

بررسی انتقادی حاکمیت حقوقی ساختار فنی اینترنت بر فضای مجازی

عبداله رجبی*

نسرین ترازوی**

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۹/۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۵/۸

چکیده

فضای مجازی عرصه نوپایی در زمینه حقوق است. بنابراین، هرج و مرج و فقدان نظم ناشی از حقوق را به وضوح در آن می‌توان دید. درباره امکان حاکمیت قانون در فضای مجازی، گروهی اعتقاد دارند که با احکام سنتی می‌توان ناهنجاری‌ها را هدایت کرد و گروه دیگر نیز قائل هستند که فقط با سازوکارهای حقوق بین‌الملل باید به چنین هدفی دست یافت. اما دسته سوم اعتقادی به حکم و فرمان ندارند. ایشان با استناد به سرشت خاص این فضا، دخالت دولت را انکار می‌کنند. در میان گروه اخیر، برخی قائل به حاکمیت ساختار فنی فضای مجازی هستند. ایراداتی از این دست را می‌توان به این تحلیل وارد ساخت: این رویکرد نه فقط راهی را برای حل مشکلات پیش پای نمی‌گذارد، بلکه سبب می‌شود فضای مجازی شبیه دوران قبل از مدنیت باشد و انسان‌ها با اقدامات شخصی به حق خود نایل آیند. بنابراین، نباید فرمان و دخالت مقام آگاهانه و برتر را انکار کرد، اما دخالت تک تک دولت‌ها نارواست و همکاری همه کشورهای را با عنایت به وضعیت موجود می‌طلبد.

کلیدواژگان:

حقوق بین‌الملل خصوصی، خوددادگری، ساختار اینترنت، عرف، فضای مجازی.

* استادیار حقوق خصوصی، پردیس فارابی دانشگاه تهران، (نویسنده مسئول)

Rajabya@ut.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل، دانشگاه علامه طباطبائی

N.Tarazi@yahoo.com

مقدمه

با اینکه اینترنت عرصه نوپایی است، اهمیت این فضا و ضرورت اعمال قدرت بر آن، به اندازه‌ای برای صاحبان قدرت روشن است که هر دولتی در پی دست‌اندازی بر آن است. دولت‌ها برای اینکه افراد بیشتری را به انقیاد خویش درآورند، به منظور مبادله عقاید و اطلاعات، اقدام به ایجاد و هدایت شبکه‌های اجتماعی می‌کنند و برخی برای مقابله با آن، به ایجاد ارتش سایبری یا انسداد درگاه‌های ورود به این فضا دست می‌زنند تا بلکه بتوانند با اقدامات متقابل، نقشی را در این دنیای بس آزاد ایفا نمایند. اقتصاد، فرهنگ و مذهب نیز به تناسب هریک، نقشی را در این فضا به عهده دارند.

حقوق‌دان که همیشه جانب احتیاط را رعایت می‌کند، هنوز نتوانسته است بر این دنیای سفید نقش درخوری برجا نهد و جامعه جامعه مدنی را بر قامت این شبکه ببوشاند. شاید تغییر لحن این فضا و پوشانیدن ردای دلخواه ما با ذات و سرشت آن معارض باشد، اما باید دانست که نظم و آزادی دو بال نگاه‌دارنده هر جامعه (خواه جامعه واقعی یا مجازی) در برابر خطر نابودی است. براین اساس، لازم است که در نوشتار حاضر امکان و امتناع حاکمیت قانون بر این فضا را ارزیابی و تلاش‌های بشر برای این هدف را بررسی کنیم. با عنایت به جنبه‌های حقوق مدنی، در بخش نخست این نوشته به بررسی صلاحیت قضایی و حاکمیت قانون کشورها در فضای مجازی می‌پردازیم و در بخش دوم نیز ضمن نقد رویکردهای سنتی، روش‌های جدید تنظیم رفتار کاربران و فضای اینترنت را که از مختصات این فضاست، مطالعه می‌کنیم و سپس پیشنهاد خود را برای قانون‌گذاری‌های آگاهانه ارائه می‌دهیم.

۱. رویکردهای سنتی (حقوقی) به فضای مجازی

فضای مجازی دنیایی شبیه ماقبل بشر متمدن است. فرق آن با عالم بدویت یا قبل از مدنیت، حضور انسان‌هایی است که همچنان در جامعه مدنی و مادی خود زندگی می‌کنند و با این جامعه نیز ارتباط دارند. پس عاقلانه است که رفتارشان را با آن جامعه منطبق کنند و به تبع آن، قانون داخلی کشورها نیز بر فضا حاکم باشد.

وظیفه اساسی دولت و بخشی از قرارداد اجتماعی، حمایت از ارزش‌های محلی است. به قول هگل، دولت باید روح جامعه را دربرگیرد و از اراده جمعی ایشان دفاع کند.^۱ از دید اسلام نیز احکام ناظر به فضای مجازی متمایز از احکام فضای مادی نیست.^۲ شاید به همین دلیل باشد که برخی صلاحیت سرزمینی را در فضای مجازی حاکم می‌دانند.^۳

۱.۱. مبانی

در بیشتر مسائل حقوقی، به‌ویژه حقوق بین‌الملل خصوصی، سرزمین نقطه ثقل است و محل عمل یا واقعه حقوقی برای حل مسئله اهمیت بسیار دارد.^۴ یعنی هرگاه بخواهیم مسئله‌ای را به شکل سنتی حل کنیم، باید محل را بیابیم و اینترنت را با سرزمین خاص یا حاکمیت آن مرتبط نماییم. مثلاً قانون حاکم بر امور ثبتی، قانون محل ثبت و در مسئولیت مدنی، محل وقوع زیان است.

۱.۱.۱. صلاحیت کشور مبدأ و مقصد

اقدامات فضای مجازی مبدائی دارد که منشأ عمل است و مقصدی دارد که تأثیرگذار است. برای نمونه، هرگاه کسی به دیگری توهین یا اقدام به هرزه‌نگاری کند یا پیام ناخواسته بفرستد، یعنی اینکه از جایی دسترسی به اینترنت دارد. در حقیقت، باید دادگاه و قانون آن مکان را (کشور مبدأ^۵) صالح بدانیم. همچنین، ممکن است قانون یا دادگاه جایی که متأثر از عمل می‌شود (کشور

1. Schultz, Thomas, "Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private / Public International Law Interface", *The European Journal of International Law*, vol. 19, no. 4 (2008), p. 806.

۲. عاملی، سعیدرضا، قاعده‌های اخلاقی در فضای مجازی و دو وجهی نگری: دو فضایی شدن مسائل اجتماعی و کدهای اخلاقی، فضای مجازی (ملاحظات اخلاقی، حقوقی و اجتماعی)، زیر نظر یونس شکرخواه، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۰، ص ۹.

3. Uerpman-Witzack, Robert, "Principles of International Internet Law", *German Law Journal*, Vol. 11, no. 11 (2010), p. 1258.

۴. مافی، همایون؛ اسدیان، سودابه، «دادگاه صالح در دعاوی ناشی از قراردادهای تجاری الکترونیکی در نظام‌های حقوقی اروپا و آمریکا»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۷، بهار و تابستان ۱۳۹۵، شماره ۱، ص ۳۲۶.

5. Country of Origin / Subjective Territoriality.

مقصد^۱، صالح باشد^۲. بنابراین، از آنجا که دسترسی جهانی به اطلاعات در اینترنت ذاتاً اثر جهانی دارد، هر کشوری دارای صلاحیت است^۳.

دادگاه نیویورک در اجرای یکی از آرای دادگاه‌های فرانسوی در امریکا^۴، بر آن بود که یکی از مشکلات توجه صرف به حقوق کشور مبدأ این است که گاه اقدامی در حقوق آن کشور (در اینجا صادرکننده رأی یعنی فرانسه) خطا نیست یا حکمی درباره آن اقدام وجود ندارد^۵، پس نمی‌توان به وضعیت کشورهای مقصد بی‌اعتنا ماند. از این گذشته، پذیرش صلاحیت قانونی و قضایی کشور مبدأ، گاهی سبب تقلب نسبت به قانون می‌شود^۶. در حقیقت، اشخاص برای محفوظ ماندن از آثار قانونی اقدامات خویش، کشورهایی را برای اقدام انتخاب می‌کنند که دادگاه‌های آن کشور یا حقوق آن، عمل مذکور را نامشروع نمی‌داند یا حکمی درباره آن ندارد.

از سوی دیگر، هرگاه صرف قانون محل اثرگذاری یا مقصد را بپذیریم، اقدام تحت تأثیر قوانین کشورهای متعدد قرار می‌گیرد که جدای از دشواری‌های عملی، ممکن است سبب مجازات اشخاص به طور مضاعف شود^۷ یا چنانچه شرکت یاهو در دادگاه پاریس اعلام کرد^۸، عامل آن مجبور شود که در چند کشور و چند بار جبران خسارت کند^۹. بر این اساس، اقدام‌کننده در اینترنت باید فعل خود را با قواعد همه کشورهای بسنجد و در نتیجه، محدودترین قوانین^{۱۰} نیز حاکم بر این عمل است^{۱۱}.

1. Country of Destination / Effects Doctrine.

2. Ibid., p. 24.

3. Schultz, op. cit., p. 811.

4. Sarl Louis Feraud International v. Viewfinder (2005).

5. Ibid., p. 810.

6. Ibid., p. 811.

7. Kohl, Uta, **Jurisdiction and the Internet**, Cambridge University Press, 2007, p. 25.

8. Ligue contre le racisme et l'antisémitisme et Union des étudiants juifs de France c. Yahoo! Inc. et Société Yahoo! France (LICRA v. Yahoo!) (2000).

9. Schultz, op. cit., p. 810.

10. Slowest Ship.

11. Schultz, op. cit., p. 813.

علاوه بر این، ممکن است تأمین‌کننده محتوا تابع صلاحیت دادگاه و قانون کشوری شود که پیش‌بینی نمی‌کرده است.^۱ در عمل نیز گاهی از کشورهای متعدد برای اقدام‌کننده در فضای مجازی احضاریه و حکم صادر شده است. مثلاً ممکن است کسی که در شبکه اجتماعی مطلبی را در ذیل مطالب دیگران نگاشته است، در هر کشوری محاکمه شود. مشکل دیگر اینکه، احکام قانونی و قضایی کشورهای مقصد معمولاً بی‌جهت و بدون اثر باقی می‌ماند؛ چراکه به دلیل قانونی بودن اقدام در فضای مجازی کشور مبدأ، نه قانوناً به عامل دسترسی دارند و نه قادرند که سایت را ببندند، زیرا در خارج از سرزمین خود صلاحیت ندارند.^۲

برای یافتن راه حل دقیق‌تر، باید دانست که اصل کلی حاکم بر صلاحیت، عرف و عدالت است.^۳ بر اساس این دو اصل، می‌توان از بین کشور مبدأ و مقصد، رویکرد متعادل یا معطوف به هدف^۴ را برگزید. مثلاً هرگاه سایتی حاوی مطالبی درباره اموال و اشخاص واقع در کشور خاصی باشد، مراجع قضایی و قوانین آن کشور حاکم بر مسئله است. در یکی از دعاوی استرالیایی^۵، دادگاه این رویکرد را اعمال کرد. در این دعوا، مجله اینترنتی امریکایی که دربردارنده توهین بود، در استرالیا به فروش رفته بود، اما به دلیل اینکه قصد ناشر فقط فروش آن در امریکا و نه استرالیا بوده و با توجه به اینکه او از این فروش خبر نداشته، دادگاه استرالیایی صلاحیت خود را نپذیرفته است.^۶ درهرحال، در این اصل که رویکرد مضیق‌تری را نسبت به نظریه کشور مقصد دارد، فواید بسیاری نهفته است، چراکه تعداد کشورهای صالح برای رسیدگی بسیار اندک می‌شود.^۷ باین‌همه، ممکن است صلاحیت قانونی و قضایی برخی کشورهای ذی‌نفع نفی شود. مثلاً اتباع کشور هدف در اقصا نقاط جهان پراکنده باشند و در کشور محل اقامت، از جمله به دلیل فیلتر بودن سایت، دسترسی به سایت وجود نداشته نباشد، اما سایت مذکور به‌طور غیرمستقیم، اثر عملی خود را بر

1. Ibid., p. 815.

2 Kohl, op. cit., p. 26.

3 Schultz, 2008, p. 816.

4 Targeting.

5 Kohl, op. cit., p. 26.

6 Gutnick v. Dow Jones (2002).

7 Schultz, op. cit., p. 817.

8 Ibid., p. 818.

جای گذارد. همچنین، نمی‌توان تعیین صلاحیت را منوط به مقصود اقدام‌کننده و امر حاکمیتی را تابع نظر شخصی دانست.

برای رفع ایراد اخیر، می‌توان از امور ذهنی و شخصی رهایی یافت و به امور عینی اکتفا کرد. یعنی صلاحیت قضایی و قانونی کشور، نه فقط مقصود اقدام‌کننده بوده است، بلکه اقدام مذکور بر آن کشور، اتباع و مقیمان و علایق آن اثر خاص دارد. مثلاً اگر مطالب سایتی به زبان فارسی باشد، اگرچه در سراسر جهان در دسترس اشخاص فارسی‌گوی است، مسلماً مقصود اصلی آن، کشورهای فارسی‌زبان (ایران و افغانستان) است و اماره‌های دیگر نیز در تعیین یکی از این دو کشور، یاری‌کننده است. اما ایراد کار آنجاست که برخی از کشورها، مثلاً کشورهای غیر فارسی‌زبان که به سایت دسترسی دارند و از اقدامات سایت متأثر می‌شوند، بی‌دلیل مستثنا شوند. کنوانسیون سازمان ملل متحد درباره‌ی استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی نیز در بند ۳ ماده ۱۰ خود با همین رویکرد، اصل محل اقامت تجارتهای اصل‌ساز را پذیرفته است.^۱

۱.۱.۲. رویه قضایی خارجی

در حقوق آمریکا، برخی دادگاه‌ها با مفروضات سنتی به دعاوی رسیدگی می‌کنند؛ مثلاً معیارهای سنتی صلاحیت را برای همه مسائل مدنی اینترنتی کافی می‌دانند.^۲ در واقع، باید بین سایت‌ها و فعالیت آنها تفکیک شود.^۳ برای نمونه، هرگاه مقصود مطالب پایگاه اینترنتی کشور خاصی باشد، باید مؤثر در مقام تعیین صلاحیت آن کشور باشد یا نباید از امکان تأثیر بر آن کشور نیز غافل شد.^۴ علاوه بر این، منفعل یا تعاملی بودن پایگاه و ارتباط برون‌خطی با مخاطبین ساکن یک کشور نیز بسیار مهم است.^۵ مثلاً هرگاه سایتی تجارتهای باشد، در صلاحیت قضایی و قانونی مؤثر است. چنان‌که بر اساس دعاوی معروف امریکایی^۶ و تقسیم سایت‌ها به هوشمند،

1. United Nations Commission on International Trade Law, Explanatory Note by the Uncitral Secretariat on the Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, United Nations, New York, 2007, p. 64.

2. Kohl, op. cit., p. 48.

3. Id.

۴. مافی و اسدیان، همان، ص ۳۳۵.

۵. همان، صص ۳۲۸ و ۳۳۳.

6. Zippo

نیمه‌هوشمند و غیرهوشمند و سرانجام نقد این تقسیم، می‌توان به پذیرش این معیار در دادگاه‌های امریکایی نظر داد.^۱

دادگاه‌های اروپایی نیز بر این سیاق رفته‌اند و منفعت مهم و علایق کشور را در پایگاه اینترنتی، به منظور تعیین صلاحیت قضایی و قانونی به رسمیت شناخته‌اند.^۲ برای نمونه^۳، شخصی در اینترنت از علامت تجارتي شرکت گل فروشی انگلیسی استفاده می‌کند، درحالی‌که فقط می‌خواهد در منطقه خود در کشور امریکا گل بفروشد. شرکت انگلیسی علیه او اقامه دعوا می‌کند. دادگاه با استناد به اینکه هدف او کشور انگلستان نبوده است، دعوا را رد می‌کند.^۴

۱.۲. حقوق ایران

در حقوق ایران، می‌توان احکام بسیاری را یافت که کمابیش مرتبط با فضای مجازی است. باین‌حال، بر اساس دلایل متعدد نمی‌توان رویه قضایی ثابتی را در این زمینه کشف کرد. بنابراین، بر اساس مقررات موجود، مسائل را ابتدا در خصوص دادگاه صالح و سپس درباره قانون حاکم پی می‌گیریم. البته قبل از هر چیز باید به خاطر داشت که درباره موانع و محدودیت‌های عامل انتخاب (انتخاب قانون حاکم از جانب طرفین دعوا یا قرارداد) و اقامتگاه ایشان، تفاوتی بین فضای مجازی و غیر آن وجود ندارد و همان احکام سنتی حقوق حاکم است.^۵

۱.۲.۱. صلاحیت قضایی

محاكم جزئی از تشکیلات دولتی کشور و مرتبط با حاکمیت آن است (ماده ۹۷۱ قانون مدنی). همچنین، مشکلات متعددی، از جمله نامشخص بودن هویت طرف مقابل، پیش روی ماست. از نظر فنی نیز، بُرد تعیین هویت مجازی تا امکان شناسایی رایانه و محل وقوع آن است،

۱. حبیب‌زاده، طاهر، حقوق فناوری اطلاعات: دادگاه صالح و قانون حاکم در بستر قراردادهای الکترونیک (مطالعه تطبیقی)، جلد ۳، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰، صص ۲۹۲-۲۹۴.

2. Kohl, op. cit., p. 50.

3. 800 Flowers Trade Mark (2002).

4. Bainbridge, David, Introduction to Computer Law, 5th ed., Pearson Education Limited, 2004, p. 140.

۵. صادقی‌نشاط، امیر، حقوق تجارت الکترونیک، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۴، صص ۱۸۱-۱۸۲.

نه محل اقامت شخص^۱. بنابراین، ممکن است با شناسایی محل اقامت (تجاری) طرف عقد، بسیاری از مشکلات محل عقد و... حل شود^۲، اما در پاره‌ای موارد مشکلات باقی بماند. در برخی موارد، مانند نقض حقوق فکری، محل وقوع زیان اهمیت دارد. در اینجاست که تعیین صلاحیت برای دادگاه محل نقض (و زیان ناشی از آن) مشکلات زیادی به همراه دارد. از جمله باید مشخص نمود که محل وقوع زیان، محل بارگذاری محتوای زیان‌بار است یا محل تبدیل آن به محتوای رقومی یا سیگنال‌های رایانه‌ای یا محل دریافت آن^۳. از این گذشته، گاهی اشخاص دیگری هم دخیل در ماجرا هستند؛ از جمله فرد خدمات‌دهنده اینترنتی^۴ یا کسی که خدمتی ارائه می‌دهد، مانند ایمیل یا موتور جستجو، به دلیل فراهم کردن زمینه نقض، مسئول است؛ آنگاه، به دلیل آنکه خوانندگان مقیم کشورهای مختلف‌اند، موضوع بسیار پیچیده می‌شود^۵. اما این دشواری در خصوص قراردادهای کمتر است، چراکه معمولاً در قراردادهای واجد ویژگی بین‌المللی، طرفین دادگاه صالح را انتخاب می‌کنند. در حقوق ایران، علاوه بر حکم ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی که دادگاه محل عقد یا اجرای آن می‌داند، مقررۀ خاصی درباره مشروعیت این توافق وجود ندارد. در نتیجه، در فرضی که توافقی نیست، باید محل عقد یا اجرای آن را فرض گرفت^۶. درباره توافق نیز به دلیل ارتباط امر به حاکمیت کشورها، نمی‌توان توافق درباره صلاحیت را معتبر دانست و صلاحیت دادگاه ایرانی را نفی کرد، مگر در مواردی که قانون صریحاً چنین اختیاری را اعطا کرده است یا اینکه ما تعیین دادگاه صالح خارجی را نوعی توافق در خصوص داوری تلقی کنیم و از این منظر آن را مشمول احکام داوری و به تبع آن، مجاز بدانیم.

با این‌همه، درباره قراردادهایی که اقتضای حمایت نظام حقوقی از طرف ضعیف را دارد، مثل قرارداد مصرف‌کننده، بهتر است که به دلایل حمایتی و مصالح ناشی از آن، دادگاه صالح را در

1. Fawcett, James J. and Paul Torremans, **Intellectual Property and Private International Law**, Second Edition, Oxford University Press, 2011, p. 535.

۲. صادقی نشاط، همان، ص ۱۸۳.

3. Fawcett & Torremans, op. cit., p. 536.

4. ISP / Internet Service Provider.

5. Ibid., p. 538.

۶. حبیب‌زاده، همان، ص ۲۵۳؛ صادقی نشاط، همان، ص ۱۸۶.

فرضی که او خواهان دعواست محل اقامت مصرف‌کننده (طرف ضعیف) بدانیم. در این صورت، مقررات حقوقی ایران (بخش اخیر ماده ۱۱ مذکور در فوق) با مصلحت حمایت از مصرف‌کننده یکی خواهد بود.^۱

۱.۲.۲. صلاحیت قانونی

در خصوص قانون حاکم، می‌توان هم از وقایع حقوقی بحث کرد و هم از قرارداد سخن گفت. اما مسئله اصلی و بگرنج، وقایع حقوقی (مثل نقض حق فکری و زیان به پدیدآورنده) است، چراکه در این جا باز همان بحث گذشته مطرح می‌شود که محل وقوع زیان کجاست. درباره قانون حاکم بر توافقات در فضای مجازی، بیشتر نظام‌های حقوقی اصل حاکمیت اراده در قراردادها را به رسمیت می‌شناسد. بنابراین، می‌توان قانون حاکم بر قرارداد را برگزید. در مواردی مشکل پیش می‌آید که مجبور به مراجعه به مکان باشیم، مثل حکم مقرر در ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران که قانون حاکم بر تعهدات ناشی از عقد را قانون محل وقوع عقد می‌داند.

برای حل مسئله، باید دانست که در قرارداد از راه دور، مکان انعقاد عقد وابسته به زمان آن است؛ چراکه تراضی سبب عقد است و با تحقق آخرین رکن تراضی، سبب کامل می‌گردد.^۲ در خصوص زمان عقد نیز چهار نظریه وجود دارد: اعلام، ارسال، وصول و اطلاع ایجاب‌دهنده از قبول. در حقوق ایران، نظریه ارسال طرف‌داران بیشتری دارد.^۳ اما برای ارتباط معامله با مکان خاص، فقط می‌توان از تابعیت یا اقامتگاه طرفین قرارداد استفاده کرد، چراکه ارتباط فنی آن با مکان خاص به دلیل بی‌مکانی این فضا دشوار است. به همین دلیل، ماده ۲۹ قانون تجارت الکترونیکی به اقامتگاه نظر دارد و آن را فرض نموده است.^۴ هرگاه کسی چند محل تجارتي داشته باشد، مؤثرترین^۵ محل اصلی است.^۶ البته در خصوص قراردادهای مصرف‌کننده و کار

۱. برای تأیید این نظر، ر. ک. حبیب‌زاده، همان، ص ۲۲۷.

۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶، ص ۳۷۱.

۳. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، جلد ۱ (تشکیل قراردادها و تعهدات)، چاپ دوم، تهران: مجمع علمی فرهنگی مجد، ۱۳۸۲، ص ۱۵۵.

۴. صادقی نشاط، همان، ص ۱۹۰.

5. Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), art. 4 (2).

۶. در حقوق اروپایی و در زمینه فضای مجازی عنوان خاص (De minimid Rule) گرفت؛ ر. ک. ←

مشکل چندانی وجود ندارد، چراکه به واسطه ارتباط آن با حاکمیت کشورها، قانون حاکم بر اینها محل بازار مصرف کننده و اجرای کار است.

۲. رویکردهای جدید و غیر حقوقی

امروزه بخش بزرگی از روابط انسانی به دنیایی کوچ کرده است که آن را اینترنت می‌نامیم. قواعد موجود حقوقی کشورها که در دنیای واقعی کشف یا نهاده شده است، پاسخ نیاز این دنیای نو را نمی‌دهد و توان تنظیم روابط آن را ندارد. رویکردهای جدید عمدتاً با دست گذاشتن به این ویژگی فضای مجازی، ناقد حاکمیت قانون داخلی بر فضای مجازی هستند.

۲.۱. نقد رویکردهای سنتی

نگاه سنتی به فضای مجازی، در نظریه مشهور قاضی امریکایی درباره تمثیل معروف به حقوق اسب منا دارد. بر اساس این نظریه، اگرچه روابط حقوقی گوناگونی درباره اسب حاصل می‌شود، هیچ‌گاه نمی‌توان شاخه‌ای از حقوق را به حقوق اسب اختصاص داد. حقوق اینترنت نیز تابع همین منطق است.^۱ از این رو، اینترنت شیوه جدید ارتباط است و همچنان می‌توان از طریق احکامی، مانند عرف‌های بازرگانی و قواعد بین‌المللی درباره فضاهای مشترک، مسائل آن را حل کرد.^۲ مثلاً می‌توان آن را فضای بین‌المللی چهارم در کنار مناطق منجمد نزدیک قطب جنوب، فضای ماورای جو و دریاهای آزاد دانست.^۳

با همه این مباحث، دنیای مجازی تفاوت‌های بنیادین با دنیای مادی دارد: مثلاً از نظر فنی، تحت تأثیر سرعت بسیار زیاد است؛ دسترسی دائم و همه‌جایی و درعین حال بی‌زمانی و بی‌مکانی و داشتن مرز از ویژگی‌های اینترنت است. جهان واحدی که تفاوت‌های فرهنگی بسیاری در آن

←Fawcett & Torremans, op. cit., p. 917.

1. see. Lessig, Lawrence, "The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach", Harward Law review, vol. 113 (1999), p. 502.

۲. دبلفون، زویه لینان، حقوق تجارت الکترونیک (همراه با تحلیل قانون تجارت الکترونیکی ایران)، ترجمه و تحقیق ستار زرکلام، چاپ اول، تهران: شهر دانش، ۱۳۸۸، ص ۳۲؛ لازم به ذکر است که برخی برای آن اصطلاح ویژه‌ای (Lex Electronica) را پیشنهاد داده‌اند:

see. Schultz, op. cit., p. 803.

۳. نوری، محمدعلی و رضا نخجوانی، حقوق تجارت الکترونیک، چاپ اول، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۲، ص ۱۷۵.

وجود دارد و پویایی و سیالیت از جمله ویژگی‌های آن است، چندرسانه‌ای بودن و درگیر شدن بیشتر احساسات انسانی ویژگی متمایزی را به فضای مجازی بخشیده است.^۱ بنابراین، بهتر است بگوییم که به کار بردن لفظ «فضا» انحراف است، چراکه حضور فیزیکی در آن معنا ندارد.^۲ این تأثیر از جنبه حقوقی، هم کمی است و هم کیفی.^۳

از جمله مسائل حقوقی کیفی عبارت‌اند از: دسترسی به صفحات سایت‌ها و شبکه‌های خارجی؛ لینک‌دهی و جنبه‌های حقوقی ناشی از آن؛^۴ به‌روز کردن برنامه رایانه‌ای به صورت دوره‌ای در این فضا. اگر بخواهیم این فعالیت را مضمون عوارض حقوقی کنیم، تردید داریم که آن را ارائه کالا بدانیم یا خدمت.^۵ سرانجام، یکی از دلایلی که اینترنت را از فضای مادی جدا می‌کند، شباهت و تمایز علامت تجاری و نام دامنه است.^۶

از نظر کمی نیز می‌توان تغییراتی را در روابط حقوقی دید که نشئت گرفته از وجود فضای مجازی است. عمده این تغییرات به واسطه سهولت ناشی از اینترنت، از جمله تبدیل ارتباطات فراملی از استثنا به اصل است.^۷ توضیح اینکه، در گذشته ارتباط با سرزمین‌های دور، استثنا بود و با ظهور اینترنت به دلیل آسانی و ارزانی، تبدیل به اصل شده است. همچنین، ترکیب فناوری دیجیتال و اینترنت سبب ارزانی و کارآمدی توزیع نسخ آثار رقومی شده که هم باعث ورود پدیدآورندگان به بازار بزرگ جهانی و هم نقض آن آسان‌تر شده است.^۸

۲.۲. انواع رویکرد جدید

چنان که پیش از این دیدیم، اینترنت در میان دو نیرو در کشاکش است؛ نیروهای قدیمی سرزمینی بودن که دغدغه نظم عمومی جامعه را دارد و نیروهای جدید اقتصاد جهانی که در پی

۱. عاملی، همان، صص ۳-۵.

2. Davidson, Alan, *The Law of Electronic Commerce*, 1st pub., Cambridge University press, 2009., p. 12.

3. Kohl, op. cit., p. 35, 38.

4. Ibid., p. 36.

۵. مثلاً بخواهیم ماده ۲۸ قانون تأمین اجتماعی را اعمال نماییم.

۶. ر. ک. صادقی، حسین، *مسئولیت مدنی در ارتباطات الکترونیکی*، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۸، ص ۲۱ و بخش آخر این مقاله.

7. Kohl, op. cit., p. 38.

۸. صادقی، همان، صص ۲۰-۲۱.

کارایی اقتصادی است.^۱ براین اساس، ناچاریم پارادایم دوفضایی شدن جهان را به رسمیت بشناسیم، چراکه بدون آن نمی‌توان واقعیت‌های فردی و اجتماعی جهان مجازی را بدون توجه به متغیرهای جهان واقعی به درستی دریافت.^۲ از این رو و به دلیل ایرادات فراوان، نمی‌توان فقط به فکر اعمال حقوق داخلی در این فضا بود. به همین دلیل، برخی حقوق‌دانان اعلامیه استقلال فضای سایبری را تهیه کرده‌اند.^۳ این اعلامیه اصرار بر این دارد که حقوق داخلی توان مدیریت اینترنت را ندارد و دخالت او سبب پیچیده شدن موضوع است و با سرشت اینترنت سازگار نیست. باید دید که آیا حقوق بین‌الملل می‌تواند در این مسیر به ما کمک کند یا خیر. در این عرصه از حقوق، اگرچه کشورها همکاری اندکی داشته‌اند، می‌توان اسناد بین‌المللی را یافت که ناظر به فضای مجازی است. برای نمونه، کنوانسیون جرایم سایبری شامل چهار نوع از جرایم، مثل کلاهبرداری رایانه‌ای، جعل رایانه‌ای، جرایم مرتبط با هرزه‌نگاری کودکان و جرایم علیه مالکیت فکری و حقوق مرتبط است. همچنین، احکام ناظر به محافظت سریع از داده‌ها و امکان استرداد سبب شده است تا این کنوانسیون قلمرو گسترده‌تری داشته باشد.^۴

با همه این احوال، بسیاری از حقوق‌دانان و قریب به اتفاق فعالان اینترنتی مخالف حضور قدرت و فرمان در اینترنت هستند و آن را فضای دستوری (یعنی آنچه که در ذات حقوق است) نمی‌دانند. به نظر ایشان، سهام‌داران و کاربران بسیاری در این فضا وجود دارند که هر یک دارای برنامه، اثر و تأثیرات خاصی هستند و عرف‌ها و رویه‌های آن از فعل و انفعال انسانی حاصل می‌شود، نه فرمان او.^۵ به اعتقاد نظریه‌پردازان حقوقی، فضای مجازی فضایی با ویژگی‌های خاص است که در جامعه واقعی امکان بروز ندارد. در این فضا، آزادی بدون هرج و مرج و نظم بدون دولت و اجماع بدون قدرت است.^۶ در کنار اینکه دخالت خارجی در فضای مجازی مانع

1. Schultz, op. cit., p. 799-800.

۲. عاملی، همان، ص ۳.

3. Uerpmann-Witzack, op. cit., p. 1256; Davidson, op. cit., p. 14.

۴. دبلفون، همان، ص ۳۰.

5. Davidson, op. cit., p. 12.

6. Lessig, Lawrence, **Code: V. 2**, Basic Books, New York, 2006, p. 2.

جریان آزاد اطلاعات بین میلیون‌ها انسان است^۱، اصولاً دولت توان هدایت آن را ندارد، پس قانون‌گذاری نیز به معنای واقعی اثرگذار نیست^۲.

براین اساس، عرصه اینترنت عرصه حقوق نرم^۳ یا حقوق غیررسمی است؛ لذا می‌توان به دلیل پذیرش گروه‌ها یا افرادی که فاقد قدرت حاکمیتی هستند، نام قواعد خودتنظیم^۴ را به آن داد که از سه منظر تصویب، بازیگران و نتیجه، غیررسمی و غیرالزام‌آورند^۵. در واقع، شهروندان^۶ این دهکده جهانی خواسته‌اند که دیوارهای آن را به رنگ دلخواه خود درآورند^۷.

گروه دیگر اعتقاد دارند که این نظم خودجوش در فرهنگ بشر سابقه دارد؛ همچنان که زبان انسانی بدون طرح اولیه و در روابط بشری و هوش تدریجی اجتماع و نتایج رفتاری شکل گرفته است، حقوق فضای مجازی نیز خود می‌تواند چنین باشد. ایشان فضای مجازی را با غرب وحشی مقایسه می‌کنند و اینترنت را محصول نظم اتفاقی می‌دانند^۸.

با این همه، نباید انکار کرد که حتی با پذیرش استدلال‌های فوق، این فضا دست‌کم در مراحل اولیه پیدایش دچار بی‌نظمی است. بنابراین، برخی برای نظم دادن به این بی‌سر و سامانی، باور دارند که می‌توان بر اساس هنجارهای اجتماعی و تلاش‌های گروه‌های خاص اقدام نمود. یعنی در مراحل اولیه شکل‌گیری اینترنت، تنظیم روابط آن با مجموعه‌ای از هنجارهای اجتماعی با نام «قواعد ارتباطات اینترنتی^۹» تحقق می‌یابد که خود جامعه آن را تحت تأثیر فشار اعضا اجرا می‌کند^{۱۰}.

گروهی دیگر سخن نسبتاً جدید و غریبی را بیان می‌کنند که با ساختار خاص اینترنت، به‌ویژه ساختار فنی آن، سر و کار دارد که در این بخش به آن می‌پردازیم:

1. Davidson, op. cit., p. 16.
2. Lessig, **Code: V. 2**, p. 3.
3. Soft Law.
4. Self-regulation Mechanism.
5. Weber, Rolf H., "Future Design of Cyberspace Law", Journal of Politics and Law, vol. 5, no. 4 (2012), p. 5.
6. Netizen.
7. Schultz, op. cit., p. 804.
8. Davidson, op. cit., p. 16-18.
9. Netiquette.
10. Kulesza, Joanna, **International internet law**, Routledge, 2012, p. 158.

۳.۳. ساختار فنی اینترنت

به نظر طرفداران ساختار فنی اینترنت، لازم است که به تفسیر گسترده‌تری از مقررات پرداخت و از همه مهم‌تر، به قانون‌گذاری توجه داشت که اخیراً و با ایجاد فضای مجازی در دنیای انسانی فعال شده است.^۱ در واقع، ساختارهای دقیق و فنی حاکم بر اینترنت می‌تواند رفتار کاربران را اداره کند و با تغییر این ساختارها، می‌توان جلوی بسیاری از اعمال را گرفت؛ یعنی مفهوم کد رایانه‌ای به همان صورت هدایت‌گر رفتار است که کد قانونی چنین می‌کند. برای نمونه، فضای مجازی بر فناوری تکثیر همان اثر را دارد که قدرت قانون بر تکثیر غیرمجاز.^۲ بنابراین با دستکاری این ساختارهای فنی، مثل فیلتر کردن یا ایجاد فضاهای خاص، می‌توان رفتار مناسب را ترغیب و رفتار نامناسب را حذف و نفی کرد و همچنین می‌توان بر هنجارها تأثیر نهاد و اینترنت را اداره کرد. از جمله اینکه با افزایش انگیزه‌های مالی افراد، آنان را ترغیب به عمل خاصی نمود تا تشویق به امور خیر شوند و از کارهای ناپسند بپرهیزند. بنابراین، کدهای رایانه‌ای قانون فضای مجازی است.^۳ در نتیجه، امروزه که کشورها در خصوص حاکمیت و اداره اینترنت اختلاف دارند، روش تنظیم و قاعده‌مندی آن، تنظیم ساختارهای فنی و دخالت در فضای مادی اینترنت است. یعنی از طریق محدودیت‌های مادی می‌توان به اهدافی رسید که در جامعه سنتی، قانون آن را به بار می‌آورد.

مثال دیگر که بهتر می‌تواند مسئله را تشریح کند، یکی از مصادیق و جلوه‌های بارز ساختار فنی اینترنت «نام دامنه» است که از نظر موضوعی شباهت به علامت تجاری در فضای سنتی دارد، اما تفاوت این دو که ناشی از ویژگی‌های فنی است، مانع اعمال قواعد حقوقی یکسان بر آنهاست. نام دامنه نوعی علامت تجاری است که با علامت و نشان تجاری دنیای مادی متفاوت است و نظریه علامت تجاری از مرز جغرافیایی به مرز سایت‌های اینترنتی منتقل شده است. اگر علامت در گذشته محدود به سرزمین خاصی بود، اکنون محدود به فضای اینترنت است و این نشانگر تغییر پارادایم از دنیای مادی در دسترسی به اینترنت است.

1. Lessig, **Code: V. 2**, p. 5.

2. Davidson, op. cit., p. 21.

3. Lex Informatica; See. Lessig, **Code: V. 2**, p. 5.

به نظر بنیان‌گذار عقیده حاکمیت ساختار اینترنت بر فضای مجازی، در این فضا نوعی قانون اساسی حاکم است که این قانون، متن حقوقی نیست، بلکه روش زندگی است. در واقع، همانند قانون اساسی انگلیس، ساختارها و محدودیت‌های اجتماعی و حقوقی برای حمایت از ارزش‌های اساسی در فضای مجازی است.^۱ اما باید گفت که این چنین نیست. در واقع، بخشی از ساختار فنی اینترنت به تشکیلات آن بازمی‌گردد. یعنی این تشکیلات اداره اینترنت را در دست گرفته است و در ایجاد سایت‌ها و چگونگی تنظیم آن دست برتر دارد. برخی از این شرکت‌ها، مثل شرکت تخصیص نام‌ها و اعداد اینترنتی^۲، وابسته به دولت‌هایی همچون ایالات متحده آمریکا هستند و برخی نیز خصوصی هستند. با این همه، از نظر لسیگ، دستان نامرئی^۳ فضای مجازی ساختاری را ایجاد می‌کند که مخالف ساختار اولیه آن است.^۴

۳. نقد و بررسی

مدیریت اینترنت و تغییر رفتار کاربران از طریق ساختار آن، مخالفین بسیاری دارد. در این بخش ابتدا این مسائل را نقد می‌کنیم و سپس می‌کوشیم که به تشریح وضع موجود بپردازیم.

۳.۱. نقد ساختار اینترنت

راه‌حل مسئله نبود سازوکار قانونی و ناتوانی در تعیین قانون حاکم و دادگاه صالح، توسل به تغییرات فنی اینترنت نیست، چراکه این کار پاک کردن صورت مسئله است. ساختار فنی شیوه پیشگیرانه و ناظر به آینده است، نه درمانی و ناظر به گذشته. در واقع، نقشی شبیه اقتصاد در حقوق دارد تا اینکه نقش حقوقی صرف باشد.^۵

ساختارها آزادی انسان را به دلایل ذیل محدود می‌سازد:

1. Lessig, **Code: V. 2**, p. 4.

2. ICANN.

۳. Invisible Hands: ادم اسمیت قائل است که دستان نامرئی بازار را هدایت می‌کند.

4. Lessig, **Code: V. 2**, , p. 4.

5. see. Veljanovski, Cento G., **Economic Principles of Law**, Cambridge University Press, 2007, p. 8.

با تغییر ساختار اینترنت، رفتار کاربران جبری می‌شود و دیگر اختیار اقدام نخواهند داشت. پس ماهیت اساسی انسان، یعنی اراده و اختیار او را نادیده می‌گیرد، چراکه وقتی مسئولیت معنا می‌یابد که اختیار و اراده باشد و هنگامی مسئول شناختن اشخاص رواست که آزادی رفتار داشته باشند.^۱ از آنجا که ذات حقوق و ضمانت‌اجراهای حقوق مبتنی بر اختیار انسان است، اگر اینترنت را کدگذاری کنیم و ساختار خاصی را برای اینترنت تعریف کنیم و آن را حقوق بدانیم، به معنای نفی اختیار و انکار اصل اولیه حقوق است.

علاوه بر این، با وضع قانون از طریق نمایندگان اشخاص، افراد آگاه از مفاد آن فرض می‌شوند و می‌دانند که چه اقدامی ممنوع یا مباح است. اما چنین شفافیتی در این ساختارها وجود ندارد؛ به‌ویژه اینکه اقدامات ناظر به ساختار از جانب نهادهای دموکراتیک صورت نمی‌گیرد. در واقع، دولتی که صاحب قدرت فنی است یا کسانی که از نظر فنی تأثیر بیشتری دارند، ساختار را تعیین و تغییر می‌دهند و کاربران اینترنت در فضای فنی آن زیست می‌کنند و این به معنای حاکمیت کسانی است که نه منتخب کاربران اینترنت هستند و نه لازم می‌دانند در خصوص رفتار خود توضیحی بدهند و نه شفافیتی درباره این ساختارها وجود دارد،^۲ امری شبیه حکومت مستبدان.

براین اساس، ایراد دیگری که می‌توان گرفت، این است که امکان هدایت فضای مجازی وجود ندارد،^۳ مدیریت فنی و تشکیلات اینترنتی در خدمت کشورهای پیشرفته و خواسته‌های ایشان است و این احتمال هم وجود دارد که از نظر اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به زیان کشورهای مثل ایران باشد که از نظر فنی قدرت، تأثیرگذاری کمتری در فضای مجازی دارند. سرانجام، باید گفت که پذیرش اصلاح رفتار کاربران اینترنت با تغییر ساختار فنی، به معنای پذیرش قابلیت دور زدن با شیوه‌های قوی‌تر است و از این نظر، اطمینان‌بخش نیست. به عبارت روشن‌تر، هرگاه بپذیریم که اشخاصی به باری توان فنی خود بتوانند از این طریق رفتار کاربران را تغییر دهند، به معنی این است که در مقابل نیز اشخاص دیگر (دولت‌ها یا اشخاص عادی) در

1. Tebbit, Mark, **Philosophy of Law: an Introduction**, 2nd ed., Routledge, 2005, p. 158.

2. Kohl, op. cit., p. 32.

3. Davidson, op. cit., p. 24.

مقام دفاع وارد عمل شوند و خواسته خود را به شیوه دلخواه خود عملی سازند و این یعنی که به ماهیت فرامدنی اینترنت صحنه گذاشته و آن را عرصه خوددادگری تلقی کرده‌ایم.^۱

شاید به همین دلیل، بسیاری عقیده دارند که قانون و دادگاه محل وقوع سرور سایت، صالح است. دلیلی که پشت این تمایل وجود دارد، در اقتدار دولت‌هایی نهفته است که با تصرف مادی سرور، با نیروی پلیس مانع ارتکاب اعمال ممنوعه می‌شوند یا مرتکب را مجازات می‌کنند که این بر فضای مجازی نیز مؤثر است. در واقع، اینجا قدرت مادی و زوری که شبیه ساختار اینترنت است، حاکم است.

۳.۲. تشریح وضع موجود

برای ایرادات مذکور، گروهی خواستار آن‌اند که میان ساختار اینترنت و صلاحیت سرزمینی دولت‌ها آشتی برقرار کنند. به نظر ایشان، هر فضایی از اینترنت دارای پسوند هر کشوری باشد، آن فضا تحت حاکمیت آن کشور قرار می‌گیرد^۲ و در نتیجه این تحلیل، هنجارهای فضای مادی بر این فضا اعمال می‌شود. حال ایراداتی بر این تحلیل وارد است: اول اینکه برخی سایت‌ها فاقد پسوند مذکور و دارای علامت دیگری است؛ دیگر اینکه چگونه می‌توان صلاحیت کشور را به اختصاص فضا به آن کشور از جانب نهادهای خصوصی وابسته کرد. این امر فنی در اختیار شرکت خصوصی و ثبت‌شده در یکی از همین کشورهاست و نمی‌توان امر حاکمیتی کشور دیگر را وابسته بدان ساخت.

در حقیقت، سخن حاکمیت نظام حقوقی داخلی بر فضای مجازی خام و بی‌دلیل است، چراکه فعالیت‌های موجود در فضای اینترنت فقط در یک سرزمین رخ نمی‌دهد. همچنین، برابری حاکمیت‌ها در حقوق بین‌الملل اقتضا می‌کند که برای سایر کشورها هم چنین حقی را قائل شویم. پس فضای اینترنت نه فقط با اصل سرزمینی بودن قوانین بیگانه است که پایه‌های آن را تخریب می‌کند. گرچه قانون داخلی حاکم بر فعالیت‌های درون مرزی کشورهاست، نباید حاکم بر

۱. برای دیدن تعریف کامل و مصادیق حقوقی، ر. ک. رجبی، عبدالله، احقاق شخصی حق (خوددادگری)، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳، ص ۳۳.

۲. مثل: ir.

3. Uerpman-Wittzack, op. cit., p. 1256.

4. Davidson, op. cit., p. 14.

فعالیت‌های مجازی باشد، حتی اگر درون مرزها اثر داشته باشد. در نتیجه، باید پرسش خود را این‌گونه طرح کرد: چه دولتهایی و تا چه حد در فضای اینترنت دارای صلاحیت هستند؟ جامعه مجازی تحت تأثیر عوامل متعددی از این است: الف) شرایط و کاربری انسانی و علاقه ما به اطلاعات و سرگرمی؛ ب) قانون‌گذاری و مقررات و علاقه بشری به هدایت امور؛ ج) پروتکل‌های ذاتی ساختار اینترنت یا در قالب کنش‌های انسانی.^۱ چنانچه خود لسیگ نیز چنین باوری دارد و به نظر او چهار عامل فضای سنتی و مجازی را قاعده‌مند می‌سازد: حقوق، هنجار، بازار و کد.^۲ بنابراین باید از دیگر عوامل یاری‌گرفت تا ساختار فنی به واسطه ایراداتی که دارد، بر اینترنت حاکم نباشد. در نتیجه، فقط در غیاب قواعد حقوقی مشخص می‌توان از طریق تغییر در ساختارهای فنی به تنظیم اینترنت و اعمال قواعد حقوقی در آن پرداخت.

۳.۳. اقدامات شخصی

در شرایط کنونی فضای مجازی، هر سه مصداق مهم عرصه خوددادگری (دفاع مشروع، اقدام از روی اضطرار و احقاق شخصی حق) را می‌توان دید. اما دفاع مشروع مثل استفاده از زور متعارف در دفاع شخصی برابر نفوذگران غیرمجاز^۳ از موارد پرکاربرد در این فضا است. حال لازم است بدانیم که خوددادگری در فضای مجازی مجاز است یا نامشروع؛ اگر مجاز باشد، سودمند است یا زیان‌بار.

خوددادگری چه در قالب دفاع مشروع یا اقدام از روی اضطرار و یا احقاق شخصی حق باشد، وابسته به اراده فردی و در قالب اقدام شخصی تحقق می‌یابد.^۴ به همین دلیل و به سبب تأثیری که بر حق دیگران دارد، نشانه‌هایی از استبداد و خواست صاحبان فنون و قدرت را نیز در خود دارد و سبب می‌شود که زور و اقتدار فنی حاکم باشد.

علاوه بر این، به دلیل اینکه اینترنت سروسامان مناسب ندارد و دولت‌ها کمتر توان مداخله قانونی و قضایی در آن دارند و اختلافات آن کمتر در صلاحیت دادگاه‌ها قرار می‌گیرد، اعمال

1. Ibid., p. 23.

2. Davidson, op. cit., p. 21.

3. Kesan, Jay P., & Ruperto Majuca, "Optimal Hackback", Chicago-Kent Law Review, vol. 84, (2010), p. 832.

۴. رجبی، همان، ص ۳۴۷.

شخصی در این فضا با دشواری‌ها و مشکلات حقوقی بسیاری روبروست. مثلاً در فضای مجازی هرگاه بتوان به رایانه‌ای اختیار حمله داد، ممکن است در شناسایی هدف اشتباه کند یا اینکه تخریب مزبور عمدی نباشد، بلکه تخریب‌گر، خود، حامل ویروس باشد. حتی با نبود این مسائل، برای برقراری تناسب میان حمله و دفاع نیازمند نهاد قضاوتی هستیم.^۱ در نتیجه، توسل به اقدامات شخصی رایانه‌ای با خطرهایی همراه است که به دلیل احتراز از این دشواری‌ها، پیشنهاد شده که بهتر است قواعد حقوق بین‌الملل مستقیماً بر آن حکومت کند و برای قواعد حقوق بین‌الملل نقش حاکمیتی متصور شد.^۲

با این‌همه، اقدام دفاعی در فضای مجازی نه فقط در حقوق کشورها نامشروع نیست، بلکه گاهی شرکت‌ها کارشناسانی را برای آن استخدام می‌کنند.^۳ بر این اساس، درباره وجود اقدام شخصی صاحب محصول در حمایت از آن و در نبود حمایت‌های دولتی تردیدی نیست. برای نمونه، با ورود اثر به حیطه عمومی، صاحب اثر فکری می‌تواند برای حفظ حق خود به چنین اقداماتی دست بزند.^۴ اما همه تردید به این بازمی‌گردد که صاحب اثر در ضمن برخورداری از حمایت قانونی بتواند شخصاً محصول فکری خود را در قالبی ارائه دهد که مانع تکثیر غیرمجاز آن شود.^۵ در واقع، به دلیل ویژگی خاص حقوق فکری، حمایت دولتی در موارد بسیاری کارساز و مؤثر نیست و اقدام شخصی را موجه می‌کند. یعنی زمینه کاربرد اقدام شخصی در عرصه حقوق فکری و اینترنت، بسیار بیش از حقوق عینی سنتی و نیز مواردی است که از قدرت رسمی صالح یاری می‌جوییم. با این‌همه، توسل به اقدامات شخصی مقدم بر استفاده از حمایت‌های رسمی حقوقی نیست. علت این مسئله را می‌توان در فهم عنصر «ضرورت» در اتخاذ اقدامات شخصی یافت. موارد ضرورت به کار گرفتن اقدام شخصی در اختلافات و دعاوی فضای مجازی متعدد است، ولی هرگاه چنین ضرورتی نباشد، اقدام شخصی متفی است.

1. Epstein, Richard, "The Theory and Practice of Self-help", Journal of Law, Economics and Policy, vol. 1, (2005), p. 31.

2. Segura- Serranto, Antonia, "Internet regulation and the role of international law", Max Planck Yearbook of United nations law, volume 10 (2006), p. 271.

3. Epstein, op. cit., p. 30.

4. Dam, Kenneth W., "Self-help in the Digital Jungle", Journal of Legal studies, vol. 2, (1999), p. 20.

5. Ibid, p. 5; Lichtman, Douglas, "How the Law Responds to Self-help", Journal of Law, Economic & Policy (2005), p. 234.

در تفاوت میان فضای مجازی و مادی (سنتی)، باید گفت که به دلیل سرعت رخنه در برابر نفوذ غیرمجاز رایانه‌ای و مشخص نبودن صلاحیت قضایی در رسیدگی به امر، روش‌های سنتی محافظت از اموال را نمی‌توان به کار بست. بنابراین در صورتی که فرد موضوع حمله، خود، نفوذگر رایانه‌ای باشد، در بهترین موقعیت برای شناسایی مؤثر و انتقام از حمله‌کننده است. همچنین، نفوذ در برابر نفوذ غیرمجاز رایانه‌ای به قربانی امکان شناسایی درست نفوذگر غیرمجاز و اخراج سریع و مؤثر او را از راه تلافی می‌دهد.^۱ از این رو، با احقاقی شخصی حق در حقوق سنتی و مادی متفاوت است و این تفاوت فقط محدود به اوصاف نیست و به ذات و ماهیت آن دو بازمی‌گردد. برای نمونه، می‌توان نحوه اقدام شخصی شرکت نرم‌افزاری را با شرکت خودروسازی مقایسه کرد. شرکت نرم‌افزار دنبال تصرف دوباره محصول خود نیست، در حالی که هدف نخست شرکت خودروسازی بازپس گرفتن محصول است؛ یعنی شرکت نرم‌افزاری فقط می‌خواهد پس از خودداری مشتری از پرداخت بها، آن را از استفاده خارج نماید.^۲

با این همه، ایرادات اصلی وارد بر اقدام شخصی در فضای مجازی را می‌توان به طور خلاصه چنین برشمرد: الف) امکان ناشناخته بودن طرف مقابل از جانب اقدام‌کننده و تخریب یا نفوذ رایانه‌ای علیه دیگران؛ ب) خطر از دست دادن مهار برنامه در صورت به کار گرفتن برنامه‌های خودکار از جانب اقدام‌کننده؛ ج) امکان شروع حملات سلسله‌وار میان اقدام‌کننده و تخریب‌گر؛ د) امکان حمله به تخریب‌گران کلاه‌سفید تولیدکننده کرم رایانه‌ای در جهت مشروع و منتج شدن اقدامات به نتایج بد. گفتنی است که نفوذگران غیرمجاز رایانه‌ای دو دسته هستند: گروهی فقط در نظر دارند تا ضربه‌پذیری رایانه را یادآوری کنند و گروهی قصد وارد کردن زیان را دارند.^۳ به همین دلیل، ضروری است که برای کاهش این عیوب، مقرراتی فراهم ساخت و آن را محدود به شرایطی کرد.

با وجود تمام ایراداتی که در خصوص اقدامات شخصی برشمردیم، زمانی می‌توان گفت این اقدامات مفید است که واجد شرایط ذیل باشد: ۱- جایگزین‌های دیگر، همانند دادگاه یا مقامات

1. Kesan & Majuca, op. cit., p. 834.

2. Dolly, Cralig, "the electronic self-help provisions of UCITA: a virtual repo man?", 23 J. Marshal L. Rev., (2000), p. 666.

3. Kesan & Majuca, op. cit, p. 833 – 5.

اجرائی، فراهم نباشد یا دسترسی به آن بی‌فایده و ناکارآمد باشد؛^۲ - روش‌های تدافعی بیشتر، همانند جبران خسارت و...، مانعی در برابر هکرها نباشد؛^۳ - احتمال ضربه به نفوذگر غیرمجاز بیش از احتمال ضربه به بی‌گناهان باشد.^۱ چنان‌که می‌بینیم، شروط مذکور دارای دو وجه عمده است: یکی حمایت از حقوق فردی طرف مقابل و دیگری حمایت از حق عمومی. برای نمونه، در صورت پیش‌بینی وجود خطر آسیب بدنی یا خسارات مادی مهم به اطلاعات یا اموالی جز اطلاعات مجاز، خوددادگری ممنوع است.^۲ همچنین، یکی از شرایط اقدامات دفاعی در عرصه مجازی، به‌ویژه شرکت‌ها، اقدامی است که از نظر اجتماعی مفید باشد، البته مشروط به این موارد: ۱- هزینه‌ها حساب شود، یعنی خسارت به شرکت اقدام‌کننده که قرار است کاهش یابد، بیش از خسارات بالقوه طرف دیگر باشد؛^۲ - اقدام مزبور سبب زیان طرف بی‌گناه نگردد. این در مقایسه با خساراتی است که قرار است از اقدام‌کننده کاسته شود؛^۳ - احتمال نسبتاً زیادی باشد که به جای شخص ثالث بی‌گناه به هکرهای حمله‌کننده آسیب می‌رسد و مراجعه به نیروی انتظامی یا دادگاه ناممکن باشد.^۳ بنابراین، اقدامات شخصی در عرصه مجازی بی‌حد و حصر نیست و محدود به ملاحظاتی است.

در نهایت، هرگاه شخص یا برنامه مدافع وی هدف را اشتباه انتخاب کند و عناصر بی‌گناه را تخریب کند، قواعد مسئولیت ناشی از اقدام شخصی بر آن حاکم است. همچنین هرگاه اقدام‌کننده به سوءاستفاده از حق خویش روی آورد، باید اعمال او را نظم بخشید. به همین دلیل گفته شده است که اقدام‌کننده نباید به زور اضافی متوسل شود و فقط باید برای دفاع از اموال خویش و نه ضرورتاً نابودی اموال مجازی طرف مقابل از قدرت متناسب استفاده نماید.^۴ در غیر این صورت، دارای مسئولیت بر اساس قواعد مسئولیت مدنی ناشی از خوددادگری است. در پایان باز به مشکل صلاحیت در فضای مجازی بازمی‌گردیم و این حکایت از ضرورت حضور قدرت در فضای مجازی دارد.

¹ Ibid., p. 837-8.

² Dolly, op. cit., p. 682.

³ Kesan & Majuca, op. cit., p. 837.

⁴ Ibid., p. 838.

نتیجه‌گیری

در مواجهه حقوق دانان با پدیده جدید اینترنت دو دیدگاه عمده وجود دارد: دیدگاه حقوقی صرف که فضای مجازی را نیازمند احکام (از نوع داخلی یا بین‌المللی) می‌داند و دیدگاه فنی که موضوعات فضای مجازی (عرف، اقتدارهای سیاسی و اقتصادی و ساختار فنی) را برای نظم‌دهی و ایفای نقش حقوق کافی می‌داند. هریک از این دو رویکرد توجیهات و ایراداتی دارد. روش سنتی با مشکل سرزمینی بودن احکام و ناکارآمدی روبروست. اما روش جدید نیز بی‌عیب نیست. در نظریه ساختار اینترنت، میان موضوعات و احکام حقوقی خلط شده است. موضوع اقتصاد و سیاست و فرهنگ در مرکز توجه قرار گرفته، اما از احکام حقوق و کارکرد آن غفلت شده است. در جامعه سنتی نیز گاهی اقتصاد و حتی علوم طبیعی ساختاری را ایجاد می‌کند، اما نه فقط جانشین حقوق نیست، بلکه گاه سبب در جبر نهادن احکام حقوق است. یعنی باعث می‌شود که قانون‌گذار نتواند جز آن اراده کند و در صورت وضع آن، حکم مذکور در عرصه عمل توفیق نمی‌یابد. توضیح اینکه، ایجاد یا تغییر ساختار در کلیه عرصه‌های اجتماعی روشی برای رسیدن به اهداف است و کارکردی مثل حقوق دارد. یعنی دو هدف عمده حقوق (نظم و عدالت) را می‌توان با ایجاد ساختار یا تغییر آن محقق نمود. این جایگزینی کامل نیست، چراکه فقط از طرح مشکل پیشگیری می‌کند، اما در صورت ایجاد مسئله، پاسخی برای آن ندارد. اینجاست که احکام حقوق نقش بی‌بدیل خود را نشان می‌دهد. در عرف، وقتی که این نقش موضوع است و سپس تغییر ماهیت به احکام می‌دهد، می‌توان آن را دید. پس اینترنت نیازمند احکام برای تنظیم روابط است، در غیر این صورت شبیه عرصه‌های بی‌قانون است و اشخاص برای حفظ و اجرای حق، چاره‌ای جز دست زدن به اقدامات شخصی ندارند.

برای حاکمیت قانون در فضای مجازی، دو راه داریم: نخست اینکه هر کشور به تنهایی و با ادعای حاکمیت مطلق وارد عرصه شود. یعنی بپذیریم که احکام حقوق از جانب کشور خاص تصویب و به صورت سرزمینی اعمال شود و در واقع فضای مجازی داخلی گردد؛ راه دیگر اینکه کشورها از بخشی از حاکمیت خود صرف‌نظر کنند و با دیگران همکاری کنند. یعنی به طرف قوانین جهانی برای حاکمیت بر فضای اینترنت گام بردارند. باید دید که کدام‌یک از این دو راه با سرشت اینترنت سازگار است. فضای مجازی نه درون کشورهاست و نه خارج از قلمرو آنها. همه

از هر جا به راحتی به آن دست می‌یابند و روابط حقوقی ایجاد می‌کنند. اشخاص می‌توانند بر این فضا تأثیر بگذارند و از آن متأثر شوند. پس هم‌زمان که خارج از حاکمیت است، همهٔ اتفاقات آن نیز در قلمرو سرزمینی کشورها رخ می‌دهد.

براین اساس، اعمال قوانین ملی دربارهٔ سایت خارجی بی‌معناست. باید این استدلال دو وجهی را پذیرفت که همهٔ دولت‌ها حق تنظیم اینترنت را دارند یا اینکه هیچ دولتی چنین حقی ندارد. از طرف دیگر، کشورها در خصوص احکام فراسرزمینی، در مرحلهٔ تقنینی و قضایی همکاری می‌کنند، ولی به واسطهٔ تعارض منافع‌شان در مرحلهٔ اجرا، همکاری بین‌المللی کمتر متصور است. پس باید فعالیت‌های اینترنت جهانی را کم کرد یا قوانین فرامرزی ایجاد نمود. روش دوم مستلزم هماهنگی حقوق کشورهاست؛ اینکه کشورها فعال باشند و همکاری کنند نه اینکه منفعل باشند و بگذارند ساختارها حاکم باشد. هرگاه اینترنت رها شود، سازوکارهای خودتنظیمی حاکم می‌شود و دیگر مجالی برای حاکمیت قواعد حقوقی نیست و دنیا شبیه جنگل خواهد بود.

با همهٔ این احوال، حقوق داخلی نباید در این عرصه منفعل باشد. برخی در فضای اینترنت به یاری دانش برتر به کاربران زیان می‌زنند، به حریم افراد تجاوز می‌کنند و جرم مرتکب می‌شوند، اما کمتر می‌توان انتظار داشت که زیان‌دیده یا قربانی با مراجعه به نهادهای قضایی و رسمی به حق خود برسد. از سوی دیگر، جریان طولانی دادرسی رسمی پاسخ‌گوی نیاز فوری این روابط جدید بشر نیست. پس در این فضا و در شرایط کنونی، چاره‌ای جز اقدام شخصی و انطباق آن با حقوق داخلی نیست. همچنین دربارهٔ قانون حاکم، حقوق دنباله‌رو و تابع فنون و موضوعات است. بنابراین، نمی‌توان در ابتدا برای موضوع حادث قانون تصویب کرد. باید نیازها و مسائل پیرامون را ملاحظه کرد و سپس رویهٔ قضایی را ارزیابی نمود و آن‌گاه بر اساس مبانی حقوقی و فرهنگی، به تصویب قانون دست زد. در این مسیر یاری گرفتن از تجربهٔ دیگران، به‌ویژه کشورهای پیشرفته، در زمینهٔ رایانه و فضای مجازی بسیار مفید است.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. حبیب‌زاده، طاهر، حقوق فناوری اطلاعات: دادگاه صالح و قانون حاکم در بستر قراردادهای الکترونیک (مطالعه تطبیقی)، جلد ۳، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰.
۲. دلفون، زویه لبنان، حقوق تجارت الکترونیک (همراه با تحلیل قانون تجارت الکترونیک ایران)، ترجمه و تحقیق ستار زرکلام، چاپ اول، تهران: شهر دانش، ۱۳۸۸.
۳. رجبی، عبدالله، احقاق شخصیت حق (خوددادگری)، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳.
۴. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، جلد ۱ (تشکیل قراردادها و تعهدات)، چاپ دوم، تهران: مجمع علمی فرهنگی مجد، ۱۳۸۲.
۵. صادقی، حسین، مسئولیت مدنی در ارتباطات الکترونیکی، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۸.
۶. صادقی‌نشاط، امیر، حقوق تجارت الکترونیک، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۴.
۷. عاملی، سعیدرضا، «قاعده‌های اخلاقی در فضای مجازی و دو وجهی نگری: دو فضایی شدن مسایل اجتماعی و کدهای اخلاقی»، فضای مجازی (ملاحظات اخلاقی، حقوقی و اجتماعی)، زیر نظر یونس شکرخواه، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۰.
۸. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶.
۹. نوری، محمدعلی و رضا نخجوانی، حقوق تجارت الکترونیک، چاپ اول، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۲.

مقاله

۱۰. مافی، همایون و سودابه اسدیان، «دادگاه صالح در دعاوی ناشی از قراردادهای تجاری الکترونیکی در نظام‌های حقوقی اروپا و امریکا»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۷، بهار و تابستان ۱۳۹۵، شماره ۱.

ب) منابع انگلیسی

Books

11. Bainbridge, David, *Introduction to Computer Law*, 5th ed., Pearson Education Limited, 2004.
12. Davidson, Alan, *The Law of Electronic Commerce*, 1st pub., Cambridge University press, 2009.

13. Fawcett, James J. and Paul Torremans, **Intellectual Property and Private International Law**, Second Edition, Oxford University Press, 2011.
14. Kohl, Uta, **Jurisdiction and the Internet**, Cambridge University Press, 2007.
15. Kulesza, Joanna, **International internet law**, Routledge, 2012.
16. Lessig, Lawrence, **Code: V. 2**, Basic Books, New York, 2006.
17. Tebbit, Mark, **Philosophy of Law: an Introduction**, 2nd ed., Routledge, 2005.
18. United Nations Commission on International Trade Law, **Explanatory Note by the Uncitral Secretariat on the Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts**, United Nations, New York, 2007.
19. Veljanovski, Cento G., **Economic Principles of Law**, Cambridge University Press, 2007.

Articles

20. Dam, Kenneth W., "Self-help in the Digital Jungle", *Journal of Legal studies*, vol. 2, (1999).
21. Dolly, Cralig, "the electronic self-help provisions of UCITA: a virtual repo man?", 23 *J. Marshal L. Rev.*, (2000): pp. 663-687.
22. Epstein, Richard, "The Theory and Practice of Self-help", *Journal of Law, Economics and Policy*, vol. 1, (2005): pp. 1-31.
23. Kesan, Jay P., & Ruperto Majuca, "Optimal Hackback", *Chicago-Kent Law Review*, vol. 84, (2010): pp. 831-839.
24. Lessig, Lawrence, "The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach", *Harvard Law review*, vol. 113 (1999): 500-546.
25. Lichtman, Douglas, "How the Law Responds to Self-help", *Journal of Law, Economic & Policy* (2005): pp. 215-257.
26. Schultz, Thomas, "Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private / Public International Law Interface", *The European Journal of International Law*, vol. 19, no. 4 (2008): pp. 799-839.
27. Segura- Serranto, Antonia, "Internet regulation and the role of international law", *Max Planck Yearbook of United nations law*, volume 10 (2006): pp. 191-272.
28. Uerpman-Witzack, Robert, "Principles of International Internet Law", *German Law Journal*, Vol. 11, no. 11 (2010): pp. 1245- 1263.
29. Weber, Rolf H., "Future Design of Cyberspace Law", *Journal of Politics and Law*, vol. 5, no. 4 (2012): p. 1-14.