروف الفبا)

- مجید ادیب
- مهندس رضا باقری اصل
- مهندس نصرالله جهانگرد
- دکتر ستار زرکلام
- دکتر پرویز ساورائی
- دکتر امیر مزینی

نویسندگان این شماره

(به ترتیب حروف الفبا)

- نسترن ارزانیان
- سالار پورنقی
- رضا تاجگر
- مهندس نصرالله جهانگرد
- دکتر طاهر حبیبزاده
- سجاد خلیلی نژاد
- محمدرضا دشتی اردکانی
- دکتر علی رفیعی مقدم
- دکتر رضا شکری
- محمدرضا علی پور
- دکتر سید محمدمهدی غمامی
- مهندس سید فریدالدین محمدی
- مهدی نصیری
- سید امیر هاشمی

یادآور می شود

اصالت پروانه انتشار فصلنامه «حقوق و فناوری اطلاعات»
و درستی اطلاعات مندرج در آن، با مراجعه به www.e-rasaneh.ir
یا ارسال شماره ثبت ۸۰۲۹۶ به سامانه پیامکی ۵۰۰۰۲۰۲۰۲ قابل راستی آزمایی است.

نشانه‌های اختصاری

ج. ← جلد	همان ← به همان منبع قبلی رجوع کنید	(ع) ← علیه السلام
ش. ← شماره	ه.ش. ← هجری شمسی	(س) ← سلام... علیها
چ. ← چاپ	ه.ق. ← هجری قمری	(رض) ← رضوان... تعالی علیه
ص. ← صفحه	م. ← میلادی	بی.تا. ← تاریخ نشر مشخص نیست
صص. ← صفحات	(ص) ← صلی... علیه وآله وسلم	بی.نا. ← ناشر مشخص نیست
ر.ک. ← رجوع کنید به	(ه) ← رحمه... علیه	بی.جا. ← محل نشر مشخص نیست

ق.ک. ← قانون کار	ق.ا. ← قانون اساسی
ق.م. ← قانون مدنی	ر.ر. ← روزنامه رسمی
ق.ت. ← قانون تجارت	ق.چ. ← قانون صدور چک
ق.ت.ا. ← قانون تجارت الکترونیکی	ق.ا.ح. ← قانون امور حسبی
ق.ث.ا. ← قانون ثبت احوال	ق.ث.ش. ← قانون ثبت شرکت‌ها
ق.م.ا. ← قانون مجازات اسلامی	ق.م.ع. ← قانون مجازات عمومی
ق.ح.خ. ← قانون حمایت خانواده	ق.ث. ← قانون ثبت اسناد و املاک
م.ب.ث. ← مجموعه بخش نامه‌های ثبتی	ق.ح.ح. ← قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان
کانون ← کانون سردفتران و دفتریاران	ق.ج.ر. ← قانون جرایم رایانه‌ای
مجلس ← مجلس شورای اسلامی	دفاتر ← دفاتر اسناد رسمی
وزارت ارشاد ← وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی	وزارت کار ← وزارت کار و امور اجتماعی
فا ← فناوری اطلاعات ← آی.تی. ← IT	سازمان ثبت ← سازمان ثبت اسناد و املاک کشور
فاوا ← فناوری اطلاعات و ارتباطات ← ICT	

وزارت ارتباطات ← وزارت فاوا ← وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات
 ق.د.ا.ر.ک ← قانون دفاتر، قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران (مصوب ۲۵/ تیر ماه/ ۱۳۵۴)
 اداره کل امور اسناد ← اداره کل امور اسناد و سردفتران سازمان ثبت اسناد و املاک کشور
 ق.ا.د.م. ← قانون آیین دادرسی مدنی، قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی
 ق.ا.د.ک. ← قانون آیین دادرسی کیفری، قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری
 قانون ثبت اختراعات ← قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علایم تجاری مصوب سال ۱۳۸۶
 قانون برنامه سوم (چهارم یا پنجم) توسعه اقتصادی ← قانون برنامه سوم (چهارم یا پنجم) توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کشور
 ق.ا.د.ا.ب. ← قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مصوب سال ۱۳۸۸

فهرست مطالب

- ۱۳ ورودیه
- ۱۷ سخن آغازین؛
- ۱۹ یادداشت مدیر مسؤول
- ۲۱ نقطه الف
- ۲۹ سخن سردبیر
- ۳۲ حریم خصوصی ارتباطات در فضای الکترونیکی از منظر حقوق کیفری ایران و انگلستان
دکتر شکری، رضا
- ۶۶ تحلیل نام دامنه اینترنتی در گستره حقوق مالکیت فکری؛ معرفی تئوری مرکب باتکیه بر مفهوم تناظر
دکتر حبیب زاده، طاهر
- ۱۰۴ مسؤولیت مدنی دولت در قبال فیلترینگ (پالایش) فضای مجازی
پورنقی، سالار و نصیری، مهدی و خلیلی نژاد، سجاد

ایجاب از طریق واسطه‌های الکترونیکی در حقوق ایران و انگلستان	۱۴۶
هاشمی، سید امیر و دکتر رفیعی مقدم، علی	
بررسی تطبیقی نهاد بیلمنت در نظام کامن‌لا با تأکید بر احکام تصرف در اموال مجازی	۱۷۲
ارزانیان، نسترن	
نقش شبکه‌های اجتماعی در تضییع حقوق کودکان	۲۱۰
دکتر غمامی، سید محمد مهدی و علی پور، محمد رضا	
چکیده انگلیسی مقالات	۲۶۹



توضیح ورودیه: مهندس نصرالله جهانگرد (زاده‌ی بهمن ماه ۱۳۳۶؛ تهران)، دانش‌آموخته رشته مهندسی کامپیوتر از دانشگاه شهید بهشتی است که در رشته مدیریت صنعتی نیز از دانشگاه صنعتی امیر کبیر در مقطع کارشناسی ارشد، فارغ‌التحصیل شده است.

تا کنون، در مسؤولیت‌هایی مهم هم‌چون معاون وزیر ارتباطات و فناوری اطلاعات؛ رییس سازمان فناوری اطلاعات ایران؛ دبیر شورای عالی فناوری اطلاعات؛ مشاور و نماینده ویژه رییس جمهور در فناوری اطلاعات و ارتباطات؛ مسؤول تدوین برنامه توسعه‌ی کاربری فناوری اطلاعات و ارتباطات ایران (تکفا)؛ مدیر هماهنگی ملی ایران در برنامه‌ی اجلاس جهانی سران جامعه‌ی اطلاعاتی؛ عضو کمیته‌ی ملی فناوری اطلاعات یونسکو؛ سرپرست و معاون برنامه‌ریزی و توسعه وزارت پست و تلگراف و تلفن؛ عضو شورای برنامه‌ریزی برنامه‌ی چهارم توسعه کشور؛ عضو کمیته‌ی فرابخشی علوم و فناوری اطلاعات

در تدوین برنامه‌ی سوم توسعه و رییس کارگروه ارتباطات و خدمات ماهواره‌ای شورای عالی فضایی، ایران زمین از خدمات علمی و توان اجرایی و مدیریتی ایشان، بهره‌وافی برده است؛ از آنجاکه بحث از مسایل حوزه‌ی فناوری اطلاعات و ارتباطات، نام مهندس نصرالله جهانگرد را به ذهن متبادر می‌نماید، فصلنامه "حقوق و فناوری اطلاعات" شایسته دید به پاس قدردانی از تلاش‌های چشمگیر و متعهدانه‌ی ایشان که در حال حاضر، به‌عنوان معاون وزیر در سمت معاونت فناوری و نوآوری وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات، فعالیت دارند، دعوت خاص نماید تا پیش از ورود به مباحث زمینه‌ی موضوعی نشریه، مقدمه‌ای برای نخستین شماره‌ی فصلنامه نگارش نمایند؛ که زیر عنوان "ورودیه" می‌خوانیم.

از اوایل دهه ۸۰ میلادی مصادف با اوایل دهه ۶۰ خورشیدی، مباحث فناوری اطلاعات در جهان کم‌کم رنگ و بو و سطح توجه زیادی را به خود جلب نمود. به تدریج نقش و اثر کاربرد IT در چرخه‌های اقتصادی-اجتماعی گسترش می‌یافت و همراه خود مباحث و چالش‌های مهمی را به صحنه گفتگوهای علمی-کارشناسی وارد می‌کرد. بررسی اثربخشی بهره‌وری به کارگیری IT، موضوع مهم اقتصاد کلان و خرد گردید و همراه آن نکات حقوقی متعددی مطرح می‌شد.

در آغاز توجه به کپی‌رایت در فناوری مورد توجه قرار گرفت و کم‌کم به موازات توسعه کاربرد IT در سایر حوزه‌ها، جنبه‌های دیگر حقوقی و امنیتی جلوه‌گر گردید و مثل همه حوزه‌های دیگر، پس از شکل‌گیری چرخه اقتصادی-اجتماعی دیجیتالی، موضوعات حقوقی نیز رخ نمود و مفاهیم حقوق دیجیتالی، حقوق IT، حقوق سایبر و... موضوعیت یافت.

از آغاز قرن ۲۱ با توجه عمیق کشورهای جهان، سازمان ملل متحد و تشکیل فرآیند تدوین راهبردهای توسعه و کاربرد IT در سطح کشورهای جهان و در قالب مذاکرات سران درباره جامعه اطلاعاتی^۱ WSIS که به ابتکار مجمع عمومی سازمان ملل (در سال ۱۹۹۹) و پیگیری دبیر کل وقت از سال ۲۰۰۰ تا ۲۰۰۵ با محوریت اتحادیه جهانی ارتباطات (ITU) برگزار گردید؛ در دو مقطع ۲۰۰۳ ژنو و ۲۰۰۵ تونس، ۲ سند راهبردی و چارچوب‌گذاری توسعه و کاربرد IT در تمام قلمروهای اجتماعی، اقتصادی و امنیتی، تدوین و مورد توافق قرار گرفت.

پس از این مرحله در عموم اسناد جهانی همه سازمان‌های بین‌المللی، فناوری اطلاعات دارای تکالیف متعدد بوده و موجب رشد و توسعه توانمندی‌های بیشتر،

1 - World Summit on the Information Society

بهبود شرایط زندگی، افزایش بهره‌وری نهاده‌ها به‌طور کلی و شکل‌گیری دوران و عصر اطلاعات را تبیین کرده است.

عصر اطلاعات، عصر دیجیتال، عصر فضای مجازی، اقتصاد دیجیتال و صدها عبارت و عنوان مشابه، معرف تحقق توسعه چرخه‌های متنوع زندگی بشری بر پایه کاربرد IT و ICT می‌باشد.

برای تمشیت و تدبیر امور این فرآیندها، جنبه‌های مختلف مقررات‌گذاری، قانونمندی و حقوق جدید مطرح گردیده که امروز به‌طور یقین می‌توانیم از حقوق سایبری و حقوق دیجیتالی سخن بگوییم و شناخت ابعاد بسیار رشدیابنده آن‌ها نیاز به انجام فعالیت‌های وسیع پژوهش و تدوین دارد.

نکات حقوقی مورد نیاز بسیار زیاد هستند و احصای آن‌ها، خود، امروز یک کار مهمی است و ان شاءالله با مشارکت مراکز علمی، دانشگاهی و قضایی، شاهد شکفتن ایده‌ها و راهکارهای بزرگی خواهیم بود.

محورهای متعددی از حقوق و فناوری اطلاعات در فراخوان دعوت فصلنامه از نویسندگان و نخبگان ذکر گردیده و می‌توان نکات دیگری هم به آن افزود؛ به‌ویژه مباحث مهم مربوط به دفاتر اسناد رسمی الکترونیکی و سردفتری الکترونیکی (Notary-e) که سال‌های اخیر در کشورهای توسعه‌یافته به منصفه ظهور و اجرا رسیده است و ما نیز لایه‌های مقدماتی آن را در کشور در حال تجربه هستیم.

مباحث حقوق خصوصی و عمومی فاوا باید به‌دقت مورد بررسی و تکمیل قرار گیرد تا به‌موقع بتوان روابط اشخاص را در جامعه مجازی پیش‌رو تنظیم و کنترل نموده و از خلق ثروت‌های جدید در سطح ملی و بین‌المللی نیز حمایت نمود.

سابقه قانون‌گذاری در کشور در این قلمرو، از دهه هفتاد خورشیدی شتاب بیشتری گرفته است و به غیر از مواردی که مستقیماً در قلمرو فاوا تعریف شده‌اند، در عموم دیگر برنامه‌ها و قوانین دو دهه اخیر کشور هم مثل برنامه‌های توسعه پنج‌ساله، قوانین مالی-معاملاتی-تجارت-جرایم و یا انواع حمایت‌های قانونی، موارد متعددی مربوط به کاربرد IT می‌باشد که

لازم است به طور کامل تجدید بررسی شده و در صورت لزوم، تکمیل و تجمیع و به صورت بسته‌های قانونی جامع در هر محور ارائه گردند.

تلاش جهانی کشورها در تدوین مقررات و قوانین چه در رویکرد نظام کامن‌لا^۱ و چه در نظام ژرمنی و فرانسوی، دائماً در حال گسترش است و تمام آن‌ها می‌تواند به عنوان درس‌های موفق و یا ناموفق برای ما کاربرد داشته باشد و لذا دامنه تحقیق و تتبع برای پژوهشگران حقوقی و فنی بسیار گسترده شده است.

شکل‌گیری اقتصاد دیجیتال که عمده‌تأمتکی بر تولید ارزش افزوده نامشهود در فضای سایبری است، به میزانی رشد کرده است که امروز، از ۱۰ بنگاه بزرگ اقتصادی جهان، حداقل ۶ مورد به طور مستقیم مربوط به صنعت IT است و آن تعداد بقیه نیز متأثر از به کارگیری IT در افزایش توان کارکردی و مالی خود می‌باشند. این امر افق محتوم سیر توسعه و رشد همه ملل و کشورها می‌باشد. تمهید و تدبیر سریع‌تر زمینه‌های فنی - حقوقی - راهبردی می‌تواند فرصت بهره‌مندی از مزایا را در برابر ریسک‌های محتمل آن تقویت نماید. در کشور ما ایران نیز مطالعات مربوط به کاربرد فواید برنامه‌های اقتصادی - اجتماعی به موازات فعالیت‌های جهانی، از حدود سال ۱۳۶۳ در پژوهشگاه ارتباطات و فناوری اطلاعات ایران (مرکز تحقیقات مخابرات) شروع گردید و هم‌زمان کاربرد IT نیز از طرق مختلف در مراکز دانشگاهی، مخابراتی و بانک‌ها توسعه یافت. مطالعات یادشده که متأثر از مطالعات مشابه در سطح اروپا و امریکا بود، در چند مرحله وارد چرخه تصمیم‌گیری ملی گردید. اولین آن، در سطح آموزش و پرورش که منجر به شروع تدوین کتاب درسی آموزش کامپیوتر در کلاس سوم نظری از حدود سال ۱۳۶۶ گردید و هم‌زمان در آموزش عالی کشور، از سال ۱۳۶۸ با فعالیت سازمان پژوهش‌های علمی و صنعتی، ایده‌ی برپایی شبکه علمی اطلاعات برپا شد و شورای عالی IT آموزش عالی، برنامه و ساختار آموزش IT را در کشور تجدید بررسی و تدوین برنامه نمود. سازمان فیزیک نظری نیز با پیوستن و استفاده از ظرفیت شبکه علمی اینترنتی اروپا شروع به ارائه خدمات اینترنت به مراکز دانشگاهی کشور نمود.

1 - Common Law

شورای عالی انقلاب فرهنگی نیز از سال ۱۳۷۵ شروع به بررسی مسایل کاربرد IT در کشور نمود که در سال ۱۳۷۶ منجر به تصویب تأسیس شورای عالی فناوری اطلاعات کشور گردید. با شروع به کار دبیرخانه این شورا و تکمیل مطالعات، نتیجه نهایی مطالعات مذکور در دولت‌های هفتم و هشتم جمهوری اسلامی ایران جناب آقای سید محمد خاتمی به صورت برنامه جامع توسعه و به کارگیری فناوری اطلاعات در ایران موسوم به تکفاب تصویب رسیده و اجرا شد.

سپس دامنه این فعالیت‌ها به فضای تدوین برنامه توسعه کشور رسید و زیر عنوان برنامه توسعه اقتصاد دانش بنیان به صورت موارد متعدد در قالب برنامه ۲۰ ساله و برنامه سوم توسعه اقتصادی - اجتماعی کشور ظهور یافت که پس از آن نیز به صورت‌های متکثر و گسترده‌تر در برنامه‌های پنجم و ششم ادامه یافت و در گام آخر با اهتمام مقام معظم رهبری، شورای عالی فضای مجازی نیز به عنوان یک تصمیم عالی نظام برای تمشیت امور مختلف فضای مجازی کشور تشکیل گردید که به تدریج شاهد اثربخشی تصمیمات منسجم ملی در نحوه به کارگیری فاوا در عرصه‌های مختلف کشور هستیم، از جمله: در شرایط کنونی، شاهد رشد سریع اقتصاد دیجیتال در کشور هستیم و از این رو، بخش حقوقی و مقررات گذاری تنظیم و کنترل روابط اشخاص، نسبت به این شتاب توسعه، عقب‌تر است و ضرورت شتاب بخشی و سرعت عمل برای مطالعه، بررسی و تدوین جنبه‌های مختلف حقوقی عصر اقتصاد اجتماعی دیجیتال، بیش از پیش، محسوس است.

با مرور سریع تاریخچه سه دهه اخیر تحولات IT در کشور، خواستیم که ضمن ارائه اختصاری از سوابق فعالیت‌ها، شدت و حدت نیاز به مباحث حقوق فاوا را تأکید کرده باشیم و نقش و اهمیت نشریه‌ی باارزش حقوق فاوا در این قلمرو به طور دقیق بیان شود. خوشبختانه فصلنامه وزین "حقوق و فناوری اطلاعات" با تکیه بر سابقه خوب فعالیت در مسایل حقوقی مشابه، به طور ویژه در این قلمرو وارد شده و می‌تواند محفل علمی - فنی - ادبی مهمی برای تلاقی آراء و افکار و طرح‌های بالنده حقوقی در سطح ملی باشد و یک تربیون اختصاصی و باارزش برای مباحث حقوقی فاوا خواهد بود.

ان شاء الله

سخن آغازین

- بنا بر عادت معمول رسانه‌های چاپی، به یمن انتشار نخستین شماره از فصل‌نامه "حقوق و فناوری اطلاعات"، نکته‌هایی چند یادآوری می‌شود.
۱. از دیرباز بشر با دوگانه‌ی حق و تکلیف، روبه‌رو بوده است.
 ۲. علم‌آموزی آدمی، تمامی ندارد. هر جا که برگ‌نوشته یا سنگ‌نوشته‌ای می‌بیند، شاید بنا بر غریزه‌ی زیاده‌طلبی‌اش، علم‌افروزی را بهانه کرده، تحقیق می‌کند تا بر دانش خویش بیفزاید.
 ۳. بشر امروز، هر چه قدر که ادعای دانش‌افروزی دارد، جنگ‌افروز نیز است.
 ۴. هنوز، کتابخانه‌های بسیاری با اولین شلیک گلوله‌های نوین جنگی، می‌سوزند و در کمتر از ثانیه، دستاوردهای علمی، نابود می‌شود.
 ۵. هنوز، بشر، در فهم کاربرد علم درمانده است؛ این که دانش، برای تسهیل امور زندگی است یا تحریم.
 ۶. امروزه، داده و اطلاع، گران‌ترین کالای روز جهان است. و اطلاع‌فروشی، پردرآمدترین تجارت؛ بازار فناوری اطلاعات، داغ است و فضای مجازی، شلوغ‌ترین و پرفروش‌ترین و پردرآمدترین جای دنیای واقعی آدم‌ها است.
 ۷. دیروز، تا خریدار، فروشنده یا کالا را به چشم خویش نمی‌دید، حاضر نبود معامله نماید؛ اگر چه مجبور باشد تغییر ذائقه دهد و از خیر تأمین کالای مورد نیاز و ضروری روزانه‌اش بگذرد. احراز هویت فروشنده برای خریدار، از اهمیت شایانی برخوردار بود؛ هنوز هم!

۸. دیروز، امضای اشخاص پای قراردادهای عادی به تاریخ پیوست؛ امروز، هویت افراد با امضای الکترونیکی، بازشناسی و تعریف می‌شود.
۹. امضای الکترونیکی، در انجام معاملات، بشرابی نیاز از حضور فیزیکی افراد نموده است.
۱۰. قراردادهای الکترونیکی فقط قطره‌ای از دریای عظیم فعالیت‌ها و کار کرد امروزین بشر در فضای سایبر است که نیازمند تعیین حدود و ثغور مرزهای حقوقی طرفین است. فروشگاه‌های اینترنتی کوچک و بزرگ، شاید کمترین اما مؤثرترین نقش را در توسعه‌ی تجارت الکترونیکی کشور دارند.
۱۱. دفاتر اسناد رسمی الکترونیکی، بر تنظیم و ثبت اسناد رسمی با شیوه‌ی دیروز، سایه انداخته و دیری نخواهد گذشت که تمامی فرایندهای خروجی یک سند رسمی از مرحله تنظیم تا ثبت و صدور، الکترونیکی شود.

اما، ماهنوز در ابتدای راه قدم نهاده‌ایم و غیر از قانون تجارت الکترونیکی و یکی دوسه قانون دیگر، مقررات جدیدی نداریم تا نیاز روز جامعه‌ی ایرانی را برطرف نماید. گرچه در دانش نوین حقوق نیز وام‌گیرنده از دیگر نظام‌های حقوقی هستیم هم‌چنان که حقوق سنتی ما هم برگرفته از فقه است؛ اکنون، وقت آن رسیده است که از اندیشه‌های پویای فقه کمک گرفته و قوانین و مقررات و حقوق کشور را که از دایره حق و تکلیف سخن می‌گوید، با نظام حقوقی نوین سازگار نماییم.

امروز، عدالت الکترونیکی، مهم‌ترین بحث روز جامعه حقوقی دنیای مجازی و واقعی است. هر چند دیر شروع کرده‌ایم! امید که به توفیق الهی، برای رسیدن به سر منزل مقصود، گام‌های مهمی برداریم.

محمد رضا دشتی اردکانی

رییس کانون سردفتران و دفتریاران

یادداشت مدیرمسئول

در عصر فوران اطلاعات و ارتباطات، توسعه‌ی شگفت‌انگیز و پرسرعت دنیای مجازی و فناوری که دائماً در حال تغییر و تحول و رو به توسعه است، بدیهی است که تشکیلات انفرادی اشخاص حقیقی و نیز مؤسسات حقوقی، برای مصون‌سازی، به‌روزماندن و اجتناب از عقب‌افتادگی و حفظ جایگاه و شأن خویش، باید که زمینه‌های لازم را مهیا نمایند. این تکلیف را به‌نحوی می‌توان از مفاد بند یک ماده ۶۶ قانون دفاتر اسناد رسمی مبنی بر فراهم کردن موجبات علمی و عملی سردفتران و دفتریاران، برای کانون، بهره‌گرفت و در راستای تحقق آن، اجرایی نمود.

توضیح این‌که؛ با ورود سامانه ثبت الکترونیکی اسناد موسوم به ثبت‌آنی، به حوزه‌ی فعالیت دفاتر اسناد رسمی، اصول، تکنیک و فناوری اطلاعات، با خدمات دفاتر اسناد رسمی، گره اساسی خورد و با آغاز به‌کارگیری فناوری اطلاعات در دفاتر اسناد رسمی، به‌صورت رسمی، از مهر ماه ۱۳۹۲، شاخص توسعه‌ی فناوری اطلاعات در این دفاتر، متجلی شد و به‌یقین، بهبود عملکرد دفاتر اسناد رسمی، برون داد تکمیل این فرایند خواهد بود که هم‌چنان ادامه دارد.

کانون سردفتران و دفتریاران و به‌ویژه ماهنامه “کانون”، بعد از تصویب قانون تجارت الکترونیک، از سال ۱۳۸۲، با توجه به همین نگاه، در راستای سیاست توسعه‌ی فعالیت‌ها و افزایش صلاحیت‌های دفاتر اسناد رسمی، اقدام‌های اساسی و تلاش‌های گسترده‌ای نموده است؛ از جمله برای حفظ جایگاه خود به‌عنوان

متولی امر صدور گواهی الکترونیکی و خصوصاً گواهی امضای الکترونیکی، از سال ۱۳۸۹ به صورت جدی وارد مرحله عمل شد و با آینده‌نگری به موقع، در جهت بسط فعالیت‌ها، افزایش صلاحیت‌ها و حفظ موقعیت حقوقی و ساختاری خویش در بدنه‌ی اداری و سازمانی کشور، گامی مهم و اقدامی زیرساختی برای تأسیس مرکز صدور گواهی الکترونیکی میانی عام، برداشت و برای تکمیل این حلقه‌ی ارتباطی و دانش‌بنیان، از جهت علمی و پژوهشی نیز اقدام به اخذ پروانه‌ی انتشار فصل‌نامه «حقوق و فناوری اطلاعات» نمود.

اکنون، برای رسیدن به نقطه‌ی هدف، دست‌یاری و همراهی همکاران، علاقمندان و دلسوزان را برای پیوستن به فصل‌نامه، به گرمی می‌فشاریم.

فصلنامه «حقوق و فناوری اطلاعات»، شناسنامه علمی کانون سردفتران و دفتریاران است

اساساً هنوز بین این مهم که علم، تولیدشده است یا قابل کشف! اختلاف نظر است. اما به نظر می‌رسد که علوم، اکتشافی اند. زیر نقطه‌ی مقابل علم، جهل است. و راهکار فرار از جهل، کسب دانایی و دانش است. در هر شاخه‌ای از دانش، تلاش می‌شود تا مجهولی، معلوم و پرسشی، پاسخ داده شود. و بنا به این که موضوع پرسش چیست و ساختار مجهول بر چه موضوعی استوار است، علوم متفاوت و گوناگون، قابل طرح و بررسی است. و بر اساس همین ریز موضوعات، رشته و شاخه و گرایش‌های علمی مختلف، پدیدار شده است. و امروزه، سخن از مطالعات میان رشته‌ای است که لازمه‌ی انجام برخی از پژوهش‌ها، تدقیق در این حوزه است. زیرا گاهی، حل یک مسأله‌ی ناشناخته، از ظرفیت و دانش یک رشته یا شاخه‌ی تخصصی، خارج است.

مطالعات میان رشته‌ای (Interdisciplinary) بار و یک‌د چندوجهی، تخصصی تر به حوزه‌های نوین علوم می‌پردازد و ضرورتاً تأیید از یک زمینه‌ی موضوعی را مورد مطالعه قرار می‌دهد. به عنوان مثال، بشر امروز، از مطالعه‌ی مستقل شیمی و زیست‌شناسی، به مطالعات میان رشته‌ای بیوشیمی رسیده است؛ هم‌چنان که در حال حاضر، حقوق IT، یک رشته‌ی خاص و مستقل اما میان رشته‌ای است. یعنی این گرایش از دانش، نه حقوقدان صرف و نه مهندس IT، هیچ کدام را نمی‌پروراند ولیکن تلاش بر این است تا برای پرسش‌های بینابینی و دوگانه‌ی این دو رشته از علوم، در همه‌ی ابعاد حقوقی و فناوری اطلاعات، پاسخی معلوم و روشن تبیین نماید. فلسفه‌ی انتشار فصلنامه «حقوق و فناوری اطلاعات»، بر همین استدلال پایه گذاری شده است.

۱. مطالعات میان رشته‌ای، پیشینه‌ی کاربردی دارد؛ مثلاً بنای مسجد امام در اصفهان، حاصل مطالعات میان رشته‌ای علوم ریاضی، فیزیک و صنعت ساختمان است.

۲. شوربختانه، نظام آموزشی ما بر اساس تعلیم و یادگیری علوم میان رشته‌ای بنا نشده است و به همین دلیل، ضعف عملکردی مراکز علمی و دانشگاهی در رابطه با کاربرد مطالعات میان رشته‌ای در جامعه، ساختاری و بنیادین بوده و بیش تر از سایر علوم کاربردی، نمایان است.

۳. زمان را از دست داده‌ایم؛ سنگ بنای ایجاد رشته‌های میان رشته‌ای، بایستی به عنوان ضرورت روز و نیاز جامعه‌ی فردا، در آموزش و پرورش نشان گذاری شود. گسترش رشته‌های میان رشته‌ای باید در اولویت‌های آموزش عالی امروز ایران منظور شود.

۴. فاصله‌ی علمی آشکاری قابل ملاحظه است از زمان اختراع تلفن‌های هندلی ثابت تا تلفن‌های بی سیم امروزی؛ و از کامپیوتری که بزرگی آن، یک اتاق را فرامی گرفت تا ریز کامپیوترها و ریز پردازنده‌هایی که در عصر ارتباطات، حتا کوچک تر از یک دانه نمک است. این در حالی است که؛ خبر افزایش رشته‌محل‌های دوره‌ی دکترای، از ۴۰۰ به ۲۴۰۰ رشته محل، به عنوان بزرگ‌ترین اقدام فرهنگی آموزش عالی کشور، برجسته‌سازی می شود ولیکن گاهی نمی دانیم در کشف علم جدید، کجای دانش روز دنیا ایستاده‌ایم؟ مثلاً دانش کامپیوتر، تادیروز، به عنوان یکی از علوم روز دنیا مطرح بود (و هنوز هم اهمیت شایانی دارد) اما امروز، رایانه، یکی از ابزار فناوری اطلاعات محسوب است و دانش فناوری اطلاعات، از علم رایانه بسیار وسیع تر و پیچیده تر، در حال به روز شدن است. ما کجا ایستاده‌ایم که دانش آموخته‌ی این رشته‌ها، بر این گمان است که بازار کار در خارج از کشور است. کجا ایستاده‌ایم؟ حال آن که؛ مهندسی مکاترونیک به عنوان دانشی چندرشته‌ای که تلفیقی از مهندسی مکانیک، الکترونیک، کامپیوتر و کنترل است، باب جدیدی در دانش روز دنیا باز نموده است. و در این میان، جایگاه حقوق، کجا است؟ مگر نه این که؛ تمام روابط اجتماعی که آثار حقوقی از آن ایجاد می شود، موضوع علم حقوق است. و شاید حلقه‌ی واسط دانشجوی حقوق و جوایای فناوری اطلاعات، منطبق ریاضی باشد که در هر دو رشته،

به نوعی درس مشترک محسوب است؛ هر چند که در حال حاضر، تدریس نشود. رشته فناوری اطلاعات، خود، ماهیتی میان رشته‌ای دارد. ورشته‌ی حقوق هم که در آن تلفیق شود، مباحث نوین و مسایل جدیدی را واکاوی می‌نماید.

۵. از طرفی، فقط ایجاد رشته‌های بین رشته‌ای در واحدهای دانشگاهی، کافی نیست. خروجی علمی برخی تشکیلات دانشگاهی و تخصصی، هم‌چون دانشکده علوم و فناوری‌های بین رشته‌ای، از اهمیت بسیار بالایی برخوردار است. در این میان، نبود منابع آموزشی مناسب، مانع رشد است.

۶. انگار همین دیروز بود که وزارت پست و تلگراف و تلفن، به وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات تغییر نام داد. و این مهم، فقط یک تغییر نام ساده نبود.

۷. فناوری اطلاعات، علم مطالعه، طراحی، توسعه، پیاده‌سازی، پشتیبانی یا مدیریت سیستم‌های اطلاعاتی مبتنی بر رایانه، خصوصاً برنامه‌های نرم‌افزاری و سخت‌افزاری است. فناوری اطلاعات از چهار عنصر اساسی انسان، سازوکار، ابزار و ساختار، تشکیل شده است. و مراد از سازوکار فناوری اطلاعات، قوانین، مقررات و روش‌ها، سازوکارهای بهبود و رشد، سازوکارهای ارزش‌گذاری و مالی است. فناوری اطلاعات با برخی علوم دیگر هم‌چون علوم کتاب‌داری و اطلاع‌رسانی، علم اطلاعات و دانش‌شناسی گرایش بازیابی اطلاعات، مدیریت اطلاعات، پیاده‌سازی شبکه‌های رایانه‌ای، مهندسی رایانه، طراحی سیستم‌های پایگاه داده، مدیریت سیستم‌های اطلاعاتی، سیستم‌های اطلاعاتی مدیریت، مدیریت سیستم‌ها، امنیت و نیز مدیریت خدمات فناوری اطلاعات، ارتباط دارد.

۸. شکاف دیجیتالی امروز، به همان اندازه ملموس است که شهروند الکترونیکی نیازمند تبیین و تشریح مفهومی است. ما، در جامعه‌ای زیست می‌کنیم که فقر اطلاعاتی بیداد می‌کند؛ و در همان حال، کم نیستند افرادی که غرق در زندگی دیجیتالی و آخرین فناوری‌های نوین اطلاعات، روزگار سپری می‌کنند.

۹. کسب ثروت از طریق انجام فعالیت‌های الکترونیکی، تحمل سنگینی بار دیروز را بر

دوش جوانان امروز و اهالی دنیای سایبر، آسان نموده و آزادسازی وقت، مدیریت زمان را به چالش روز بدل کرده است. این که برآورد شده؛ تا سال ۲۰۲۰م، حدود ۲۵ درصد اقتصاد دنیا به شکل دیجیتال خواهد شد و تا سال ۲۰۲۵م، ایجاد ثروت از طریق اقتصاد دیجیتالی به ۱۰۰ تریلیون دلار می‌رسد، سخنی تفکربرانگیز و قابل تأمل است. نکته این جا است که بسیاری از کسب و کارهای مبتنی بر اقتصاد دیجیتالی وابسته به قوانین و مقررات است. چالش‌های حقوقی افراد خلاق فعال در فرصت‌های نوپا و کسب و کارهای الکترونیکی را کدام قانون یا نهاد حقوقی پاسخ می‌دهد؟ مثلاً هنوز مباحث راجع به حقوق مالکیت معنوی، حل نشده و بحث حقوق مالکیت معنوی در حوزه فضای مجازی، نیازمند بازنگری و تناسب‌سازی مقررات در فضای سایبر است؛ خصوصاً این که مالکیت معنوی، کلید توسعه اقتصاد دیجیتالی محسوب است. هنوز از سال تصویب تأسیس شورای عالی انفورماتیک، جز وضع مقرراتی راجع به شبکه‌های اطلاع‌رسانی، تغییر نام وزارت پست و تلگراف و تلفن، تجارت الکترونیکی، جرایم رایانه‌ای و آیین دادرسی الکترونیکی، گام مهمی برنداشته‌ایم؛ لذا در ابتدای راه هستیم. اخیراً فقط پنج لایحه در خصوص حمایت از داده‌ها، تراکنش‌های الکترونیکی، حکمرانی الکترونیکی، شناسه‌های الکترونیکی و حقوق مسوولیت ارائه‌دهندگان خدمات ارتباطات و فناوری اطلاعات، تدوین شده است. این در حالی است که هنوز زیرساخت فقهی فضای مجازی ما روشن نیست و فرهنگ حقوقی کشور در این زمینه، ضعیف عمل کرده است. مثال دیگر، بانک‌داری الکترونیکی است که مدعی نهادینه شدن آن هستیم اما هنوز جایگاه حقوقی پول مجازی و پول ارزهای دیجیتال، دقیق نیست؛ هم‌چنان که وضعیت حقوقی تعیین هویت در فضای سایبر، مستلزم مقررات‌گذاری است و تارسیدن به بلوغ حقوقی و فقهی و مقرراتی، راه بسیار است. گفته شد فقهی؛ زیرا اگر چارچوب فقهی آن مشخص نشود، نظام تقنینی ما در مقام وضع، با چالش جدی روبه‌رو خواهد شد و سکوت قانون‌گذار در مقام بیان، نه فقط مانع اساسی در ایجاد ثروت ناشی از کسب و کارهای الکترونیکی تلقی خواهد شد بلکه چه بسا نابهنگام، مجبور به اقتباس یا

پذیرش چارچوب‌های تحمیلی دیگران باشیم.

۱۰. امروزه، صحبت از شاخص توسعه فناوری اطلاعات و ارتباطات است. در این فضای نوین، بایستی میزان اثرگذاری این مهم را بر رشد اقتصادی، تولید ثروت، افزایش درآمد سرانه و نیز تولید ناخالص ملی، جدی بگیریم.

۱۱. نشریات میان رشته‌ای در ایران، هنوز جان مایه ندارد؛ علمی و تخصصی و یا چه به‌شبهه‌ی مروری یا علمی-ترویجی و چه خصوصاً علمی-پژوهشی! بنا بر این، ضعف پژوهشی ما در این زمینه، آشکار است. در ایران، حقوق و فناوری اطلاعات، در حد نگارش کتاب و مقالاتی چند و نیز همایش‌های موضوعی در آغاز راه است، اما در خارج از مرزها، در دانشگاه‌های معتبر، کرسی دانشگاهی و برنامه‌درسی دارد و نشریه‌های معتبری نیز در این حوزه توسط نهادهای علمی منتشر می‌شود. دانشگاه استنفورد ایالات متحده آمریکا، در زمینه‌ی حقوق، علم و تکنولوژی، برنامه علمی دارد. مثلاً این مرکز دارای سه نشریه به نام‌های "حقوق، علم و سیاست‌گذاری"، "بیو حقوق و سیاست‌گذاری سلامت" و "مروری بر حقوق فناوری" است. و هم‌چنین دو انجمن برای حقوق و تکنولوژی و نیز حقوق مالکیت معنوی در آن فعالیت می‌نمایند. به عنوان مثال، حقوق و مهندسی زیستی، حقوق و علوم کامپیوتری، حقوق و مهندسی الکتریکی و حقوق و مدیریت علوم و مهندسی، از عنوان‌های دوره‌ی دکترای حرفه‌ای این دانشگاه است. هم‌چنین حقوق اینترنت و نیز حقوق تکنولوژی و آزادی‌های مدنی، موضوع مطالعه در دانشگاه‌ها رارده، است. یا کلینیک حقوق سایبر در مرکز برکمن برای اینترنت و جامعه، فعال است. در دانشگاه فوردهام آمریکا هم که یکی از دانشگاه‌های برجسته در رشته حقوق است، مالکیت فکری و فناوری اطلاعات در دوره کارشناسی ارشد تدریس می‌شود که ذیل آن، از کپی‌رایت، حقوق مالکیت معنوی، حق اختراع و علایم تجاری، صحبت می‌شود. دانشگاه لویولا در غرب آمریکا، در مقطع کارشناسی ارشد، تخصصی با عنوان امنیت سایبری و حریم خصوصی اطلاعات ارائه می‌کند؛ روشن است که این دوره، یک دوره میان رشته‌ای بین حقوق و کامپیوتر است. در نروژ

نیز حقوق ارتباطات و تکنولوژی در مقطع کارشناسی ارشد، تدریس می‌شود. حقوق ارتباطات الکترونیکی، حقوق مالکیت فکری در جامعه اطلاعاتی، حاکمیت اینترنتی، حریم خصوصی و حفاظت از دیتا، حق اختلاف و ضمانت اجرای قانونی در زمینه دیجیتال و حقوق تجارت الکترونیکی، عنوان دروسی است که از سوی دانشگاه اسلو طی یک دوره زمانی پانزده ماهه به دانشجویان ارائه می‌شود. دانشگاه لایدن هلند نیز در مقطع کارشناسی ارشد، حقوق و تکنولوژی‌های دیجیتالی را عرضه می‌نماید که ریز عنوان‌های این رشته، مقررات گذاری اینترنت، استراتژی‌های مقررات گذاری، حریم خصوصی و حفاظت از دیتای آنلاین، رسانه و حقوق بنیادین، دولت دیجیتالی، جرایم و امنیت سایبری، حقوق ارتباطات الکترونیکی، قراردادهای حوزه فناوری اطلاعات، کپی‌رایت و حقوق کودک در عصر دیجیتالی، نام دارد. برخی از دانشگاه‌ها نیز توجه بیش تری دارند و در مقاطع پایین تر، به مطالعات میان رشته‌ای می‌پردازند. مثلاً دانشگاه آمستردام، کارشناسی حقوق اطلاعات ارائه می‌کند.

از همین رو، پذیرش سفارش مقالات تخصصی، ارائه و بررسی طرح‌های برون‌سازمانی، برگزاری سمینارهای علمی و ارائه‌ی فرصت‌های مطالعاتی و نیز گنجاندن برنامه‌های دقیق و کارشناسی شده و برنامه‌ریزی شده‌ی مطالعاتی و علمی و پژوهش محور در جهت تقویت پایه‌ی شرکت‌های دانش بنیان، می‌تواند در دستور کار نهادهای حقوقی بخش خصوصی و سازمان‌های مردم‌نهاد که رویکرد علمی و پژوهشی به مسایل اساسی دارند، قرار گیرد. بر همین نظر، کانون سردفتران و دفتریاران، به‌درستی و به‌موقع نسبت به موضوع اقدام نمود و توانست در تاریخ ۱۳۹۶/۰۸/۱۵ پروانه انتشار فصلنامه حقوق و گواهی الکترونیکی را اخذ نماید که بنا به دلایلی کاملاً فنی و علمی و رسانه‌ای، در تاریخ ۱۳۹۷/۰۴/۲۵ موفق شد نظر موافق هیأت نظارت بر مطبوعات و وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی را با تغییر عنوان فصلنامه به "حقوق و فناوری اطلاعات" جلب نماید. و گزاف نیست اگر گفته شود که اکنون؛ فصلنامه "حقوق و فناوری اطلاعات"، در واقع، شناسنامه علمی کانون سردفتران و دفتریاران است. در این راستا، شورای سیاست‌گذاری فصلنامه، در حال حاضر، بارویکرد زمان محوری و

فرصت محوری و نه مدرک محوری، با پذیرش سفارش مقالات علمی و پژوهشی، جذب نخبگان و صاحب نظران و نظریه پردازان را در انجام پژوهش های کاربردی به منظور ارائه ی راه حل درباره مسایل نوین دانش های مورد نیاز جامعه به مراکز صنعتی و ملی و شرکت های کارآفرین، اخذ درجه علمی-پژوهشی را از کمیسیون نشریات وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، در دستور کار دارد. باشد که به امید الهی، عدالت قضایی در حوزه ی فناوری اطلاعات و ارتباطات به عنوان چشم انداز بلندمدت جامعه حقوقی کشور محقق شود و خدمات قضایی الکترونیکی، بایگانی الکترونیکی، دادرسی برخط، پیوستن به نظام کپی رایت به منظور حمایت از حقوق پدیدآورنده در قالب مالکیت های ادبی و هنری و صنعتی و هم چنین ایجاد نظام خاص جهت حمایت از حقوق نرم افزار و بسیاری موضوع های علمی روز دنیا که زیر عنوان فراخوان مقاله، محورهای مقالات فصلنامه به تفصیل اطلاع رسانی شده، مورد عنایت علمی اندیشه ورزان و پژوهش گران قرار گیرد.

رضا تاجگر^۱

مشاور مدیرمسئول

1 -Tajgar.reza@gmail.com

سخن سردبیر

یکی از نیازهای مشترک جوامع انسانی، نیاز به نظم در همه‌ی ابعاد زندگی است. از زمانی که زندگی فردی انسان‌ها، چهره‌ی جمعی به خود گرفته، ضرورت حضور عنصر نظم بیش از پیش محسوس شده است. در این مسیر، از هر ابزاری برای ایجاد نظم، بهره گرفته شده است. اگر علم حقوق را به مثابه یک ابزار بدانیم، به عنوان یک ضامن اجرایی قوی در کنار آرمان عدالت‌طلبی، برای اجرای نظم، همت شایانی ظهور داده است. رسالت حقوق در این هدف بارونق جامعه صنعتی در قرن هجدهم و اینک با ظهور عصر اطلاعات و ارتباطات، مهم‌تر و البته سخت‌تر شده است.

دنیای امروز، دیگر آن دنیای «دوری»ها نیست. دنیای «E»ها است. «دور»ها بیش از آن چه می‌نمایند، به ما نزدیک‌اند. ابزارهای نوینی ابداع شده و زندگی عموم را در همه‌ی ابعاد، از ارتباطات ساده گرفته تا امور پیچیده و فنی، دست‌خوش تغییر قرار داده‌اند. این ابزارها که محصول فکر خود ما هستند، مجموعه آن‌ها نام عمومی و آشنای «فناوری» را دارند. و آن‌چنان در زندگی ما نفوذ کرده‌اند که دیگر زندگی بدون فناوری برای کسی قابل تصور نیست. حذف آن به معنای حذف بخش عظیمی از فعالیت‌هایی است که روزانه با آن‌ها سر و کار داریم. آیا می‌توان آثار حذف تلفن، این ابزار ساده ارتباطی را در زندگی روزمره تصور کرد؟ پاسخ قطعاً «خیر» است و با این حساب، نقش غیرقابل انکار فناوری‌های پیشرفته و هوشمند، روشن است.

حال که ناچاریم به زندگی آمیخته با فناوری رضایت دهیم و حتا آن را مطالبه کنیم، پس، برای مهار حرکت و نفوذ بی حساب آن چاره‌ای باید جست و نظمی بر فعالیت‌های آن، هم چون سایر امور، بخشید. نباید گذاشت بر نظم بافته شده در بافت منظم اجتماع، وصله‌ای نامنظم خورد. حقوق، این رسالت را به خوبی ایفا می‌کند؛ قبل از این که ماشینی به حرکت درآید، قوانین راهنمایی و رانندگی وضع می‌کند؛ قبل از حرکت هواپیما، مقررات هوایی دست و پا می‌کند؛ و آنجا که بحث از فضا است با وضع قوانین مرتبط اعلام حضور می‌کند. و اینک؛ که عصر فناوری اطلاعات است، حقوق در صدد است تا دست و پای فناوری را در حوزه‌های مختلف در چهار چوبی به نام «قانون» محکم کند، به امید آن که بتواند سکون و حرکت آن را قاعده‌مند سازد و رسالت دیرین خود را به شایستگی ادامه دهد.

امروزه، بعد از گذشت حدود دو دهه از آشنایی حقوق و فناوری اطلاعات، آمیختگی داغ و ناگزیری باهم پیدا کرده‌اند. نگاه تخصصی و فنی به ابعاد پیچیده و رو به رشد روزانه این ارتباط، مستلزم آن بود که مرجعی برای اهل قلم و دقت، بنیان شود. کشورهای مختلف، با سیاست‌های گوناگون و سریع‌تر از ما، به این موضوع پرداختند؛ وضع قوانین مرتبط، تأسیس فصلنامه‌های علمی و تخصصی، ایجاد مراکز پژوهشی و سیاست‌گذاری و طراحی رشته‌های دانشگاهی مرتبط، بخشی از اقدامات آنان است لیکن در داخل کشور، کمتر از انگلستان یک دست، وضع قانون مناسب شده؛ و تعداد معدودی اثر علمی قابل اتکا در قالب کتاب، پایان‌نامه و مقاله (در مقایسه با دیگر حوزه‌های حقوقی) عرضه گردیده است. برای کمک به غنای ادبیات حقوقی کشور، فصلنامه «حقوق و فناوری اطلاعات» به عنوان اولین فصلنامه علمی کشور پس از طی تشریفات رسمی مرسوم، تأسیس و به طور خاص به بررسی و تحلیل ابعاد حقوقی پیوند بین فناوری و حقوق می‌پردازد. مقالات منتشره در شماره‌ی پیش‌رو، گویای این حقیقت است که از دایره موضوعی فصلنامه خروج نکرده و نگاه تخصصی و فنی را در صدر معیارها قرار داده است.

در پایان، لازم است برای علاقمندان ذکر شود که این فصلنامه، برخلاف رویه‌ی کنونی

در غالب فصلنامه‌های علمی کشور، بر چهار اصل فعالیت حرف‌های می‌نماید:

۱. سرعت در بررسی (اعلام نتیجه اولیه ظرف ۷ روز؛ و داوری تفصیلی ظرف ۲۵ روز)
۲. شفافیت داوری (اعلام نتیجه بررسی‌ها به صورت کتبی و تفصیلی به نویسنده)
۳. بی‌طرفی (بی‌نامی مطلق مقاله، هنگام بررسی توسط داوران)
۴. تقدم کیفیت بر عنوان علمی و دانشگاهی در شرایط برابر (پذیرش مقاله حتا از دانشجویان دوره‌ی کارشناسی به شرط احراز شرایط علمی)

اقبال اهالی حقوق و فناوری اطلاعات به نشر آثار خود، موجبات دلگرمی اولیای امور فصلنامه است.

با آرزوی توفیق الهی

دکتر طاهر حبیب‌زاده

حریم خصوصی ارتباطات در فضای الکترونیکی از منظر حقوق کیفری ایران و انگلستان



دکتر رضا شکرری

دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی، پژوهشگر حقوق کیفری و مدرس دانشگاه
وسر دفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۸۶۲ تهران؛ rezashokri55@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۷/۲۵

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۲/۰۱

چکیده:

در حوزه حریم ارتباطات الکترونیک پایش محتوای داده‌ها اعم از مکالمات، دیتا و رسانه‌های موسوم به چند رسانه‌ای؛ مزاحمت‌های الکترونیکی و ارتباط ناخواسته، از جمله رفتارهای ناقض این حق است. احترام به حریم خصوصی ارتباطات اشخاص در تمامی زمینه‌ها از جمله ارتباطات در حوزه الکترونیک ایجاد می‌نماید که قانون‌گذار کمیت و کیفیت مداخلات دولت در این حوزه را در کنار جرم‌انگاری رفتارهای هتاکانه به نحو دقیق تبیین نماید لیکن به رغم ضرورت‌های شرعی و قانونی و اجتماعی ملاحظه رویکرد سیاست جنایی اتخاذی قانون‌گذار ایران بیانگر عدم توجه شایسته و بایسته در این حوزه است و مقایسه سیاست جنایی ایران با نظام حقوقی انگلستان؛ که سعی در هم‌نوایی با آخرین پیشرفت‌های بین‌المللی دارد؛ بیانگر آن است که قانون این کشور در صیانت از حریم خصوصی ارتباطات اشخاص از حیث توجه به جزئیات و تبیین مقررات‌گیرنده‌گیری ارتباطات، قانونی‌پویاتر است؛ زیرا برخلاف قانون‌گذار ایران به ذکر عبارات کلی بسنده ننموده است. به هر روی، نظر به گسترش روزافزون ارتباطات الکترونیکی و نیز ضرورت صیانت از حریم خصوصی اشخاص، ناکارآمدی مقررات قانونی کنونی، انکارناپذیر است.

کلیدواژه‌گان: حریم خصوصی، ارتباطات خصوصی، سیاست جنایی، فضای الکترونیکی.

مقدمه:

از ویژگی‌های جوامع مردم‌سالار شناسایی و به رسمیت شناختن حقوق و آزادی‌های بشری است و از جمله مظاهر و جلوه‌های حقوق بشر، حق بر حریم خصوصی است که ضرورت صیانت و پاسداشت از آن بنا به دلایل عدیده و مستفاد از آیات و روایات، ضرورتی انکارناپذیر است. حریم خصوصی مشتمل بر جلوه‌های متعددی چون حریم جسمانی، مکانی، اطلاعات و ارتباطات است که به جهت چالش ناشی از تلاقی ضرورت حفظ حقوق و مصالح عمومی و امنیتی با ضرورت ناشی از صیانت احترام به حقوق و آزادی‌های فردی، سیاست‌گذاران را ناگزیر به اهتمام بر حمایت از آن نموده است. در این راستا، قانون‌گذار کشورمان به صورت غیر متمرکز و پراکنده این مهم را مورد حمایت نسبی قرار داده است، لیکن نظر به این که قانون‌گذار با تصویب قانون جرایم رایانه‌ای سعی بر آن داشته که موضوع حریم ارتباطات خصوصی در فضای الکترونیکی را سامان‌دهی نماید و از سویی در ادبیات حقوقی کشورمان پژوهش مستقل و جامعی در این حوزه صورت نگرفته و نظر به اهمیت و ضرورت صیانت از حریم خصوصی ارتباطات در فضای الکترونیکی به لحاظ گسترش روزافزون ابزار و مظاهر مختلف ارتباطات الکترونیکی در سایه گسترش ارتباطات اینترنتی در عصر حاضر، بررسی رژیم حقوقی ناظر به حریم خصوصی ارتباطات مجازی، به لحاظ ارزیابی اهتمام قانون‌گذار، اهمیت دوچندانی دارد. در نتیجه، سؤال اساسی پیش رو، چگونگی تبیین مقررات ناظر به موارد قانونی ره‌گیری ارتباطات مجازی و جرم‌انگاری در مقام صیانت از حریم ارتباطات خصوصی در فضای الکترونیکی از نظر حقوق ایران در مقایسه با انگلستان می‌باشد. اهمیت رویکرد نظام حقوقی انگلستان نیز در این رابطه از آن جانشی می‌گردد که این کشور مقررات خود را با آخرین تحولات و راهکارهای بین‌المللی هماهنگ ساخته است. در مقام پاسخ به این پرسش ناگزیر از تبیین دو مفهوم حریم خصوصی و فضای الکترونیکی می‌باشیم. علی‌هذا هدف اصلی پژوهش، تبیین گستره حمایتی از فضای الکترونیکی در حقوق ایران در مقایسه با حقوق انگلستان است.

لذا نظر به ماهیت تحلیلی و توصیفی پژوهش، مبتنی بر روش تحلیلی و توصیفی با شیوه‌ی کتابخانه‌ای، ضمن بیان مفاهیم مرتبط با پژوهش به تحلیل جلوه‌های حریم ارتباطات در فضای الکترونیکی در دو کشور پرداخته شده است و در مجموع برمی‌آید که رویکرد حمایتی و اتخاذی سیاست جنایی تقنینی کشورمان در حوزه حریم ارتباطات مجازی خصوصاً ابهام و خلأ ناشی از موارد جواز رهگیری‌های قانونی با واقعیات و نیازهای جامعه تطابق نداشته و نیازمند تجدیدنظر است.

۱- مفاهیم مرتبط با پژوهش

۱-۱- حریم خصوصی و حریم ارتباطات

در حقوق ایران و انگلستان تعریف مشخص قانونی از حریم خصوصی ارائه نشده است و رویکرد حمایتی مستقلی از حریم خصوصی در پیش گرفته نشده و به تعبیری موضع تحول‌گرایانه اتخاذ و از مصادیق آن حمایت شده است. در مقام تعریف، صرف نظر از اختلاف موجود در تعاریف ارائه شده از ناحیه حقوقدانان که خارج از حوصله این بحث است به ملاحظه تعاریف متعدد ارائه شده می‌توان گفت، «وجه مشترک تعاریف ارائه شده اختیار و آزادی انسان در تصمیم‌گیری در خصوص میزان وقوف و مداخله سایرین نسبت به زندگی شخصی است.» (اصلائی، ۱۳۸۴: ۴۰) این وجه مشترک رکن اساسی حریم خصوصی است. بنابراین با تکیه بر سه رکن خصوصی، پنهانی و اختیار و آزادی در میزان مداخله دیگران می‌توان گفت؛ غرض از حریم خصوصی؛ قلمرو و محدوده‌ای از اعمال، رفتارها، اندیشه‌ها، ویژگی‌ها و خصوصیات غیر علنی و مختص به انسانی نوعی و متعارف است که به مقتضیات زمان و مکان قابل تغییر است و برابر قانون و عرف تعیین شده و مصون از ورود، نگاه و نظارت دیگران و یا هر گونه تعرض است و ورود به آن جز به حکم قانون یا رضایت وی، جایز نیست.

در نتیجه امری را حریم خصوصی می‌نامند که فرد بتواند دسترسی به آن را در کنترل خودش داشته باشد و حمایت از حریم خصوصی یعنی حمایت در مقابل دسترسی ناخواسته به آن امر توسط دیگران. در نتیجه حریم خصوصی حقی انسانی، خصوصی، نسبی، مصون از

دخالت غیر و محرمانه و دور از انظار عموم و مبتنی بر آزادی بوده که هر گونه تصمیم‌گیری در این حوزه منحصرأدر اختیار او است. بنابراین شرط اساسی در شناخت حریم خصوصی، دور از انظار عموم بودن و عدم جواز دخالت دیگران است. یعنی رویدادها یا اطلاعات یا ارتباطات مربوط به شخص، باید از جمله اموری باشد که در یک محیط و فضای عادتاً خصوصی (نظیر منزل و اتاق هتل) یا در حکم خصوصی (نظیر مطب پزشکی یا دفتر و کیل) باشد. در واقع، حریم خصوصی مبتنی بر دو حق اساسی؛ حق افراد در برابر تجاوز فیزیکی به تنهایی‌شان (از طریق ابزارهایی چون ورود غیر مجاز به خانه و محافل خصوصی، استراق سمع، بازجویی‌های غیرقانونی، فیلم برداری و عکس برداری غیر مجاز و غیره) و حق افراد در برابر نشر اطلاعات مربوط به آن‌ها می‌باشد. از این رو، حریم خصوصی تابع اوضاع و احوالی «از جمله مکان مورد نظارت، موضوع مورد نظارت، استفاده‌ای که اطلاعات حاصل از نظارت ممکن است داشته باشد، وسایلی که برای نظارت مورد استفاده قرار می‌گیرد، وضعیت شخصی که مورد نظارت واقع می‌شود، رضایت و روابط بین طرفین» است. (انصاری، ۱۳۸۶: ۲۴)

از جمله جلوه‌های حریم خصوصی که با فضای الکترونیکی ارتباط دارد حق اشخاص در رابطه با امنیت و محرمانه باقی ماندن محتوای کلیه اشکال و صور ارتباطی انسان می‌باشد که از آن تحت عنوان حریم ارتباطات یاد می‌گردد.^۱

۱-۲- فضای الکترونیکی

عبارت «فضای الکترونیکی» به مجموعه‌ای از ارتباطات الکترونیکی که از طریق تجهیزات رایانه‌ای به انضمام وسایل مخابراتی و مبتنی بر اینترنت بدون در نظر گرفتن جغرافیای فیزیکی شکل می‌گیرند، اطلاق می‌شود. بنابراین رفتارهای هتاکانه حریم خصوصی در این حوزه مبتنی بر استفاده از چنین فضایی به شکل ایجاد، پردازش، دستکاری، تغییر، تحریف، دگرگونی، دسترسی، ره‌گیری، نفوذ غیر مجاز، انتشار و انتقال داده‌ها می‌باشد. حریم خصوصی افراد در فضای الکترونیکی را نیز می‌توان در دو حوزه حریم ارتباطات و اطلاعات بررسی نمود که

۱ - در رابطه با جلوه‌های مختلف حریم خصوصی، ر.ک.: انصاری، ۱۳۸۶: ۱۵۵ و محسنی، ۱۳۹۵: ۲۸۹.

رفتارهای هتاکنانه ناظر به حریم ارتباطات موضوع این مقال خواهد بود.

۲- جلوه‌های حریم ارتباطات در فضای الکترونیکی

منظور از ارتباط، برقرار کردن تماس با کسی از طریق وسیله‌ای مخصوص است. (www.vajehyab.com) هرگاه مخاطب ارتباط، اشخاص نامحدود و نامعین باشد، ارتباط صورت گرفته، ارتباط جمعی یا عمومی است؛ لیکن هرگاه مخاطب آن، اشخاص محدود و معینی باشد، ارتباط واقع شده را ارتباط خصوصی گویند. چنین ارتباطی به واسطه آن که مخاطب آن اشخاص محدود و معینی هستند بنا به اراده شخص برقرار کننده ارتباط تابع اصل محرمانگی و رعایت حریم خصوصی است. زیرا در برقراری این ارتباط آگاهی عموم اراده نشده است. اساساً در برقراری یک ارتباط، همیشه مخاطب برقراری ارتباط انسان است و فرد برقرار کننده ارتباط نیز الزاماً به منظور برقراری ارتباط نیاز به یک واسطه انسانی یا فنی دارد. از این رو نظر به وجود این واسطه، در تمام انواع ارتباطات، این خطر وجود دارد که غریبه‌ای (اعم از دولت و غیر دولت) پیام خصوصی فرد را پنهانی ره‌گیری نماید. در نتیجه این حوزه از حریم خصوصی در برگیرنده آن دسته از قوانینی است که، موضوع آن حق اشخاص در رابطه با امنیت و محرمانه باقی ماندن محتوای کلیه اشکال و صور ارتباطی انسان‌ها است؛ اعم از ارتباطات مادی نظیر؛ مراسلات و مخابرات داده‌ها و بسته‌ها به صورت مادی و فیزیکی و به شیوه سنتی نظیر ارسال بسته‌ها با پست یا برقراری ارتباط تلفنی و ارتباطات غیر مادی و الکترونیکی به مدد اینترنت. نظیر امنیت پست‌های الکترونیکی و مراسلات داخل شبکه‌های دیجیتالی. این جلوه از حریم خصوصی در اصل ۲۵ و ۲۲ قانون اساسی ایران مورد حمایت قرار گرفته است.

از نظر حقوق انگلستان، نظر به اعتبار و حاکمیت ماده ۱۷ کنوانسیون حقوق مدنی و سیاسی و ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر که در این کشور مورد پذیرش قرار گرفته است؛ این مواد صریحاً هرگونه مداخله خودسرانه یا خلاف قانون در حریم ارتباطات اشخاص را منع کرده و برخورداری از حمایت قانونی در برابر این مداخلات را حق

افراد دانسته است. هر چند از مواردی چون مکالمات تلفنی و یا پیام‌های الکترونیکی نامی به میان نیامده، اما تفاسیر قضایی دادگاه اروپایی حقوق بشر، عبارت «مکاتبات» را به نحو موسع تفسیر نموده و آن را شامل کلیه جلوه‌های ارتباطات می‌داند. (Gajdosova, 2008 p152-154)

اما اینترنت، رسانه ایده‌آل نشر الکترونیکی با ویژگی‌هایی چون؛ «فرامکانی، فرازمانی، جهانی بودن، قابلیت دسترسی دائم و چندرسانه‌ای بودن» (عاملی، ۱۳۸۵: ۹) قابلیت تعامل، سرعت عمل و نامحدود بودن فضا است که در این فضا به علت سرعت گرفتن ارتباطات و به عبارتی ارتباط همه جا حاضر یا لحظه‌ای، زمان و مکان بی‌معناست. (وارد، ۱۳۸۴: ۱۳)

از این رو، به عنوان یک شبکه‌ی رایانه‌ای گسترده فرصت‌های جدید و چشمگیری برای تضمین آزادی بیان ایجاد کرده است و نوعی ارتباط را فراهم ساخته که قادر به دور زدن رسانه‌ها و مقاومت در برابر کنترل‌های دولتی بر آزادی بیان است. با این حال، این امکان و آزادی عمل، با خود، خطر ناشی از در معرض ره‌گیری و دسترسی غیرمجاز به اطلاعات شخصی را به ارمغان آورده است. زیرا امروزه شبکه‌های رایانه‌ای و فضای اینترنت تبدیل به ابزاری جهت برقراری ارتباط و محلی جهت ذخیره و نگهداری اطلاعات حساس و محرمانه شده که علاوه بر آن که به راحتی می‌تواند در اختیار افراد غیر صالح قرار گیرد از طریق نفوذ غیرمجاز نیز در معرض سوءاستفاده قرار داد که افشای آن قابلیت ورود ضررهای هنگفتی به مال یا آبروی افراد را دارد. با وجود این، عواملی چون وسعت، سهولت و پایین بودن هزینه ارتباط، افراد را به استفاده از آن به مدد برخی از ابزارهای ایمن کننده حریم خصوصی راغب نموده است. امروزه این حق با ظهور اشکال جدید مراسلات همچون پست الکترونیکی و ارتباطات ماهواره‌ای، تلفن‌های بی‌سیم و امثال آن با مسایل جدیدتری روبه‌رو شده و توسعه مضاعف یافته است. در عین حال، نقض حریم ارتباطات خصوصی اینترنتی اشخاص گاه از ناحیه سایر اعضا یا مهاجمی که عضو شبکه نیست، گاه توسط مرکز نگه‌دارنده اطلاعات صورت می‌گیرد. هر چند گاه افشا از ناحیه مرکز نگه‌دارنده به مقاصد تحقیقاتی است. در

این حالت، اطلاعات منحصر به فرد افراد مانند کد شناسایی منتشر نمی شوند. چنین افشایی قانونی محسوب می گردد و رفتار هتاکانه ای محسوب نمی گردد. - به عنوان نمونه، برابر مصوبه شورای عالی انقلاب فرهنگی دایر کننده نقطه تماس بین المللی اینترنتی علاوه بر الزام به رعایت مقررات جاری کشور موظف است که بانک فعالیت های اینترنتی کاربران خود را در دسترس وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات قرار دهد تا بر اساس ضوابط مصوبات شورای عالی امنیت ملی با حکم قاضی ذی ربط، حسب درخواست در اختیار وزارت اطلاعات قرار گیرد.

بنابراین حمایت از حریم خصوصی اشخاص در برابر رفتارهای هتاکان این حوزه خواه از ناحیه کاربران و خواه از ناحیه ارائه دهندگان سرویس های اینترنتی، اهمیت ویژه ای دارد. هر گاه رفتار هتاکانه از ناحیه مرکز نگه دارنده اطلاعات باشد به واسطه آنکه اسرار و اطلاعات دیگران را فاش می سازد زیر عنوان افشای غیر مجاز اطلاعات قابل تعقیب است؛ اما در نوع دوم، رفتار هتاکانه از ناحیه دیگران عمدتاً به صورت ره گیری و شنود غیر مجاز است. این رفتارهای مجرمانه از جمله رفتارهای مبنایی و بسترساز سایر تهدیدات علیه سامانه های رایانه ای و مخابراتی تلقی می گردد و توصیه کنوانسیون جرایم رایانه ای بوداپست^۱ در ماده دو به کشورهای عضو جرم انگاری این نوع از رفتار است. تعرض به این جلوه از حق بر حریم خصوصی، خود، سیاهه ای از جرایم و تخلفات را تشکیل می دهد که از صرف نقض این جنبه از حق بر حریم خصوصی گرفته تا دستیابی به اطلاعاتی درباره فرد، افشا و انتشار آن و یا حتا سوء استفاده آن ها هر یک می تواند جرایمی را تشکیل دهد. لذا در حوزه حریم ارتباطات، شنود غیر مجاز و به عبارتی پایش محتوای داده ها اعم از مکالمات، دیتا و رسانه های موسوم به چند رسانه ای؛ مزاحمت های الکترونیکی و ارتباط ناخواسته، از جمله رفتارهای ناقض این حق در حوزه ارتباطات الکترونیکی بوده که مستلزم حمایت های قانونی است.

۱ - نخستین معاهده بین المللی که به جرایم رایانه ای و اینترنتی پرداخته و کوشیده قوانین ملی را یکسان نماید.

۲-۱- پایش محتوای داده‌های الکترونیکی

نظر به الزام مندرج در قسمت اخیر اصل ۲۵ ق.ا. مبنی بر این که: «هر گونه تجسس ممنوع است، مگر به حکم قانون»، هر گونه نقض حریم خصوصی ارتباطی افراد از جمله استراق سمع و شنود غیر مجاز از نظر قانون اساسی ممنوع است. لیکن به رغم ممنوعیت قانونی مذکور نظر به اصل مترقی قانونی بودن جرم و مجازات، کلیه صور نقض حریم خصوصی ارتباطی اشخاص، جرم نمی‌باشد و قانون‌گذار تنها برخی از مصادیق را جرم‌انگاری نموده است. از این رو، به منظور صیانت از حریم ارتباطات خصوصی اشخاص، قانون‌گذار ابتدا در ماده ۵۸۲ ق.م.ا. در مقام جرم‌انگاری نقض حریم ارتباطات خصوصی افراد از ناحیه مأمورین حکومتی برآمده و سپس در ماده ۲ و ۴۸ ق.ج.ر. (ماده ۷۳۰ و ۷۷۶ ق.م.ا. تعزیرات) نقض حریم ارتباطات الکترونیکی را جرم‌انگاری نموده است.

عبارت «شنود غیر مجاز» معادل عبارت Interception Illegal و یا hearing Illegal در پدیده‌های الکترونیکی در فضای سایبری بوده و در کنواسیون بوداپست نیز به کار رفته، لیکن ترجمه صحیح آن «ره‌گیری غیر قانونی» است. «شنود» نیز واژه‌ای فارسی و به معنای گوش دادن به هر گونه صدایی با توجه و التفات است. معادل انگلیسی این واژه Harken یا Interception است و در معنای قطع و دستیابی آمده است.

در واقع شنود غیر مجاز مفهومی وسیع دارد که کنترل نظارت، مراقبت و یا هر نوع ره‌گیری، مسیریابی، بررسی، تجزیه و تحلیل داده‌ها و یا امواج الکترومغناطیسی در حال انتقال برای اطلاع از محتوای آن اقداماتی این‌چنینی را در بر می‌گیرد. در شنود، تأخیری در ارسال محتوا حاصل نمی‌شود؛ حتا کیفیت مکالمه و داده‌ها هیچ تفاوتی نمی‌یابد. در نتیجه، عبارت «شنود غیر مجاز» جایگزین مفهوم سنتی استراق سمع گردیده که بر شنیدن غیر مجاز در حین مکالمات صوتی و احیاناً ضبط آن دلالت داشت. بنابراین شنود مفهومی عام است که در بر گیرنده‌ی مفهوم سنتی استراق سمع در عرصه شنودهای مخابراتی نیز است. از این رو، شنود لزوماً به معنای استراق سمع نیست؛ بلکه اطلاع یافتن

عمدی از محتوای در حال انتقال الکترونیکی یا محتوای ذخیره شده در سامانه‌های رایانه‌ای، مخابراتی، الکترومغناطیسی و نوری را نیز دربر می‌گیرد. (ر.ک.: تبصره ماده ۴۸ ق.ج.ر. یا ماده ۷۷۶ ق.ا.م.ا. تعزیرات)

در مجموع می‌توان گفت: «شنود اینترنتی زیر نظر گرفتن داده‌های اینترنتی در زمان ارسال آن‌ها از طریق سیستم رسانه‌ای چندگانه به فایل‌های مقصد می‌باشد.» (نوری و نجوانی، ۱۳۸۳: ۶۳) به تعبیر دیگر؛ اقدامی است مشابه استراق سمع مکالمات تلفنی و به معنی دسترسی غیر مجاز و تحصیل اطلاعات در حال انتقال رایانه‌ای است. به لحاظ فنی در این حالت مهاجم در مسیر اطلاعات حائل شده و با اخذ اطلاعات آن‌ها را مورد استفاده قرار می‌دهد. (میوالد، ۱۳۸۳: ۲۰) شنود ممکن است همراه با ضبط و آرشیو باشد و یا از ابتدا به صورت ضبط و آرشیو بوده که بعدها مورد استفاده قرار گیرد.

بنابراین همانند اکثر کشورهای دنیا که سیاست جنایی استراق سمع غیر مجاز را در نظر گرفته‌اند و علاوه بر استراق صوت؛ استراق متن، تصاویر، فایل‌ها و به‌طور کلی، داده‌ها را جرم‌انگاری نموده‌اند، در قانون جرایم رایانه‌ای ایران نیز شنود اعم از صوت و دیتا است. از این رو، شنود مدنظر قانون مجازات در ماده ۵۸۲ شنود صوت و امواج صوتی است و شنود غیر مجاز مدنظر قانون جرایم رایانه‌ای، شنود داده‌ها و امواج حامل داده‌ها اعم از صوت و دیتا است. به‌طور کلی شنود الکترونیکی در مواقعی مصداق می‌یابد که دستیابی به ارتباط و آگاهی از اطلاعات در محیط دیجیتال باشد و خطوط ارتباطی، مخابراتی، انتقال داده‌ها و غیره مورد تعرض قرار گیرند تا از این طریق فرد مرتکب به اطلاعات و داده‌ها دست یابد. «شنود به‌طور عموم از حیث ماهیتی سری است و دست کم یکی از افراد ایجاد کننده یا انتقال دهنده داده‌ها از ضبط محرمانه یا ثبت جریان داده‌ها بی‌اطلاع است.» (فضلی، ۱۳۸۴: ۱۳۴)

بنابراین می‌توان گفت؛ عبارت «شنود غیر مجاز» دقیقاً گویای رفتار ارتكابی نیست واصطلاحی کنایه‌ای است. زیرا اگرچه بخشی از رفتار مجرمانه مورد نظر قانون گذار با

شنود که همان شنیدن است تطبیق می‌نماید، لیکن آگاهی از داده‌ها و اطلاعات و امواج مغناطیسی به معنای شنیدن با گوش نیست و معنای دریافت کردن و در اختیار گرفتن داده‌ها و اطلاعات را می‌دهد. از این رو، کنوانسیون بوداپست به درستی در خصوص چنین رفتاری، واژه‌ی Interception Illegal به معنای ره‌گیری غیرمجاز را به کار برده است که دلالت بر آگاهی از مفاد اطلاعات و داده‌ها به‌طور پنهانی یا مخفیانه و غیرمجاز دارد. در نتیجه، عبارت «شنود غیرمجاز محتوای در حال انتقال»، که ماده ۲ ق.ج.ر. (ماده ۷۳۰ ق.م.ا. تعزیرات) به آن اشاره نموده، عبارتی نارسا است و در این مورد می‌توان از عنوان دقیق‌تر پایش^۱ سمعی بصری غیرقانونی که معادل ره‌گیری، زیر نظر گرفتن و مراقبت غیرقانونی است استفاده نمود.

قانون‌گذار انگلیسی نیز در قانون تنظیم اختیارات تحقیقاتی مصوب سال ۲۰۰۰^۲ در رابطه با شنود قانونی از اصطلاح صحیح «ره‌گیری قانونی» استفاده نموده است و در شق اول از بند اول از بخش یک قانون مذکور تصریح نموده؛^۳

«ره‌گیری هر گونه ارتباطات بدون اختیار و مجوز قانونی برای ره‌گیری در هر نقطه از انگلستان با استفاده از (a) یک خدمت پستی عمومی؛ (b) یا یک سیستم ارتباطات عمومی جرم محسوب می‌شود.»

سپس در بند دوم از بخش یک قانون فوق ره‌گیری ارتباطات در حال انتقال را با استفاده از سیستم خصوصی؛ (b) یا ره‌گیری ارتباطات در حال انتقال با استفاده از سیستم ارتباطات

۱ - حراست، نگهداری، مراقبت، مواظبت، پاسداری، نظارت (دیده بانی، ارزیابی)

<https://www.vajehyab.com/wiki/>

2 - Regulation of Investigatory Powers Act 2000, available at: <http://www.hms.gov.uk/acts>

3 - Unlawful and authorised interception 1.—(1) It shall be an offence for a person intentionally and without Unlawful lawful authority to intercept, at any place in the United Kingdom, any interception. communication in the course of its transmission by means of— (a) a public postal service; or (b) a public telecommunication system.

عمومی از دستگاهی که در سیستم ارتباطات خصوصی وجود دارد، جرم دانسته است و در شق دوم با ذکر عبارت «سیستم ارتباطات خصوصی» کلیه رفتارهای مشتمل بر شنود و زیر نظر گرفتن ارتباطات هر نوع سامانه و دستگاه مخابراتی و اینترنتی را جرم‌انگاری نموده و تصریح داشته؛

«ره‌گیری انتقال ارتباطات با استفاده از سیستم ارتباطات خصوصی توسط هر فردی (a) به صورت عمد و بدون اجازه‌ی قانون، و (b) به جز در شرایطی که عمل به موجب شق ۶ از مسؤو‌لیت مجرمانه مستثنا شود جرم محسوب می‌گردد.»^۱

بنابراین می‌توان گفت، زیر نظر گرفتن داده‌های ارسالی و دریافتی افراد به وسیله‌ی سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا امواج الکترومغناطیسی یا نوری و نیز محتوای ذخیره شده در رایانه، از قبیل پیامک‌ها و یا نامه‌های الکترونیکی همگی ذیل عنوان مذکور یعنی پایش و به تعبیر قانون‌گذار «شنود» قرار می‌گیرد. در نتیجه رفتار هتاکانه شنود غیر مجاز مفهومی وسیع داشته و کلیه مکالمات، پیام‌های کوتاه نوشتاری (s.m.s) و ارتباطات اینترنتی که به آن شماره می‌فرستند و یا از آن فرستاده می‌شوند، پیام‌های تصویری و ارتباط ویدئو کنفرانس و.... را در بر می‌گیرد. به نحوی که می‌توان گفت قانون‌گذار هر نوع شنود محتوای حریم خصوصی ارتباطات را که از طریق سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی صورت گیرد، مشروط به این که در حال انتقال باشد، ممنوع و جرم‌انگاری نموده است. زیرا نظم عمومی و امنیت روانی جامعه ایجاب می‌کند که هر گونه تجسس، دخالت و ورود در حریم ارتباطی خصوصی اشخاص بدون رعایت موازین قانونی ممنوع باشد.

1 - (2) It shall be an offence for a person—(a) intentionally and without lawful authority, and (b) otherwise than in circumstances in which his conduct is excluded by subsection (6) from criminal liability under this subsection, to intercept, at any place in the United Kingdom, any communication in the course of its transmission by means of a private telecommunication system.

موضوع مورد پایش نیز چیزی است که رفتار منهی قانونی علیه آن صورت می‌گیرد که به تعبیر قانون گذار محتوا یا داده ترافیک (اعم از صوت و دیتا) است. در واقع «قانون گذار به لحاظ درک معنا و مفهوم قابل تشخیص، از تعبیر محتوا به جای داده استفاده نموده است» (پاکزاد، ۱۳۸۸، ص ۱۵۲)

منظور از داده به تعبیر قانون گذار در شق «الف» ماده ۲ق.ت.ا.؛ «هر نمادی از واقعه، اطلاعات یا مفهوم است که با وسایل الکترونیکی، نوری و یا فناوری های جدید اطلاعات تولید، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش می‌شود.» بنابراین محتوا هر نوع داده‌ای است که انعکاس دهنده منظور و مضمون یک ارتباط الکترونیکی است.

بر اساس شق نهم از قسمت دوم از بخش اول قانون تنظیم اختیارات تحقیقاتی مصوب ۲۰۰۰ انگلستان؛ «داده ترافیک به هر گونه داده‌ی شناسایی، یا در جهت شناسایی هر فرد، دستگاه یا مکانی که ارتباطات از آن یا به سوی آن منتقل می‌شود، و یا هر داده‌ای که برای شناسایی یا انتخاب، یا برنامه‌ریزی برای شناسایی یا انتخاب دستگاهی که از طریق آن یا با استفاده آن، ارتباطات در حال انتقال است یا قابل انتقال است و یا هر گونه داده‌ای که سیگنال‌های فعال‌سازی دستگاهی را تشکیل می‌دهد که برای اهداف سیستم ارتباطات در جهت تأثیر بر انتقال هر ارتباطاتی استفاده می‌شود و یا هر داده‌ای که داده‌ها یا دیگر داده‌ها را به عنوان بخشی از یک ارتباطات خاص شناسایی کند، اطلاق می‌گردد و این بیان شامل داده‌هایی می‌شود که یک فایل کامپیوتر را شناسایی می‌کند یا دسترسی برنامه‌ی کامپیوتری که با استفاده از ارتباطات فعالیت می‌کند تنها به صورتی که فایل یا برنامه با اشاره به دستگاهی که در آن ذخیره شده است، شناسایی می‌شود.»^۱

1 - 2. (9) In this section “traffic data”, in relation to any communication, means—(a) any data identifying, or purporting to identify, any person, apparatus or location to or from which the communication is or may be transmitted, (b) any data identifying or selecting, or purporting to identify or select, apparatus through which, or by means of which, the communication is or may be transmitted, (c) any data comprising signals

اما پایش بسته به نحوه برقراری ارتباط، در دو شکل مستقیم و با حضور در محل و غیر مستقیم متصور است. در فرض نخست، اشخاص باهدف «دستیابی به محتوای» ارتباط مستقیماً و با حضور در محل، ارتباط اشخاص را با واسطه یا بی واسطه مورد پایش قرار می دهند و در فرض دوم، به نحو غیر مستقیم و از راه دور از طریق تلفن، بی سیم و امثال اینها ارتباط اشخاص را ضبط و یا صرفاً استماع می نمایند.

نوع وسیله پایش اعم از ابزار فنی و غیر فنی و طول مدت زمان پایش نیز تفاوتی ندارد. پایش غیر مجاز در فضای الکترونیکی ممکن است از طریق میکروفون گذاری بی سیم مانند فرستنده های کاربردی؛ میکروفون گذاری باسیم؛ فرستنده های کنترل از راه دور و فرستنده تشعشعی و یا از طریق پست الکترونیکی، گپ مبتنی بر اینترنت یا چت و یا تلفن اینترنتی (آوانت) و در سامانه ها و دستگاه های مخابراتی از طریق تلفن های ثابت یا همراه و سلولی و پیجرها باشد. بنابراین در کنار سامانه ها امواج الکترومغناطیسی نیز در ردیف وسایل ارتکاب قرار دارد، زیرا محتوا از طریق امواج قابلیت حمل را دارند.

بنابراین پایش محتوای در حال انتقال از طریق آیفون مشمول حکم قانون گذار نمی باشد. البته هر گاه پایش از طریق فنی ارتکاب یابد اعم است از کنترل و نظارت و مراقبت داده های در حال انتقال یا کسب اطلاع یا ضبط و نسخه برداری از داده های در حال انتقال و نیز شنود امواج رادیویی و الکترومغناطیسی. بنابراین ابزار پایش ممکن است از ابزارهای فنی چون؛ گیرنده های میکروفونی، دستگاه های ضبط صوت، اسکنرهای سلولی، گیرنده های

for the actuation of apparatus used for the purposes of a telecommunication system for effecting (in whole or in part) the transmission of any communication, and (d) any data identifying the data or other data as data comprised in or attached to a particular communication, but that expression includes data identifying a computer file or computer program access to which is obtained, or which is run, by means of the communication to the extent only that the file or program is identified by reference to the apparatus in which it is stored.

رادیویی و ماهواره‌ای و... که قادر به شناسایی مکالمات از راه دور است، باشد. البته وسیله مورد استفاده پایش باید از سامانه‌های رایانه‌ای، مخابراتی، امواج الکترومغناطیسی و یانوری باشد، در غیر این صورت، مشمول ماده ۲ ق.ج.ر. (ماده ۷۳۰ ق.م.ا. تعزیرات) نخواهد بود. به عنوان مثال، چنانچه شخصی محتوای در حال انتقال نظیر مکالمات فی مابین دو نفر را مخفیانه و از طریق نصب تجهیزات استراق سمع شنود نماید، رفتارش شنود غیر مجاز موضوع ماده ۲ ق.ج.ر. (ماده ۷۳۰ ق.م.ا. تعزیرات) نمی‌باشد. چنین رفتاری با توجه به قوانین جاریه کشور، فاقد وصف مجرمانه است در حالی که میزان خطرناکی چنین رفتارهایی که محتوای در حال انتقال مکالمات اشخاص را بدون استفاده از تجهیزات رایانه‌ای و سامانه‌های الکترومغناطیسی پایش می‌نماید، کمتر از رفتارهای مدنظر قانون گذار نیست. نظیر رفتار شخصی که با ارسال تجهیزات شنود غیر مجاز از طریق شلیک کردن و پرتاب نمودن و یا جاسازی نمودن مخفیانه در لباس فرد مبادرت به شنود مکالمات شخص می‌نماید.

در کنوانسیون بوداپست، شنود یا پایش غیر مجاز ذیل جرایم علیه محرمانگی قرار گرفته و هرگاه شنود عمدی و بدون حق باشد و داده در حال انتقال غیر عمومی از طریق وسایل فنی مورد پایش قرار گیرد، رفتار ارتكابی را جرم دانسته است لذا برخلاف قانون ایران، نوع وسیله در آن اهمیت دارد. برابر ماده ۳ این کنوانسیون؛ «هریک از اعضا باید به گونه‌ای اقدام به وضع قوانین و مقررات نماید که در صورت لزوم بر اساس حقوق داخلی خود، هر نوع قطع و شنود عمدی و من غیر حق داده‌های رایانه‌ای غیر عمومی را که به وسیله ابزارهای فنی به وجود آمده و به سیستم رایانه‌ای یا از طریق آن ارسال شده یا در آن موجود است، جرم‌نگاری نماید. این عمل شامل انتشار امواج الکترومغناطیسی از سیستم رایانه‌ای که برای انتقال داده‌های رایانه‌ای به کار می‌رود نیز می‌شود.»

البته، کلیه اشکال پایش غیر مجاز مشمول حکم ماده ۲ قانون یاد شده می‌گردد. از این رو، تفاوتی ندارد که پایش غیر مجاز با اهداف تجاری، غیر تجاری، جاسوسی و... صورت

گیرد و در هر حال پایش سمعی بصری مشمول حکم عام ماده ۲ است، لیکن هر گاه داده خصوصی غیر تجاری باشد، مشمول ماده ۳ آن قانون و اگر خصوصی و تجاری باشد؛ مشمول ماده ۴۶۴ ت.ا. است. زیرا در هر حال پایش منتهی به تحصیل غیر قانونی اسرار تجاری اقتصادی بنگاه‌ها و مؤسسات خصوصی می‌گردد و نظر به این که رفتار واحد مشمول عناوین متعدده است به حکم ماده ۱۳۷ ق.م.ا. مشمول عنوان اشد می‌گردد. خاصه آنکه بر اساس اسناد و کنوانسیون‌های بین‌المللی شنود غیر مجاز از جرایم علیه محرمانگی و زیر مجموعه دسترسی غیر مجاز به داده‌های دیگران است. اما اگر داده مورد پایش عمومی و جزو اطلاعات سری باشد، مشمول ماده ۴ ق.ج.ر. (ماده ۷۳۲ ق.م.ا. تعزیرات) و جاسوسی است. پایش محتوای سمعی و بصری از نظر قانون گذار منوط به حصول و وجود شرایطی است که ذیلاً اشاره می‌گردد.

۱-۲- غیر عمومی بودن ارتباطات

ارتباطات الکترونیکی اعم از مخابراتی و رایانه‌ای مفهومی گسترده است و شامل کلیه صور ارتباطات مخابراتی از جمله؛ تلفن، تلکس، مورس، تلگرام، رایانامه، اشکال نوین ارتباطات اینترنتی نظیر اینستاگرام و شبکه‌های مختلف پیام‌رسان می‌گردد. بنابراین خصوصیتی در نوع ارتباط مخابراتی وجود ندارد. لیکن تنها پایش ارتباطات غیر عمومی مورد حکم قانون گذار قرار گرفته است و «منظور از ارتباطات غیر عمومی نیز ارتباطی است که در مرئی و منظر عموم نباشد و همگان از محتوای داده‌های در حال انتقال اطلاع نیابند.» (دزیانی، ۱۳۸۵: ۶) قانون گذار با ذکر عبارت «ارتباطات غیر عمومی» بر ماهیت فرایند انتقال داده‌ها توجه داشته نه ماهیت داده‌های در حال انتقال. زیرا یک محیط ممکن است نسبت به محیط‌های دیگر خصوصی باشد و نسبت به استفاده‌کنندگان از آن، محیط عمومی تلقی گردد. از این رو، خصوصی یا عمومی بودن ارتباط امری نسبی و نوعی است که بر حسب فرد می‌تواند عمومی یا خصوصی باشد. در نتیجه محتوای ارتباط غیر عمومی ممکن است یک ارتباط خصوصی صرف و یا یک ارتباط امنیتی، سیاسی، اقتصادی و محرمانه باشد

که طرفین ارتباط قصد آگاه سازی دیگران از مفاد محتوای در حال انتقال را ندارند. قانون گذار در تبصره‌ی ماده ۴۸ ق.ج.ر. (ماده ۷۷۶ ق.م.ا. تعزیرات) مقرر داشته؛ «دسترسی به محتوای ارتباطات غیر عمومی ذخیره شده، نظیر بست الکترونیکی یا پیامک در حکم شنود و مستلزم رعایت مقررات مربوط است.»

تبصره‌ی مذکور برابر ماده ۶۹۸ ق.آ.د.ک. مصوب سال ۱۳۹۲ نسخ گردیده و ماده ۶۸۳ جایگزین ماده مرقوم گردیده و مقرر داشته که:

«کنترل محتوای در حال انتقال ارتباطات غیر عمومی در سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی مطابق مقررات راجع به کنترل ارتباطات مخابراتی مقرر در آیین دادرسی کیفری است. تبصره: دسترسی به محتوای ارتباطات غیر عمومی ذخیره شده، نظیر پیام نگار (ایمیل) یا پیامک در حکم کنترل و مستلزم رعایت مقررات مربوط است.»

بنابراین نظر به ماده یک و تبصره مذکور دسترسی غیر مجاز به محتوای ارتباطات غیر عمومی هر گاه به وسیله تدابیر امنیتی حفاظت شده باشد، مشمول حکم ماده یک خواهد بود لیکن هر گاه به وسیله تدابیر امنیتی حفاظت نگردد، در حکم شنود غیر مجاز خواهد بود. در نتیجه این نظر که؛ قانون گذار در تبصره‌ی ماده ۴۸ ق.ج.ر. برخی از داده‌های حفاظت شده غیر عمومی را از شمول ماده یک خارج نموده (ر.ک: محمدنسل، ۱۳۹۲: ۳۰) قابل قبول نیست.

۲-۱-۲ در حال انتقال بودن محتوای داده مورد پایش

محتوای در حال انتقال در برابر محتوای انباشته شده یا ایستا، به داده‌هایی گفته می‌شود که میان مبدأ و مقصد قرار دارند. در مبدأ و مقصد این ارتباط نیز باید اشخاصی باشند که شایستگی ارسال و دریافت اطلاعات را داشته باشند تا بتوان گفت محتوای در حال انتقال محتوایی خصوصی بوده است. بنابراین هر گاه کسی بدون رضایت دارنده داده‌ها، داده‌های خصوصی دیگری را برای ثالث بفرستد، شنود محتوای این انتقال، شنود غیر مجاز نخواهد بود. (عالی پور، ۱۳۹۵: ۱۸۵) قانون گذار با ذکر عبارت «در حال انتقال» به رغم صدق شنود

غیر مجاز بر مواردی که داده‌ها در سامانه موجود است یا آماده انتقال است لیکن در حال انتقال نیست، تأکید نموده است. البته محتوای در حال انتقال در شنود غیر مجاز ضرورتی ندارد که به وسیله تدابیر امنیتی حفاظت گردد و همین که داده در یک ارتباط خصوصی باشد، کفایت می‌نماید.

۳-۱-۲- غیر مجاز بودن پایش

شرط تحقق جرم، صورت گرفتن هر کدام از اعمال مادی بدون جواز قانونی است. بنابراین در مواردی که قانون اجازه‌ی ره‌گیری و پایش حریم خصوصی ارتباطی را به مأمورین و مستخدمین دولت داده باشد، در صورت رعایت شرایط قانونی، عمل ارتكابی جرم محسوب نمی‌شود. پایش و دسترسی غیر مجاز به محتوای داده‌گاہ از ناحیه اشخاص است و گاه از ناحیه ارائه‌دهنده خدمات و دولت است و ظاهراً عبارت غیر مجاز مندرج در متون کیفری به اعمال ارتكابی از ناحیه اشخاص انصراف دارد. زیرا به ملاحظه مقررات آیین‌نامه واحدهای ارائه‌کننده خدمات اطلاع‌رسانی و اینترنت (ISP) کلیه اطلاعات کاربران اینترنتی توسط مراجع دولتی قابل دسترسی و ره‌گیری است که چنین رویه و سیاستی در تعارض آشکار با حریم خصوصی اشخاص است و شایسته است که در این رابطه تدبیری اندیشیده شود. البته عبارت «غیر مجاز» دلالت بر جرم نبودن رفتار دسترسی با رضایت دارنده محتوای در حال انتقال نیز دارد.

دو واژه‌ی «شنود» و «دسترسی» در متون قانونی متصف به قید «غیر مجاز» شده است؛ از این رو، هر نوع پردازش و مشاهده و دریافت یا ذخیره غیر قانونی اطلاعات در حال انتقال را در بر می‌گیرد و هر گاه شنود به صورت دسترسی غیر مجاز به داده‌های سامانه‌ها که به وسیله تدابیر امنیتی حفاظت شده‌اند، باشد، از شمول حکم شنود خارج بوده و عنوان دسترسی غیر مجاز دارد و اگر نسبت به داده‌های سری ذخیره شده باشد، عنوان جاسوسی دارد.

عبارت «در غیر مواردی که قانون اجازه داده» در ماده ۵۸۲ و عبارت «غیر مجاز» در ماده یک و دو ناظر به جواز قانونی مطروح در ماده ۱۵۰ ق.آ.د.ک. است که این مهم را در خصوص حریم ارتباطات کلامی در صورتی جایز شناخته که، به امنیت داخلی و خارجی کشور مربوط باشد یا برای کشف جرایمی که مجازات قانونی آن سلب حیات، حبس ابد، قطع عضو یا جنایات عمدی علیه تمامیت جسمانی با میزان نصف دیه کامل یابیش از آن و موجب مجازات تعزیری درجه سه و بالاتر باشد، جایز دانسته است. مرجع صدور جواز نیز رییس کل دادگستری استان است که در صورت تشخیص ضرورت موضوع با تعیین مدت و دفعات کنترل، امکان پذیر است و چنانچه شخص مورد نظر یکی از اشخاص و مقامات دارای منصب حساس باشد (مقامات مذکور در ماده ۳۰۷ ق.آ.د.ک) تأیید شخص رییس قوه قضائیه را نیز لازم دارد. همچنین هر گاه شخص مورد نظر از جمله محکومین به کیفر در حال تحمل کیفر باشد با رعایت قیود مذکور در بالا به تشخیص دادگاه نخستین که رأی زیر نظر آن اجرامی شود یا قاضی اجرای احکام جایز خواهد بود.

با این همه، نگارنده معتقد است که چون اصل و فرض بر احترام به حریم ارتباطات خصوصی اشخاص و مصونیت این حریم از هر نوع تعرض است اقتضا دارد که موارد نقض این حق به منظور کشف جرایم، محدود به جرایم بسیار مهم گردد و از توسعه مصادیق آن امتناع گردد و رویکرد قانون گذار در ماده ۱۵۰ ق.آ.د.ک. از این حیث قابل انتقاد است؛ زیرا تقریباً بیش از سه پنجم جرایم را قانون گذار بر شمرده است.

از سوی دیگر نظر به این که «کنترل مکالمات تلفنی» محدودتر از «ارتباطات مخابراتی» است، به قانون گذار این اشکال وارد است که اگر بنا به موقعیت برخی از اشخاص و مقامات کنترل ارتباطات ایشان را با وسواس بیشتری جایز دانسته چرا دایره شمول را محدود نموده است مگر این که واژه «تلفن» را به نحو موسع تفسیر نماییم. زیرا منطق حاکم بر حریم خصوصی ایجاب می کند ماده ۱۵۰ را شامل کلیه ارتباطات مخابراتی بدانیم. همچنین خصوصیتی در نوع و طریق استراق سمع وجود ندارد و کلیه اشکال آن اعم از شنود و

استراق سمع حرفه‌ای از طریق تجهیزات و نرم‌افزارهای خاص و فنی و تخصصی و شنود غیر حرفه‌ای و غیر قانونی با ابزار و ادوات الکترونیکی ساده را در برمی‌گیرد.
بر پایه قانون تنظیم اختیارات تحقیقاتی انگلستان مصوب سال ۲۰۰۰م. و بر اساس شق ۳ از قسمت پنجم از بخش یک؛^۱ مجوز ره‌گیری بر اساس دلایل ذیل در صورتی ضروری است که؛

(a) مربوط به امنیت ملی باشد؛ (b) با هدف ره‌گیری یا شناسایی جرمی با اهمیت باشد؛ (c) با هدف محافظت از سلامت اقتصادی در انگلستان باشد؛ یا (d) در شرایطی به نظر وزارت کشور شرایط با آنچه در پاراگراف (b) توصیف شده یکسان است و باید از شروط هر گونه موافقت بین‌المللی استفاده کرد.

بر اساس شق ششم ماده یک قانون مذکور^۲؛ شرایطی که بر اساس آن ره‌گیری ارتباط، جرم محسوب نمی‌گردد عبارت است از این که؛ مرتکب فردی باشد که حق کنترل عملیات یا استفاده از سیستم را دارد؛ یا مرتکب رضایت بیانی یا تلویحی چنین فردی را برای ره‌گیری داشته باشد و شق پنجم مقرر فوق موارد قانونی بودن ره‌گیری را پیش‌بینی نموده است

1 - Regulation of Investigatory Powers Act 2000, available at: <http://www.hms.gov.uk/acts>

2 - (c) it is in exercise, in relation to any stored communication, of any statutory power that is exercised (apart from this section) for the purpose of obtaining information or of taking possession of any document or other property; and conduct (whether or not prohibited by this section) which has lawful authority for the purposes of this section by virtue of paragraph (a) or (b) shall also be taken to be lawful for all other purposes.

3 - (6) The circumstances in which a person makes an interception of a communication in the course of its transmission by means of a private telecommunication system are such that his conduct is excluded from criminal liability under subsection (2) if— (a) he is a person with a right to control the operation or the use of the system; or (b) he has the express or implied consent of such a person to make the interception.

و مقرر داشته که^۱؛ تنها در شرایط زیر یک عمل با اهداف این بخش قانونی خواهد بود؛ (a) این عمل بر اساس شق ۳ یا ۴ مجاز باشد؛ (b) این عمل با مجوزی بر اساس شق ۵ انجام شده باشد (یک مجوز ره‌گیری)؛ یا (c) این عمل در مورد ارتباطات ذخیره شده بر اساس اختیار اساسنامه‌ای که با هدف دستیابی به اطلاعات یا مالکیت هر گونه سند یا اموالی انجام می‌گیرد، مجاز باشد؛ و عملی که برای اهداف این قسمت در پاراگراف (a) و (b) مجاز شده است باید در جهت تمامی اهداف قانونی باشد و یک فرد در راستای اهداف این قانون تنها در صورتی مجاز به ره‌گیری ارتباطات در حال انتقال است که، (a) سیستم را اصلاح کرده یا با آن یا اجرای آن مداخله کند، (b) بر انتقالی که با استفاده از سیستم انجام می‌گیرد، نظارت کند، یا (c) انتقالات انجام شده توسط نامه‌نگاری بی‌سیم به یک دستگاه در سیستم یا از آن را نظارت کند، تا برخی از مضامین یا تمامی ارتباطات را در دسترس دیگران قرار دهد در حالی که به فردی جز فرستنده یا گیرنده‌ی مورد نظر انتقال یابد. مراجعه این قانون به ره‌گیری از یک ارتباط شامل ارجاع به ره‌گیری از هر گونه ارتباط عمومی برای گیرنده‌ای عمومی نمی‌باشد.

بر اساس شق اول از قسمت سوم از بخش یک قانون فوق‌الذکر؛ اگر ارتباطات به صورت یکی از موارد زیر باشد یا فرد با دلایل معقول باور داشته باشد که هر دوی موارد زیر وجود دارد، این عمل توسط هر فرد برای ره‌گیری از ارتباطات مجاز است فرد ارسال‌کننده به قطع

1 - (5) Conduct has lawful authority for the purposes of this section if, and only if—(a) it is authorised by or under section 3 or 4; (b) it takes place in accordance with a warrant under section 5 (“an interception warrant”); or (c) it is in exercise, in relation to any stored communication, of any statutory power that is exercised (apart from this section) for the purpose of obtaining information or of taking possession of any document or other property; and conduct (whether or not prohibited by this section) which has lawful authority for the purposes of this section by virtue of paragraph (a) or (b) shall also be taken to be lawful for all other purposes.

ارتباطات رضایت دارد؛ و ارتباطی که گیرنده‌ی مورد نظر به قطع آن رضایت دارد. بر اساس شق چهارم از قسمت دوم از بخش یک قانون فوق‌الذکر^۱؛ در راستای اهداف این قانون، ره‌گیری از یک ارتباط در انگلستان تنها در صورتی رخ می‌دهد که مداخله یا نظارت یا در مورد اقلام پستی، ره‌گیری تحت تأثیر عملی در انگلستان باشد و ارتباط در حال انتقال با استفاده از خدمت پستی عمومی یا سیستم ارتباطات عمومی قطع شده باشد؛ یا در حال انتقال با استفاده از یک سیستم ارتباط خصوصی در موردی قطع شده باشد که فرستنده یا گیرنده‌ی مورد نظر ارتباطات در انگلستان باشد.

بر اساس شق اول از مقرر اخیر الذکر^۲؛ سیستم ارتباطات عمومی به معنای هر بخشی از یک سیستم ارتباطات است که از طریق آن خدمات ارتباطاتی در انگلستان ارائه می‌شود؛

1 - (4) For the purposes of this Act the interception of a communication takes place in the United Kingdom if, and only if, the modification, interference or monitoring or, in the case of a postal item, the interception is effected by conduct within the United Kingdom and the communication is either—(a) intercepted in the course of its transmission by means of a public postal service or public telecommunication system; or (b) intercepted in the course of its transmission by means of a private telecommunication system in a case in which the sender or intended recipient of the communication is in the United Kingdom.

2 - 2.—(1) In this Act ... “private telecommunication system” means any telecommunication system which, without itself being a public telecommunication system, is a system in relation to which the following conditions are satisfied—(a) it is attached, directly or indirectly and whether or not for the purposes of the communication in question, to a public telecommunication system; and (b) there is apparatus comprised in the system which is both located in the United Kingdom and used (with or without other apparatus) for making the attachment to the public telecommunication system; “public postal service” means any postal service which is offered or provided to, or to a substantial section of, the public in any one or more parts of the United Kingdom;

سیستم ارتباطات خصوصی نیز هر سیستم ارتباطاتی است که بدون این که یک سیستم ارتباطات عمومی باشد، برای اهداف ارتباطات مورد نظر یا مورد دیگری به صورت مستقیم یا غیرمستقیم به سیستم ارتباطات عمومی متصل است؛ و دستگاهی در این سیستم وجود دارد که در انگلستان وجود دارد و برای اتصال به سیستم ارتباطات اجتماعی استفاده می شود.

بر اساس شق سوم از قسمت سوم از بخش یک قانون فوق الذکر؛ در موارد زیر ره گیری ارتباطات مجاز است؛ (a) این عمل از جانب فردی انجام گرفته باشد که یک خدمت پستی یا خدمت ارتباطاتی ارائه می دهد؛ و (b) این عمل با اهدافی مرتبط با تهیه یا اجرای آن خدمت یا با اجرای هر قانونی در رابطه با استفاده از خدمات پستی یا ارتباطات انجام گیرد.

بر اساس شق نخست و دوم و پنجم از قسمت چهارم از بخش یک قانون فوق الذکر؛¹ در

1 - 4.—(1) Conduct by any person” the interceptor (“consisting in the interception of a communication in the course of its transmission by means of a telecommunication system is authorised by this section if)—a (the interception is carried out for the purpose of obtaining information about the communications of a person who, or who the interceptor has reasonable grounds for believing, is in a country or territory outside the United Kingdom); b (the interception relates to the use of a telecommunications service provided to persons in that country or territory which is either)—i (a public telecommunications service ;or) ii (a telecommunications service that would be a public telecommunications service if the persons to whom it is offered or provided were members of the public in a part of the United Kingdom ;c (the person who provides that service) whether the interceptor or another person (is required by the law of that country or territory to carry out, secure or facilitate the interception in question) ;d (the situation is one in relation to which such further conditions as may be prescribed by regulations made by the Secretary of State are required to be satisfied before conduct may be treated as authorised by virtue of this subsection ;and) e (the conditions so prescribed are satisfied in relation to that situation (2) .Subject to subsection , (3) the Secretary of State may by regulations authorise any such conduct described in the regulations as appears to him

موارد زیر ره‌گیری ارتباطات در حال انتقال با استفاده از سیستم ارتباطات مجاز محسوب می‌شود؛ (a) این ره‌گیری باهدف به دست آوردن اطلاعات در مورد ارتباطات شخصی انجام گیرد که مرتکب با دلایلی منطقی باور داشته باشد در کشوری خارج از انگلستان یا خارج از مرزهای انگلستان است؛ (b) این ره‌گیری به استفاده از خدمات ارتباطاتی مربوط شود که در آن کشور یا قلمرو برای افراد ارائه می‌شود و یک خدمت ارتباطات عمومی باشد؛ (c) فردی که این خدمت را ارائه می‌دهد بر اساس قانون کشور یا قلمرو ملزم به حفظ امنیت یا تسهیل در ره‌گیری مورد نظر باشد؛ (d) موقعیت به گونه‌ای باشد که با توجه به مقررات وزارت کشور که باید پیش از بررسی عمل در نظر گرفته شوند، ممنوعیت‌های بیشتری اعمال شده باشند؛ و (e) شرایط ممنوعیت در رابطه با آن موقعیت برآورده شده باشند.

بر اساس زیر بند (۳)، همان مقررره؛ وزیر کشور می‌تواند با وضع مقرراتی، هر عملی را که در مقررات منع شده مجاز بداند مشروط به آنکه عمل مورد نظر را عملی منطقی و مورد نیاز باهدف در انجام عمل و قدرت دنبال کردن موارد زیر بداند؛ ارتباطاتی که با استفاده از آن معاملات به منبع آن تجارت وارد می‌شوند؛ یا دیگر ارتباطات مربوط به تجارت یا

to constitute a legitimate practice reasonably required for the purpose, in connection with the carrying on of any business, of monitoring or keeping a record of) — a (communications by means of which transactions are entered into in the course of that business; or) b) other communications relating to that business or taking place in the course of its being carried on (3). Nothing in any regulations under subsection (2) shall authorise the interception of any communication except in the course of its transmission using apparatus or services provided by or to the person carrying on the business for use wholly or partly in connection with that business (5).... Conduct taking place in any hospital premises where high security psychiatric services are provided is authorised by this section if it is conduct in pursuance of, and in accordance with, any direction given under section 17 of the National Health Service Act) 1977 directions as to the carrying out of their functions by health bodies (to the body providing those services at those premises).

ارتباطاتی که در مسیر حمل صورت می‌گیرند. در این بخش اشاره‌هایی که به یک تجارت انجام می‌گیرد عبارت‌اند از اشاره‌هایی به فعالیت‌های یک سازمان دولتی با هرگونه اختیار دولتی یا فرد یا مسؤول اداره‌ای که مسؤولیت‌هایی را بر عهده دارد یا بر اساس قانون مسؤول است. در رابطه با کیفیت اختیار وزیر کشور جهت دادن اختیار ره‌گیری مقرراتی وضع شده و حدود اختیار وزیر کشور تبیین شده است.

ملاحظه قانون فوق خصوصاً مواد مذکور در بخش نخست قانون ذیل بندهای یک تا ۵ و بند ۲۱، ۱۹ و ۲۳ و بند ۴۹ در بخش سوم، گویای این مهم است که قانون‌گذار انگلستان برخلاف قانون‌گذار ایرانی که به ذکر عبارات کلی بسنده نموده، سعی زیادی در تبیین دقیق مقررات ره‌گیری قانونی نموده است. با این همه، بر اساس ماده ۲ و ۲۸ مأموران دولت به دلیل بایسته‌های امنیت ملی می‌توانند به فراگیری یا افشای داده‌های ارتباطی و ره‌گیری داده‌های در حال تراکنش و انجام جاسوسی‌های سرزده دست زنند. از این رو، این قانون از جهت این که امکان کنترل و نظارت گسترده را پیش‌بینی نموده در تعارض آشکار با حریم خصوصی است.

۴-۱-۲- پایش از سامانه‌های رایانه‌ای یا امواج الکترومغناطیسی و نوری

قانون‌گذار تحقق پایش را منوط به انجام پایش از سامانه‌های رایانه‌ای یا امواج الکترومغناطیسی و نوری دانسته است. غرض از سامانه‌های رایانه‌ای «هر نوع دستگاه یا مجموعه‌ای از دستگاه‌های متصل سخت‌افزاری، نرم‌افزاری که از طریق اجرای برنامه‌های پردازش خود کار داده‌پیام عمل می‌نماید» است. (ماده یک کنوانسیون بوداپست و شق «واو» ماده ۴ ق.ت.ا.)

منظور از امواج الکترومغناطیسی، امواجی‌اند که از میدان‌های الکتریکی و مغناطیسی ساخته شده و در فضا انتشار می‌یابند و برای انتشار نیاز به محیط مادی ندارند و دارای ماهیت و سرعت یکسان بوده و تنها از لحاظ فرکانس یا طول موج باهم تفاوت دارند و در طیف آن، هیچ شکافی وجود ندارد؛ یعنی هر فرکانس دلخواه را می‌توانیم تولید کنیم و برای

مقیاس‌های بسامد یا طول موج، هیچ حد بالا یا پایین تعیین شده‌ای وجود ندارد. این امواج شامل امواج رادیویی نیز می‌گردد و با سرعتی نزدیک به سرعت نور انتقال می‌یابد. منظور از امواج نوری، نیز فرآیند انتقال سیگنال‌های الکتریکی به وسیله‌ی نور است. در این فناوری سیگنال‌های الکتریکی که همان اطلاعات یا محتوا است به قسمت الکتریکی داده می‌شود. این قسمت منبع نوری را که ممکن است لیزر یا نور دیگری باشد به کار انداخته و سیگنال‌های خبر روی امواج نور مدولاسیون (سوار) می‌گردند. آنگاه وارد کابل‌های فیبر نوری شده و این کابل‌ها که متشکل از رشته‌های نوری اند سیگنال‌های مخابراتی را انتقال می‌دهند و در مقصد یا محل تقویت‌کننده‌ها به گیرنده می‌رسانند و گیرنده آن‌ها را تبدیل به سیگنال‌های الکتریکی می‌نماید. (امامی، ۱۳۸۹: ۲۳)

در مجموع به ملاحظه قوانین و مقررات جاری نکته در خور تعمق و بحث برانگیز در باب سیاست جنایی اتخاذی قانون‌گذار در باب پایش سمعی و بصری آن است که به رغم ضرورت‌های شرعی و قانونی و اجتماعی به منظور مصونیت حوزه ارتباطات خصوصی اشخاص از هر گونه تعدی و تعرض قانون‌گذار توجه شایسته و بایسته‌ای را به این مهم نموده است. خلأ اتخاذ سیاست جنایی کامل و پویا از ابتدای قانون‌گذاری همواره محسوس بوده است. زیرا تا قبل از تصویب قانون جرایم رایانه‌ای تنها انگاره قانونی در این زمینه ماده‌ی ۵۸۲ق.م.ا. بود که در این ماده توجهی به نقض این حقوق از ناحیه غیر مأموران حکومتی نشده بود و قانون‌گذار تنها رفتار مورد نظر را از ناحیه مأمورین حکومتی آن هم در صورتی که در راستای وظیفه قانونی خود چنین تعدی را مرتکب می‌شدند جرم‌انگاری نموده بود. زیرا این ماده ذیل سرفصل «تعدیات و تقصیرات مقامات و مأمورین دولتی» درج شده بود و به تعدیات مأمورین در راستای وظایف قانونی منصرف بود. این مهم در شرایطی بود که قانون‌گذار نسبت به چنین رفتاری از ناحیه اشخاص عادی سکوت نموده بود، در حالی که در اکثر قوانین جزایی کشورهای جهان، چنین رفتاری جرم‌انگاری شده بود. این نقیصه با تصویب ماده‌ی ۲ق.ج.ر (ماده ۷۳۰ق.م.ا. تعزیرات) برطرف شده و قانون‌گذار با

ذکر عبارت «هر کس» حکم مقرر در ماده ۲ را به عموم افراد اعم از مأمورین و غیر مأمورین تعمیم داد. در نتیجه، موضوع ماده ۲ ق.ج.ر. (ماده ۷۳۰ ق.م.ا. تعزیرات)، حکمی عام شده که حکم ماده ۵۸۲ از آن استثنا گردید. از سوی دیگر، قانون گذار شنود محتوای سری در حال انتقال یعنی داده‌هایی را که افشای آن‌ها به امنیت کشور یا منافع ملی لطمه می‌زند، مستقلاً جرم‌انگاری نموده و از عموم ماده ۲ قانون یاد شده خارج دانست. باین همه، چون ماده ۵۸۲ ق.م.ا. ذیل سرفصل «تعدیات و تقصیرات مقامات و مأمورین دولتی» درج گردیده علی‌الاصول حکم ماده باید ناظر به مأمورین دولتی به مناسبت و وظیفه و با سوءاستفاده از قدرت باشد؛ لیکن اطلاق عبارات قانونی موجب تعمیم حکم ماده به ارتکاب نقض حریم ارتباطاتی اشخاص از ناحیه مقامات و مأمورین دولتی در کلیه موارد اعم از در ارتباط با وظیفه و غیر آن و اعم از با سوءاستفاده از قدرت و غیر آن می‌گردد؛ که نتیجه پذیرش چنین تفسیری، تعارض غیر قابل توجیه از حیث کیفیت رفتار واحد برابر دو مقرر فوق خواهد بود. حال آن که منطقاً بایستی ارتکاب چنین رفتاری علی‌الطلاق جرم تلقی می‌گردیده و ارتکاب بدون رعایت تشریفات و با سوءاستفاده از موقعیت از کیفیات مشدد تلقی می‌شد.

بنابراین، در شرایط موجود، نگارنده معتقد است عمل مأموری که به عنوان مثال به منظور رقابت با دیگری در معاملات تجاری مبادرت به گوش دادن مخفیانه تلفن‌های غیر می‌کند و رفتاری از تباطوی با شغل و وظیفه وی ندارد مشمول حکم ماده ۲ فوق‌الذکر خواهد بود. زیرا حکم ماده ۵۸۲ را باید منصرف به سوءاستفاده از قدرت و به مناسبت وظیفه دانست؛ از این رو، در مثال اخیر رفتار مأمور چون ناشی از انجام وظیفه نبوده، مشمول ماده ۵۸۲ نیست. از سویی، در این ماده اشاره‌ای به مکالمات کلامی، حضوری و الکترونیکی نشده و نظر به اصطلاح مکالمات تلفنی، شنود و ضبط مکالمات کلامی، حضوری و الکترونیکی مطابق این ماده جرم محسوب نمی‌گردد. چنین رفتاری نظر به عبارت «در حال انتقال ارتباطات غیر عمومی در سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا امواج الکترومغناطیسی یا نوری را شنود کند»، مذکور در ماده ۲ موجب می‌گردد تاره‌گیری مکالمات کلامی، حضوری

غیر الکترونیکی نیز جرم محسوب نگردد. بنابراین چنانچه شخصی مبادرت به نصب دستگاه شنود یا ضبط مکالمه در لباس یا منزل دیگری نماید و از این طریق مکالمات را شنود نماید رفتارش جرم محسوب نمی‌گردد و این از جمله خالاهای قانونی است.

در مجموع ملاحظه مقررات ناظر بر پایش محتوای داده در حال انتقال در دو سامانه حقوقی ایران و انگلستان گویای آن است که؛ تقریباً رویکردی مشابه در این رابطه در پیش گرفته شده است. به نحوی که در حقوق انگلستان به تأسی از کنوانسیون بوداپست پایش محتوای داده‌های در حال انتقال زیر عنوان ره‌گیری غیر مجاز جرم‌انگاری شده است لیکن در این کشور برخلاف حقوق ایران که عبارت قانونی اطلاق دارد و دربرگیرنده پایش با ابزار فنی و غیر فنی است؛ پایش الزاماً با ابزار فنی باید باشد. در عین حال، در هر دو سامانه اجازه‌ی ره‌گیری محتوای داده‌ها به توجیه حفظ امنیت داده شده است لیکن این جواز در حقوق انگلستان با توجیه مبارزه با تروریسم به صورت گسترده و سامانمند است که از حیث حفظ حریم خصوصی و احترام با آن با اشکال جدی مواجه است.

۲-۲- ارتباطات ناخواسته الکترونیکی

ارتباط ناخواسته از جمله مصادیق نوظهور نقض حریم خصوصی اشخاص است که برقراری ارتباطات مکالماتی یا مخابراتی اعم از صوتی و پیامکی و... بدون کسب اجازه از کاربر یا مشترک و اغلب به قصد تبلیغات تجاری و... ایجاد می‌گردد و به نوعی موجب مزاحمت افراد می‌گردد. (کروبی، ۱۳۸۴، ص ۶۵) از آنجایی که برقراری هر نوع ارتباط با دیگران مستلزم وجود اراده و رضایت طرفین ارتباط است و دستگاه‌های مخابراتی و نیز فضای رایانه‌ای و الکترونیکی کاملاً شخصی است، ورود به آن نیز بایستی مستلزم کسب رضایت قبلی از دارنده و مشترک باشد. زیرا کمترین زیان وارده به اشخاص از حیث ورود بدون اجازه در این حوزه اتلاف وقت و چه بسا سلب آرامش و آسایش افراد با برقراری پیام‌های مکرر و ارتباطات مکرر ناخواسته است. در حقوق ایران، در این زمینه، مقررهای وجود ندارد و چنین رفتاری را نمی‌توان مصداق جرم مزاحمت و نقض حریم خصوصی افراد و مشمول

ماده ۶۴۱ ق.م.ا. تعزیرات^۱ دانست. زیرا؛ رفتار مجرمانه موضوع ماده مذکور از جمله رفتارهای مادی صرف نمی‌باشد که صرف ارتکاب آن جرم تلقی شده باشد؛ بلکه مستلزم وجود قصد مجرمانه و سوء نیت است و چنین رفتاری گرچه ناقض حریم خصوصی اشخاص است لیکن فاقد انگاره‌های لازم جهت جرم‌انگاری است. هر چند در جبران حقوق خصوصی اشخاص از حیث زیان مادی و خصوصی جای بحث وجود ندارد.

در این رابطه دستورالعمل شماره ۲۰۰۲/۵۸/EC اتحادیه اروپایی، استفاده از سامانه‌های برقراری تماس خودکار را ممنوع نموده است و ماده ۱۱ آن اشاره نموده؛ شوراها می‌توانند تضمین می‌کنند که هر مشترک امکان این که از طریق یک روش ساده و بدون هزینه، ارسال تماس‌های تلفنی خودکار توسط ثالث به پایانه وی را متوقف نماید و بند یک ماده ۱۳ دستورالعمل فوق، استفاده از سامانه‌های تماس خودکار که بدون مداخله انسان عمل می‌نمایند؛ دورنگار و نامه‌های الکترونیکی به منظور بازاریابی مستقیم را تنها در خصوص مشترکانی امکان پذیر دانسته که رضایت قبلی خود را اعلام نموده باشد.

۲-۳- مزاحمت الکترونیکی

واژه مزاحمت در لغت به معنای؛ تصدیع، دردسر، آزار، آزردن، تزاخم، رنجه، تنگ گرفتن بر کسی؛ اذیت کردن و زحمت رسانیدن آمده است. (<https://www.vajehyab.com>) بنابراین خصوصیتی در نوع رفتار آزاررسان وجود ندارد و بدیهی است که غرض از آزار نیز آزار روحی و غیر جسمانی است. از این رو، رفتارهایی چون برقراری تماس‌های مکرر الکترونیکی و قطع پیش از برقراری ارتباط و یا سکوت پس از برقراری تماس، تماس نابهنگام مکرر نظیر تماس در نیمه شب و برقراری تماس و طرح موضوع‌های بی‌ربط، فرستادن نامه الکترونیکی، پیام کوتاه، گذاشتن پیام روی دستگاه پیام‌گیر و ارسال پیام از طریق پیام‌رسان‌های اجتماعی و نظایر این قبیل رفتارها، همگی می‌توانند مصداق نقض حریم خلوت و تنهایی اشخاص باشد.

۱ - برابر این ماده؛ «هرگاه کسی به وسیله تلفن یا دستگاه‌های مخابراتی دیگر برای اشخاص ایجاد مزاحمت نماید

علاوه بر اجرای مقررات خاص شرکت مخابرات، مرتکب به ... محکوم خواهد شد.»

بنابراین با توجه به این که مزاحمت، لفظی عام است، رفتار ارتكابی الزاماً مبتنی بر توهین و فحاشی نیست لیکن اگر آزاردهنده نبودن فعل احراز شود، عمل جرم نیست. نظیر ارسال پیام‌های مکرر که آزاردهنده نیست^۱. ارتكاب رفتار موجب مزاحمت که برابر ماده ۴۱ق.م.ا.بخش تعزیرات جرم‌انگاری شده نیز به صورت مثبت مادی، آنی و مستقیم است.

بنابراین دستگاه‌های مخابراتی را تنها در صورت معد بودن برای ارتباط مستقیم می‌توان مشمول ماده دانست. لذا مزاحمت از طریق تلگراف را نمی‌توان از مصادیق این ماده دانست و «دستگاه‌های مخابراتی باید به نحوی باشد که معدار تباط مستقیم باشد و الزاماً منظور از مستقیم، رودرویی بدون فاصله زمانی نیست.» (آقایی نیا، ۱۳۸۶: ۲۴۰) بنابراین ضبط پیام و سپس ارسال پیام ضبط شده یا تدوین و نوشتن مطالبی وار سال رایانامه می‌تواند مصداق مزاحمت باشد. تبصره یک ماده ۱۴ قانون تأسیس شرکت مخابرات در باره استفاده غیر مجاز از وسایل مخابراتی، از جمله برای ورود به حریم خصوصی دیگران اشعار نموده؛

«هر کس از وسایل مخابراتی عمومی یا اختصاصی که در اختیار دارد به طور غیر مجاز استفاده کند در نوبت اول به او کتباً اخطار می‌شود و در نوبت دوم به مدت پانزده روز ارتباط او قطع یا از استفاده ممنوع خواهد شد. در صورت تکرار، اشتراک یا اجازه استفاده او لغو می‌شود یا تقاضای تجدید اشتراک یا استفاده پس از انقضای شش ماه با رعایت امکانات فنی پذیرفته خواهد شد. موارد استفاده غیر مجاز در آیین نام‌های که از طرف شرکت تهیه می‌شود و به تصویب وزیر پست و تلگراف و تلفن خواهد رسید، تعیین می‌گردد.»

از نظر حقوق انگلستان، صرف تلفن زدن و قطع کردن یا سکوت نمودن به ویژه در ساعاتی مثل نیمه شب می‌تواند مصداق رفتار مجرمانه تهاجم (assault) باشد. (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۵: ۵۴۱) Assault که در فارسی به معنای تهاجم، حمله و یورش است ممکن است به صورت رفتار و کلمات تهدیدآمیز باشد. مجلس اعیان انگلستان در دعوی دولت علیه ایرلند و برستو Burstow در سال ۱۹۹۷ این رویکرد را اتخاذ نمود که تلفن‌های مکرر بدون

۱ - توضیح فصلنامه «حقوق و فناوری اطلاعات»: البته به نظر می‌رسد عرف جامعه دریافت پیام‌های مکرر را آزاردهنده بشمارد؛ چه از حیث این که پیام‌های مکرر دارای متن واحد باشند یا حتا از یک ارسال کننده واحد فرستاده شوند.

حرف می تواند مصداق تهاجم باشد. (الیت، کاترین، ۱۳۹۳: ۱۹۶)

مبنای استدلال دادگاه در تهاجم دانستن این رفتار این بود که؛ بزه دیدگان از جرم نمی دانند که متهم بعد از تماس قصد انجام چه کاری داشته است و این موجب وا همه و ترس و ناراحتی روانی می گردد. (هرینگ، ۱۳۹۲: ۷۵) در عین حال، حتا چنین رفتاری می تواند مشمول قانون حمایت در مقابل مزاحمت مصوب ۱۹۹۷ گردد هر چند قانون اخیر در رابطه با رفتار مجرمانه دنبال کسی بامنظور خاص افتادن تصویب شد لیکن این قانون به صورت کلی تنظیم شده و می تواند هر نوع رفتار توأم با مزاحمت را شامل گردد. برابر قانون مذکور؛ شخص نباید طرز رفتاری را دنبال کند که؛ موجب مزاحمت دیگری باشد در حالی که می دانسته یا باید می دانسته که موجب مزاحمت می گردد و در راستای اهداف این ماده شخصی که طرز رفتارش مورد بررسی است، بایستی بداند که رفتارش، برابر با مزاحمت دیگری است، اگر فرد متعارفی با دارا بودن همان اطلاعات، متوجه باشد که این طرز رفتار، برابر با مزاحمت دیگری است لیکن اگر شخص اثبات نماید که، طرز رفتار باهدف جلوگیری یا بازداشتن از جرم دنبال شده بوده است و بر اساس حکم یا قاعده قانونی دنبال شده بود یا جهت تبعیت از هر قید یا شرطی تکلیف شده توسط هر فردی، به موجب هر گونه حکمی بوده است؛ یا در اوضاع و احوال معینی، مشغول طرز رفتار معقول بوده است. (همان: ۹۱-۹۰)

در این خصوص، به نقل از یک حقوقدانان انگلیسی نگاشته اند؛ دعوی ایجاد عمدی ناراحتی های عاطفی مبتنی بر اصلی است که در دعوی ویل کلینس علیه دانتون اعلام شده است. در این دعوا شاکی بر اثر ترسیدن از اخبار غلطی که درباره همسرش در قالب یک جُک شنید، بیمار شد. دادگاه پس از رسیدگی به دعوا اعلام کرد: «خواننده عالماً و عامداً یک عمل محاسبه شده برای وارد کردن صدمه و لطمه به شاکی را مرتکب شده؛ به عبارتی حق قانونی خواهان نسبت به سلامت شخصی اش را نقض کرده بدین وسیله موجب صدمه فیزیکی او شده و همین امر می تواند سبب مناسبی برای طرح دعوا علیه خواننده شناخته شود.» (انصاری: ۹۳ به نقل از؛ LRCHK, ibid, para ۴-۴&۲۵-۴)

۳. نتیجه:

با ملاحظه مقررات قانونی ناظر به حریم ارتباطات برمی آید که؛ قانون گذار کشورمان هر نوع دسترسی غیرمجاز محتوای حریم خصوصی ارتباطات را که از طریق سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی و به عبارتی الکترونیکی صورت گیرد، مشروط به این که در حال انتقال باشد، ممنوع و جرم‌انگاری نموده است. لیکن نظر به اهمیت رفتار هتا‌کانه فوق و با توجه به میزان کیفر مقرر قانونی، ناکارآمدی سیاست کیفری قانون گذار به وضوح ملموس است. زیرا در شرایطی که دسترسی غیرمجاز رفتاری به مراتب خطرناک‌تر از شنود غیرمجاز است کیفری کمتر از شنود غیرمجاز برای این جرم در نظر گرفته شده است.

از سویی، ذکر عبارت «مگر در مواردی که به امنیت داخلی و خارجی کشور مربوط باشد» در خصوص کنترل حریم ارتباطات مخابراتی، برخلاف اصل شفافیت بوده و اطلاق عبارت مذکور می‌تواند موجب تعمیم حکم به مواردی که جرمی واقع نشده و احتمال وقوع آن در آینده داده می‌شود و یا مواردی که اساساً شخصی که ارتباطات وی کنترل می‌گردد، متهم نباشد، گردد و از این حیث، ناقض حق حریم خصوصی اشخاص است. همچنین در رابطه با کیفر گذاری رفتارهای ناقض حریم خصوصی که مرتکب آن از مأمورین دولتی و صاحبان قدرت باشند با سایرین و نیز بین بزه‌دیدگان که از جمله صغار یا مراجع دولتی باشند رویکرد افتراقی ضروری به نظر می‌رسد که از ناحیه قانون گذار ملحوظ نظر واقع نگردیده است.

از سویی، در قانون جرایم رایانه‌ای، تمهید مناسبی جهت جلوگیری از نقض حریم خصوصی کاربران و کاوش در فعالیت‌های صورت گرفته توسط آنان به وسیله ارائه‌دهندگان خدمات دسترسی‌اندیشیده نشده است.

ملاحظه قانون تنظیم اختیارات تحقیقاتی مصوب ۲۰۰۰ انگلستان خصوصاً مواد مذکور در بخش نخست قانون ذیل بندهای یک تا ۵ و بند ۲۱، ۱۹، ۲۳ و بند ۴۹ در بخش سوم گویای این مهم است که قانون گذار انگلستان بر خلاف قانون گذار ایرانی که به ذکر عبارات کلی بسنده نموده سعی زیادی در تبیین دقیق مقررات رهگیری قانونی نموده است. از این رو، این

قانون در صیانت از حریم خصوصی اشخاص از حیث توجه به جزییات قانونی پویا تر است. هر چند که به واسطه پیش بینی اختیاری گسترده ارتباطات به دلایل امنیتی همچون قانون ایران به این قانون نیز خُرده وارد است.

پیشنهاد می گردد قانون گذار به جای عبارت «شنود غیر مجاز» در ماده ۷۳۰ ق.م.ا. یا ماده ۲ ق.ج.ر از عبارت «پایش سمعی بصری غیر قانونی» که معادل ره گیری، زیر نظر گرفتن و مراقبت غیر قانونی است، استفاده نماید و موارد جواز دسترسی به اطلاعات و مداخله در حریم ارتباطی توسط مراجع حکومتی به نحو دقیق تبیین گردد و به منظور احترام به حریم خصوصی اشخاص تدبیری به منظور پیشگیری از برقراری ارتباطات ناخواسته الکترونیکی اندیشیده شود و نظر به اهمیت و خطرناکی بیشتر مزاحمت های الکترونیکی در مقایسه با مزاحمت غیر الکترونیکی و گسترش و افزایش این نوع رفتارهای هتاکانه حریم خصوصی متأثر از گسترش روز افزون ارتباطات الکترونیکی شایسته است قانون گذار در این رابطه سیاست مستقلی را در پیش گیرد.

منابع:

الف) فارسی

۱. آقایی نیا، حسین (۱۳۸۶)، جرایم علیه اشخاص، شخصیت معنوی، ج. ۲، تهران، میزان.
۲. اصلانی، حمیدرضا (۱۳۸۴)، حقوق فناوری اطلاعات، حریم خصوصی در جامعه اطلاعاتی، چاپ اول، تهران، میزان.
۳. انصاری، باقر (۱۳۸۶)، حقوق حریم خصوصی، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت.
۴. الیت، کاترین؛ کوئین، فرانسیس (۱۳۹۳)، حقوق جزا، مترجمان: واحدی نوایی، آوا و غضنفری، نسترن، چاپ اول، تهران، میزان.
۵. پاکزاد، بتول (۱۳۸۸)، «تروویسم سایبری»، رساله دکترای حقوق جزا و جرم شناسی، تهران، دانشگاه شهید بهشتی.

۶. عز زبیر، اولریش؛ جرایم رایانه‌ای (۱۳۸۴) مترجمان: نوری، محمدعلی، نخجوان، رضا، بختیاروند، مصطفی و رحیمی مقدم، احمد، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
۷. عاملی، سعید رضا (۱۳۸۵)، ارزیابی فضای مجازی ایران، تهران، دانشگاه تهران.
۸. عالی پور، حسن (۱۳۸۸)، جرایم بر ضد امنیت ملی، چاپ اول، تهران، خرسندی.
۹. «.....» (۱۳۹۵)، حقوق کیفری فناوری اطلاعات، ج. ۴، تهران، خرسندی.
۱۰. فضلی، مهدی (۱۳۸۴)، تخریب و اختلال در داده‌ها و سیستم‌های رایانه‌ای، مجموعه مقالات همایش بررسی جنبه‌های حقوقی فناوری اطلاعات، چاپ اول، تهران، انتشارات سلسبیل.
۱۱. کروی، محمدتقی (۱۳۸۴)، اتحادیه اروپا و بحث حمایت از داده‌های شخصی و حریم خصوصی در ارتباطات الکترونیکی، چاپ اول، تهران، نشر بقعه.
۱۲. محسنی، فرید (۱۳۹۵)، حریم خصوصی اطلاعات، چاپ اول، تهران، دانشگاه امام صادق (ع).
۱۳. محمدنسل، غلامرضا (۱۳۹۲)، حقوق جزای اختصاصی، جرایم رایانه‌ای در ایران، تهران، میزان.
۱۴. میر محمدصادقی، حسین (۱۳۹۱)، حقوق جزای اختصاصی انگلستان و نقش حقوق جزا در جامعه، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل.
۱۵. میوالد، (۱۳۸۳)، امنیت شبکه، ترجمه: صفایی، سید احمد، جلد اول، چاپ اول، تهران، دانش پرور.
۱۶. نوری، محمدعلی؛ نخجوانی، رضا (۱۳۸۳)، حقوق حمایت داده‌ها، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
۱۷. وارد، مایک (۱۳۸۴)، روزنامه‌نگاری الکترونیکی، ترجمه: کیا، علی اصغر، تهران، چاپ اول، مؤسسه انتشاراتی روزنامه ایران.
۱۸. هرینگ، جاناتان (۱۳۹۲)، مبانی حقوق کیفری انگلستان، مترجم: اعتمادی، امیر، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل.
۱۹. امامی، محمدرضا، (۱۳۸۹)، «بررسی ابعاد کیفری شنود غیرمجاز در عرصه فناوری اطلاعات و ارتباطات»، نشریه ماوی، ش. ۹۳۳.
۲۰. دزیانی، محمدحسن (۱۳۸۵)، «درآمدی بر سیاست جنایی جرایم سایبری»، ماهنامه قضاوت، ش. ۳۹۰.

ب) لاتین

21. GAJDOŠOVÁ, Jana , Article 8Echr and Its Impact on English Law, (A Thesis For fulfillment of the Requirements for Ph.D Degree) , University of East Anglia, Law School , 2008, Visible on: <https://ueaeprints.uea.ac.uk>

ب) قوانین مورد استفاده انگلستان

22. Data Protection Act 1998.

23. Penal Code and Subsidiary Legislation Revised Edition showing the law as at 1 January 2008.

24. Regulation of Investigatory Powers Act 2000.

25. Serious Organized Crime and Police Act 2005.

تحلیل نام دامنه اینترنتی در گستره حقوق مالکیت فکری: معرفی تئوری مرکب با تکیه بر مفهوم تناظر



دکتر طاهر حبیب زاده

استادیار و عضو هیأت علمی دانشکده معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق (ع)، دکترای حقوق فناوری

اطلاعات با تأکید بر حقوق تجارت و کسب و کارهای الکترونیکی از انگلستان؛ habibzadeh114@yahoo.com

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۰/۲۷

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۸/۲۵

چکیده:

نام‌های دامنه از همان زمانی که اینترنت در مسیر توسعه و همگانی شدن قرار گرفت، موضوع سیاست‌گذاری و تنظیم مقررات شد. چرا که نام‌گذاری و آدرس‌دهی پایگاه‌های مختلف در اینترنت و ارجاع میزبان‌های گوناگون به یکدیگر از مسایل مهم در توسعه اینترنت قلمداد می‌شود. با این حال، ابعاد حقوقی نام‌های دامنه هنوز در سیستم حقوقی ایران شکافته نشده است. از جمله این مسایل، واکاوی جایگاه نام دامنه در گستره حقوق مالکیت فکری است. در این راستا، سؤال اساسی این است که آیا نام دامنه مصداقی از اموال فکری است یا خیر. اگر پاسخ منفی است، استدلال چیست و اگر پاسخ مثبت است، آیا شرایط خاصی بایستی احراز گردد تا نام دامنه مصداقی از مالکیت‌های فکری باشد یا همواره و بدون پیش شرط چنین است. این اثر تلاش می‌کند با بررسی دودیدگاه رایج در این رابطه، دیدگاه سومی ارائه کند که نگارنده از آن به «تئوری مرکب با تکیه بر مفهوم تناظر» یاد می‌کند. ارائه دیدگاه‌های مر سوم و نقد آن‌ها و سپس ارائه دیدگاه مختار نگارنده و تحلیل آن هدف این نوشتار است که با ارتباط سنجی بین نام دامنه و مصداق مالکیت‌های فکری و با دسته‌بندی صور مختلف آن‌ها، ضمن انجام مطالعه تطبیقی و تحلیلی و مبتنی بر مثال‌های فراوان، پاسخ مقتضی ارائه می‌شود.

کلیدواژگان: نام دامنه، مالکیت فکری، نام تجاری، علامت تجاری، اصل تناظر، ماده ۶۶ قانون تجارت الکترونیکی مصوب سال ۱۳۸۲.

۱. مقدمه

نام‌های دامنه از همان زمانی که اینترنت در مسیر توسعه و همگانی شدن قرار گرفت، موضوع سیاست‌گذاری و تنظیم مقررات بوده است چرا که نام‌گذاری و آدرس‌دهی پایگاه‌های مختلف در اینترنت و ارجاع میزبان‌های مختلف به یکدیگر از مسایل مهم در توسعه اینترنت بوده است. در نتیجه، به هر نشانی اینترنتی، یک نام و به هر میزبان در شبکه، یک نام خاص اختصاص داده شد. برای این منظور، سیستم نام‌گذاری نام‌های دامنه بنا شد. در این سیستم وقتی یک نام دامنه در مرورگر وارد می‌شود تبدیل به یک آدرس اینترنتی می‌شود و مرورگر می‌تواند به کمک نشانی اینترنتی مقصد، ارتباط لازم را دریافت و داده‌ها را منتقل کند. با گسترش استفاده از نام‌های دامنه، سطح‌بندی‌های متناسب نیز صورت گرفته است (مانند gTLDs که در ادامه بررسی خواهد شد) و سازمانی بین‌المللی برای مدیریت نام‌های دامنه تأسیس شده است (به نام ICANN، که در حال حاضر مدیریت منابع و نام‌های دامنه اینترنتی در سطح جهانی را در اختیار دارد) و برای حل و فصل اختلافات حاصله نیز راه‌کارهایی در سطح بین‌المللی توسط ICANN تدوین شده است. (مانند UDRP)

در کنار زیرساخت فنی که خود دارای پیچیدگی فراوانی است، مسایل حقوقی نام‌های دامنه نیز مطرح است که گسترده‌تر از آن است که بتوان به سادگی مدعی شد همه ابعاد آن از شفافیت لازم برخوردار است. از جمله این مسایل حقوقی عبارتند از: اجاره نام دامنه و حق سرقتی در آن، حمایت از حقوق مصرف‌کننده در گستره نام‌های دامنه، تحریم نام دامنه و مصادره آن، بازار ثانویه نام دامنه، توقیف نام دامنه، مصادره، رهن و وثیقه‌گذاری آن، حقوق رقابت و احتکار در گستره نام‌های دامنه، مسایل جزایی مرتبط با نام‌های دامنه، حفاظت از داده‌های شخصی در ارتباط با ثبت نام دامنه، تشریفات ثبت نام دامنه، تبیین جایگاه ریجسترار و ریجستری‌های داخلی و خارجی در ارتباط با ثبت و اداره نام‌های دامنه. نظر به این گستردگی، حتا در سیستم‌های حقوقی پیشرفته در حوزه فناوری اطلاعات

مانند سیستم حقوقی آمریکا، می‌توان رد پای جدل‌های فراوانی را یافت که به نوعی حاکی از عدم تعین حقوقی در این حوزه دارد. از عمده علل مناقشات، عدم آشنایی حقوق سنتی با مسایل مستحدثه فضای مجازی است که طبیعتاً در زمان تدوین و تصویب اسناد قانونی سنتی موجود، امکان پیش‌بینی ادبیات، مبانی، اصطلاحات، مسایل و در نتیجه قواعد حقوقی متناسب میسر نبوده است. مضاف بر این، دیده می‌شود که در قوانین نوظهور مرتبط با فضای مجازی نیز این موضوع شکافته نشده است؛ یک گواه بر این ادعا، در مجال این نوشته، این است که تنها در دو سند قانونی در سیستم حقوقی ایران از نام دامنه سخن رفته است:

۱. قانون تجارت الکترونیکی ایران مصوب سال ۱۳۸۲؛ که نام‌های دامنه و مفهوم و مسایل آن را طرح نموده و در مقابل، آشنایی لازم بر این موضوع را مفروض دانسته و صرفاً در ماده ۶۶ آن به وضع مقرراتی در خصوص ارتباط علامت تجاری با نام دامنه پرداخته است.

۲. قانون جرایم رایانه‌ای مصوب سال ۱۳۸۸؛ که در ماده ۲۸ آن در بحث از صلاحیت قضایی به صلاحیت محاکم ایران در خصوص جرایمی که از طریق سایت‌های دارای دامنه مرتبه بالای کد کشوری ii. ارتکاب یافته است.

ملاحظه می‌شود که در قوانین ایران، از بین مسایل مربوط به نام‌های دامنه که در بالا ذکر شد، قانون‌گذار ایران تنها دو مورد مصداقی را، یعنی علامت تجاری و صلاحیت محاکم ایران تنها در حوزه دامنه ii.، مورد توجه قرار داده است. آنچه مورد نظر این اثر است تحلیل نام دامنه در گستره مالکیت فکری است که اندیشه آن منبث از ارتباط‌بندی بین نام دامنه و علامت تجاری به عنوان مصداقی از مالکیت‌های فکری در ماده ۶۶ ق.ت.ا. است. با توجه به این که بررسی همه مسایل در یک مقاله علمی میسر و مرسوم نیست، نگارنده در صدد است با تحلیل منطقی انواع نام‌های دامنه و ارتباط آن‌ها با نام‌های فیزیکی مشهور و غیر آن به این سؤال مهم پاسخ دهد که آیا می‌توان نام‌های دامنه را مصداقی از مالکیت‌های فکری دانست یا خیر. با توجه به این که در حال حاضر، دو دیدگاه مثبت و منفی در این خصوص وجود دارد، نگارنده با طرح و نقد

آن‌ها، دیدگاه سوم، یعنی «تئوری مرکب»، را مطرح می‌کند که در حقیقت جامع بین دو نظر موجود است، و در این راستا، با ارائه مفهوم «تناظر» که ناظر به میزان ارتباط نام دامنه و نام یا علامت در فضای فیزیکی است، به پاسخ مقتضی می‌رسد. به عنوان مثال، نام تجاری sony در فضای فیزیکی با نام دامنه sony.com تناظر دارد اما با نام دامنه orderonline.com خیر؛ و اینجاست که عنوان برگزیده این اثر روشن می‌شود: معرفی تئوری مرکب با تکیه بر مفهوم تناظر. این تئوری با در نظر گرفتن کاربردهای مختلف نام‌های دامنه و مبانی و مصادیق حقوق مالکیت‌های فکری و ارتباط منطقی بین آن‌ها و نیز واقعیت‌های عملی حاضر در فضای کسب و کار الکترونیکی، در تلاش است با حرکت در نظام منطبق و انصاف، ضمن رعایت موازین قانونی ارتباط مقبول و قابل دفاع بین نام دامنه و مصادیق مالکیت فکری را بررسی و ارائه طریق کند. حاصل این بررسی، جامع دو دیدگاه موجود خواهد بود.

با توجه به این که تاکنون در سیستم حقوقی ایران این موضوع از منظر اشاره شده در بالا مورد بررسی قرار نگرفته، این تحقیق در تلاش است تا به صورت کیفی و تحلیلی - توصیفی و با بهره بردن از مثال‌های فراوان برای القای صحیح بحث و با استناد به منابع کتابخانه‌ای انجام شود و از مطالعات تطبیقی نیز عنداللزوم بهره برد تا جایگاه نام‌های دامنه در گستره مالکیت فکری را بررسی و میزان همبستگی یا استقلال بین آن دو را تحلیل نماید که خود موجد آثار حقوقی خاصی است که در جای خود تبیین خواهد شد.

۲. نگاه فنی بر دامنه و نام دامنه

۲.۱. اجزای یک آدرس اینترنتی: دامنه و نام دامنه

در ابتدا باید توجه نمود که هر آدرس اینترنتی، دارای دو جزء مهم است که تفکیک بین آن دو ضروری است:

۱. دامنه و ۲. نام دامنه.

به عنوان مثال www.alborz.com یک آدرس اینترنتی است که در آن [alborz](http://alborz.com) را «نام دامنه» و [.com](http://www.alborz.com) را «دامنه» می‌نامند.

عمده تفاوت‌های دامنه با نام دامنه در این است که:

۱. انتخاب دامنه‌ها با ICAAN است، اما انتخاب نام دامنه با کاربران.

۲. تعداد دامنه‌ها محدود بوده و معرفی آن‌ها و ایجاد بستر فنی برای استفاده از آن‌ها در فضای مجازی بر عهده ICAAN است.

در مقابل، تعداد نام‌های دامنه قابل احصا نیست. اعداد یا حروف یا هر ترکیبی از عدد و حروف که بالای ۳ حرف باشد، به عنوان نام دامنه قابل ثبت است. تنها زبان انگلیسی دارای بیش از یک میلیون واژه است که هر واژه می‌تواند به عنوان یک نام دامنه ثبت شود؛ تعداد ترکیب‌های متصور از اعداد با هم، یا با این واژه‌ها و هر ترکیبی دیگر از اعداد و واژه‌ها، طبیعتاً عدد بزرگتری را حاصل خواهد کرد.

۲.۲. اصل انحصار نام دامنه در دامنه واحد

برای ثبت هر نام دامنه می‌توان از دامنه‌های متعددی استفاده کرد. همچنین همه نام‌های دامنه در یک دامنه قابل ثبت هستند، اما هر نام دامنه در هر دامنه منحصر به فرد است. به عنوان مثال، می‌توان نام‌های دامنه 'tehran'، 'asia'، 'alborz' را با دامنه 'com' ثبت نمود، اما نمی‌توان نام دامنه 'tehran' را با دامنه 'com' دوبار یا بیشتر ثبت کرد. به عبارت دیگر، هر نام دامنه در یک دامنه هم‌چون اثر انگشت منحصر به فرد است، و این عدم امکان، ماهیت فنی دارد. همان‌گونه که در فضای سنتی در یک قطعه زمین تنها امکان پیاده کردن یک نقشه ساختمان وجود دارد، در فضای مجازی هم بر روی یک آدرس، تنها یک وب‌سایت امکان طراحی است. با این حال، می‌توان در دامنه‌های مختلف، نام دامنه واحدی را ثبت کرد. به عنوان مثال، نام دامنه 'tehran' را می‌توان در دامنه‌های 'com'، 'co' و 'ir' و سایر دامنه‌ها ثبت نمود.

نظر به بررسی فوق، در حوزه ثبت نام دامنه می‌توان یک اصل مسلم را پیشنهاد نمود: اصل انحصار نام دامنه در دامنه واحد.

۲.۳. تقسیم‌بندی دامنه‌ها و آثار آن

نام‌های دامنه با دامنه‌های مختلفی به ثبت می‌رسد. گرچه در ظاهر این تفاوت‌ها

اهمیت نیست لیکن از نگاه حقوقی مؤثر در مدیریت و قانون گذاری است. با این توضیح اولیه که تقریباً همه دامنه‌ها در دو دسته بزرگ تقسیم می‌شوند: دامنه‌های سطح بالای کد کشوری (country code Top Level Domain ~ ccTLD)، و دامنه‌های عمومی (generic Top Level Domain ~ gTLD). مدیریت فنی و سیاست گذاری کلی هر دو دسته با ICANN است. لیکن تفاوت‌هایی بین این دو دسته وجود دارد که اهم آن‌ها عبارتند از:

۱. تعداد دامنه‌های سطح بالای کد کشوری مشخص و محدود و به تعداد کشورهای جهان است. هر کشوری در بحث آدرس دهی در فضای مجازی دارای یک دامنه است. به عنوان مثال، برای ایران `ir`، برای فرانسه `fr`، برای آلمان `gr` و برای آمریکا `us`. به کار می‌رود. در مقابل، تعداد دامنه‌های سطح بالای عمومی محدود نیست، مانند `co`، `com` و `net`. هر از گاهی ICANN دامنه‌های عمومی جدیدی را عرضه و امکان فنی ثبت نام دامنه با دامنه‌های جدید را فراهم می‌کند، مانند دامنه `tv` برای ایجاد شبکه‌های تلویزیونی در اینترنت.
۲. مدیریت و سیاست گذاری دامنه سطح بالای کد کشوری هر کشور فقط یک متولی دارد که از طرف آن کشور با ICANN مرتبط بوده و قراردادها و توافقات لازم را انجام می‌دهد. به عنوان مثال، متولی ثبت نام دامنه با دامنه سطح بالای کد کشوری `ir`، که متعلق به ایران است، بر عهده ایرنیک (پژوهشگاه علوم بنیادین، زیر نظر وزارت علوم) می‌باشد. در مقابل، متولی ثبت دامنه‌های عمومی یک نهاد دولتی یا خصوصی واحدی نیست، بلکه اشخاص مختلفی از ICANN نمایندگی ثبت نام دامنه بر روی این دامنه‌ها را تحصیل نموده‌اند. به عنوان مثال، در حال حاضر، برای ثبت نام دامنه با دامنه `com` اشخاص متعددی از ICANN نمایندگی دارند. همین نمایندگان مستقیم ICANN به نوبه خود می‌توانند نماینده یا نمایندگان متعددی در داخل یا خارج از کشور محل فعالیت خود داشته باشند. به عنوان مثال، شرکت «راد کام» در ایران از شرکت توکاز (Tucows) کانادا برای ثبت دامنه‌هایی چون `com` یا `org` یا `net` نمایندگی دارد.

۳. همه اشخاص، در داخل یا خارج، تبعه یا غیر آن، برای ثبت نام دامنه با دامنه کد کشوری یک کشور خاص، فقط باید به متولی ذی صلاح ثبت آن یا نماینده یا نمایندگان قانونی آن مراجعه نمایند. با این توضیح اگر آقای Ewan انگلیسی بخواهد نام دامنه www.Ewan.ir را ثبت کند، تنها باید به ایرنیک در ایران یا نمایندگان قانونی آن مراجعه نماید.

با توجه به توضیحات فوق، تقسیم‌بندی دامنه‌ها دارای یک اثر حقوقی بسیار مهم است و آن عبارت از این است که: هر کشوری فقط می‌تواند بر دامنه کد کشوری خود نظارت، مدیریت و قانون‌گذاری کند. به‌عنوان مثال، دولت ایران نمی‌تواند برای ثبت دامنه کد کشوری www.fr که از آن فرانسه است، یا دامنه عمومی www.com قانون‌گذاری کند، اما در خصوص مدیریت، نظارت، سیاست‌گذاری و مقررات‌گذاری بر www.ir اختیار تام دارد. تنها امکانی که برای هر دولت وجود دارد، توسل به فیلترینگ است. مثلاً اگر با دامنه www.com نام دامنه [nonuclearpower](http://www.nonuclearpower) (انرژی هسته‌ای، نه) ثبت شده باشد، دولت ایران تنها می‌تواند جلوی نمایش آن در ایران را بگیرد، اما اگر همین نام دامنه بخواهد بر روی www.ir ثبت شود، در همان زمان ثبت، ایرنیک به‌عنوان نماینده دولت ایران می‌تواند از امکان ثبت چنین نام دامنه‌ای ممانعت به عمل آورد. ICANN نیز نظر به این که هر کشوری دارای مذهب، فرهنگ، مسایل سیاسی و جغرافیایی و تاریخی، ارزش‌ها و هنجارها و به‌ویژه قوانین خاص خود است، امکان مقررات‌گذاری بر ثبت نام‌های دامنه بر دامنه کد کشوری آن کشور را به دولت آن واگذار کرده است. به‌همین دلیل نام دامنه www.sex.ir به دلیل مغایرت آن با قوانین در ایران قابل ثبت نیست، اما در انگلستان www.sex.uk قابل ثبت است.

۳. واکاوی دیدگاه‌های موجود

پس از روشن شدن مفهوم نام دامنه و دامنه و ارتباط آن دو، همان‌گونه که در مقدمه اشاره شد، دو دیدگاه در خصوص ارتباط نام‌های دامنه با مالکیت‌های فکری وجود دارد. دیدگاه اول این است که نام دامنه ارتباط تنگاتنگی با مالکیت‌های فکری دارد و با مصادیق مالکیت‌های فکری مانند نام تجاری و علامت تجاری مرتبط است، لیکن مفهوم و دامنه این

ارتباط لازم به بررسی است. دیدگاه دوم این است که نام دامنه اساساً در گستره مالکیت‌های فکری قابل بحث نیست؛ که قائلین این دیدگاه به نوبه خود دو دسته اند: الف) برخی نام دامنه را فی نفسه نوعی مال تلقی می‌کنند و لذا در محدوده حقوق اموال و مالکیت بررسی می‌کنند مانند حقوق آمریکا. ب) برخی دیگر معتقدند حق ناشی از نام دامنه، یک حق قراردادی است. و لذا ذیل حقوق قراردادها قابل بحث است نه حقوق اموال، مانند حقوق انگلستان. اثر حقوقی متفاوت دیدگاه اول و دوم در این است که:

۱. اگر نام دامنه از مصادیق مالکیت‌های فکری باشد، قوانین خاص مالکیت‌های فکری بر آن حاکم خواهد شد، مانند قانون حمایت از اختراعات، علایم تجاری و طرح‌های صنعتی مصوب ۱۳۸۶.

همچنین کنوانسیون‌های بین‌المللی مرتبط که ایران به آن‌ها ملحق شده است می‌تواند محل اجرا پیدا کند مانند کنوانسیون پاریس مصوب ۱۸۸۶ م. در مقابل، تلقی کردن نام دامنه به عنوان یک نوع مال بدون صبغه فکری، یا در ذیل قوانین حاکم بر اموال و مالکیت تحلیل می‌شود و از احکام خاصی برخوردار نخواهد بود و یا در محدوده حقوق قراردادها.

۲. اگر نام دامنه مصداقی از مالکیت‌های فکری باشد، سخن از حق معنوی به میان خواهد آمد. در مالکیت‌های فکری از جمله قواعد اساسی این است که این دارایی‌ها دارای دو بعد مادی و معنوی می‌باشند. بعد معنوی، غیر قابل انتقال و غیر محدود به زمان است اما بعد مادی قابل انتقال و محدود به زمان است. اما اگر نام دامنه در زمره حقوق اموال و مالکیت بحث شود، سخن از حق معنوی مطرح نمی‌شود بلکه می‌توان از شهرت ایجاد شده بر نام دامنه سخن گفت. با یک مثال می‌توان این تفکیک را به نحو بهتری ترسیم کرد. اگر شرکت معروف sony نام دامنه www.sony.com را ثبت کند، با فرض این که نام دامنه مرتبط با مالکیت‌های فکری است، مالکیت نام دامنه ثبت شده نمی‌تواند به تنهایی به دیگری منتقل شود و شرایط خاصی وجود دارد. ماده ۴۹ قانون ثبت اختراعات مقرر می‌کند؛ هر گونه تغییر در مالکیت نام تجاری باید همراه با انتقال مؤسسه یا بخشی از آن که با نام مزبور شناخته

می شود، صورت پذیرد. اما اگر نام دامنه به مانند اموال نوعی در حقوق اموال بحث شود، انتقال مالکیت آن به تنهایی و بدون هیچ شرایط خاصی میسر است و در صورتی که شهرتی بر نام دامنه ایجاد شده باشد، بر ارزش مالی آن خواهد افزود.

۳. اگر نام دامنه نوعی مال باشد، مباحثی چون ترهین و توثیق و توقیف نام دامنه قابل طرح و «تا حدودی» قابل دفاع خواهد بود.

اما اگر نام دامنه از مصادیق دارایی‌های فکری باشد، این مباحث حداقل در سیستم حقوقی ایران محل تأمل خواهد بود که در ادامه به رویکرد حقوق ایران پرداخته خواهد شد. نظر به توضیح فوق، هر دو دیدگاه، به ویژه مطلق‌نگری آن‌ها، قابل نقد است که در ادامه بررسی می‌شود و به عنوان نمونه‌هایی، برخی از نظرات قائلین به این دیدگاه‌ها ذکر می‌شود و در قسمت بعدی، رویکرد نگارنده ارائه می‌گردد که در صدد جمع بین دیدگاه‌ها است. در همین جا لازم به ذکر است که سازمان جهانی مالکیت فکری (وایپو) نظر روشنی در این خصوص ارائه نکرده است.

۳.۱. دیدگاه اول: نام دامنه ارتباطی به مالکیت‌های فکری ندارد

برخی نام‌های دامنه را در شمار انواع مالکیت فکری به حساب نمی‌آورند. یکی از نویسندگان معتقد است: نام‌های دامنه از جمله مصادیق مالکیت‌های فکری نیستند بلکه به عنوان آدرس‌ها و شناساگرهای مهم برای حضور در صحنه اینترنت عمل می‌کنند. او استدلال خاصی در این خصوص که چرا نام دامنه نمی‌تواند از مصادیق مالکیت‌های فکری باشد، بیان نکرده است؛ لیکن از همین رویکرد می‌توان پی برد که نگاه وی، نگاهی فنی است نه حقوقی، و نام دامنه مانند آدرس‌هایی نگاه می‌کند که فقط کاربرد موقعیت‌یابی دارند. این رویکرد قابل رد است و در معرفی تئوری مرکب بیان خواهد شد. وی در ادامه تنها به تفاوت بین علامت تجاری و نام دامنه اشاره کرده است؛ همین ذکر تفاوت، سؤال دیگری ایجاد می‌کند و آن این که چرا نویسنده تنها به تفاوت بین نام دامنه و علامت تجاری توجه کرده و چرا مثلاً از تفاوت بین نام دامنه و نام تجاری سخن نگفته است؟ این خود دلیلی بر عدم جامع‌نگری است.

نویسنده دیگری که در حقوق انگلستان در حوزه حقوق فناوری اطلاعات شهره است، به همین دیدگاه معتقد است و می نویسد: نام دامنه از انواع مال به حساب نمی آید. همین نویسنده در ادامه می افزاید: این برخلاف دیدگاه در خصوص علایم تجاری است. بخش ۲۲ از قانون علایم تجاری ۱۹۹۴ صریحاً اظهار می دارد که علایم تجاری، مال به حساب می آیند.

اگر همین رویکرد در حقوق ایران مورد بررسی قرار گیرد، نقد آن روشن است؛ با توجه به مفهوم مال (چیزی که ارزش اقتصادی دارد، مورد داد و ستد واقع می شود و قابل تملک توسط شخص یا ملت معین است)، قطعاً نام دامنه را باید از جمله اموال به حساب آورد. چرا که ارزش اقتصادی دارد، مورد نقل و انتقال و خرید و فروش واقع می شود و قابل تملک است. عرف موجود در خصوص نام های دامنه نیز به روشنی دلالت بر این امر دارد. حتا بر اساس آرای قضایی نیز که هسته ی اصلی سیستم حقوقی انگلستان را تشکیل می دهد، این دیدگاه قابل رد است. در سال ۲۰۰۶ در پرونده Honourable Nicholas Augustine Plant v Service Direct که اولین پرونده در حقوق انگلستان در حوزه نام های دامنه بود و قبل از این پرونده وضعیت حقوقی نام های دامنه در این سیستم حقوقی کامن لا روشن نبود، دادگاه تجدیدنظر از جمله باید تصمیم می گرفت که آیا نام دامنه در زمره اموال است یا خیر. اگر در داخل اموال می بود، نتیجه این بود که اگر شخصی در نام دامنه ای مداخله بی جهت کرد، مانند تصرف عدوانی، به موجب قانون مسؤولیت مدنی (مداخله در اموال) مصوب ۱۹۷۷ مورد تعقیب قرار گیرد. بحث کلیدی قضات بر روی مفهوم 'goods' در این قانون که به معنی کالا است، بود. با این استناد که در این قانون مقصود از مال یعنی چیزهای فیزیکی و قابل لمس، که طبیعتاً نام دامنه دارای چنین ماهیتی نیست؛ و با اسناد تجاری مانند برات و چک نیز که مال غیرمادی محسوب می شوند و در عین حال مشمول این قانون، قابل مقایسه نیست، چون این اسناد؛ ۱. بیانگر مقدار مشخصی پول هستند و ۲. در

یک سند کاغذی که مادی است تنظیم شده‌اند؛ و نام دامنه، فاقد چنین ویژگی‌هایی است. دادگاه بدوی چنین حکم کرد که نام دامنه مال نیست و تنها می‌توان در شهرت ناشی از نام دامنه ادعای منافع مالکانه داشت، البته اگر چنین شهرتی وجود داشته باشد. این رأی مورد تجدیدنظر خواهی قرار گرفت. دادگاه تجدیدنظر بدون این که وارد ماهیت دعوی شود و وضعیت حقوقی نام‌های دامنه را مشخص کند، درخواست تجدیدنظر خواهی را با این توضیح که شانس موفقیت تجدیدنظر خواه کم است، رد کرد! و در پایان اظهار داشت که: من فکر نمی‌کنم اسناد ناظر بر نام دامنه بتواند به‌عنوان کالا قلمداد شود. با این نظر عملاً وضعیت نام‌های دامنه بی‌تکلیف ماند، گرچه اظهار دادگاه تلویحاً دلالت بر مال نبودن نام‌های دامنه دارد. نقد این دیدگاه این است که اسناد تجاری فی‌نفسه دارای مالیت نیستند، بلکه مبین حق مالی هستند. نام دامنه نیز دارای اسنادی است گرچه در قالب الکترونیکی، که مبین ثبت آن و مشخصات دارنده آن است. اگر بنا باشد یک سند تجاری مانند چک و برات، کالا تلقی شود، چه معنی وجود دارد که اسناد الکترونیکی ناظر بر نام دامنه نیز کالا تلقی نشود؟ مخصوصاً این که در قوانین تجارت الکترونیکی به اعتبار حقوقی اسناد الکترونیکی تأکید شده است.

همین نویسنده در ادامه می‌افزاید: نام دامنه یک حق قراردادی است که طرف آن مرجع ثبت است و به موجب این حق، ثبت‌کننده می‌تواند از نام دامنه استفاده کند... نام دامنه تفاوتی با شماره تلفن یا آدرس‌های خیابان ندارد. دارنده این شناساگرها [مانند شماره تلفن] حق مالکانه در آن‌ها ندارند. نقد این دیدگاه این است که اگر نام تجاری شخصی در فضای فیزیکی، مانند نام تجاری شرکت Sony، توسط شخص غیرذی‌حق در قالب نام دامنه ثبت شود، مانند ثبت Sony.com، و ثبت‌کننده نام دامنه یک حق قراردادی تحصیل کند، در این صورت دارنده نام تجاری در فضای فیزیکی، در این مثال شرکت Sony، نمی‌تواند از مراجع قانونی درخواست انتقال نام دامنه را به خود داشته باشد. چرا که صاحب هر حقی، تسلط بر آن دارد. همین موضوع موجب می‌شود که باب سوءاستفاده از نام‌های مشهور

دیگران در فضای مجازی باز شود و ای بسا عایدات مادی فراوانی نیز با تکیه بر شهرت و اعتبار دیگری تحصیل شود؛ که به نظر می‌رسد بتوان با توسل به قاعده منع دارا شدن ناعادلانه (یا اکل مال به باطل در لسان فقهی) موضوع را پیگیری نمود. البته نویسنده فوق در ادامه مطلبی گفته است که «تاحدودی» پاسخ نقد ماست، لیکن همین پاسخ نیز جای نقد دارد: استفاده از یک نام دامنه خاص ممکن است بخشی از شهرت دارنده آن باشد و در نتیجه به عنوان حق مالکانه با توسل به «حقوق منع استفاده از شهرت دیگری» قابل پیگیری است. روشن است که در این صورت نیز خود نام دامنه هیچ خاصیتی ندارد بلکه نشان دهنده یک شهرت است؛ نویسنده آن را در زمره حقوق مالکیت‌های فکری وارد نمی‌کند تا پاسخ نقد ما باشد، بلکه تحت عنوان خاصی، منع استفاده از شهرت دیگری، از آن حمایت می‌کند، که این عنوان از شهرت تجاری حمایت می‌کند نه از علامت تجاری. نگارنده نیک در ذهن دارد که نویسنده فوق از دیدگاه سیستم حقوقی انگلستان سخن می‌گوید، لیکن این بیان اخیر وی رابطه بین نام تجاری با نام دامنه را ترسیم نمی‌کند و اساساً ارتباط نام دامنه با مالکیت‌های فکری را روشن نمی‌سازد و این عدم جامع‌نگری محل تأمل است.

در این دسته، نویسنده دیگری با استناد به پرونده معروف *Kremen v. Cohen* در حقوق آمریکا، که در سال ۲۰۰۳ مطرح شد و نهایتاً دادگاه نام دامنه را به عنوان مال غیرمادی شناخت و آن را تابع حقوق اموال و مالکیت قلمداد کرد، به این مضمون می‌نویسد: با توجه به ویژگی منحصر به فرد نام‌های دامنه می‌توان چنین پیشنهاد داد که نام‌های دامنه را می‌توان مال الکترونیکی دانست و حقوق اموال را بر آن‌ها بار کرد.

نقد این رویکرد در جایی است که نام دامنه با نام تجاری ای در فضای واقعی، یکسان است مانند ثبت *sony.com* برای شرکت *sony*؛ که در این صورت رابطه بین نام دامنه به عنوان مال و نام تجاری به عنوان مصداقی از مالکیت‌های فکری بیان نشده است. این در حالی است که از جمله مباحث کلیدی در بحث حاضر ترسیم چگونگی همین ارتباط است. در

حقوق انگلستان نیز که همین نظر اتخاذ شده است و در بالا ذکر شد، همین نقد و اراد است.

۳.۲. دیدگاه دوم: نام دامنه با مالکیت‌های فکری مرتبط است: صرف ارتباط یا

استقلال به عنوان مصداق؟

در دیدگاه دوم، نام دامنه با مالکیت‌های فکری ارتباط دارد. اما لازم است بررسی شود که مفهوم این ارتباط چیست؟ آیا نام دامنه صرفاً منعکس کننده مصادیق مالکیت‌های فکری، مانند علامت تجاری، در فضای مجازی است و خاصیتی بیش از این ندارد، یا نه، هر نام دامنه می‌تواند مستقلاً به عنوان مصداق «جدید» مالکیت‌های فکری تلقی شود؟

چنین دیدگاهی، یعنی صرفاً ایجاد ارتباط، از ماده ۶۶ ق.ت.ا. قابل استنباط است، لیکن قبل از پاسخ به این سؤال، چند نکته با توسل به ماده ۶۶ ق.ت.ا. ذکر می‌شود. در این ماده اصل ارتباط نام دامنه با مالکیت‌های فکری، نه کیفیت ارتباط، صریحاً مورد توجه واقع شده است:

به منظور حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان و تشویق رقابت‌های مشروع در بستر مبادلات الکترونیکی، استفاده از علائم تجاری به صورت نام دامنه (Domain Name) و یا هر نوع نمایش بر خط (Online) علائم تجاری که موجب فریب یا مشتبه شدن طرف به اصالت کالا و خدمات شود، ممنوع و متخلف به مجازات مقرر در این قانون خواهد رسید.

از دیدگاه این قانون، نام دامنه می‌تواند منعکس کننده علامت تجاری باشد. همین انعکاس به معنی آن است که نام دامنه می‌تواند حامل مالکیت فکری باشد بدون این که خود دارای استقلال وجودی باشد. ممنوعیت مقرر در این ماده نیز فقط به دلیل همین حمل است و الا دلیلی بر منع دیده نمی‌شود. نکته مهم دیگر این است که در فرض ماده ۶۶، صریحاً روشن نیست که نام دامنه مصداق جداگانه‌ای از انواع مالکیت‌های فکری است یا خیر، هر چند ارتباط بسیار نزدیک آن با مالکیت‌های فکری ترسیم شده است. در بیان دیدگاه سوم، تئوری مرکب، استدلال خواهد شد که از ارتباط مقرر در ماده ۶۶ می‌توان استنباط کرد که استفاده از علامت تجاری به صورت نام دامنه، آن را به عنوان مصداقی از مالکیت‌های فکری قلمداد می‌کند.

۳,۳. دیدگاه سوم: معرفی تئوری مرکب با تکیه بر مفهوم تناظر

با توجه به دو نظر فوق و نقد مختصر هر کدام، نگارنده معتقد به نظر سوم است که با بررسی دقیق نام‌های دامنه از نگاهی نو حاصل شده است. در این رویکرد که بر پایه تحلیل تناظر یا عدم تناظر بین نام‌های دامنه و نام‌های تجاری و علائم تجاری در فضای فیزیکی استوار است، می‌توان دیدگاه سوم را که جامع منطقی هر دو نظر است، ارائه نمود.

۳,۳,۱. تقسیم‌بندی نام دامنه‌ها از نقطه نظر کاربردی: تجاری و غیرتجاری

برای این که به سؤال اصلی این تحقیق پاسخی دقیق و طبقه‌بندی شده داده شود، لازم است نام‌های دامنه از نظر نوع کاربرد دسته‌بندی شود. در این راستا، می‌توان نام‌های دامنه را در دو دسته تقسیم‌بندی کرد:

۱. ثبت نام دامنه برای اهداف تجاری، مانند نام دامنه شرکت apple یا sony برای تبلیغ و فروش کالاهای شرکت و

۲. ثبت نام دامنه برای اهداف غیرتجاری، مانند نام دامنه farsnews برای خبرگزاری، ut برای دانشگاه تهران، یا professormadjidsamii برای صفحه شخصی پرفسور مجید سمیعی (متخصص برجسته بین‌المللی ایرانی در حوزه مغز و اعصاب).

اثر این تقسیم‌بندی این است که قوانین مرتبط فقط به بررسی وضعیت نام‌های دامنه دارای اهداف تجاری می‌پردازند مانند ماده ۶۶ ق.ت.ا.، که البته به صورت غیر صریح به این موضوع اشاره دارد. با این حال، در خصوص دسته دوم نیز لازم است ارائه طریق شود که در این نوشته خواهد آمد.

۳,۳,۲. مفهوم تناظر

منظور از «تناظر» بررسی «یکسانی یا عدم یکسانی نام دامنه با نام یا علامت در فضای فیزیکی» است. برای روشن شدن مطلب دو مثال بیان می‌شود؛ یک مورد در حوزه تجاری که هدف اصلی تحصیل و سود و منفعت است، و مورد دیگر در حوزه غیر تجاری که می‌تواند عایدات مادی هم داشته باشد لیکن هدف اصلی تحصیل و سود و منفعت نیست، مانند

ثبت یک مؤسسه غیر تجاری آموزشی برای ارائه خدمات علمی، که طبیعتاً از همین رهگذر سودی حاصل مؤسسه خواهد شد.

الف) حوزه تجاری

در حوزه تجاری، فرض کنید شرکت Sony در نظر دارد برای راه اندازی بازار الکترونیکی محصولات خود یک نام دامنه ثبت و وبسایت شرکت را بر آن پیاده نماید. می دانیم که Sony یک نام تجاری است که سال هاست مردم با نام و کیفیت محصولات آن آشنا هستند و عموماً محصولات این شرکت را با ارزش و کیفی تلقی می کنند. حال Sony می تواند دو نوع نام دامنه را ثبت کند.

الف) نام دامنه ای که نام Sony در آن استفاده شده باشد، مانند: www.sony.com یا www.sonyonline.com یا www.sony2015.com یا هر نام دامنه دیگری با هر دامنه ای، به شرطی که نام sony در آن به کار رفته باشد.

ب) نام دامنه ای که نام Sony در آن استفاده نشده باشد، مانند: www.orderonline.com (آنلاین سفارش بدهید) یا www.electronicgoods.com (کالاهای الکترونیکی)، یا هر نام دامنه دیگر با هر دامنه ای.

تفاوت حالت (الف) با حالت (ب) در دو مورد قابل ذکر است:

۱. در حالت (الف)، مخاطب نوعی با دیدن نام دامنه بدون این که وارد وبسایت شود و از جزئیات وبسایت و هدف آن آگاه گردد، متوجه می شود که این وبسایت بایستی از آن sony باشد. اما در حالت (ب) مخاطب نوعی نمی تواند متوجه شود که نام دامنه از آن کیست، لیکن پس از ورود به وبسایت و با دیدن محصولات عرضه شده می تواند پی ببرد که گویا وبسایت از آن شرکت sony است.

۲. تفاوت دوم و تعیین کننده همان بحث تناظر است، به این معنی که در حالت (الف) نام دامنه منعکس کننده همان نامی است که سالهاست در فضای فیزیکی مطرح بوده و از شهرت لازم برخوردار است، یعنی بین نام دامنه و نام در فضای فیزیکی تناظر وجود دارد.

در مقابل، در حالت (ب) چنین تناظری، حداقل به طور قطع در زمان ثبت، دیده نمی‌شود و شرکت Sony بایستی مدت‌ها روی همین نام دامنه فعالیت تجاری انجام دهد تا در ذهن عموم مخاطبان نام دامنه ثبت‌شده به عنوان نام دامنه متعلق به شرکت Sony کسب شهرت کرده و ثبت‌شود، به نحوی که وقتی مثلاً با www.electronicgoods.com برخورد کنند بدانند که این نام دامنه از آن وبسایت Sony است.

ب) حوزه غیر تجاری

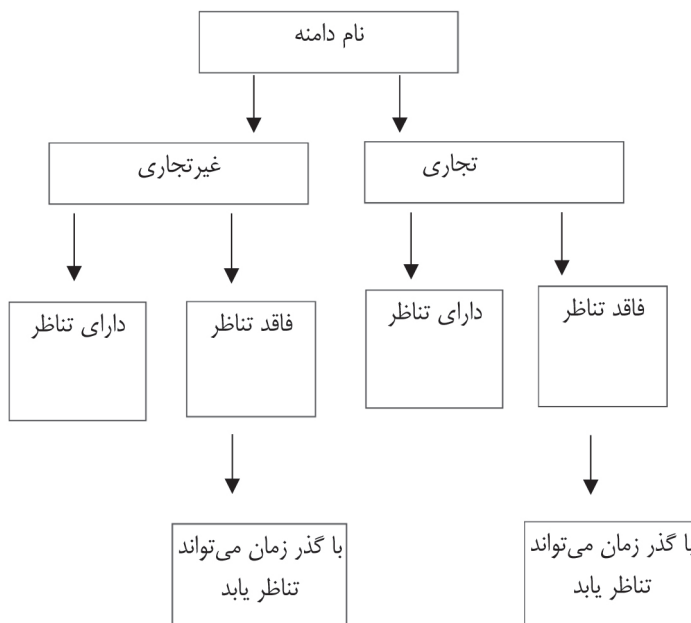
در حوزه غیر تجاری نیز وضع به همین منوال است. فرض کنید مؤسسه آموزشی مدرسان شریف که در زمینه آماده‌سازی داوطلبان برای کنکور نامی آشنا در میان اهالی جامعه دانشگاهی بوده و مخاطبان خاص خود را به همین نام داشته است، با کاربردی شدن فضای مجازی با ثبت نام دامنه www.modaresanesharif.com فعالیت اینترنتی خود را، مانند ثبت نام داوطلبان و ارسال جزوات و فایل‌های الکترونیکی آموزشی، آغاز نماید. در این حالت، تناظر بین نام دامنه و نام در فضای فیزیکی محرز است. اما اگر همین مؤسسه با نام دامنه دیگری مانند www.konkor.com فعالیت اینترنتی خود را شروع کند. در همان ابتدا مخاطب نمی‌داند که این نام دامنه متعلق به مدرسان شریف است بلکه با گذر زمان در ذهن مخاطبان بین مدرسان شریف و نام دامنه Konkor ارتباط برقرار خواهد شد.

نظر به مباحث فوق، بحث نام‌های دامنه در گستره مالکیت‌های فکری می‌تواند در دو بخش کلی مطرح شود:

الف) نام دامنه‌ای که در زمان ثبت، متناظر با نامی در فضای فیزیکی است که این نام دارای شهرت است، و

ب) نام دامنه‌ای که در زمان ثبت، متناظر با هیچ نامی در فضای فیزیکی نیست و «می‌تواند» با گذر زمان کسب شهرت و اعتبار کند.

ترسیم زیر دسته بندی انجام شده را به نحوروشنی نشان می دهد:



در قسمت بعدی اثر این تناظر بررسی خواهد شد.

۳،۳،۳. نقش هم زمانی تناظر نام دامنه با شهرت در فضای فیزیکی

۳،۳،۳،۱. احراز هم زمانی تناظر: نام دامنه جزو مالکیت های فکری است

اثر تناظر بین نام دامنه و نامی در فضای فیزیکی، این است که نام دامنه از همان ابتدا در ذهن مخاطبان دارای تبادر است و ذهن را به یک شهرت یا برند واقعی در فضای فیزیکی سوق می دهد. اگر قرار باشد چنین نام دامنه ای از مالکیت های فکری بی بهره باشد، در این صورت دارنده نام در فضای فیزیکی نمی تواند اشخاص ثالث را از ثبت همان نام یا نام مشابه آن که مخاطب را به گمراهی می اندازد، منع کند و در صورت ثبت تحت تعقیب قضایی قرار دهد. در حالی که قانونگذار در ایران و حتا در کشورهای دیگر از ثبت نام دامنه های دارای تناظر منع کرده است. عبارت «استفاده از علائم تجاری به صورت نام دامنه» در

ماده ۶۶ق.ت.ا. دلالت بر همین تناظر دارد:

به منظور حمایت از حقوق مصرف کنندگان و تشویق رقابت‌های مشروع در بستر مبادلات الکترونیکی، استفاده از علائم تجاری به صورت نام دامنه (Domain Name) و یا هر نوع نمایش بر خط (Online) علائم تجاری که موجب فریب یا مشتبه شدن طرف به اصالت کالا و خدمات شود، ممنوع و متخلف به مجازات مقرر در این قانون خواهد رسید.

مجازات چنین اقدامی در ماده ۷۶ق.ت.ا. چنین بیان شده است:

متخلفان از ماده (۶۶) این قانون به یک تا ۳ سال حبس و جزای نقدی از بیست میلیون (۲۰۰۰۰۰۰۰) ریال تا یکصد میلیون (۱۰۰۰۰۰۰۰۰) ریال محکوم خواهند شد.

نکته کلیدی ماده، در نظر گرفتن روح حاکم بر این منع است و آن عبارت از این است که اگر غیر از دارنده نام یا علامت تجاری در فضای فیزیکی اقدام به استفاده از همان نام یا علامت تجاری یا مشابه آن در فضای مجازی به صورت نام دامنه کند، بنا به تصریح ماده می‌تواند «موجب فریب یا مشتبه شدن طرف به اصالت کالا و خدمات شود». مفهوم مخالف این بیان آن است که اگر چنین فریبی رخ ندهد، این استفاده مجاز است. مثلاً شرکت هواپیمایی ماهان سالهاست شهرت قابل توجهی در حوزه حمل و نقل هوایی دارد. اگر یک شرکت ارائه‌کننده خدمات حمل و نقل هوایی، مانند فروش اینترنتی بلیت هواپیما، نام دامنه mahan.ir را ثبت کند، ممکن است مشتری گمان کند این وبسایت از آن شرکت معروف ماهان است و همین جاست که ممنوعیت ماده ۶۶ اعمال می‌شود. حال اگر یک عده مدرس دانشگاه، نام دامنه mahan.ir را ثبت کنند، تا خدمات آمادگی برای کنکور ارائه کنند، در این حالت روشن است که تشابه اسمی نمی‌تواند موجب گمراهی مشتری شود، چرا که جنس خدمات متفاوت است، مشتری به راحتی می‌تواند متوجه تفاوت آن دو شود و در نتیجه ماده ۶۶ محل اعمال نخواهد داشت. حال، یکی از مثال‌های گفته شده در بالا دوباره بازنگری می‌شود؛ اگر شخصی، غیر از شرکت sony، اقدام به ثبت نام دامنه با عنوان sony.com کند و کالاهای الکتریکی خود را در آن عرضه نماید، آیا غیر از این است که

مخاطب ممکن است تصور کند که این وبسایت متعلق به همان شرکت معروف sony است؟ و در نتیجه هم مشتری کالایی غیر از کیفیت محصولات sony دریافت می کند و هم تعداد مشتریان معمول sony به دلیل سوق یافتن آن ها به این وبسایت کاهش خواهد یافت! حال که قانونگذار چنین سوء استفاده ای را منع کرده است و منطقی و انصاف نیز چنین حکم می کند، مبنای چنین منعی چیست؟ آیا جز این است که قانونگذار خواسته است از استفاده از علامت یا نام تجاری ای که در فضای فیزیکی دارای اعتبار و شهرت بوده است، توسط ثالث غیر ذی حق در فضای مجازی در قالب نام دامنه ممانعت به عمل آورد؟ پاسخ مثبت است. به همین دلیل، در موردی که بین نام دامنه و نام یا علامت تجاری در فضای فیزیکی، که از مصادیق مالکیت های فکری است، تناظر وجود دارد، نام دامنه متناظر نیز باید به همان حکم مورد حمایت قرار گیرد، یعنی جزو مالکیت های فکری دارنده نام یا علامت تجاری محسوب شود، هر چند هنوز ثبت نشده باشد، و در صورت ثبت بایستی به دارنده ذی حق منتقل شود، و این خود نکته ای جدید در باب مسایل مالکیت های فکری است!

در تکمیل بحث فوق، فرض کنید، شرکتی به نام «نوین» بدون هیچ سابقه فعالیت قبلی تأسیس می شود تا در حوزه کیف های چرمی فعالیت کند، و بنا دارد تنها از طریق تجارت الکترونیکی فعالیت تجاری کند. برای این منظور نام دامنه charmki.ir را ثبت می کند. در تمامی تبلیغات خود نیز charmki.ir را به عنوان پایگاه الکترونیکی مورد ارجاع مخاطبان معرفی می کند. در این حالت، آیا جز این است که خود این نام دامنه دارای اعتبار و شهرت می شود، و شخص دیگری نمی تواند شبیه آن را یا عین آن را با دامنه های دیگر ثبت کند؟ به عبارت دیگر، این گونه نیست که شرکت «نوین» سابقاً در فضای فیزیکی شهرت و اعتبار، و به تعبیری دقیق، نام و علامت تجاری شناخته شده ای کسب کرده باشد، و اینک با ثبت نام دامنه novincharm.ir به تجارت الکترونیکی روی آورد، و شهرت نام دامنه ثبت شده مدیون شهرت فیزیکی شرکت باشد. با این مثال، به نظر می رسد نام دامنه با شرایط گفته شده نیز، یعنی در جایی که شروع کسب اعتبار با خود نام دامنه باشد، می تواند به عنوان مصداق

جدیدی از مالکیت‌های فکری باشد. در همین جا باید دقت کرد که در این حالت نام دامنه در ابتدای ثبت‌دارای شهرت و اعتبار نیست و با گذر زمان و تداوم تبلیغات و فعالیت تجاری روی آن، شهرت کسب خواهد شد. در جای خود بحث خواهد شد که وضعیت حقوقی نام دامنه‌ای که در ابتدا ثبت می‌شود و هنوز نه ارتباط با نام‌ها و علامت‌های تجاری فیزیکی دارد و نه فی‌نفسه دارای شهرت است، به چه صورت است.

از جمله نقدهایی نیز که در خصوص ماده ۶۶ قابل طرح است به موارد زیر می‌توان اشاره کرد: ۱. در این ماده این ارتباط ناقص برقرار شده است، چرا که همه مصادیق مالکیت‌های فکری، مانند نام‌های تجاری که می‌توانند با نام دامنه مرتبط باشند، مورد توجه قرار نگرفته است. با این توضیح که مالکیت‌های فکری به دو دسته بزرگ تقسیم می‌شوند که در هر دسته مصادیق متعددی قابل بحث است:

الف) مالکیت‌های ادبی و هنری، شامل هر نوع نوشته علمی و فنی و ادبی و هنری.^۱
ب) مالکیت‌های صنعتی: مانند اختراعات، طرح‌های صنعتی، علائم تجاری، و نام‌های تجاری.^۲
ماده ۶۶ تنها به علامت تجاری، به عنوان یک نوع مالکیت صنعتی و ارتباط آن با نام دامنه اشاره کرده است. همین رویکرد خود قابل نقد است. به این دلیل که طبق بند (الف) ماده ۳۰ قانون ثبت اختراعات ۱۳۸۶؛ علامت یعنی هر نشان قابل رؤیتی که بتواند کالاها یا خدمات اشخاص حقیقی یا حقوقی را از هم متمایز سازد. این نشان می‌تواند شکل، عدد، حروف یا ترکیبی از آن‌ها باشد، مثلاً علامت تجاری شرکت سونی، نوشته sony است که فقط حاوی حروف است، اما علامت شرکت اپل یک سیب گاز زده است که تنها شامل یک شکل است. در حالی که نام دامنه «تنها» می‌تواند حاوی عدد یا نوشته یا ترکیب آن دو باشد و ترسیم و شکل که نقش اصلی در علامت‌های تجاری دارند، در نام‌های دامنه جایگاهی ندارد. نتیجه

۱- در حال حاضر طبق قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب سال ۱۳۴۸ حمایت می‌شوند.

۲- در حال حاضر طبق قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب سال ۱۳۸۶ مورد حمایت واقع می‌شوند.

این که تنها آن دسته از علائم تجاری که در قالب عدد یا حروف یا ترکیبی از آن‌ها هستند به عنوان نام دامنه قابل ثبت‌اند، و الا آن علامت تجاری‌ای که یک ترسیم غیر عددی و حروفی است، قابل ثبت کردن نیست، مگر این که اسم علامت تجاری به عنوان نام دامنه ثبت شود، مانند این که علامت تجاری شرکت اپل، که علامت یک سیب گاز زده است^۱ و اسم علامت، به انگلیسی اپل است، نام دامنه apple ثبت شود و ایجاد تناظر کند. در حالی که علامت تجاری شرکت دو چرخه سازی tikan یک برگ درخت است، که به انگلیسی leave گویند. خود علامت یعنی شکل برگ، قابل ثبت در قالب نام دامنه نیست؛ ثبت نام دامنه leave نیز نمی‌تواند در زمان ثبت در اذهان مخاطبان با اسم شرکت tikan ایجاد تناظر کند. این مورد اخیر در محدوده ماده ۶۶ ق.ت.ا. دیده نشده است.^۲

۲. نکته دیگر این است که نام‌های تجاری به موجب بند (ج) ماده ۳۰ قانون ثبت اختراعات؛ «یعنی اسم یا عنوانی که معرف و مشخص کننده شخص حقیقی یا حقوقی باشد.» انتظار معقول این است که در این ماده از نام‌های تجاری نیز اسم برده می‌شد، چرا که قوی‌ترین ارتباط را نام تجاری با نام دامنه دارد تا علامت تجاری؛ و محتاج به بررسی ارتباط معنایی بین علامت و اسم علامت از یک طرف، و ارتباط آن دو با نام دامنه که در بالا گفته شد، نیست. نام تجاری هر شخص می‌تواند در قالب یک نام دامنه ثبت شود و بحث ارتباط معنایی در اینجا مطرح نیست. فراتر از این، عمدتاً علامت تجاری در قالب شکل و نشان است تا نوشته؛ و از آنجایی که نام دامنه فقط می‌تواند شامل حروف، اعداد یا ترکیبی از آن دو باشد و ثبت شکل و نشان به عنوان نام دامنه از نظر فنی غیر ممکن است، لذا قدرت اجرایی این ماده به شدت کم خواهد شد. به عنوان مثال، شرکت معروف خودرو سازی بنز دارای نام تجاری Benz و علامت تجاری (Mercedes) شبیه فرمان اتومبیل است و بدیهی است که فقط

۱ - ر.ک.: ماده ۳۱ قانون ثبت اختراعات: «حق استفاده انحصاری از یک علامت به کسی اختصاص دارد که آن علامت را طبق مقررات این قانون به ثبت رسانده باشد.»

۲ - هر چند در عمل شرکت‌ها سعی می‌کنند بین نام شرکت و علامت تجاری آن، تناظر و ارتباط معنایی وجود داشته باشد.

می‌توان نام تجاری این شرکت را در قالب نام دامنه ثبت کرده علامت تجاری آن را. در مقابل، نام تجاری شرکت سونی عبارت است از sony و علامت تجاری آن نیز sony است. با در نظر گرفتن این واقعیت که شرکت‌های تجاری دارای نام و علامت تجاری متفاوت از هم هستند، عدم توجه به این واقعیت از ضعف‌های مهم ماده ۶۶ ق.ت.ا. است.

۳. نکته مهم دیگر مطلق‌نگری ماده ۶۶ ق.ت.ا. در خصوص سوءنیت یا حسن نیت ثبت‌کننده نام دامنه است. چه بسا ثبت‌کننده نام دامنه‌ای از وجود تناظر بین نام دامنه و علامت تجاری یا نام تجاری در فضای واقعی بی‌خبر است و با این عدم اطلاع مبادرت به ثبت نام دامنه و انجام فعالیتی که مشابه با فعالیت دارنده علامت یا نام تجاری است، می‌کند. طبق ماده ۶۶ ق.ت.ا. ثبت‌کننده همچنان به مجازات حبس و جزای نقدی محکوم خواهد شد و حسن نیت وی در ثبت نام دامنه بی‌تأثیر است. این در حالی است که منطق حقوقی حکم می‌کند باید بین ثبت‌کننده با حسن نیت و غیر آن تفکیک ایجاد شود. مسؤولیت مدنی در حقوق ایران علی‌الاصول مبتنی بر تقصیر است که در فرض حسن نیت ثبت‌کننده نام دامنه، تقصیری متوجه او نیست؛ این موضوع از مفهوم مخالف ماده یک قانون مسؤولیت مدنی نیز قابل استنباط است. در مورد مسؤولیت کیفری نیز به دلیل فقدان عنصر معنوی، نمی‌توان ثبت‌کننده را مجرم دانست و مسؤولیت کیفری متوجه وی کرد؛ هر چند ثبت علامت تجاری در روزنامه رسمی منتشر می‌شود، اما همانند انتشار «قانون» در روزنامه رسمی نیست که پس از گذشت ۱۵ روز از انتشار، عدم اطلاع و جهل، مسموع نباشد، به ویژه این که اگر علامت تجاری در خارج از کشور ثبت شده باشد که ادعای عدم علم به ثبت آن کاملاً وارد و مقبول است.^۱

۴. در ماده ۶۶ ق.ت.ا. ملاک تصمیم در خصوص گمراهی مخاطب به اصالت کالا و خدمات بیان نشده است. چه تعداد مصرف‌کننده باید گمراه شوند؟ آیا قشر خاصی مدنظر است؟ با توسل به اصول کلی حقوقی، دو ملاک نوعی و شخصی قابل بحث است که اصل بر نوعی بودن بنا

۱ - البته ممکن است گفته شود جرم‌انگاری در این ماده در دامنه جرایم مادی صرف قرار می‌گیرد که قانونگذار داشتن سوءنیت را مفروض دانسته است. با توجه به این که این رویکرد در کل خلاف اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها است و نیز این که در هر جرمی بایستی عنصر معنوی احراز شود مگر این که قانونگذار صریحاً وجود آن را فرض کرده باشد که در اینجا چنین نیست، لذا این رویکرد نمی‌تواند دفاع محکمی باشد.

می‌شود. با این حساب باید عملاً گمراه شدن آن تعداد مصرف‌کننده ممکن باشد که بتوان گفت موجب گمراهی عموم مصرف‌کنندگان شده است، اگر چه ممکن است در این بین اشخاص دقیق و تیزبینی نیز باشند که بتوانند تفاوت را بفهمند و گمراه نشوند. در تأیید این بیان، در ماده ۴۰ قانون حمایت از اختراعات، طرح‌های صنعتی و علایم تجاری مصوب سال ۱۳۸۴، در خصوص سوءاستفاده از علامت تجاری، ملاک «گمراهی عموم» بیان شده است:

مالک علامت ثبت‌شده می‌تواند علیه هر شخصی که بدون موافقت وی از علامت استفاده کند و یا شخصی که مرتکب عملی شود که عادتاً منتهی به تجاوز به حقوق ناشی از ثبت علامت گردد، در دادگاه اقامه دعوی نماید. این حقوق شامل موارد استفاده از علامتی می‌شود که شبیه علامت ثبت‌شده است و استفاده از آن برای کالا یا خدمات مشابه، موجب «گمراهی عموم» می‌گردد.

۲، ۳، ۳. عدم هم‌زمانی تناظر: قرارداد استفاده از نام دامنه

در جایی که تناظر فوق‌الذکر وجود ندارد، مانند موردی که دارنده نام تجاری در فضای فیزیکی از نام دامنه‌ای غیر از آن استفاده می‌کند، مثل ثبت نام دامنه orderonline.com توسط شرکت Sony، نمی‌توان در زمان ثبت نام دامنه، آن را مالکیت‌های فکری به حساب آورد، مگر این که با گذر زمان، نام دامنه ثبت‌شده غیرمتناظر، اعتبار و شهرت کسب کند؛ در ادامه این موضوع به تفصیل بررسی خواهد شد. در این مورد این سؤال مطرح است که منشأ مالکیت ثبت‌کننده نام دامنه بر آن چیست؟ پاسخ این سؤال ماهیت حقوقی نام دامنه در این فرض را نیز روشن خواهد کرد.

با توسل با ماده ۱۴۰ ق.م. که اسباب تملک در حقوق ایران را بحث می‌کند به چهار سبب اشاره می‌شود که سبب مناسب همان عنوان دوم است:

۱. به احیای اراضی موات و حیازت اشیای مباحه: نام دامنه از جمله اراضی و اشیای نیست.
۲. به وسیله‌ی عقود و تعهدات: نام دامنه با انعقاد قرارداد الکترونیکی به ثبت می‌رسد (در ادامه بحث خواهد شد).

۳. به وسیله‌ی اخذ به شفعه: اخذ به شفعه در اموال غیر منقول جریان دارد که در نام دامنه صادق نیست.^۱

۴. به ارث: روشن است که متوفی^۱ بایستی دارای حقی بر نام دامنه باشد تا پس از فوت، حقوق ناشی از نام دامنه، در ماترک داخل شود و به ارث برسد، و اگر چنین حقی را به دست نیاورده است بدیهی است که از طریق ارث نیز منتقل نمی‌شود. با توجه به این که تحصیل ابتدایی چنین حقی بر یک نام دامنه موضوع بحث است، لذا باید به سبب دوم توسل کرد.

در تحلیل نام دامنه در بستر سبب دوم، یعنی عقود و تعهدات، روشن است که نام دامنه پس از طی یک فرآیند الکترونیکی ثبت می‌شود. این فرآیند الکترونیکی با جستجوی نام دامنه در پایگاه نام‌های دامنه یعنی وبسایت whois.net یا دیگر پایگاه‌های متصل به آن صورت می‌گیرد و در صورت آزاد بودن آن برای ثبت، روند ثبت طی می‌شود. نهایی‌سازی ثبت با وارد کردن اطلاعات شخص ثبت‌کننده و پرداخت الکترونیکی بهای نام دامنه صورت می‌گیرد. این فرآیند در حقیقت یک قرارداد الکترونیکی است که بین شخص ثبت‌کننده و ارائه‌دهنده خدمات ثبت منعقد می‌شود. از این دیدگاه، منشأ ایجاد حق بر نام دامنه عقد است که این حق می‌تواند با موجب ارث یا وصیت یا در قالب عقود به دیگری منتقل شود.

سؤالی که مطرح است این است که عقد الکترونیکی ناظر بر نام دامنه چه نوع عقدی است؟ آیا نوعی عقد بیع است، یعنی خرید و فروش نام دامنه؟ یا عقد اجاره است؟ یا هر عقود دیگری؟ با توجه به این که مدت این عقد محدود است، لذا نمی‌توان آن را در قالب عقد بیع تحلیل کرد. چرا که عقد بیع عقدی است دائمی، در حالی که ثبت نام دامنه برای مدت یک یا ۵ یا ۱۰ سال انجام می‌شود و باید هر سال بابت حفظ آن، مبلغی جهت تمدید پرداخت شود؛ در صورت عدم پرداخت هزینه تمدید، نام دامنه از مالکیت ثبت‌کننده خارج و برای ثبت دیگران

۱ - ماده ۸۰۸ ق.م.م.ه گاه مال غیر منقول قابل تقسیمی، بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک، حصه‌ی خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه‌ی مبیعه را تملک کند. این حق را حق شفعه و صاحب آن را شفیع می‌گویند.

آزاد می‌شود. تعریف عقد بیع در ماده ۳۳۸ ق.م. نیز تأیید دیگری بر این نتیجه است؛ بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم. روشن است که نام دامنه عین (قابل لمس و وجود فیزیکی) نیست.

نظر به مدت دار بودن قرارداد ثبت نام دامنه، ابتدا به نظر می‌رسد نام دامنه را می‌توان در قالب عقد اجاره^۱ تحلیل کرد: مدت معین، مبلغ معین، و عین مستأجره که عبارت است از نام دامنه. اما با توجه به این که نام دامنه عینیت ندارد، لذا نمی‌توان آن را در قالب عقد اجاره بحث نمود. مواد دیگر قانون مدنی نیز مانع از تحلیل نام دامنه در قالب عقد اجاره است؛ از جمله ماده ۴۶۷ که مقرر می‌کند: مورد اجاره ممکن است اشیا یا حیوان یا انسان باشد. روشن است که نام دامنه جزو هیچ یک از این سه مصداق نیست. علاوه بر این، روح مقررات مربوط به عقد اجاره حاکی از این است که مورد اجاره همواره ناظر بر منفعت ناشی از یک عین (وجود خارجی ملموس فیزیکی) است نه غیر آن؛ و وجود عین، یک ضرورت است. چند مصداق عبارتند از: تلف عین مستأجره در طول مدت اجاره (ماده ۴۸۳ ق.م.)، بقای عین در حین انتفاع که دلالت بر وجود عین است (ماده ۴۷۱ ق.م.)، معیوب بودن عین مستأجره (ماده ۴۷۸ ق.م.)، عدم امکان تغییر در عین مستأجره در طول مدت اجاره توسط موجر (ماده ۴۸۴ ق.م.)، امکان تعمیر عین مستأجره در طول مدت اجاره (ماده ۴۸۵ ق.م.)، حقی نیز که مستأجر بر منافع عین پیدا می‌کند حق عینی است که دلالت قطعی بر وجود عین دارد. حتا حق بر نام دامنه را نمی‌توان نوعی حق انتفاع به حساب آورد، چرا که در ایجاد حق انتفاع نیز قطعاً باید عینی وجود داشته باشد تا انتفاع از آن برده شود.^۲ به عبارت دیگر، حق انتفاع از جمله حقوق عینی است، مگر این که از عین به اصل مال تعبیر شود، که این رویکرد طرفداران معدودی آن هم در بعد نظری

۱ - ماده ۴۶۶ ق.م.: اجاره عقدی است که به موجب آن، مستأجر، مالک منافع عین مستأجره می‌شود، اجاره دهنده را موجر و اجاره کننده را مستأجر و مورد اجاره را عین مستأجره گویند.

۲ - ماده ۴۰ ق.م.: حق انتفاع عبارت از حقی است که به موجب آن شخص می‌تواند از مالی که عین آن ملک دیگری است یا مالک خاصی ندارد، استفاده کند.

دارد؛ نه رویه قضایی و اجرایی موجود.

نظر به این که ثبت نام دامنه برای ثبت کننده حقی نسبت به آن به وجود می آورد که منشأ آن قرارداد است و این قرارداد در قالب عقود معین موجود قابل دفاع نیست، می توان در قالب ماده ۱۰ ق.م.ا این قرارداد سخن گفت؛ قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است. عنوان این قرارداد نامعین را می توان قرارداد «استفاده از نام دامنه» نامید.

۳،۳،۴. مسایل تکمیلی تئوری مرکب

برای تکمیل تئوری مرکب لازم است چند مسأله اساسی مرتبط بررسی شود.

۳،۳،۴،۱. اثر کسب شهرت پس از گذر زمان: تبدیل نام دامنه به دارایی فکری

جالب توجه است که وقتی نام دامنه ای، با گذر زمان، دارای شهرت و اعتبار می شود، در حالی که در ابتدا دارای چنین مقامی نبوده است، در این صورت:

۱. دیگران عین آن نام دامنه را در همان دامنه به دلیل مانع فنی نمی توانند ثبت کنند.

(اصل وحدت نام دامنه در دامنه مشخص)

۲. دیگران از نظر فنی می توانند عین همان نام دامنه را در دامنه دیگر ثبت کنند لیکن چون بر خود نام دامنه شهرت ایجاد شده و اینک از مصادیق مالکیت های فکری است، مانع قانونی وجود دارد که در ماده ۶۶ ق.ت.ا. هم اشاره شده است. البته به دارندگان چنین نام دامنه هایی توصیه می شود عین همان نام دامنه را با دامنه های مختلفی ثبت کنند و مانع از سوء استفاده دیگران شوند. در همین راستا، یک نکته لازم به توجه این که قانونگذار چنین الزامی را پیش بینی نکرده است اما به نظر می رسد تحمیل چنین الزامی به ثبت کنندگان نام دامنه می تواند به طور قابل ملاحظه ای اختلافات مرتبط را کاهش دهد.

۳. دیگران از نظر فنی می توانند نه عین، بلکه مشابه همان نام دامنه را در همان دامنه یا دامنه های دیگر ثبت کنند، مثلاً شخص (الف) نام دامنه buyonline.com را ثبت کرده است، شخص (ب) نام دامنه byonline.com یا byonline.ir را ثبت می کند (تلفظ

یکسان، نوشتار متفاوت). در این صورت اگر مشابهت در حدی باشد که مخاطب متعارف را به گمراهی بیندازد مانع قانونی وجود دارد. (ماده ۶۶ ق.ت.ا.) در این حالت نیز به ثبت کنندگان پیشنهاد می‌شود ترکیبات مختلفی از نام دامنه را در دامنه‌های مختلف ثبت کنند تا مانع از هر گونه اختلاف بعدی شوند.

۲، ۳، ۳، ۳. صرف وجود تناظر نمی‌تواند نام دامنه را در زمره مالکیت‌های فکری در آورد
سؤال مهمی که در اینجا لازم است بررسی شود این است که آیا صرف وجود تناظر برای این که بتوان نام دامنه‌ای را در مالکیت‌های فکری بحث نمود، کافی است، یا بایستی شهرت و اعتبار نام در فضای فیزیکی نیز محرز شود؟ ذکر یک مثال ضروری است. فرض کنید دارنده نام در فضای فیزیکی هم‌زمان با شروع فعالیت نام دامنه‌ای را ثبت می‌کند که این نام دامنه می‌تواند متناظر با نام در فضای فیزیکی باشد یا غیر آن، مانند این که شرکت لبنیاتی «فروزنده» نام دامنه forozndeh.com (وجود تناظر) یا labaniati.com (عدم وجود تناظر) را ثبت کند. در هر دو صورت، ابتدا به نظر می‌رسد چون نام فیزیکی هنوز دارای اعتبار و قوت در اذهان نیست، لذا نام دامنه ثبت شده نمی‌تواند از جمله مالکیت‌های فکری محسوب شود. به همین ترتیب، اگر شخصی غیر از شرکت فروزنده، این نام‌های دامنه را ثبت کند، شرکت فروزنده نمی‌تواند مدعی نقض حق او و خواهان لغو نام‌های دامنه یا انتقال آن‌ها به خود شود، چرا که شرط اصلی ماده ۶۶ ق.ت.ا. یعنی «فریب یا مشتبه شدن طرف به اصالت کالا و خدمات» محقق نشده است؛ شهرتی حاصل نشده است که مخاطب به اشتباه بیفتد و فکر کند که این نام دامنه همان نام در فضای فیزیکی است. با این حساب، صرف وجود تناظر کافی نیست و شهرت نام در فضای فیزیکی شرط است.

با این حال، بایستی توجه نمود که با گذر زمان، نام دامنه می‌تواند اعتبار و شهرت لازم را کسب کند که در این صورت، باید آن را جزو دارایی‌های فکری محسوب نمود.

۳، ۳، ۳، ۳. تقدم در شهرت مقدم بر تقدم بر ثبت است
به عنوان مثال، فرض کنید شخص (الف) صرفاً نام دامنه behnosh.com را ثبت کرده

است، و بعد شرکتی در حوزه تولید محصولات نوشیدنی با نام «بهنوش» تشکیل می‌شود و نام دامنه behnoosh.com (به دو حرف o) یا orderbehnoosh.com را ثبت می‌کند، با تبلیغات وسیعی که انجام می‌دهد و بسایت شرکت با نام دامنه‌های مذکور یا مشابه در اذهان عموم مخاطبان جای می‌گیرد. در این زمان، شخص (الف) مدعی می‌شود که شرکت بهنوش نام دامنه‌ای مشابه با نام دامنه‌ای که وی قبلاً ثبت کرده بود، ثبت کرده است، در حالی که وی مقدم بر شرکت اقدام به ثبت نموده است. در این صورت، با در نظر گرفتن ماده ۶۶ق.ت.ا. باید گفت نه تنها شرکت بهنوش مستحق نام‌های دامنه ثبت شده است، بلکه اگر شخص (الف) اقدام به راه‌اندازی وب‌سایتی برای عرضه محصولات مشابه بر روی نام دامنه ثبت شده خود کند، این شرکت بهنوش است که می‌تواند مدعی لغو یا انتقال نام دامنه به خود شود! این می‌رساند که تقدم در ثبت ملاک نیست، بلکه عمده احراز تقدم در شهرت است که می‌تواند مخاطب را به اشتباه اندازد. با این حال، اگر قواعد ثبت نام دامنه دارای تشریفات باشد که از ثبت نام‌های دامنه مشابه با آنچه قبلاً ثبت شده است منع کند، تقدم در ثبت ملاک خواهد بود؛^۱ فعلاً چنین نیست.

در همین جا لازم است اشاره شود که علامت تجاری برای مورد حمایت واقع شدن، محتاج به ثبت نیست بلکه اگر علامتی معروف باشد و دارای شهرت، همچنان از حمایت قانونی برخوردار است. این موضوع هم از بند (ه) ماده ۳۲ قانون ثبت اختراعات، مصوب ۱۳۸۶ قابل استنباط است^۲ و هم از ماده ۶ مکرر کنوانسیون پاریس راجع به حمایت از

۱ - در همین فضا، در خصوص ثبت علامت تجاری و موارد ممنوع از ثبت در ماده ۳۲ قانون ثبت اختراعات ۱۳۸۶ آمده است: علامت در موارد زیر قابل ثبت نیست: ... ز - عین علامتی باشد که قبلاً به نام مالک دیگری ثبت شده و یا تاریخ تقاضای ثبت آن مقدم یا دارای حق تقدم برای همان کالا و خدمات و یا برای کالا و خدماتی است که به لحاظ ارتباط و شباهت موجب فریب و گمراهی شود.

۲ - ر.ک.؛ ماده ۳۲: علامت در موارد زیر قابل ثبت نیست: ... ه - عین یا به طرز گمراه کننده‌ای شبیه یا ترجمه یک علامت یا نام تجاری باشد که برای همان کالاها یا خدمات مشابه متعلق به مؤسسه دیگری در ایران معروف است.

مالکیت‌های صنعتی مصوب ۱۸۸۶ م. که دولت ایران در سال ۱۳۳۷ خورشیدی به آن ملحق شده است:

کشورهای اتحادیه متعهد می‌شوند رأساً، اگر قانون داخلی کشور اجازه دهد، یا طبق تقاضای کتبی ذی‌نفع، آن علامت صنعتی را که از عین یا تقلید یا ترجمه علامت صنعتی تشکیل یابد که مؤثر در ایجاد اشتباه نسبت به این علامت است که مقام صالح کشور ثبت‌کننده یا استعمال‌کننده معتقد است این علامت در آن کشور از علایم مشهور است و علامت مشهور متعلق به شخصی است که می‌تواند از مزایای کنوانسیون حاضر استفاده کند و این علامت برای هر نوع کالای مشابه یا همانند به کار برده شده باشد، باید ثبت چنین علامتی را رد کنند و یا ثبت آن را باطل سازند و یا استعمال آن را ممنوع کنند.^۱

۳،۳،۴. وضعیت نام دامنه‌ای که دارنده آن را تمدید نمی‌کند و مانع ثبت غیر به دلیل شهرت

اقتسابی می‌شود

در فرضی که نام دامنه از ابتدا دارای شهرت نبوده است مانند ثبت نام دامنه. orderonline.com توسط شرکت sony یا charmkif.com از سوی شرکت تازه تأسیس «نوبین»، و با گذر زمان شهرت ایجاد می‌شود، نتیجه بحث این شد که نام دامنه از مصادیق مالکیت فکری خواهد بود، مانند این که خود شرکت دارای دو نام تجاری است یکی در فضای واقعی و دیگری در فضای مجازی. گفته شد که قرارداد نام دامنه مدت‌دار است و در پایان مدت در

1 - (1) The countries of the Union undertake, ex officio if their legislation so permits, or at the request of an interested party, to refuse or to cancel the registration, and to prohibit the use, of a trademark which constitutes a reproduction, an imitation, or a translation, liable to create confusion, of a mark considered by the competent authority of the country of registration or use to be well known in that country as being already the mark of a person entitled to the benefits of this Convention and used for identical or similar goods. These provisions shall also apply when the essential part of the mark constitutes a reproduction of any such well-known mark or an imitation liable to create confusion therewith.

صورت عدم پرداخت هزینه تمدید، ثبت نام دامنه توسط غیر آزاد خواهد شد. حال اگر شرکت Sony نام دامنه orderonline.com را پس از ایجاد شهرت تمدید نکند؛ که در این صورت این نام دامنه برای ثبت آزاد خواهد شد، آیا می تواند مانع از ثبت غیر شود با این استناد که بر روی این نام دامنه، حداقل در زمان حال، دارای شهرت است؟ به عبارت دیگر، از یک طرف شرکت نام دامنه را تمدید نمی کند و راه فنی ثبت توسط غیر را باز می کند، و از طرف دیگر، به دلیل ادعای داشتن شهرت بر نام دامنه، مانع حقوقی بر سر راه ثبت کننده ایجاد می کند. به نظر می رسد با توجه به مباحث پیش گفته، از یک طرف این نام دامنه در زمان حال به عنوان مصدق از مالکیت های فکری در آمده است و از طرف دیگر، با الغای خصوصیت از علامت تجاری در ماده ۶۶ ق.ت.ا، به این معنی که علامت تجاری موضوع این ماده، ویژگی خاصی ندارد که نتوان به دیگر مصدق مالکیت های فکری تعمیم داد، لذا می توان پاسخ این سؤال را به نفع ثبت کننده سابق داد و مانع ثبت از سوی غیر شد، مگر این که در نظر عرف آن قدر زمان بگذرد که به دلیل نداشتن تجارت الکترونیکی بر روی نام دامنه مورد بحث، ارتباط نام دامنه با شرکت پشتیبان آن در اذهان عمومی آنچنان کمرنگ شود که ثبت مجدد آن از سوی غیر و انجام تجارت بر روی آن موجب اشتباه و گمراهی مخاطبان نگردد. واقعیت عملی نیز این را نشان می دهد؛ اگر شخص دیگری این نام دامنه را فنی الحال ثبت کند، انتظار می رود مخاطب گمان کند که وبسایت ایجاد شده از آن شرکت سابق است، و لذا می توان مانع ثبت شد. بدیهی است که اگر شرکت Sony نام دامنه sony.com را تمدید نکند، اشخاص دیگر هیچ وقت قادر به ثبت آن نخواهند بود، چرا که وضعیت عیناً مشمول ماده ۶۶ ق.ت.ا است و شهرت نام و علامت تجاری Sony در فضای فیزیکی همواره مانع چنین اقدامی است.

۳، ۴، ۵. تکلیف نام های دامنه ثبت شده به طور هم زمان در دامنه های مختلف و کسب شهرت

متفاوت یا مساوی در آینده

یک فرض جالبی که در پایان لازم است بررسی شود، وضعیت نام دامنه های عین هم یا مشابهی است که به طور هم زمان، البته هم زمانی عرفی نه ریاضی وار، ثبت می شوند؛ مثلاً

شخص (الف) نام دامنه digikala.ir را ثبت می کند و شخص (ب) نام دامنه digikala.com را، یا شخص (الف) نام دامنه digicala.ir را ثبت می کند و شخص (ب) نام دامنه digikala.ir را (یکی با c و دیگری با k). بر روی هر دو نام دامنه کار تجاری صورت می گیرد، که با گذر زمان، دو حالت ممکن است ظهور کند:

۱. یکی از نام‌های دامنه شهرت کسب می کند و دیگری خیر: در این حالت، دارنده نام دامنه‌ای که شهرت کسب کرده است، می تواند انتقال نام دامنه دیگری را به خود مطالبه کند به شرطی که وجود آن به بازار تجاری وی صدمه زند. این موضوع با نظر کارشناس رسمی دادگستری، و در فقدان آن با جلب نظر شخص خبره در مسایل بازرگانی و بازاریابی یا کسب و کار الکترونیکی، قابل بررسی و تصمیم گیری است. گرچه ثبت کننده نام دامنه غیر مشهور دارای حسن نیت بوده و این دیدگاه در ابتدا غیر عادلانه به نظر می رسد، اما اقتضای احترام به مهارت و تخصص و تبلیغات و هزینه زیاد و کلیه عواملی که دارنده نام دامنه مشهور فعلی به کار گرفته است تا در زمان مساوی با رقیب به شهرت دست یابد، لزوم این رویکرد را توجیه می کند. با ذکر این نکته که فرض بر این است هر دو نام دامنه در حوزه‌های مشابه فعالیت می کنند و در این صورت، مخاطب اشتباه می کند.

۲. هر دو نام دامنه شهرت کسب می کنند: در اینجا ابتدا باید بررسی نمود که آیا بین شهرت‌های مکتسبه تفاوت وجود دارد یا خیر، و اگر وجود دارد، این تفاوت شهرت تا کجاست؟ اگر شهرت‌ها برابر، نزدیک به هم، یا دارای تفاوت غیر فاحش باشند، نمی توان یکی را بر دیگری ترجیح داد. بار دقت و تفکیک بر دوش مصرف کننده خواهد افتاد، و یا این که دارندگان نام‌های دامنه به نحوی روشن تراضی مشخصی کرده باشند. اما اگر تفاوت شهرت زیاد است، دیدگاه صورت اول قابل اعمال است.

۴. نتیجه

«تئوری مرکب با تکیه بر مفهوم تناظر»، در حقیقت، جامع دو نظر مهمی است که تاکنون در حوزه نام‌های دامنه مطرح بوده است: (الف) نام دامنه ارتباطی با مالکیت‌های فکری ندارد و

ماهیت جداگانه‌ای دارد؛ ب) نام دامنه با مالکیت‌های فکری مرتبط است.

در ارائه پاسخ به سؤال اصلی تحقیق، واکاوی نام دامنه در گستره مالکیت‌های فکری، به شرایط واقعی موجود توجه خاصی شد. برای این منظور، حالات متصور تفکیک گردید و در هر مورد، جدای از مباحث تکمیلی، ماهیت حقوقی نام دامنه به شرح زیر مورد تحلیل قرار گرفت:

۱. نام دامنه با نام تجاری یا علامت تجاری «مشهور» در فضای فیزیکی، «متناظر» است: مانند ثبت sony.com توسط شرکت معروف sony؛ نام دامنه منعکس کننده نام یا علامت تجاری (یعنی مالکیت فکری) در فضای مجازی است و به همین دلیل باید از مصادیق مالکیت‌های فکری باشد تا منع مبنا داشته باشد (ماده ۶۶ قانون تجارت الکترونیکی مصوب سال ۱۳۸۲).

۲. نام دامنه با نام تجاری یا علامت تجاری «غیر مشهور» در فضای فیزیکی «متناظر» است: مانند ثبت نام دامنه novincharm.com برای شرکت تازه ثبت شده «نوین چرم» برای فعالیت در حوزه اجناس چرمی؛ در ابتدای ثبت دارای ماهیت حقوقی مستقلی است و پس از کسب شهرت در زمره مالکیت‌های فکری قرار می‌گیرد، مشروط بر این که کسب شهرت حاصل تجارت الکترونیکی از طریق وبسایت راه‌اندازی شده بر روی نام دامنه باشد، و الا مانند مورد قبیل تنها منعکس کننده نام یا علامت تجاری خواهد بود.

۳. نام دامنه با نام تجاری یا علامت تجاری «مشهور» در فضای فیزیکی، «غیر متناظر» است: مانند ثبت orderonline.com توسط شرکت معروف sony؛ در ابتدای ثبت، نام دامنه دارای ماهیت حقوقی مستقلی طبق ماده ۱۰ قانون مدنی است، اما با کسب شهرت از مصادیق جدید مالکیت‌های فکری به حساب می‌آید و شرکت دارای دو نام تجاری، یکی در فضای مجازی و دیگری در فضای واقعی، خواهد بود.

۴. نام دامنه با نام تجاری یا علامت تجاری «غیر مشهور» در فضای فیزیکی، «غیر متناظر» است: مانند ثبت charm kif.com توسط شرکت تازه تأسیس «نوین» برای فعالیت در حوزه چرم؛ نام دامنه در ابتدای ثبت، دارای ماهیت حقوقی مستقلی طبق ماده ۱۰

قانون مدنی است، اما با کسب شهرت از مصادیق جدید مالکیت‌های فکری به حساب می‌آید و شرکت دارای دو نام تجاری، یکی در فضای مجازی و دیگری در فضای واقعی، خواهد بود. ۵. نام دامنه برای اهداف «غیر تجاری» ثبت شده است؛ خواه متناظر با نام فیزیکی باشد و خواه نباشد، خواه نام فیزیکی مشهور باشد و خواه نباشد؛ مانند ثبت ut.com برای دانشگاه تهران که مشهور است و متناظر، یا ثبت noorevelayat.com برای مؤسسه فرهنگی مذهبی تازه تأسیس و غیر مشهور نور ولایت که متناظر است، یا ثبت salehat.com برای چنین مؤسسه‌ای که غیر مشهور و غیر متناظر است؛ از آنجایی که ماده ۶۶ قانون تجارت الکترونیکی در حوزه تجارت الکترونیکی به ایجاد ممنوعیت پرداخته است، لذا ثبت نام دامنه متناظر با نام یا علامت غیر تجاری ثالث ممنوعیت ندارد، و در صورت ثبت، نام دامنه ذیل ماده ۱۰ قانون مدنی قابل بحث است نه به عنوان مصداقی از مالکیت‌های فکری، و ذی حق می‌تواند با توسل به مباحث حقوق مسؤولیت مدنی ثبت‌کننده را پیگیری کند. به همین ترتیب، اگر فعال غیر تجاری، از ابتدا در قالب یک وبسایت فرهنگی یا ثبت یک نام دامنه فعالیت کند و اعتبار کسب نماید، در اینجا نیز با استناد به حقوق مسؤولیت مدنی می‌تواند در صورت ورود لطمه به اعتبار و شهرت خود، مانع از ثبت نام دامنه‌های مشابه یا عین آن توسط ثالث گردد.

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود نام دامنه بسته به شرایط حاکم گاهی به عنوان مصداقی جدید از مالکیت‌های فکری خواهد بود و گاهی در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی حق انتفاعی است که طبق قرارداد الکترونیکی ثبت شده از سوی مرجع ثبت برای مدت معین در قبال مبلغ معین به شخص ثبت‌کننده اعطا می‌شود.

با توجه به موارد یک الی ۴ فوق، پیشنهاد اصلاح ماده ۶۶ قانون تجارت الکترونیکی ایران به این شرح ارائه می‌شود:

به منظور حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان و تشویق رقابت‌های مشروع در بستر مبادلات الکترونیکی، استفاده از علائم تجاری یا نام‌های تجاری یا سایر مصادیق مالکیت‌های فکری به صورت نام دامنه و یا هر نوع نمایش بر خط آن‌ها برای اهداف تجاری به نحوی که

12. Report on the Delegation of the ایران ("Iran") domain representing the Islamic Republic of Iran in Arabic, available at: www.iana.org
13. About Domain Name Transfer to a Different Registrar, available at: www.icann.org
14. Jane C. Ginsberg and et la, Trademark and Unfair Competition Law, Foundation Press, 4th ed. 2007
15. Serena C. Hunn, Anticybersquatting Consumer Protection Act: A Powerful Remedy in Domain Name Disputes? Or a Threat to Electronic Commerce?, available at: www.fmew.com
16. Paul Sloan, Masters of their Domains, available at: www.money.cnn.com
17. ICANN Issues: Domain name tasting, available at: www.icann.org
18. Registrar Accreditation Agreement, available at: www.icann.org
19. Internet Domain Name System Structure and Delegation (ccTLD Administration and Delegation), available at: www.icann.org
20. Domain Name System Structure and Delegation, available at: www.tools.ietf.org
21. Masters, J., What is internet governance?, available at: www.cfr.org
22. Tebow, P., Domainer's Bible: A Beginner's Guide to Buying and Selling Domain Names, Gladiator Press, 2014.
23. Wolfe, J., Domain Names Rewired: Strategies for Brand Protection in the Next Generation of the Internet, John Wiley & Sons, 1 edition, 2012.
24. Sause, J., Domain Names - Strategies and Legal Aspects, Sweet & Maxwell, 2015.
25. Wels, S., Domain Names for Dummies, John Wiley & Sons, 2001.
26. Bettinger, T., and Waddell, A., Domain Name Law and Practice: An International Handbook, OUP Oxford, 2nd ed., 2015.
27. Dalton, L., Domain Names Flipping, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2014.

28. Lucas, M., DNSSEC Mastery: Securing the Domain Name System with BIND, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2013.
29. Jan, Baier, Internet Domain Names and Trade Marks under European and U.S. Law, VDM Verlag, 2011.
30. Kruger, L., Internet Domain Names: Background and Policy Issues, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2014.
31. Lindsay, D., International Domain Name Law, Hart Publishing, 2007.
32. Halberstam, S., and et la, Domain Names: A Practical Guide, Butterworths Tolley Ltd., 2002.
33. Word Report on International Domain Names 2014, available at: www.eurid.eu
34. Bently, L., and Sherman, B., Intellectual Property Law, OUP Oxford; 4th ed., 2014.
35. Christie, A., and Gare, S., Blackstone's Statutes on Intellectual Property, OUP Oxford; 12th ed., 2014.
36. Aplin, T., and Davis, J., Intellectual Property Law: Text, Cases, and Materials, OUP Oxford; 2nd ed., 2013.
37. Konstantinos Komaitis, The Current State of Domain Name Regulation, Reprint edition, 2012, Routledge
38. Chris Reed, Computer Law, 6th ed., 2006, Oxford University Press
39. Colston, C & Middleton, K, Modern Intellectual Property Law, 2005, Cavendish Publishing

ج) قوانین و اسناد داخلی و خارجی

۴۰. قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان مصوب سال ۱۳۴۸
۴۱. قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب سال ۱۳۸۶
۴۲. قانون جرایم رایانه‌ای مصوب سال ۱۳۸۸

۴۳. قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون تأسیس سازمان جهانی مالکیت معنوی مصوب ۱۳۸۰.

۴۴. فرمایشات مقام معظم رهبری (دامت برکاته) در خصوص فضای مجازی و اهمیت آن، قابل دسترسی در: www.leader.ir

۴۵. اساسنامه مرکز ملی فضای مجازی کشور مصوب ۱۳۹۱/۰۴/۳۱

۴۶. قانون وظایف و اختیارات وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات مصوب سال ۱۳۸۲

۴۷. اساسنامه کمیسیون تنظیم مقررات مصوب سال ۱۳۸۷

۴۸. قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب سال ۱۳۸۶

۴۹. قانون تجارت الکترونیکی مصوب سال ۱۳۸۲

۵۰. آیین نامه جامع سامان دهی نشانی‌های عددی اینترنتی کشور مصوب سال ۱۳۹۲

51. Torts (Interference with Goods) Act 1977

52. Anticybersquatting Consumer Protection Act 1999

53. Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy 1999

د) پایگاه‌های اینترنتی

www.nic.ir

۵۴. پایگاه رسمی ایرنیک

www.icann.org

۵۵. پایگاه رسمی آیکن

www.internic.net

۵۶. پایگاه رسمی اینترنتیک

www.internetsociety.org

۵۷. پایگاه رسمی جامعه اینترنت

www.iana.org

۵۸. پایگاه رسمی ایانا

www.ripe.net

۵۹. پایگاه رسمی رایپ

www.who.net

۶۰. پایگاه جستجوی نام‌های دامنه

www.centri.org

۶۱. پایگاه رسمی سنتر

۶۲. پایگاه خبری فناوری اطلاعات ایران www.iritn.ir
۶۳. پایگاه رسمی وایپو www.wipo.int
۶۴. پایگاه مرکز ملی فضای مجازی کشور www.majazi.ir
۶۵. پایگاه وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات www.ict.gov.ir
۶۶. پایگاه مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی www.rc.majlis.ir
۶۷. سازمان تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی www.cra.ir

مسئولیت مدنی دولت در قبال فیلترینگ (پالایش) فضای مجازی



سالار پورنقی^۱
مهدی نصیری^۲
سجاد خلیلی تژاد^۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۸/۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۲/۰۵

چکیده:

با گسترش اثر گذاری فضای مجازی در امور اجتماعی، دولت‌ها اراده جدی تری برای تمشیت و مهندسی روابط اجتماعی شهروندان در فضای مجازی پیدا کردند که یکی از مظاهر آن ایجاد محدودیت در دسترسی کاربران فضای مجازی به دلایل فرهنگی، امنیتی، اقتصادی و غیره است. حال سؤال این است که اگر فیلترینگ، منجر به تضرر کاربران فضای مجازی شود، آیا دولت‌ها نسبت به خسارات وارده مسئولیت مدنی خواهند داشت. مسئولیت مدنی دولت موضوعی است که از یک سو مر تبط با حقوق خصوصی و از سوی دیگر، مر تبط با حقوق عمومی است و همین مسأله بر پیچیدگی این موضوع افزوده است. در این مقاله پس از بررسی نظریات حقوقدانان در باب مسئولیت مدنی دولت، سعی شده است با روش توصیفی-تحلیلی، نظری جامع و مانع ارائه شود تا علاوه بر جبران خسارت زیان دیدگان ناشی از فیلترینگ، با واقعیت‌های اداره جامعه توسط دولت نیز سازگار باشد.

کلیدواژگان: مسئولیت مدنی دولت، فیلترینگ، فضای مجازی، ضرر.

۱- نویسنده مسئول: دانشجوی کارشناسی ارشد پیوسته معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق علیه السلام
s.pournaghi@isu.ac.ir

۲- دانشجوی کارشناسی ارشد پیوسته معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق علیه السلام
mahdinasiri@isu.ac.ir

۳- دانشجوی کارشناسی ارشد پیوسته معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق علیه السلام
sajad.khalili@isu.ac.ir

۱. مقدمه:

با گسترش فضای مجازی^۱، انسان این فضا را بستر مناسبی برای انجام فعالیت‌های روزمره اقتصادی و اجتماعی و غیره دید و زندگی انسان به سمت هوشمند و دیجیتالی شدن حرکت کرد؛ زیرا انسان می‌تواند فعالیت‌های روزمره خود را بهتر، سریعتر و کم‌هزینه‌تر در این بستر انجام دهد. فعالیت‌های موجود در فضای مجازی، در بسترهای گوناگونی از قبیل وب‌سایت، پیام‌رسانه‌ای اجتماعی و غیره انجام می‌شود.

علاوه بر مردم، دولت نیز در زمینه‌ی فضای مجازی نقش آفرینی می‌کند، به طوری که دولت زمینه استفاده مردم را از این فضا ایجاد می‌کند؛ اما دولت به این حد از نقش آفرینی اکتفا نمی‌کند و به وضع قانون درباره نحوه استفاده از فضای مجازی مبادرت می‌ورزد که اثر آن، به وجود آمدن محدودیت‌هایی برای کاربران فضای مجازی با اشکال گوناگون آن است. این موضوع که دولت‌ها به دنبال کنترل محیط اطلاعات در داخل کشورهای خود هستند، امر جدیدی نیست و در تمام دولت‌ها وجود دارد. (zittrain and palfrey, 2008, p.5)

این محدودیت‌ها، خود را در قالب‌های گوناگونی مانند فیلترینگ و مسدودسازی^۲ نشان می‌دهد؛ اما محدوده اعمال محدودیت‌ها تا کجا باید باشد تا زندگی هوشمند مبتنی بر فضای مجازی دچار اختلال نشود؛ زیرا زمانی که مردم بسیاری از فعالیت‌های خود را در بستر چنین فضایی انجام می‌دهند، اعمال فیلترینگ و مسدودسازی، زندگی مردم و تعاملات آن‌ها را دچار اختلال می‌کند و دولت باید با برنامه‌ریزی مناسب، این محدودیت‌ها را به صورت گسترده اعمال نکند تا زندگی مردم که در بستر فضای مجازی است، دچار اختلال نشود. حقوقدانان بحث‌های مفصلی در ارتباط با مسؤولیت مدنی دولت در فضای واقعی مطرح کرده‌اند اما این بحث در فضای مجازی بررسی نشده است؛ بنابراین با گسترش روزافزون گستره فضای مجازی، لازم است قواعد و حدود مسؤولیت مدنی دولت در قبال فیلترینگ فضای مجازی مشخص گردد.

1 - Cyberspace

2 - Filtering /censorship

دولت با فیلترینگ فضای مجازی باعث به وجود آمدن چالش‌هایی در تعاملات اجتماعی کاربران شده است؛ زیرا زندگی اجتماعی و نظام‌های اجتماعی فیزیکی به سمت نظام‌های اجتماعی در بستر فضای مجازی منتقل شده است و فیلترینگ نامناسب باعث اختلال در این نظامات می‌شود. همچنین حوزه اقتصادی زندگی مردم که در بستر فضای مجازی گسترش یافته است نیز اگر با فیلترینگ نامناسب دچار اختلال شود مانند فیلترینگ پیام‌رسان‌های اجتماعی در دی ماه سال ۱۳۹۶ که بخشی از آن ماهیت اقتصادی و تجارتي پیدا کرده بود، باعث به وجود آمدن چالش‌هایی در زندگی مردم می‌شود. بنابراین ضروری است با تحلیل قواعد مسؤولیت مدنی دولت، محدوده صلاحیت دولت در اعمال فیلترینگ فضای مجازی مشخص شود تا به واسطه‌ی فیلترینگ نادرست، ضرر ناروایی به شهروندان وارد نشود و اگر ضرری به شهروندان وارد شد ضمانت اجرایی برای جبران خسارت‌های وارد شده، وجود داشته باشد.

در این پژوهش برای واکاوی نظرهای حقوقی در این مسأله به این سؤال اساسی پاسخ داده می‌شود:

آیا دولت مسؤول جبران خسارات ناشی از اعمال مشروع و قانونی خود می‌باشد. آیا دولت در قبال خسارات وارده ناشی از اعمال محدودیت‌هایی همچون فیلترینگ مسؤولیت مدنی دارد. آیا اگر دولت به‌رغم امکان فیلترینگ هوشمند به فیلترینگ غیر هوشمند مبادرت ورزد، مسؤول است.

در خصوص مسؤولیت مدنی دولت نظرهای مختلفی ارائه شده است که برخی از این نظرات اقتضائات دولت را در نظر نگرفته است. برخی دیگر نیز حقوق شهروندان را تأمین نمی‌کند؛ بنابراین لازم است نظری ارائه شود که با در نظر گرفتن اقتضائات خاص دولت زیان‌های وارده به شهروندان نیز به صورت حداکثری جبران شود. پس از بررسی نظرات موجود، در پایان نگارندگان نظر مختار خود را به صورت تحلیلی و بر اساس مبانی حقوقی بیان و راه‌حل و پیشنهاد خود را برای این مسأله مطرح خواهند کرد.

شایان گفتن است که روش این تحقیق، تحلیلی بوده و در بررسی منابع، از روش

کتابخانه‌ای بهره برده شده است.

۲. واژه‌شناسی: فضای مجازی، فیلترینگ

۲،۱. فضای مجازی

فضای مجازی، محیط محاوره‌ای است؛ به این معنا که قابلیت گفت و گو و تعامل طرفینی دارد و در آن ارتباطات در شبکه‌های کامپیوتری اتفاق می‌افتد.^۱ البته عده‌ی دیگری معتقدند: «بهتر است که به جای فضای مجازی، فضای سایبر استفاده شود؛ زیرا فضای سایبر، مجازی نیست، ولی به جهت استفاده حداکثری در عرف تخصصی و عامه و تبادل عبارت فضای مجازی در اذهان، از عبارت فضای مجازی استفاده می‌شود. فضای مجازی، محیط الکترونیکی واقعی است که ارتباطات انسانی به شیوه‌های سریع و واقعی، فراتر از مرزهای جغرافیایی و با ابزار خاص خود، در آن زنده و مستقیم روی می‌دهد». (عباسی و مرادی، ۱۳۹۴: ۴۴)

«فضای مجازی برای نخستین بار توسط ویلیام گیمسبون^۲ نویسنده کانادایی رمان‌های علمی-تخیلی در سال ۱۹۸۲ م. مورد استفاده قرار گرفت. فضای مجازی برای گیمسبون در حقیقت فضایی تخیلی است که از اتصال رایانه‌هایی پدید آمده است که تمامی انسان‌ها، ماشین‌ها و منابع اطلاعاتی در جهان را به هم متصل کرده‌اند. این معنا به صورت تقریبی، مشابه معنایی است که ما امروزه از کاربرد لفظ فضای مجازی در نظر داریم. کینزا فضای مجازی را برای مثال محیطی برساخته از اطلاعات نامرئی اطلاعاتی که می‌تواند اشکال مختلفی به خود بگیرد، تعریف می‌کند. واقعیت مجازی واقعی است که وجود فیزیکی نداشته توسط نرم‌افزار تولید می‌شود». (خانیکی و بابایی، ۱۳۹۰: ۷۶)

نویسنده‌ی دیگری در باب مفهوم فضای مجازی (سایبر) معتقد است: «اینترنت، فضای سایبر (همان فضای مجازی در زبان فارسی) را به وجود می‌آورد. به عبارتی دیگر، سایبر یعنی فضای

۱ - سایت فرهنگ لغت آکسفورد، عنوان: تعریف فضای مجازی، en.oxforddictionaries.com، آخرین

بازدید: ۲۹ مهر ۱۳۹۷.

2 - William Gamsbon

ناشی از اینترنت (اتصال رایانه‌های مختلف به هم) نه سامانه‌های رایانه‌ای و پروتکل‌ها و دیگر تجهیزات سخت‌افزاری و نرم‌افزاری که اینترنت را به وجود می‌آوردند؛ سایبر محصول اینترنت است و اینترنت محصول ارتباط رایانه‌ها به هم است». (حبیب‌زاده، ۱۳۹۶: ۴۸۹)

در سایت «www.differencebetween.info» برای فهم تفاوت اینترنت و فضای مجازی مثال خوبی بیان شده است:

درباره‌ی یک کتاب تصور کن که این کتاب شبیه به اینترنت است. این راهی برای انتقال اطلاعات است، یعنی داستان یا متن که از نویسنده به خواننده منتقل می‌شود، شبیه نحوه انتقال داده‌ها بین دو کامپیوتر (سرور و یک کامپیوتر) در بستر اینترنت است. در حال حاضر، خواننده داستان را می‌خواند و آن را در ذهن خود به عنوان یک واقعیت مجازی مجسم می‌کند و داستان را از طریق شخصیت‌ها و گفتگوها تجسم و تصویرسازی می‌کند. این واقعیت مجازی فضای سایبری است. از این طریق خواننده یا کاربر، اطلاعاتی را که از طریق اینترنت (کتاب) منتقل شده، تصور می‌کند.^۱

۲،۲. فیلترینگ (پالایش)

فیلتر، واژه‌ی فرانسوی است که در فارسی به «صافی» یا «پالایه» نیز ترجمه شده است و به وسیله‌ای گفته می‌شود که برای تصفیه آب و مایعات دیگر به کار می‌رود. (دهخدا، ۱۳۹۷، ذیل واژه‌ی فیلتر) به عبارت دیگر، فیلترینگ ممانعت از دسترسی کاربران به محتوای فضای مجازی یا امکانات آن است. (رحمتی و شهیری، ۱۳۹۶: ۱۴۷)

در حقوق غربی به جای واژه‌ی فیلترینگ در موارد غالب واژه‌ی سانسور را استعمال می‌کنند. «ولی به نظر می‌رسد به خاطر کاربرد معمول «سانسور» برای منابع مکتوب از قبیل کتاب و مقاله، بهتر آن است که از همان واژه‌ی «فیلترینگ» استفاده شود که با فرآیند جاری در فضای مجازی سازگاری بیشتری دارد». (رحمتی و شهیری، ۱۳۹۶: ۸)

در قوانین، واژه‌ی فیلتر در ماده ۷۴۹ ق.م.ا. ذکر و معادل «پالایش» برای آن در نظر

۱ - سایت تفاوت‌ها، عنوان: تفاوت بین اینترنت و فضای مجازی (سایبر)، www.differencebetween.info.

آخرین بازدید: ۱۱ آذر ۱۳۹۷.

گرفته شده است:

«ارائه دهندگان خدمات دسترسی موظف اند طبق ضوابط فنی و فهرست مقرر از سوی کارگروه (کمیته) تعیین مصادیق موضوع ماده ذیل محتوای مجرمانه که در چهار چوب قانون تنظیم شده است اعم از محتوای ناشی از جرایم رایانه‌ای و محتوایی را که برای ارتکاب جرایم رایانه‌ای به کار می‌رود، پالایش (فیلتر) کنند. در صورتی که عمده‌آز پالایش (فیلتر) محتوای مجرمانه خودداری کنند، منحل خواهند شد و چنانچه از روی بی احتیاطی و بی‌مبالاتی، زمینه‌ی دسترسی به محتوای غیرقانونی را فراهم آورند، در مرتبه نخست به جزای نقدی... محکوم خواهند شد.»

همان‌طور که ذکر شد معادل فارسی واژه انگلیسی فیلترینگ، واژه‌ی پالایش در نظر گرفته شده است و در فارسی به معنای تصفیه کردن و صاف کردن است و در حوزه‌ی پالایش اطلاعات به کار برده شده است.^۱ در علوم کتابداری و اطلاع‌رسانی و طبق نظر فرهنگستان زبان و ادب فارسی، تعریف فیلترینگ این گونه بیان گردیده است: «جلوگیری از جابه‌جایی اطلاعات ناخواسته در یک مسیر اطلاعاتی».^۲ همچنین در فرهنگ انگلیسی آکسفورد، فیلترینگ (سانسور) چنین تعریف شده است: «سرکوب یا ممنوعیت هر بخشی از کتاب‌ها، فیلم‌ها، اخبار و غیره که از نظر سیاسی، غیر قابل قبول یا تهدید به امنیت محسوب می‌شوند؛ این مقررات سانسور را بر همه رسانه‌ها اعمال می‌کند».^۳

نویسندگان دیگری نیز معتقدند که فیلترینگ یک امر فنی است و در این موضوع بیان می‌کنند: «فیلترینگ در مرحله دسترسی به اطلاعات تولید و ارسال، اجرامی شود نه در مرحله انتقال. بر این اساس، اطلاعات به صورت کلی در جریان است، به محض درخواست دریافت محتوایی خاص از سوی کاربر و ارتباط گیر، فیلترینگ اعمال می‌شود.

۱ - سایت فرهنگ لغت آبادیس، عنوان: تعریف واژه‌ی پالایش، dictionary.abadis.ir آخرین بازدید: ۱۱ آذر ۱۳۹۷.

۲ - سایت واژه‌یاب، عنوان: تعریف واژه‌ی پالایش، www.vajehyab.com، آخرین بازدید: ۱۱ آذر ۱۳۹۷.

۳ - سایت فرهنگ لغت آکسفورد، عنوان: تعریف سانسورینگ (فیلترینگ)، en.oxforddictionaries.com، آخرین بازدید: ۱۱ آذر ۱۳۹۷.

همچنین فیلترینگ ناظر به اطلاعاتی است که در بستر اینترنت است و نه شبکه‌های دیگر (مانند شبکه‌های ماهواره‌ای)». (اسماعیلی و نصراللهی، ۱۳۹۴: ۵۷)

از جهت اصطلاحی نیز فیلترینگ (پالایش) بدین گونه تعریف شده است: «محدود ساختن دسترسی کاربران اینترنت به پایگاه‌ها و خدمات اینترنتی که بر اساس ملاحظات فرهنگی و سیاسی یک کشور، دسترسی به آن‌ها برای عموم مردم مناسب نیست». (جاویدنیا و دیگران، ۱۳۹۴: ۳۶)

نویسنده‌ای دیگر فیلترینگ را در واقع، همان پنهان کردن و یا غیرقابل دسترس کردن همه یا بخشی از محتوا و دور نگه داشتن آن از دسترس مخاطب می‌داند. وی اضافه می‌کند که معادل این کلمه‌ی لاتین (filtering)، در زبان فارسی کلمه‌ی مسدودسازی را می‌توان به کاربرد و در واقع بخشی از عمل معروف و شایع سانسور در زمان‌های نه‌چندان دور است و این نویسنده می‌افزاید: «در عمل فیلترینگ، برخلاف سانسور، حذف محتوا اتفاق نمی‌افتد، بلکه ممانعت از دسترسی به محتوا مطرح است که به این دلیل از مسدودسازی محتوا نیز نام می‌برند». (حبیب‌زاده، ۱۳۹۶: یک)

به‌طور کلی فیلترینگ را می‌توان به دو معنای مورد بررسی قرار داد؛ یکی به معنای مسدود کردن و بلاک کردن فضای سایبر مانند سایت یا شبکه‌های اجتماعی و معنای دیگر، پالایش و تصفیه‌ی محتوای سایت یا شبکه‌ی اجتماعی (حذف محتوا) است. در این نوشته هر دو معنا مورد نظر خواهد بود.

۳. فیلترینگ فضای مجازی

فیلترینگ در فضای مجازی (فضای سایبر) امری متداول است و به گونه‌های مختلف و با کیفیت‌های متناسب با سیاست‌های حکومتی و فرهنگی و غیره هر کشوری اعمال می‌شود. فیلترینگ علل و زمینه‌هایی دارد تا بتوان آن را اعمال کرد.

۳,۱. علت‌ها و زمینه‌های پیدایش فیلترینگ

در بسیاری از کشورها، فیلترینگ انجام می‌شود و محدود به کشوری خاص نیست لیکن کیفیت و کمیت فیلترینگ، متفاوت است و پدیده‌ای نوظهور در کشورمان نیست و ایران را نمی‌شود تنها کشوری دانست که اعمال فیلترینگ می‌کند. «این فیلترینگ در اشکال مختلف انجام می‌شود، از جمله دستور دولت مبنی بر حذف محتوای غیرقانونی در وب‌سایت‌هایی که در داخل کشور میزبانی می‌شود، مسدود کردن محتوای غیرقانونی که در خارج از کشور میزبانی می‌شود و فیلتر کردن نتایج توسط موتور جستجو مربوط به محتوای غیرقانونی». (بابازاده مقدم و اسلام خواه، ۱۳۹۵: ۱۳۷-۱۵۶) به‌طور کلی، علل عمده‌ی اعمال فیلترینگ عبارت‌اند از: سیاسی، فرهنگی، اخلاقی، اجتماعی و امنیتی و غیره. شاید هم بتوان همه مصادیق را در معیار فرهنگی و اخلاقی جای داد؛ زیرا فرهنگ آن قدر وسعت زیادی دارد که می‌تواند مصادیق متنوعی را در برگیرد و فیلترینگ غالباً به دلایل فرهنگی و ملاحظات دینی انجام می‌شود.

«امروزه همه می‌توانند از طریق رایانه‌های شخصی، تبلت و تلفن‌های هوشمند خود، وارد دنیای بزرگ اینترنت شده و به تبادل اطلاعات بپردازند؛ اما اینترنت تیغ دو لبه‌ای است که جنبه مثبت و منفی دارد. نه تنها قادر است به تعالی انسان بینجامد بلکه انحطاط وی را نیز تسهیل می‌کند. از آنجا که نمی‌توان مانع از بارگذاری مطالب خلاف عرف و اخلاق شد و هر کسی قادر به چنین کاری است، تدوینگران ضوابط و قوانین اینترنت سعی می‌کنند با ایجاد فیلترهایی دسترسی به تارنماهای نامناسب را به‌ویژه برای کودکان، محدود و یا مسدود نمایند. همه کشورها، به‌طور متفق‌القول، بر عدم دسترسی کودکان به سایت‌های غیر اخلاقی تأکید داشته و به شیوه‌های سخت‌افزاری و نرم‌افزاری مختلفی برای پیشگیری از دسترسی کودکان به این تارنماها متوسل می‌شوند. از سوی دیگر، فیلترینگ اینترنت در بسیاری از کشورها صورت می‌گیرد و تقریباً تعداد کشورهایی که اینترنت بدون فیلتر عرضه می‌کنند، بسیار انگشت‌شمار است. این فیلترسازی در زمینه‌های سیاسی، اجتماعی، امنیتی و

ابزارهای اینترنتی و به صورت گزینشی یا سراسری صورت می‌گیرد»^۱.

۳،۲. مزایا و معایب فیلترینگ

در جامعه‌ای که به سمت دیجیتالی شدن در تمام جوانب حرکت می‌کند، پالایش در سطح گسترده باعث کندی سرعت زندگی مردم و مختل شدن کارکرد افراد و به تبع آن، مختل شدن کارکرد جامعه‌ی هوشمند و دیجیتالی می‌شود و جریان آزاد اطلاعات نیز دچار اختلال می‌گردد؛ زیرا حوزه‌های مختلف جامعه در زمینه‌های سیاسی و فرهنگی و اقتصادی و اجتماعی در بستر فضای مجازی به وجود می‌آید و فیلترینگ (صحیح یا ناصحیح)، تمام این قسمت‌ها را دچار اختلال می‌کند. برای مثال، وبگاهی که به عرضه کالا و خدمات می‌پردازد، در زمان فیلترینگ غیر هوشمند، نمی‌تواند کالای خود را عرضه کند و متحمل زیان‌هایی می‌شود و مشتریان نیز دچار زیان‌هایی مانند تضييع وقت و عدم رسیدن به مقصود خود در خریدن محصول یا اخذ خدمات می‌شوند.

۳،۲،۱. مزایا

در مورد پالایش، مزایایی از قبیل ممانعت از گسترش سریع فساد اخلاقی و سستی ایمان در جامعه، لورفتن اطلاعات مالی و کلاهبرداری کلان اینترنتی، ضربه‌های اقتصادی به سازمان‌های مختلف، جلوگیری از انتشار اطلاعات نادرست در جامعه و هتک حرمت افراد، ذکر شده است.

(جاویدنیا و دیگران، ۱۳۹۴: ۳۷)

مزایای دیگری نیز می‌توان برای فیلترینگ نام برد:

۱- جلوگیری از گسترش اندیشه‌های رادیکال افراطی؛ اندیشه‌های رادیکال رانمی‌توان با سانسور اینترنت متوقف کرد، اما حداقل می‌توان انتشار آن‌ها را محدود کرد و از تأثیر گذاری آن‌ها بر مردم یا الهام گرفتن مردم از آن‌ها در سراسر جهان جلوگیری کرد.

۲- حفظ امنیت فضای سایبری پیشرفته؛ سانسور اینترنت به امنیت سایبری یک کشور

۱- سایت کارگروه تعیین تشخیص مصادیق محتوای مجرمانه، عنوان: فیلترینگ در سایر

کشورها، internet.ir، آخرین بازدید: ۲۸ تیر ۱۳۹۷.

کمک می‌کند.

۳- منع تضييع حقوق زنان؛ برای مثال، تصاویر و فیلم‌هایی از زنان بدون اجازه‌ی آن‌ها در فضای مجازی منتشر می‌شود که آن‌ها نسبت به انتشار آن‌ها راضی نیستند.

۴- محافظت از حقوق افراد زیر سن قانونی مانند کودکان؛ زیرا کودکان به اندازه کافی بالغ نیستند تا آنچه را که می‌بینند یا نوع محتوایی را که به آن دسترسی دارند، انتخاب کنند. همچنین کودکان و نوجوانان در معرض محتواهای مستهجن، فیلم‌های خشونت‌آمیز و انواع مطالب ناخوشایند هستند که نه تنها ناخوشایند هستند، بلکه می‌توانند برای روان یک کودک، بسیار ناراحت‌کننده باشند.^۱

۲، ۲، ۳. معایب

فیلترینگ، سیاستی است که بسیاری از کشورها برای کاهش آسیب‌های فضای مجازی آن را اعمال می‌کنند. نکته آزاردهنده هنگامی است که برخی سایت‌های علمی و مفید نیز به خاطر وجود جزئیاتی مشابه با موارد قابل فیلترینگ، تماماً فیلتر می‌شوند؛ مشکلی که با فیلترینگ هوشمند برطرف می‌شود.^۲

معایبی نیز همچون کندی سرعت اینترنت، اتلاف وقت محققان، تضعیف فناوری اطلاعات و ممانعت از گسترش کاربردهای مفید آن، پالایش بی‌جهت و بگانه‌های مفید علمی و پژوهشی، از بین رفتن قبح قانون شکنی با سوق دادن افراد به استفاده از ابزار عبور پالایه و تهدید امنیت اطلاعات از ناحیه‌ی ارائه‌دهندگان این ابزارهای غیرقانونی، صرف هزینه‌های بسیار زیاد برای اعمال فیلترینگ بر دولت و نیز ارائه‌دهندگان خدمات دسترسی به اینترنت، ممانعت از پخش سریع برخی اخبار مفید در جامعه، مطرح می‌باشد. (جاویدنیا و دیگران، ۱۳۹۴: ۳۷)

۱ - سایت بررسی مسایل جهانی، عنوان: مزایا و معایب سانسور (فیلترینگ)، connectusfund.org، آخرین بازدید: ۱۱ آذر ۱۳۹۷.

۲ - سایت خبرگزاری بازار نیوز، عنوان: مزایای فیلترینگ هوشمند چیست؟، bazarnews.ir، آخرین بازدید: ۱۱ آذر ۱۳۹۷.

معايب ديگري نيز مي توان بر فيلترينگ ذکر کرد:

- ۱- عملي نبودن فيلترينگ؛ بزرگ ترين مشكل فيلترينگ فضاي مجازي اين است كه ممكن است غير ممكن باشد. آيا كسي واقعاً مي داند چگونه فضاي مجازي و اينترنت را به صورت كلي سانسور كند؟ ممنوعيت استفاده از يك وب سايت قابل انجام است، اما ممكن است با ايجاد نام دامنه ي جديد، فيلترينگ بي اثر شود. شما نمي توانيد كل فضاي مجازي را مسدود كنيد مگر اين كه سرويس دهندگان خدمات را از ارائه خدمات به کاربران منع كنيد.
- ۲- عدم شفافيت اعمال فيلترينگ؛ يعني ممكن است اعمال فيلترينگ بدون وجود شاخص هاي صحيح باشد كه اين عدم شفافيت در اعمال فيلترينگ مي تواند موجب تضرر کاربران شود و منافع آنها را در استفاده از فضاي مجازي به صورت جدی تهديد كند.
- ۳- زبان هاي اقتصادي فيلترينگ؛ ممكن است هم براي دولت و هم براي تجار اشخاص حقيقي و حقيقي زيان هايي را ايجاد كند و هزينه هايي را به کاربران تحميل كند.^۱

۳.۳. متولي تشخيص مصاديق فيلترينگ

در هر كشوري نهادي متولي رسيدگي و اعمال فيلترينگ (پالايش) است و در ايران نيز متولي تشخيص اعمال فيلترينگ، كميته تشخيص مصاديق مجرمانه است كه ذيل دادستاني كل كشور مشغول به فعاليت است و داراي اعضاي مشخصي از نهادهاي گوناگون است و اين اعضا در ماده ۲۲ ق.ج.ر. به بدین شکل احصا و روند فعاليت آنها مشخص شده است:

«قوه قضائيه موظف است ظرف يك ماه از تاريخ تصويب اين قانون كار گروه (كميته) تعيين مصاديق محتوای مجرمانه را در محل دادستاني كل كشور تشكيل دهد. وزير يا نماينده وزارخانه هاي آموزش و ارشاد اسلامي، رييس سازمان تبليغات اسلامي، رييس سازمان صدا و سيما و فرمانده نيروي انتظامي، يك نفر خبره در فناوري اطلاعات و ارتباطات به انتخاب كميسيون صنايع و معادن مجلس شوراي اسلامي و يك نفر از نمايندگان عضو كميسيون قضايي و حقيقي به انتخاب كميسيون قضايي و حقيقي و تأييد مجلس شوراي اسلامي، اعضاي كار گروه (كميته) را تشكيل خواهند داد. رياست كار گروه (كميته) به عهده

۱- سايت بررسي مسابيل جهاني، عنوان: مزاي و معايب سانسور (فيلترينگ)، connectusfund.org.

آخريين بازديد: ۱۱ آذر ۱۳۹۷.

مصادیق عالی فهرست مصادیق مجرمانه از قرار ذیل است که توسط کارگروه تشخیص مصادیق مجرمانه انجام و باعث اعمال فیلترینگ می شود:

«محتوا علیه عفت و اخلاق عمومی، محتوا علیه مقدسات اسلامی، محتوا علیه امنیت و آسایش عمومی، محتوا علیه مقامات و نهادهای دولتی و عمومی، محتوایی که برای ارتکاب جرایم رایانه‌ای به کار می رود (محتوای مرتبط با جرایم رایانه‌ای)، محتوایی که تحریک، ترغیب، یا دعوت به ارتکاب جرم می کند (محتوای مرتبط با سایر جرایم)، محتوای مجرمانه مربوط به امور سمعی و بصری و مالکیت معنوی.»^۱

همچنین در آیین‌نامه‌ی سامان‌دهی فعالیت سایت‌های اینترنتی مصوب هیأت وزیران ۱۳۸۵ در فصل سوم ماده ۷ و ۸ و ۹ با عنوان تخلفات و نحوه‌ی رسیدگی به آن‌ها، نیز به رسیدگی به تخلفات و موارد گوناگون تخلف اشاره می‌کند و برای آن‌ها تعطیلی دائمی یا موقت تعیین می‌کند:

«انتشار هر نوع داده ممنوع (موضوع بندهای ت و ث ماده (۱) و ماده (۷) این آیین‌نامه و بندهای آن) در پایگاه‌های اطلاع‌رسانی منجر به ارسال گزارش از طریق وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی به کارگروه تعیین مصادیق پایگاه‌های غیرمجاز اینترنتی (مرکز از وزیران فرهنگ و ارشاد اسلامی، اطلاعات، ارتباطات و فناوری اطلاعات و دادگستری) به منظور مسدودسازی پایگاه اطلاع‌رسانی خواهد شد.»^۲

طبق محتوای مواد مذکور، می‌توان پایگاه‌های اطلاع‌رسانی متخلف نسبت به قوانین را مجازات کرد و یکی از مجازات‌های آن، فیلتر کردن آن پایگاه‌ها است که در آیین‌نامه به صراحت

۱ - سایت پلیس فضای تولید و تبادل اطلاعات (فتا)، عنوان فهرست محتوای مصادیق مجرمانه، www.cyberpolice.ir، آخرین بازدید: ۱۹ تیر ۱۳۹۷.

۲ - سایت مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، عنوان: آیین‌نامه سامان‌دهی فعالیت پایگاه‌های اطلاع‌رسانی (سایت‌های) اینترنتی ایرانی، rc.majlis.ir، آخرین بازدید: ۳ مهر ۱۳۹۷.

به آن اشاره شده است. این نوع فیلترینگ نمونه‌ی مناسبی از فیلترینگ است که تنها پایگاه متخلف فیلتر می‌شود و تمام سایت‌ها به اختلال و فیلترینگ کلی با مشکل مواجه نمی‌شوند.

۳،۴. روش‌های فیلترینگ

بیان انواع روش‌های فیلترینگ به صورت تخصصی مانند فیلترینگ از طریق سامانه‌ی نام دامنه، فیلترینگ به وسیله‌ی پراکسی سرور^۱، فیلترینگ به کمک مسیریاب، فیلترینگ به وسیله‌ی سانسور افزارها، فیلترینگ به وسیله‌ی مسدود کردن درگاه‌ها، فیلترینگ فهرست سیاه و فهرست سفید یا فیلترینگ به وسیله‌ی تحریم یا قطع دسترسی، از مجال این مقاله خارج است؛ بنابراین در این نوشتار، فقط به فیلترینگ از دو قسم اشاره می‌شود: الف) فیلترینگ هوشمند ب) فیلترینگ غیر هوشمند.

در فیلترینگ غیر هوشمند، تمام آدرس سایت یا پیام‌رسان و شبکه‌ی اجتماعی دچار اختلال یا انسداد می‌شود (چون زیرساخت‌های ارتباطی و سرورهای شبکه‌های اجتماعی مانند تلگرام در کشور موجود نیست، نمی‌توان تنها بخش خاصی از محتوای آن را مسدود کرد) و کاربران نمی‌توانند از این فضا به عللی که ذکر گردید، استفاده کنند؛ لیکن در فیلترینگ هوشمند، تمام سایت یا شبکه‌ی اجتماعی دچار فیلترینگ نمی‌شود بلکه تنها محتوای غیرقانونی که در دسترس است، دچار پالایش (فیلترینگ) می‌شود؛ زیرا کنترلی که بر این فضا می‌شود به صورت سامان‌دهی شده است و این، بهترین نوع از فیلترینگ است.

۳،۵. فیلترینگ هوشمند و غیر هوشمند

فیلترینگ هوشمند، سامانه‌ای پیشنهادی در ایران است که برای حذف محتوای نامناسب در اینترنت پیشنهاد شده است و قرار است به صورت خودکار، بخش‌های نامناسب از محتوای تبادل شده در اینترنت را تشخیص داده و آن‌ها را حذف کند. تفاوت فیلترینگ هوشمند

1 - Proxy Server

۲ - سایت خبرگزاری بازار نیوز، عنوان: مزایای فیلترینگ هوشمند چیست؟، bazarnews.ir، آخرین بازدید:

۱۲ آذر ۱۳۹۷.

با فیلترینگ غیر هوشمند این است که در فیلترینگ هوشمند، موارد خلاف قانون و شرع به صورت خود کار توسط نرم افزار فیلترینگ هوشمند، پالایش می شود. اگر این پالایش در بستر شبکه‌ی ملی اطلاعات (اینترنت ملی) اتفاق بیفتد، فیلترینگ هوشمند به صورت کامل محقق خواهد شد. اما در فیلترینگ غیر هوشمند، نرم افزاری وجود ندارد تا بتواند به صورت هوشمند موارد خلاف قانون و شرع را به صورت خود کار پالایش کند بلکه به صورت کلی، صفحه اینترنتی یا پیام رسان اجتماعی مسدود می شود، زیرا در فیلترینگ غیر هوشمند، به سرورهای داده، دسترسی وجود ندارد.

در حال حاضر، فیلترینگ هوشمند در کشورهای پیشرفته رایج بوده و به سه حالت انجام می شود. در حالت اول، شرکت های اینترنتی به کاربران خود این امکان را می دهند که قابلیت دسترسی به برخی از سایت ها و شبکه ها برای آن ها محدود شود. حالت دوم که تا حدی نیمه هوشمند است، از سوی شرکت ها و نهادهای یک کشور اعمال می شود و حالت سوم آن، فیلترینگ هوشمندی است که در اختیار دولت هاست و آن ها می توانند دسترسی به سایت ها و شبکه هایی را که برای امنیت داخلی یک کشور مشکل ساز است، محدود کنند.^۱ یکی از مواردی که باید در فیلترینگ هوشمند مورد توجه قرار گیرد، این است که در برخورد با یک صفحه، به جای فیلتر کردن تمام آدرس، بخشی از آن مسدود شود. در فیلترینگ هوشمند قرار است میان دسترسی های افراد، تمایزاتی ایجاد شود و سطحی از دسترسی بیش تر یا دسترسی کم تر، برای افراد متناسب با سن، شغل و تخصصشان، در نظر گرفته شود. برای مثال، سطح دسترسی به اینترنت برای یک پژوهشگر در مقایسه با یک دانش آموز متفاوت خواهد بود، البته با توجه به این که اجرای این عملکرد، به تشخیص هویت افراد نیاز دارد. از دیگر الزامات فیلترینگ هوشمند، امکان درک و پردازش تصویر است که در نتیجه آن می توان امیدوار بود که تنها برخی از تصاویر مغایر با اخلاق سایت ها

۱ - سایت خبرگزاری باشگاه خبرنگاران جوان، عنوان: فیلترینگ هوشمند چیست؟، www.yjc.ir، آخرین

بازدید: ۳ مهر ۱۳۹۷.

فیلتر شوند، بی آنکه قرار باشد تمام آدرس آن سایت مسدود شود. در خصوص استفاده از فیلترینگ هوشمند برای شبکه‌های اجتماعی موبایل، کار تا حدی پیچیده می‌شود؛ چرا که امکانات خاصی لازم است تا دولت‌ها بتوانند در میان محتواهای منتشر شده در این شبکه‌ها، محتواهای غیراخلاقی و مجرمانه را شناسایی کنند. به گفته کارشناسان، در حال حاضر، توان فنی برای این کار نه تنها در کشور ما؛ بلکه در بسیاری از کشورهای دیگر وجود ندارد.^۱

با تحقق طرح ایجاد شبکه‌ی ملی اطلاعات، فضای مجازی در ایران کنترل خواهد شد و محتواهای ناسالم و غیرمتناسب با شرع و قانون، مسدودسازی و فیلترینگ هوشمند در این فضا محقق خواهد شد. لیکن تلاش‌ها در جهت ایجاد شبکه‌ی ملی اطلاعات به اندازه کافی نبوده است و چنین هدفی محقق نشده است. در این مورد، مقام معظم رهبری، با انتقاد از کوتاهی‌ها در زمینه‌ی ایجاد شبکه‌ی ملی اطلاعات فرمودند:

«شماری از کشورها با ایجاد شبکه ملی اطلاعات، ضمن رعایت خطوط قرمز خود و کنترل صحیح فضای مجازی، از اینترنت برای تأمین منافع‌شان بهره گرفته‌اند».^۲ همچنین ایشان در پیوست حکم انتصاب اعضای شورای عالی فضای مجازی در بند ۵ و در چندین موضع، به ایجاد شبکه‌ی ملی اطلاعات اشاره کرده‌اند:

اگر شبکه‌ی ملی اطلاعات (اینترنت ملی) ایجاد شود اعمال فیلترینگ هوشمند بسیار سهل خواهد بود؛ زیرا سایت‌ها و شبکه‌ها و پیام‌رسان‌های اجتماعی در این فضا ایجاد خواهند شد و چون زیرساخت‌های ارتباطی ذیل حاکمیت است، می‌توان محتواهای ناسالم و غیرقانونی را مشمول فیلترینگ کرد.

حال، اگر با اعمال فیلترینگ توسط دولت، مردم متضرر شوند، آیا می‌توان برای دولت

۱ - سایت خبرگزاری تسنیم، عنوان: فیلترینگ هوشمند موفق یا موفق؟!، www.tasnimnews.com،

آخرین بازدید: ۳ مهر ۱۳۹۷.

۲ - سایت دفتر حفظ و نشر آثار حضرت آیت‌الله العظمی خامنه‌ای، عنوان: دیدار مسؤولان نظام با رهبر

انقلاب در ۱۳۹۶/۰۳/۲۲، farsi.khamenei.ir، آخرین بازدید: ۱۲ آذر ۱۳۹۷.

مسئولیت جبران خسارت را در نظر گرفت. مع الوصف باید با تحلیل نظرات حقوقدانان به این سؤال پاسخ داد که دولت مسئولیت مدنی در قبال فیلترینگ دارد.

۴. مبانی مسئولیت مدنی

با بررسی تاریخچه مباحث مسئولیت مدنی دولت، روشن می‌شود که ریشه بحث در مباحث مسئولیت مدنی در حقوق خصوصی است. چه بسا تا قرن اخیر، مسئولیت مدنی دولت قواعد خاص خودش را نداشت و تنها در کنار سایر مصادیق اشخاص حقوق خصوصی، به عنوان مصداقی در نظریات مسئولیت مدنی مطرح می‌گردید؛ اما به مرور زمان و با استقلال، ظهور و گسترش مباحث حقوق عمومی، موضوع مسئولیت مدنی دولت به عنوان بحثی مستقل از مسئولیت مدنی اشخاص حقوق خصوصی مطرح شد و قواعد خاص خود را ارائه داد.

۴، ۱. مفهوم مسئولیت مدنی

مسئولیت مدنی در اصطلاح حقوقی به معنای «مسئولیت در مقام خسارتی که شخص (کسی که تحت مراقبت شخص است) یا اشیای تحت حراست وی به دیگری وارد می‌کند و هم‌چنین مسئولیت شخص بر اثر تخلف از انجام تعهدات ناشی از قرارداد، مسئولیت مدنی در مقابل مسئولیت کیفری استعمال می‌شود». (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۶۶۵) بنابراین مسئولیت مدنی یعنی مسئولیت پرداخت خسارت و هر جا که شخصی در برابر دیگری مسئول جبران خسارت باشد در آنجا مسئولیت مدنی وجود دارد. (بهرامی احمدی، ۱۳۹۳: ۶۷)

منشأ التزام و تعهد در مسئولیت مدنی یا ناشی از تعهد و قرارداد طرفین می‌باشد که به مسئولیت قراردادی تعبیر می‌شود یا ناشی از قانون است که به مسئولیت مدنی یا ضمان قهری تعبیر می‌شود. قدر مشترک هر دو نوع مسئولیت، نقض تعهد و الزام می‌باشد؛ بنابراین باید توجه کنیم که کلمه مسئولیت مدنی در دو معنای عام و خاص به کار می‌رود که در معنای عام، شامل مسئولیت قراردادی و ضمان قهری می‌شود و در معنای خاص، تنها شامل ضمان قهری می‌شود. البته با توجه به کثرت استعمال این لغت در علم حقوق، در معنای خاص، تبادل ذهنی که از این کلمه در ذهن حقوق دانان شکل می‌گیرد، معنای خاص این

کلمه است. و باید دقت کرد که در بحث مسؤولیت مدنی دولت در قبال فیلترینگ فضای مجازی، با مسؤولیت قراردادی یا مسؤولیت کیفری دولت مواجه نیستیم و تنها با مسؤولیت مدنی به معنای خاص آن مواجه خواهیم بود.

۴،۲. ارکان مسؤولیت مدنی در فیلترینگ

حقوق دانان در بحث مسؤولیت مدنی، صرف نظر از مبنایی که برای مسؤولیت مدنی پذیرفته اند، برای تحقق مسؤولیت مدنی، سه رکن را در نظر می گیرند که بدون وجود این ارکان، مسؤولیت مدنی اساساً محقق نمی شود. لذا ضروری است در تحقق مسؤولیت مدنی دولت در قبال فیلترینگ، ابتدا وجود این ارکان بررسی گردد.

۴،۲،۱. وجود ضرر

وجود ضرر، یکی از ارکان ایجاد مسؤولیت مدنی است، چرا که هدف از بنای نهاد مسؤولیت مدنی در حقوق، جبران ضرر و خسارت ناروا است و تازمانی که ضرری وجود نداشته باشد موضوعی برای مسؤولیت مدنی باقی نمی ماند. «ضرر عبارت از هر کاستی و نقصانی است که بر مال و حقوق مالی یا جسم یا حیثیت و شهرت یا عواطف شخص، به طور ناروا و ناخواسته، از طرف دیگری وارد شود». (باریکلو، ۱۳۹۴: ۶۸) در تقسیم بندی سنتی حقوق دانان، مشابه تقسیم بندی فقها (نائینی، ۱۳۷۳: ۱۹۸) ضرر را به سه دسته ضرر مادی یا مالی، معنوی و جسمی تقسیم کرده اند. (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۴۴) ملاک و معیار تشخیص ضرر و خسارت کاملاً عرفی است و عرف باید آن را ضرر بداند تا قابل جبران باشد چرا که زندگی اجتماعی انسان ها در جامعه متضمن سودها و زیان های متقابل است و نمی توان همه زیان ها را ضرر محسوب کرد و در خواست جبران آن را کرد. بحث عدم النفع نیز به همین مناسبت مطرح می شود که عدم النفع احتمالی عرفاً ضرر محسوب نمی شود و قابل جبران نیست اما عدم النفع قطعی عرفاً ضرر محسوب می شود. (لطفی، ۱۳۹۳: ۲۲۶)

برای تحقق مسؤولیت مدنی دولت در قبال فیلترینگ، ابتدا باید وجود ضرر محقق گردد. به این معنی که بررسی شود آیا ممکن است از فیلترینگ فضای مجازی به شهروندان

خسارت وارد شود و هم‌چنین چه اقسامی از ضرر در این بحث قابل بررسی هستند. در یک بررسی اجمالی، تبیین می‌شود که ضرر جسمی از این طریق قابل تحقق نیست و لذا از طریق فیلترینگ، یا ضرر مادی و مالی قابل تحقق است و یا ضرر معنوی. از طرفی، در فضای مجازی، اموال، غیر مادی هستند مانند مالکیت یک وبلاگ یا وبسایت یا کانالی در یک شبکه اجتماعی؛ بنابراین ضررهای مالی ممکن، به واسطه فیلترینگ، تنها در حیطه ضرر به حقوق مالی شهروندان می‌باشد. چرا که عین مال مادی در فضای مجازی وجود ندارد. هم‌چنین ممکن است ضرر ایجاد شده، ضرری معنوی باشد مانند این که با فیلترینگ فضای مجازی، شهروندان، دسترسی خود به داده‌ها و محتواهای شخصی را از دست بدهند و متحمل خسارات معنوی بشوند. حالت دیگر ممکن ضرر در فضای مجازی، بحث عدم‌النفع است؛ مانند شهروندانی که از طریق فضای مجازی اقدام به تجارت و کسب و کار می‌کنند و از این طریق درآمدزایی دارند. به‌طور مثال، وبسایت‌های مشهور یا کانال‌های فعال شبکه‌های اجتماعی که مخاطبین قابل توجهی دارند، به‌طور ثابت از طریق تبلیغات درآمدزایی دارند و با فیلترینگ این بستر، عدم‌النفع قطعی محقق می‌شود.

۲،۲،۴. ارتکاب فعل زیان بار

یکی دیگر از ارکان مسؤولیت مدنی، وجود فعل زیان بار است. عامل فعل زیان بار زمانی مسؤول جبران خسارت است که عمل زیان بار به او استناد عرفی داشته باشد. در بررسی تطبیقی این رکن مسؤولیت مدنی در فیلترینگ فضای مجازی متوجه می‌شویم که اقدام دولت به فیلترینگ فضای مجازی هم می‌تواند جزو مصادیق فعل زیان بار قرار گیرد، چرا که ممکن است عده‌ای از این اقدام متضرر شوند، البته انواع ضررهای ممکن از این طریق نیز در رکن وجود ضرر بررسی گردید، هم‌چنین این فعل زیان بار تنها در صلاحیت دولت و یا حکومت است و تنها می‌تواند به آن‌ها قابل استناد باشد. لذا این رکن هم ممکن است موجود باشد. ارتکاب عمل زیان بار ممکن است به صورت فعل یا ترک فعل محقق شود که در ترک فعل، تارک باید علاوه بر وجود وظیفه قانونی، امکانات انجام فعل را نیز در اختیار داشته باشد

تا ترک انجام آن، عرفاً یک فعل زیان بار تلقی گردد. (یزدانیان، ۱۳۹۵: ۱۳۷) در این موضوع، فعل زیان بار از طریق ترک فعل، امکان تحقق نخواهد داشت. چرا که فیلترینگ ناشی از اقدام بعدی دولت و محدودسازی فضای مجازی است.

برخی از حقوق دانان معتقدند که فعل زیان بار باید نامشروع باشد اما مشهور فقها معتقدند که مطلق ضرر رساندن به دیگری، اعم از مشروع و نامشروع، به حکم شرع ضمان آور است. در نتیجه، بهتر است قید نامشروع بودن را به ضرر وارده نسبت داد. در این صورت، ضرری که ناروا و نامشروع باشد باید جبران گردد و ضرر مشروع مانند ضرر ناشی از اجرای حکم، ضرر ناشی از دفاع مشروع و زیان ناشی از اجرای حق، به علت مشروعیت، نیاز به جبران خسارت نخواهد داشت. (باریکلو، ۱۳۹۴: ۱۰۰) قانون مسؤولیت مدنی نیز در ماده یک مؤید این نظر را با عبارت «بدون مجوز قانونی» بیان کرده است. در مسؤولیت مدنی دولت در قبال فیلترینگ نیز باید بررسی کرد که آیا ضرری که به شهروندان در اثر فیلترینگ وارد شده است، مشروع بوده یا خیر، این ضرر نامشروع و ناروا بوده و دولت مسؤول جبران خسارت خواهد بود. این ملاک در مصادیق مختلف فیلترینگ ممکن است به صورت متفاوتی نتیجه دهد. به طور مثال، در سال جاری (۱۳۹۷ ه.ش.) که وضعیت بازار ارز و سکه ملتهب شد، بسیاری از سایت‌های قیمت‌گذاری ارز و سکه اقدام به اختلال در نظام اقتصادی و ایجاد التهاب در بازار به واسطه قیمت‌گذاری غیرواقعی کردند، به دلیل این تخلف، مسؤولان قضایی اقدام به فیلتر کردن این سایت‌ها کردند^۱ بنابراین مانند مثال مذکور زمانی که ضرر وارد شده مشروع و قانونی و در نتیجه‌ی عمل فرد باشد، دولت ملزم به جبران خسارت نیست و متضرر نمی‌تواند ادعای جبران خسارت کند؛ اما به طور مثال، در جایی که دولت بدون دلیل اقدام به فیلتر وب‌سایتی نماید، متضرر می‌تواند در خواست جبران خسارت نماید. چرا که ارکان مسؤولیت مدنی دولت محقق شده است. البته برای تحقق مسؤولیت مدنی دولت، قیود و شروط

۱ - سایت خبری مشرق نیوز، عنوان: سایت‌های ملتهب‌کننده ارز و سکه فیلتر شدند،

www.mashregnews.ir، آخرین بازدید ۲۵/۰۸/۱۳۹۷.

دیگری نیز دخیل است که در ادامه به صورت تحلیلی بررسی می گردد.

۳، ۲، ۴. رابطه سببیت

یکی دیگر از ارکان مسؤولیت مدنی، وجود رابطه سببیت عرفی بین فعل زیان بار و ضرر وارده است تا ضرر به عامل فعل زیان بار مستند شود و او مسؤول جبران خسارت بشود. تبصره ماده ۱۴ ق.م.ا. نیز به این رکن اشاره کرده است. حقوق دانان وجود دو ویژگی را برای احراز رابطه سببیت ضروری دانسته اند. به عقیده آنان، رابطه سببیت باید مسلم و مستقیم باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۴۵۴) در بحث فیلترینگ فضای مجازی نیز می توان وجود این رکن را مشاهده نمود. چراکه رابطه سببیت عرفی و مسلم و مستقیم میان فیلترینگ و زیان وارد شده به شهروندان متضرر قابل فهم می باشد.

۵. مسؤولیت مدنی دولت^۱

مسؤولیت مدنی دولت بحثی پیچیده و اختلافی در حقوق است که نظریات فراوان و بعضاً متعارضی در این زمینه ارائه شده است. یکی از علت های این پیچیدگی، ارتباط هم زمان بحث با حقوق خصوصی و حقوق عمومی است. میان رشته ای بودن این بحث منجر شده است که عده ای از حقوق دانان آن را صرفاً با دیدگاه حقوق کلاسیک خصوصی تحلیل کنند و عده ای دیگر نیز تنها قواعد حقوق عمومی را بر آن حاکم بدانند.

بیان این بحث به صورت مستقل و اختصاصی، قدمت چندانی ندارد و قدمت این بحث به زمان ایجاد دولت و حکومت به مفهوم مدرن آن بازمی گردد لیکن قبل از ایجاد دولت مدرن و بررسی مستقل و اختصاصی مسؤولیت مدنی دولت نیز نظریاتی سنتی پیرامون این موضوع وجود داشت. به طور مثال، از اولین نظریات موجود در این زمینه، نظریه مصونیت پادشاه^۲ است که این نظریه بر دو قاعده استوار است ابتدا این که پادشاه از ارتکاب خطا مصون

۱ - مراد از دولت در این مقاله، «حکومت» است.

2 - The Doctrine of Sovereign Immunity

است. ^۱ قاعده دیگر بیان می‌دارد که پادشاه در دادگاه‌های حاکمیت، قابل شکایت نیست. ^۲

(Baude, 2017, p.4)

بعد از گذشت زمان و تشکیل دولت و حکومت به مفهوم مدرن و گسترش دموکراسی و افول عصر پادشاهان، حقوق دانان به بررسی مسؤولیت مدنی دولت پرداختند و به علت این که بحث مسؤولیت مدنی اشخاص حقوق خصوصی قدمت زیادی داشت و نظریات آن پخته و متقن شده بود، حقوق دانان در ابتدا برای توجیه مسؤولیت مدنی دولت، همان قواعد حاکم بر مسؤولیت مدنی اشخاص حقوق خصوصی را بر دولت نیز حاکم کردند که عمده این نظریه‌ها، نظریه تقصیر ^۳ و نظریه خطر ^۴ بود.

باگذشت زمان و فهم اقتضائات خاص دولت‌ها و حکومت‌ها، به‌مرور، نظریات، تعدیل شد و حقوق دانان سعی کردند نظریات را منطبق بر شرایط خاص دولت‌ها کنند. هر چند تاکنون نظریات فراوانی در این موضوع مطرح شده است اما هیچ کدام جامعیت و مانعیت کافی را نداشته و پاسخ‌گوی همه شرایط نبوده است. حقوق‌دانان نیز تاکنون اختلافات بسیاری در این زمینه داشته‌اند و به اجماع و اشتراک نظر نرسیده‌اند. در حقوق نوین مسؤولیت مدنی، نظریه تقصیر و توجه به تقصیر، جایگاه ویژه‌ای یافته است. طی قرن بیستم، مسؤولیت مبتنی بر تقصیر و نظام حقوقی حاکم بر آن، خود را بیش

1 - The king can do no wrong.

2 - The king could not be sued in his own Courts.

۳ - نظریه تقصیر، یکی از قدیمی‌ترین نظریات مسؤولیت مدنی است که به‌موجب این نظریه، تنها دلیلی که می‌تواند مسؤولیت کسی را نسبت به جبران خسارتی توجیه کند، وجود رابطه علیت بین تقصیر او و ضرر است. (کاتوزیان، ضمان قهری: ۱۸۳)

۴ - بر مبنای این نظریه، ملاک و معیار مسؤولیت، رابطه سببیتی است که بین فعالیت شخص و زیان وارد به شخص دیگر وجود دارد. در این سیستم هر کس که بر اثر عمل خود، دیگری را متضرر نماید، مسؤول شناخته می‌شود، صرف نظر از این که رفتار او مشروع بوده است یا خیر؛ بنابراین هر کس مسؤول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد حتی اگر مرتکب تقصیری نشده باشد. (مبین، ۱۳۹۰: ۹۱)

از سایر نظام‌های مسؤولیت مدنی مطرح کرده است و تمایل دارد تا عنوان سازد که قادر بوده تا خود را با شرایط جدید جوامع منطبق نموده و به نیازهای خاص و فزاینده این عصر، پاسخ دهد. (Harpwood, 2005, p.19) بنابراین برای دسته‌بندی نظریات مسؤولیت مدنی دولت، می‌توان ملاک را ابتنای نظریات بر تقصیر یا عدم تقصیر قرار داد.

۵, ۱. نظریات مسؤولیت مبتنی بر تقصیر

پس از آنکه نظریه مصونیت دولت رنگ باخت، تقصیر نخستین ضابطه‌ای بود که به‌عنوان مبنای مسؤولیت مدنی دولت پیشنهاد گردید. به‌موجب این نظریات، دولت در مواردی مسؤول جبران خسارت است که مرتکب تقصیر شده باشد و بین تقصیر و ضرر رابطه سببیت برقرار باشد. (غمامی، ۱۳۷۶: ۲۳-۲۴)

۵, ۱, ۱. نظریه مسؤولیت غیر مستقیم دولت

«سازمان‌های دولتی در راستای انجام وظایف خود همواره به‌طور مستقیم، «مقصر» شناخته نمی‌شوند. زیرا کلیه خطاهای یک سازمان اداری ناشی از آن سازمان نیست بلکه باید بین «خطا و تقصیر اداره» و «خطا و تقصیر کارمندان اداره»، تفکیک قائل شد». (موسی‌زاده، ۱۳۷۷: ۲۵۲) در حقوق اداری، به خطای کارمندان، «خطای شخصی» و به خطای اداره، «خطای اداری» گفته می‌شود. ثمره چنین تفکیکی این است که در «خطای شخصی» کارمند شخصاً مسؤول جبران خسارت است و در «خطای اداری» اداره مسؤول جبران خسارت می‌باشد. حقوقدانان در تعریف و تعیین ضابطه تشخیص «خطای شخصی» از «خطای اداری» نظرات متفاوتی بیان کرده‌اند. (غمامی، ۱۳۷۶: ۲۵-۳۷) در حقوق ایران، طبق ماده ۱۱ ق.م.م. مصوب ۱۳۳۹، «خطای شخصی» زمانی مطرح است که کارمندان دولت و شهرداری‌ها و مؤسسات وابسته به آن‌ها به مناسبت انجام وظیفه عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی خساراتی به اشخاص وارد نمایند که در این صورت جبران خسارت بر عهده شخص کارمند می‌باشد. و «خطای اداری» در جایی است که خسارت مربوط به نقص وسایل اداره باشد و مستند به عمل کارمندان نباشد. در این صورت، جبران خسارت بر عهده اداره مربوطه خواهد

بود. البته نسبت دادن خطا و تقصیر به اداره، تعبیر صحیحی نیست و از روی مسامحه است؛ زیرا اداره، شخص حقیقی نیست و از خوداراده ندارد و تقصیراتی که به او نسبت داده می‌شود، در تحلیل نهایی متوجه کارمندان است. (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۸۷: ۳۸۷)

این نظریه تا حدودی مشابه «قاعده وزر» است که در پنج آیه از قرآن کریم^۱ به آن اشاره شده است. طبق این قاعده «لَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى» یعنی هیچ کس بار گناه دیگری را به دوش نمی‌کشد و کسی را به جرم دیگری مجازات نمی‌کنند. در جبران خسارت هم هر شخص مسؤول جبران خسارت‌های خود است. دولت، مسؤول خساراتی است که مربوط به نقص وسایل اداره باشد و کارمند نیز مسؤول خساراتی است که در نتیجه عمد یا بی احتیاطی او به اشخاص وارد شود. از این لحاظ که هر کس مسؤول جبران خسارات خود می‌باشد حسن نظریه است؛ اما انتقاداتی نیز به این نظریه وارد است از جمله این که مفهوم خطای اداری و خطای شخصی مبهم بوده و تعیین مرز دقیقی برای آن دشوار است. هم‌چنین در بسیاری از موارد، اثبات خطای اداری امکان‌پذیر نیست. (غمامی، ۱۳۷۶: ۳۹)

۲، ۵. نظریه مسؤولیت مستقیم دولت

در این نظریه، تفاوتی بین «خطای شخصی» و «خطای اداری» وجود ندارد و کلیه خطاها بر عهده دولت است. «به این ترتیب که هرگاه کارمند دولت مرتکب عمل زیان‌بار شود، دولت نه به سبب خطا یا مسؤولیت کارمند که به دلیل خطای خود مستقیماً عهده‌دار مسؤولیت خواهد بود». (غمامی، ۱۳۷۶: ۴۰) طبق این نظریه، مسؤولیت دولت ناشی از فعل خود است، نه مسؤولیت ناشی از فعل غیر^۲؛ بدین معنا که اعمالی که کارمندان به نام دولت انجام می‌دهند، اعمال منسوب به دولت به‌شمار می‌آیند؛ زیرا کارمندان به‌مثابه اندام‌های دولت هستند. (غمامی، ۱۳۷۶: ۴۱) ثمره پذیرش این نظریه، آن است که دولت پس از جبران خسارت زیان دیده نمی‌تواند به کارمند خاطی مراجعه کند.

۱ - سوره انعام آیه ۱۶۴، سوره اسراء آیه ۱۵، سوره فاطر آیه ۱۸، سوره زمر آیه ۷ و سوره نجم آیه ۳۸.

انتقاداتی به این نظریه وارد است. نخست این که؛ دولت یک مفهوم مجازی است و دارای قوه ادراک نیست، به همین لحاظ نمی‌توان تقصیری را بر وی بار کرد. دوم این که؛ مسؤول جبران زیان باید عامل آن زیان باشد. (موسی‌زاده، ۱۳۷۷: ۲۵۵) زیرا اگر جبران کلیه خسارات را بر عهده دولت بگذاریم، سبب خواهد شد که کارمندان و مستخدمین دولت در ایفای وظایف خود از آسیب رساندن به اشخاص باکی نداشته باشند، چرا که می‌دانند این دولت است که در نهایت خسارت را جبران می‌کند و مسؤولیتی متوجه آن‌ها نمی‌شود و این مسأله سبب افزایش بی‌رویه هزینه‌های دولت خواهد شد.

اگر نظریات مسؤولیت مبتنی بر تقصیر به عنوان مبنای مسؤولیت مدنی دولت پذیرفته شود، بسیاری از زیان‌ها جبران نشده باقی می‌ماند، در حالی که در حقوق اسلام، اصل بر این است که در صورت قابلیت استناد زیان به عامل آن، جبران خسارت امری مسلم است و تقصیر نقشی در مسؤولیت عامل زیان ندارد.

۵.۲. نظریات مسؤولیت مبتنی بر عدم تقصیر

۵.۲.۱. نظریه خطر

یکی دیگر از نظریاتی که در حوزه مسؤولیت مدنی دولت مطرح است نظریات مبتنی بر اندیشه‌های حقوق خصوصی است که غالباً قدمت بیشتری نسبت به نظریات دیگر در این موضوع دارند. این نظریات، در واقع، بسط و تعمیم همان نظریات مبنای مسؤولیت مدنی، در ارتباط با دولت است و تنها کارکرد این نظریات این است که دولت را نیز مانند سایر اشخاص حقوق خصوصی، مشمول نظریات سابق کرده‌اند و هیچ‌گونه توجهی به تفاوت اشخاص حقوق عمومی و اشخاص حقوق خصوصی نداشته‌اند. این نظریات که بیشتر در قرن نوزدهم مطرح شدند، تلاش دارند که مسؤولیت مدنی دولت را با قواعد و اندیشه حقوق خصوصی مطرح نمایند.

برجسته‌ترین این نظریات، «نظریه خطر» و «نظریه موازنه» می‌باشد. مطابق با این نظریات، هر فعالیتی که ذاتاً خطرناک باشد اگر منجر به زبانی شود، به طور خودکار مسؤولیت

دولت را در پی خواهد داشت؛ (Nolan, 2004, p.849) بنابراین، فعالیت‌های دولت حتماً اگر بدون تقصیر انجام پذیرد، می‌تواند موجب خطر باشد؛ هرگاه فعالیتی بنا به طبع خویش خطر ساز یا خطرناک باشد، این پیش فرض منطقی نیز ترسیم شده یا بایستی بشود که دولت، همانند هر شخص حقیقی یا حقوقی دوران‌دیش دیگر، ورود زیان ناشی از چنین اقدامی به اشخاص را، پیش بینی کرده و در حساب‌گرانه‌ترین حالت، قابل انتظار و از همان آغاز، آمادگی و الزام خود به جبران چنین زیانی را مشخص نماید. (زرگوش، ۱۳۸۹: ۲۹۶)

به موجب این نظریه تقصیر را باید از ارکان مسؤولیت مدنی زدود. اثبات ضرری که زیان دیده متحمل گشته است و رابطه علیت میان زیان و کار عامل ورود آن، به تنهایی برای جبران خسارت، کافی است. دولت نیز به عنوان یک موجود حقوقی، با توجه به گستردگی فعالیت‌های گوناگونی که انجام می‌دهد، مسؤول زیان‌هایی است که از اعمال خطرناک آن به دیگران وارد می‌آید. به همین دلیل، در دعوی مسؤولیت بر دولت، کافی است که زیان دیده ارتباط خسارت وارده را با عمل اداری به اثبات برساند. (غم‌امی، ۱۳۷۶: ۴۵)

این نظریه تأکید ویژه‌ای بر مفهوم خطر دارد، حال آنکه مفهوم خطر، مفهومی مبهم و غیر قابل تعریف و نسبی است. از طرفی خطر که اساس و پایه این نظریه قرار گرفته است، قسمتی جدایی ناپذیر از حیات اجتماعی است و محدود کردن آن منجر به کاهش سرعت پیشرفت جامعه می‌شود.

مطابق با این تعریف، رابطه علیت میان زیان و عامل زیان به تنهایی برای الزام به جبران خسارت کافی است در حالی که بسیاری از اقدامات حاکمیتی دولت که لازم و ضروری است، منجر به ورود خسارت به شهروندان می‌شود، در این حال، پذیرش جبران خسارات دولت در تمامی حالات مذکور غیر عقلانی به نظر می‌رسد.

۲، ۵. نظریه برابری همگان در تأمین هزینه‌های عمومی

بعد از آنکه نظریه خطر نیز نتوانست نیازهای جامعه را برطرف کند و جبران برخی از زیان‌ها توسط نظریه خطر امکان پذیر نبود، نظریه برابری همگان در تأمین هزینه‌های عمومی توسط

حقوقدانان مطرح شد. طبق این نظریه برای آنکه دولت مسؤول جبران خسارت شناخته شود، برخلاف نظریه تقصیر، نیازی به اثبات تقصیر دولت توسط زیان دیده نمی باشد و نیز برخلاف نظریه خطر، نیازی به ایجاد محیط خطرناک توسط دولت نیست. به همین دلیل، «گاهی این زیان هارا، زیان های ناشی از مسؤولیت های بیرون از خطا و خطر نیز می نامند». (ابوالحمد، ۱۳۷۰: ۵۶۳) به موجب این نظریه، «چون همگان در تأمین هزینه های جامعه (کشور) با پرداخت مالیات ها سهیم اند، پس اگر نهادها و سازمان اداری کشوری هیچ دلیل موجه و معقولی زیانی به دیگری وارد ساخت، باید این زیان را جبران کند یعنی هزینه ی آن زیان میان همگان و همه ی شهروندان از راه بودجه عمومی سرشکن شود». (ابوالحمد، ۱۳۷۰: ۵۶۳) به عبارت دیگر، شخص یا اشخاصی که زیان دیده اند، مالیات بیشتری نسبت به سایر شهروندان پرداخت می کنند و این برخلاف برابری همگان در تأمین هزینه های عمومی است و برای ایجاد برابری بایستی خسارت زیان دیدگان جبران شود.

در نقد این نظریه گفته شده است که این نظریه افراطی و مبالغه آمیز است و مستلزم آن است که در برخی از موارد که رابطه سببیت میان خسارت وارده و عمل دولت وجود ندارد، دولت را ملزم به جبران خسارت نماییم و این نتیجه ای است که با قواعد مسؤولیت مدنی مغایرت دارد. (غمامی، ۱۳۷۶: ۴۸)

۳، ۲، ۵. نظریه مختار

قواعد و نظام حاکم بر فقه حکومتی بسیار متفاوت از فقه فردی است و تحلیل مباحث مرتبط با فقه حکومتی با نگاه فقه فردی صحیح نمی باشد. مسؤولیت مدنی دولت نیز از مباحث مرتبط با فقه حکومتی است و تحلیل آن با نگاه فقه فردی نادرست است. رویکرد فقهای امامیه در طول تاریخ به دلایلی (غلامی و میراحمدی، ۱۳۹۳: ۹۰-۹۷) فردمحور بوده است، به همین دلیل نیز در خصوص مسؤولیت مدنی دولت بحث مستقلى مطرح نکرده و نظریه ای ارائه نداده اند. بنابراین از آنجایی که فقهای امامیه، متناسب با نیازهای زمان خود و با دید فقه فردی و تنظیم روابط بین اشخاص حقیقی، قواعد مربوط به مسؤولیت مدنی را

مورد بررسی قرار داده‌اند، نمی‌توان نظر ایشان را به مسؤولیت مدنی دولت تسری داد. در خصوص مسؤولیت مدنی دولت باید نظری را پذیرفت که علاوه بر تأمین حداکثری حقوق زیان دیدگان محدودیت‌ها و اقتضائات خاص دولت را نیز در نظر بگیرد. در اسلام با توجه به قاعده «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» اصل بر این است که تمام ضررها باید جبران شود و هیچ ضرری جبران نشده باقی نماند اما در خصوص مسؤولیت مدنی دولت، این قاعده عام (لا ضرر) دارای مخصص عقلی ضروری^۱ است و به حکم عقل تخصیص می‌خورد و مخصص آن است که در مواردی که دولت هیچ‌گونه تقصیر یا قصوری نداشته و به وظیفه مشروع یا قانونی خود عمل کرده است و به سبب این فعل مشروع، اکثریت شهروندان متضرر شده‌اند (تسبیب)، دولت مجبور به پرداخت خسارت نیست؛ زیرا زیان‌های همگانی که ناشی از تصمیمات مشروع و صحیح دولت است از لوازم عقلی و عرفی اداره جامعه توسط دولت می‌باشد. هم‌چنین این‌گونه زیان‌ها «از نتایج اجتناب‌ناپذیر یک زندگی اجتماعی است و اصولاً محکومیت دولت به جبران این‌گونه خسارات نه معقول است و نه ممکن» (رضایی زاده و عطریان، ۱۳۹۲: ۴۵) پذیرش جبران خسارات در این فرض بدین معناست که دولت برای اقدامات صحیح و مشروع خود که در راستای اداره جامعه صورت گرفته است، تنبیه شود و با در نظر گرفتن حجم بالای اقدامات و تصمیمات دولت که در راستای اداره جامعه صورت می‌گیرد، اگر دولت بخواهد همه این زیان‌ها را که به سبب افعالی مشروع بر اکثریت شهروندان جامعه وارد شده است، جبران کند، از ایفای وظیفه خود که اداره جامعه می‌باشد، ناتوان خواهد شد و در عملکردش اختلال ایجاد شده و به سمت افول و اضمحلال حرکت خواهد کرد. مراد از زیان‌های همگانی یا ضررهای جمعی که به اکثریت جامعه وارد آمده است، «خساراتی است که به جمعی نامحصور وارد آمده و چنان منتشر است

۱ - «در جایی که مخصص، حکم ضروری عقل باشد، آن را مخصص عقلی ضروری می‌نامند؛ به بیان دیگر، در جایی که عقل بی‌درنگ حکمی را درک کند، آن حکم را حکم عقلی ضروری، و در صورتی که با آن، عامی را تخصیص بزنند، آن را مخصص عقلی ضروری می‌خوانند». (جمعی از محققان، ۱۳۸۹: ۷۱۱)

که به دشواری می‌توان زیان دیده از آن را محدود به اشخاص معین کرد و هیچ‌کس نمی‌تواند خود را زیان دیده اصلی بداند و از این بابت اقامه دعوی کند». (غمامی، ۱۳۷۶: ۵۹).

به این مطلب، در کلام علمای حقوق اداری نیز به‌طور مختصر، اشاره شده است. برخی معتقدند در مواردی که دولت تقصیر نکرده است «برای آنکه زیان وارده از سوی دولت قابل ترمیم و پرداخت باشد باید اختصاصی و غیرعادی باشد. اختصاصی به این معنی که زیان وارده شامل عموم افراد نباشد بلکه زیان به شخص خاص وارد شود. غیرعادی بودن زیان به این معنی است که زیان غیر معمولی و غیر متعارف باشد. زیان‌هایی که افراد در زندگی به‌طور عادی و طبیعی با آن‌ها مواجه می‌شوند، قابل ترمیم نیستند». (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۸۷: ۲۴۷) برخی دیگر نیز بدون آنکه بین حالت تقصیر و عدم تقصیر دولت تفاوتی قائل شوند، معتقدند که زیانی از سوی دولت قابل جبران است که خاص (ویژه) و غیرعادی باشد. (ابوالحمد، ۱۳۷۰: ۵۴۹-۵۵۰)

به نظر می‌رسد شرط خاص یا ویژه بودن زیان تنها در مسؤولیت بدون تقصیر دولت پذیرفته است. در مواردی که دولت تقصیر کرده است، مطلقاً ملزم به جبران خسارت است چه زیان دیدگان محدود و خاص باشند و چه اکثریت جامعه زیان دیده باشند. چرا که پذیرش این شرط در فرض تقصیر دولت، منجر خواهد شد که دولت در تصمیم‌گیری‌های خود دقت کافی نداشته باشد و در آسیب رساندن به اکثریت جامعه جری شود چون می‌داند حتا در فرض تقصیر مسؤولیتی ندارد و چه بسا برای فرار از مسؤولیت تلاش کند که اکثریت جامعه زیان ببینند، در حالی که تقصیرش محرز است و از این طریق سبب معافیت خود را فراهم کند. در خصوص شرط بعدی یعنی غیرعادی بودن زیان نیز باید گفت که اولاً، مفهوم غیرعادی بودن زیان دارای ابهام است؛ ثانیاً، اصل بر آن است که ضرر جبران شود و تفاوت قائل شدن بین ضرر عادی و غیرعادی مبنایی ندارد.

نظریه مورد پذیرش حقوق اسلام در خصوص مسؤولیت مدنی، نظریه قابلیت استناد است. به موجب این نظریه، قابلیت استناد که تعبیر دیگری از رابطه سببیت است، مفهوم جدیدی در حقوق ایران و حتا سایر نظام‌های حقوقی نیست؛ اما آنچه تازگی دارد این است که قابلیت

استناد زیان به عامل زیان، به عنوان مبنای مسؤولیت مدنی قرار گیرد؛ یعنی هر گاه زیانی پدید آمد، مسؤولیت جبران خسارت بر عهده‌ی کسی است که این زیان مستند به عمل او باشد. البته باید توجه شود که منظور از قابلیت استناد، استناد عرفی است نه استناد فلسفی. (یزدانیان، ۱۳۹۵: ۲۶۰) در این نظریه، رابطه سببیت بین زیان و عامل زیان به عنوان مبنای مسؤولیت مدنی قرار گرفته؛ در حالی که در سایر نظریه‌های مطروحه، رابطه سببیت بین زیان و فعل زیان بار به عنوان یکی از ارکان مسؤولیت مدنی مدنظر قرار گرفته است. (مبین، ۱۳۹۰: ۹۹) البته این نکته هم قابل توجه است که هر نظریه به نحوی بر یکی از ارکان مسؤولیت مدنی تکیه دارد. به عنوان مثال، نظریات تقصیر و خطر، ناظر به رکن فعل زیان بار است و نظریه تضمین حق، ناظر به رکن ضرر و جبران خسارت است. (قاسم‌زاده، ۱۳۷۸: ۳۳۸)

در مسؤولیت مدنی دولت نیز با در نظر گرفتن مخصص قاعده لاضرر، نظریه قابلیت استناد مورد پذیرش است. یعنی در صورت قابلیت استناد خسارت به دولت، جبران خسارت امری مسلم است جز در مواردی که به سبب عمل مشروع یا قانونی دولت، به اکثریت شهروندان جامعه زیان وارد شود. در خصوص دولت‌های مدرن نیز می‌توان گفت در مواردی که عمل دولت، جواز قانونی یا عرفی داشته است و اکثریت جامعه متضرر شده‌اند، دولت ملزم به جبران خسارت نیست.

نحوه جبران خسارت زیان دیده نیز به این صورت است که جبران خسارت در گام اول بر عهده دولت خواهد بود و در گام بعد چنانچه خسارت ناشی از خطای کارمند بوده باشد، دولت حق رجوع به کارمند خاطی را دارد.

از پذیرش نظریه مختار نتایج زیر به دست می‌آید:

در مواردی که دولت مرتکب تقصیر یا قصور شده است، مطلقاً ملزم به جبران خسارت است چه زیان دیدگان خاص و چه اکثریت جامعه باشند. پذیرش نظریه قابلیت استناد در این حالت کاملاً صحیح است، زیرا مسؤولیت مطلق دولت در این فرض سبب می‌شود که دولت در انجام وظایف خود دقت کافی داشته باشد و با برنامه‌ریزی عمل کند.

دولت در مواردی که مرتکب تقصیر یا قصور نشده و به وظیفه قانونی یا شرعی خود عمل کرده است و از این طریق عده محدودی متضرر شده‌اند نیز ملزم به جبران خسارت است. مثلاً چنانچه دولت در راستای مدیریت اقتصاد کشور، صادرات کالای خاصی را ممنوع اعلام کند و از این طریق، به عده محدودی خسارت وارد شود، ملزم به جبران خسارت می‌باشد. در این حالت، جبران خسارت با توجه به منابع و امکانات مالی دولت به انصاف و عدالت نزدیک‌تر است و امری ممکن و معقول می‌باشد. البته ممکن است گفته شود در مواردی که فعل زیان‌بار جواز شرعی داشته و تقصیر یا قصوری رخ نداده است، ضمان منتفی است چه عامل فعل زیان‌بار دولت باشد چه اشخاص حقیقی؛ چرا که «الجواز الشرعی ینافی الضمان». بنابراین در حالتی که دولت وظیفه شرعی خود را انجام داده است، مطلقاً ملزم به جبران خسارت نیست؛ چه زیان‌دیدگان خاص باشند و چه اکثریت جامعه متضرر شده باشند که به این شبهه نیز در ادامه پاسخ داده خواهد شد.

در مواردی که دولت مرتکب تقصیر یا قصور نشده و به وظیفه قانونی یا شرعی خود عمل کرده است و از این طریق، اکثریت جامعه متضرر شده‌اند، ملزم به جبران خسارت نیست؛ به استناد دلایلی که گذشت.

نظریه مختار بدین معنا نیست که دولت در اعمال حاکمیتی مصونیت دارد. بلکه دولت در اعمال حاکمیتی هم مطلقاً ملزم به جبران خسارت است مگر در آن دسته از اعمال حاکمیتی که دولت مرتکب تقصیر یا قصور نشده و جواز شرعی یا قانونی بر انجام آن داشته است و اکثریت جامعه متضرر شده‌اند.

نکته‌ای که در اینجا نیاز به توضیح دارد، این است که برخی حقوقدانان در مواردی مانند خسارات ناشی از بلایای طبیعی که بین فعل دولت و زیان وارده رابطه سببیت برقرار نیست، قواعد مسؤولیت مدنی را حاکم می‌دانند در حالی که یکی از ارکان اساسی مسؤولیت مدنی که رابطه سببیت می‌باشد، مفقود است؛ بنابراین مسؤولیت جبران خسارت توسط دولت در این گونه موارد که رابطه سببیت برقرار نیست از قواعد مسؤولیت مدنی خارج است و ذیل

قواعد دیگری که در حقوق عمومی مانند نظریه دولت رفاه مطرح است، بررسی می‌شود.

۱، ۲، ۳، ۵. پاسخ به شبهه مصونیت از مسؤوولیت در صورت وجود جواز شرعی ممکن است گفته شود در حالتی که دولت مرتکب تقصیر یا قصور نشده است و به وظیفه شرعی خود عمل کرده است، مطلقاً از جبران خسارت معاف است و مسؤوولیتی ندارد، چه زیان دیدگان محدود، و چه اکثریت جامعه باشند؛ زیرا «الجواز الشرعی ینافی الضمان» که در این قسمت به این شبهه پاسخ می‌دهیم.

در پاسخ به این پرسش که اگر از عملی که جواز شرعی بر انجام آن وجود داشته به کسی خسارتی وارد شود، ضمان وجود دارد یا خیر، دو نظر وجود دارد:

ماده ۹۱ قانون مجله احکام عدلیه^۱ در این زمینه می‌گوید: «جواز شرعی منافی ضمان است. مثلاً اگر در چاهی که فردی در ملک شخصی خود حفر کرده است حیوانی بیفتد و تلف شود، ضمان منتفی است».^۲

مرحوم کاشف الغطاء در شرح این ماده می‌فرماید که شایسته است این ماده ناظر بر امانات شرعی مانند لقطه، اموال مجهول‌المالک، قبض مال یتیم برای مصلحت یا حفظ آن و... باشد که در این موارد، به دلیل آنکه اذن شارع وجود دارد، در صورت تلف مال بدون آنکه تعدی و تفریط رخ دهد، ضمان وجود ندارد و اگر اذن شارع بالاتر از اذن مالک نباشد کمتر از آن نیست و ضمان و جواز شرعی قابل اجتماع نیست. (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۰۱-۲۰۲) به نظر امام خمینی (ره) شاید ضابطه ثبوت ضمان و عدم ضمان، اذن شارع و عدم آن است؛

۱ - مجله الاحکام العدلیه کتابی است که از طرف فقهای عثمانی، به عنوان قانون مدنی در سراسر امپراتوری عثمانی نوشته شده و سالیان دراز در این کشور و کشورهای عربی مرجع احکام قانونی بوده است. متن اصلی این قانون در زمان نگارش به زبان ترکی استانبولی و رسم الخط عربی بوده و در سالیان بعد به زبان عربی نیز ترجمه شده است. از آنجایی که زبان اصلی مجله، ترکی استانبولی بوده و رسم الخط فعلی کشور ترکیه نیز لاتین است، بنابراین مواد مجله که در این مقاله مورد اشاره قرار گرفته به زبان ترکی استانبولی و رسم الخط لاتین می‌باشد.

۲ - "Cevâz-ı şer'î, zamâna münâfi olur". - 2

Meselâ, bir adamın kendi mülkünde kazmış olduğu kuyuya, birinin hayvanı düşüp telef olsa, zamân lâzım gelmez.

پس هر آنچه اذن شرعی بر انجام آن وجود داشته باشد، اگر سبب زیان دیگری شود، ضمان وجود ندارد و هر آنچه در آن اذن داده نشده است اگر به سبب آن، چیزی تلف شود، ضمان ثابت است، اگر چه ایشان کلیت این قاعده را خالی از اشکال نمی دانند. (الخمينی، ۱۳۹۲: ۶۰۴)

در کلام سایر فقها نیز مطالبی با این معنا و مضمون دیده می شود. آیت الله سید احمد خوانساری برای ضمان آور بودن اتلاف تسبیبی شرایطی ذکر کرده اند، از جمله آن که فعل مسبب در خارج از محدوده ملک خود باشد، مباح شرعی نباشد و نیز مقرون به غرض صحیح نباشد؛ بنابراین اگر عملی که سبب زیان دیگری می شود در محدوده ملک شخص باشد یا مباح شرعی یا مقرون به غرض صحیح باشد، ضمان منتفی است. (الخوانساری، ۱۴۰۵: ۲۰۶)

برخی حقوقدانان نیز یکی از ویژگی های فعل زیان بار را نامشروع بودن آن می دانند. (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۳۱۰)

در مقابل، بنا بر نظر برخی دیگر از فقها، جواز شرعی منافی ضمان نیست همان طور که شارع هر چند اجازه ضرب فرزند و همسر جهت تأدیب را داده است ولی اگر از این طریق آسیبی به آن ها وارد شود، تأدیب کننده ضامن است. (النجفی، ۱۹۸۱: ۴۶ و شهید ثانی، ۱۴۲۵: ۳۲۷ و مدرس تبریزی خیابانی، ۱۳۸۰: ۵۶۶)

هم چنین شخص مضطر هر چند جواز شرعی بر انجام عمل ممنوعه دارد ولی این جواز تنها رافع حکم تکلیفی است و رافع حکمی وضعی نیست یعنی عمل مضطر حرام نیست ولی ملزم به جبران خسارت است. ماده ۳۳ قانون مجله احکام عدلیه در حکمی مخالف ماده ۹۱ این قانون که بیان می دارد جواز شرعی منافی ضمان است، می گوید:

«اضطرار مبطل حق غیر نیست؛ بنابراین اگر کسی به علت گرسنگی غذای دیگری را بخورد باید قیمت آن را بپردازد»^۱.

بنا بر نظر حضرت آیت الله العظمی سبحانی جواز شرعی ملازم با عدم ضمان نیست.

1 - "Izтіrar gayrin hakkını ibtāl etmez".

Binaen-âlâ-zâlık ,bir adam aç kalıp da birinin ekmeğini yese ,ba' dehu kıymetini vermesi lâzım gelir.

جواز شرعی حکم تکلیفی را برمی‌دارد، اما حکم وضعی سر جای خودش باقی است.^۱ برخی حقوق دانان نیز معتقدند؛ «فعل زیان بار اعم از این که مشروع یا نامشروع باشد، ضمان آور است. زیرا علاوه بر این که، مشروعیت فعل انجام دهنده نباید موجب تضییع حق جبران خسارت زیان دیده شود، ادله لزوم جبران خسارت وارده به دیگران، عام و مطلق است و مقید به عدم مشروعیت فعل نشده است.» (باریکلو، ۱۳۹۴: ۱۰۱)

اگر بپذیریم که جواز شرعی منافی ضمان است، در این صورت، اگر از عمل دولت که جواز شرعی بر انجام آن وجود داشته است به شهروندان آسیبی برسد، دولت مطلقاً معاف از جبران خسارت است چه زیان دیدگان اکثریت جامعه باشند و چه اشخاص خاص و محدودی باشند و اگر نظر مخالف را بپذیریم، دولت هر چند جواز شرعی بر انجام عمل داشته باشد ولی ضمان همچنان باقی است.

آنچه صحیح به نظر می‌رسد این است که در مواردی که جواز شرعی بر انجام عمل وجود دارد نیز ضمان برقرار است. چرا که جواز شرعی بر انجام عمل تنه‌رافع حکم تکلیفی است و نمی‌تواند نافی حقوق اشخاص ثالث باشد و آنچه ملاک است قابلیت استناد زیان به عامل آن زیان می‌باشد. در مثالی که در ماده ۹۱ قانون مجله احکام عدلیه ذکر شده است زیان به کسی که چاه را حفر کرده عرفاً قابل استناد نمی‌باشد؛ به همین دلیل، ضمان منتفی است، نه آنکه جواز شرعی بر انجام عمل وجود داشته است.

بنابراین «این که دولت و حتا در مواردی اشخاص خصوصی بتوانند برای حفظ مصالح عمومی زیانی به اموال خصوصی وارد آورند پذیرفتنی است، آنچه غیر قابل قبول به نظر می‌رسد این است که این ضرر بدون جبران بماند.» (بهرامی احمدی، ۱۳۹۳: ۴۸۹-۴۹۲) پس داشتن جواز شرعی بر انجام عملی از سوی شارع نمی‌تواند مجوزی برای عدم جبران خسارت باشد. بنابراین دولت در مواردی که جواز شرعی بر انجام عمل وجود داشته باشد نیز ملزم به جبران خسارت است مگر در مواردی که اکثریت جامعه متضرر شده باشند آن هم نه به دلیل

۱ - سایت مدرسه فقهت، عنوان: ضمان و مسؤولیت طبیب در قبال ضرری که به بیمار وارد می‌شود،

آن که جواز شرعی بر عمل وجود داشته است، بلکه به دلایلی که در نظریه مختار ذکر شد.

۵،۲،۳،۲. بررسی مسؤولیت مدنی دولت در قبال فیلترینگ فضای مجازی بر اساس نظریه مختار در خصوص مسؤولیت مدنی دولت در قبال فیلترینگ فضای مجازی، چند حالت متصور است که طبق مبنای نظریه مختار، مسؤولیت یا عدم مسؤولیت دولت، در هر یک از این حالات بررسی می شود:

الف) امکان اعمال فیلترینگ هوشمند وجود داشته باشد:

متخصصان معتقدند که فیلترینگ هوشمند شبکه های اجتماعی با توجه به رمزنگاری شدن آن ها امری غیر ممکن است. شاخه مهندسی برق، کامپیوتر و فناوری اطلاعات بسیج دانشجویی دانشگاه های تهران در گزارشی تخصصی، فیلترینگ شبکه های اجتماعی را غیر ممکن می داند.^۱ هم چنین طبق گزارش^۲ بنیاد حریم الکترونیکی (FFE)^۳ بیشتر شبکه های اجتماعی همچون تلگرام، اینستاگرام، فیس بوک، گوگل و... ارتباطات خود را رمزنگاری می کنند. بنابراین، امکان فیلترینگ هوشمند آن ها ممکن نیست. سید محمدرضا آقامیری عضو کارگروه فیلترینگ در خصوص پروژه فیلترینگ هوشمند اینستاگرام این چنین اظهار نظر می کند: «این پروژه زمانی که هنوز بحث HTTPS نبود و ارتباطات به بستر HTTP بود قابل اجرا بود که با تغییر بستر به HTTPS اکنون پروژه دیگر کار نمی کند».^۴ در حال حاضر، فیلترینگ هوشمند شبکه های اجتماعی به رغم تلاش های صورت گرفته نتیجه ای در پی نداشته است و همچنان در هاله ای از ابهام قرار دارد؛ اما در مواردی که امکان اعمال فیلترینگ هوشمند وجود داشته باشد، دولت نباید بدون دلیل موجه

۱ - سایت باشگاه خبرنگاران جوان، عنوان: جدا کردن محتوای خوب و بد در ارتباطات رمز شده و ایبر و واتساپ غیر ممکن است، www.yjc.ir، آخرین بازدید: دوشنبه ۲۶ آذر ۱۳۹۷.

۲ - سایت بنیاد حریم الکترونیکی، عنوان: «Secure Messaging Scorecard» www.eff.org، آخرین بازدید: دوشنبه، ۲۶ آذر ۱۳۹۷.

3 - Electronic Frontier Foundation

۴ - سایت خبرگزاری فارس، عنوان: سرانجام فیلترینگ هوشمند شبکه اینستاگرام / پروژه دیگر کار نمی کند، www.farsnews.com، آخرین بازدید: دوشنبه ۲۶ آذر ۱۳۹۷.

به فیلترینگ غیر هوشمند اقدام کند. در صورت اعمال فیلترینگ غیر هوشمند با وجود امکان اعمال فیلترینگ هوشمند بدون دلیل موجه، دولت مطلقاً ملزم به جبران خسارات است چه زیان دیدگان خاص باشند و چه اکثریت جامعه متضرر شوند. زیرا این حالت، داخل در عموم قاعده لاضرر است و مشمول مخصص این قاعده در مسؤولیت مدنی دولت نیست.

اما اگر دولت با وجود امکان اعمال فیلترینگ هوشمند به فیلترینگ غیر هوشمند مبادرت ورزد و برای این کار دلیل موجه داشته باشد، مثلاً چنانچه با اعمال فیلترینگ هوشمند خطری که امنیت، اقتصاد، فرهنگ و اجتماع را تهدید می کند از بین نرود، در این حالت، عمل دولت در فیلترینگ غیر هوشمند جواز شرعی و قانونی دارد و تقصیر و قصوری رخ نداده است و باید بین فرضی که زیان دیدگان اکثریت جامعه را تشکیل می دهند و فرضی که زیان دیدگان خاص و محدود هستند، تفاوت قائل شد. در فرضی که زیان دیدگان اکثریت جامعه را تشکیل می دهند، دولت مجبور به جبران خسارت نیست. زیرا این حالت زیر شمول مخصص قاعده لاضرر در مسؤولیت مدنی دولت است و در فرضی که زیان دیدگان محدود هستند، جبران خسارت امری الزامی است و داخل در عموم قاعده لاضرر است.

چنانچه امکان اعمال فیلترینگ هوشمند وجود داشته باشد و دولت تنها سایت، کانال یا گروهی را که آسیب اجتماعی، امنیتی یا اقتصادی به کشور وارد می کند، فیلتر کند به دلیل نامشروع بودن موضوع فعالیت، جبران خسارت منتفی است ولی اگر سایت، کانال یا گروهی که فعالیت های قانونی و مشروع انجام می دهد، فیلتر شود، جبران خسارت امری مسلم است و داخل در عموم قاعده لاضرر می باشد.

ب) امکان اعمال فیلترینگ هوشمند وجود نداشته باشد:

در حال حاضر در کشور ایران، امکان اعمال فیلترینگ هوشمند در بیشتر موارد وجود ندارد همانند شبکه های اجتماعی که رمزنگاری شده اند و فیلترینگ هوشمند آن ها ممکن نیست. در مواردی که امکان اعمال فیلترینگ هوشمند وجود ندارد، چنانچه عمل دولت در اعمال فیلترینگ غیر هوشمند برای احتراز از یک آسیب امنیتی، اجتماعی و یا اقتصادی باشد

و زیان دیدگان محدود باشند، جبران خسارت امری مسلم است. زیرا داخل در عموم قاعده لاضرر است و چنانچه زیان دیدگان اکثریت جامعه را تشکیل دهند، دولت ملزم به جبران خسارت نیست. زیرا این حالت، مشمول مخصص قاعده لاضرر در مسؤولیت مدنی دولت است. اما اگر دولت بدون دلیل موجه اقدام به فیلترینگ غیر هوشمند نماید به دلیل آنکه در اعمال فیلترینگ تقصیر و یا قصور رخ داده ملزم به جبران خساراتی است که به سبب فیلترینگ غیر هوشمند به شهروندان وارد شده است؛ چه زیان دیدگان خاص باشند و چه اکثریت جامعه متضرر شوند. زیرا این حالت داخل در عموم قاعده لاضرر است و مشمول مخصص این قاعده در مسؤولیت مدنی دولت نیست.

۶. نتیجه:

مسؤولیت مدنی دولت بحثی پیچیده و اختلافی در حقوق است که یکی از علت‌های این پیچیدگی، ارتباط هم‌زمان بحث با حقوق خصوصی و حقوق عمومی است. میان رشته‌ای بودن این بحث منجر شده است که عده‌ای از حقوقدانان آن را با دیدگاه حقوق کلاسیک خصوصی تحلیل کنند و عده‌ای دیگر، قواعد حقوق عمومی را بر آن حاکم بدانند. بنابراین هر چند تاکنون نظریات فراوانی در این موضوع مطرح شده است اما هیچ کدام جامعیت و مانعیت کافی را نداشته و پاسخ‌گوی همه شرایط نیستند. در نظریه مختار در این مقاله سعی شده است که هم با دید حقوق خصوصی و هم با دید حقوق عمومی مسؤولیت مدنی دولت تحلیل شود. با این توضیح که سعی شده است نظریه‌ای ارائه شود که علاوه بر در نظر گرفتن اقتضائات خاص دولت در اداره جامعه تا حد امکان خسارت زیان دیدگان نیز جبران شود. با توجه به این نظریه، در تمام مواردی که به سبب عمل دولت به شهروندان خسارت وارد می‌شود، جبران خسارت امری مسلم است. مگر در مواردی که تقصیر وجود نداشته باشد و از عمل شرعی و قانونی دولت به اکثریت شهروندان جامعه خسارت وارد شود. پذیرش جبران خسارت در این موارد امری غیر معقول و غیر ممکن است و با در نظر گرفتن حجم گسترده فعالیت‌های دولت، وظیفه اداره جامعه را با مشکل مواجه کرده و عملاً دولت از انجام وظایف خود باز خواهد ماند.

ضررهای همگانی که ناشی از اعمال مشروع دولت باشد را می‌توان از لوازم عقلی و عرفی اداره جامعه توسط دولت و از ضروریات اجتناب‌ناپذیر زندگی اجتماعی دانست. بنابراین در حالتی که دولت جواز شرعی و قانونی بر انجام عمل داشته و مرتکب تقصیر یا قصوری نشده است، قابلیت جبران خسارت منوط است به این که زیان دیدگان از عمل دولت محدود و خاص باشند. در این حالت، جبران خسارت زیان دیدگانی که محدود هستند با در نظر گرفتن منابع و امکانات مالی دولت امری معقول، ممکن و عادلانه است. زیرا اگر خسارت این عده محدود جبران نشود مانند این است که این افراد مالیات بیشتری نسبت به بقیه افراد جامعه به دولت می‌پردازند و این مخالف اصل برابری افراد در تأمین هزینه‌های عمومی است. طبق نظریه مختار، مسؤولیت مدنی دولت در قبال فیلترینگ در فروض مختلفی قابل بررسی است. در صورتی که امکان اعمال فیلترینگ هوشمند وجود داشته باشد و دولت تنها سایت، کانال یا گروهی را که آسیب اجتماعی، امنیتی یا اقتصادی به کشور وارد می‌کند، فیلتر کند، به دلیل نامشروع بودن موضوع فعالیت، جبران خسارت منتفی است ولی اگر سایت، کانال یا گروهی که فعالیت‌های قانونی و مشروع انجام می‌دهد، فیلتر شود، جبران خسارت امری مسلم است. اما در صورتی که امکان اعمال فیلترینگ هوشمند وجود نداشته باشد و دولت به طور مشروع و قانونی، برای احتراز از یک تهدید امنیتی، فرهنگی، اقتصادی یا اجتماعی به فیلترینگ غیر هوشمند مبادرت ورزد، در این صورت، اگر زیان دیدگان اکثریت جامعه را تشکیل دهند، دولت الزامی به جبران خسارت ندارد اما اگر زیان دیدگان تعداد محدود و معینی باشند، در این صورت، دولت ملزم به جبران خسارت است.

منابع:

قرآن کریم.

الف) فارسی

۱. ابوالحمد، عبدالحمید (۱۳۷۰)، حقوق اداری ایران، ج. ۲، چ. ۴، تهران، توس.
۲. اسماعیلی، محسن و نصراللهی، محمدصادق (۱۳۹۴)، «پالایش فضای مجازی؛ حکم و مسایل آن از دیدگاه فقهی»، دو فصلنامه علمی-پژوهشی دین و ارتباطات، سال بیست و سوم، شماره اول (پیاپی ۴۹).
۳. بابازاده مقدم، حامد و اسلام خواه، عمار (۱۳۹۵)، «پالایش (فیلترینگ) اینترنت در اروپا»، فصلنامه علوم خبری، ش. ۱۷.
۴. باریکلو، علیرضا (۱۳۹۴)، مسؤولیت مدنی، چ. ۶، تهران، میزان.
۵. بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۳)، ضمان قهری (مسؤولیت مدنی): با مطالعه تطبیقی در فقه مذاهب اسلامی و نظام های حقوقی، چ. ۲، تهران، دانشگاه امام صادق (علیه السلام).
۶. جاویدنیا، جواد و دیگران (۱۳۹۴)، «واکاوی سیاست های پالایش محتوای مجرمانه (فیلترینگ) از منظر فقهی»، دو فصلنامه علمی-پژوهشی دین و ارتباطات، سال بیست و دوم، ش. ۲۰ (پیاپی ۴۸).
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۰)، ترمینولوژی حقوق، چ. ۱۱، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۸. جمعی از محققان (۱۳۸۹)، فرهنگ نامه اصول فقه، چاپ اول، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۹. حبیبزاده، طاهر (۱۳۹۶)، حقوق فناوری اطلاعات (ادله الکترونیکی، اسناد الکترونیکی و امضای الکترونیکی)، چاپ اول، تهران، میزان.
۱۰. «فیلترینگ فضای مجازی: وظیفه قانونی پالایش فضای مجازی با کیست؟»
عدالت نامه، دوماهنامه تخصصی حقوق قضا و قانون، سازمان بسیج حقوقدانان، ش. ۱۰۰.
۱۱. خانیکی، هادی و بابائی، محمود (۱۳۹۰)، «فضای سایبر و شبکه های اجتماعی: مفهوم و کارکرد»، فصلنامه انجمن ایرانی مطالعات جامعه اطلاعاتی، دوره اول، شماره اول.

۱۲. رحمتی، حسینعلی و شهرباری، حمید (۱۳۹۶)، «بایسته‌های اخلاقی فیلترینگ و پالایش محتوا در فضای مجازی»، مجله‌ی اخلاق و حیانی، سال پنجم، ش. ۲۰، پیاپی ۱۲.
۱۳. «فیلترینگ و دشواره تراحم اخلاقی»، فصلنامه علمی - پژوهشی پژوهش‌نامه اخلاق، سال دهم، ش. ۳۷.
۱۴. رضایی زاده، محمدجواد و عطریان، فرامرز (۱۳۹۲)، «مسئولیت مدنی دولت ناشی از تصویب، تغییر و یا عدم اجرای طرح‌های شهری»، فصلنامه علمی - پژوهشی حقوق اداری، مرکز آموزش مدیریت دولتی، سال اول، شماره اول.
۱۵. زرگوش، مشتاق (۱۳۸۹)، مطالعه تحلیلی - تطبیقی مسئولیت مدنی دولت، قواعد عمومی، ج. ۲، چاپ اول، تهران، میزان.
۱۶. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۷)، حقوق اداری، ج. ۱۴، تهران، سمت.
۱۷. عباسی، مجید و مرادی، حسین (۱۳۹۴)، «جنگ سایبر از منظر حقوق بین الملل بشر دوستانه»، مجلس و راهبرد، دوره ۲۲، ش. ۸۱.
۱۸. غلامی، نجفعلی و میراحمدی، منصور (۱۳۹۳)، «فقه فردی و فقه حکومتی بایسته‌ها و کاستی‌ها»، فصلنامه علمی - پژوهشی سیاست متعالیه، سال دوم، ش. ۴.
۱۹. غمامی، مجید (۱۳۷۶)، مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود، چاپ اول، تهران، دادگستر.
۲۰. قاسم‌زاده، مرتضی (۱۳۷۸)، مبانی مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران، میزان.
۲۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، حقوق مدنی: الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، جلد اول، ج. ۳، تهران، مؤسسه انتشار و چاپ دانشگاه تهران.
۲۲. لطفی، اسدالله (۱۳۹۳)، سلسله مباحث فقهی، حقوقی مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران، جنگل.
۲۳. مبین، حجت (۱۳۹۰)، نظریه قابلیت استناد در مبانی مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران، دانشگاه امام صادق (ع).
۲۴. موسی زاده، رضا (۱۳۷۷)، حقوق اداری ۱ و ۲، چاپ اول، تهران، میزان.

۲۵. نائینی، محمدحسن (۱۳۷۳)، منیة الطالب فی شرح المكاسب، ج. ۲، چاپ اول، تهران، المكتبة المحمدية.

۲۶. یزدانیان، علیرضا (۱۳۹۵)، قواعد عمومی مسؤولیت مدنی با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه، چاپ اول، جلد اول، تهران، میزان.

ب) عربی

۲۷. الخمينی، السيد روح الله (۱۳۹۲)، تحرير الوسيلة، ج. ۲، الطبعة ۲، تهران، مؤسسه تنظيم و نشر آثار الإمام الخمينی (قدس سره).

۲۸. الخوانساری، السيد احمد (۱۴۰۵ ه.ق.)، جامع المدارك، ج. ۵، الطبعة ۲، طهران، مكتبة الصدوق.

۲۹. الشهيد الثاني (زين الدين بن نور الدين علي بن احمد عاملی جُبعی) (۱۴۲۵ ه.ق.)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج. ۱۵، الطبعة ۳، قم، مؤسسة المعارف الاسلامية.

۳۰. النجفی، الشيخ محمدحسن (۱۹۸۱ م.)، جواهر الكلام فی شرح شرايع الاسلام، ج. ۴۳، الطبعة ۷، بيروت، دار احیاء التراث العربی.

۳۱. كاشف الغطاء، محمدحسین (۱۴۲۲ ه.ق.)، تحرير المجله، جلد اول، الطبعة الاولى، قم، المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلامية.

۳۲. مدرس تبریزی خیابانی، میرزا محمد علی (۱۳۸۰)، كفاية المحصلين فی تبصرة أحكام الدين، ج. ۲، چاپ اول، تهران، انجمن آثار و مفاخر فرهنگي.

ج) انگلیسی

33. Zittrain and palfrey, Jonathan and jhon, (June 2007), Access Denied: **The Practice and Policy of Global Internet Filtering**, Oxford internet institute, 14, pp. 1-13.

34. Baude, William, (March 2017), “**Sovereign Immunity and the Constitutional Text**”, Virginia law review, University of Chicago Law School, 103(1), pp. 1-29.

35. Harpwood, vivienne, (2005), **Modern tort law**, 6th edition, London, Cavendish

۴۷. خبرگزاری باشگاه خبرنگاران جوان، فیلترینگ هوشمند چیست؟، www.yjc.ir، آخرین بازدید: ۳ مهر ۱۳۹۷.
۴۸. خبرگزاری تسنیم، فیلترینگ هوشمند موفق یا موفق؟!، www.tasnimnews.com، آخرین بازدید: ۳ مهر ۱۳۹۷.
۴۹. سایت دفتر حفظ و نشر آثار حضرت آیت الله العظمی خامنه‌ای، دیدار مسؤولان نظام بارهبر انقلاب در ۲۲/۳/۱۳۹۶، farsi.khamenei.ir، آخرین بازدید: ۱۲ آذر ۱۳۹۷.
۵۰. سایت خبری مشرق نیوز، سایت‌های ملتهب‌کننده ارز و سکه فیلتر شدند، www.mashregnews.ir، آخرین بازدید: ۲۵/۸/۱۳۹۷.
۵۱. سایت مدرسه فقاقت، ضمان و مسؤولیت طیب در قبال ضرری که به بیمار وارد می‌شود، www.eshia.ir، آخرین بازدید: دوشنبه ۲۶ آذر ۱۳۹۷.
۵۲. باشگاه خبرنگاران جوان، جدا کردن محتوای خوب و بد در ارتباطات رمز شده وایبر و واتساپ غیرممکن است، www.yjc.ir، آخرین بازدید: دوشنبه ۲۶ آذر ۱۳۹۷.
۵۳. سایت بنیاد حریم الکترونیکی، www.eff.org، Secure Messaging Scorecard، آخرین بازدید: دوشنبه، ۲۶ آذر ۱۳۹۷.
۵۴. خبرگزاری فارس، سرانجام فیلترینگ هوشمند شبکه اینستاگرام / پروژه دیگر کار نمی‌کند، www.farsnews.com، آخرین بازدید: دوشنبه ۲۶ آذر ۱۳۹۷.

ایجاب از طریق واسطه‌های الکترونیکی در حقوق ایران و انگلستان



سید امیر هاشمی^۱
دکتر علی رفیعی مقدم^۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۲/۰۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۸/۰۸

چکیده:

بهره‌مندی از ابزارهای ارتباطی مانند تلفن، تلکس برای انعقاد قرارداد سابقه طولانی داشته و مدت‌هاست که بازرگانان از این وسایل برای اعلام اراده منتفع می‌شوند. اما فضای مجازی و اینترنت پدیده‌ای نوین است که با توجه به نقش پررنگ قرارداد‌های الکترونیکی در عرصه مبادلات تجاری، روشن شدن ابعاد گوناگون آن بسیار مهم می‌باشد. چرا که خلل در این گونه قراردادها می‌تواند ضررهای جبران‌ناپذیری را وارد نماید. از آنجا که یکی از ارکان بسیار مهم قراردادها، اعلام اراده طرفین و به عبارت دیگر، ایجاب و قبول و به‌طور اخص، ایجاب می‌باشد، ضرورت انجام یک پژوهش در خصوص ایجاب از طریق واسطه‌های الکترونیکی (مانند وبگاه، پست الکترونیکی) احساس گردید با این هدف که از مشکلات عملی پیرامون موضوع کاسته و از دستاوردهای دیگر نظام‌های حقوقی پیشرفته جهان (از جمله نظام حقوقی انگلستان) استفاده شود. از این تحقیق به این نتیجه دست یافتیم که اولاً در حقوق ایران اعلام اراده از طریق واسطه‌های الکترونیکی پذیرفته شده و قرارداد‌های الکترونیکی کاملاً معتبر و صحیح می‌باشد اما پیشنهاد به عموم در فضای مجازی تابع قواعد عمومی قراردادها بوده و جز در صورت تصریح پیشنهاددهنده یا قرائن، ایجاب تلقی نمی‌شود؛ ثانیاً در نظام حقوقی انگلستان آرای گوناگون دادگاه‌های این کشور، پیشنهاد به عموم را علی‌الاصول به دلیل فقدان قصد التزام، ایجاب تلقی ننموده و تنها در صورتی که قصد التزام پیشنهاددهنده به نحوی آشکار گردد، پیشنهاد به عموم را به‌عنوان ایجاب مورد پذیرش قرار می‌دهد. اما در هر حال، اعلام اراده از طریق واسطه‌های الکترونیکی صحیح است و قرار داد تنها به این دلیل که در شکل الکترونیکی است، نامعتبر نمی‌باشد.

کلیدواژه‌گان: واسطه‌های الکترونیکی، فضای مجازی، قواعد عمومی قراردادها، حقوق ایران، حقوق انگلستان.

۱ - نویسنده مسؤل: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید باهنر، کرمان، ایران
amirhashemiv1990@gmail.com

۲ - عضو هیأت علمی دانشکده حقوق، دانشگاه شهید باهنر، کرمان، ایران

مقدمه:

استفاده از تلفن، تلکس، نمابر و مانند آن، در معاملات تجاری ملی، منطقه‌ای و بین‌المللی از مدت‌ها پیش معمول گردیده است. دیر زمانی است که بازرگانان به کمک این وسایل بدون حضور در یک مجلس، مبادرت به انعقاد قراردادهای بازرگانی از راه دور می‌کنند. اما هیچگاه فضای مجازی به نحوی که امروزه شاهد آن هستیم، در روابط واقعی طرفین قرارداد، تأثیر نداشته است. چرا که عدم بهره‌گیری از تجارت الکترونیکی به معنای از دست دادن فرصت‌های لحظه‌ای زودگذر در تجارت جهانی، تضعیف موقعیت تجاری و منزوی گشتن در عرصه تجارت بین‌المللی است. رشد این تجارت با طرح مسایل حقوقی متعددی در زمینه قواعد حاکم بر قراردادها، صلاحیت‌های فراملی، انتخاب قانون حاکم، ادله اثبات دعوا، زمان انتقال مالکیت، زمان شروع مرور زمان‌ها، اهلیت طرفین، اصلاح و تغییر قوانین و موضوعات مختلف دیگری همراه بوده است که یافتن پاسخی برای آن‌ها در نظام‌های حقوقی، ضرورتی انکارناپذیر است. آنچه با دقت به این موضوعات آشکار می‌گردد، ارتباط کاملاً نزدیک آن‌ها با مسأله ایجاب و قبول است. در واقع، این که کدام اعلام اراده، ایجاب است و کدام یک قبول، تا با تحقق آن عقد منعقد شود، سؤال اصلی پژوهش بوده و با تعیین این موضوع، می‌توان پاسخ بسیاری از سؤالات را یافت. به همین منظور، در این مقاله ایجاب از طریق واسطه‌های الکترونیکی در نظام حقوقی ایران مورد بحث قرار می‌گیرد و برای استفاده از دستاوردهای نظام‌های حقوقی پیشرفته، این موضوع در نظام حقوقی انگلستان نیز مورد بررسی قرار گرفته تا در موارد سکوت قوانین داخلی ایران، راهکارهای نظام حقوقی انگلستان تا حدودی که با قوانین و شرع اسلام قابلیت انطباق و همخوانی دارد، به کار گرفته شود. پژوهش حاضر از نوع تحلیلی-توصیفی می‌باشد و گردآوری داده‌ها به صورت کتابخانه‌ای از طریق مطالعه‌ی کتاب‌ها و مقالات گوناگون انجام شده است. در خصوص این موضوع تحقیقات مختلفی واقع شده است از جمله کتاب «حقوق فناوری اطلاعات: حقوق قراردادهای گسترده قراردادهای الکترونیکی» نوشته آقای

طاهر حبیب‌زاده؛ هم‌چنین مقاله «انعقاد قراردادهای الکترونیکی» نوشته خانم بتول آهنی؛ با وجود این، مباحثی وجود دارد که در این نگارش به صورت کامل‌تر به آن پرداخته شده و با استفاده از آرای گوناگون دادگاه‌های انگلستان سعی در بهره‌برداری از تجربیات آن نظام شده است. تحقیق حاضر در سه مبحث به ارائه مطالب خود می‌پردازد:

مبحث اول: ایجاب و ارائه آن از طریق واسطه‌های الکترونیکی

مطالب این مبحث در ضمن دو گفتار ارائه می‌گردد که گفتار نخست به ایجاب، اقسام آن و اعتبار آن‌ها می‌پردازد و در گفتار دوم ایجاب از طریق واسطه‌های الکترونیکی مورد گفت‌وگو قرار می‌گیرد.

گفتار اول: ایجاب

ایجاب در لغت به معنای التزام است. گوینده ایجاب کسی است که خود را ملتزم ساخته است. در معنای اصطلاحی ایجاب، تعاریف مختلفی از سوی فقیهان و حقوقدانان ابراز شده است؛ بعضی ایجاب را پیشنهادی دانسته‌اند که یکی از دو طرف عقد برای انشاء و ایجاد رابطه‌ای الزامی، آن را صادر می‌کند. (قنواتی، ۱۳۸۳: ۱۱۰) اما تعریفی که بیشتر مقبول واقع شده است، تعریف دکتر کاتوزیان می‌باشد که بیان می‌دارد: «ایجاب پیشنهاد معامله و اعلام اراده‌ی کسی است که دیگری را بر مبنای معینی به عقد بستن می‌خواند به گونه‌ای که اگر پیشنهاد او قبول شود، به مفاد آن پایبند باشد» (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱۹۸) حقوقدانان انگلیسی نیز در تعریف ایجاب گفته‌اند؛ ایجاب، اعلامی است که با ضمیمه شدن قبول به آن، قرارداد منعقد می‌شود. این ایجاب در صورت قبول، باید تعهد مشخصی بر ملزم شدن داشته باشد. ایجاب از جهت مخاطب آن به دو دسته تقسیم می‌شود: ایجابی که مخاطب آن مشخص است و ما آن را ایجاب خاص می‌نامیم و ایجابی که مخاطب آن مشخص نیست و ما آن را ایجاب عام می‌گوییم. هر یک از این دو ممکن است قابل ترکیب با یک قبول، برای تشکیل یک عقد باشد یا این که قابل ترکیب با چند قبول، برای ایجاد چند عقد باشد. (شهیدی، ۱۳۹۰: ۱۵۰ و ۱۵۱)

با مراجعه به آثار علمی فقهای اسلام آشکار می‌شود، یک پیشنهاد برای این که ایجاب تلقی گردد، باید؛ (۱) کامل باشد، یعنی در بردارنده عناصر اصلی قرارداد باشد. (۲) جدی و قطعی باشد. (۳) مشخص باشد. (۴) خطاب به طرف معامله و به منظور اعلام به او باشد. (۵) مخاطب معین داشته باشد. (قنواتی، ۱۳۸۳: ۱۸۴ و کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۸۶) در نظر ایشان، فقدان هر یک از شرایط فوق الذکر، وصف ایجاب بودن را از پیشنهاد سلب می‌نماید. بنابراین از دیدگاه فقهای امامیه، تنها ایجابی که دارای مخاطب معین است و ما آن را ایجاب خاص می‌نامیم، معتبر می‌باشد و پیشنهاد به عموم افراد، نمی‌تواند ایجاب تلقی گردد. موضوع دیگری که نشان می‌دهد از منظر ایشان، ایجاب به عموم پذیرفته نیست، وجود ضمیر مخاطب (کاف) در صیغه ایجاب است؛ مانند آنجا که در عقد بیع برای ایجاب آن گفته می‌شود «بعتك هذا بكذا» که دلالت بر ضرورت مخاطب معین می‌کند. دلیل دیگری که در فقه امامیه مطرح شده و از آن می‌توان لزوم مخاطب خاص را دریافت، بررسی موضوع تعیین خریدار و فروشنده است. (شوشتری، بی‌تا، ج ۲: ۱۲ و عباسی، ۱۳۹۰: ۵۸ و ۵۹) در واقع فقها به این سؤال که آیا در عقود مختلف از جمله بیع، متعاقدين ضرورتاً باید مشخص باشند؟ پاسخ مثبت می‌دهند.

در حقوق کنونی ایران، اعتقاد حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۹۱ و صفایی، ۱۳۵۱: ۷۷) بر معتبر بودن ایجاب عام می‌باشد. ایشان اظهار می‌دارد: «این که از جمله شرایط ایجاب این است که خطاب به طرف معامله و به منظور اعلام به او باشد، مانع از آن نیست که ایجاب برای گروه معین یا عموم مردم باشد. نشانه متعارف تمییز ایجاب از دعوت به معامله این است که ایجاب حاوی تمام شرایط معامله باشد ولی این نشانه ناظر به موارد عادی گفت و گوهای مقدماتی است و نباید آن را شرط لازم و اجتناب ناپذیر هر ایجاب دانست.» (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۹۰) ضمن این که در قانون مدنی نیز نصی که به طور صریح دلالت بر ضرورت مشخص بودن مخاطب ایجاب نماید، وجود ندارد. در ماده ۱۰۶۷ این قانون، تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچ یک از طرفین در شخص طرف دیگر شبهه نباشد، شرط صحت نکاح تلقی شده است. با استفاده از این ماده می‌توان نتیجه گرفت، تنها در عقود که

شخصیت طرفین علت عمده عقد است، مخاطب ایجاب لزوماً باید معین باشد. با وجود همه مطالب فوق، حتی اگر بتوان، شرط وجود مخاطب معین را نادیده گرفت، باز هم نمی‌توان هر پیشنهادی را که به عموم صادر گردید، ایجاب تلقی کرد؛ زیرا در عرف ظاهر از پیشنهاد به عموم، فقدان قصد التزام است. چنان که در عمل هم زمانی که آگهی حراج منتشر می‌شود، ایجاب از سوی خریداران بوده و هنگامی که متصدی حراج قیمت نهایی را اعلام و چکش خود را پایین می‌آورد، این عمل، قبول فعلی ایجابی است که از سوی مشتری اعلام شده است. لذا پیشنهادی که خطاب به عموم صادر شود، تنها در صورتی می‌تواند ایجاب تلقی شود که وسیله عملی خواه تصریح پیشنهاد دهنده خواه قرائن و اوضاع و احوال، قصد وی برای التزام به مفاد عقد محرز گردد. راه حلی که در حقوق انگلستان نیز پذیرفته شده و از آنجا که این راه حل یعنی برگشت دادن معین یا نامعین بودن مخاطب به بحث «قصد التزام» مخالفتی با شرع اسلام ندارد، به نظر می‌رسد انتفاع از آن در حقوق کنونی ایران، با هیچ‌گونه ایرادی مواجه نباشد.

در حقوق انگلستان نیز علی‌الاصول پیشنهاد به عموم به عنوان ایجاب پذیرفته نشده است. اما نحوه استدلال ایشان در این خصوص متفاوت است. زیرا برخلاف فقه امامیه، در حقوق این کشور، داشتن مخاطب معین از شروط صحت ایجاب نمی‌باشد. بنابراین امکان صدور ایجاب به مخاطب نامعین وجود دارد (Elliott, 2013, p. 13) اما شرطی که در این خصوص اساسی است، قصد ایجاد رابطه قانونی است. (Corbin, 1963, p. 43) در واقع، ایجابی قابلیت تبدیل شدن به توافق وسیله قبول مخاطب را دارد که موجب برای به عهده گرفتن تعهدات تحت شرایط معین، سهم خود را در تشکیل قرارداد کامل کرده باشد. (Cheshire, 1972, P. 40) لذا در صورتی که قصد جدی و قطعی پیشنهاد دهنده آشکار گردد، باید با پیشنهاد وی هر چند خطاب به عموم صادر شده باشد، به عنوان یک ایجاب، رفتار نمود. (Elliott, 2013, p. 12) از آنجا که نظام حقوقی انگلستان تابع نظام کامن‌لا می‌باشد، مراجعه به آرای دادگاه‌ها، بسیار مهم است. با

نگاهی به آرای مختلف دادگاه‌های این کشور، اساسی بودن احراز قصد جدی برای تلقی پیشنهاد به عنوان ایجاب و این که علی‌الاصول پیشنهاد به عموم فاقد چنین قصدی می‌باشد، آشکار می‌شود. تنها در خصوص آگهی وعده به پاداش به این دلیل که قضات در این موارد قصد التزام آگهی کننده را محرز و مفروض دانسته‌اند، پیشنهاد به عموم، ایجاب تلقی گردیده است. پرونده *Bowerman و Carlill v Carbolic Smoke Ball* و پرونده *British Travel Agents Ltd v مؤید این موضوع است. (Elliott, 2013, p.p. 13, 14)* در غیر این صورت، آرای متعدد در زمینه آگهی مزایده و حراج، ارسال فهرست کالا همراه با قیمت و عرضه و نمایش کالا با برچسب قیمت نظیر پرونده *Payne v Cave*، *Spencer v*، *Partridge v Critenden*، *Mackdonald v Fenwick*، *Haris v nickerson*، *Harding* و *Grainer & Sons v Gough*... پیشنهاد به عموم را به دلیل عدم احراز قصد جدی، ایجاب تلقی ننموده و موارد فوق‌الذکر به عنوان مصداق دعوت به معامله پذیرفته شده است. بنابراین چنانچه به هر نحوی قاضی دادگاه به قصد پیشنهاد دهنده پی ببرد، پیشنهاد مذکور به عنوان ایجاب پذیرفته می‌شود. رأی دادگاه در پرونده *Harvela Investments Ltd v Royal Trust Company Of Canada Ltd* این موضوع را تأیید می‌کند؛ چرا که دادگاه اعلام داشت این عبارت که «ما خود را ملزم به قبول بالاترین پیشنهاد می‌دانیم» نشان دهنده‌ی وجود تمامی ارکان لازم برای یک ایجاب از جمله قصد جدی می‌باشد. (Cheshire, 1972. P. 42)

پس از روشن شدن این موضوع که پیشنهاد به عموم تنها در موارد خاصی ایجاب تلقی می‌شود، لازم است پیشنهاد به انعقاد قرارداد در فضای مجازی و از طریق واسطه‌های الکترونیکی نظیر وبگاه و... به دلیل اهمیت و کثرت استفاده از آن‌ها، مورد بررسی قرار گیرد تا ابعاد مختلف این موضوع که آیا پیشنهاد به عموم در فضای مجازی ایجاب محسوب می‌شود، به‌طور کامل روشن گردد.

گفتار دوم: ارائه ایجاب از طریق واسطه‌های الکترونیکی

قرارداد الکترونیکی عبارت است از هر عقدی اعم از معین یا نامعین که از طریق

واسطه‌های الکترونیکی منعقد می‌گردد. این قرارداد نوع خاصی از قراردادها نیست بلکه وصف الکترونیک صرفاً بیانگر نحوه انعقاد آن است (حبیب‌زاده، ۱۳۹۰: ۲۱) یعنی شکل این نوع از قرارداد به صورت الکترونیکی و از طریق تبادل داده پیام می‌باشد. اشخاص به منظور بیان قصد و اراده خویش از الفاظ، ایما و اشاره و... بهره می‌گیرند. آنچه در رهگذر تبادل اندیشه‌ها مهم جلوه می‌کند، قابل درک بودن آن‌ها می‌باشد. چنانچه به کارگیری شکل خاص در برقراری ارتباط، تنها متأثر از موقعیت افراد است. در علم حقوق نیز قاعده به همین نحو است. بیان اراده و صحت قراردادها، در اصل تابع شرایط شکلی نبوده و رعایت تشریفات معین یا لفظی خاص در بیان قصد، شرط صحت نمی‌باشد. (اهنی، ۱۳۸۳: ۸۵) چنان که قانونگذار ایران در ماده ۱۹۱ ق.م. صراحتاً این مطلب را تایید می‌نماید. مطابق این ماده «عقد محقق می‌شود به قصد انشا...» لذا طرفین در انتخاب نحوه اعلام اراده، آزاد هستند. (مقامی‌نیا، ۱۳۹۱: ۸۵) این همان اصلی است که از آن به اصل «رضایی بودن عقود» یاد می‌شود و در زمینه مسایل تجاری اهمیت خاص دارد؛ زیرا در این سنخ از قراردادها که به طور معمول با استفاده از فناوری‌های نوین ارتباطی با سرعت زیاد منعقد می‌شوند، مجال برای رعایت تشریفات دست و پاگیر وجود ندارد.

بنابراین آزادی در گزینش شیوه ارائه پیشنهاد، چنان انعطافی به اشکال انعقاد قراردادها بخشیده است که پذیرش نفوذ قراردادهای الکترونیکی، با مشکلی مواجه نمی‌گردد. (حبیب‌زاده، ۱۳۹۰: ۱۲۷) چنان که ماده ۱۱ قانون نمونه آنسیترال در این زمینه مقرر می‌دارد: «... هنگامی که برای انعقاد قرارداد از داده پیام استفاده می‌شود، اعتبار یا قدرت اجرایی قرارداد صرفاً به این دلیل که از داده پیام استفاده می‌شود، از بین نمی‌رود». دستورالعمل اتحادیه اروپا مصوب ۳۰ جولای ۲۰۰۲ که در کلیه کشورهای عضو اتحادیه اروپا از جمله انگلستان اعمال می‌گردد، در ماده ۹ مقرر می‌دارد: «اگر طرفینی که مصرف کننده نیستند به شکل دیگری توافق نکرده باشند، در شرایطی که قرارداد به شکل الکترونیکی منعقد می‌شود...»^۱

1 - Unless parties who are not consumers have agreed otherwise, where a contract is to be concluded by electronic means....

هم‌چنین ماده ۱۱ این دستور العمل بیان می‌کند: «اگر طرفینی که مصرف‌کننده نیستند به شکل دیگری توافق نکرده باشند، جایی که دریافت‌کننده خدمات، سفارش خود را از طریق وسایل الکترونیکی انجام می‌دهد...»^۱ که به‌طور واضح دلالت بر پذیرش عقود الکترونیکی در کشورهای عضو اتحادیه اروپا می‌نماید. در حقوق ایران متأسفانه قانون مدنی، ایجاب را تعریف نکرده است و قانون تجارت الکترونیکی نیز که با تکیه بر قانون نمونه آنسیترال وضع گردیده، اشاره‌ای به مفهوم ایجاب ننموده است. البته در ماده ۱۹ پیش‌نویس قانون تجارت الکترونیکی ایران به تبعیت از ماده ۱۱ قانون نمونه آنسیترال بدون تعریف از ایجاب قید شده بود که: «ایجاب، قبول و اعلام اراده در ارتباط بین اصل‌ساز و مخاطب وسیله داده‌پیام بیان می‌شود...» این ماده در شور دوم مجلس حذف گردید. با وجود این، از آنجا که اساس قانون تجارت الکترونیکی بر تبادل داده‌پیام‌هاست و مواد ۶ و ۷ این قانون، داده‌پیام را در مقام نوشته و امضای الکترونیکی را در عرض امضای دستی و ماده ۱۲ این قانون اسناد و دلایل الکترونیکی را مورد پذیرش قرار داده است، استنباط می‌شود که نفوذ قراردادهای الکترونیکی در سیستم حقوقی ما به‌صرف شکل، قابل رد نیست. (نوروزی، ۱۳۸۶: ۲۵۲ و حبیب‌زاده، ۱۳۹۰: ۲۱)

مبحث دوم: مقررات ایجاب الکترونیکی در حقوق ایران

همان‌طور که بیان شد، ایجاب و قبول می‌تواند به وسیله داده‌پیام‌ها، اعلام و انشا شود. راجع به ایجاب در قراردادهایی که وسیله واسطه‌های الکترونیکی منعقد می‌گردد، در غالب قوانین احکام و مقررات خاصی تدوین نشده است. با این حال، مقررات مربوط به داده‌پیام‌ها به‌طور مفصل مورد بحث قرار گرفته است. علاوه بر آن در موارد لزوم، قواعد عمومی قراردادهای نیز تا آنجا که قابلیت اعمال دارد، می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد.

1 - Unless parties who are not consumers have agreed otherwise, where the recipient of the service places his order through technological means....

گفتار اول: انتساب داده پیام

در قراردادهای عادی، طرفین اراده خود را از طریق لفظ، نوشته و... به مخاطب اعلام می کنند. انتساب اراده و قصد انشا در این گونه قراردادها به لحاظ عینیت داشتن لفظ، نوشته و... به راحتی ممکن است. در مواردی که قرارداد در مجلس عقد و بین حاضرین منعقد می گردد، وجود مذاکرات شفاهی، انتساب اراده به طرفین را تسهیل می کند.

در عقود مکاتبه‌ای نیز اسناد و مدارکی که بین متعاقدین از طریق امضای ایشان کامل می گردد، قابلیت انتساب دارد. باین وصف، موضوع در بستر تجارت الکترونیکی، با کمی مشکل مواجه است. در واقع، ایجاب و قبولی که در فضای مجازی و غیر واقعی صادر می گردد، به راحتی قابلیت انتساب ندارند. زیرا طرفین در این جریان، حضور فیزیکی نداشته، چه بسا طرفین همدیگر را ندیده و حتی شناختی هم نسبت به یکدیگر نداشته باشند. (نوروزی،

۱۳۸۶: ۲۵۴)

قانون تجارت الکترونیکی ایران، در مورد انتساب داده پیام‌ها، مقرراتی را بیان می کند:

بند اول: انتساب داده پیام به اصل ساز

موارد انتساب داده پیام‌ها به اصل ساز عبارت است از:

- وقتی که داده پیام به وسیله‌ی اصل ساز یا شخصی ارسال شده باشد که از طرف اصل ساز مجاز به این کار بوده است.

- اگر داده پیام وسیله‌ی سامانه‌ی اطلاعاتی برنامه ریزی شده یا تصدی خودکار از جانب اصل ساز ارسال شود. (ماده ۱۸ ق.ت.ا.)

- اگر قبلاً به وسیله‌ی اصل ساز روشی مورد توافق واقع شده باشد که معلوم نماید داده پیام، همان است که اصل ساز ارسال کرده است. ممکن است اصل ساز و مخاطب در مورد روش خاصی برای انتساب داده پیام‌ها توافق کرده باشند. در این مورد، توافق معتبر و صحیح بوده و می توان به آن استناد کرد.

- داده پیام دریافت شده وسیله‌ی مخاطب، از اقدامات شخصی ناشی شده که رابطه اش

با اصل ساز یا نمایندگان وی باعث شده تا شخص مذکور به روش مورد استفاده اصل ساز دسترسی یافته و داده پیام را به مثابه‌ی داده پیام خود بشناسد. (بند «ب» ماده ۱۹ ق.ت.ا.)
هنگامی که مخاطب بر اساس رویه‌ی معمول، داده پیام را خطاب به خویش تلقی کند و مانند انسان متعارفی عمل کرده باشد؛ یعنی هر شخص دیگری هم جای او بود چنین برداشتی می‌کرد، باید داده پیام را منسوب به اصل ساز نمود و در صورت قبول مخاطب آن، وی را ملزم به مفاد قرارداد دانست.

بنابراین در بدو امر، انتساب داده پیام به اصل ساز ممکن نیست و تنها با وجود شرایط فوق، می‌توان داده پیام را به او منتسب کرد. هم‌چنین ممکن است داده پیام‌ها از سوی اصل ساز ارسال نگردد و نیز نتوان مطابق قواعد فوق این گونه داده پیام‌ها را به او منتسب کرد. علاوه بر این، در مواردی که داده پیام‌ها، اشتباهاً برای مخاطب ارسال شده باشد، اصل ساز هیچ‌گونه التزامی به مفاد قرارداد نخواهد داشت (ماده ۲۰ ق.ت.ا.) و تنها در صورتی که انتساب اشتباه به اصل ساز و ورود ضرر و زیان، توسط مدعی به اثبات برسد، اصل ساز مسؤول جبران خسارات وارده به مخاطب خواهد بود.

گفتار دوم: تشریفات شکلی

در مواردی که قانون تشریفات خاصی از قبیل تنظیم سند، ممضی بودن و... را برای صحت قرارداد لازم می‌داند، موضوع قابل توجه این است که آیا قراردادهای الکترونیکی می‌تواند این تشریفات را فراهم کند یا این که صحت این گونه قراردادها را باید محدود به عقود رضایی کرد و در عقود تشریفاتی قائل به عدم اعتبار آن‌ها شد؟

هر چند که مفهوم عرفی نوشته، تداعی کننده مطالب نگارش یافته بر روی کاغذ است و با این تفسیر وجود کاغذ ضروری به نظر می‌رسد اما این مفهوم، مانع از پذیرش صحت قراردادهای الکترونیکی نیست و داده پیام را می‌توان در حکم نوشته دانست. (آهنی، ۱۳۸۳: ۵۱)
چنان که ماده ۶ ق.ت.ا. در بیان همین مطلب مقرر می‌دارد: «هر گاه وجود یک نوشته از نظر قانون لازم باشد، داده پیام در حکم نوشته است....» در خصوص تشریفات مربوط به

امضای قراردادهای الکترونیکی ماده ۷ ق.ت.ا. ضمن پذیرفتن آن مقرر می‌دارد؛ «هرگاه قانون وجود امضار را لازم بداند، امضای الکترونیکی مکفی است» هم‌چنین بند «ک» ماده ۲ ق.ت.ا.، اصطلاح امضای الکترونیکی مطمئن را تعریف و اعتبار آن را مشروط به وجود خصوصیاتی که در ماده ۱۰ همان قانون پیش‌بینی نموده است، می‌کند. مطابق ماده ۱۰ قانون مزبور، «امضای الکترونیکی مطمئن باید دارای شرایط زیر باشد: الف) نسبت به امضا کننده منحصر باشد. ب) هویت امضا کننده داده پیام را معلوم نماید.....». علاوه بر این، طبق ماده ۱۵ این قانون «نسبت به داده پیام مطمئن، سوابق الکترونیکی مطمئن و امضای الکترونیکی مطمئن، انکار و تردید مسموع نیست». بنابراین از لحاظ امضا نیز، میان قرارداد الکترونیکی و قرارداد عادی تفاوتی وجود ندارد.

گفتار سوم: تصدیق دریافت داده پیام

یکی از مباحث اساسی در موضوع مبادلات الکترونیکی، بحث مربوط به امنیت مبادلات می‌باشد. به همین خاطر، در امر مبادلات الکترونیکی، صرفاً به انتساب داده پیام‌ها به اصل‌ساز اکتفا نمی‌شود؛ بلکه برای حصول قطعیت نسبت به آگاهی یافتن از اعلام اراده یکدیگر، تصدیق دریافت داده پیام از سوی مخاطب ضروری است. برای تحقق این منظور در قوانین موجود، مقرراتی پیش‌بینی شده است. به عنوان مثال، طرفین می‌توانند لزوم تصدیق دریافت داده پیام را شرط کنند و در صورت فقدان چنین شرطی، مخاطب می‌تواند عدم وصول داده پیام را ظرف مهلت‌های معقول یا مقرر به اصل‌ساز اعلام نماید.

بند اول: اشتراط تصدیق دریافت

بر اساس مواد ۲۲ و ۲۳ ق.ت.ا.، ممکن است اصل‌ساز صریحاً ترتیب هر گونه اثر حقوقی بر داده پیام را موکول به تصدیق دریافت آن‌ها از سوی مخاطب کرده باشد. لذا تا وقتی که مخاطب دریافت داده پیام‌ها را تصدیق نکند، داده پیام‌ها، ارسال شده تلقی نمی‌گردند و هیچ گونه اثر حقوقی بر آن‌ها بار نمی‌شود. انتخاب روش تصدیق معمولاً اختیاری است و دو طرف می‌توانند در مورد روش خاصی که مورد قبول آن‌ها باشد توافق کنند. در صورت توافق

نسبت به روش خاص، طرفین ملزم به رعایت آن هستند، در غیر این صورت، ارسال محقق نمی‌گردد. با این حال، اگر روش خاصی شرط نشده باشد، به‌طور معمول تصدیق به دوروش امکان‌پذیر است:

- وسیله‌ی هر نوع ارتباط و مکاتبه توسط مخاطب.

- اتخاذ هر نوع تدبیر مناسبی که اصل‌ساز را به‌نحو معقول از دریافت داده‌پیام‌ها مطمئن کند. (مستفاد از قسمت اخیر ماده ۲۲ ق.ت.ا.)

بند دوم: عدم اشتراط تصدیق دریافت

در مواردی که بین اصل‌ساز و مخاطب، توافقی نسبت به ضرورت تصدیق دریافت داده‌پیام وجود ندارد، مطابق قسمت «الف» بند ۴ ماده‌ی ۱۴ قانون نمونه‌ی آنسیترال، اصل‌ساز باید عدم اعلام دریافت داده‌پیام وسیله‌ی مخاطب را، به‌وی اعلام نماید و مهلت معقولی را بدهد تا دریافت داده‌پیام را تصدیق کند. در صورتی که در خلال مهلت مقرر، تصدیقی از جانب مخاطب واصل نشود، اصل‌ساز ضمن ارسال یک پیام تکمیلی، به مخاطب اعلام می‌کند که داده‌پیام‌ها، دریافت نشده تلقی می‌گردد و آثار حقوقی نخواهد داشت. (قسمت «ب» بند ۴ ماده‌ی ۱۴ قانون نمونه‌ی آنسیترال) گفتنی است مقررات مربوط به عدم اشتراط تصدیق دریافت داده‌پیام، در پیش‌نویس قانون تجارت الکترونیکی ایران با همان مضمون که در قانون نمونه آنسیترال مقرر شده است، آمده بود که به دلیل ایرادهای شورای نگهبان، حذف گردید. (نوروزی، ۱۳۸۶: ۲۵۷)

گفتار چهارم: انعقاد قرار دادهای الکترونیکی

با توجه به این که مطابق قانون تجارت الکترونیکی ایران، داده‌پیام معتبر بوده و طرفین می‌توانند اراده خود را وسیله داده‌پیام به یکدیگر اعلام نمایند؛ لذا در صورتی که پیشنهاد خطاب به شخص معین ابراز شود، در صورت وجود شرایط دیگر، باید آن را ایجاب تلقی کرد. بنابراین بحث تنها در موردی است که پیشنهاد وسیله داده‌پیام، خطاب به عموم افراد اعلان شود که آیا این پیشنهاد ایجاب بوده یا تنها دعوت به معامله محسوب می‌شود؟ این موضوع از

منظر فقه امامیه و حقوق کنونی ایران به تفکیک بررسی می‌شود.

بند اول: فقه امامیه

همان‌طور که قبلاً بیان شد، در فقه امامیه، نفوذ ایجاب، منوط به وجود شرایط خاصی از جمله وجود مخاطب معین است، در غیر این صورت، نمی‌توان آن را ایجاب تلقی کرد و برای انعقاد قرارداد کافی دانست. عرضه‌ی کالا در فضای مجازی، خطاب به عموم افراد از جهت تلقی آن به‌عنوان ایجاب، در مقایسه با سایر وسایل اعلام اراده، به طریق اولی با تردید مواجه است؛ چرا که داده‌پیام، تنها وسیله اعلام اراده بوده و اعتباری بیشتر از سایر وسایل ندارد. در این نحوه از عرضه‌ی کالا، هر شخصی با داشتن یک دستگاه رایانه و امکان اتصال به اینترنت می‌تواند از اعلام مالک مطلع گردد. لذا پذیرش این نکته که فرستنده‌ی پیام‌ها در اینترنت، با هر کسی که با انجام عمل خاصی مثل زدن گزینه موافق، قصد انعقاد بیع داشته، مشکل می‌باشد.

بند دوم: حقوق ایران

در خصوص پیشنهاد به عموم؛ یعنی مواردی که اصل‌ساز کالاهای مورد نظر خود را، بدون مخاطب خاص در معرض دید کاربران قرار می‌دهد، قانون تجارت الکترونیکی ایران حکم خاصی ندارد. هر چند که در حقوق کنونی، تمایل بر پذیرش پیشنهاد به عموم، به‌عنوان ایجاب است، اما اصل بر فقدان قصد جدی برای انعقاد قرارداد و در نتیجه، دعوت به معامله بودن این گونه پیشنهادات است. لذا داده‌پیامی که بدون مخاطب خاص در معرض دید عموم قرار می‌گیرد؛ تنها در صورتی که اصل‌ساز به قصد التزام خود تصریح کند یا به نحو دیگری این قصد برای مخاطب محرز شود، باید آن را ایجاب تلقی کرد. بنابراین خرید از یک وبگاه، همانند موردی است که فرد وارد یک فروشگاه شده و قصد خرید دارد. انتخاب یک کالا و حتی برداشتن آن نمی‌تواند عقدی را به وجود آورد بلکه عقد زمانی که فروشنده با این موضوع موافقت نماید، حاصل می‌شود. منتها در خصوص وبگاه، اگر شرایط به گونه‌ای باشد که هر انسان متعارفی وارد آن بشود، عرضه کالا را، ایجاب به خود تلقی نماید، باید پیشنهاد به عموم

را ایجاب تلقی کرد. از جمله این شرایط، امکان پرداخت آنلاین قیمت کالا یا دریافت مستقیم آن از وبگاه است.

در مواردی که طرفین برای اعلام اراده خود به یکدیگر، از پست الکترونیکی استفاده می‌کنند، این شیوه تبادل اراده‌ها، همانند شیوه سنتی خود بوده و تابع همان قواعد و مقررات است. بنابراین می‌توان عقود که به واسطه پست الکترونیکی منعقد می‌شود، جزو عقود مکاتبه‌ای و عقود بین‌غایبین تلقی نمود و همان احکام را بر آن‌ها بار نمود.

در خصوص عقود نیز که طرفین در یک محل حضور فیزیکی ندارند ولی به واسطه نرم افزارهای رایانه‌ای، تصویر و صدای یکدیگر را به‌طور واضح می‌بینند و می‌شنوند و ارتباط فکری و معنوی آن‌ها برقرار است، به نظر می‌رسد که این گونه قراردادها تا آنجا که ممکن است، تابع قواعد حاکم بر عقد بین‌حاضرین است و می‌توان آن‌ها را در حکم عقد بین‌حاضرین دانست. اما در خصوص این که آیا در این گونه عقود که طرفین کاملاً با هم در ارتباط معنوی هستند، خیار مجلس که مختص عقد حاضرین است وجود دارد یا خیر؟ به نظر می‌رسد با توجه به اصل لزوم قراردادها و استثنایی بودن خیار، از آنجا که در مورد خیار مجلس در این گونه عقود تردید وجود دارد، باید قائل به نبود خیار مجلس شد. (کاتوزیان،

(۴۸:۱۳۹۱)

مبحث سوم: مقررات ایجاب الکترونیکی در حقوق انگلستان

همان‌طور که بیان شد، در حقوق انگلستان، داشتن مخاطب معین یا نامعین برای ایجاب مورد توجه نبوده و ملاک در حقوق این کشور احراز قصد جدی و قطعی پیشنهاد دهنده برای التزام به مفاد عقد است. هر چند که در خصوص پیشنهاد به عموم در غالب موارد، فقدان این قصد توسط دادگاه‌های این کشور احراز گردیده است. در خصوص اعلام اراده توسط واسطه‌های الکترونیکی نیز همان‌گونه که قبلاً بیان شد، با توجه به پذیرش اصل رضایی بودن عقود و نظر به این که مطابق ماده ۹ و ۱۱ دستور العمل اتحادیه اروپا، انعقاد قرارداد از طریق واسطه‌های الکترونیکی معتبر بوده و قراردادها به این علت که در شکل

الکترونیکی هستند، قابل خدشه و ایراد نیست، طرفین می توانند ایجاب و قبول خود را از این طریق اعلام نمایند. (Reed, 2012, p.200) بنابراین جای هیچ شبهه ای برای صحت استفاده از داده پیام ها، برای انعقاد قرارداد باقی نمی ماند.

گفتار اول: انتساب داده پیام

از آنجا که برای انعقاد هر قراردادی انتساب اراده اعلام شده به صاحب اراده، ضروری می باشد، لذا در کلیه قوانین و مقررات، موادی به این موضوع اختصاص یافته است. مطابق بند یک ماده ۶ دستور العمل اتحادیه اروپا، «شخص ارائه دهنده خدمات اجتماعی اطلاعات، باید برای دریافت کننده خدمات و هر قدرت اجرایی مرتبط، اطلاعات زیر در یک شکل و روشی که ساده، مستقیم و دائمی است، در دسترس قرار دهد: (۱) نام ارائه دهنده خدمت (۲) آدرس جغرافیایی ای که ارائه دهنده خدمت منتشر کرده است (۳) جزئیات ارائه دهنده خدمت شامل آدرس پست الکترونیکی وی که ارتباط سریع و مکاتبه با وی را در یک روش مستقیم و مؤثر ممکن سازد.....»^۱ در همین راستا، مواد ۷ و ۸ این دستور العمل نیز قابل توجه و دقت نظر می باشد و جای هیچ گونه بحثی را باقی نمی گذارد. مطابق ماده ۷ این دستور العمل «ارائه دهنده باید اطمینان دهد که هر گونه ارتباط تجاری صورت گرفته، توسط او بوده و آنچه که قسمتی از خدمات اجتماعی اطلاعات را تشکیل می دهد باید: (۱) به طور واضح قابل شناسایی به عنوان یک ارتباط تجاری باشد (۲) به طور واضح، شخصی را که به نفع او ارتباط تجاری واقع می شود،

1 - A person providing an information society service shall make available to the recipient of the service and any relevant enforcement authority, in a form and manner which is easily, directly and permanently accessible, the following information— (a) the name of the service provider; (b) the geographic address at which the service provider is established; (c) the details of the service provider, including his electronic mail address, which make it possible to contact him rapidly and communicate with him in a direct and effective manner...

مشخص سازد و...»^۱ هم چنین ماده ۸ مقرر می دارد: «ارائه دهنده باید اطمینان دهد که هر گونه ارتباط تجاری ارسالی درخواست نشده توسط او به وسیله پست الکترونیکی، به طور واضح و غیر مبهم به همان نحوی که دریافت شده است، قابل شناسایی می باشد.»^۲

گفتار دوم: تشریفات شکلی

بر اساس قوانین انگلستان هر چند قاعده کلی آن است که شکل و تشریفات ویژه‌ای برای بیان اراده وجود ندارد، گاه بنابر توافق طرفین و گاه به حکم قانون لازم است که اراده‌ها در شکل خاصی متجلی گردند تا منشأ اثر باشند. (Reed, 2012, p. 200) در این دسته از عقود که عقود تشریفاتی خوانده می شوند، توافق دو اراده در صورتی مؤثر است که در شکل مخصوصی باشد. کتبی بودن از مهمترین مصادیق تشریفات در سطح داخلی و بین المللی است. درباره قراردادهای الکترونیکی لزوم رعایت این تشریفات این مسأله را مطرح می کند که آیا داده پیام می تواند شرایط شکلی و تشریفات مورد نظر را تأمین کند؟ چنان که در حقوق انگلستان قراردادهای بیمه مربوط به کشتی و کشتیرانی بایستی به شکل بیمه نامه امضا شده توسط بیمه گر باشد تا دارای اعتبار باشد (Marine Insurance Act 1906, ss 22.4)؛ در غیر این صورت، از درجه اعتبار ساقط خواهند بود. (Reed, 2012, p. 206) واقعیت

1 - A service provider shall ensure that any commercial communication provided by him and which constitutes or forms part of an information society service shall— (a) be clearly identifiable as a commercial communication; (b) clearly identify the person on whose behalf the commercial communication is made...

2 - A service provider shall ensure that any unsolicited commercial communication sent by him by electronic mail is clearly and unambiguously identifiable as such as soon as it is received.

3 - "Subject to the provisions of any statute, a contract of marine insurance is inadmissible in evidence unless it is embodied in a marine policy in accordance with this Act. The policy may be executed and issued either at the time when the contract is concluded, or afterwards".

این است که مفهوم عرفی نوشته، تکیه بر مبنای کاغذی داشته و به کلمات نگارش یافته بر کاغذ اطلاق می‌گردد. به عبارت دیگر، ارتباطات بین طرفین در یک شکل قابل دیدن نمایان شود. با وجود این، به نظر می‌رسد با توجه به این که قانونگذار به طور مطلق اعلام اراده از طریق داده‌پیام را پذیرفته و عقود را که کتابت شرط صحت آن می‌باشد از این گونه قرار داده‌ها استثنا نکرده است، داده‌پیام می‌تواند این تشریفات را فراهم نماید و از این لحاظ نیز، خدشه‌ای بر قراردادهای الکترونیکی وارد نیست.

گفتار سوم: تصدیق دریافت داده‌پیام

برای تشکیل قرارداد، علاوه بر وجود قصد جدی برای انعقاد آن، این قصد باید به نحوی به طرف مقابل اعلام شود. از آنجا که در عقود که از طریق داده‌پیام منعقد می‌شوند، طرفین ممکن است یکدیگر را ندیده باشند، مخاطب بایستی دریافت پیشنهاد از سوی موجب را به وی اعلام نماید. البته با توجه به تکمیلی بودن این قاعده، امکان توافق برخلاف آن نیز وجود دارد. در همین راستا، بند یک ماده ۱۱ دستورالعمل اتحادیه اروپا مقرر می‌دارد: «اگر طرفینی که مصرف کننده نیستند به شکل دیگری توافق نکرده باشند، در مواردی که دریافت کننده خدمات، سفارش خود را از طریق وسایل فنی انجام می‌دهد، ارائه دهنده خدمات، بایستی دریافت سفارش را بدون تأخیر غیر ضروری و توسط وسایل الکترونیکی به دریافت کننده خدمات اعلام و تصدیق نماید.»^۱ به منظور تأمین هدف مذکور در بند یک ماده ۱۱، بند ۲ این ماده، دو راهکار را در نظر گرفته است. مطابق این بند: «۱- در مورد سفارش و تصدیق دریافت، باید آن‌ها را دریافت شده فرض نمود، زمانی که طرفین نسبت به کسی که او را مورد خطاب قرار داده‌اند، قابلیت دسترسی داشته باشند ۲- تصدیق دریافت ممکن است شکل

1 - "Unless parties who are not consumers have agreed otherwise, where the recipient of the service places his order through technological means, a service provider shall - (a) acknowledge receipt of the order to the recipient of the service without undue delay and by electronic means..."

فراهم کردن خدمت را بگیرد در جایی که آن خدمت یک خدمت اجتماعی اطلاعات باشد.»^۱ بنابراین در صورتی که خلاف آن توافق نشده باشد و به طریق اولی در مواردی که تصدیق دریافت داده پیام شرط شده باشد، مخاطب بایستی دریافت پیشنهاد از سوی موجب را به وی اعلام نماید. در این حالت، اگر تصدیق دریافت داده پیام صورت نگیرد، قبول مخاطب برای انعقاد قرارداد کافی نبوده و موجب می‌تواند پیشنهاد خود را عدول شده تلقی نماید و از اجرای مفاد آن سرباززند.

گفتار چهارم: انعقاد قراردادهای الکترونیکی

در حقوق انگلستان تلاقی اراده‌های طرفین برای انعقاد قرارداد لازم است. (Reed, 2012, p.199) از آنجایی که وقتی ایجاب مورد قبول قرار بگیرد، طرفین به تعهدات قراردادی ملزم می‌شوند، در مراحل ابتدایی مذاکرات، هریک از طرفین می‌تواند بدون عواقب قانونی، کنار بکشد. بنابراین تعیین دقیق این که کدام یک از طرفین ایجاب را انجام می‌دهد و کدام یک قبول را، بسیار ضروری است. در خصوص قرار دادهای مبتنی بر شبکه، موضوع به این امر بستگی دارد که آیا وبگاه به یک فروشگاه شباهت دارد یا به یک دستگاه اتوماتیک مانند ماشین صدور بلیت یا قبض. همان طور که اشاره شد، در خصوص نمایش کالا در مغازه حتی با برچسب قیمت، این مشتری است که ایجاب را انجام می‌دهد و این ایجاب، در زمان دریافت پول توسط مالک یا نماینده وی مورد قبول قرار می‌گیرد. (Todd, 2005, p.170) این دیدگاه که به عنوان اصل پذیرفته شده است در پرونده *Pharmaceutical Society Of Great Britain v Boots Cash Chemist* به موردی

1 - "For the purposes of paragraph (1)(a) above— (a) the order and the acknowledgement of receipt will be deemed to be received when the parties to whom they are addressed are able to access them; and (b) the acknowledgement of receipt may take the form of the provision of the service paid for where that service is an information society service".

هم که مشتری خود کالا را انتخاب می کند، گسترش می یابد. (حبیب زاده، ۱۳۹۰: ۱۳۵ و ۱۳۶) موضوع این بود که آیا فروش تحت نظارت داروساز بوده است یا خیر؟ این موضوع بستگی به محل تشکیل قرارداد دارد. اگر قرار دادن کالا در سبد توسط مشتری قبول تلقی گردد، در این حالت فروش تحت نظارت نبوده اما اگر این عمل مشتری ایجاب تلقی گردد که در زمان پرداخت پول مورد قبول قرار می گیرد، فروش تحت نظارت واقع شده است. نهایتاً تصمیم گرفته شد که بیع تحت نظارت بوده است. لرد گودارد بیان داشت که: «اصول کلی و قواعد مشترک در این موضوع باید رعایت شود و اگر در خصوص فروشگاه‌هایی که مشتری خود کالا را انتخاب می کند تصمیم گرفته شود که این ارائه کالا، ایجاب است و هر شخص می تواند با برداشتن کالا آن را قبول نماید، این امر، برخلاف اصول و قواعد کلی پذیرفته شده می باشد و می تواند مستلزم نتایج خطرناکی باشد. از جمله این نتایج این است که مالکیت کالا فوراً به مشتری منتقل شده و او می تواند برای دریافت اجازه برای خروج از مغازه به فروشنده اصرار ورزد، که این امر، وضعیت مطلوبی نخواهد بود. از سوی دیگر، اگر برداشتن کالا سبب قطعی شدن قرارداد گردد، مشتری نمی تواند نظر خود را تغییر داده و کالا را بر سر جای خود بگذارد و کالای دیگری را برداشته یا کلاً از خرید صرف نظر نماید. من با اصول مطرح شده در موردی که فردی به فروشنده‌ای که در آن کتاب‌ها به نمایش گذاشته شده، می رود کاملاً موافق هستم. در بیشتر کتابفروشی‌ها مشتریان دعوت می شوند تا کتاب‌ها را از نزدیک نگاه کنند؛ حتی اگر قصد خرید کتاب را ندارند. در اینجا ایجابی از سوی فروشنده مطرح نبوده مگر این که مشتری، با در دست داشتن کتاب به محل صندوق کتابفروشی برود و بگوید «من می خواهم این کتاب را بخرم» و مغازه‌دار بگوید «قبول است»^۱. بنابراین

1 - Ordinary principles of common sense and commerce must be applied in this matter, and to hold that in the case of self-service shops the exposure of an article is an offer to sell, and that a person can accept the offer by picking up the article, would be contrary to those principles and might entail serious results. On the customer picking up the article

در این پرونده هنگامی که مشتری بسته دارو را از قفسه بر می دارد، این اقدام پیشنهاد برای خرید از سوی مشتری است که می تواند مورد قبول یا رد قرار گیرد. (Todd, 2005, p.171) لذا وقتی که افراد، وارد صفحات مختلف وبگاه های متفاوت می شوند، دقیقاً همانند آن است که به فروشگاه زنجیره ای بسیار بزرگی وارد شده اند. پس قرارداد با قبول فروشنده واقع شده و لذا اگر فروشنده به اشتباه قیمت کالای خود را در وبگاه درج نموده باشد، مثلاً به جای سیصد پوند، سی پوند درج شده باشد (Elliot, 2013, p.16)، با توجه به این که عرضه کالا در وبگاه تنها دعوت به معامله محسوب می شود، اشخاصی که وارد صفحه وب شده و این قیمت را مشاهده کرده اند، نمی توانند این پیشنهاد را ایجاب تلقی کرده و با قبول آن، فروشنده را ملزم به تحویل کالا با قیمت درج شده نمایند. (آهنی، ۱۳۸۳: ۵۱ و حبیب زاده، ۱۳۹۰: ۱۳۸) مشکل دیگری که در این خصوص وجود دارد، این است که اگر عرضه کالا در صفحه وب، ایجاب تلقی شود، در صورتی که تولیدات ارائه دهنده تمام شود، نظر به این که در این فرض عقد

the property would forthwith pass to him and he would be able to insist upon the shopkeeper allowing him to take it away, though in some particular cases the shopkeeper might think that very undesirable. On the other hand, if a customer had picked up an article, he would never be able to change his mind and to put it back; the shopkeeper could say 'Oh no, the property has passed and you must pay the price'. It seems to me, therefore, that the transaction is no way different the normal transaction in a shop in which there is no self-service scheme. I am quite satisfied it would be wrong to say that the shopkeeper is making an offer to sell every article in the shop to any person who might come in and that that person can insist buying any article by saying 'I accept your offer'. I agree with the illustration put forward during the case of a person who might go into a shop where books are displayed. In most bookshops customers are invited to go in and pick up books and look at them even if they do not actually buy them. There is no contract by the shopkeeper to sell until the customer has taken the book to the shopkeeper or his assistant and said 'I want to buy this book' and the shopkeeper says 'yes'.

محقق شده است، شرکت ملزم به ایفای تعهدات قراردادی خود می‌باشد. در غیر این صورت، خسارات ناشی از عهد شکنی را باید بپردازد. با وجود این، در مواردی که مشخصات کالا به طور کامل همراه با قیمت آن در صفحه وب در معرض دید کاربران قرار گرفته و امکان پرداخت آنلاین قیمت کالا وجود دارد، باید این اقدام ارائه‌دهنده خدمت (فروشنده) را ایجاب تلقی نمود و زمانی که مشتری وارد صفحه پرداخت آنلاین می‌شود و از طریق کارت اعتباری، قیمت کالا را پرداخت می‌نماید، این اقدام مشتری قبول محسوب می‌شود. (حبیب‌زاده، ۱۳۹۰: ۱۴۱) البته برخی از استادان حقوق اعتقاد دارند که عرضه کالا در صفحه وب همواره دعوت به معامله محسوب می‌شود و قرارداد، در لحظه‌ای که صفحه وبی مبنی بر تأیید سفارش برای مشتری نمایش داده می‌شود، منعقد می‌گردد. (Reed, 2013, p.203, Todd, 2005, p. 174) البته می‌توان این نظر را به موردی حمل نمود که امکان پرداخت آنلاین وجود نداشته باشد. بنابراین در مواردی که به نحوی اقدام فروشنده به عرضه کالا، ایجاب برای فروش فرض می‌شود، فروشنده موظف است در صورت اتمام کالا، فوراً آن را در صفحه وب غیر فعال نماید تا کاربران اقدام به خرید آن ننمایند.

در خصوص قراردادهایی که از طریق پست الکترونیکی منعقد می‌شوند به نظر می‌رسد این گونه قراردادها تابع قوانین حاکم بر پست سنتی باشد. ارتباط اراده‌ها به واسطه پست الکترونیکی به طور معمول، ارتباط فوری و هم‌زمان نیست و بنابراین همانند قراردادهای معمول از راه دور، قرارداد بین غایبین در یک جلسه محسوب می‌شود و از این لحاظ دکترین حقوق به طور عموم بین قراردادهای الکترونیکی منعقد به واسطه پست الکترونیکی و قراردادهای منعقد به واسطه فکس و یا پست سنتی تفاوتی قائل نمی‌شوند؛ چرا که به نظر می‌رسد دلیل قانع‌کننده‌ای برای جداسازی این گونه قراردادها از قوانین معمولی که نسبت به مکتوبات اعمال می‌شود، وجود ندارد.

در خصوص عقود که به رغم عدم حضور فیزیکی طرفین در یک مجلس، ارتباط صوتی و یا تصویری مستقیم بین طرفین در یک فضای مجازی وجود دارد، این گونه قراردادها را

می‌توان در حکم عقد بین حاضرین دانست و احکام این‌گونه قراردادها را تا جایی که ممکن است بر آن‌ها بار نمود. (مقامی‌نیا، ۱۳۹۱: ۸۵)

از موضوعات بسیار رایج و اساسی در زمینه انعقاد قراردادهای الکترونیکی، زمانی است که یکی از طرفین معامله، یک دستگاه خودکار باشد. در این زمینه پرونده *Thornton v Shoe Lane Parking Ltd* شهرت دارد. موضوع از این قرار بود که اولین مراجعه‌شاکی به یک پارکینگ خودکار خودرو بود. زمانی که خودرو به مانع می‌رسید، مشتری هزینه پارکینگ را درون شیار مخصوص قرار می‌داد و دستگاه به‌طور خودکار قبض صادر می‌نمود و تحویل مشتری می‌داد. گفته می‌شد که این قبض تحت شروطی که برای مشتری قابل رؤیت نبود، صادر می‌گردد و این شروط زمینه‌ای را فراهم می‌نمود که مانع از مسؤولیت مالک پارکینگ برای صدمات وارده به مشتریان بود. دادگاه تجدیدنظر به اتفاق آرا تصمیم گرفت که این شروط، قابل اعمال به این‌گونه قراردادها نیست. (Todd, 2005, P. 172) لرد دنینگ بر این عقیده بود که قرارداد قبل از این که این شروط به آن ضمیمه گردد منعقد شده و لذا این شروط پس از قراردادی بوده و طرفین ملزم به این شروط نیستند. وی بیان داشت «مشتری پول خود را پرداخته و قبض دریافت کرده است. او نمی‌تواند از آن صرف نظر کند و پول خود را مسترد نماید. او ممکن است به دستگاه اعتراض کند ولی دستگاه بدون عکس‌العمل باقی خواهد ماند. مشتری در همان لحظه‌ای که پول را درون دستگاه قرار می‌دهد، به قرارداد ملتزم شده است. این اعمال می‌تواند به ایجاب و قبول تفسیر شود؛ وقتی که مالک دستگاه، آن را برای دریافت پول آماده نگه می‌دارد، ایجاب به وجود می‌آید و زمانی که مشتری پول خود را درون دستگاه می‌گذارد، قبول صورت می‌گیرد»^۱.

1 - The customer pays his money and gets a ticket. He cannot refuse it. He cannot get his money back. He may protest to the machine, even swear at it. But it will remain unmoved. He is committed beyond recall. He was committed at the very moment when he put his money into the machine. The contract was concluded at that time. It can be

(Todd, 2005, p. 172) در نتیجه در این گونه قراردادها که یک طرف آن دستگاه خودکار قرار دارد و امکان برگرداندن اوضاع به قبل با دشواری می‌تواند صورت گیرد و قرائن و هم‌چنین دیدگاه عرف، بر تکمیل عناصر قرارداد با قرار دادن پول در دستگاه است، باید ایجاب را از سوی مالک دستگاه و قبول را از سوی مشتری بدانیم. این گونه قراردادها دقیقاً همانند جایی است که فرد برای تهیه بلیت به وبگاه آژانس‌های مسافرتی مراجعه می‌نماید. مطابق آنچه که دادگاه‌های کشور انگلستان در پرونده‌های مختلف مانند Denton v GN Railway و Wilkie v London Passenger Transport Board پذیرفته‌اند، در این گونه پرونده‌ها، آگهی شرکت در خصوص جدول زمان‌بندی و شرایط مرتبط با حرکت وسیله نقلیه، امکان پرداخت آنلاین، ایجاب تلقی شده است که از سوی مشتری مورد قبول قرار می‌گیرد (Elliott, 2013, p. 17) و از آنجا که در زمان پرداخت، عقد محقق می‌شود، شروطی که در زمان انعقاد برای مشتری قابل رؤیت نبوده و تنها پس از صدور بلیت قابل دیدن می‌شوند، الزام‌آور نیستند. با وجود این، شرکت می‌تواند در آگهی‌های خود یا در صفحه وب، به نحوی که قابل مشاهده برای کاربران باشد حق عدم فروش بلیت را برای خود محفوظ دارد که این امر نشان می‌دهد شرکت قصد جدی برای انعقاد قرارداد نداشته و در این حالت، ایجاب از سوی مشتری و قبول از سوی شرکت خواهد بود.

نتیجه:

با توجه به بررسی ابعاد گوناگون ایجاب از طریق واسطه‌های الکترونیکی در نظام حقوقی ایران و انگلستان، نتایج زیر حاصل گردید:

۱- از دیدگاه فقهای امامیه، داشتن مخاطب معین، از شروط صحت ایجاب است و

translated into offer and acceptance in this way: The offer is made when the proprietor of the machine holds it out as being ready to receive the money. The acceptance takes place when the customer puts his money into the slot.

پیشنهاد به عموم تنها در خصوص عقد جعاله به طور استثنایی پذیرفته شده و وسیله اعلام اراده تأثیری در این موضوع ندارد. اما در حقوق کنونی، حقوقدانان قائل به اعتبار ایجاب عام هستند و شرط داشتن مخاطب معین را شرط لازم برای صحت هر ایجاب نمی دانند. با وجود این، در حقوق ایران، به نظر می رسد که در خصوص پیشنهاد به عموم، عرف و رویه عملی بر عدم تلقی آن به عنوان ایجاب است؛ چرا که اعتقاد بر این است که پیشنهاد دهنده در این موارد قصد التزام به قرارداد را نداشته و تنها با این اقدام خود، افراد را به دادن پیشنهاد به انجام معامله نسبت به خود دعوت می نماید. بنابراین وسیله پیشنهاد به عموم هیچ گونه موضوعیتی نداشته و تا حدود زیادی قواعد عمومی قراردادها بر موضوع حاکم است لذا در فضای مجازی و استفاده از داده پیام ها نیز، پیشنهاد به عموم باید دعوت به معامله محسوب شود مگر این که به حکم قانون یا وسیله ای خواه تصریح پیشنهاد دهنده و خواه قرائن و اوضاع و احوال، قصد التزام وی محرز گردد که در این صورت، در ایجاب بودن آن به این علت که در شکل الکترونیکی است، نباید هیچ تردیدی نمود.

۲- در نظام حقوقی انگلستان، هر چند که داشتن مخاطب معین شرط نبوده و اساساً امکان صدور ایجاب به مخاطب نامعین وجود دارد، با وجود این، مطابق آنچه که از آرای متعدد دادگاه های این کشور برمی آید، این است که پیشنهاد به عموم علی الاصول ایجاب نیست. در این نظام حقوقی همانند نظام حقوقی ایران، با توجه به پذیرش اصل رضایی بودن عقود و استثنایی بودن عقود تشریفاتی و اختصاص آن به موارد مصرح قانونی، اعلام اراده از طریق واسطه های الکترونیکی با مشکلی مواجه نیست. همان طور که مواد قانونی مختلفی در نظام حقوقی این کشور بیان داشته اعتبار قراردادها و اسناد الکترونیکی، تنها به دلیل شکل الکترونیکی با ایراد مواجه نیست. بنابراین اعلام اراده از این طریق معتبر است اما علت این که پیشنهاد به عموم ایجاب تلقی نشده، این است که در این موارد، علی الاصول پیشنهاد دهنده فاقد قصد جدی و قطعی برای انعقاد قرارداد و ایجاد روابط قانونی است و قائل به ایجاب بودن این گونه پیشنهادها، مشکلات عملی زیادی را نظیر عدم امکان انصراف برای مشتری

14. Elliott, Catherine, Frances Quinn(2013), **Contract Law**, 19th edition, united kingdom
15. Reed, Chris(2012), **Computer Law**, 7th edition, Oxford University Press
16. Todd, Paul(2005), **E-Commerce Law**, 1st edition, Cavendish Pub

بررسی تطبیقی نهاد بیلمنت در نظام کامن لا با تأکید بر احکام تصرف در اموال مجازی



نسترن ارزانیان

کارشناس ارشد حقوق حمل و نقل تجاری دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری تهران؛
arzanian72@gmail.com

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۲/۰۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۸/۲۶

چکیده:

بیلمنت از نهادهای قدیمی و تاریخی در نظام حقوقی انگلستان و آمریکا است و از زمان‌های گذشته شکل گرفته و به تدریج قواعد آن تکامل یافته است. طیفی از نگارندگان حقوقی بر این باورند که بیلمنت به عنوان منبع تعهد مستقل در کنار قراردادها و ضمانات قهری به شمار می‌آید. در خور توجه است که نزدیکترین مفهوم به بیلمنت در حقوق ایران، امانت قلمداد شده است. نهاد بیلمنت بر پایه‌ی ویژگی‌هایی چون تصرف، منقول بودن مال موضوعه و استرداد آن، تحقق می‌یابد. در خصوص لزوم مادی بودن کالای موضوع بیلمنت اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای از نویسندگان بر این نظرند که تنها در اموال مادی، عنصر تصرف و استیلا وجود دارد. در جبهه مقابل، طیف گسترده‌ای از نویسندگان معتقدند که برای تحقق بیلمنت، نیازی نیست مال موضوعه، از اموال مادی به شمار آید. مفهوم‌شناسی نهاد بیلمنت و شناسایی نزدیکترین مفهوم، برای این نهاد در حقوق ایران و پس از آن، بررسی ویژگی تصرف در احکام بیلمنت از مجرای اموال مجازی با مطالعه تطبیقی موضوع در حقوق انگلستان، آمریکا و ایران باروش توصیفی-تحلیلی، موضوع پژوهش حاضر است.

کلیدواژه‌گان: بیلمنت، امانت، تصرف، مال مجازی.

مقدمه:

بیلمنت به عنوان یکی از قدیمی ترین نهادهای حقوقی در نظام حقوقی آمریکا و انگلستان شناخته شده است. بیلمنت از نهادهای تاریخی نظام کامن لا است که طیف وسیعی از حقوقدانان در اقصانقاط جهان، در ارتباط با ماهیت واقعی آن به اجماع نرسیده اند. گفتنی است که این نهاد حقوقی با ترکیب برخی از ویژگی های حقوق قراردادهای و ضمانات قهری سیلی از اختلاف نظر را در رابطه با ماهیت اصلی آن به وجود آورده است. تاکنون طبقه بندی موشکافانه ای که به صورت جامع، تمامی موارد و پرونده های مربوط به بیلمنت را در خود جای دهد، به چشم نخورده است. به نظر برخی از حقوقدانان، بیلمنت، شاخه ای خاص از حقوق قراردادهای است. بدین جهت که برای ایجاد یک رابطه ی بیلمنتی، نیاز است تا قراردادی منعقد شود. لذا به وضوح بیلمنت در زمره ی قراردادهای و شاخه ی از حقوق اموال قرار می گیرد. زیرا با سپردن و تصرف در آن مواجه هستیم. آنان بر این باورند که این نهاد حقوقی را فقط در راستای قرارداد صریح یا ضمنی می توان مشاهده کرد و در غیر این صورت، موارد ایجاد شده به هیچ وجه در گستره ی احکام بیلمنت جایی نخواهند داشت.

به قلم بعضی از نگارندگان حقوقی، گستره ی تاریخی نهاد بیلمنت از گستره ی تاریخی حقوق قراردادهای متمایز است. چرا که از نظر تاریخی، در نظام کامن لا، این نهاد، پیش از حقوق قراردادهای ایجاد شده است. افزون بر آن بیلمنت در عصری ظهور کرد که حقوق قراردادهای از قالب های حقوقی قرون وسطا در حال جدا شدن بود. با وجود این، بیلمنت به عنوان منبع تعهد، مراحل تکامل را طی و به دنبال تعریض آن بود که در این میان، حقوق قراردادهای در دوران جنینی به کار خود ادامه می داد. در سیمای جدید، برخی از حقوقدانان بر این باورند که اساساً مسایل مطروحه در خصوص روابط امانی و تمام مطالب آن یک شاخه ای از حقوق، تحت عنوان حقوق امانت را ایجاد کرده است و بنابراین بیلمنت تحت عنوان حقوق امانات قرار می گیرد.

به نظر یکی از حقوقدانان، نباید به دنبال منبع اصلی بیلمنت باشیم، چرا که بیلمنت به مانند کشتی شناور است و در هر وضعیتی منبع ایجاد آن متفاوت خواهد بود. منشأ نهاد بیلمنت،

ممکن است ناشی از قراردادی صریح یا ضمنی و حتا ضمان قهری یا ناشی از مالکیت باشد. بنابراین دوران انتساب مفهومی به طبقه بندی‌های موجود و عبارت پردازی‌های مختلف، به پایان رسیده است و بهتر است بگوییم که شاید، بیلمنت یک منبع مستقلی در کنار ضمانات قهری و قراردادها باشد. چنانچه که عده کثیری از حقوقدانان این حوزه، بر آنند که بیلمنت در عرض قراردادها و ضمانات قهری، به عنوان یکی از منابع مستقل تعهد به شمار می‌آید.

نهاد بیلمنت به عنوان نهادی تاریخی و تأثیرگذار در ادبیات جهانی به رسمیت شناخته شده است. شایان توجه است که مفاهیم بنیادی در هر نظام حقوقی بایستی بررسی و تبیین شود تا پژوهشگران و به دنبال آن، قانون‌گذاران داخلی با شناخت بهتر مفاهیم و قواعد تاریخی سایر نظام‌ها، اقدام به قانون گذاری نمایند. افزون بر آن، منبع اصلی و ریشه‌های حقوق دریایی ایران از نظام کامن لاسر چشمه گرفته است. در نتیجه نیاز است که نهاد بیلمنت و مصداق آن که خاستگاه کامن لایی دارد، در باربری دریایی مورد شناسایی و بررسی قرار گیرند. به علاوه، در عصر فناوری، عنصر تصرف که از عناصر مهم و مولد بیلمنت است، با چالش‌های مهمی، روبه‌رو است؛ که در پژوهش فرارو، به دنبال پاسخ آن خواهیم بود. چرا که از طرح نظریه اموال مجازی مدتی است که می‌گذرد، لیکن پژوهشی در خور توجه در این راستا صورت نپذیرفته است. لذا تعریف نهاد بیلمنت و یافتن در خورترین مفهوم به این نهاد، در حقوق ایران و پس از آن بررسی ویژگی تصرف در بیلمنت از مجرای اموال مجازی، موضوع پژوهش حاضر است.

یکی از مشهورترین تقسیماتی که از نهاد بیلمنت در دسترس است، تقسیمی است که در سال ۱۹۹۴ م. بر بنیان رأی قاضی پرونده‌ی کانتینر پایونر، از آن ارائه شده است. حال آن که ابتدایی‌ترین انشعاب و طبقه بندی بیلمنت در سال ۱۷۰۳ م.، از سوی قاضی پرونده‌ی کاگز علیه برنارد^۱ اظهار شده است. بنیان اصلی آن، بر پایه‌ی تعهداتی است که برای اطراف رابطه بیلمنت ایجاد می‌شود. در سال‌های بعدی این تقسیم بندی بر مبنای پرونده‌ی پایونر کانتینر،

1 - Coggs v Bernard

اندکی دچار تغییر و تحول گردید. بنابراین با چنین توصیفی تاریخ تحول ساز تقسیم‌بندی این نهاد کمتر شناخته شده از پرونده کاگز علیه برنارد شروع و پس از آن، تقسیم بر اساس پرونده‌ی کانتینر پایونر بنیان و شاکله‌ی این نهاد را تکمیل و اصلاح نمود.^۱

موضوع بیلمنت، با وجود فراوانی پژوهش در ادبیات جهانی، در سطح داخلی چندان مورد توجه نبوده است. هر چند گستره‌ی وسیعی از ادبیات حقوقی ایران، به مباحث رایج در حوزه‌های مرتبط امانات، بیع کالا و حمل و نقل دریایی اختصاص یافته است، اما این نهاد از سوی محققان ایران زمین مورد بررسی شایان توجهی قرار نگرفته است. در این میان، شایسته است به مقاله‌ی - محمدهادی دارایی، با عنوان "بررسی تأسیس Bailment در نظام کامن لا و مطالعه تطبیقی در حقوق ایران" در نشریه حقوق تطبیقی اشاره نمود. پژوهش مزبور، پس از معرفی نهاد بیلمنت و بررسی ماهیت آن، بر امکان سنجی پیوند این نهاد با نهاد ایدمانی تمرکز نموده‌اند.

از آن جا که نگارنده به دنبال بررسی حمل و نقل دریایی به عنوان یکی از مصادیق گسترده‌ی بیلمنت و تطبیق احکام تصرف در نهاد نامبرده با اموال مجازی بوده است، نوشتار پیش رو، پژوهشی نو در این حوزه به‌شمار می‌آید. افزون بر این موارد، نوشتار مزبور، نهاد بیلمنت در نظام‌های حقوقی انگلستان و آمریکا را با نهاد امانت در نظام حقوقی ایران، مورد بررسی و پس از آن به تبیین مصداق برجسته‌ی آن، منظور باربری دریایی می‌پردازد. درخور توجه است که نهاد بیلمنت، از نظام حقوقی عرفی، منظور انگلستان و آمریکا سرچشمه گرفته است، به همین جهت نویسنده به دنبال بررسی تطبیقی این مفهوم در حقوق ایران است. لذا پژوهش حاضر در سه بخش ادبیات حقوقی نهاد بیلمنت و قرابت مفهومی آن در حقوق اسلامی، ویژگی‌های نهاد بیلمنت و تصرف در باربری دریایی از منظر نهاد بیلمنت مورد

۱ - برای مطالعه بیشتر بنگرید به:

Bankes .N.Rafferty .N.Privity of Bailment-Liability of Sub-Bailee to Owner of Goods :The Pioneer Container. 1997 .

بررسی قرار گرفته است. پرواضح است که نوع پژوهش فرارو، به صورت کاربردی و شیوه نگارش آن تحلیلی توصیفی است. افزون بر آن، مقاله حاضر بر پایه نظریات حقوقی، کتب، مقالات و پایگاه‌های قابل دسترسی گردآوری و داده‌ها به صورت کتابخانه‌ای در دسترس پژوهشگر قرار گرفته است.

۱. ادبیات حقوقی نهاد بیلمنت و قرابت مفهومی آن در حقوق اسلامی

در تعریف واژه‌ی بیل^۱، آزاد کردن به قید ضمانت، التزام و یا آزاد کردن متهم با حصول اطمینان از حضور بعدی در جلسه‌ی دادگاه، آمده است. (Black, 2009, p702) به سخن دیگر، بیل، مقدار پولی است که به دادگاه پرداخت می‌شود تا حضور متهم در دادگاه برای محاکمه را تضمین نماید و اگر متهم در موعد مقرر در دادگاه حاضر نگردد، وجه مذکور ضبط خواهد گردید. (Ibid) گفتنی است که به تحویل اموال منقول توسط شخصی دیگر نیز معنای شده است. (Ibid) کلمه‌ی بیلمنت از فعل بیلینگ^۲ که یکی از معانی آن، تحویل گرفتن کالا و به امانت سپردن است، اقتباس شده است.^۳ نظر دیگری نیز در ارتباط با معنی بیلمنت وجود دارد. بعضی از مؤلفان بر این باورند که بیلمنت از کلمه‌ی انگلیسی بیل^۴ به معنای برعهده گرفتن و تحویل کالا به وجود آمده است. (Dempster, 2004, p293) شایان توجه است که به نظر عده‌ی کثیری از حقوقدانان، بیلمنت عبارت است از: تحویل کالا به شخصی با هدف معین با این شرط که بیلی همان کالا را پس از پایان هدف مشخص، به بیلور یا شخصی که وی تعیین می‌نماید، تحویل دهد. (Benjamin, 1998, p53)

بر اساس قانون تجارت متحدالشکل آمریکا،^۵ بیلی کسی است که در ازای تحویل کالایی، رسید انبار، بارنامه و به طور کلی هر سند مالکیت دیگری را مبنی بر این که کالای

1 - Bail

2 - Bailing

۳ - فعل بیلینگ دارای معانی دیگری همچون به قید کفیل آزاد کردن، کفیل گرفتن، حبس کردن، ضمانت

کردن، انتقال و واگذاری نیز می‌باشد.

4 - Bail bond

5 - Uniform Commercial Code

مورد نظر را تحویل گرفته و تصرف کالاها را به دست آورده، به مالک بدهد. به طور مثال، یک شرکت انبارداری که در جریان عملیات حمل است یا شرکت حمل و نقلی بعد از این که اقدام به دریافت و تحویل کالاهایی می نماید، تا آن ها را به مقصد مشخص شده حمل کند. افزون بر این، متصدی در قبال تحویل گرفتن کالاها، با صدور اسنادی همچون بارنامه یا راهنامه، بیلی محسوب می شود.

بیلمنت برای تحویل گیرنده، حقوق کامل صاحب کالا را ایجاد نکرده و صرفاً حق تصرف در کالا را برای وی به همراه دارد. ساختار این نهاد، برای اشخاص ثالث ممکن است کمی گیج کننده باشد و حتی خطراتی را برای صاحب کالا به وجود بیاورد. به طور مثال، در این شرایط تحویل گیرنده از وضعیت ایجاد شده، سوء استفاده نموده و مالکیت کالا را به خود یا اشخاص ثالثی که در جریان مالکیت کالا نیستند، منتقل نماید.^۱ همین گستردگی دایره

1 - Levison & Another v. Patent Steam Carpet Cleaning Company. 3. 1977 W.L.R.90

چنانچه در پرونده‌ی آقا و خانم لویزون که فرش گران قیمتی را به ارزش ۹۰۰ پوند از چین خریداری کردند و برای شست و شو، آن را، به شرکت فرش شویی دادند. شرکت فرش شویی قراردادی را به آن ها داده و آقای لویزون بدون مطالعه‌ی مفاد آن اقدام به امضای آن نمود. این شرکت برای کاهش بار مسؤلیت خود، بندهای بسیاری در قرارداد منعقد، آورده بود. برای مثال، در بند ۳ قرارداد آمده است که در صورت تغییر رنگ فرش، شرکت مذکور در قبال مشتریان خود هیچگونه مسؤلیتی نخواهد داشت. در بند ۶ قرارداد بیان شده است که شرکت فرش شویی در قبال خطراتی که فرش را تهدید می نماید مسؤلیتی نخواهد داشت. در بند ۷ قرارداد کلیه مسؤلیت های شرکت فرش شویی را در مقابل هر فرشی که به آن ها سپرده شده است، محدود به ۴۴ پوند کرده است!

در انتهای قرارداد نیز بیان داشته است که مشتری نمی تواند هیچ کدام از بندهای قرارداد را نقض کرده و یا آن را نادیده بدارد، مگر با رضایت شرکت فرش شویی. پس از سپری شدن چند هفته، خانم لویزون با شرکت فرش شویی تماس حاصل کرده و از دیر کرد آن ها در شست و شوی فرش آنان، ابراز نارضایتی نموده است. کارمند شرکت اعلام می کند که فرش خانواده لویزون به سرقت رفته و شرکت در حال پیگیری موضوع می باشد. به این ترتیب آقای لویزون شکایت خود را علیه شرکت فرش شویی در دادگاه مطرح می نماید. در دادخواست مطروحه، آقای لویزون ارزش خواسته‌ی خود را به ۹۰۰ پوند تقویم کرده است.

دادگاه در حکم خود اعلام نمود که خوانده یعنی شرکت فرش شویی باید مبلغ ۴۴ پوند را به خانواده‌ی لویزون

بیلمنت سبب شده است که برخی تصریح کنند که مسأله مهم، معنای ادبی و لغوی بیلمنت نیست، بلکه حلقه روابطی که در آن تکالیف اصلی اعمال می‌شود، تعیین کننده این است که موضوع مطروحه بیلمنت است یا نیست. در یک بیان عملگرایانه، هر شخصی که عالماً کالای دیگری را تصرف کند، در نگاه اول یک امین (بیلی) تلقی می‌شود. (دارائی، ۱۳۹۷: ۵)

بیلمنت در حقوق ایران به مفاهیمی همچون ودیعه، کفالت، تحویل گرفتن، ضمانت، وثیقه گذاری و امانت گیری ترجمه شده است. (آقای، ۱۳۸۲: ۱۲۹) به دیگر سخن، کلمه‌ی بیلمنت به معنای تحویل دارایی شخصی به منظور خاصی و یا صرفاً به منظور نگهداری مبنی بر این که پس از حصول مقصود به شخص عودت داده شود، است. (همان) اشتراک همه‌ی این مفاهیم، جریان داشتن قاعده‌ی استیمان و امانت در آن‌ها است. ازین رو، پاره‌ای از حقوقدانان ایران، به تسامح بیلمنت را مترادف امانت معنا کرده‌اند. (کاظمی، ۱۳۹۳: ۲۵۱) در فقه امامیه و به تبع آن حقوق ایران، بررسی مفهوم امانت سابقه‌ی بسیار طولانی دارد. در فقه امامیه و حقوق ایران، امانت به عنوان وصفی عارض برید شناخته می‌شود که به موجب آن تصرفات شخص در اموال دیگری موجب ضمان وی نخواهد بود. (دارائی، ۱۳۹۷: ۵) به تعبیر دیگر، وجود مال کسی نزد دیگری به اذن مالک یا قانون را امانت نامیده‌اند. (امامی، ۱۳۷۵: ۲۷) امانت بر دو صنف امانت مالکانه^۱ و امانت شرعی^۲ تقسیم شده است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۴۰۴)

امانت مالکانه بر مبنای اذن و رضایت مالک یا صاحب کالا است که کالا را تحت تصرف و سلطه‌ی شخص دیگری قرار می‌دهد. به بیانی دیگر، کالا توسط مالک یا قائم مقام وی

بدهد و بیش از این مسؤولیتی نخواهد داشت. به این دلیل که در بند ۷ قرارداد فی مابین شرکت فرش شویی و آقای لویزون، مسؤولیت شرکت فرش شویی، در هر صورت، تا سقف ۴۴ پوند محدود شده است. در حالی که شرکت فرش شویی، به عنوان بیلی موظف به مراقبت از کالا بوده است، منتها به دلیل تحدید مسؤولیت در این قرارداد، خواننده از پرداخت مابقی خسارات معاف شده است. این در حالی است که اگر در بند ۷ این قرارداد سقف مسؤولیت تعیین نمی‌شد، شرکت فرش شویی بایستی از عهده‌ی کلیه خسارات وارد شده به خانواده‌ی لویزون بر می‌آمد.

1 - Possessory Trusteeship

2 - Legitimately Trusteeship

تحت تصرف شخصی دیگر به عنوان مأذون قرار گرفته می‌شود. از جمله مصادیق آن، عین مستأجره، مال عاریه‌ای و عین مرهونه می‌باشند. بدین روی، امانت شرعی عبارت است از این که مال بدون اذن و رضایت مالک آن، تنها به تجویز قانون یا شرع می‌تواند در تصرف شخصی دیگر قرار بگیرد. (اکبری دهنو و همکاران، ۱۳۹۴: ۲۳۶) از مصادیق مهم امانات شرعی، مال لقطه، اموال مجهول المالک و تصرف ولی بر اموال مولی علیه خود، شخصی مالی را از دست سارق یا غاصب برای رساندن به صاحبش می‌گیرد یا مالی را که در معرض تلف یا نقص است، می‌توان به تعریض اشاره نمود. از این رو، بر اساس آیه‌ی شریفه‌ی مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ، شخص غیر مالک، امین شناخته می‌شود. (جعفری و سرمدی، ۱۳۸۹: ۲۸۳) امانت شرعی، به امانت حقوقی نیز مشهور است. (همان)

در امانت مالکانه، رابطه‌ی بین مالک کالا و امین در قالب قرارداد یا عقد است. به همین منظور، امانت مالکانه در قالب عقودی همچون، عقد ودیعه، عاریه، رهن، مزارعه، و کالت، شرکت و مضاربه، نمایان می‌شود. گذشته از شرح و بیان، در یکی از تقسیمات، عقود خود به دو دسته‌ی امانی و غیر امانی تسهیم می‌شوند. عقود امانی نیز بر دو تیره‌ی عقود امانی مضمونه و غیر مضمونه تقسیم شده‌اند. علاوه بر این، در عقود امانی غیر مضمونه با انعقاد یک عقد امانی، متصرف به آشکاری و به نحو امانی بر مال مورد امانت استیلا و تسلط پیدا می‌کند. (دهقانی و همکاران، ۱۳۹۳: ۴۷)

با این همه، در پاره‌ای از عقود که به عقود امانی مضمونه موسوم‌اند، نظیر عقد عاریه و اجاره، ید متصرف بر مال مورد امانت همچنان مضمونه باقی است و ظاهر بر این است که عقد امانی تغییری در وضعیت متصرف به وجود نیاورده است. در مقابل امانت، ضمان قرار دارد که مبنای فقهی آن، حدیث نبوی (عَلَى الْيَدِ مَا اخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ) است، که به حدیث علی الید معروف است و مضمون آن، این است که هر کس از راه نامشروع در مال دیگری تصرف کند، ضامن آن است تا آن که آن را به صاحبش بازگرداند. (شهیدی، [الف]، ۱۳۹۳: ۱۰۳ و محرمی و سیدبنایی، ۱۳۹۳: ۱۱۲) افزون بر این، قاعده ضمان ید از اسباب ضمان

قهری و بیان گر لزوم جبران خسارات است و یکی از مبانی مسؤولیت مدنی است.

۲. ویژگی های نهاد بیلمنت

بی گمان شناسایی عناصر هر نهاد حقوقی، اثر شگرفی در شناخت دقیق آن مفهوم خواهد داشت. به همین جهت، به بررسی عناصر و ویژگی های نهاد بیلمنت می پردازیم.

طیف وسیعی از حقوقدانان حوزه ی بیلمنت، به بیان سه ویژگی اصلی نهاد بیلمنت به شرح ذیل پرداخته اند. (Mann, 2010, p1040)

۱) تصرف^۱ کالا و مراقبت از آن طبق دستورالعمل بیلور، بدون آن که انتقال مالکیت در بازه زمانی معینی صورت بگیرد.

۲) چارچوب انحصاری این ماهیت، تنها اموال منقول را دربر می گیرد.

۳) در نهایت استرداد کالا به مالک آن، بایستی صورت بگیرد.

۲.۱. تصرف کالا و مراقبت از آن طبق دستورالعمل بیلور

منظور از عنصر تصرف این است که کالا بایستی به بیلی تحویل داده شود و تحت سلطه و وضع یدوی درآید. بسیاری از حقوقدانان بر این باورند که بیلمنت تحویل فیزیکی کالا برای مقاصد معینی، به شخصی است تا شخص تحویل گیرنده، بعد از اتمام وظایف خویش، کالا را تحت شرایطی به بیلور بازگرداند. (Alden, 2016, p689) بدین روی، از نظر این دسته از حقوقدانان، کالا باید به صورت فیزیکی به بیلی سپرده شود. به نظر می رسد، اموال غیرمادی در گستره ی بیلمنت جایی نداشته باشند. چرا که امکان تصرف فیزیکی آن ها غیرممکن خواهد بود. (Miller, 2010, p593)

شایان توجه است که تحویل کالا همیشه به صورت فیزیکی و عینی نیست. هم تحویل فیزیکی و هم تحویل اعتباری، در نهایت منجر به ایجاد یک رابطه بیلمنتی خواهد شد. تحویل اعتباری کالا با تحویل فیزیکی اندکی متفاوت می باشد. (Chambers, 2016, p10)

1 - Possession

به طور مثال، برای تحویل اتموبیل، کلیدهای اتموبیل یا اسناد مربوطه را به بیلی می دهند. این عمل به منزله‌ی تحویل اعتباری مرسوم است. افزون بر این، در جایی که توضیح دستورالعمل و چگونگی نحوه‌ی نگهداری یا استفاده از کالا مدنظر است، تحویل زمانی حادث خواهد شد که توضیحات مربوطه نیز لحاظ شود. (Ibid)

مع الوصف تحویل گرفتن و تحویل دادن واقعی یا سمبولیک کالا، لازمه‌ی تحقق مفهوم بیلمنت است. منتها تنها شرط ایجاد رابطه بیلمنتی نیست. چرا که در بعضی شرایط، کارفرما کالایی را بر حسب رابطه استخدامی و وظایف به بیلی می سپارد، یا صاحب‌خانه در بازه زمانی میهمانی، کالای خود را به میهمان می دهد، یا کالا تحت تصرف ناظر بارگیری در زمانی که کالاها هنوز بارگیری نشده و در انبار نیز نگهداری نمی شوند، قرار بگیرند. در کلیه‌ی حالات مطروحه، میهمان، مستخدم و ناظر بارگیری، تحت عنوان کاستودی 'قابلیت بحث را دارند. اگرچه بیلمنت محقق نشده است. خیل عظیمی از حقوقدانان معتقدند که مفهوم بیلمنت در جبه‌ی اول رابطه‌ی بین کالای منقول با شخص تحویل گیرنده می باشد. (p144,2008,Nicol)

در حقوق ایران، تحویل کالا به امین تحت عنوان قبض و تسلیم بر مال آورده شده است. قبض به معنای تصرف و استیلا یافتن بر چیزی و در اصطلاح حقوقی و فقهی، به منظور استیلا‌ی عرفی بر مال، تبیین شده است. (نوروزی، ۱۳۸۴: ۹۶) در ساحت حقوق، قبض مبیع به منظور استیلا و تسلط یافتن خریدار یا امین بر مال اظهار شده است، به نحوی که امین بتواند در آن تصرف لازم را اعمال کند. پرواضح است که عقد بدون حدوث قبض و تصرف واقع می شود. مگر در عقد غیر معوض و برخی از عقود استثنایی. بدین سان، طیف وسیعی از حقوقدانان ایران بر این باورند که قبض و تصرف از شرایط صحت عقود نبوده، اگرچه تسلیم و قبض از آثار عقد صحیح می باشند.

1 - Custody

با وجود این، عدم قدرت بر تسلیم در زمان انعقاد، بی شک موجب بطلان قرارداد خواهد شد. تسلیم ناصحیح نیز، برای طرف مقابل حق فسخ ایجاد نموده و تلف مال قبل از قبض، عقد را منفسخ خواهد کرد. تسلیم و قبض هیچکدام در ساحت یک عمل حقوقی قرار نمی گیرند و عملی مادی به شمار می آیند، چرا که در ماده ۳۷۴ ق.م. آمده است که در حصول قبض، اذن بایع شرط نیست و مشتری می تواند مبیع را بدون اذن قبض کند. منتها لزوم تعیین مصداق تسلیم، در گستره‌ی عمل حقوقی جای می گیرد. (خمینی، ۱۳۶۶: ۵۲۳) لازم به ذکر است که قبض با تصرف هم معنا نیستند. نظر به این که تصرف به اعمالی می گویند که نسبت به مالی که در اقتدار شخص قرار دارد، صورت می گیرد و اعم از تصرفات مادی مانند احداث بنا و تصرفات حقوقی مانند بیع و اجاره است. (همان) گذشته از توضیحات داده شده، قبض همان استیلا‌ی عرفی بر مال است و ضرورتی ندارد که همه جا مال به تصرف مادی درآید تا قبض حادث شود.

۲،۲. منقول بودن کالای تحویل داده شده

در حقوق انگلستان، اموال به دو صنف اموال غیر منقول^۱ و اموال شخصی^۲ تقرییر یافته است. اموال شخصی نیز به دو دسته‌ی اموال قابل تصرف^۳ و حقوق موضوع دعوی^۴ تسهیم شده اند. (Kenneth, 2001, p539) منظور از حقوق موضوع دعوی، حقوقی دارای ارزش مالی است که از طریق دعوی مطروحه، قابلیت مطالبه و اجرا را دارا می باشند. به بیانی دیگر، این دسته از اموال از مصادیق اموال غیر مادی بوده که بر اساس دیدگاه پاره‌ای از پژوهشگران، هرگز قابلیت تصرف ندارند. در صورتی که اکنون اموال غیر مادی که زاینده‌ی فکر بشر هستند، از ارزش و جایگاه به نسبت بالاتری از اموال مادی برخوردارند.

1 - Real Property

2 - Personal Property

3 - Chooses In Possession

4 - Chooses In Action

لذا منظور از اموال قابل تصرف همان اموال مادی منقول می‌باشند که موضوع بحث ما است. شایان توجه است که مال موضوع بیلمنت در نظام کامن‌لا، بایستی مالی منقول باشد. از این رو، اموال غیر منقول یا انسان نمی‌تواند در گستره و پهنه‌ی بیلمنت قرار داشته باشند. (p347, 2007, Guichon) به‌طور مثال، موجری که طبق قرارداد منعقد، خانه خود را برای مدتی معین، به مستأجری اجاره داده است، در این فرض، به دلیل این که کالا مشخصاً از اموال غیر منقول است، در گستره‌ی روابط بیلمنت نمی‌گنجد و احکام بیلمنت نیز به طریق اولی، در آن جاری نخواهد بود.

در خصوص لزوم مادی بودن کالای موضوع بیلمنت اختلاف نظر وجود دارد. برخی از حقوقدانان بر این باورند که اموال باید ملموس و مادی^۱ باشند، تا مورد حمایت احکام بیلمنت واقع شوند. در نظر این دسته از حقوقدانان، عنصر تصرف و استیلا تنها در اموال مادی و ملموس وجود خواهد داشت. (p648, 2005, Clarke) طیف گسترده‌ای از حقوقدانان معتقدند که برای این که کالایی در گستره‌ی احکام بیلمنت قرار بگیرد، نیاز نیست مال مطروحه از دارایی‌های ملموس و مادی باشد. چنانچه اسناد مربوطه، از تیره‌ی اسناد فیزیکی و مادی باشد، بی‌گمان احکام بیلمنت جاری و بیلمنت حادث خواهد شد. نظیر حقوق ناشی از سفته، اوراق قرضه شرکت‌ها، سهام شرکت‌ها، بیمه‌نامه، اسناد مالکیت، سهام که می‌توانند مال موضوع بیلمنت قرار بگیرند. (Ibid)

این قسم از اموال غیر مادی، اموال غیر مادی غیر فکری نام دارد. در سیمای جدید و عصر تکنولوژی، عده‌ای از حقوقدانان بر این باورند که به‌طور کلی مالی که در زمره‌ی بیلمنت جای می‌گیرد، نه لازم است مالی ملموس و مادی باشد و نه نیاز است که اسناد مربوط به آن، مادی باشد. همانند دارایی‌های فکری و معنوی. (p367, 2000, Birks) لذا بهتر است که ابتدا مفهوم مال و اقسام آن را به تعریض تعریف و پس از آن نظرات حقوقدانان در ارتباط با دامنه‌ی مال

1 - Tangible Goods

موضوع نهاد بیلمنت، بررسی شود.

اموال به دو صنف مادی و غیر مادی^۱ تقسیم می‌شوند. (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۳) اموال مادی به اشیایی موسوم هستند که ارزش اقتصادی دارند و همواره مورد داد و ستد حقوقی قرار می‌گیرند. (صفایی، ۱۳۹۶: ۶۸) در طرف دیگر، اموالی وجود دارند که قابلیت تبادل با پول را داشته و دارای ارزش اقتصادی شگرفی هستند. منتها در تیره اموال مادی و ملموس قرار نمی‌گیرند. شالوده‌ی این اموال ناشی از ابتکار و تراوش ذهنی انسان است. این اموال به حقوق معنوی یا غیر مادی شهرت دارند. (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۳) پرواضح است که بخشی از اموال غیر مادی مالکیت فکری^۲ نامیده می‌شوند. افزون بر این، اموال غیر مادی از جهت تأثیر یا عدم تأثیر قوه فکر و اندیشه، در ایجاد آن‌ها به دو گروه فکری و غیر فکری تقسیم می‌شوند. (محمدی و اسدی، ۱۳۹۱: ۴) این حقوق موضوع آن‌ها، شی مادی نیست؛ بلکه فکر انسان است. (صفایی، ۱۳۹۶: ۶۸)

مسلم است که اکنون عصر فناوری‌های نوظهور مجازی است و در فضای مجازی نیز تجسم خارجی و عینیت ملموس وجود ندارد. لذا همه چیز غیر مادی می‌باشد. در همین راستا نویسندگان حقوقی صنف جدیدی از اموال را تحت عنوان اموال مجازی طرح کردند. اموال مجازی، اموالی هستند که به صورت ناملموس بوده و بنیان آن بر پایه‌ی فعالیت در فضای مجازی می‌باشد. با چنین توصیفی بایستی مال مجازی در حقوق اسلامی و کامن‌لا تعریف و تبیین شود و پس از آن، ویژگی‌ها و تفاوت‌های اموال مجازی با دسته‌های پیشین بیان شده و مورد بررسی قرار بگیرد.

۲.۲.۱. مالیت اموال مجازی

در حقوق اسلامی، مال به آن چیزی اطلاق می‌شود که از ارزش اقتصادی برخوردار بوده و در تعاملات اشخاص مورد داد و ستد قرار بگیرد. (امامی، ۱۳۹۱: ۱۹ و شهیدی، [ب]، ۱۳۹۳: ۳۰۲)

1 - Incorporal Property

2 - Intellectual Property

افزون بر آن، برخی از نویسندگان حقوقی مشروعیت و نفع عقلایی رانیز به تعریف مال اضافه نموده‌اند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۳۴) در حقوق ایران، قانون‌گذار در قانون مدنی، از تعریف مال اجتناب نموده است. بعضی از حقوقدانان، عدم تعریف مال را نقص قانون دانسته‌اند. (محمدی و اسدی، ۱۳۹۱: ۴) برخی دیگر از حقوقدانان معتقدند که با پیشرفت و گسترش روابط اجتماعی، تعریف مال به‌طور کامل دست‌خوش تغییر خواهد شد، لذا قانون‌گذار به درستی از تعریف مال اجتناب نموده است. (همان) نظر نویسنده نیز بر این است که شناسایی اموال با قانون‌گذار نیست بلکه عرف هر آن‌چه را که دارای ارزش اقتصادی باشد، مال می‌داند. لذا قانون‌گذار تنها می‌تواند تصرفات حقوقی را نسبت به یک مال ممنوع سازد. چرا که برخی از حقوقدانان نیز بر این باورند که مال، آن چیزی است که مورد تقاضای عقلا بوده و در میان آنان ارزشمند قلمداد شود. (خمینی، ۱۳۶۶: ۲۱)

افزون بر این نظرات، برخی از حقوقدانان معتقدند که بنای عقلا در کنار مشروعیت و حلیت آن چیز، مالیت را به همراه می‌آورد. به عبارت بهتر، برای مال بودن چیزی، علاوه بر ارزش اقتصادی به امضای شارع نیز نیاز است. (مکی عاملی، ۱۴۱۲: ۱۱۷) در کامن‌لان نیز همانند حقوق اسلامی تعریف دقیقی از مال به چشم نمی‌خورد و تعاریف متعددی بر اساس رغبت عمومی، قابلیت تملک و حمایت قانونی در دست می‌باشد. (عبدی پورفرد و وصالی ناصح، [ب]، ۱۳۹۶: ۹۷) به‌طور مثال، مال، آن چیزی است که در بازار مورد داد و ستد قرار گرفته و بر پایه‌ی آن معامله انجام می‌شود. (Murphy & Roberts & Flessa, 2004, p54) مال، چیزی است که قابلیت تملک و تصرف را دارد. (Garner, 2009, p552) بنابراین با چنین توصیفی در هر دو نظام حقوقی، مال، آن چیزی است که به خودی خود، ارزش اقتصادی داشته و عقلای جامعه حاضرند تا در قبال برخورداری از آن، مبلغی را بپردازند. (محمودی، ۱۳۹۱: ۹۸) مسلم است که انتزاع مالیت صرفاً از عین خارجی صورت نمی‌گیرد و در کلام فقیهان هیچ قیدی از این حیث مشاهده نمی‌شود. (میرسعیدی و دهکردی، ۱۳۹۶: ۱۵۹)

در گذشته مالیت آثار فکری به جهت نداشتن وجه اقتصادی و مابه‌ازای بیرونی در جامعه،

برای فقها اثبات نگر دیده بود. (موسوی بجنوردی و حسینی نیک، ۱۳۹۴: ۲۴) لذا آثار فکری و هنری در زمانی به عنوان اموال مطرح شدند که منافع اقتصادی برای آن‌ها ایجاد و مورد رغبت عقلای وقت قرار گرفتند. اثر فکری مال محسوب شده، گرچه قابل لمس نیستند ولیکن در عالم، نمود خارجی داشته و قابلیت لمس ذهنی را داراست. به طور مثال، یک نرم افزار که وجود ملموس مادی ندارد، امکان تولید و انتشار محتوا و فعالیت‌های علمی بسیاری را میسر می‌سازد. (همان: ۴۷)

در دهه ۱۹۹۰ م. فضای سایبر مفهومی رو به رشد بود که مردم را به صورتی بی سابقه به منابع و پایگاه‌های اطلاعاتی، متصل کرده و جهان را با حجم وسیعی از تبادلات داده‌ها روبه‌رو ساخت. (debeer & doyie, 2016, p164) در سال ۱۹۹۶ م. کنفرانسی در شیکاگو برگزار و در ارتباط با اموال فضای سایبر، طرح موضوع شد. یکی از قضات دادگاه تجدیدنظر ایالات متحده آمریکا، این موضوع را طرح و در ارتباط با آن نظر خواهی نمود. (Ibid) در سال ۲۰۰۵ پرونده‌ی رنر^۱ مطرح شد. در این پرونده، اختلاف و موضوع دادخواست، نام دامنه‌ای بود که به شرکت رنر تعلق داشت. در ابتدا قاضی مالیت نام دامنه را بررسی نمود و به این نتیجه رسید که نام دامنه از اوصاف مال برخوردار است.

باتوجه به مطالب بیان شده، یکی از دغدغه‌های پژوهشگران در فضای سایبر، بحث مالیت این داده‌ها می‌باشد. داده‌هایی نظیر بلاک چین^۲، ارز دیجیتال^۳ و نام‌های دامنه اینترنتی^۴. لذا از نقطه‌ی آغازین فعالیت در فضای مجازی، به نظر می‌رسد تعریف مال و مالیت داشتن، اندکی دست‌خوش تغییر شده است. چرا که در عصر حاضر مالیت پیدا کردن اشیا، در نظر عرف به این دلیل نیست که عرف، آن اشیا را مال بداند، بلکه کارایی و عملکرد

1 - Tucows. Com Co. V Logas Renner Sa, 2006 Onca 548.

2 - Blockchain

3 - Cryptocurrency

4 - Domain Names

متناسب و مثبت اشیاست که در عرف و عموم جامعه مالیت اشیا را به اذهان متبادر می‌سازد.

(عبدی پور فرد و وصالی ناصح، [الف]، ۱۳۹۶: ۶۷)

بنابراین مالیت داشتن اشیا به عملکرد و کارایی آنان بستگی دارد. بنابراین به نظر می‌رسد که اموال مجازی به جهت سبقه‌ی ایجاد در راستای برطرف نمودن نیازهای جامعه و ارزشمندی بسیار در میان عقلا، عملکردی مؤثر دارند. لذا با توجه به جمیع جهات فوق الذکر، اموال مجازی از مالیت برخوردارند. با توجه به تعریف مال در آثار فقهی و عدم تقید آن به عین، حق یا منفعت بودن و همچنین پذیرش معیار عرفی شخصی در تعیین و تشخیص مال، هیچ معنی در پذیرش داده‌های فضای سایبر به عنوان مال وجود ندارد. (همان)

۲،۲،۲. اوصاف اموال مجازی

اموال مجازی صرفاً مختص فضای مجازی است، نظیر نام‌های دامنه اینترنتی و ارزشهای مجازی. این اموال به جهت فلسفه ایجاد و متناسب با فضای سایبر و اینترنت به اموال مجازی یا دیجیتالی معروف شدند. نظر به تفاوت فضا و مکان ایجاد این اموال از سایر گونه‌های دیگر مال، به نظر می‌رسد که اموال مجازی در قالب اموال معنوی قابل طرح نمی‌باشد. چرا که این نخستین تفاوت اموال مطروحه خواهد بود. درخور توجه است که برخی از حقوقدانان معتقدند که اموال مجازی یا دیجیتالی از گونه‌ی نوین اموال معنوی به‌شمار آمده و در همین دسته از اموال جای می‌گیرند. (حبیب‌زاده، ۱۳۹۰: ۴) به باور ایشان، مالکیت معنوی بر سه قسم؛ مالکیت صنعتی، مالکیت ادبی - هنری و مالکیت مصادیق نوین تقسیم‌بندی شده است. (همان) اموال مجازی قابلیت استفاده از مالکیت هم‌زمان و توأمان چندین شخص را دارند. (Bakhtiarvand, 2016, p169) به‌دیگر سخن، اموال مجازی قابل استفاده‌ی اشخاص مختلف می‌باشند ولی واگذاری مالکیت آن به چندین شخص حادث نخواهد شد.

بی‌شک به دست آوردن اموال مجازی کاری به مراتب آسان‌تر است. در این اموال، فرآیند پیچیده‌ی بررسی کامل اصالت و هویت اشخاص صورت نمی‌گیرد و به عبارتی

بهتر، دولت‌ها پیرو افکار سیاسی، تمایلی به حفظ و صیانت از این اموال راندارند. پرواضح است که اموال معنوی پروسه‌ی طولانی‌تر و پرهزینه‌تری نسبت به اموال مجازی دارند و از حمایت دولت‌ها برخوردار می‌باشند. اهداف و ویژگی‌های خاص اموال مجازی متفاوت از اموال دیگر است. به‌طور مثال، این اموال برای رقابت بیشتر، ارتباطات و تجارت به وجود آمدند. (p7,2004, Nelmark) با وجود این، این دست از اموال از منظر قانونی، تاکنون از جایگاه قانونی و حقوقی برخوردار نبودند.

بند ۲ ماده ۱۲ قانون حقوق مؤلف، طرح‌ها و اختراعات ۱۹۸۸ کشور انگلستان، مدت حمایت از حقوق انحصاری مؤلف را تا هفتاد سال پس از مرگ او در نظر گرفته است. مسلم است که در حال حاضر، سازمان جهانی مالکیت معنوی یا وایپو^۱، تنها سازمانی است که به حمایت و انتشار سیاست نامه در خصوص اموال معنوی یا فکری پرداخته است. لذا سازمان جهانی مالکیت معنوی، اموال و مسایلی چون حمایت از اختراعات، حمایت از مؤلف، موسیقی‌دان، فیلم‌ساز، تولیدکننده بازی‌های رایانه‌ای، دارنده اسم تجاری، دارنده علامت تجاری، دارنده اسرار تجاری، دارنده دانش فنی، طراح طرح‌های صنعتی در قبال اثر تولیدشده در برنامه و دستور کار خود قرار داده است. (حبیب‌زاده، ۱۳۹۰: ۳) پرواضح است که این سازمان از طرح مسایل و مباحثی چون، بلاک‌چین، ارز دیجیتال و کیف پول دیجیتالی، نام‌های دامنه اینترنتی خودداری کرده و مشخصاً این اموال در شمار مباحث قابل حمایت سازمان جهانی مالکیت معنوی، قرار نگرفته‌اند.

به‌طور معمول، در فضای مادی، اشیاء، به‌عنوان مال شناخته می‌شوند و در فضای فیزیکی، محدودیت کمتری برای آن‌ها وجود دارد. به این خاطر که برای اموال مادی، دامنه‌ای وسیع و غیرقابل حصری موجود است. تقریباً هر چیزی که از ارزش اقتصادی برخوردار باشد، در ذیل عنوان مال می‌گنجد. (امامی، ۱۳۷۷: ۳۳) لذا افراد از گذر قانونی

1 - World Intellectual Property Organization

می‌توانند آن‌ها را تملک نمایند. البته در مواردی قانون‌گذار برخی از اموال را غیرقانونی اعلام کرده است. به عبارتی دیگر، این اشیاء ارزش اقتصادی برخوردار بوده، منتها به دلیل برخی از ملاحظات سیاسی و اجتماعی از ذیل عنوان مال خارج شده‌اند؛ مانند مواد مخدر یا مشروبات الکلی. در پاره‌ای از اموال، برای به دست آوردن مالکیت آن‌ها، متداول است که انتقال مالکیت با تشریفات خاصی صورت می‌گیرد، نظیر اموال غیرمنقول.

حال آن‌که اموال معنوی در مقیاس کوچکتري نسبت به گروه پیشین قرار دارند. ساحت اموال معنوی، محدودتر از اموال مادی بوده و ذیل آن، هر چیزی که از ارزش اقتصادی برخوردار باشد، قرار نخواهد گرفت. بی‌گمان باید ویژگی‌های خاص مالکیت معنوی را داشته، و گستره‌ی آن مانند علایم تجاری و حق اختراع محدودتر باشد. (AlRahmani, 2006, p3) در اموال مجازی که به تیره‌ی سوم از اموال مشهور است، در مفهوم و معنای مال بودن، محدودتر از دسته‌های پیشین عمل کرده است. شایان توجه است که افراد در مالکیت خود می‌توانند با به کارگیری قیود و شروطی تأثیر شگرفی در تعریف مال مجازی داشته باشند.

گفتنی است که حتا دولت‌ها می‌توانند شروطی را بر سر انحصار مالکیت اموال مجازی قرار بدهند. در اموال مادی و دست‌کم در اموال معنوی، امکان قید چنین شروطی وجود ندارد. (Bakhtiarvand, 2016, p169) به‌طور مثال، دولت یا اشخاص اعلام نمایند که مال مطروحه از قابلیت انتقال یا قابلیت فروش برخوردار نمی‌باشد. مانند نام‌های دامنه که خرید و فروش قانونی آن‌ها صرفاً به وسیله‌ی مرکز ثبت‌کننده‌ی آن یعنی ریجستری امکان‌پذیر است. لذا مالک آن امکان فروش آن را نخواهد داشت. ولی اکثراً به صورت غیرقانونی به فروش می‌رسند. (Weiswasser, 2004, p218)

مسلم است که نحوه‌ی حمایت قانونی از اموال نیز در هر صنف متفاوت است. به‌طور مثال، اموال مادی تازمانی که عین مال باقی است، مالکیت آن نیز متعلق به مالک آن خواهد بود. در اموال معنوی، به‌طور مثال، حق اختراع تا ۲۰ سال بعد از ثبت آن مالکیت آن محترم و دولت خود را موظف به حمایت از مالک و مؤلف آن در مقابل همگان می‌داند. دولت‌ها به

مختر عین خود، حقوقی تحت عنوان مالکیت معنوی اعطا می کنند، تا آن ها اعتماد کرده و دلگرم بشوند. (p12,2004, Nelmark) دولت ها به شرکت ها اجازه می دهند تا با طراحی علایم تجاری مختص خود، مصرف کنندگان دچار سردرگمی و بی اعتمادی نشوند. و در همین راستا، با اعمال علایم تجاری خود، از حمایت کامل دولت نیز برخوردار می شوند. شایان ذکر است که همه ی این تدابیر و فلسفه ی ایجاد ی این مفاهیم، به دلیل رعایت پاره ای از مصالح جامعه و نظم عمومی در جوامع می باشد. به همین منظور، مفاهیمی همچون حقوق مالکیت معنوی طراحی شدند.

۲.۲.۳. اقسام اموال مجازی

همان طور که پیش تر بیان شد، اموال مجازی به اقسامی چون، بلاک چین، ارز دیجیتال، کیف پول دیجیتال و نام دامنه های اینترنتی تقسیم شده است. برای ارائه تعریفی اجمالی از نام های دامنه اینترنتی، نخست تعریف پروتکل اینترنتی نیاز است. پروتکل های اینترنتی شامل اعداد نسبتاً ردیفی متعدد و پیچیده است که نشانگر هویت سیستم رایانه مختص به خود در اینترنت و فضای مجازی می باشد. (صادقی، ۱۳۸۶: ۱۲) به سخن دیگر، پروتکل های اینترنتی آدرس اختصاصی رایانه ها می باشند. به خاطر سپردن این اعداد برای کاربران اینترنتی امری دشوار به نظر می رسد. به همین جهت، نظامی تحت عنوان سیستم نام دامنه^۱ به وجود آمد تا نشانی عددی را به نشانی متنی یا حروف خوانا تبدیل نماید. (پورخصالیان، ۱۳۹۰: ۴) لذا منظور از نام دامنه، همان نشانی اینترنتی وبگاه است که کاملاً اختصاصی و منحصر به فرد می باشد.

با چنین توصیفی، زمانی که کاربران، نشانی متنی خود را در مرورگر وارد می نمایند، سیستم نام دامنه، این نشانی ها را به نشانی عددی، تبدیل و تمام اطلاعات تبدیل شده را در پایگاه داده های توزیع شده ذخیره می سازد. (حبیب زاده، ۱۳۹۳: ۲) چنانچه سیستم عامل آدرس IP را شناسایی نکند، درخواستی را به سرور نام گیرنده، مبنی بر اصلاح اطلاعات

داده شده، ارسال می‌دارد. تمام این پروسه طولانی و چند مرحله‌ای تنها در چند ثانیه به درازا می‌انجامد. رایانه، ماشینی است که پردازش اطلاعات را به صورت باینری یا دودویی فراهم می‌نماید. نظیر مکانیزمی برای ارسال نامه‌ی فیزیکی به آدرسی فیزیکی. (Dunn، 2014، p8)

به طور تقریبی تاکنون یک هزار نام دامنه در سراسر جهان به ثبت رسیده است.

در سوی دیگر، بلاک چین نیز همانند نام دامنه اینترنتی، از اقسام بنام و مشهور اموال مجازی محسوب می‌شود. زنجیره بلوکی یک فناوری جدید در زمینه‌ی رایانش ایمن است. بلاک چین یک تکنولوژی رمزنگاری شده است که هسته‌ی مرکزی سوابق الکترونیکی ارزش‌های دیجیتال را راهبری می‌نماید. بلاک چین اطلاعات حسابداری جمع‌آوری شده را در یک ledger عمومی و مشترک ارائه می‌کند، که سابقه‌ی تمامی تراکنش‌های انجام شده روی شبکه را در خود ذخیره می‌دارد. (تاجر بادامچی، ۱۳۹۶: ۳) ارزش‌های دیجیتال، نوع جدیدی از دارایی‌های الکترونیکی هستند که بر پایه الگوریتم‌های رمزنگاری شده‌ی فناوری بلاک چین، شکل گرفته‌اند. ارزش‌های دیجیتال برای انتقال پول در بستر اینترنت استفاده می‌شود و به گونه‌ای تنظیم شده است که تحت مدیریت هیچ بانکی قرار نمی‌گیرد. (ارزانیان، ۱۳۹۶: ۳) ارزش مجازی یا کریپتوکارنسی به طور ساده یک کد رمزنگاری شده است که در شبکه‌ای از کاربران که به گره نیز معروف هستند، تولید و انتشار شده و از قابلیت استفاده در شبکه‌ی مبادلات پولی برخوردار است.

لذا ارزش دیجیتال، یک پروتکل است که از پتانسیل‌های بی‌بدیل ذیل بهره می‌برد. (Halaburda، 2016، p5) برای نگهداری و انجام تبادلات بر روی ارزش‌های دیجیتالی، به وجود حساب کاربری تحت عنوان کیف پول دیجیتالی نیاز است. مسلم است که کیف پول دیجیتالی^۱ نرم‌افزاری است که کلیدهای عمومی^۲ و خصوصی^۳ مرتبط با بلاک چین

1 - Digital Wallet

2 - Public Key

3 - Private Key

را در خود نگه داشته و از آن حفاظت می نماید. این کلیدها برای ارسال و دریافت سوابق و داده‌های الکترونیکی در بلاک چین و ردیابی مانده حساب ارزهای دیجیتال کاربرد دارد. کیف پول دیجیتال صرفاً برای مبادلات ارزهای دیجیتال به کار می‌رود و کاربرد گسترده‌تری ندارند. چرا که کیف پول‌های دیجیتال صرفاً رابط میان اشخاص و بلاک چین هستند. (Anne, 2015, P15)

۲،۲،۴. اموال مجازی و خلأ قوانین

سال‌هاست که از نظریه‌ی دهکده جهانی می‌گذرد، جهان در جهت همین مفهوم حرکت کرده و ارتباطات فیزیکی و تعامل انسان با انسان جای خود را به تعامل نماینده‌های الکترونیکی^۱ داده است. مفاهیم مرتبط اینترنت اشیا، قراردادهای هوشمند^۲ و فناوری بلاک چین و به‌طور کلی اموال مجازی جهان را با دردی مزمن مواجه ساخته است که هر یک از این مفاهیم مرزهای علم و دانش را در نور دیده و پژوهشگران را با چالش‌های حقوقی فنی بسیاری روبه‌رو کرده است. به نظر می‌رسد با عدم رسمیت و مشروعیت بخشی به اموال مجازی کاربران را با مشکلات عدیده‌ای مواجه می‌سازد ولیکن مشروعیت بخشی به این اموال بدون هیچ بسترسازی ایمن و محدودیت قانونی، نظام‌های حاکمیتی را با هرج و مرج همراه می‌سازد.

عدم ایجاد زیرساخت‌های فنی و حقوقی، عدم افزایش آگاهی آحاد جامعه از عملکرد و خطرات فناوری‌های نوین و غفلت از دام تنیدن دشمنان جمهوری اسلامی ایران و نفوذ خودآگاهانه در قلمرو فرهنگی و اجتماعی کشور از جمله بحران‌های بی‌تدبیری پیاده‌سازی فناوری‌های نوین خواهد بود. لذا نمی‌توان با چشمانی بسته مشروعیت‌یابی هر مفهومی در نظام تقنینی جمهوری اسلامی ایران را دنبال نمود. بر همین اساس، قانون اساسی آمریکا، به‌عنوان سندی بنیادی در قلمرو این کشور، عدالت را به اعمال قدرت تبدیل کرده و اعلام

1 - Electronic Agents

2 - Smart Contracts

می‌دارد که داده‌های دیجیتالی با کدهایی رمزنگاری شده و در روابط اشخاص مورد استفاده قرار می‌گیرند. (Fitzgerald, 2001 p68) به‌طور مثال، شرکت‌ها و اشخاص مختلف در فضای سایبری برای فعالیت‌هایی همچون انتشار ارز دیجیتال، مالکیت نام دامنه‌های اینترنتی، استفاده از فناوری بلاک‌چین نیازمند فرآیند کدگذاری و دریافت رمز شخصی می‌باشد.

در همین راستا، دو کلید عمومی و خصوصی تعبیه شده است که کلید عمومی برای انتشار عملیات و دسترس قرار گرفتن عموم و کلید خصوصی برای ورود و فرآیند عملیات شخص در نظر گرفته شده است. برخی از پژوهشگران بر این باورند که ماهیت ماندگار این مسأله به جهت وجود مفهوم آزادی اشخاص در روابط است و با این مشخصه می‌توان اعمال قدرت نمود. (Ibid p70) مفهوم عملکرد دولت و قوانین به این معناست که در بسیاری از موارد، ارزش‌های ذاتی در آزادی‌های عمومی تحت تأثیر دنیای دیجیتال است. مسأله آزادی‌های بی‌حد و حصر اموال دیجیتال حاکمیت و امنیت کشور را به چالش می‌کشد.

(Merges, 2008 p1244.)

در وهله‌ی نخست، مفاهیم نوظهور بایستی تعریف و تبیین شود و سپس قوانین مرتبط تصویب شوند. لذا عدم تصویب قوانین در جهت محدودیت و مفهوم شناسی مفاهیم نوظهور ضرر هنگفتی را به مرزهای حاکمیتی هر کشوری وارد خواهد ساخت. بنابراین، به رسمیت نشناختن اموال مجازی و عدم تعیین حدود و ثغور آن، امنیت کشور و حتی حقوق اشخاص را پایمال می‌نماید. به‌طور مثال، در مواجهه با اموال مجازی، ما مجبوریم این سؤال را پرسیم که آیا "هرگونه اطلاعاتی" بایستی بدون هیچ محدودیتی انتشار یابد؟ یا هر شخصی این امکان را دارد تا بدون هیچ دغدغه‌ای اموال مجازی اشخاص دیگر را تصاحب کند؟ یا از اطلاعات آنان استفاده نماید؟

یکی از مهم‌ترین مباحثی که در بحث اموال مجازی قابل طرح است، مبحث ارث است. همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، اموال مجازی دارای دو کلید عمومی و خصوصی هستند که کلید خصوصی تنها برای ورود و اعمال فعالیت کاربر تعبیه شده است و تا از دسترسی

دیگران به آن محافظت شود. پرواضح است در صورتی که متوفی پیش از فوت خود کلید خصوصی و اطلاعات حساب کاربری و اموال خود در فضای سایبری را در اختیار وراثت قرار ندهد، دسترسی به اموال وی برای هیچ شخصی میسر نخواهد بود، مگر آنکه کلید خصوصی در دسترس اشخاص قرار بگیرد. لذا در چنین شرایطی مسأله‌ی ارث بری از اموال مجازی متوفی، وراثت وی را با ابهام مواجه خواهد کرد.

افزون بر این، مواردی چون احکام داد و ستد اموال مجازی، توقیف، فروش و انتقال این اموال با مشکلات عدیده‌ای روبه‌رو است که به دلیل عدم تبیین این مفاهیم و خلأهای قانونی در رابطه با قانون‌گذاری در رابطه با اموال مجازی روز به روز بر مشکلات و دشواری‌های مذکور می‌افزاید. با چنین توصیفات، به نظر می‌رسد قانون‌گذار در جهت تدوین و تصویب قوانین اموال مجازی از گذر تعیین محدودیت‌هایی برای کاربران فضای سایبر عقب مانده و در آینده‌ای نه چندان دور، اموال و دارایی‌های اشخاص در فضای سایبر، با خطرات و تغییرات بسیاری همراه خواهد بود. فلذا امنیت اشخاص و کاربران با مخاطراتی همراه است که به فاصله‌ی کوتاه‌ترین زمان، محتمل است که اموال و دارایی‌های مجازی اشخاص از بین برود.

۲،۲،۵. تصرف در اموال مجازی از نگاه بیلمنت

گذشته از توضیحات بیان شده، سه نظر در قالب مفهوم مال موضوع بیلمنت داده شده است که به نظر می‌آید، در حال حاضر، دسته‌های اول و دوم اموال، یعنی اموال مادی و اموال غیر مادی غیر فکری که اسناد آن‌ها مکتوب بوده و قابلیت تصرف را دارد، مد نظر طیف گسترده‌ای از نویسندگان حال حاضر در حوزه‌ی بیلمنت می‌باشد. مسلم است که اموال مجازی از دسته‌ی حقوق مالی هستند و حقوق نیز زیر مجموعه‌ی اموال منقول در نظر گرفته شده است. پرواضح است که حقوقی چون حق حبس، حق ارتفاق، قابلیت و حقوق معنوی قابلیت رؤیت نیستند ولیکن اموال مجازی قابل رؤیت هستند و بعضاً قابلیت مکتوب بودن را نیز دارند. (بهمن پوری و همکاران، ۱۳۹۳: ۲۴۱) لیکن این داده‌ها و حساب کاربری به صورت

ذاتی حقوق نبوده و تنها انسان‌ها بر آن‌ها حقوقی را دارا می‌باشند. (همان) امید است که در عصر حاضر و با گسترش فناوری، با به رسمیت شناختن دسته‌ی سوم از اموال یعنی اموال مجازی، این اموال نیز در زمره‌ی ساحت بیلمنت قرار بگیرند. چرا که کشور انگلستان از پیشگامان حمایت از آثار مربوط به مالکیت فکری می‌باشد. (زر کلام، ۱۳۸۸: ۹)

مسلم است که در نام دامنه‌های اینترنتی امکان سپردن و تصرف توسط شخصی غیر از دارنده وجود دارد. به‌طور مثال، بسیاری از نویسندگان حقوقی قرارداد اجاره‌ی نام دامنه اینترنتی را برای مدتی صحیح می‌دانند. (نشاط صادقی، ۱۳۹۳: ۱۹۸) در این شرایط، کلید، رمز و اطلاعات نام دامنه برای مدتی به شخصی غیر از دارنده سپرده و تحویل می‌شود. در بلاک چین و کیف پول دیجیتال نیز دارنده کلید خصوصی یا کلید رمزنگاری شده را برای مدتی در اختیار شخص ثالثی قرار داده و بدین وسیله آغاز تصرفات و تحقق بیلمنت را اعلام می‌دارد. چرا که از شرایط اساسی و مولد بیلمنت، به تصرف دادن مال موضوعه می‌باشد.

در کشورهای انگلستان و آمریکا، اموال فکری قابل ترهین و توثیق هستند. اساساً در کامن لاهر نوع مالی قابل رهن گذاری است. طیفی از حقوقدانان کشور انگلستان تصریح کرده‌اند که هر مالی شامل اموال غیر منقول، اموال شخصی، اموال عینی و دینی، اموال موجود و حتماً مالی که در آینده تحصیل^۱ خواهد شد، می‌تواند مورد رهن قرار بگیرد. (نیک فرجام، ۱۳۹۰: ۲۲۶) اما اموال غیر منقول به رهن گذاشته شده، به هیچ وجه در گستره‌ی بیلمنت قرار نمی‌گیرند. در ماده‌ی ۲۰۵ قانون حقوق اموال انگلستان مصوب ۱۹۲۵ م.^۲ در رابطه با رهن آمده است که؛ رهن شامل هر نوع گرو یا حق حبس است که نسبت به هر نوع مالی به منظور تضمین مبلغی پول یا ارزش مالی برقرار می‌شود. قبض در رهن از اهمیت بالایی برخوردار است لیکن شرط صحت عقد نمی‌باشد. در نظام کامن لاه، دو مفهوم رهن و وثیقه از یکدیگر متمایز و منفک می‌باشند. برای پی بردن به تفاوت‌های میان این دو مفهوم

1 - Future Property

2 - Act Of Property Legislation 1925

نیاز است که وثیقه به خوبی تعریف شود.

وثیقه به معنی این است که شخصی کالای معینی را به عنوان تضمین انجام تعهدی یا پرداخت دین خود، در اختیار شخصی دیگر یا نماینده وی قرار دهد، تا در صورت ایفای تعهد، وثیقه گیرنده آن را به او بازگرداند و در غیر این صورت، از محل فروش آن کالا، حقوق خود را استیفا نماید. (Mann P770, 2010) لذا چیزهایی قابلیت توثیق را دارند که بتوان در آن وضع ید کرد و به عبارتی بهتر، قابلیت تصرف در آن موجود باشد. بنابراین اموالی مانند کالا، اسناد مالکیت نظیر سند قبض انبار و سند بارنامه، سهام و اوراق قرضه که قابلیت تصرف را دارند، می توانند به وثیقه گذارده شوند. به نظر می رسد علت این که اسناد قابل تصرف و به تبعیت از آن قابلیت وثیقه و رهن را دارند، این است که این اسناد، نماینده‌ی موضوع کالای خود هستند و تصرف آن ها در حکم تصرف کالای موضوع آن اسناد به حساب می آید. (نیک فرجام، ۱۳۹۰: ۲۲۵)

در حقوق ایران، اموال مادی اعم از منقول و غیر منقول قابلیت رهن گذاری را دارند. ناگفته نماند که قانون مدنی به صراحت بیان کرده است که دین و منفعت قابلیت به رهن گذاری را ندارند. در عقد رهن، نظر به این که قبض، شرط صحت آن می باشد، دین، منفعت و دارایی های فکری را در سیطره‌ی خود جای نمی دهد. چرا که به نظر طیف گسترده‌ای از حقوقدانان، قبض و تصرف در دیون و دارایی های فکری ممکن نیست. (دلشاد معارف، ۱۳۹۳: ۱۳) اما باید گفت که همان طور که در مباحث گذشته اشاره شد، قبض و تصرف در اموال مختلف، متفاوت است. لذا قبض در اموال فکری، دیون و اموال مجازی نیز وجود دارد ولیکن از قبض و تصرف در اموال مادی اندکی متفاوت تر خواهد بود. البته اوراق مشارکت، سهام، بارنامه و قبض انبار به دلیل این که نماینده‌ی خود کالا و مال ملموس می باشند، قبض صورت گرفته و رهن آن ها معتبر خواهد بود.

لازم به ذکر است که عده‌ای بر این باورند که در رهن دین، تحقق مفهوم قبض که شرط وقوع عقد است، محل تردید است، چرا که ظاهر نصوص وارده، حکایت از این دارد که آن چه به قبض داده می شود، باید خود رهنه‌ای باشد که موضوع عقد قرار گرفته نه فردی از افراد

آن. (همان: ۱۰) هر چند بر آن، قبض عرفی اطلاق می‌شود. زیرا، قبضی که از ادله به ذهن متبادر می‌شود با قبض عرفی ملازمه‌ای ندارد. (شکری، ۱۳۹۰: ۷۷) مع الوصف، رهن در حقوق دو کشور احکام متفاوتی دارد، اما وثیقه در حقوق انگلستان از جهات مال موضوع آن، شرط قبض و حفظ مالکیت مال برای وثیقه‌گذار، شبیه احکام رهن در حقوق ایران است. (همان) نظر به این که رهن به عنوان یکی از مصادیق بیلمنت به‌شمار می‌آید و تصرف در آن شرط تحقق بیلمنت محسوب می‌شود، بالاستدلال بیان شده و عرفی بودن تصرف و قبض در تمامی اموال، عنصر تصرف در اموال مجازی همچون دین و منفعت قابل تصور است. مسلم است که اموال مجازی در راستای امکان تصرف به جهت قابلیت رؤیت و بعضاً کتابت آن‌ها از دین و منفعت، پیشی گرفته‌اند.

به همین جهت، به نظر می‌رسد که در ارتباط با قواعد بیلمنت که ریشه در همین نظام حقوقی دارد، بایستی تجدیدنظری در رابطه با به رسمیت شناختن همین قسم اموال رخ دهد. در حقوق ایران، منقول یا غیر منقول بودن مال تأثیری در تحقق امانت ندارد. به طور مثال، اجاره‌ی اموال غیر منقول از گستره‌ی احکام بیلمنت خارج است. ولیکن در حقوق ایران، اجاره‌ی اموال غیر منقول همانند اجاره‌ی اموال منقول، در قلمرو امانات قرار می‌گیرند. همان طور که پیش‌تر اشاره شد، اموال به دو دسته‌ی اموال مادی و غیر مادی یا معنوی تقسیم می‌شوند که در حقوق ایران نیز تاکنون از همین تقسیمات پیروی شده است. بنابراین، با این وصف، اموال مجازی به عنوان دسته‌ای جدید از اموال غیر مادی در حقوق ایران، تاکنون، مطرح نشده است.

۲،۳. باز پس‌گیری کالا و تحویل آن به بیلور

برای این که رابطه بیلمنت محقق گردد لازم است تا مال موضوع بیلمنت به بیلور مسترد شود. به این خاطر که مالکیت کالا به بیلی منتقل نخواهد شد، حتا اگر مال در شکلی جدید به مالک یا بیلور مسترد گردد. اما مسأله این است که در جایی شرط شود که بیلی به جای بازگرداندن عین کالا، وجه یا کالایی با ارزش برابر به جای مال مطروحه داده شود، قضیه به

چه شکل خواهد بود؟ پرواضح است که در این فرض، گمان انتقال مالکیت صورت گرفته و بیلمنت محقق نشده است. (p298,2004,Dempster)

چنانچه در کالاهای مثلی، استرداد عین لازم نیست بلکه برگرداندن مثل مال تحویل گرفته شده، همچنان تحت چارچوب بیلمنت اعتبار دارد و احکام آن لحاظ می شود. مطلب بحث برانگیز دیگری که در قالب نظام حقوقی انگلستان و آمریکا ذیل عنوان بیلمنت مطرح شده است، این است که مالی که به بیلی داده شده تا در بازه زمانی مشخصی از مال مطروحه مراقبت کرده و آن را در حالی که تغییر شکل یافته به بیلور مسترد نماید. در این فرض نیز گستره ی بیلمنت حاکم است. برای مثال، کرم هایی را به بیلی داده و با مراقبت های بیلی، کرم ها در قالبی جدید به شکل پروانه تبدیل می شوند. یا در مثالی دیگر، بیلی صاحب کارخانه ی یخ سازی بوده و بر طبق موافقت نامه ای چند هزار لیتر متر مکعب آب مورد نیاز را به بیلی داده تا بعد از مدتی به یخ تبدیل نماید. بنابراین مثال های طرح شده در گستره ی بیلمنت قرار می گیرند.

اما ناگفته نماند که در صورتی می توان کالاهای تغییر شکل یافته را بیلمنت محسوب نمود، که شرط تغییر شکل یافتگی، در قرارداد فی مابین، آورده شده باشد. چرا که اگر این شرط به صورت ضمنی یا صریح، در قرارداد ذکر نشود، صورت مطروحه انتقال مالکیت است نه بیلمنت. (p50, 1998, Benjamin & p302, 2004, Dempster) حال آن که در حقوق ایران چنین تفکیکی بین اموال مثلی و اموال قیمی وجود ندارد و بی شک در مثال های مذکور، انتقال مالکیت صورت گرفته است. در حقوق ایران نیز لزوم استرداد عین و عدم انتقال مالکیت به امین مشهور است. عقود نظیر اجاره، عاریه که از جوه تمایز ید امانی باید مالکانه است. همان طور که پیش تر بیان شد، در حقوق ایران، تفکیکی میان اموال مثلی و قیمی وجود ندارد و در صورتی که عین کالا مسترد نشود، عقد یا قرارداد طرح شده از حمایت احکام امانت

بر خوردار نخواهد بود. چنانچه که در عقد قرض، عین مال مقروضه، به ملکیت مقترض در آمده و وی مکلف به رد مثل آن است. مع الوصف در این جا انتقال مالکیت صورت گرفته، و عقد قرض تابع احکام امانات نمی باشد.

به نظر نویسندگان، امکان تصرف و تحویل دادن مال مجازی وجود دارد. لیکن در کنار تصرف و منقول بودن مال، عنصر استرداد مال موضوعه نیز از شرایط اساسی تحقق بیلمنت به شمار می آید. با چنین توصیفی، آیا اموال مجازی قابل استرداد به مالک یا متصرف اصلی هستند؟ همان طور که پیش تر بیان شد، در هدایت و مالکیت دارایی های مجازی همچون، ارز دیجیتال، بلاک چین و کیف پول دیجیتالی، کلیدهای عمومی و خصوصی اهمیت ویژه ای دارند. لذا کاربری که به وسیله ی کلید به اکانت و کیف پول دسترسی پیدا می کند مالک یا دارنده محسوب می شود. پرواضح است که حفظ کلید خصوصی در این اموال از اهمیت کلیدی برخوردار بوده و در صورت به سرقت رفتن یا مفقودی کلید خصوصی، امکان بازیابی یا بسته شدن حساب کاربری در این شبکه وجود نخواهد داشت. مسلم است با مسترد کردن کلید خصوصی به مالک یا متصرف اصلی، بیلمنت محقق خواهد شد. اما با چنین توصیفی سپردن و به تصرف دادن کلید خصوصی و اطلاعات حساب کاربری دارایی های نامبرده، امری غیر عقلایی به نظر می رسد.

با توجه به مطالب ارائه شده، امکان تصرف نام دامنه های اینترنتی همانند گونه های پیشین اموال مجازی امکان پذیر است. ولیکن استرداد آن به عنوان شرط دیگر تحقق بیلمنت نیز مدنظر است. به نظر نویسندگان، نام دامنه های اینترنتی پیچیدگی فنی بلاک چین و کیف پول دیجیتال را ندارند. لذا استرداد آن ها با سهولت و آسودگی خاطر بیشتری همراه بوده و از حمایت قانون تجارت الکترونیک مصوب سال ۱۳۸۲ خورشیدی ایران نیز برخوردار هستند.

اما یکی از روابط بحث برانگیزی که در گستره ی بیلمنت قرار گرفته است، رابطه ی طرح شده بین غاصب و بیلور است. به این منظور که کالایی که تحت تصرف و استیلا ی بیلور بوده است و سارق کالای مورد نظر وی را می رباید، در نتیجه جرم سرقت واقع می شود. عده ی کثیری از

حقوقدانان حوزه‌ی بیلمنت بر این باور هستند که غصب تحت عنوان بیلمنت قابل طرح است و غاصب، امین یا بیلی محسوب می‌شود. (p143,2016,Hirschprung) به نظر می‌آید شرط رضایت بیلور و قبولی صریح یا ضمنی وی به‌طور کامل مخدوش است. چرا که عنصر رضایت بیلور در رابطه‌ی بیلمنتی که ناشی از غصب یا سرقت است کاملاً مفقود است. با توجه به ساختار و مکانیسم نهاد بیلمنت، آشکار است که به عنصر قبولی بیلی به حالت صریح یا ضمنی در زمانی نیاز است که شالوده‌ی بیلمنت بر پایه‌ی قرارداد باشد. (Ibid) پروا واضح است در جایی که با غصب از اقسام ضمانات قهری مواجه هستیم، وجود قبولی بیلور بی معنا خواهد بود.

در حقوق ایران، ضمان مقبوض به عقد فاسد یکی از مصادیق قاعده‌ی مایضن بصحیحه یضمن بفاسده است. (محرمی و سیدبنایی، ۱۳۹۳: ۱۱۷) به این معنا که مالی بر اساس عقدی فاسد، به قبض و تصرف امین یا مشتری درآمده، در نتیجه با ضمان قبض کننده مواجه ایم. زیرا عقد باطل اثری در انتقال مالکیت نداشته و قبض کننده باید مال را به سرعت به مالک آن مسترد نماید. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵: ۱۶۲ و نوروزی، ۱۳۸۴: ۱۰۶) به عبارتی بهتر، قابض ضامن مال می‌باشد. همان‌طور که در مواد ۳۶۵ و ۳۶۶ ق.م. همین قاعده بیان شده است. پر واضح است که غاصب مال، ضامن عین آن است و در صورت تلف یا نقص مال در برابر مالک، مسؤول است. در منابع فقهی و حقوق مدنی ایران در این باره، تردیدی وجود ندارد. (میرشکاری، ۱۳۹۰: ۵۱) نکته جالب در این است که غصب به عنوان یکی از اقسام بیلمنت در سال ۱۹۹۴ م. اعلام شده است، حال آن که در حقوق ایران، غصب از جمله مصادیق ضمان به‌شمار آمده و هیچ‌گاه مشروعیتی به غاصب در برابر مالک داده نشده است.

۳. تصرف در باربری دریایی از منظر نهاد بیلمنت

یکی از مصادیق امانت در حقوق ایران، باربری دریایی است و در کامن لاینز، گاه از تعهدات ناشی از قرارداد باربری، تحت عنوان بیلمنت بحث می‌شود. چنانچه بیان شد، عنصر حیاتی بیلمنت، تصرف و وضع ید بیلی است. حال در قرارداد باربری دریایی آیا عنصر تصرف، وضع ید بیلی و تسلط وی بر کالاها وجود دارد؟ واضح است که در این قرارداد، بیلور به‌عنوان

فرستنده کالاها را به متصدی باربری برای نگهداری و حمل درست، مطابق شرایط مندرج در قرارداد می‌سپارد و در ازای تحویل کالا متصدی حمل اقدام به صدور بارنامه دریایی می‌نماید. بنابراین متصدی باربری موظف به مراقبت از کالا می‌باشد. بی‌شک عنصر تصرف که مولد نهاد بیلمنت است، در قرارداد باربری دریایی وجود داشته و این قرارداد را در گستره‌ی بیلمنت قرار می‌دهد.

برای تحقق بیلمنت، نیاز بود که مال مورد نظر، مالی منقول باشد. لذا اموال غیر منقول یا انسان نمی‌تواند موضوع بیلمنت واقع شوند. در نتیجه، چنانچه قرارداد باربری دریایی در ارتباط با سفر دریایی مسافرین منعقد شود، در گستره‌ی بیلمنت قرار نخواهد گرفت و احکام بیلمنت در آن جاری نخواهد بود. همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، در خصوص لزوم مادی بودن کالای موضوع بیلمنت، اختلاف نظر وجود دارد. دیدگاه طیف گسترده‌ای از حقوقدانان بر این بود که لازم نیست کالای منقول مورد نظر، عین مادی و از دارایی‌های ملموس باشد، همین که اسناد آن‌ها ملموس و مادی باشد، برای تحقق بیلمنت کافی خواهد بود. نظیر حقوق ناشی از سفته، اوراق قرضه شرکت‌ها، سهام شرکت‌ها، بارنامه، بیمه‌نامه، اسناد مالکیت، سهام و غیره که می‌توانند در ساحت اموال موضوع بیلمنت قرار بگیرند.

البته در کنوانسیون رتردام، صدور اسناد حمل به صورت الکترونیکی پذیرفته شده و از آن سابقه الکترونیکی که تحت کنترل انحصاری است، نام می‌برد. (تقی‌زاده، ۱۳۹۴: ۸۲) به این معنا که سابقه‌ی الکترونیکی معتبر است که همراه با تصرف صاحبان بارنامه همراه باشد. به صورتی که صاحب بارنامه بتواند سوابق الکترونیکی خود را تماماً به شخصی دیگر منتقل نماید. (همان) بنابراین با سوابق الکترونیکی که کاملاً غیر مادی و غیر ملموس می‌باشند هم، امکان تصرف و کنترل ایجاد می‌شود و کنوانسیون رتردام صدور این اسناد را پذیرفته است.

در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در ماده ۲، فروش برخی چیزها از شمول کنوانسیون خارج شده است. خرید و فروش سهام، اوراق و گواهی‌های سرمایه‌گذاری، اوراق بهادار و اسناد تجاری از شمول این کنوانسیون خارج می‌باشند. (شیروی، ۱۳۹۴: ۱۸۲) دلیل آن نیز

این است که این کالاها غیر مادی و غیر ملموس می‌باشند. در صورتی که کالا، اصولاً به چیزهای مادی اطلاق می‌شود که فضایی را متناسب با خود اشغال نموده و می‌توان به آن اشاره نمود. از طرفی نیز، خرید و فروش این کالاها نیازمند مقرراتی خاص است. البته نقل و انتقال اسنادی که دلالت بر تسلیم و تسلیم دارد مانند گواهی انبار و بارنامه مشمول تعریف کالا در کنوانسیون می‌باشند. (همان)

افزون بر آن، از آن جایی که اصطلاحات اینکوترمز تنها ناظر بر قراردادهای بیع می‌باشد، لذا استفاده از اینکوترمز در بیعی که مبیع آن کالای مادی می‌باشد، مورد استفاده قرار خواهد گرفت. (همان) مع الوصف، در جایی که مبیع نرم‌افزار یا اوراق بهادار می‌باشد، اینکوترمز قابلیت استفاده را نخواهد داشت. بنابراین، در حال حاضر، مقررات بین‌المللی تنها کالایی را مورد پذیرش نهایی خود قرار می‌دهند که وجود ملموس و مادی داشته یا از اسناد بارنامه و سند قبض کالا توسط انباردار باشد. همان‌طور که پیش‌تر در بحث منقول بودن کالا صحبت شد، این ایرادات به قوانین بین‌المللی وارد است که کالاتنها کالایی با وجود ملموس و خارجی نمی‌باشد و در حال حاضر، اموال با ارزش تری همانند دارایی‌هایی که زاینده‌ی فکر بشریت می‌باشند، وجود دارند که در زمره قواعد و مقررات بین‌المللی و حمل و نقل کنونی، جایی نخواهند داشت.

۴. نتیجه و پیشنهادها

بنابر مطالب بیان شده، بیلمنت در حقوق ایران به مفاهیمی همچون ودیعه، کفالت، تحویل گرفتن، ضمانت، وثیقه گذاری و امانت‌گیری ترجمه شده است. لذا اشتراک همه‌ی این مفاهیم، جریان داشتن قاعده‌ی استیمان و امانت در آنها است. ازین رو، برخی از حقوقدانان ایران، به تسامح بیلمنت را مترادف امانت معنا کرده‌اند، چرا که در بسیاری از احکام گستره‌ای مشابه و عملکردی یکسان از نهاد بیلمنت در کامن‌لا و نهاد امانت در حقوق اسلامی در دست است. تصرف در تحقق بیلمنت نقش به‌سزایی دارد. به نظر نویسنده، قبض و تصرف به صورت عرفی در تمامی اموال وجود دارد و تصرف در معنای فیزیکی منظور نمی‌باشد.

تصرف در هر مالی بنا بر نوع و صنف مال موضوعه، متفاوت خواهد بود. به طور مثال، تحویل کلیدهای اتومبیل به عنوان مالی منقول و تحویل کلید خانه و تخلیه‌ی آن به عنوان مالی غیر منقول تصرف محسوب می‌شوند. برای اموال معنوی نیز حقوق مطروحه را می‌توان منتقل یا تصرف و در اموال مجازی مانند نام‌های دامنه اینترنتی، فناوری بلاک چین و کیف پول دیجیتال، می‌توان کد ریجستری شده، کلید خصوصی و سایر کدهای رمزنگاری شده آن را به شخصی دیگر واگذار نمود و این گونه عنصر تصرف در این اموال قابل تصور است. در همین راستا، به نکات زیر اشاره می‌شود:

۱) در ارتباط با اموال مجازی بایستی پژوهش‌های بیشتری در سطح ادبیات داخلی و جهانی صورت بگیرد و پس از آن بر امکان سنجی مال مجازی به عنوان گونه‌ای جدید از اموال تفکر بیشتری شود. چرا که اموال مجازی در عصر فناوری چهارم منظور عصر فناوری بلاک چین حرف‌های بسیاری دارد و این بر عهده‌ی پژوهشگران است که در جهت فرهنگ‌سازی و قانون‌گذاری این اموال بکوشند. گفتنی است که در کنوانسیون رتردام صدور بارنامه‌های الکترونیکی و استفاده از سوابق الکترونیکی به جای بارنامه‌های کاغذی از نوآوری‌های این کنوانسیون است که این سوابق را تحت کنترل و تصرف اشخاص دانسته و اشخاص با نقل و انتقال آن نیز می‌توانند مبادلات روزمره‌ی خود را به راحتی انجام دهند. لذا به نظر نویسنده دور از ذهن نیست در آینده‌ی نزدیک، اموال مجازی به رسمیت شناخته و انعکاس آن در کنوانسیون‌های دریایی بعدی و پروتکل‌های اصلاحی آن‌ها مشاهده شود.

۲) آزادی‌های بی‌حد و حصری در ارتباط با اموال مجازی موجود است که در آینده سودجویان را به این فکر وامی‌دارد که به اموال و دارایی‌های کاربران فضای سایبر دست‌درازی نمایند. چرا که حدود و ثغوری برای اشخاص در ارتباط با دارایی‌های مجازی تعیین نشده است. به نظر می‌رسد با توجه به ارائه برخی از مشکلات این اموال، قانون‌گذار هر چه سریعتر در بهبود شرایط و به منظور پیشگیری از آلودگی فضای سایبر و مخاطرات بسیار کاربران اندیشه نماید. به طور مثال، در راستای داد و ستد اموال مجازی

محدودیت‌های مکانی یا زمانی قائل شود.

۳) در سازمان بنادر و دریانوردی لازم است که پژوهشی همه‌جانبه نسبت به مفهوم بیلمنت و جایگاه این قواعد در نظام باربری صورت بگیرد، چرا که ریشه‌های حقوق دریایی در نظام کامن‌لا است. در نتیجه، برای شناخت بهتر مفاهیم کامن‌لا، بهتر است که پژوهش لازم انجام شود.

منابع:

۱. آقای، بهمن، (۱۳۸۲)، فرهنگ حقوقی بهمن: انگلیسی-فارسی، تهران، گنج دانش.
۲. امامی، سیدحسن، (۱۳۹۱)، حقوق مدنی، ج. ۲، ج. ۲۴، قم، انتشارات اسلامی.
۳. "....." (۱۳۷۷)، حقوق مدنی، ج. ۴، قم، انتشارات اسلامی.
۴. ارزانیان، نسترن، (۱۳۹۶)، «بلاک چین و ارز دیجیتال در ایران، قانون‌گذاری، چالش‌ها و راهکارها»، اولین کنفرانس رگولاتوری بلاک چین و رمز ارزها.
۵. اکبری دهنو، میثم، حاجیان، هانی، پارساپور، محمد باقر، (۱۳۹۴)، «عقود امانی غیرمضمونه و مضمونه»، فصلنامه حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، دوره ۱۲، ش. ۲.
۶. تاجر بادامچی، سعید، (۱۳۹۶)، «بررسی قانون‌گذاری، نظارت و عملکرد بلاک چین»، اولین کنفرانس رگولاتوری بلاک چین و رمز ارزها.
۷. بهمن پوری، عبدالله، شادمان فر، محم رضا، پورغلامی، فرآشبندی، مجتبی، (۱۳۹۳)، «بررسی فقهی حقوقی مال بودن داده‌های رایانه‌ای»، فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه تهران، سال چهل و هفتم، ش. ۲۰.
۸. پورخصالیان، عباس، (۱۳۹۰)، وضعیت حقوقی نام دامنه‌های اینترنتی در ایران و جهان، دفتر مطالعات ارتباطات و فناوری‌های نوین مجلس شورای اسلامی ایران.
۹. تقی زاده، ابراهیم، (۱۳۹۴)، حقوق حمل و نقل دریایی، ج. ۴، تهران، انتشارات مجد.
۱۰. جعفری، نصراله، سرمدی، پگاه، (۱۳۸۹)، «تبدیل امانت مالکانه به امانت شرعی و آثار آن»،

- پژوهشنامه‌ی فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات، سال سوم، ش. ۵.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۶)، الفارق، جلد اول، تهران، گنج دانش.
 ۱۲. حبیب‌زاده، طاهر، (۱۳۹۰)، «گذری بر حقوق مالکیت معنوی»، www.drhabibzadeh.com، آخرین بازدید: ۱۵ بهمن ۱۳۹۷.
 ۱۳. «مدیریت جامع نام‌های دامنه اینترنتی»، www.drhabibzadeh.com، (۱۳۹۳) «.....»، آخرین بازدید: ۱۵ بهمن ۱۳۹۷.
 ۱۴. خمینی، سید روح اله، (۱۳۶۶)، تحریر الوسیله، ج. ۵، قم، انتشارات دارالعلم.
 ۱۵. دارایی، محمد هادی، (۱۳۹۷)، «بررسی تأسیس Bailment در نظام کامن لا و مطالعه تطبیقی در حقوق ایران»، مجله حقوق تطبیقی، دانشگاه تهران.
 ۱۶. دهقانی، ایمان، فلاح، محمدرضا، جمشیدی، یوسف، (۱۳۹۳)، «انقلاب ید امانی به ید ضمانی»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی، سال دهم، ش. ۳۵.
 ۱۷. دلشاد معارف، ابراهیم، (۱۳۹۳)، «مبنای فقهی و حقوقی قبض در عقد رهن»، مطالعات فقهی و فلسفی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد قم، سال پنجم، ش. ۱۸.
 ۱۸. زر کلام، ستار، (۱۳۸۸)، حقوق مالکیت ادبی و هنری، ج. ۲، تهران، انتشارات سمت.
 ۱۹. شکری، فریده، (۱۳۹۰)، «رهن دین در نظام حقوقی ایران»، مجله حقوقی دادگستری، قوه قضائیه، سال ۷۵، ش. ۷۵.
 ۲۰. شهیدی، مهدی، (۱۳۹۳)، حقوق مدنی: اصول قراردادها و تعهدات، ج. ۲، تهران، انتشارات مجد.
 ۲۱. «.....»، حقوق مدنی: تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، انتشارات مجد.
 ۲۲. صادقی نشاط، امیر، (۱۳۹۳)، «حق سرقفلی در فروشگاه‌های مجازی»، فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره پنجم، شماره اول.
 ۲۳. صادقی، محسن، (۱۳۸۶)، «بررسی نام‌های دامنه از منظر حقوق مالکیت فکری با نگاهی به حقوق ایران»، فصلنامه فقه و حقوق، سال چهارم، شماره اول.
 ۲۴. صفایی، سید حسین، (۱۳۹۶)، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اشخاص و اموال، تهران، انتشارات میزان.

۲۵. عبدی پور فرد، ابراهیم، وصالی ناصح، مرتضی، (۱۳۹۶)، «ابعاد فقهی و حقوقی بازی‌های مجازی»، فصلنامه راهبرد اجتماعی فرهنگی، پژوهشکده تحقیقات راهبردی، سال ششم، ش ۲۳.
۲۶. «توسعه مفهوم و مصادیق مال در فضای مجازی» (مطالعه تطبیقی مالیت داده‌های رایانه‌ای در حقوق اسلام، ایران و کامن لا)، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دانشگاه قم، سال چهارم، شماره اول.
۲۷. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۶)، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت، تهران، انتشارات میزان.
۲۸. کاظمی، حمید، (۱۳۹۳)، «بررسی اصول مسؤلیت در حمل و نقل، از نظریه تا عمل؛ نگاهی به موضوع در نظام کامن لا»، نشریه مطالعات حقوق تطبیقی، دانشگاه تهران، دوره ۵، شماره اول.
۲۹. محرمی، بحر علی سیدبنایی، سیدباقر، (۱۳۹۳)، «احکام مقبوض به عقد فاسد از دیدگاه مذاهب خمسسه و حقوق ایران»، فصلنامه علمی پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه تهران، سال هفتم، ش ۲۱.
۳۰. محمدی، پژمان، اسدی، روح اله، (۱۳۹۱)، «ماهیت انتقال مالکیت اموال غیرمادی غیرفکری»، دوفصلنامه دانش و پژوهش حقوقی، دانشگاه شهید چمران اهواز، دوره اول، شماره اول.
۳۱. محمودی، اصغر، (۱۳۹۱)، «ماهیت حقوق مالکیت فکری و جایگاه آن‌ها در حقوق اموال»، دوفصلنامه علمی پژوهشی دانش حقوق مدنی، دانشگاه پیام نور، ش ۲۰.
۳۲. مکی عاملی، شمس الدین محمد، (۱۴۱۲)، فقه الامام الصادق (ع).
۳۳. موسوی بجنوردی، سید محمد، (۱۳۸۵)، قواعد فقهیه، جلد اول، تهران، انتشارات مجد.
۳۴. «حسینی نیک، سید عباس، (۱۳۹۴)، «ماهیت ملک و مالکیت در اموال فکری با رویکردی به نظر امام خمینی»، پژوهش نامه متین، سال هفدهم، ش ۶۷.
۳۵. میرشکاری، عباس، (۱۳۹۰)، «بررسی استحقاق غاصب نسبت به افزایش قیمت مال مغضوب»، مجله‌ی قضاوت، قوه قضائیه، ش ۷۴.
۳۶. میر سعیدی، سید منصور، سلیمان دهکردی، الهام، (۱۳۹۶)، «بازشناسی اطلاعات مالی در ترازوی حقوق اموال و مالکیت»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، دانشگاه علامه طباطبائی، سال ششم، ش ۲۰.
۳۷. نوروزی، بهروز، (۱۳۸۴)، «قبض و آثار آن در حقوق ایران»، ماهنامه کانون، کانون سردفتران و

دفتریاران، سال چهل و هشتم، دوره دوم، ش. ۵۶.

۳۸. نیک فرجام، کمال، (۱۳۹۰)، «رهن و وثیقه اسناد براتی در حقوق ایران و انگلیس»، فصلنامه علمی پژوهشی دیدگاه‌های حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری تهران، دوره ۱۷، ش. ۵۷.
39. Alden, E, (2016), “**Rethinking Promissory Estoppel**”, Nevada Law Journal, 16(2).
40. Anne, Elizabeth, (2015), **Cryptocurrencies and the Anonymous Nature of Transactions on the Internet**, Oregon State University.
41. Al Ramahi M. S, (2006), **Internet domain names & Trademark Law: Does the current legal scheme provide an adequate protection to domain names under the US & the UK jurisdictions?**
42. Bakhtiarvand.M, (2016), “**Legal nature and protection of domain names whit emphasis on iranian law**”. journal of intellectual property rights.
43. Benjamin-Judah Philip, (1998), **Benjamin`S Sale Of Goods**, London, Sweet & Maxwell Limited.
44. Birks-Peter, (2000), **English Private Law**, Oxford University Press.
45. Black. H. C, (2009), **Black`S Law Dictionary**, United States: Thomson Reuters.
46. Cain. P, (2014), **Complexity, Confusion And The Multifaceted Legal Roles Of The International Freight Forwarder**.
47. Chambers-Robert, (2016), “**The End of Knowing Receipt**”, Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law, Volume2.
48. Clarke-Alison & Kohler-Paul, (2005), **Property Law Commentary And Materials**, Cambridge University Press.
49. De Beer, Jeremy, Doyle, Tarcey, (2016), **Dealing With Digital Property In Civil Litigation**, University Of Ottawa.
50. Dempster. H, (2004), “**Clearing the Confusion Surrounding Bailment: Bailment as an Exercise of Legal Power by the Bailor**”, Common Law World Review, 33(4).
51. Dunn, Adam, (2014), “**The Relationship Between Domain Names And Trademark Law**”, Central Europeun University.
52. Fitzgerald, Brian F, (2001), “**Digital Property: The Ultimate Boundary?**”, Roger

- Williams University Law Journal 47.
53. Garner, Bryan, (2009), **Black's Law Dictionary**, USA, West Publishing Company.
54. Halaburda, Hanna ,(2016) , **Beyond Bitcoin**, Palgrave Macmillan.
55. Helmholtz, R. H, (1992), "**Bailment Theories and the Liability of Bailees: The Elusive Uniform Standard of Reasonable Care**", Kansas Law Review, vol 41.
56. Hirschprung-Martin. "**Ownership Is Nine-Tenths Of Possession: How Disparate Concepts Of Ownership Influence Possession Doctrines**", Vermont Law Review, Volume 41, 2016.
57. Howe-Zach, (2016), "**Deposits As Debts: The Peculiar Relationship Between Bank And Depositor**", Umkc Lawreview, Volume 84:4.
58. Lee, A, (2001), "**Recovery of Chattles in the Common and Civil Law**", Australian Law Journal, Vol 82.
59. Keenan-Denis, (2008), **Smith & Keenan`S English Law**, Uk, Longman.
60. Mann, R. A, Roberts, B. S, (2010), **Essentials Of Business And The Legal Environment**, United States: South-Western Cengage Learning.
61. Mayer, D. Warner. D. M, Siedel. G. J, Lieberman, J. K, (2012), **The Law, Sales And Marketing**, United States: M.D University College, V.1.0.
62. Miller, R. L, Jentz, G. A, (2010), **Fundamentals Of Business Law: Summerized Cases**. United States: South- Western Cengage Learning.
63. Merrill. T, Smith. H, (2001), "**The Property/Contract Interface**", Columbia Law Review, Vol 101.
64. Merges, Robert P, (2008), **The Concept Of Property In The Digital Era**, Berkeley Law Scholarship Repository.
65. Murphy, Tim, Roberts, Simon, Flessa, Tatiana, (2004) **Understanding Property Law**, London, Sweet & Maxwell.
66. Nelmark. D, (2004), **Virtual Property: The Challenges of Regulating Intangible**, Exclusionary Property Interests such as Domain Names, Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, Volume 3, Article 1.

67. Newman, C. M, (2015), **Bailment and the Property/Contract Interface**, United States: George Mason University Legal Studies Research Paper Series.
68. Nicol, D. (2004), “**Property In Human Tissue And The Right Of Commercialisation: The Interface Between Tangible And Intellectual Property**”, Monash University Law Review (Vol 30, No 2 (04).
69. Palmer, Norman, (2005), **Adrift on a Sea of Troubles: Cross- Border Art Loans and the Specter of Ulterior Title.**

نقش شبکه‌های اجتماعی در تزییع حقوق کودکان



دکتر سید محمد مهدی غمامی^۱
محمد رضا علی پور^۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۲/۰۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۲/۱۶

چکیده:

شبکه‌های اجتماعی به عنوان جزئی از زندگی امروز جامعه که ابعاد مجازی گسترده‌ای به خود گرفته، تأثیر بسزایی در باورها و رفتارهای اجتماعی داشته و زمینه‌ی بسیاری از وقایع اجتماعی را فراهم می‌آورد. از این رو، بر دولت‌هاست که از طریق ابزارهای تنظیمی، در راستای صیانت از ارزش نظم عمومی و اخلاق حسنه و همچنین حقوق و آزادی‌های عمومی نسبت به این تحولات و اثرگذاری‌های اجتماعی واکنش حقوقی مناسب نشان دهد. از طرفی، کودکان به عنوان بخشی مهم از جامعه در معرض خطر تزییع حقوقشان قرار دارند و قانون‌بایستی راهکارهای حمایتی خود را از ایشان در برابر آسیب‌های احتمالی مشخص و به نحو مؤثر اعمال نماید. در این مقاله، نگارندگان با در نظر گرفتن ماهیت و کارکرد شبکه‌های اجتماعی و با روشی توصیفی - تحلیلی، به این سؤال پاسخ داده‌اند که «جنبه‌های کیفی حاصل از سوءاستفاده از شبکه‌های اجتماعی چیست؟ و آیا جرم‌انگاری‌های انجام شده می‌تواند واکنش متناسب و اثرگذاری در زمینه پیشگیری و مقابله با جرایم مرتبط داشته و موجب صیانت از حقوق عامه به ویژه حقوق کودکان باشد؟» در راستای پاسخگویی به این سؤال ضمن بررسی شبکه‌های اجتماعی و حقوق به رسمیت شناخته شده‌ی کودکان و آسیب‌هایی که ایشان در این فضا با آن‌ها مواجه‌اند، به تحلیل آسیب‌شناسانه قوانین مربوط پرداخته شده و سعی شده راهکارهایی به تناسب شرایط کنونی پیشنهاد شود.

کلیدواژه‌گان: حقوق کودکان، شبکه‌های اجتماعی، اصل حمایت، جرایم رایانه‌ای، نظم عمومی.

۱ - نویسنده مسؤول: استادیار و عضو هیأت علمی گروه حقوق عمومی دانشگاه امام صادق (ع)؛

ghamamy@isu.ac.ir

۲ - دانشجوی کارشناسی ارشد پیوسته معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق (ع).

مقدمه:

بشر در طول حیات خود اعصار گوناگونی را پشت سر گذاشته و هریک از آن‌ها را با الهام از تحول عظیمی که در آن عصر پدید آمده و گامی از رشد و تکامل بشری را رقم زده، نامگذاری کرده است، مانند: عصر آتش، عصر آهن و عصر حاضر که عصر فناوری اطلاعات و ارتباطات نام گرفته است. فلذا مقتضیات خاص خود را نیز برای اداره‌ی آن می‌طلبد. با رشد تکنولوژی‌های جدید در این عصر، شیوه زندگی افراد جوامع مختلف نیز دست‌خوش تغییرات بسیار شده است به اندازه‌ای که این تکنولوژی‌های جدید که خود به سبب مقتضیات روز پدید آمده‌اند، مقتضیات زمانه را مشخص می‌کنند. رایانه‌ها متحول‌کننده‌ی عصر جدید بوده‌اند و تأثیرات اساسی در شیوه‌ی زندگی افراد جوامع داشته‌اند. رشد و پیشرفت سریع این تکنولوژی بدون زمینه‌سازی و در نظر گرفتن مقدمات آن موجب ایجاد عادت‌هایی در عموم مردم شده است. رایانه و اینترنت نقشی اساسی در میان جوامع بشری برای خود باز کرده است تا آن‌جا که بدون آن امکان برنامه‌ریزی، توسعه و بهره‌وری در زمینه‌هایی چون: فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی و علمی در جهان آینده امکان‌پذیر نخواهد بود.

با کوچک شدن ابعاد رایانه‌ها از رایانه‌های غول‌پیکر به رایانه‌های شخصی، لپ‌تاپ‌ها، و در نهایت تبلت‌ها و گوشی‌های تلفن همراه رفته رفته فضایی جدید در زندگی انسان‌ها به وجود آمد، تا اندازه‌ای که امروزه هر فردی، فضای مجازی را جزئی از زندگی خود می‌داند و هر روز ساعات خاصی را به آن اختصاص می‌دهد. از طرفی، دسترسی به فضای مجازی که روزی فقط برای گروه خاصی امکان‌پذیر بود، امروزه برای عامه مردم و سنین مختلف به راحتی قابل دسترسی و استفاده است و کودکان نیز در معرض استفاده از آن قرار دارند و روز به روز سطح دسترسی آنان و آسیب‌های جدی افزایش می‌یابد و این یک چالش جدی در تمام دنیا محسوب می‌گردد. «نگرانی‌های جدی هم در کارند. دنیای آنلاین را چندین میلیارد نفر پر کرده‌اند که عمدتاً معتادان منفعل دستگاه‌ها، اپ‌ها و خدماتی‌اند که یک مشت بنگاه‌های غول‌آسا ساخت‌ه‌اند. بنگاه‌های غول‌آسا و حکومت‌های فضول‌نظارت بر

تک تک حرکاتمان (هم روی اینترنت و هم اکنون روی بسیاری از دستگاه‌ها در جهان واقعی مجهز به جی‌پی‌اس هستند) را کسب کرده‌اند.» (ناتن، ۱۳۹۷: ۶۲) این چالش نسبت به رفتار بزرگسالان از حیث نقض حریم خصوصی، تأمین و تغییر امیال درونی و روابط اجتماعی خود یک چالش است اما وقتی نسبت به کودکان که اساساً فاقد قدرت تمییز و دفاع هستند به یک بحران بدل می‌شود. «شواهد مستدل نشان می‌دهد بسیاری از وقت‌گذاری‌ها با وسایل دیجیتال (به‌ویژه آن‌هایی که شامل تصاویر سریع و خشن هستند) به مغز کودک آسیب می‌زند. کودکان پیش‌دبستانی امروزی بیش از چهار ساعت در روز وقت صرف وسایل دیجیتال می‌کنند و از ۱۹۷۰ م. میانگین سنی شروع استفاده منظم از وسایل دیجیتال از چهار سال به چهار ماه رسیده است.» (کریستاکیس، ۱۳۹۷: ۳۲-۳۳) روانشناسان آنقدر این بحران فراگیر فناوری را خطرناک و گسترده می‌دانند که از آن به «دخاله فناوری در زندگی»^۱ تعبیر می‌کنند. (کریستاکیس، ۱۳۹۷: ۳۶) به این ترتیب، فضای مجازی نه مانند فضای واقعی، که بیش از آن با آسیب‌های عمیق‌تر و خاص‌تری روبه‌رو است و می‌تواند انسان‌های جامعه‌ستیز، درون‌گرا، خشن، بی‌اخلاق، قانون‌گریز، پرخاشگر و بدون تعامل تولید کند، آثار جبران‌ناپذیری که نظام دادن به آن نیازمند تنظیم‌گری و قانون‌گذاری قاطع، بدون تسامح، متناسب با شرایط، جهت رسیدن به هدف مطلوب کنترل فضای مجازی، به‌ویژه حفاظت کودکان در مقابل لجام‌گسیختگی این فضای رازآلود است.

یکی از ابزارها که با ترویج و گسترش فضای مجازی رشد یافت و با استقبال بسیاری نیز مواجه شد، شبکه‌های اجتماعی است. این شبکه‌ها، به گونه‌ای متفاوت، مناسبات اجتماعی و فردی را دچار دگرگونی کرده است؛ به طوری که نه تنها نهادهای اجتماعی از حیث کارکرد و ماهیت دست‌خوش تغییرات شده‌اند بلکه تأثیر این شبکه‌ها بر هویت کاربران و اعضای شبکه نیز باعث تحولات و تغییرات اساسی شده است.^۲

1 - technoference

۲ - گزارش نشست تخصصی «شبکه‌های اجتماعی و هویت»، معاونت پژوهش‌های فرهنگی و اجتماعی / گروه پژوهش‌های رسانه (۲۶ تیر ۱۳۸۹).

شبکه‌های اجتماعی مجازی به لحاظ عمومیت یافتن در میان کاربران و با گستره وسیع جغرافیایی در درون مرزهای ملی، تبدیل شدن به یک ارتباط خصوصی و شخصی و فارغ بودن از هر نوع کنترل از سوی مراجع قدرت، به وسیله‌ای بی‌بدیل در عرصه ارتباطات تبدیل شده‌اند و زمینه‌های تأثیرگذاری خارج از کنترل دولت‌ها و نهادهای قدرت را در جوامع به وجود آورده‌اند. (معمار، زمستان ۱۳۹۱: ۱۵۶)

از طرفی، آزادی بی‌قید و شرط کودکان در دسترسی و استفاده از فضای مجازی و شبکه‌های اجتماعی و همچنین انتشار محتواهای مرتبط با حریم خصوصی کودکان که گاه توسط والدین آن‌ها تهیه و منتشر می‌گردد، در روند زندگی و آینده‌ی این کودکان نقش بسزایی را ایفا می‌نماید؛ چنان که در کشورهای مختلف جهت حمایت از این گروه از افراد جامعه، قوانین متعددی تدوین گردیده‌است و به موجب همین قوانین متعدد، والدین، کاربران، شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات اینترنتی (ISPها) و همچنین شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات در بستر اینترنت ملزم به رعایت قواعدی در ارتباط با کودکان گردیده‌اند که در ادامه به مواردی از آن‌ها خواهیم پرداخت.

توجه ویژه نظامات حقوقی به صیانت از حقوق کودکان به عنوان یکی از مهم‌ترین اقلشار جامعه که نیازمند حمایت‌های خاص می‌باشند، در کنار قواعد سامان‌دهی به فعالیت‌های مرتبط با فضای مجازی منجر گردیده‌است که کنترل اقدامات و فعالیت‌هایی که امکان تضییع حقوق کودکان را فراهم می‌آورد، تسهیل گردیده و آسیب‌ها را به حداقل برساند.

متأسفانه قانونگذار در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران تا به امروز توجهی به آسیب‌هایی که متوجه کودکان می‌گردد، نداشته و فقط در برخی مصادیق به صورت اتفاقی و پراکنده سعی در ایجاد حمایت‌های قانونی نموده‌است. ولیکن بسیاری از آسیب‌های اجتماعی مرتبط با این قشر از افراد جامعه را که منجر به تضییع حقوق ایشان می‌گردد، نادیده گرفته‌است؛ در حالی که منابع فقهی امامیه از وجوه متعددی به مسأله توجه نموده‌است. نگارندگان در این نوشته در تلاش‌اند تا با بررسی قوانین و مقررات داخلی و بین‌المللی،

ضمن انتخاب تعریف دقیق واژه کودک در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و بررسی آن دسته از حقوق این بخش از اعضای جامعه که در شبکه‌های اجتماعی مورد تضییع واقع می‌گردد، چه حقوقی که به واسطه دسترسی ایشان به فضای مجازی و چه حقوقی که کودکان به عنوان موضوع محتواهای منتشر یافته در شبکه‌های اجتماعی، که اغلب حاوی زوایایی از حریم خصوصی ایشان می‌باشد، از آن برخوردارند و امکان تضییع آن‌ها وجود دارد، به این سؤال پاسخ دهند که آیا می‌توان اقداماتی را که در فضای مجازی و به ویژه شبکه‌های اجتماعی در ارتباط با تضییع حقوق کودکان رخ می‌دهد، با استفاده از قوانین داخلی جرم دانست؟ و آیا می‌توان در جلوگیری از تضییع این حقوق با استفاده از ابزار قانون گذاری گامی مثبت در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران برداشت؟ و در نهایت بهترین راهکار در شرایط کنونی جهت کنترل و تا حد امکان پیش‌گیری از تضییع حقوق کودکان چیست؟

۱. ویژگی‌های شبکه‌های اجتماعی

در روزگار کنونی، فضای سایبر با قابلیت‌های رسانه‌ای جدید خود تحولی بنیادین را در عرصه‌ی اطلاع‌رسانی رقم زده است. امروزه، اقبال جهانی به سمت رسانه‌های الکترونیکی به ویژه شبکه‌های اطلاع‌رسانی رایانه‌ای که جلوه‌ی بارز آن در شبکه‌ی جهانی اینترنت است، به اندازه‌ی رسیده که دیگر رسانه‌های ارتباط جمعی مانند رادیو، تلویزیون، انواع نشریه‌های چاپی و... به حاشیه رانده و کم مخاطب‌تر نسبت به گذشته شده‌اند. توجه به این قابلیت‌ها می‌تواند درستی این داوری را تأیید کند. (جهانگرد، ۱۳۸۴: ۲۴) از طرفی، شبکه‌های اجتماعی در این فضا، به علت ویژگی‌های منحصر به فردی که دارند شکاف موجود میان فضای سایبر و رسانه‌های قدیمی‌تر را بیش‌تر کرده‌اند، چرا که رسانه‌های ارتباط جمعی ماهیتی یک‌سویه دارند و امکان ارائه‌ی نظر برای بیش‌تر مخاطبین آن‌ها فراهم نیست. (جلالی‌فراهانی، تابستان ۱۳۸۶: ۶۸)

شبکه‌های اجتماعی اینترنتی پایگاه یا مجموعه پایگاه‌هایی هستند که امکانی فراهم می‌آورد تا کاربران بتوانند علاقه‌مندی‌ها، افکار و فعالیت‌های خودشان را با دیگران

به اشتراک بگذارند و دیگران هم این افکار و فعالیت‌ها را با آنان سهیم شوند. یک شبکه اجتماعی، مجموعه‌ای از سرویس‌های مبتنی بر وب است که این امکان را برای اشخاص فراهم می‌آورد که توصیفات عمومی یا خصوصی برای خود ایجاد کنند، یا با دیگر اعضای شبکه ارتباط برقرار کنند، منابع خود را با آن‌ها به اشتراک بگذارند و از میان توصیفات عمومی دیگر افراد، برای یافتن اتصالات جدید استفاده کنند. (212p:2007, Ellison & Boyd)

برخلاف جهان فیزیکی که محدودیت‌ها و موانع بسیاری برای افراد وجود دارد، لوازم دسترسی به این فضا به بهترین و راحت‌ترین شکل آن فراهم است که نمونه‌ی آشکار آن را می‌توان دید. ولی، این وضعیت مزیت مطلق نیست؛ زیرا به راحتی می‌تواند ابزار تحقق مقاصد سوء نیز قرار گیرد و به همان اندازه یا حتا بیش‌تر از آن؛ آسیب‌های جبران‌ناپذیری بر جوامع وارد کند. همین امر موجب شده حتا کشورهایی که خود را پیرو تحقق حداکثری این موازین می‌دانند، دغدغه‌هایی را بروز داده و تمهیدهایی را برای کاستن از زیان‌های ناشی از سوء استفاده‌های احتمالی اتخاذ کنند. (51p:linHerbert.S&dick,Thornburgh)

برای آشنایی بعضی‌ها باید گفت، دنیای امروز که بهره‌مند از خدمات دنیای دیجیتال است، نسبت به دنیای سنتی ماقبل آن درست شبیه این دنیا برای انسان نسبت به دوران جنینی او است، همان‌طور که یک جنین نمی‌داند که دنیای بعدی که وارد آن می‌شود چقدر بزرگ، روشن و پهن‌آور است، فردی هم که از دنیای دیجیتال امروزی خبر ندارد، به همین اندازه با جهان امروز فاصله دارد (اسماعیلی، ۱۳۹۱: ۳۶۰) و البته همین نسبت برای کاربران امروز فضای مجازی و کاربران سال‌های آینده نیز صادق می‌باشد. فناوری‌های مرتبط با فضای مجازی در سال‌های اخیر بارشد چشمگیری مواجه بوده‌اند چنان‌که پس از ورود وب ۲ ظرفیت‌های تعاملی اینترنت بر همگان نمایان گردید و امروز با آشنایی هرچه بیشتر توسعه‌دهندگان این فضا بازنجیره‌همتایان^۱ و توسعه و رشد آن، دنیای جدیدی از فناوری‌های الکترونیکی در برابر

۱ - Blockchain که برخی آن را زنجیره بلوکی و برخی دیگر زنجیره همتایان ترجمه نموده‌اند.

کاربران گشوده گردیده و به سرعت در حال رشد و گسترش است.

بر اساس آنچه گفته شد، عده‌ای معتقدند شهروند فعال، کسی است که فعالانه در عرصه‌های رسانه‌ای و شبکه‌های اجتماعی حضور داشته باشد. برای مثال، در فضای امروز جامعه‌ی ما، فردی که از تلفن همراه هوشمند و شبکه‌های اجتماعی آن استفاده نکند، در نگاه عموم افراد جامعه به عنوان یک شهروند غیر فعال و دور از اتفاقات و رخداد های سیاسی - اجتماعی، معرفی می‌شود. شبکه‌های اجتماعی همچون فیس‌بوک یا توئیتر و... اصلاً برای شخص و فرد ساخته شده‌اند تا این که فرد بتواند هر چه خواست آزادانه در آن‌ها بنویسد. چنین پدیده‌هایی باعث شده که تعریف شهروندی تغییر کند. شبکه‌های اجتماعی، هم جنبه عمومی بودن دارند هم خصوصی بودن. تعریف شهروندی، مطرح کردن ارزش‌های شخصی است. در اینجا نهایتاً می‌توان گفت شهروند فعال، مخاطب فعال است. یعنی هویت شهروند بودن با مخاطب بودن یکی شده و با حداقل این که دوروی یک سکه هستند.^۱

در این میان، علاقه کودکان به حضور فعالانه در جوامع و تقلید از بزرگسالان و والدین و همچنین انگیزه‌های ترغیبی شدید در ارتباط با گروه‌های هم‌سال، در سال‌های اخیر موجب استفاده گسترده آن‌ها از تکنولوژی‌های مرتبط با فضای مجازی و استفاده از امکانات متعدد بستر وب، مانند شبکه‌های اجتماعی گشته است که همین امر باعث دسترسی آن‌ها به مجموعه‌ای از داده‌ها و اطلاعات غربال نشده‌ای برای کودکان می‌شود که نتایج منفی بسیاری را در شکل‌گیری هویت و فرهنگ این کودکان به دنبال خواهد داشت.

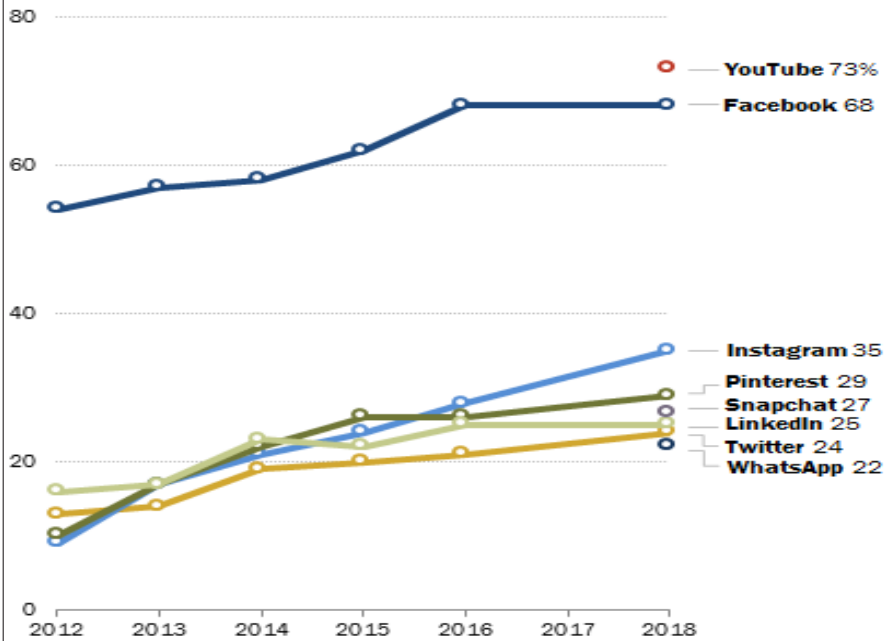
از طرفی، حضور فعالانه‌ی والدین در شبکه‌های اجتماعی و انتشار و استفاده از تصاویر و فیلم‌های کودکانشان در این فضا جهت افزایش سطح بازدید دیگر کاربران، به شدت در حال رشد بوده و شکل جدیدی از تزییع حقوق کودکان توسط والدین آن‌ها را که منجر به تأثیرات فرهنگی اجتماعی متنوعی می‌شود به وجود آورده و جرایم جدیدی را به دنبال دارند که نیاز به

۱ - سمتی، مهدی؛ «شهروند فعال» در جهان امروز یعنی «مخاطب فعال» رسانه‌ها؛ خبرگزاری مهر، ۲۸ آذر

۱۳۹۳، شناسه خبر: ۲۴۴۵۸۳۰.

Majority of Americans now use Facebook, YouTube

% of U.S. adults who say they use the following social media sites online or on their cellphone



Note: Pre-2018 telephone poll data is not available for YouTube, Snapchat or WhatsApp. Source: Survey conducted Jan. 3-10, 2018. Trend data from previous Pew Research Center surveys.

"Social Media Use in 2018"

PEW RESEARCH CENTER

نمودار ۱- مقایسه سیر تعداد کاربران شبکه‌های اجتماعی در سال‌های مختلف
www.pewinternet.org/2018/03/01/social-media-use-in-2018/

قانون گذاری و جرم‌انگاری را بیش از پیش در این حوزه تقویت می‌نماید.

در سال‌های اخیر، رقابت‌ها میان شبکه‌های اجتماعی برای جذب کاربران و توسعه‌ی ویروسی خود در میان کاربران به شدت زیاد شده و مدل‌های ساده اما پربازده شبکه‌های اجتماعی جای مدل‌های قدیمی‌تر را پر نموده‌اند. برای مثال، با فراگیر شدن شبکه‌ی اجتماعی اینستاگرام، شبکه‌های اجتماعی دیگر از قبیل فیس‌بوک با کاهش سرعت رشد و همچنین کاهش کاربر مواجه شده‌اند. براساس نمودار یک، گرایش عمومی کاربران به اینستاگرام در این سال‌ها رشد چشمگیری داشته و این در حالی است که فیس‌بوک به عنوان یک شبکه

اجتماعی قدیمی تر باشیب رشد قریب به صفر روبه رو بوده است. اینستاگرام به عنوان یک پلتفرم انتشار تصاویر و ویدئوهای افراد قوانینی برای خود منظور نموده است ولی تنها خود را موظف به همکاری و عمل به قوانین ایالات متحده آمریکا دانسته و هیچگونه حقی برای دیگر کشورها جهت رعایت موازین آنها به رسمیت نشناخته است. البته قسمتی را تحت عنوان اجرای قانون برای حاکمیت‌ها در نظر گرفته که بایستی ابتدا نامه‌ای به دفتر فیس بوک ارائه داده و پست الکترونیکی خود را معرفی نماید و سپس براساس آن پنل و قواعدی که اینستاگرام مشخص نموده است، نسبت به اعمال قوانین در خصوص محتواهای مورد نظر در اینستاگرام پیگیری نمایند^۱ ولیکن در همکاری با جمهوری اسلامی ایران همکاری فعالی نداشته و احتمالاً در آینده نیز نخواهند داشت.

۲. حقوق کودکان

یکی از موضوعات پر حاشیه‌ی روز دنیا و جمهوری اسلامی ایران مباحث مرتبط با حقوق کودکان و اختلافات موجود در این فضا می‌باشد. به قدری که در سال ۱۹۸۹ کنوانسیون بین‌المللی حقوق کودک^۲ مورد پذیرش مجمع عمومی سازمان ملل متحد قرار گرفت و تا امروز ۱۹۴ کشور (همه کشورهای جهان به جز ایالات متحده آمریکا، سومالی و سودان جنوبی)^۳ به آن پیوسته‌اند. جمهوری اسلامی ایران نیز در اسفندماه ۱۳۷۲ با «قانون اجازه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون حقوق کودک» مصوب مجلس شورای اسلامی و مشروط بر آن که مفاد آن در هر مورد و هر زمان در تعارض با قوانین داخلی و موازین اسلامی باشد یا قرار گیرد از طرف دولت جمهوری اسلامی ایران لازم‌الاجرا نباشد، به این کنوانسیون بین‌المللی پیوست.

یکی از مشکلات جمهوری اسلامی ایران در این سال‌ها تعارضات موجود میان این

1 - Instagram Help Center, Information for Law Enforcement.

2 - Convention on the Rights of the Child

3 - <https://www.hrw.org/news/2014/11/17/25/th-anniversary-convention-rights-child>

کنوانسیون بین‌المللی و قوانین داخلی و شرع اسلامی بوده است که قانونگذار در ابتدا سعی داشته با شرط مذکور در ماده واحده «قانون اجازه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون حقوق کودک» این مشکل را برطرف ساخته و رعایت مفاد کنوانسیون را مقید به قوانین داخلی بداند، لیکن بنا به کنوانسیون ۱۹۶۹ وین، حق شرط بایستی به صورت دقیق و موردی نسبت به مواد کنوانسیون بیان گردد و حق شرط عام پذیرفته نیست. فلذا حق شرط مذکور که جمهوری اسلامی ایران بنا به آن به کنوانسیون بین‌المللی حقوق کودک پیوسته است، مورد قبول واقع نگردیده و جمهوری اسلامی ایران موظف به رعایت تمامی مفاد کنوانسیون می‌باشد.

برای بررسی حقوق کودکان در قوانین جمهوری اسلامی ایران ابتدا لازم است که تعریف نظام حقوقی از کودک را مشخص نموده و سپس ضمن اشاره به منابع اصلی نظام حقوقی جمهوری اسلامی که حقوقی برای کودکان مشخص نموده‌اند، به بیان مصادیقی از این حقوق در معرض تضییع در شبکه‌های اجتماعی می‌باشند، پرداخته می‌شود.

۲،۱. تعریف کودک

بنا به ماده یک کنوانسیون بین‌المللی حقوق کودک، همه افراد زیر ۱۸ سال کودک نامیده می‌شوند مگر آنکه قانون قابل اعمال در کشور مربوطه سن قانونی کمتری را مشخص کرده باشد. از طرفی، در قوانین داخلی جمهوری اسلامی نمی‌توان تعریف دقیقی از کودک یافت ولیکن تعاریف مربوط به سن بلوغ که ماده ۱۴۷ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲ و تبصره یک ماده ۱۲۱۰ ق.م. آن را ۱۵ سال تمام قمری برای پسران و ۹ سال تمام قمری برای دختران به حساب آورده است، می‌تواند مبنای تعریف کودک مورد پذیرش قرار گیرد و این در حالی است که در فقه اسلامی نیز علاوه بر معیار کمی (سن)، از برخی نشانه‌های کیفی مانند احتلام نیز به عنوان معیارهای تحقق بلوغ و رشد عقلی و جسمی استفاده شده و کودک به ممیز و غیر ممیز تقسیم گردیده است که مقصود از کودک ممیز کسی است که خوب و بد و نفع و ضرر را از هم باز شناسد. (عباسی، ۱۳۸۹: ۱۰۰)

از طرفی در ماده ۱۱۸۰ ق.م. نیز از دو واژه طفل صغیر و طفل غیر رشید صحبت به میان آمده است که تعیین دقیق این واژگان در ارتباط با مفهوم بلوغ مطرح شده در بالا، در تعیین تعریف کودک می تواند مؤثر واقع شود؛ چرا که در ماده ۷۹ ق.ک. نیز به کارگماردن افراد زیر ۱۵ سال تمام را ممنوع دانسته و کارگر با سن ۱۵ تا ۱۸ سال را کارگر نوجوان نامیده است. این گونه تقسیم بندی ها به طور تقریبی در فقه امامیه نیز قابل رؤیت است. چنان که مشهور فقهای امامیه معتقدند که کودکان تا هفت سالگی غیر ممیز و پس از آن ممیز قلمداد می شوند. (حلی، ۱۴۱۲ تا ۱۴۲۰ هـ ج ۷: ۳۰۶)

با کنار هم قرار دادن ماده ۹۱ ق.م.ا.، که در جرایم موجب حد یا قصاص برای افراد بالغ کمتر از ۱۸ سال، امتیازاتی قائل شده است و تبصره ۲ ماده ۱۲۱۰ ق.م. که اعطای اموال صغیر بالغ به وی را منوط به اثبات رشد او می داند، می توان به این نتیجه رسید که قانونگذار افراد بالغ را نیز به جهت استیفای تمام حقوق خود به رسمیت نشناخته است.

بر اساس ماده ۲۸۵ ق.آ.د.ک.، قانونگذار به رغم وجود دادگاه اطفال و نوجوانان، شعبه ای از دادرسی عمومی و انقلاب با عنوان دادرسی ویژه نوجوانان ایجاد نموده که تحقیقات مقدماتی جرایم افراد ۱۵ تا ۱۸ سال به جز جرایم موضوع مواد ۳۰۶ و ۳۴۰ این قانون که به طور مستقیم از سوی دادگاه صورت می گیرد، در این دادرسی به عمل می آورد.

با بررسی قوانین فوق مشخص می گردد که قانونگذار و نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران تعریف مشخص و دقیقی از کودک نداشته و همین مسأله موجب پراکندگی شدید و سردرگمی قانونگذار در ادوار مختلف بوده است ولیکن برای یافتن تعریف دقیق کودک بایستی تعریف قانون از واژه های بلوغ، رشد، ممیز و نوجوان، مستخرج از مواد فوق را در کنار یکدیگر قرار داد. به سبب کنار هم قرار دادن این تعاریف به این نکات دست می یابیم که قانونگذار فارغ از اختلاف سن بلوغ دختر و پسر، تا ۱۵ سال را بنا به تعاریف بلوغ و نوجوانی در مواد بررسی شده در فوق، کودک دانسته و ۱۵ تا ۱۸ سال را نوجوان می داند که البته در حقوق و تکالیف، نوجوانان نیز تفاوت عمده ای با کودکان نداشته و صرفاً برخی شرایط

متفاوت را برای آنان مهیا نموده است که به نظر می‌رسد قانونگذار سن ۱۵ تا ۱۸ سال را دوره‌ی گذار کودک به سن قانونی و آماده شدن برای استیفای حقوق قانونی خود می‌داند. با این نگاه، می‌توان پذیرفت که قانونگذار ۱۸ سال تمام را سن قانونی معرفی نموده ولیکن استثنائاتی برای افراد ۱۵ تا ۱۸ سال در نظر گرفته است.

در نهایت تنها چالشی که هنوز در تعریف کودک باقی مانده است، اختلاف میان دختر و پسر در تعریف بلوغ است که می‌تواند منجر به تفاوت تعریف استثنائات در دختران و پسران گردد و استثنائات برای دختران بالای ۹ سال به رسمیت شناخته شود. تنها دلیل برای رد کردن این اختلاف، تعریف ماده ۷۹ ق.ک.م.ی باشد که آن نیز نمی‌تواند مورد قبول واقع گردد. چرا که صرفاً استثناء کار کودک را مشخص نموده است. فلذا با تمام توضیحات و مباحث فوق این گونه نتیجه می‌شود که بر اساس نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، کودک به تمامی افراد زیر ۱۸ سال گفته می‌شود ولیکن قانون برای کودکان بالغ که بنا به تعریف قانونی در دختران با ۹ سال تمام این بلوغ محقق می‌شود و در پسران با ۱۵ سال تمام، استثنائات و امتیازاتی در نظر گرفته است. ولی این استثنائات در تعریف اصلی کودک خدشه‌ای وارد نمی‌نماید و می‌توان نتیجه گرفت؛ تعریف کودک در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران با تعریف کودک در کنوانسیون بین‌المللی حقوق کودک، به جز در مواردی مطابقت می‌نماید.

۲،۲. حقوق کودک

کودکان به عنوان گروهی از افراد که به سبب سن در شرایط خاصی قرار دارند، در همه‌ی نظام‌های حقوقی مورد حمایت قانون قرار دارند و والدین آن‌ها تکالیفی در قبال فرزندان دارند که ترک آن‌ها در مواردی منجر به اعلام جرم از سوی مراجع قانونی می‌گردد.

فقه امامیه به عنوان مهم‌ترین منبع نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و همچنین قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، حقوقی را برای کودکان در نظر گرفته اند که برخی قوانین عادی نیز در ادامه همان رویه سعی در تنظیم روابط مرتبط با کودکان داشته است که

برخی از این حمایت‌های قانونی در بالا ذکر گردید.

برای مشخص ساختن منابع اصلی قانونی حقوق کودکان، نمی‌توان به موارد دقیقی اشاره نمود. چراکه عمده‌ی این حقوق به صورت پراکنده در قوانین مختلف از جمله قانون اساسی، قانون مجازات اسلامی، قانون مدنی، قوانین آیین دادرسی کیفری و مدنی و... قابل مشاهده می‌باشند. اما آنچه را که بتوان مشخصاً به عنوان یکی از منابع حقوق کودک دانست، کنوانسیون بین‌المللی حقوق کودک است که با توجه به مباحث مطروحه از جهت اعتبار حقوقی این کنوانسیون در نظام حقوقی داخلی ایران، بایستی آن را معتبر دانسته و از منابع حقوقی این موضوع به شمار آورد.

با توجه به ویژگی‌های شبکه‌های اجتماعی که در ادامه به ویژگی‌های اساسی و مهم آن اشاره خواهد شد، برخی از حقوق کودکان به واسطه‌ی حضور و دسترسی ایشان به شبکه‌های اجتماعی و یا تخلفات و اقدامات دیگر کاربران این شبکه‌ها در معرض تضییع قرار گرفته‌اند؛ مانند حق بر عدم دسترسی به محتوای نامناسب و یا حفظ کرامت کودکان و همچنین حفظ حریم خصوصی افراد که به‌ویژه به علت بی‌توجهی والدین کودکان، موجب تضییع حقوق ایشان گردیده است.

۲،۲،۱. حق بر عدم دسترسی به محتوای نامناسب

در کنوانسیون حقوق کودک، بیشترین مسؤولیت در رعایت حقوق کودک بر دوش والدین نهاده شده است، چنان که در ماده ۱۸ کشورهای طرف کنوانسیون متعهد شده‌اند: «بیشترین تلاش خود را برای تضمین به رسمیت شناختن این اصل که پدر و مادر کودک، مسؤولیت مشترکی در زمینه رشد و پیشرفت کودک دارند، به عمل آورند. والدین یا قییم قانونی، مسؤولیت عمده را در رشد و پیشرفت کودک به عهده دارند و اساسی‌ترین مسأله آنان، (حفظ) منافع عالی کودک است».

از آنجا که کودکان به سبب نیاز به آموزش‌های لازم جهت حضور در جامعه بایستی آمادگی اولیه کسب نمایند، و وظیفه‌ی ایجاد این آمادگی اولاً بر عهده‌ی والدین ایشان می‌باشد، فلذا هر عاملی که سبب عدم رشد مناسب و تربیت صحیح کودکان جهت آمادگی برای ایفای نقش

مفید در جامعه گردد، بایستی تارسیدن ایشان به مرحله‌ای که توان تشخیص و عمل صحیح را داشته باشند، از ایشان دور باشد. فلذا همان گونه که بیان گردید، یکی از مهم‌ترین حقوق کودکان در فضای مجازی، عدم دسترسی به محتوای نامناسب است. عدم دسترسی کودکان به این نوع محتواها بنا بر نکات فوق و همچنین بند آخر ماده ۱۷ کنوانسیون حمایت از حقوق کودکان، از مهم‌ترین وظایف والدین به‌شمار می‌رود. در این جهت والدین، باید نسبت به عدم دسترسی کودکان به مطالبی که به سعادت کودکان آسیب وارد می‌کند، اقدام نموده و در این جهت از کودکان خود محافظت نمایند. این مورد را می‌توان یکی از مهم‌ترین حقوق کودکان مربوط به فضای مجازی و به‌ویژه شبکه‌های اجتماعی دانست.

با توجه به گستردگی و آزادی کاربران شبکه‌های اجتماعی در به اشتراک گذاری انواع محتواها به‌ویژه در پلتفرم‌ها، بخش قابل توجهی از محتواهای منتشر شده در شبکه‌های اجتماعی را محتواهای مستهجن و خلاف اخلاق حسنه در بر می‌گیرند. مسأله‌ی انتشار محتواهای نامناسب و مستهجن در رسانه‌ها از موضوعات مورد بحث در قوانین کشورهای مختلف می‌باشد تا آنجا که اعلامیه جهانی حقوق بشر، پس از تبیین حقوق بنیادین، در ماده ۲۹ خود همه آن‌ها را چنین محدود ساخته است: «...هر کس در اجرای حقوق و استفاده از آزادی خود فقط تابع محدودیت‌هایی است که به وسیله قانون منحصرأ به منظور تأمین شناسایی و مراعات حقوق و آزادی‌های دیگران و برای رعایت مقتضیات صحیح اخلاقی و نظم عمومی و رفاه همگانی در شرایط یک جامعه دموکراتیک وضع شده است».

از طرفی، قوانین متعددی در محدودسازی انتشار و یا دسترسی به محتواهای گوناگون توسط کشورهای مختلف تعیین گردیده‌اند که محتواهای مستهجن و یا غیر اخلاقی از موضوعات برخی از این قوانین می‌باشد. یکی از مهم‌ترین این قوانین در ایالات متحده آمریکا را می‌توان «قانون صلاحیت ارتباطات» نام برد که در سال ۱۹۹۶ م. به‌عنوان اولین قانون در این حوزه توسط کنگره این کشور به تصویب رسید، مبدع این قانون در صحبت خود در کنگره،

1 - Communications Decency Act

علت تصویب این قانون را نه سانسور که حمایت از کودکان در برابر محتوای پورنوگرافی و بزرگسالان معرفی می‌نماید.^۱ پس از تصویب این قانون، شرکت‌های نرم‌افزاری نرم‌افزارهای محدودکننده‌ای را برای استفاده‌های اشخاص و یا شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات اینترنت (ISPها) عرضه نمودند که برخی قدرت مدیریت والدین^۲ را دارا می‌باشند.

کشور فرانسه نیز در سال ۲۰۰۹ م. در لایحه‌ی LOPPSI^۳، وزارت کشور فرانسه را موظف می‌سازد تا لیستی از تارنماهایی را که محتوای پورنوگرافی منتشر می‌نمایند، به ISPها اعلام و آن‌ها را نیز موظف می‌سازد که دسترسی به این تارنماها را مسدود و فیلتر نمایند^۴ و از این جهت، از دسترسی عمومی به محتوای نامناسب خودداری می‌نماید.

در انگلیس نیز مانند بیشتر کشورهای اروپایی، فیلترینگ، بر مسایلی مانند پورنوگرافی کودکان، نژادپرستی و مسایل تروریستی اعمال می‌شود. پیش از آنکه اینترنت و مسایل آن در این کشور تبدیل به مسأله‌ای حاشیه‌ساز شود، در سال ۱۹۷۸ م. قانونی با عنوان حمایت از کودکان تصویب گردید که در این قانون هر گونه تهیه تصاویر نامناسب و غیراخلاقی از کودکان زیر ۱۶ سال و یا نمایش تصاویر نامناسب و غیراخلاقی به ایشان چه به صورت نمایش

1 - Congressional Record Volume , 142 Number45 (Thursday, March 28, 1996) (statement of Sen. Exon, author of the CDA) (“It is not censorship, the word opponents of the Communications Decency Act throw around at will, to responsibly protect our children from pornography and, I might add, pedophiles.”) (<https://www.govinfo.gov/content/pkg/CREC-1996-03-28/html/CREC-1996-03-28-pt1-PgS3146-2.htm>).

2 - Parental control

3 - France: New Law on Internal Security, Loppsi 2, “Internet service providers are to block access to any Internet address if authorities consider that this is required to prevent the distribution of pornographic images of minors. The Ministry of Interior will notify the ISP as to which sites to block. The list from the Ministry of Interior will remain confidential. (Id. art. 4.)” (<http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/france-new-law-on-internal-security-loppi-2/>).

به ایشان و یا ارائه و نمایش توسط شخص ایشان و یا حتا صرف انتشار چنین تصویری، ممنوع گردیده است.^۱ کشورهای متعدد دیگری نیز هستند که در این زمینه قوانینی رابه تصویب رسانده اند که به جهت اختصار به بیان همین چند مورد بسنده می نماییم.

۲.۲.۲. حق بر رعایت کرامت کودکان و حق بر حریم خصوصی

حق دیگر کودکان که در معرض آسیب شبکه های اجتماعی قرار گرفته است و کشورهای دیگر نیز با آن روبه رو هستند و برخی برای آن قانون گذاری نیز کرده اند و حتا ماده ۱۶ کنوانسیون حقوق کودک نیز بدان پرداخته است، حفظ کرامت کودکان در فضای مجازی و عدم آسیب به کرامت کودکان از طریق شبکه های اجتماعی می باشد. اقداماتی که مدتی است در فضای مجازی با انتشار تصاویر و ویدئوهای مربوط به کودکان، که عمدتاً نیز توسط والدین آنها، رخ می دهد مشکلاتی رابه همراه داشته است. والدین کودکان با اهداف متفاوتی از ابراز احساسات نسبت به فرزندان خود و سعی در به اشتراک گذاری این احساس تا سوء استفاده از کودکان خود برای افزایش تعداد دنبال کنندگان یا افزایش تعداد بازدید مطالب صفحاتشان یا حتا شرکت در مسابقاتی که گاه توسط کانال های مختلف برگزار می شود، به انتشار تصاویر و یا ویدئوهای کودکانشان می پردازند. به تشخیص کارشناسان این اقدامات کودکان را در آینده در موقعیت هایی قرار می دهد که بدون اختیار آنها بوده است و می تواند منجر به اتفاقاتی شود که گاه کرامت افراد را خدشه دار نماید. این اتفاق در اکثر موارد مصداق تعدی به حریم خصوصی ایشان و انتشار محتواهای مرتبط با حریم خصوصی کودکان می باشد که ممکن

1 - It is an offence for a person— (a) to take, or permit to be taken, any indecent photograph of a child (meaning in this Act a person under the age of 16); or (b) to distribute or show such indecent photographs; or (c) to have in his possession such indecent photographs, with a view to their being distributed or shown by himself or others; or (d) to publish or cause to be published any advertisement likely to be understood as conveying that the advertiser distributes or shows such indecent photographs, or intends to do so.

(<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/37/body/1991-02-01?timeline=true>)

است پس از رسیدن به سن قانونی از انتشار آن تصاویر راضی نباشند.

انتشار تصاویر کودکان بدون لباس، در حالات مختلف روزمره، در حال بیان جملات مختلف و بسیاری موارد دیگر توسط کودکی که هنوز به قدر تشخیص درست از نادرست در بسیاری مصادیق، رشد کافی نیافته است از جمله مواردی است که ضمن مصداق تعدی به حریم خصوصی کودکان، احتمال بروز مشکلاتی را در آینده این کودکان برای آن‌ها افزایش می‌دهد و همین امر منجر به بروز نگرانی‌هایی از سوی کارشناسان حوزه کودک گشته است؛ تا جایی که برخی کشورها برای آن مجازات‌هایی در نظر گرفته‌اند و یا حتی تاکنون حکم نیز صادر کرده‌اند. همان گونه که در بحث گذشته برخی قوانین مرتبط با حمایت از حقوق کودکان را مورد بررسی قرار دادیم، برخی کشورها مانند انگلستان این حق را نیز به رسمیت شناخته و در قانون حمایت از کودکان مصوب ۱۹۷۸ م. در کنار نمایش، ارائه و یا ایجاد امکان دسترسی کودکان به محتواهای نامناسب و غیراخلاقی، تهیه تصاویر غیراخلاقی از کودکان را نیز ممنوع نموده است.^۱ در پرونده Bowden VR در سال ۱۹۹۹ م.، بر اساس بخش a از بند یک ماده یک این قانون، اقدام مجرم مصداق عنوان ایجاد تصاویر پورنوگرافی از کودکان بوده است که این به علت دانلود یک تصویر نامناسب از کودک به آن اطلاق گردیده است.^۲

حق بر عدم دسترسی کودکان به محتواهای نامناسب و غیراخلاقی، حق بر رعایت کرامت کودکان و حق بر حریم خصوصی رامی‌توان از مهم‌ترین حقوقی دانست که نسبت به

1 - It is an offence for a person—(a) to take, or permit to be taken, any indecent photograph of a child (meaning in this Act a person under the age of 16.)

2 - R v Bowden : This case held that the downloading of an indecent image of a child was an act of 'making' (under the Protection of Children Act). 1978 It was accepted in the Bowden case that s(1)1.a (of the 1978 Act covered those making pseudo-photographs who may have had no contact with the subjects of the images . But it also covered those making copies of photographs by knowingly copying the photograph) (<https://www.iwf.org.uk/what-we-do/how-we-assess-and-remove-content/case-laws>)

کودکان در معرض آسیب قرار گرفته اند و حفاظت از این موارد در آینده و تربیت کودکان نقش بسزایی دارد و متأسفانه والدین بسیاری بدون توجه به این آسیب‌ها از توجه به صیانت از این حقوق و انجام تکالیف خود در حفظ آن‌ها غفلت نموده‌اند.

۳. بایسته‌ها و بسترهای حقوقی حمایت از حقوق کودکان در شبکه‌های اجتماعی در ایران فضای مجازی و دنیای دیجیتال را چه بپذیریم و چه نپذیریم، واقعیتی است که خواه ناخواه شرایط خود را به ما تحمیل می‌کند. مسؤولان کشور باید هوشیار باشند، چون اگر نتوانیم تحولات دنیای دیجیتال را مدیریت کنیم، این تحولات است که خود را به ما تحمیل می‌کند، در این صورت عوارض بیش‌تری را باید تحمل کنیم. به تعبیر دیگر، اگر ما این تحول را مدیریت نکنیم، آن تحول ما را مدیریت خواهد کرد.

«راه‌حل ممکن، معقول و قابل قبول برای مدیریت تحولات موجود در فضای سایبر و از همه مهم‌تر شبکه‌های اجتماعی، قانون‌مند کردن و ضابطه‌مند کردن آن است. البته، در عرصه‌ی داخلی، قانون مبارزه با جرایم رایانه‌ای در سال‌های اخیر تصویب و ابلاغ شد، اما قانون رسانه‌های دیجیتال فقط برای تعیین جرایم و مجازات‌ها نیست، بلکه باید مثلاً نحوه‌ی تأسیس یک رسانه‌ی دیجیتال هم ضابطه‌مند شود» (اسماعیلی، ۱۳۹۱: ۳۶۳) تا عملکرد آن در ارتباط با شهروندان و کاربران این فضا قابل مدیریت و رصد بیش‌تری باشد. منظور از تأثیر گذاری این فضا بر سایر محیط‌ها آن است که برنامه ریزان اجتماعی و واضعان قوانین مرتبط، قوانین را بر اساس تأثیرات شبکه‌های اجتماعی بر فضای واقعی وضع نمایند، بدین شکل که اگر عملی که در فضای مجازی و شبکه‌های اجتماعی رخ داده است در فضای واقعی نمود خارجی منفی داشته باشد، به علت این که تأثیر منفی در فضای واقعی داشته است، عامل آن اقدام در فضای مجازی مجرم شناخته شود.

در این صورت، دیگر اقدام انجام گرفته در شبکه‌ی مجازی، در شناسایی ماهیت جرم شناخته نشده، و حسن و قبح ذاتی ندارد، بلکه تأثیر آن در فضای واقعی است که موجب تصمیم‌گیری راجع به آن می‌شود. از طرفی، امکان آن وجود دارد که عملی در شبکه‌های

اجتماعی فی نفسه مشکلی نداشته باشد اما برخی با سوء استفاده از آن برای تأثیرات مخرب در فضای واقعی استفاده نمایند که در این صورت نیز باید سهم هریک در شکل گیری جرم بررسی شود و سپس تصمیم گیری نمود.

مواردی از مهم ترین جرایمی را که منجر به تضییع حقوق کودکان می شود، در مبحث گذشته بیان کردیم که به سبب ماهیت، در مصادیقی که می تواند شبیه به همین موارد اخیر باشد، قانون گذاری برای کنترل آن ها از وظایف دولت می باشد تا به تخلفات افرادی که سبب تضییع این حقوق می شوند، رسیدگی نماید.

اما با توجه به گسترش شبکه های اجتماعی و عدم تأثیر مرزهای جغرافیایی در فضاهای مجازی و به ویژه شبکه های اجتماعی، وضع قوانین و اعتباریات اجتماعی خاص محدوده و مرزهای جغرافیایی واقعی و خارج از همان فضا، کاری بس دشوار است. تعیین حدود عملکرد نیز به تبع آن دشوار می شود. چرا که مخاطبان و افرادی که مشمول یک قانون می شوند بایستی مشخص باشند. فلذا در مواردی که موضوع این نوشته است، تا شکایت مشخصی ثبت نگردد، امکان شناسایی هویت افراد وجود ندارد. پس می توان مسأله اول در امر قانون گذاری مواجهه با مسایل فضای مجازی را متوجه موضوع قانون دانست که باید ابتدا موضوع این قوانین و چگونگی اعمال آن ها مشخص گردد. برای مثال، در امر فیلترینگ، به رغم تصور بسیاری از پژوهشگران حقوقی و یا حتی عموم مردم، موضوع فیلترینگ فضای مجازی شرکت های ارائه دهنده خدمات (ISP) ها هستند که همین مسأله، شیوهی قانون گذاری و حتا جرم انگاری آن را متفاوت می نماید. و یا در مثالی دیگر، عدم فهم صحیح قانونگذار از تفاوت های موجود در میان سامانه های ارائه دهنده خدمات و پلتفرم ها در فضای مجازی، ما با مقرراتی مواجه هستیم که نه تنها هدف اصلی را محقق نمی نمایند بلکه مشکلات دیگری نیز به همراه دارند.

شاید بتوان تعیین خطوط جداسازی افراد از طریق مجراهای ارائه دهنده اینترنت را یکی از راهکارهای مؤثر بدانیم. بدین صورت که تعهد هر فرد نسبت به استفاده از اینترنت،

عمل به قوانین سیستم ارائه‌دهنده‌ی آن اینترنت می‌باشد. در این صورت، اولاً مجموعه‌ی افراد موضوع قانون مشخص می‌شود و ثانیاً نوع شناسایی و سطح تعهدات افراد نیز شفاف می‌باشد. در این حالت اقدامات در شبکه‌های اجتماعی و محتواهای منتشر شده حسن و قبح ذاتی خواهند داشت. در این صورت، قانون اقدامات انجام گرفته در فضای مجازی و شبکه‌های اجتماعی را بررسی می‌نماید و نه تأثیر آن‌ها بر فضاها و واقعی‌را؛ پس افراد به سبب اقدامی که انجام داده‌اند بایستی پاسخگو باشند نه تأثیری که اقدام ایشان بر فضاها و واقعی داشته است.

البته این راهکار در حالی است که موضوع قوانین و مقررات کاربران استفاده‌کننده از خدمات اینترنت باشند. در صورتی که موضوع قوانین شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات اینترنت (ISP)ها باشند و یا شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات در بستر اینترنت، موجب تفاوت در رویکرد مواجهه خواهد شد.

«نظرها و راه‌حل‌های مختلفی برای نظام دهی رسانه‌ای مطرح شده است که در زمان‌های مختلف در کشورهای متعددی مورد بحث و بررسی و آزمایش قرار گرفته‌اند. در ارائه‌ی این راه‌حل‌ها، عواملی چون مبانی سیاسی حکومت، ساختار فرهنگی، اقتصادی، اجتماعی و مذهبی، نقش داشته‌اند و هر کشوری متأثر از عوامل و شرایط خاص خود راه‌حلی را برگزیده است.» (انصاری، ۱۳۸۷: ۹۸) اندیشمندان رسانه‌ای از میان این راه‌حل‌ها، راه‌حل نظام دهی از سوی گردانندگان یک حرفه رسانه‌ای خاص، رأساً و بدون مداخله‌ی حکومت، با تدوین قواعد رفتاری و ایجاد نهادهای لازم که به تنظیم فعالیت‌های رسانه‌ای می‌پردازند، نسبت به نظام دهی مشترک با دولت یا صرفاً توسط دولت ترجیح می‌دهند.

«اما در عمل نظام دهی مشترک با دولت که متشکل از اقتدارات ویژه‌ی دولت و مهارت حرفه‌ای گردانندگان آن حرفه‌ی خاص باشد، پذیرفته‌ترین نظام موجود است چراکه با وجود این، نظارت‌های دولتی که گاهی «نظارت قانونی» هم نامیده می‌شود، ضمن آن که هزینه‌های مادی و معنوی فراوانی بر حکومت‌ها تحمیل می‌کند، به طور طبیعی نمی‌تواند

چنان گسترده باشد که همه‌ی فعالیت‌های رسانه‌ای مختلف را در بر گیرد. به همین دلیل استمداد از نهادهای صنفی و مدنی می‌تواند جایگزین مناسب یا همکار سودمندی برای نظارت‌های دولتی به‌شمار آید» (اسماعیلی، ۱۳۹۱: ۳۶۴)

در ادامه، به بررسی الزاماتی می‌پردازیم که رعایت آن‌ها نقش جدی در برنامه‌ریزی در مسیر قانون‌گذاری و کنترل فضای مجازی و به‌ویژه مقابله با اقدامات تضييع‌کننده حقوق کودکان دارد و مواضع و برنامه‌ریزان قوانین این حوزه بایستی توجه خاصی به آن نمایند.

۳،۱. ممنوعیت انتشار محتوای خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه

همان‌گونه که حفظ نظم عمومی و کنترل حرکات‌ها و جریان‌ها در فضای جامعه از وظایف دستگاه‌های نظارتی است و طراحی نظام حاکم بر کنترل آن از وظایف واضعان قانون و مورد بحث و بررسی حقوقدانان است، پس ایجاد چنین نظامی در کنترل تأثیرات شبکه‌های اجتماعی نیز مورد بحث حقوقدانان می‌باشد که نیاز به اهتمام ویژه دارد. همان‌گونه که بیان شد، شبکه‌های اجتماعی از ظرفیت‌هایی برخوردارند که در فضاهای واقعی امکان‌پذیر نمی‌باشد، پس کنترل آن نیز شاید از اهمیت والاتری برخوردار باشد.

بی‌تردید، شبکه‌های اجتماعی برای گروه عظیم افرادی که گفتنی‌های بسیاری دارند و در دنیای حقیقی مجالی برای بیان آن پیدا نمی‌کنند، بهترین گزینه به‌شمار می‌رود. امکان نشر آزادانه‌ی اطلاعات در عرصه‌های گوناگون، از مهم‌ترین ویژگی‌های این فضا است که بر محور اصل آزادی انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات، سبب رشد و محبوبیت روزافزونش شده است. اما مانند هر پدیده‌ی دیگری در کنار کارکردهای مثبت فراوانی که در زمینه‌های مختلف آن ذکر می‌شود، امکان بروز مشکلات و آسیب‌های گسترده به واسطه‌ی فعالیت‌های گاه نابهنجار در این فضاها نیز وجود دارد. همان‌گونه که بیان شد، از یک سو فلسفه‌ی وجودی شبکه‌های اجتماعی بر محور اصل آزادی انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات و از طرفی، نبود محدودیت‌های رسانه‌ای ناظر به این فضا و نبود ضوابط قانونی، نگرانی‌هایی را ایجاد می‌کند. (اسماعیلی، ۱۳۹۱، ج ۲: ۳۱۷)

«یکی از موضوعات مهم حقوقی، مسأله «آزادی بیان» است که ذیل تعریف وجه مشخصه‌ی ناطق بودن انسان، یک ارزش اساسی بشری محسوب می‌شود. با وجود این، هیچ چیز نمی‌تواند کرامت و انسانیت انسان را خدشه‌دار کند، حتا «آزادی بیان»؛ چرا که به انسان حق این آزادی داده نشده است تا از آن علیه خود و بشریت بهره‌برد.» (غمامی، ۱۳۹۴: ۲۵۳)

به همین سبب، با تتبع در اسناد و کنوانسیون‌های بین‌المللی مربوط به آزادی بیان و رسانه‌های همگانی و نیز با مطالعه‌ی تطبیقی قوانین و مقررات کشورهای مختلف جهان می‌توان هشت محدودیت اساسی برای آزادی بیان شناسایی کرد. محدودیت‌های دیگری نیز وجود دارد که به صورت‌های استثنایی در عمده‌ای از کشورها اعمال می‌شود.

۱. عدم بیان علیه امنیت ملی

۲. عدم افشای اسرار دولتی

۳. عدم نقض حریم خصوصی

۴. عدم ارتکاب هتک حرمت

۵. عدم نقض حقوق مالکیت‌های فکری

۶. عدم انجام تبلیغات گمراه کننده

۷. عدم اخلال در رسیدگی‌های قضایی

۸. عدم نقض عفت عمومی و انتشار مطالب مستهجن. (انصاری، ۱۳۸۷: ۱۷۲)

«با آنکه بیان به عنوان یکی از ضروریات زندگی انسان برای فهم و درک امور زندگی شخصی و عمومی پذیرفته شده است، این حق مانند هر حق دیگری می‌تواند مورد سوءاستفاده قرار گیرد.» (غمامی، ۱۳۹۴: ۲۵۸) و به همین سبب، قوانین کشورهای مختلف، رفتارهای متفاوتی در واکنش به سوءاستفاده از این حق، اتخاذ می‌کنند.

در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا ادعاهای سیاسی بسیاری مبنی بر اطلاق "آزادی بیان" وجود دارد و همین امر بر رویه قضایی آن تأثیر سویی گذاشته است. در حالی که در

توضیح و تفسیر ساختاری^۱ اصلاحیه‌ی اول (۱۹۷۱) محدودیت‌های ذیل بر آزادی بیان وضع شده است و در میان حقوقدانان اعتبار انکارنشده‌ی دارد:

۱. سخنانی که به منافع اشخاص ضرر می‌رساند (تهمت و افترا)؛
۲. سخنانی که به جامعه به صورت کلی صدمه می‌زند (مانند سخنان وقیحانه)؛
۳. سخنانی که مخل نظم عمومی‌اند (مثلاً پیام‌ها و سخنانی که موجب ایجاد شورش، خشونت و یا وحشت عمومی می‌شوند)؛
۴. سخنانی که به صورت مستقیم حکومت و منافع ملی آمریکا را تهدید می‌کنند (مفاد قوانین ضد تروریستی، قانون میهن پرستی^۲ و قانون امنیت میهن^۳) و
۵. یکی دیگر از مهم‌ترین قیودی که امروزه بر «آزادی بیان» وارد کرده‌اند «راستی‌آزمایی» است. به این معنا که اگر بیانی به طور عمومی منتشر شود، باید راست باشد یا حداقل شائبه‌ای از خلاف واقع در آن نباشد. این پیش‌فرض اصلاحیه اول قانون اساسی آمریکا نیز می‌باشد. به این ترتیب، بیان راست از الزامات یک دولت لیبرال دموکراسی معاصر است.

«چنین رویکردی نشان می‌دهد که همه‌ی نظام‌ها پذیرفته‌اند بیانی که موجب اختلال در آسایش عمومی شود، به هر دلیلی غیر قابل قبول است.» (غمامی، ۱۳۹۴: ۲۵۸)

در کشور ما به علت رویکرد اسلامی بودن نظام حقوقی، علاوه بر محدودیت‌های مذکور که به صورت متفرقه در قوانین و مقررات مختلف بیان شده‌اند، «عدم انتشار مطالب الحادی»، «عدم اخلال در مبانی و احکام اسلامی» و «عدم انتشار مطلب علیه قانون اساسی» نیز به عنوان محدودیت‌های موجود در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران

۱ - تفسیر ساختاری به این معنا است که هیچ یک از مفاد یک قانون نباید به تنهایی تفسیر و تبیین شوند بلکه تمام مفاد یک قانون و حتی تبت‌ها و فصل‌ها در مفهوم کردن کل قانون و اجزای آن سهیم هستند. به این ترتیب، حقوق و تکالیف چه برای حکومت و چه برای مردم، از مجموعه‌ی یک قانون قابل برداشت است و نه یک ماده یا بند به تنهایی.

2 - Patriot Act

3 - Homeland Security Act

معرفی شده‌اند. همچنین در قوانین جمهوری اسلامی ایران نیز ذیل عناوین افترا، افترای عملی، قذف و... این مسأله مورد بررسی قرار گرفته است که ممکن است گفتار و رفتار شخصی، به عنوان رفتاری توهین آمیز نسبت به دیگری این گونه باشد که ضمن تخفیف شخصیت و تحقیر او، ارتکاب عمل مجرمانه‌ای را صراحتاً به وی نسبت دهد؛ این مسأله خود نوعی عدم پایبندی به اخلاق حسنه می‌باشد که مورد بحث قرار گرفته است. (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۲: ۵۱۸) البته قابل ذکر است که از میان موارد مذکور، مورد «۳» در بخش بعدی مورد بحث قرار می‌گیرد.

شاید بتوان محتوای خلاف نظم عمومی را آن دسته از محتواها دانست که مستقیماً و یا با واسطه منجر به تشویش اذهان عمومی شوند و یا تهدیدی برای امنیت اجتماعی و عمومی افراد یا علیه امنیت ملی باشند که با این تعریف می‌توان موارد «۱»، «۲»، «۳»، «۴»، «۵»، «۶»، «۷» را از مصادیق جزئی تر محدودیت‌های ناظر به انتشار خلاف نظم عمومی دانست.

سال‌هاست که با رشد این ابزار در سطح جامعه، افراد مختلف از آن در جهت افکار و عقاید خود استفاده می‌کنند. در این میان، آن دسته از افراد نیز که به دنبال مقاصد سوء می‌باشند، سعی دارند با شایعه پراکنی‌های متعدد و بیان مباحث عوام‌فریبانه و یا با انتشار محتوای خلاف اخلاق حسنه، به فریب افکار عمومی و یا انحراف آن پردازند تا به مقاصد پلید خود دست یابند.

۳، ۲. انتشار اطلاعات شخصی افراد بدون اجازه آن‌ها

با آنکه کلمه «حریم خصوصی» در زبان محاوره و نیز مباحث فلسفی، سیاسی و حقوقی مکرر استعمال می‌شود، ولی هنوز تعریف یا تحلیل واحدی از آن ارائه نشده است. مفهوم حریم خصوصی ریشه‌های عمیقی در مباحث جامعه‌شناختی و انسان‌شناختی در مورد این که چگونه در فرهنگ‌های مختلف برای آن ارزش قائل شده‌اند، دارد.^۱ «حریم خصوصی» یک مفهوم سیال است که امروزه، آزادی وجدان و اندیشه، کنترل بر جسم خود، خلوت و تنهایی،

1 - Standford Encyclopedia of philosophy, "Privacy."

کنترل بر اطلاعات شخصی، آزادی از نظارت‌های دیگران، حمایت از حیثیت و اعتبار خود و حمایت در برابر تفتیش‌ها و تجسم‌ها را شامل می‌شود. همچنین حریم خصوصی، حقی است نسبت به زندگی کردن با میل و سلیقه‌ی خود و با حداقل مداخله و ورود دیگران؛ حقی است که بر اساس آن اشخاص اختیار دارند که تعیین کنند دیگران تا چه اندازه می‌توانند به لحاظ کمیت و کیفیت، اطلاعاتی درباره‌ی آنان داشته باشند. (1089-1088pp:Solove)

برای احراز این که آیا حریم خصوصی اشخاص نقض شده است یا نه، باید به «انتظار معقول و متعارف» از حریم خصوصی توجه کرد.¹ این عوامل و اوضاع و احوال عبارت‌اند از:

۱. مکان مورد نظارت،

۲. موضوع مورد نظارت،

۳. استفاده‌ای که اطلاعات حاصل از نظارت ممکن است داشته باشد،

۴. وسایلی که برای نظارت مورد استفاده قرار می‌گیرد،

۵. وضعیت شخصی که مورد نظارت واقع می‌شود،

۶. رضایت،

۷. روابط بین طرفین.

در این میان، بند «ب» ماده یک قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات، اطلاعات شخصی را اطلاعات فردی نظیر نام و نام خانوادگی، نشانی‌های محل سکونت و محل کار، وضعیت زندگی خانوادگی، عادت‌های فردی، ناراحتی‌های جسمی، شماره حساب بانکی و رمز عبور می‌داند.

افشای اسرار مردم، کاری مغایر با موازین اخلاقی محسوب می‌شود ولی، جز در موارد خاص، وصف مجرمانه ندارد. به استناد ماده (۶۴۸) قانون تعزیرات، جرم بودن این عمل منوط به آن است که شخص به مناسبت شغل یا حرفه خود محرم اسرار شود.

1 - The Law Reform Commission of Ireland, Report on Privacy: Surveillance and the Interception of Communications, 1998, paras 29. and seq.

با توجه به این که تصاویر و ویدئوها و هر اطلاعات دیگری که مربوط به کودک می باشد، برای انتشار، نیازمند اجازه‌ی صاحب آن است و از طرفی، کودک نیز به سبب این که هنوز به سن قانونی نرسیده است، این اجازه باید از سوی والدین او صادر گردد و از آنجا که صدور این مجوز باید با رعایت مصالح کودک باشد، پس والدین محدود در انتشار اطلاعات مربوط به کودک خود در فضای مجازی می باشند. این تکلیف والدین نسبت به کودکشان مانند حق کودک بر نام مناسب می باشد که در آن مثال نیز والدین به عنوان نماینده کودک اقدام به تعیین نام می کنند. این نمایندگی قانونی را می توان فارغ از موضوع حضانت، ولایت یا قیمومت تبیین نمود.^۱

ماده (۶) قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات، دسترسی به اطلاعات شخصی افراد را تنها از طریق اشخاص حقیقی صاحب اطلاعات و یا نمایندگان آنان مجاز می داند. فلذا انتشار اطلاعات شخصی کودکان توسط والدین آنها، در صورتی که امکان آسیب رسیدن به کودک در آن زمان و یا در آینده را به همراه داشته باشد، خلاف این قانون می باشد. تلاش بر نامه ریزان و واضعان قوانین در این مسأله بایستی متوجه حفاظت از عدم تضرر کودکان به سبب انتشار تصاویر و اطلاعات آنان توسط والدینشان باشد. حفظ و صیانت این حق از سوی والدین، مستلزم مواردی از قبیل برنامه ریزی های فرهنگی، آموزش، تأمین زیرساخت های فنی و نهایتاً وضع قوانین بازدارنده و تأثیر گذار در متوجه ساختن والدین نسبت به این اقدام نادرست می باشد، اما آن چیزی که به روشنی مشخص است، عدم کارآمدی قانون گذاری به تنهایی در کنترل و نظارت این حوزه می باشد. چرا که بخش عظیمی از این اتفاقات و رخدادها متأثر از عدم آشنایی صحیح والدین با عواقب و نتایج نادرست این اقدام می باشد.

۱ - میرشکاری، عباس و فراهانی، سید جواد، «حق کودک بر نام»، دوفصلنامه مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال پنجم، ش. ۱۰، بهار و تابستان ۱۳۹۵، ص. ۸۱.

۴. بررسی راهکارهای ناظر به رعایت حقوق کودکان در شبکه‌های اجتماعی

از آنجا که وظیفه‌ی علم حقوق، نظم بخشیدن به جامعه است، باید برای نظام بخشیدن به فضای مجازی و شبکه‌های اجتماعی نیز وارد عمل شود. به همین دلیل، در بیش‌تر کشورهای جهان، قوانینی برای کنترل وضعیت کاربران اینترنت به تصویب رسیده است. همان‌گونه که بیان شد، کودکان نیز به‌عنوان گروهی مهم از شهروندان یک دولت، حقوقی دارند که در سال‌های اخیر به سبب حضور شبکه‌های اجتماعی بیش از پیش تضییع می‌گردد و به همین علت، برخی کشورها نیز برای آن قوانینی وضع نموده‌اند که پیش از این برخی موارد بررسی گردید. قانون جرایم رایانه‌ای نیز در ایران به‌عنوان محوری‌ترین قانون رسیدگی به این نوع جرایم و کنترل فعالیت‌های فضای سایبر تدوین شده است. البته مقررات دیگر و نیز قسمت‌هایی از برخی دیگر قوانین نقش مکمل آن را دارند، ولی متأسفانه عدم روزآمدی آن و عدم انعطاف‌پذیری و جامع بودنش موجب آن شده است که اکنون پس از گذشت چند سال از وضع این قانون، با عدم کارآمدی صحیح آن روبه‌رو شویم، چراکه به‌رغم پیشرفت و توسعه‌ی فضای سایبر شاهد رشد این قانون و یا توانایی آن در پاسخگویی به مشکلات روز نبوده و نیستیم.

قانون جرایم رایانه‌ای تنها قانون ناظر بر عملکرد فضای مجازی در داخل کشور است که در ۵ خردادماه ۱۳۸۸ توسط مجلس شورای اسلامی مصوب گردیده است. البته فهرست مصادیق محتوای مجرمانه موضوع ماده ۲۱ قانون جرایم رایانه‌ای نیز به‌عنوان مکمل قانون فوق نقش بسیار مهمی ایفا می‌نماید.

اما متأسفانه نقص‌های شدید این قانون، به‌عنوان تنها قانون مربوط به فضای مجازی، مشکلات بسیاری را به دنبال دارد، فلذا اصلاح و تقویت آن موجب رشد دستگاه‌های مجری این قانون و اشراف بیش‌تر آنان در بررسی‌ها خواهد شد.

در حوزه کودکان نیز شاهد همین مسأله هستیم و آن‌گونه که بیان شد، قانونی برای حمایت از کودکان در برابر اتفاقاتی که در فضای مجازی

تربیت و آینده‌ی آنان را تحت الشعاع قرار می‌دهد، وجود ندارد. مسأله مهم‌تر آن است که حتماً قوانین حمایتی دیگری از کودکان بدون توجه به فضای مجازی نیز به‌طور ویژه وجود ندارد که همین مسأله، مشکلات را دوچندان می‌کند.

اما برای حل این مشکل و مقابله با اقداماتی که در فضای مجازی منجر به تضییع حقوق کودکان می‌گردند، چه باید کرد؟ چه راهکاری می‌توان برای آن اندیشید؟ یکی از راهکارهای اساسی این حوزه که در ابتدا افراد را متوجه آن می‌سازد قانون‌گذاری و ارائه‌ی طرحی اولیه به مجلس شورای اسلامی و اقدام برای تصویب آن است تا بتواند از برخی حقوق کودکان که تجربه نشان داده در این گونه موارد به‌طور مصداقی در طرح مورد بحث قرار می‌گیرد، تحت حمایت قانون درآید.

تجربه نشان داده بر خورد مصداقی و جزئی با موضوعات و مسایل اجتماعی و سعی در قانون‌گذاری مستقیم در جزئی‌ترین مسایل نه تنها مشکلات اجتماعی را تسهیل ننموده، بلکه بر مشکلات نیز افزوده است؛ به قدری که امروز یکی از مهم‌ترین مشکلات نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، مسأله تورم قوانین است که به اعتقاد نگارندگان ریشه در مواجهه‌ی بدون بررسی و شتابزده برای حل مشکلات عمومی دارد.

همان گونه که در مباحث گذشته بیان گردید، مواجهه با فضای مجازی نیازمند شناخت دقیق این فضا و سپس تنظیم قوانین و مقرراتی دقیق برای کنترل آسیب‌ها در عین کمک به رشد صحیح آن است. مشکل اساسی امروز کشور ما، عدم شناخت صحیح فضای مجازی توسط سیاستگذاران و همچنین قانونگذاران می‌باشد و در نتیجه در مجامع قضایی نیز به سبب عدم آشنایی با فضای مجازی و همچنین نبود قوانین مشخص شاهد احکام متناقض نسبت به مسایل این حوزه هستیم.

از طرفی، مسأله کودکان نیز از مسایل مغفول مانده در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران است به قدری که جایگاه دقیق آن‌ها تا به امروز هنوز در نظام اجتماعی ما

و حمایت‌های قانونی از آن‌ها مشخص نمی‌باشد؛ در حالی که فقه امامیه مسأله کودکان را از جهات مختلف مورد بحث قرار داده است ولی همان‌گونه که بحث شد، در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران هنوز در تعریف کودک، اختلافات جدی وجود دارد. چنان که موضوع اخیر منع کودک همسری که با هدف حمایت از آسیب‌های اجتماعی مرتبط با کودکان، یکی از موضوعات مطرح در مجلس شورای اسلامی بود به علت عدم فهم مشترک از مسایل این حوزه، محمل نزاع‌های سیاسی قرار گرفت تا نقد و بررسی‌های کارشناسانه برای اصلاح آن. پس به نظر می‌رسد در صورتی که این نظر، یعنی راهکار قانون‌گذاری در این حوزه را در پیش بگیریم، باید در دو حوزه‌ی کودکان و حمایت از آن‌ها و همچنین فضای مجازی و مقررات تعامل در این فضا، قوانینی جامع تدوین نمود که این امر مستلزم ماه‌ها بررسی و اقدامات کارشناسی و همچنین تجمیع و تنقیح بسیاری مواد حقوقی مرتبط و رسیدن به قواعدی مشخص است که پس از مشخص نمودن مبانی فقهی و رویکرد اساسی جمهوری اسلامی در مباحث حوزه‌های فضای مجازی و کودکان قابل دستیابی است. فلذا در کوتاه‌مدت و برای رفع مشکلات کنونی نمی‌توان بدان توجه نمود ولیکن در صورت عدم توجه به این مسأله در سال‌های آینده با بحران‌های جدی در هر دو حوزه مواجه خواهیم بود.

۵. نتیجه و پیشنهاد:

راهکار عملیاتی در شرایط کنونی آن است که با استفاده از قوانین و مقررات حال حاضر، سعی در مقابله و حل مسایل بیان شده داشته باشیم. برای مثال، از قواعد اولیه‌ی مرتبط با حوزه حریم خصوصی استفاده نموده و مسأله‌ی انتشار تصاویر کودکان را مورد بحث قرار دهیم و با آن مقابله نماییم ولیکن قطعاً احکام در این حوزه مورد جدال بسیار قرار خواهد گرفت و به سبب نبود بنیان‌های فرهنگی - اجتماعی این حوزه، امکان شکست در ابتدای مسیر را به همراه خواهد داشت. چنان که در سال‌های اخیر، در پرونده‌های مختلفی که نقش فضای مجازی و شبکه‌های اجتماعی به‌طور جدی قابل مشاهده بودند، آراء صادره راجع به کنترل این فضاها منجر به اعتراضات شدیدی از سوی کاربران قرار گرفته و در برخی موارد

حتما مقامات قضایی تا سطوحی عقب نشینی نیز نمودند.

به نظر می‌رسد توجه به وجوه فرهنگی - اجتماعی در کنار وجه حقوقی در کوتاه‌مدت و بلندمدت می‌تواند پاسخ کاملی برای حل مشکلات این حوزه باشد. بدین معنا که ضمن تمرکز بر راهکار اول و بررسی‌های علمی در حوزه‌های فقهی - حقوقی و همچنین فرهنگی - اجتماعی برای حل مشکل و تنظیم مقررات این حوزه در بلندمدت، باز مینه‌سازی رسانه‌ای و سعی در مقررده گذاری برای شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات اینترنتی (ISP)ها و همچنین شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات در بستر اینترنت و همچنین تقویت و راه‌اندازی ظرفیت‌های اختصاصی کودکان در حوزه‌های فناوری اطلاعات و ارتباطات مانند سیم‌کارت‌های دانش‌آموزی، نرم‌افزارهای کنترل والدین، بسته‌های اینترنت اختصاصی، حساب‌های کاربری اختصاصی و... که برخی از طریق فعال‌سازی هویت مجازی شهروندان امکان‌پذیر است، می‌توان به‌طور موقت تارسیدن به راهکارهای دائمی (که البته برخی از همین موارد جزو راهکارهای دائمی محسوب می‌گردند مانند سیم‌کارت دانش‌آموزی ولیکن تازمانی که مقررات دائمی و زیرساخت‌های کامل آن فراهم نشود، همچنان بایستی جزو راهکارهای مقدماتی از آن‌ها یاد نمود)، از این راهکارها بهره‌گرفت و برخی از مشکلات این حوزه از قبیل دسترسی کودکان به محتواهای خلاف اخلاق حسنه و نامناسب را کنترل کرد.

البته مسأله‌ی انتشار محتوای حریم خصوصی کودکان همچنان از مشکلاتی است که به نظر می‌رسد صرفاً از طریق آموزش‌های اولیه‌ی تربیتی به خانواده‌ها و برخورد جدی قضایی با ایشان از طریق راهکارهای قانونی موجود، جلوگیری از آن امکان‌پذیر است. اما مشکلی که در این مسأله وجود دارد آن است که به‌علت نبودِ شاکی در این‌گونه پرونده‌ها، دادستان بایستی با توجه به جایگاه قضایی و ظرفیت‌های قانونی نسبت به آن ورود نماید که همین نیز مسأله رادشوار می‌نماید، چرا که ورود دادستان در این حجم از اطلاعات و کنترل همه‌ی آن‌ها تقریباً غیرممکن می‌نماید.

به نظر می‌رسد ایجاد ظرفیت‌های کنترلی در شبکه‌های اجتماعی و استفاده از امکان

گزارش محتواهای منتشر شده و به رسمیت شناختن آن‌ها توسط مراجع قضایی که حاصل همکاری و مشارکت عمومی در حل این مسایل و همچنین همکاری شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات در بستر اینترنت با مراجع قضایی می‌باشد، می‌تواند راهکار کنونی برای مقابله و کنترل این مسأله باشد که شاید به مراتب از اقدام سابق آسان‌تر باشد ولیکن دشواری‌های بسیاری را در پی خواهد داشت.

برای مقابله و کنترل مقدماتی، اقداماتی که بر اساس مباحث گذشته موجب تضییع حق عدم دسترسی کودکان به محتواهای نامناسب و به‌ویژه حق عدم انتشار محتواهای حریم خصوصی کودکان می‌گردند، در کوتاه مدت، می‌توان از برخی قواعد اولیه‌ی حقوقی در این حوزه استفاده نمود. نظریه‌ی نمایندگی والدین از کودکان در صدور مجوز انتشار اطلاعات مربوط به ایشان می‌تواند در کنترل و صدور حکم در موارد انتشار اطلاعات کودکان راهگشا باشد. در نتیجه‌ی این نگاه، در مواردی که والدین اطلاعاتی از کودک را بدون توجه به تأثیر آن در آینده‌ی کودک و برخلاف مصلحت او منتشر نمایند، مجرم شناخته می‌گردند؛ و البته در صورتی که مصلحت کودک را مدنظر قرار داده باشند و این اقدام آنان آسیبی به آینده‌ی کودک وارد نسازد، می‌توان آنان را از اتهامی در این مصداق بری دانست.

در خصوص دسترسی کودکان به محتوای نامناسب تربیت ایشان نیز، والدین در جایگاه ولیّ خاص کودک، موظف به رعایت مصالح در تربیت شایسته‌ی او می‌باشند. فلذا در صورتی که دسترسی وی به محتوای نامناسب را که منجر به تربیت ناشایسته‌ی او می‌شود، محدود نساخته و یا حتا این‌گونه مطالب را در دسترس او قرار دهند، مجرم شناخته می‌شوند.

همان‌گونه که بیان شد، کنترل عدم انتشار محتوای نامناسب در شبکه‌های اجتماعی اقدامی بسیار دشوار است که با رشد تکنولوژی در سال‌های آینده و راه‌اندازی شبکه‌های اجتماعی به شکل غیر متمرکز در بستر زنجیره همتایان^۱ هرگونه امکان کنترل یا حتا

1 - blockchain

فیلترینگ آن را به حداقل می‌رساند. فلذا به نظر می‌رسد بهترین شیوه جهت پیش‌گیری از دسترسی کودکان به این گونه مطالب، نظارت و توجه ویژه‌ی والدین و کنترل صحیح این مسأله با راهکارهای تربیتی و روانشناسانه است. از طرفی، قانون‌گذار نیز می‌تواند با همکاری نهادهای تربیتی و همچنین وضع قوانین کنترلی، نقش والدین در عدم ایجاد امکان دسترسی کودکان به این مطالب را به‌عنوان افراد موظف در تربیت شایسته‌ی کودکان، تحت نظر داشته باشد.

این نوشتار با هدف طرح بحث در این مسأله و ایجاد زمینه و مقدمه‌ای برای چنین اقداماتی به بررسی عناوین مذکور پرداخته تا شاید بتوان نیازهای روز کشور در این حوزه را متذکر شد.

منابع:

الف) فارسی

کتاب‌ها

۱. اسماعیلی، محسن (۱۳۹۱)؛ گفتارهایی در حقوق رسانه، جلد اول، مؤسسه نشر شهر.

۲. "....."، ج. ۲، مؤسسه نشر شهر.

۳. انصاری، باقر (۱۳۸۷)، حقوق ارتباط جمعی، ج. ۲، انتشارات سمت.

۴. حلی، حسن بن یوسف، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۲-۱۴۲۰ هـ.

۵. میر محمد صادقی، حسین (۱۳۹۲)، جرایم علیه اشخاص، نشر میزان، زمستان.

مقالات

۶. بافکار، حسین (۱۳۸۷)، «نگاهی به حقوق کودک در اسلام و کنوانسیون جهانی»، ش. ۲۷.

۷. جلالی فراهانی، امیر حسین (۱۳۸۳)، «پیشگیری از جرایم رایانه‌ای»، مجله حقوقی دادگستری،

تابستان، ش. ۴۷.

۸. "....." (۱۳۸۶): «مزیت‌ها و محدودیت‌های فضای سایبر در حوزه‌های آزادی

بیان، آزادی اطلاعات و حریم خصوصی»، مجله‌ی حقوقی کیفری، تابستان، ش. ۵۹.

۹. جهانگرد، نصرآ... و رشیدی کمیجان، علیرضا (۱۳۸۴): «ایجاد توسعه‌ی پایدار»، گزارش‌نهایی

مؤسسه‌ی فرصت‌های دیجیتال؛ دبیرخانه‌ی شورای عالی اطلاع‌رسانی.

۱۰. طارمی، محمدحسن (۱۳۸۶)، گذری بر جرایم رایانه‌ای، مجله ره‌آورد نور، زمستان، ش. ۲۱.

۱۱. عباسی کلیمانی، عاطفه (۱۳۸۹)، «بررسی مقایسه‌ای قوانین و مقررات ایران با کنوانسیون حقوق

کودک»، دوفصلنامه علمی-ترویجی فقه و حقوق خانواده، دوره ۱۵، ش. ۵۳.

۱۲. غمامی، سیدمحمد مهدی (۱۳۹۴)، «تحلیل حقوقی محدودیت و مسؤلیت آزادی بیان (مطالعه

موردی تولیدات رسانه‌ای توهین‌آمیز به ارزش‌های اسلامی)»، مجموعه مقالات همایش ملی جایگاه ادیان

الهی در نظام‌های حقوقی، سازمان بسیج حقوقدانان تهران بزرگ

۱۳. کریستاکیس، اریکا (۱۳۹۷)، «وقتی با فرزندت هستی، آن گوشی لعنتی را بگذار کنار»، ترجمه علی

برزگر، تهران: ترجمان. زمستان، ش. ۹۰.

۱۴. معمار، ثریا، عدلی پور، صمد و خاکسار، فائزه (۱۳۹۱)، «شبکه‌های اجتماعی مجازی و بحران هویت (با تأکید بر بحران هویتی ایران)»، فصلنامه مطالعات و تحقیقات اجتماعی در ایران، زمستان، دوره اول، ش. ۴۰.
۱۵. میرشکاری، عباس و فراهانی، سیدجواد (۱۳۹۵)، «حق کودک بر نام»، دوفصلنامه مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال پنجم، بهار و تابستان، ش. ۱۰.
۱۶. ناتن، جان (۱۳۹۷)، «هر کلیک میخ دیگری است بر تابوت دموکراسی»، ترجمه محمد معماریان،، تهران: ترجمان. زمستان، ش. ۹۰.

قوانین

۱۷. قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مصوب ۱۳۸۸
۱۸. قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸
۱۹. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲
۲۰. قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷
۲۱. قانون اجازه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون حقوق کودک مصوب ۱۳۷۲

ب) لاتین

کتاب‌ها

22. Boyd, D.M., & Ellison, N. B., "Social network sites: definition, history, and scholarship", *Journal of Computer-Mediated Communication*, 2007.
23. Thornburgh, Dick & S. Lin Herbert, Editors; *Youth pornography and The Internet*; National Academy press, 2004.

مقالات

24. Solove, Daniel J., "conceptualizing Privacy", *California Law Review*, vol. 90, 2002.
25. The Law Reform Commission of Ireland, *Report on Privacy: Surveillance and the Interception of Communications*, 1998, paras. 29 and seq.

- 26. Communications Decency Act
- 27. Homeland Security Act
- 28. Patriot Act
- 29. Protection of Children Act

ج) پایگاه‌های داده

- ۳۰. پایگاه اطلاع‌رسانی ارتباطات و رسانه‌ها - مدیا نیوز (www.medianews.ir)
- ۳۱. پایگاه اینترنتی مرکز تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام (www.csr.ir)
- ۳۲. پایگاه خبری روزنامه رسمی ایران (www.ion.ir)
- ۳۳. خبرگزاری صداوسیما (www.iribnews.ir)
- ۳۴. خبرگزاری فارس (www.farsnews.ir)
- ۳۵. خبرگزاری مهر (www.mehrnews.com)
- ۳۶. خوشفکری، ارزش آفرینی برای ایده‌ها (www.khoshfekri.com)
- ۳۷. درگاه ملی آمار (www.amar.org.ir)
- ۳۸. مجله اینترنتی زومیت - زومیت: دنیای فناوری (www.zoomit.ir)
- ۳۹. مشرق نیوز (www.mashregnews.ir)
- ۴۰. نشریات جام جم (www.press.jamejonline.ir)
- 41. Alexa - Actionable Analytics for the Web (www.alexa.com).
- 42. Australian Broadcasting Corporation (www.abc.net.au).
- 43. Business Insider (www.businessinsider.com)
- 44. Internet World Stats - Usage and Population Statistics (www.internetworldstats.com)
- 45. Stanford Encyclopedia of Philosophy (www.plato.stanford.edu)
- 46. Taking Stock with Teens (www.piperjaffary.com)
- 47. The Guardian (www.theguardian.com).

48. The Pew Research Center's Internet & American Life Project (www.pewinternet.org).
49. The Register: Sci/Tech News for The World (www.theregister.co.uk).
50. The Statistics Portal Statistics and Studies from More Than 18,000 Sources (www.statista.com).
51. The Wall Street Journal (www.wsj.com)
52. USA Today (www.usatoday.com).
53. Yahoo! Internet services company help center (www.help.yahoo.com).

فراخوان مقاله محورهای مقالات فصلنامه "حقوق و فناوری اطلاعات"

محورهای اصلی دریافت مقاله برای فصلنامه "حقوق و فناوری اطلاعات" اعلام شد. به گزارش روابط عمومی، کانون سردفتران و دفتریاران قصد دارد پس از انتشار نخستین شماره از فصلنامه "حقوق و فناوری اطلاعات"، آن را هر سه ماه به طور منظم و مستمر در قالب نشریات علمی و پژوهشی منتشر نماید. از همین رو، به منظور ارتقای سطح عمومی علوم نوین و دانش تخصصی روز و اطلاع رسانی پژوهش محور در زمینه توسعه فناوری اطلاعات و ارتباطات جامعه سردفتری، دانشگاهی و حقوقی و نیز مخاطبان نشریات کانون، از استادان، حقوق دانان، فرهیختگان، اندیشمندان، پژوهش گران و نخبگان علوم مرتبط با حوزه های حقوق و فناوری اطلاعات دعوت به همکاری علمی می نماید.

بنا به این گزارش، ارسال مقالات می تواند با مطالعه تطبیقی یا فقط با تأکید بر حقوق ایران یا فقه انجام شود و محدودیتی در این خصوص وجود ندارد.

لذا خواهشمند است آثار قلمی علمی و پژوهشی خویش را در موضوعات پیشنهادی ذیل، طبق شیوه نامه تدوین مقالات فصلنامه «حقوق و فناوری اطلاعات»، ارسال فرمایید.

۱. حقوق الکترونیکی و آینده پژوهی اسناد

۲. الزامات حقوقی دفتر اسناد رسمی الکترونیکی
۳. حقوق اسناد رسمی الکترونیکی؛ فرصت‌ها و تهدیدها
۴. حقوق اسناد رسمی الکترونیکی؛ مفاهیم و کاربردها
۵. حقوق اسناد رسمی الکترونیکی؛ وضع موجود و وضع مطلوب
۶. مسئولیت مدنی سر دفتر در اسناد رسمی الکترونیکی
۷. هویت‌شناسی اشخاص در اسناد رسمی الکترونیکی
۸. بررسی آثار حقوقی فرایند صدور سند الکترونیکی
۹. پرداخت الکترونیکی و چالش‌های حقوقی آن در دفاتر اسناد رسمی
۱۰. آثار حقوقی اسناد الکترونیکی بر پیشینه‌ی اسناد
۱۱. ثبت الکترونیکی اسناد رسمی و کاهش جرایم ثبتی
۱۲. بررسی سیر تحول الکترونیکی شدن اسناد
۱۳. حقوق کاداستر و فناوری اطلاعات
۱۴. آینده‌پژوهی گواهی الکترونیکی
۱۵. ارزش استنادی گواهی الکترونیکی در مراجع قضایی
۱۶. بررسی حقوقی کارکرد گواهی الکترونیکی
۱۷. امضای الکترونیکی
۱۸. حقوق جرایم رایانه‌ای و الکترونیکی
۱۹. حقوق احراز هویت در فضای سایبر
۲۰. حقوق اسناد و امضاهای الکترونیکی
۲۱. بررسی جایگاه قانونی مراکز میانی صدور گواهی امضای الکترونیکی
۲۲. معرفی علمی تجهیزات و لوازم مرتبط با حوزه گواهی الکترونیکی و دیجیتال
۲۳. الزامات حقوقی دولت الکترونیکی

۲۴. مدیریت اطلاعات الکترونیکی
۲۵. ایران و شاخص جهانی توسعه دولت الکترونیکی
۲۶. الزامات حقوقی در سطح بین‌المللی برای یکسان‌سازی ارتباطات الکترونیکی
۲۷. الزامات حقوقی اینترنت ملی
۲۸. حقوق اینترنت در اروپا؛ شبکه‌ها، داده‌ها، خدمات
۲۹. هوش مصنوعی و حقوق
۳۰. حقوق و فناوری‌های پیشرفته؛ حق بر تصویر و حق بر تصویر برداری
۳۱. حقوق و فناوری‌های پیشرفته؛ آزادی‌ها، داده‌ها، فایل‌ها
۳۲. حقوق داده
۳۳. حقوق اینترنت
۳۴. اینترنت اشیا (IOT)
۳۵. حقوق و پروتکل‌های اینترنتی
۳۶. حقوق نرم‌افزارها
۳۷. حق دسترسی به اطلاعات
۳۸. حقوق شهروند الکترونیکی
۳۹. حقوق ناظر بر حریم خصوصی در فضای الکترونیکی
۴۰. حقوق ناظر بر داده‌های شخصی در فضای الکترونیکی
۴۱. مردم‌سالاری الکترونیکی
۴۲. انتخابات الکترونیکی
۴۳. حکمرانی سایبری
۴۴. سیاست‌گذاری الکترونیکی و کالاهای عمومی همچون قانون‌گذاری، امنیت اجتماعی
۴۵. فناوری حقوقی و چالش‌های آن

۴۶. امنیت الکترونیکی
۴۷. هدایت الکترونیکی
۴۸. شهروند الکترونیکی؛ کاهش ورودی پرونده‌های قضایی
۴۹. دادگاه الکترونیکی؛ حق دادخواهی
۵۰. حبس الکترونیکی
۵۱. مراقبت الکترونیکی کیفری
۵۲. آینده پژوهی در فناوری اطلاعات
۵۳. حقوق الکترونیکی و طرح‌های دانش بنیان
۵۴. خدمات الکترونیکی
۵۵. بازار الکترونیکی
۵۶. بازاریابی الکترونیکی
۵۷. مؤسسه الکترونیکی
۵۸. تجاری سازی خدمات الکترونیکی
۵۹. الزامات حقوقی کسب و کار و تجارت الکترونیکی
۶۰. کسب و کار الکترونیکی
۶۱. کارگزاری الکترونیکی
۶۲. کالانمای الکترونیکی
۶۳. کار آفرینی الکترونیکی
۶۴. الزامات فقهی در گستره ارتباطات و معاملات الکترونیکی
۶۵. حقوق قرارداد‌های الکترونیکی؛ از انعقاد تا خاتمه
۶۶. حقوق استارت‌آپ‌ها در معاملات الکترونیکی
۶۷. حقوق مالکیت‌های فکری در فضای الکترونیکی

۶۸. ابعاد حقوقی اسناد تجاری الکترونیکی
۶۹. حل و فصل الکترونیکی اختلافات و داوری آنلاین
۷۰. صلاحیت محاکم و قانون حاکم بر تعاملات الکترونیکی
۷۱. سیاست گذاری الکترونیکی و بازی های رایانه ای
۷۲. مفهوم سازی و تئوری سازی در ارتباطات الکترونیکی
۷۳. حقوق رقابت در ارتباطات و بازاریابی الکترونیکی
۷۴. حقوق حاکم بر تبلیغات الکترونیکی
۷۵. سیاست گذاری حقوقی در ارتباطات الکترونیکی
۷۶. حقوق تجهیزات رایانه ای و ماهواره ای
۷۷. حقوق مسؤلیت مدنی و ارتباطات الکترونیکی
۷۸. حقوق مصرف کننده در ارتباطات الکترونیکی
۷۹. ابعاد حقوقی پرونده الکترونیکی سلامت
۸۰. حقوق ناظر بر بهداشت جسمانی و روانی در ارتباطات الکترونیکی
۸۱. فیلترینگ و مسایل حقوقی آن
۸۲. بهداشت الکترونیکی
۸۳. حقوق پزشکی در فضای الکترونیکی
۸۴. حقوق رسانه و فناوری اطلاعات
۸۵. مصاحبه الکترونیکی
۸۶. حقوق نشر الکترونیکی
۸۷. حقوق شبکه های تلویزیونی در فضای الکترونیکی
۸۸. حقوق ناظر بر سرورهای پایگاه های داده
۸۹. ابعاد حقوقی داده بزرگ ها

۹۰. رمزنگاری در قانون ایران و سایر کشورها
۹۱. حقوق ارزهای رمزنگاری شده (مانند بیت کوین)
۹۲. حقوق پردازش و رایانش ابری
۹۳. بانکداری الکترونیکی
۹۴. چک الکترونیکی
۹۵. پول الکترونیکی
۹۶. حقوق واسطه‌های مالی و فین تک‌ها
۹۷. حقوق، سرمایه‌گذاری، کار آفرینی و فناوری مالی
۹۸. پرداخت امانی در کسب و کارهای الکترونیکی
۹۹. حقوق ناظر بر مالیات بر درآمدهای الکترونیکی
۱۰۰. چالش‌های حقوقی بیمه در ارتباطات و موضوعات الکترونیکی

علاقه‌مندان می‌توانند مقالات و آثار علمی و پژوهشی خود را به سامانه فصلنامه؛ <http://law.IT.Notary.ir> یا از طریق ایمیل به نشانی الکترونیکی؛ law.it.notary@gmail.com ارسال نمایند.

گفتنی است که در هر شماره از فصلنامه، بانک اطلاعات نویسندگان و عناوین موضوعی مقالات، نمایه می‌شود.

همچنین، این گزارش به یادداشت دکتر طاهر حبیب‌زاده، سردبیر فصلنامه اشاره نموده که در آن، سیاست‌های حاکم بر پذیرش مقالات فصلنامه "حقوق و فناوری اطلاعات" به شرح زیر اعلام شده است؛

در رویه‌ی کنونی برخی فصلنامه‌ها، گاهی مسایلی مانند داوری‌های کلی نه تفصیلی، طولانی بودن فرایند اعلام نتیجه و لزوم درج نام یک عضو هیأت علمی به عنوان

نویسنده‌ی همکار، نقد می‌شود؛ نظر به انتقادهای وارده، اعلام می‌شود که فصلنامه «حقوق و فناوری اطلاعات» بر یک اصل کلی و چهار زیر اصل استوار است:

اصل کلی عبارت است از: «پذیرش حداکثری و رد حداقلی مقالات دریافتی». به موجب این اصل، هر مقاله‌ای که استعداد پذیرش ابتدایی در فصلنامه را دارا باشد، می‌تواند پس از اعمال اصلاحات لازم، ولو چندبار اصلاح محتوایی و شکلی، وارد مرحله نهایی یعنی «پذیرش مقاله» شود.

- و اما زیر اصل‌های چهار گانه:

یک. اصل شفافیت داوری؛ طبیعتاً هر اثر علمی قبل از انتشار، مورد داوری قرار می‌گیرد. نکته مهم، داوری علمی با رعایت اصول حرفه‌ای و مبتنی بر انصاف است. این فصلنامه بر این باور است که داوری به نحوی باید انجام پذیرد که حتا در صورت رد مقاله، نویسنده‌ی آن، از نقطه نظر شورای داوری و چرایی رد اثر، قانع شود. در این راستا؛ الف) داوران، داوری دقیق و مبتنی بر فرمت داوری مورد نظر فصلنامه را در دستور کار دارند. ب) پاسخ داوران، عیناً در اختیار نویسنده قرار داده می‌شود تا مطالعه و در صورت اعتراض، جوابیه ارسال نماید و حسب مورد، دوباره بررسی علمی شود و چه بسا در صورت وارد بودن اعتراض، زمینه‌ی پذیرش مقاله نیز فراهم شود.

دو. اصل سرعت؛ هر نویسنده‌ای علاقمند است نتیجه بررسی علمی اثر خود را در سریع‌ترین زمان ممکن اخذ نماید. متأسفانه کم نیستند فصلنامه‌هایی که دچار اطاله‌ی داوری مقالات شده‌اند! در این فصلنامه، تلاش بر این است که پاسخ اولیه مبنی بر «رد یا پذیرش اولیه»، ظرف مدت ۳۰ روز کاری اعلام و در صورت پذیرش اولیه، وارد چرخه داوری شود که ظرف مدت ۴۵ روز، پاسخ آن اعلام و در صورت رد، دلایل رد، ذکر گردد؛ تا مقاله

ضمن اصلاح، مجدداً ارسال و مورد بررسی قرار گیرد. همچنین به زودی، نویسندگان مقاله می‌توانند به صورت آنلاین، روند بررسی مقاله‌ی خود را ملاحظه نمایند.

سه. اصل بی‌طرفی؛ گاهی تعارفات خارج از فصلنامه، ممکن است مؤثر در پذیرش یا حتی رد مقاله تلقی شود. یا جانب‌داری یا تعصبات ناوارد علمی یا غیر علمی موجب تغییر سرنوشت یک اثر علمی شود؛ فصلنامه، التزام دارد در صورت لزوم و اعتراض صاحب اثر، استثنائاً فراتر از رویه‌ی رسمی داوری، وارد ماهیت اثر شود و رعایت این اصل را احراز نماید، گرچه اصل اولی حسن نیت در رعایت بی‌طرفی است.

چهار. اصل تقدم کیفیت بر عناوین علمی؛ معضلی که امروزه، گاهی، مشاهده می‌شود ترجیحاً درج نام یک عضو هیأت علمی به عنوان یکی از نویسندگان مقاله ضروری اعلام شده که این امر، زمینه‌ی بروز برخی رفتارهای غیر حرفه‌ای و غیر اخلاقی و حتا غیر قانونی مانند استثمار نویسندگان از جمله دانشجویان می‌شود. فصلنامه مصمم است که ملاک کیفیت را جایگزین عناوین علمی و وابستگی‌های سازمانی قرار دهد. هر نویسنده‌ای حتا یک دانشجوی مقطع کارشناسی می‌تواند با احراز استانداردهای علمی فصلنامه، مقاله خود را منتشر شده ببیند بدون این که احیاناً نامی از افراد با درجات علمی خاص را در مقاله گنجانده باشد.

برگ در خواست اشتراک فصلنامه «حقوق و فناوری اطلاعات»

خواهشمند است تعداد نسخه فصلنامه «حقوق و فناوری اطلاعات» را از شماره

برای اینجانب که سردفتر دفتر بار کارمند دفتر اسناد رسمی

وکیل قاضی کارشناس حقوقی استاد دانشگاه یا دانشجو (رشته تحصیلی) هشتم

به نشانی:

پست الکترونیکی: E-mail:

تلفن: کد پستی:

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

ارسال نمایید.

هزینه اشتراک طی فیش بانکی شماره

به مبلغ برای ۶ ماه یکسال که اصل آن پیوست می باشد، واریز شده است.



۱- هزینه اشتراک ۲ شماره ۴۵۰،۰۰۰ ریال و ۴ شماره ۹۰۰،۰۰۰ ریال است.

(با احتساب هزینه پستی)

۲- لطفاً هزینه اشتراک را به شماره حساب سیبا ۰۸۰۰۵۰۸۰۰۴۲۸۲۸۰۱۰ بانک ملی شعبه

خیابان میرزای شیرازی کد ۱۶۹ به نام فصلنامه «حقوق و فناوری اطلاعات» واریز فرمایید.

(لطفاً عنایت فرمایید؛

- فیش واریزی در همان روز به دفتر فصلنامه نما بر شود.

- در فیش بانکی، نام پرداخت کننده، همان نام و عنوان متقاضی اشتراک باشد.)

۳- لطفاً این برگ اشتراک را تکمیل و با اصل فیش واریزی به دفتر فصلنامه نشانی؛ صندوق

پستی تهران ۴۱۹-۱۴۳۳۵ ارسال فرمایید.

- ۴- لطفاً کپی فیش واریزی را تا پایان دوره اشتراک، نزد خود نگه دارید.
- ۵- در صورت تغییر نشانی، در اسرع وقت، به صورت کتبی، واحد امور مشترکین فصلنامه را مطلع فرمایید.
- گفتنی است جهت متقاضیان اشتراک خارج از کشور، حسب مورد، هزینه پستی به مبلغ مذکور، علاوه می شود.
 - برای استفاده الکترونیکی فصلنامه «حقوق و فناوری اطلاعات» نیز می توانید به پایگاه اینترنتی www.notary.ir مراجعه فرمایید.

سامانه فصلنامه: <http://law.it.notary.ir>

رایانامه: law.it.notary@gmail.com

نشانی فصلنامه در تلگرام: @law_it_notary

«حقوق و فناوری اطلاعات»؛ کلید عموم شهروندان الکترونیک

تلفن و نمابر: ۰۰۹۸۲۱-۸۸۷۲۷۸۸۱

تلفن گویا: ۰۰۹۸۲۱-۸۸۷۰۵۱۹۰، داخلی ۱۲۶۲، سرکار خانم آقایی

نشانی: تهران، صندوق پستی: ۴۱۹-۱۴۳۳۵

تهران، خیابان شهید مطهری، روبه روی خیابان سنایی - شماره ۲۷۳، کانون سردفتران و دفتریاران

کد پستی: ۱۵۸۶۷۱۷۳۱۱

طبقه دوم، دفتر نشریات کانون سردفتران و دفتریاران،

فصلنامه «حقوق و فناوری اطلاعات»

شیوه‌نامه تدوین مقالات فصلنامه «حقوق و فناوری اطلاعات»

سیاست کلی حاکم بر فصلنامه و فرایند بررسی مقالات

فصلنامه «حقوق و فناوری اطلاعات» به‌عنوان یک نشریه‌ی علمی در خصوص شیوه تدوین مقالات به نکات مهمی اهتمام دارد. فصلنامه در رعایت این مهم در جهت حفظ شأن نشریات علمی و پژوهشی ملتزم است. آن دسته از مقاله‌هایی که به تأیید «شورای داوری مقالات» برسد، «نامه پذیرش» حسب درخواست از طریق سامانه، قابل صدور و چاپ خواهد بود.

پیش از بیان شیوه‌نامه لازم است توضیح داده شود که پذیرش مقالات بر چهار اصل استوار است:

۱. سرعت در بررسی (اعلام نتیجه اولیه ظرف ۷ روز؛ بی نظیر در تاریخ فصلنامه‌های کشور)
۲. شفافیت داوری (اعلام نتیجه بررسی به صورت کتبی و تفصیلی)

۳. بی طرفی (بی نامی مطلق مقاله در بررسی توسط داوران)

۴. تقدم کیفیت بر عناوین علمی و دانشگاهی در شرایط برابر (پذیرش مقاله حتی از دانشجویان کارشناسی به شرط احراز شرایط علمی)

همچنین، فرایند بررسی به این نحو است که ابتدا سردبیر به بررسی اولیه مقاله می پردازد. حتماً لازم است مقاله در محدوده محورهای اعلامی فصلنامه باشد. در صورت احراز شرایط حداقلی لازم، به داوری ارجاع می شود. در غیر این صورت، همراه با توضیحات لازم، مجدداً برای بازبینی به نویسندگان محترم ارجاع داده می شود. بنای کلی، پذیرش حداکثری و رد حداقلی مقالات است؛ هر چند ممکن است تا پذیرش نهایی، نویسندگان محترم چند بار به اعمال اصلاحات اقدام نماید.

در صورت ارجاع مقاله به داوری، بنا بر این است که ظرف مدت ۲۵ روز (بی نظیر در تاریخ فصلنامه های کشور) نتیجه داوری اعلام شود. از همین رو، خواهشمند است «شیوه نامه تدوین مقالات» در این خصوص دقیقاً رعایت شود.

نکات مهم در ارسال مقاله

۱. پس از ثبت نام در سامانه، درج موارد زیر به طور دقیق و کامل ضروری است:
نام و نام خانوادگی، میزان تحصیلات، رشته تحصیلی، رتبه علمی - پژوهشی یا دانشگاهی، گروه آموزشی، نام دانشکده، نام دانشگاه، نام شهر واحد دانشگاهی (هم فارسی، هم انگلیسی یا فرانسه).

۲. نشانی، کدپستی، شماره تلفن ثابت، نامبر و موبایل، نشانی رایانامه (ایمیل) نویسنده مسؤول.

۳. ارسال سوابق علمی - پژوهشی و مطالعات علمی - تحقیقی نویسنده مسؤول (یا مترجم) و یا نویسندگان و مترجمان برای اولین بار ضروری است.

۴. دقیقاً نام مسؤول مقاله قید و امضا شود.

۵. مقاله‌ها بایستی تایپ شده و در نسخه word با فونت mitra (یک نسخه از مقاله نیز به صورت PDF) ارسال شود.

۶. مقاله ارسالی نباید قبلاً چاپ شده باشد و هم‌چنین نویسنده نباید بدون اجازه‌نامه کتبی دفتر فصلنامه، جهت چاپ در دیگر مطبوعات اعم از نشریات الکترونیکی و فضای مجازی، اقدام نماید.

۷. فصلنامه از پذیرش و چاپ مقاله‌های چند قسمتی معذور است.

۸. فصلنامه از پذیرش مقالات ترجمه شده معذور است مگر این‌که:

۸.۱. موضوع مقاله بسیار جدید باشد.

۸.۲. انتشار مقاله موجب تولید ادبیات حقوقی جدید در کشور شود.

۸.۳. مترجم، متن مقاله را با حقوق ایران به خوبی و دقت کافی تطبیق دهد و

محتوای مقاله اصلی را برای خواننده ایرانی از دید حقوق ایران روشن سازد.

۸.۴. مترجم فایل متن اصلی به زبان خارجی را به همراه فایل متن ترجمه شده

ارسال نماید.

شیوه ارزیابی ماهوی و شکلی مقاله با توجه به نکات زیر صورت می‌گیرد.

لازم است نویسندگان کاملاً دقت فرمایند:

۱. عنوان مقاله

۱.۱. بین ۴ الی ۲۵ کلمه بدون علامت سؤال؛ و کاملاً گویا باشد.

۱.۲. عنوان باید بازتاب‌کننده محتوی کل مقاله باشد و تمام مفاد مقاله در

عنوان منعکس شده باشد.

۲. نویسندگان/گان: مشخصات نویسنده/گان و وابستگی آنها به دانشگاه یا هر نهاد دیگری

در پاورقی درج شود.

۳. چکیده: بین ۱۵۰ الی ۲۵۰ کلمه

۳.۱ در چکیده، خلاصه مقاله یا بخش‌های مختلف مقاله نوشته نمی‌شود بلکه باید: ورود به بحث در حد یک الی ۲ سطر، طرح چالش‌ها و ضرورت‌ها در حد ۳ سطر، سؤال کلیدی مقاله در حد ۲ سطر، مسیر مورد نظر برای اداره مقاله در حد ۲ الی ۳ سطر (مثلاً مطالعه تطبیقی یا بررسی نظرات یا مبانی و اصول یا شکافتن ابعاد فنی)، روش تحقیق در حد یک سطر اشاره شود.

۳.۲ برخی علاقه‌مندان هستند نتایج و خروجی‌ها را هم در چکیده ذکر کنند اما فصلنامه توصیه نمی‌کند تا خواننده برای دیدن نتیجه حداقل به مطالعه کلی مقاله اقدام کند!

۳.۳ متن چکیده فقط و فقط در یک پاراگراف باشد.

۴. کلمات کلیدی: بین ۴ الی ۶ عبارت (نه کلمه)

۵. مقدمه: شامل موارد زیر به ترتیب باشد - بین ۶۰۰ الی ۸۰۰ کلمه باشد - دقت کنید: به ترتیب زیر باشد:

۵.۱ بیان کلیات به عنوان مقدمه ورود به بحث: در حدود یک الی ۲ پاراگراف، مقدمه را کل به جز می‌نویسند.

۵.۲ ورود نزدیک به موضوع مقاله با بیان ضرورت و چالش‌های موجود: در حدود ۲ الی ۳ پاراگراف. در این بیان لازم است ملموس و عینی و با مصداق کاربردی اشاره شود؛ به نحوی که خواننده احساس کند که موضوعی است لازم برای پژوهش و واقعاً چالش یا خلأ یا اهمیت خاصی دارد.

۵.۳ سؤال کلیدی (اصلی) و زیرسؤالات فرعی: هر مقاله فقط و فقط یک سؤال کلیدی دارد و می‌تواند چند سؤال فرعی داشته باشد که برای پاسخ دادن به پرسش اصلی طراحی می‌شوند.

۵.۳.۱ در بیان سؤالات تحقیق نباید علامت سؤال آخر سؤالات گذاشت یا لیستی از سؤالات را شماره بندی کرد. سعی می شود که هنرمندان سؤالات طرح شود: این که حقوق و فناوری اطلاعات چه ارتباطی با هم دارند موضوع پژوهش حاضر است؛ به جای: رابطه حقوق و فناوری اطلاعات چیست؟

۵.۳.۲ اگر مطالعه موردی (مانند یک پرونده مشخص یا یک کشور مشخص) در مقاله مطرح است بعد از سؤالات اشاره کنید و بیان کنید چرا مطالعه موردی را انجام خواهید داد؟ هدفتان از مطالعه موردی چیست؟

۵.۴ پیشینه موضوع

۵.۴.۱ به این معنی است که سرمنشأ سؤال موضوع این مقاله چه زمانی است؟ چه زمانی این بحث مطرح شده است؟ مانند این که فلان قانون تصویب شده است و موجب پیدایش این سؤال شده است یا فلان حادثه اجتماعی یا تحول اقتصادی یا نظریه حقوقی یا رأی دادگاه یا بخشنامه یا ابداع فنی و اختراع یا هر چیز مشخص دیگری موجب آغاز بحث در این موضوع شده است.

۵.۴.۲ اگر پیشینه موضوع جدید است بهتر است بعد از مقاله یک عنوان مستقل اختصاص دهید و در حد یک الی یک و نیم صفحه در مورد پیشینه موضوع سخن بگویید.

۵.۵ ادبیات موضوع مقاله

۵.۵.۱ این که در موضوع مقاله تا چه اندازه تاکنون تحقیق شده است. این میزان را در متن مقاله ذکر کنید.

۵.۵.۲ اگر لازم باشد نمونه هایی از تحقیقات ذکر شود حتماً در پاورقی ذکر شود نه در متن مقدمه.

۵.۵.۳ قوانین داخلی / خارجی / اسناد بین المللی عام یا خاص موجود یا مرتبط

با موضوع تحقیق را اشاره کنید.

۵.۶ نوآوری تحقیق: به دقت و روشنی بیان شود که نوآوری این مقاله چیست؟ به ویژه اگر در ادبیات موجود در این زمینه تحقیقاتی شده است باید دقیق گفته شود که چرا مجدداً لازم است این پژوهش انجام گیرد. خروجی این پژوهش چه نوآوری و بداعت را دارد و چه مشکلی را حل می کند؟

۵.۷ سیستم های حقوقی در تحقیق تطبیقی: اگر مقاله شما مطالعه تطبیقی انجام می دهد، دقیقاً ذکر کنید که چرا؟ و ذکر شود که چرا این سیستم های حقوقی را برای تطبیق انتخاب کرده اید؟ مثلاً چرا انگلستان و فرانسه و چرا آمریکا و آلمان نه؟ اگر از اسناد بین المللی برای تطبیق و استناد استفاده کرده اید دقیقاً ذکر کنید به چه علت این اسناد را پایه مطالعه در مقاله قرار می دهید. قوانین مورد استناد خارجی یا اسناد بین المللی را دقیقاً با عنوان و سال تصویب در متن اشاره کنید.

۵.۸ بخش های مختلف مقاله (تقسیم بندی): سیر اداره مقاله خیلی کلی ذکر شود. مثلاً از چند قسمت تقسیم شده است و در هر قسمت چه موضوعی مطرح می شود. در این بخش، قسمت های مختلف مقاله پشت سر هم بیان می شوند نه این که شماره بندی شده و مانند فهرست کتاب یا پایان بندی ارائه شود.

۵.۹ روش تحقیق: نحوه استفاده از داده: تحلیلی یا توصیفی / نوع پژوهش: کاربردی یا نظری یا بنیادین یا توسعه ای (می تواند ترکیبی از این موارد باشد) / گردآوری داده: کتابخانه ای یا مطالعه و تحقیق میدانی یا مصاحبه ای (می تواند ترکیبی از این موارد باشد).

۵.۱۰ ارجاع در مقدمه: از ارجاع دادن در مقدمه تا جایی که امکان دارد خودداری کنید. مقدمه محل بیان کلیات مقاله و طرح سؤال و اهمیت آن و روش اداره مقاله است؛ نه آوردن بحث های تفصیلی و تحلیلی و ارجاعات به اثر

نویسندگان.

۶. بدنه مقاله: بین مقدمه و نتیجه

۶.۱ تقسیم بندی بر اساس شماره باشد تا ۴ سطح، مانند: ۱.۱.۱ ۱.۱.۱.۱

۱.۱.۱.۱

۶.۲ نباید در بدنه مقاله صفحات متعدد ذیل یک عنوان بیان شود بلکه حداقل هر ۲ پاراگراف دارای پیام یک عنوان و حداکثر هر ۲ صفحه دارای یک عنوان باشد. ۶.۳ بعد تحلیلی مقاله به بعد توصیفی آن غلبه کند. در یک مقاله علمی و استاندارد، قوت تحلیل نویسنده تعیین کننده است. این گونه نباشد که فقط به گردآوری مطالب و به هم پیوستن آنها بسنده شود بلکه باید نویسنده تحلیل خود را از نظرات ارائه و از آن دفاع کند. هر نظری را که رد می کند حتماً دلیل آن را ذکر نماید. هیچ نظری نباید بدون تحلیل بماند یا باید رد شود یا تأیید و در هر دو حالت باید مستند و مستدل باشد.

۶.۴ فقط به ذکر نظرات بسنده نشود بلکه نویسنده تحلیل خود را در هر موضوع محل بحث ارائه دهد. به طور کلی هر جا بحثی را باز کرده اید حتماً باید با تحلیل و بررسی کافی و اعلام نتیجه به پایان برسانید.

۶.۵ عناصر شناسی یا واژه شناسی: اگر در مقاله واژه هایی وجود دارند اعم از حقوقی یا فنی؛ که لازم است مفهوم آنها بررسی شود بلافاصله بعد از مقدمه، یک بخش تحت عنوان عناصر شناسی یا واژه شناسی آورده می شود.

۶.۶ اگر در هر جایی از مقاله به نکات فنی اشاره شود حتماً لازم است ابتدا با دقت تمام نکات فنی باز شود تا برای خواننده نوعی قابل فهم باشد.

۶.۷ لازم است تناسب حجمی بین بخش های مختلف مقاله رعایت شود. نه یک موضوع خیلی مختصر و موضوع دیگر خیلی مبسوط، بحث نشود. یا یک

موضوع کم ارزش، کلمات زیادی را به خود اختصاص دهد و یک موضوع مهم، کم کلمه بحث شود.

۶.۸ هر عبارتی که برای خواننده نوعی محل سؤال است مانند معنی یک واژه یا اصطلاح حقوقی یا فنی یا هر ماهیت دیگر، به خوبی در پاورقی یا در متن مقاله بحث شود.

۶.۹ سیر منطقی بین مطالب رعایت شود. این گونه نباید که مطالب به صورت پراکنده و بدون ارتباط معنایی لازم بین هم در متن مقاله آورده شوند. هر مطلبی باید در جای مناسب خود آورده شود.

۶.۱۰ رعایت اصول پاراگراف نویسی

۶.۱۰.۱ هر پاراگراف حداقل ۴ سطر باشد و حداکثر ۸ سطر

۶.۱۰.۲ هر پاراگراف یک پیام مشخص را می‌رساند. وقتی پیام یک پاراگراف تمام شد باید به پاراگراف بعدی رفت.

۶.۱۰.۳ هر پاراگراف باید یک جمله ابتدایی داشته باشد که در آن به پیام پاراگراف اشاره دارد و جملات بعدی آن پاراگراف در واقع توضیح دهنده پیام جمله اول هستند و ارتباط معنایی کاملاً روشنی با هم دارند.

۶.۱۱ پاورقی‌های غیر فارسی

۶.۱۱.۱ اگر در متن مقاله از منابع غیر فارسی (عربی، انگلیسی، فرانسوی) مطلب آورده شده است، مانند نظر نویسندگان خارجی و متن قوانین و...، حتماً عین متن خارجی را در پاورقی درج فرمایید؛ خواه به انگلیسی و فرانسه و خواه به عربی باشد. برای این که خواننده مطمئن شود که شما درست ترجمه کرده‌اید!

۶.۱۱.۲ معادل لاتین تمامی قوانین، اسامی اشخاص، اصطلاحات خارجی را در پاورقی دقیق ذکر کنید. حرف اول کلمات لاتین باید با حرف بزرگ

باشد مانند Law نه کوچک law.

۶.۱۱.۳ در صورت لزوم، از نشانه‌های اختصاری فصلنامه استفاده کنید. و اگر از مخفف کلمات استفاده می‌کنید برای بار اول نام یا عبارت کامل را ذکر کنید و در پاورقی اشاره کنید که: از این به بعد به اختصار ... نامیده می‌شود.

۶.۱۲ اگر مطالعه تطبیقی انجام می‌شود، خواه بین دو قانون یا دو سیستم حقوقی یا فقه و حقوق، لازم است تقسیم‌بندی بدنه مقاله، افقی باشد یعنی بر اساس موضوعات مورد بحث در مقاله عنوان زده شود و ذیل هر موضوع، نظرات سیستم‌ها و قوانین، بحث و بررسی و همان‌جا نتیجه‌ی بحث آورده شود. تقسیم عمودی ترجیح ندارد مانند این که ابتدا حقوق ایران کامل تشریح شود بعد حقوق انگلستان بعد حقوق فرانسه و در آخر نتیجه بیان شود.

۶.۱۳ باید منابع دست اول را به کار گرفت. از بین مقالات، مقالات ۵ سال اخیر ترجیح دارد و از بین کتب، آنهایی که توسط نویسندگان مطرح آن حوزه در داخل و خارج کشور تألیف شده‌اند. صرف ارجاع به یک سری منابع کافی نیست که گاهی معلوم نیست نویسندگان آنها چقدر در آن حوزه صاحب‌قلم‌اند. دست اول بودن شرط است. در یک اثر علمی مانند مقاله، حداقل باید به ۲۰ منبع با ویژگی‌های فوق ارجاع داد.

۷. نتیجه

۷.۱ بیان آنچه جمع‌بندی مقاله است با پاسخ دادن به سؤالات مطروحه در مقدمه.

۷.۲ از ذکر خلاصه مقاله خودداری کنید بلکه فقط یافته‌های مقاله را ذکر کنید و لو کوتاه باشد.

۸. **پیشنهادها:** بیان آنچه پیشنهاد نویسنده است. باید مصداقی و دقیق و نقطه‌ای باشد نه کلی. دقیقاً پیشنهادات را روشن و شفاف ذکر کنید مانند اصلاح قانون مشخص، اصلاح ماده

مشخص، اصلاح رویه قضایی مشخص، اصلاح سیاست های کلی مشخص، ... می توانید یافته های خود را با شماره بندی ذکر کنید: ۱. ۲. ۳. ...

۹. ادبیات نوشتاری

- ۹.۱ ادبیات مقاله باید علمی و معیار باشد نه روزنامه ای یا محاوره ای.
 - ۹.۲ در تمام متن از ضمیر سوم شخص استفاده شود: این مقاله بررسی می کند، نگارنده معتقد است ...
 - ۹.۳ هیأت تحریریه در ویرایش ادبی، فنی، نگارشی و علمی مقاله ها، آزاد است اما حتماً دقت کنید که ویرایش علمی و آکادمیک شده باشد.
 - ۹.۴ فاقد غلط تایپی باشد.
 - ۹.۵ علایم نگارشی در محل مناسب استفاده شود.
 - ۹.۶ از تکرار عبارات و مطالب خودداری نمایید.
 - ۹.۷ از طولانی گویی خودداری کنید و جملات را کوتاه بنویسید.
 - ۹.۸ اگر نقل قول مستقیم از دیگران می کنید، حتماً داخل «» ذکر کنید.
۱۰. تعداد کلمات از مقدمه تا پایان نتیجه و پیشنهادها بدون احتساب منابع: ۶۰۰۰ الی ۸۰۰۰ کلمه / نکته: در صورتی که مقاله شما کلمات اضافه تری برای تشریح بهتر مطلب لازم دارد، با درخواست از سردبیر و پس از اخذ تأییدیه، می توانید تا ۱۵۰۰ کلمه دیگر بنویسید. تعیین تعداد کلمات اضافه، با سردبیر است.
۱۱. چکیده انگلیسی: عنوان، نام نویسنده / گان، چکیده، واژگان کلیدی به زبان انگلیسی صحیح و رسا ارسال شود.

۱۲. ارجاعات به منابع در داخل مقاله

- ۱۲.۱ استناد مقاله ها باید به روش «درون متنی» تنظیم شده باشد.
- ۱۲.۲ پس از آوردن متن نقل قول مستقیم یا غیر مستقیم کافی است داخل

پراکنده به ترتیب آورده شود؛ الف - نام خانوادگی نویسنده اثر. ب - سال نشر اثر. ج - شماره صفحه مورد استناد. مثلاً: (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۲۷)

۱۲.۳ در صورت تعدد آثار نویسنده در یک سال، منبع مورد استناد را با حروف ابجد (الف، ب، ج، د، ...) مشخص نمایید. مثلاً: (کاتوزیان، ۱۳۸۸ [الف]: ۳۹) و (کاتوزیان، ۱۳۸۸ [ب]: ۲۴۵)

۱۲.۴ شیوه ارجاع به منابع الکترونیکی: اگر مطلبی را از یک سایت ارجاع می‌دهید به این شرح ارجاع دهید:

نام خانوادگی نویسنده، عنوان مطلب، «آدرس صفحه الکترونیکی». مثلاً: حبیب زاده، تعارض ادله الکترونیکی با یکدیگر و تعارض با ادله فیزیکی، «www.drhabibzadeh.com».

۱۳. منابع: در پایان مقاله، با مجزا کردن بخش‌های منابع فارسی، انگلیسی، عربی، فرانسوی، الکترونیکی / در هر بخش به ترتیب الفبایی نام خانوادگی نویسنده.

۱۳.۱ کتاب: الف - نام خانوادگی نویسنده، ب - نام نویسنده، ج - (سال نشر کتاب)، د - عنوان کتاب (به صورت برجسته **Bold**)، ه - نام مترجم، و - شماره جلد، ز - شماره چاپ، ح - محل نشر کتاب، ط - نام یا عنوان ناشر؛ مثلاً: امامی، سیدحسن (۱۳۷۳)، حقوق مدنی، ج ۶، چ ۴، تهران، کتاب فروشی اسلامیة.

۱۳.۲ مقاله: الف - نام خانوادگی نویسنده، ب - نام نویسنده، ج - تاریخ انتشار نشریه، د - «عنوان مقاله» (به صورت برجسته **Bold**)، ه - نام مترجم، و - نام نشریه، ز - نام یا عنوان صاحب امتیاز نشریه، ح - دوره و سال انتشار نشریه، ط - ترتیب انتشار نشریه؛ ی - شماره نشریه. مثلاً: فدوی، سلیمان، (مهرماه ۱۳۸۸)، «نگاهی جدید به بندهای اول تا پنجم ماده ۹۷۶ قانون مدنی ایران»، ماهنامه

«کانون»، کانون سردفتران و دفتریاران، سال پنجاه و یکم، دوره دوم، ش. ۹۷.
۱۳.۳ منابع الکترونیکی: اگر مطلبی را از یک سایت ارجاع می‌دهید به این
شرح ارجاع دهید:

نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، عنوان مطلب، قابل دسترس در «آدرس
صفحه الکترونیکی»، آخرین بازدید: تاریخ بازدید صفحه. مثلاً: حبیب زاده،
طاهر، تعارض ادله الکترونیکی با یکدیگر و تعارض با ادله فیزیکی، قابل دسترس در
«www.drhabibzadeh.com»، آخرین بازدید: ۲۰ مرداد ۱۳۹۷.

۱۴. اشکال: اگر در مقاله از شکل و تصویر و جدول و نمودار، استفاده شود، بایستی کاملاً
روشن و گویا و دارای شماره باشد. مثلاً: نمودار شماره یک.

appropriate legal respond in order to protect public order and good morals as well as rights and public freedoms in relation to these developments and social impacts. On the other hand, children as one of the most important part of any society are at the risk of violation of their rights. Legal rules must define supportive solutions in favor of children against any possible harms. In this article, the authors try to consider nature and function of social networks to response to questions including what are the criminal aspects arising from the abuse of social networks? Are the existing criminalization appropriate and effective in preventing and combating related crimes and protecting rights of children? In order to answer these questions, a review of types of social networks, rights of children and damages that they face in virtual space is made with a pathological analysis of laws suggesting the best possible solutions.

Keywords: Rights of Children, Social Networks, Principle of Protection, Cyber Crimes, Public Order.

The Role of Social Networks in Breaching the Rights of Children

Dr.Seyyed Mohammad Mahdi Ghamami¹

Mohammad Reza Alipoor²

Abstract

Social networks, which have a wide social dimensions, as special part of today's community life have a great impact on beliefs and social behaviors. They provide a platform to many social events. Then, law in the form of Acts and regulations should show

1 - Assistant Professor, School of Law, University of Imam Sadiq (AS);
ghamamy@isu.ac.ir.

2 - Graduate student of Islamic Studies and Law, University of Imam
Sadiq (AS); fanooserah@chmail.ir.

view that only in physical properties there are elements of possession and domination. In contrast, a large group of authors believe that there is no need for properties to be physical in order to satisfy the Bailment. The author intends to examine the meaning of Bailment concept in order to recognize a closet concept to it in Iranian law and present an new approach concerning virtual properties in the context of Bailment by a descriptive-analytical method with a comparative study of English, American and Iranian law.

Keywords: Bailment, Deposit, Possession, Virtual Asset.

Comparative Analysis of Bailment Concept in Common Law: Focusing on Possession Rules Governing Virtual Properties

Nastaran Arzanian

Abstract

Bailment is one of the old historical concepts in the England and America. It has been formed in the past and its rules have been gradually evolved. Some legal scholars believe that Bailment is considered as an independent source of obligations besides contractual and non-contractual undertaking. It is worth to notice that the closest concept to Bailment under Iranian law is deposit. Bailment concept will be materialized based on features such as possession, movability of property and its redemption. There is a disagreement as to the physicality of Bailment goods. Some authors are of the

global decreasing its practical problems and using the achievements of other advanced law systems of the world (including that of England). The goal of this research are: first, in Iranian law system, announcing will via electronic intermediaries is accepted and electronic contracts are completely valid. However, offering to public virtual network is subjected to the general rules of contracts and an offer is not valid unless it is asserts by the offerer and the conditions are confirmed, second, the different resolutions of English courts according to its law system do not call the offer to public an offer mostly because of loss of intention of obligation only if the offerer's intention of obligation becomes clear in a way, offer to public accepts as an offer. However the announcement of will through electronic intermediaries is right and the contract is not invalid just because of being in an electronic form.

Keywords: Electronic intermediaries, virtual network, The general rules of contract, Iranian law, British law.

Offer by Electronic Intermediaries in Iranian and British Law

Seyyed Amir Hashemi,
Dr. Ali Rafiei Moghaddam

Abstract

Media of communication such as telephone, fax has been used for a long time to bind contracts and merchants have also used them to announce their will. However, virtual networks and internet are new phenomena, which regarding the important role of electronic contracts in commerce, whose different aspects must be clarified because disorder in such contracts can cause losses which cannot be compensated. While one of the important principal of contract is offer and acceptance, especially offer, it is necessary to do a research about offer, using electronic intermediaries (as websites, emails ,etc), with the

has added to the complexity of this issue.

In this article, after reviewing the views of lawyers on civil responsibility of the state, an attempt is made to provide a comprehensive analytic and descriptive approach in order to compensate for the losses users suffer following to the filtering and conform with the realities of the administration of society by the government.

Keywords: Civil Liability of State, Filtering, Cyberspace.

Noncontractual Liability of State against Filtering of Cyberspace

Salar PoorNaghi
Mahdi Nasiri
Sadjad KhaliliNezhad

Abstract

By expanding the impact of cyberspace in social affairs, governments have more seriously determined to regulate and engineer the social relationships of citizens in cyberspace, one of which is to limit their access to cyberspace for cultural, security, economic, and other reasons. The question is, if the act of filtering results in any harm to cyber users, whether governments have civil liability against any resultant damages. This issue on one hand relates to private law and on the other hand to public law, and this situation

legal issues, the status of Internet domain name in the context of intellectual property law is a clear example. In this regard, the fundamental question is that whether a domain name is an instance of intellectual properties. If the answer is 'No', what is the reasoning? If the answer is 'Yes', what are the requirements, if there is any condition? This article tries to consider the current two common approaches and, then, presents a third view which, in the word of the author, is named as the 'Combined Theory Focusing on the Correspondence Concept' with a comparative, analytics and example-based study.

Keywords: Domain Names, Intellectual Property, Trade Name, Trade Mark, Correspondence Principle, Article 66 of the Iranian Electronic Commerce Act 2004

Analysing Internet Domain Name in the Context of Intellectual Property Law: An Introduction of Combined Theory Focusing on the Correspondence Concept

Dr. Taher Habibzadeh¹

Abstract

Internet domain name was a subject for policymaking and legislating since the Internet became public and put under development, as the nomination and addressing requirements of Internet pages and inter-reference of hosts are regarded significant matters in order to develop the Internet. However, the legal aspects of Internet domain names have not been scrutinized in Iranian law. Among those

1 - Assistant Professor, School of Law Imam Sadiq University;

habibzadeh114@yahoo.com

and social necessities, the criminal approach adopted by Iranian legislator disrespects this issue, and comparing Iranian criminal policy with the UK legal system, which always attempts to be compatible with the latest international advancements, indicates that the UK laws are more dynamic in protecting privacy of communications in terms of providing more details and regulations in observing electronic communications. Contrary to Iranian legislator, it has not limited itself just to general terms and regulations. However, due to increasingly use of online communications and the necessity of protecting people's privacy, the inefficiency of current Iranian laws and regulations is undeniable.

Keyword: Privacy, Private Communications, Criminal Policy, Virtual Space.

Privacy of Communications in Virtual Space Under Criminal Law of Iran and England

Dr. Reza Shokri¹

Abstract

In electronic communications, monitoring content of data of conversations and multimedia, and electronic interferences and unwanted communications breach the right of privacy. Respecting communication privacy in all areas including virtual space makes it necessary that the legislator should carefully clarify the quality and quantity of governmental interventions in this field along with criminalizing disrespectful behaviors. Despite of religious, legal

1 - Criminal Law Researcher; Instructor and Exordium of Notary Office
Office NO. 862, Tehran

Quarterly Law & Information Technology

Notarie's Public & Assistant's Association
Law and analysis on Information Technology

First year . No 1

(Correct at time of publication: Autumn 2019)

Proprietor	Notary Public And Assistant's Association
Managing Editor	Engineer Seyyed Farid _o_din Mohammadi
Editor	Dr. Taher Habibzadeh
Managing Editor's Consultant & Executive Assistant	Reza Tajgar
Legal Editor	Reza Tajgar
Page Maker and typesetter	Office of Quarterly of Law & IT.
Address	No273, Opposite Sanaee st., Ostad Motahhari st., Tehran.
Tel Fax	+9821 -88727881
P.O.Box	14335 - 419
Postcode	1586717311
Website	www.notary.ir
Quarterly System	http://law.It.Notary.ir
E-mail	law.it.notary@Gmail.com
Telegram	@Law_it_Notary
Printers	Mo'alla
Address	No41, AghighReza Bldg. Three Way Siman, Khavaran St., Tehran.
Tel	+9821 - 77502297

ISSN: 2676 -2978

Price: 200000 RIs