

پژوهشی تطبیقی پیرامون مسئولیت مدنی ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی با تأکید بر حقوق آمریکا و اتحادیه اروپا

حمید ابهری

استاد یار گروه حقوق دانشگاه مازندران

حمید میری

دانشجو دکتری دانشگاه شهید بهشتی

تاریخ پذیرش: ۹۱/۴/۲۶

تاریخ دریافت: ۸۹/۸/۱۹

چکیده

ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی امکان دسترسی به اینترنت و خدمات موجود در آن را برای کاربران فراهم می‌آورند. به طور کلی، از مسئولیت غیر قراردادی ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی در قبال اعمال منتسب به خود و مسئولیت در قبال اعمال دیگران به عنوان مهمترین و قابل بحث‌ترین قسم مسئولیت و مسئولیت قراردادی در برابر مشترکینشان می‌توان سخن گفت. مسئولیت در قسم نخست مبتنی بر احراز تقصیر آنهاست و از این رو، بررسی ارکان ایجاد کننده مسئولیت و از آن جمله رکن تقصیر جهت تحقق مسئولیت مدنی ضروری به نظر می‌رسد. در قسم دوم نیز مسئولیت مبتنی بر تقصیر است و استدلال‌های غیر این مستحکم به نظر نمی‌رسند. با وجود این، در نظام جدید حقوقی حاکم بر مسئولیت مدنی ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی که در اتحادیه اروپا و کشوری چون ایالات متحده آمریکا اکنون جریان دارد، آنها اصولاً مسئولیتی در قبال اعمال دیگران ندارند.

واژگان کلیدی: ارائه‌کننده محتوا، مسئولیت مبتنی بر تقصیر، بلاجبران ماندن ضرر، وجود قرارداد، شرط عدم مسئولیت.

اینترنت یکی از مهمترین نوآوری‌های بشر در قرن بیستم به شمار می‌آید. ارتباطات در این شاهراه مجازی به وسیله شمار بسیاری از واسطه‌ها تامین می‌گردد. این واسطه‌ها، امکان دسترسی کاربران را به این شبکه ممکن می‌سازند و یا اینکه پس از اتصال، امکانات بسیاری را در اختیار آن‌ها قرار می‌دهند و توسط همین امکانات است که کاربران اینترنت می‌توانند اطلاعات خویش را به هر کجا و برای هر که می‌خواهند، ارسال دارند. در اصطلاح تخصصی رایانه‌ای، به این واسطه‌ها، ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی و یا (آی اس پی)^(۱) و یا به طور کلی، ارائه‌کنندگان خدمات گفته می‌شود. به طور خلاصه، این ارائه‌کنندگان خدمات، دسترسی کاربران را به اینترنت یا خدمات مبتنی بر اینترنت ممکن می‌سازند. موضوعی که ما برآنیم که در مورد آن بحث نماییم، مسئولیت مدنی البته، در معنای عام همین واسطه‌هاست. از این رو، در پژوهش حاضر ضمن تعریف ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی به بیان مبنای حاکم بر مسئولیت غیرقراردادی آن‌ها در حقوق خارجی و حقوق ایران و ارکان مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی می‌پردازیم. البته، در همین جا یادآوری می‌نماییم از آنجا که مبنای مسئولیت قراردادی ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی تابع اصول و مبنای عمومی حاکم بر قراردادها و مسئولیت برخاسته از آن‌هاست، در مبحث مربوط به مبنای مسئولیت ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی تمرکز بر روی مبنای مسئولیت غیر قراردادی است ولی، در دیگر بخش‌های از مفهوم و ارکان مسئولیت قراردادی نیز سخن به میان می‌آید.

۲- تعریف ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی:

افرادی که به دنبال دسترسی به اینترنت و استفاده از امکانات موجود در آن هستند، می‌بایست راه‌هایی برای دستیابی به این شبکه گسترده مجازی جهانی و استفاده از امکانات آن بیابند. برخی اشخاص به ویژه شرکت‌های بازرگانی می‌توانند مستقیماً به اینترنت متصل شوند. با این حال، به دلیل گران بودن این نوع نحوه دسترسی و همچنین انحصار آن برای دولت^(۲) و یا شرکت‌های بزرگ تجاری، بسیاری از افراد و شرکت‌های کوچک ناگزیرند از ارائه‌دهندگان

^۱ Internet Service Provider (ISP).

^۲ آیین نامه نحوه اخذ مجوز نقطه تماس بین المللی، ایجاد نقطه تماس بین المللی را در انحصار دولت قرار داده است. ماده ۳ آیین نامه تامین، توزیع و عرصه خدمات اینترنت و اینترنت ملی نیز، تامین کننده اینترنت را دولت قرار داده است و در تعریف تامین کننده می‌آورد: «تامین کننده پهنای باند برای برقراری ارتباط با شبکه اینترنت از طریق دروازه‌های بین المللی» و به موجب ماده یک این آیین نامه، تامین کننده ارتباط تنها شرکت‌های مخابراتی استانی یا شرکت ارتباطات زیر ساخت و یا هر شرکت عامل دارای مجوز برقراری ارتباط می‌تواند باشند.

پژوهشی تطبیقی پیرامون مسئولیت مدنی ارائه‌کنندگان.../۳

خدمات اینترنتی تجاری^(۱) برای دسترسی به اینترنت و استفاده از خدمات آن اشتراک بگیرند. در قبال این اشتراک جهت اتصال به اینترنت و دیگر خدمات اینترنتی همچون داشتن حساب رایانامه‌ای^(۲)، خدمات میزبانی^(۳) و غیره، ارائه دهندگان خدمات اینترنتی مبالغی از مشترکین خود دریافت می‌دارند (Chueh Chih Yen, 2000:6).

از منظر مقررات مرتبط با ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی، در حقوق ایران، در مورد ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی تاکنون دو آیین نامه یکی با عنوان «آیین نامه نحوه ارائه خدمات اطلاع رسانی و اینترنت (آوا ISP)» و دیگری با نام «آیین نامه واحدهای ارائه‌کننده خدمات اطلاع رسانی و اینترنت» مصوب ۱۳۸۰ شورای عالی انقلاب فرهنگی که به شرکت‌ها و یا موسسات ارائه دهنده خدمات اطلاع رسانی و اینترنت، عنوان رسا و یا همان ISP داده است، به موضوع ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی اختصاص داده شده‌اند. نکته شگفت آور این است به دلیل گوناگون بودن مراجع تصمیم گیرنده و روشن نبودن هنگام تصویب دو آیین نامه بارها در تشخیص آیین نامه مقدم و موخر دچار سردرگمی شده‌ایم تا اینکه سرانجام وب سایت رسمی سازمان تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی پرده از این راز برداشت چرا که آشکارا از آیین نامه نخست به عنوان «آیین نامه قبلی» یاد کرده است^(۴). به موجب آیین نامه نوین که در مقدمه خود بخشی از عبارات مقدمه آیین نامه سابق را عیناً تکرار نموده است و می‌گوید: «رسانا امکان اتصال به شبکه اطلاع رسانی و اینترنت را فراهم می‌آورند و جزء ضروری دسترسی و اتصال افراد به شبکه اینترنت هستند. ارائه خدمات تهیه، تولید، توزیع یا ارائه اطلاعات و فراهم آوردن امکان دسترسی و همچنین تهیه و فرآوری محتوا برای کاربران از مهم ترین فعالیت‌های

^۱. البته، سازمان‌های دولتی و موسسات دانشگاهی و آموزشی نیز به اینترنت متصل هستند. با این تفاوت که آن‌ها خدمات ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی تجاری را ارائه نمی‌دهند (Economides\2005:4).

^۲. Electronic Mail Account.

^۳. Hosting.

^۴. <http://www.cra.ir/Portal/Home/ShowPage.aspx?Object=DirectoryView&CategoryId=c92a6385-754c-4533-bcef-22f9bfcf4c12&LayoutID=cc1aa4b2-fbac-4501-8f60-450b20c9a14f&DirectoryID=1dbb0461-41d4-4292-a0d3-a83b4d4ae590&ID=ee50db34-a417-4b3b-b0ec-deaa0096107a>

البته، باید خاطر نشان نمود که در متن تعهدنامه‌ی موجود به عنوان ضوابط صدور مجوز خدمات اطلاع رسانی و اینترنت در این وب سایت که ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی باید آن را تکمیل نمایند، همچنان، آیین نامه پیشین مورد استناد است:

<http://www.cra.ir/Portal/Home/Default.aspx?CategoryId=302e91f2-33b1-4f1d-874a-359978b078e3>

۴ / فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال اول، شماره ۱، پاییز ۱۳۹۱

رسا به شمار می‌رود». آنچه از بخش نخست این آیین‌نامه در تعریف ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی پیداست، این است که این بخش، ارائه خدمات دسترسی و اتصال به اینترنت را در برمی‌گیرد و بخش دوم به تعریف ارائه‌کنندگان سایر خدمات چه از سوی خود ارائه‌کننده خدمات در قالب ارائه محتوا^(۱) و چه توزیع، انتقال و ذخیره اطلاعات برای کاربر می‌پردازد. تعریف رسمی از محتوا را بند "الف" ماده یک "آیین نامه ساماندهی و توسعه رسانه‌ها و فعالیت‌های فرهنگی دیجیتال" ارائه داده است. به موجب این بند محتوا عبارت است از: «مواد دیداری، شنیداری و یا ترکیبی از آن‌ها در هر شکل و قالب». همچنین، این آیین نامه "قراردادن محتوا(داده)" در اینترنت را نشر دیجیتال خوانده و در تعریف آن آورده است که: «قراردادن داده در معرض عموم از طریق رسانه‌های دیجیتال که به دو گونه نشر بر حامل دیجیتال و نشر برخط تقسیم می‌گردد» (بند "ح" ماده یک). «ناشر دیجیتال» نیز شخص حقیقی یا حقوقی [است] که به تشخیص وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی یا وفق قوانین مربوط اجازه اشتغال به نشر دیجیتال دارد».

آیین نامه پیشین نیز، در بند یک ماده یک بیان می‌دارد: «(آوآ) ISP مخفف Internet Service Provider و Information Service Provider و منظور شرکت‌ها و یا موسسات و مراکز ارائه‌کننده خدمات اطلاع رسانی و اینترنت می‌باشد» و در بند ۲ تا ۷ همین ماده، به تعریف برخی خدمات ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی و برخی اصطلاحات تخصصی می‌پردازد. این آیین نامه در ماده ۵ خود نمونه وظایف و خدمات ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی را شرح می‌نمود^(۲). روی هم رفته، به نظر می‌رسد هر دوی این آیین نامه‌ها از جنبه‌هایی بر دیگری برتری داشته باشند هر چند هیچ کدامشان در موضوع مورد بررسی ما کارگشا نخواهند بود^(۳).

۱. Content Provider

^۲. ماده ۵: نمونه وظایف ارائه‌کننده خدمات اطلاع رسانی و اینترنت (آ و ا ISP) به شرح ذیل است:

۱-۵ ارائه مجموعه خدمات ارزش افزوده Off - Line / On - Line برای کاربران خود.

۲-۵ فراهم سازی دسترسی و همچنین تهیه و فرآوری محتوی جهت کاربران خود.

۳-۵ انجام انواع فعالیت‌ها برای آشنا نمودن کاربران در استفاده بهینه از شبکه اطلاع رسانی و اینترنت.

۴-۵ فراهم سازی خدمات، تهیه و تولید، توزیع یا ارائه اطلاعات برای مشتریان مربوطه.

۵-۵ کمک و ارائه طریق جهت مشکلات نرم افزاری و سخت افزاری متقاضیان استفاده از (آ و ا ISP).

^۳. نیاز به بیان است که قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ نیز در بخشی از خود به مسئولیت ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی نظر دارد. هرچند این مورد بیشتر ناظر به وظیفه ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی برای کاربر است. پالایه و ضمانت اجرای برخاسته از ترک فعل است.

پژوهشی تطبیقی پیرامون مسئولیت مدنی ارائه‌کنندگان.../ ۵

از دید مقررات خارجی، به موجب «قانون حق مؤلف هزاره دیجیتال مصوب ۱۹۹۸ ایالات متحده آمریکا»^(۱)، ارائه‌کننده خدمات؛ «به موسسات و یا شرکت‌های ارائه‌کننده خدمات جهت انتقال اطلاعات و یا ارائه‌دهنده خدمات دسترسی و اتصال جهت ارتباطات برخط دیجیتال میان کاربران بر مبنای درخواست‌های کاربران و یا به موسسات و شرکت‌های ارائه‌دهنده اطلاعات به انتخاب کاربر بدون هر گونه اعمال ویرایش نسبت به محتوای آن اطلاعات، ارسال و دریافت اطلاعات به همان صورتی که فرستاده و یا دریافت شده است»^(۲) و یا به شرکت‌ها و یا موسسات ارائه‌دهندگان خدمات برخط و یا دسترسی به شبکه و یا ارائه‌دهنده خدمات موجود در آن، اطلاق می‌شود.^(۳) قصد بر این بوده است که تعاریف مقرر در این قانون آنچنان گسترده باشند که دانشگاه‌ها و دیگر موسسات آموزشی ارائه‌کننده خدمات اینترنتی به دانش‌آموزان، پژوهشگران و دیگر کسان را نیز دربر خودگیرند.

۳- مفهوم و اقسام مسئولیت مدنی ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی

روی هم رفته، مسئولیت مدنی ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی در مفهوم اعم آن را می‌توان به دو گونه مسئولیت بیرون از قرارداد و مسئولیت قراردادی بخش‌بندی نمود با این توضیح که گاه ارائه‌کننده خدمات اینترنتی خود سبب ورود زیان به دیگری می‌شود و به نظر می‌رسد، معنای این قسم از مسئولیت ارائه‌دهندگان روشن باشد. همچنان که هر شخص مسئول اعمال خویش است، ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی نیز پاسخگوی خساراتی خواهند بود که خود آن را ایجاد نموده‌اند. پیشتر گفتیم که ممکن است ارائه‌دهنده خدمات اینترنت در شبکه، محتوا ایجاد و توزیع نماید و به عبارت دیگر، ارائه‌کننده یا ایجاد کننده محتوا^(۴) باشد. بخش ۲۳۰ قانون سلامت ارتباطات آمریکا در تعریف «ارائه‌دهنده محتوای اطلاعاتی»^(۵) آورده است: «به هر شخص یا هر شرکتی که مسئول ایجاد و یا گسترش اطلاعات در اینترنت و یادر هر سرویس رایانه‌ای دیگر است، ارائه‌دهنده‌ی محتوای اطلاعاتی اطلاق می‌شود»^(۶). بر این اساس، هر تخلف و ضرری که از ارائه آن محتوا ایجاد گردد، خواه هتک حرمت باشد یا انتشار و ویروس رایانه‌ای، دسترسی غیرمجاز، اتلاف و غصب، ارائه‌دهنده خدمات مسئول آن‌ها خواهد بود (مسئولیت بیرون از قرارداد ارائه‌کننده خدمات اینترنتی در قبال کارهای زیان خود). درکنار

¹ . Digital Millenium Copyright Act 1998.

² . Section 512(k)(1)(a).

³ . Section 512(k)(1)(b).

⁴ . Content Provider or Content Creator.

⁵ . Information Content Provider.

⁶ . 47 U.S.C 230 .

این گونه مسئولیت از نوع دیگری مسئولیت می‌توان سخن گفت با این مقدمه؛ می‌دانیم که هر کار زیان بار یک (یا چند) عامل و یک (یا چند) زیان دیده دارد و تفاوتی نمی‌نماید که این کار در اینترنت رخ دهد یا بیرون از آن. ولی در اینترنت، انجام یک ارتباط اینترنتی تنها هنگامی ممکن می‌گردد که شخص سومی جدای از آغاز کننده ارتباط و دریافت کننده موجود باشد که همانا این شخص سوم، رایبه کننده خدمات اینترنتی است. از این رو، انجام یک کار زیان بار در اینترنت نمی‌تواند بدون دخالت رایبه‌کنندگان خدمات اینترنتی که برقراری ارتباط را ممکن می‌سازد خواه با آگاهی آن رایبه کننده خدمات و یا بدون آگاهی او صورت پذیرد از این رو، باید توجه داشت که برخلاف دیدگاه برخی از نویسندگان حقوقی (انصاری/۱۳۸۶: ۲۵۳) بیشتر خساراتی که در اینترنت رخ می‌دهد، نه از سوی رایبه‌دهندگان خدمات اینترنتی، بلکه به واسطه خدمات رایبه شده آن‌ها از سوی کاربران صورت می‌پذیرد. بر همین اساس، بررسی مسئولیت رایبه‌کنندگان خدمات اینترنتی در این حالت (یعنی انجام کار زیان بار از سوی کاربران)، بسیار با اهمیت می‌نماید زیرا، نقش رایبه‌کننده خدمات اینترنتی برخلاف قسم بالا که رایبه و خلق محتوا را شامل می‌گردد در این حالت رایبه‌کنندگان خدمات بیشتر به عنوان گذرگاهی برای اطلاعات کاربران به شمار می‌آیند (مسئولیت رایبه‌کننده خدمات اینترنتی در قبال کار زیان بار دیگری). البته، ممکن است رایبه‌کنندگان خدمات در برخی مورد رایبه‌کننده محتوا و در برخی دیگر، تنها گذرگاهی برای عبور اطلاعات کاربران باشد (Frieden\2009:2).

گونه دیگری از مسئولیت که درباره رایبه‌کنندگان خدمات اینترنتی از آن می‌توان سخن گفت، مسئولیت قراردادی آن‌هاست. در آغاز باید توجه داشت قلمرو این نوع مسئولیت در مقایسه با مسئولیت قراردادی محدودتر است چرا که این مسئولیت به سبب نقض مفاد قرارداد جهت رایبه خدمات میان رایبه‌کننده خدمات و مشترک به وجود می‌آید. ولی با وجود این، اثبات وجود قرارداد جهت احراز ارکان مسئولیت قراردادی در فضای اینترنت در همه حال آسان نخواهد بود.

همانگونه که در تعریف رایبه‌کنندگان خدمات آمد، این موسسات و یا شرکت‌ها، اقدام به رایبه خدماتی همچون اتصال به اینترنت و خدمات پس از اتصال همچون رایبه دادن خدمات رایانامه و دیگر خدمات می‌پردازند. نقض مفاد قرارداد با خودداری از انجام تعهدات قراردادی صورت می‌پذیرد. از مصادیق نقض قرارداد می‌توان به رایبه پهنای باند کمتر از آنچه در قرارداد آمده است، اشاره کرد. شایان توجه است که اختلاف بر سر میزان پهنای باند رایبه شده یکی از برجسته‌ترین موارد اختلافی میان مشترکین با رایبه‌کنندگان خدمات اینترنتی است.^(۱)

^۱ در حقوق خارجی این موضوع را زیر عنوان «Last Mile» مورد بررسی قرار می‌دهند. این اصطلاح توصیف کننده فناوری‌ها و فرآیندهایی استفاده شده برای متصل کردن کاربران نهایی به شبکه‌های ارتباطی است. میزان

پژوهشی تطبیقی پیرامون مسئولیت مدنی ارائه‌کنندگان.../۷

در رابطه با مسئولیت قراردادی باید خاطرنشان نمود که پیدایش این گونه از مسئولیت در دو حالت می‌تواند رخ دهد: در حالتی که ارائه‌کننده خدمات از ارائه خدمات خودداری می‌نماید و یا در خدمات او نقصی موجود است. نکته مهم در این حالت، نخست احراز رابطه قراردادی و سپس اثبات تحقق ارکان مسئولیت قراردادی است.

نقض قرارداد هنگامی رخ می‌دهد که ارائه‌کننده خدمات بنا به درخواست زیان‌دیده، اقدام به قطع خدمات به مشترک می‌نماید. در این باره باید توجه داشت همانگونه که در برخی قوانین مرتبط با مسئولیت ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی - همچون قانون حق مؤلف هزاره دیجیتال ایالات متحده آمریکا - اشاره شده است، برای قطع ارائه خدمات، هم زیان‌دیده نیاز به طی نمودن تشریفات دارد و هم ارائه‌کننده خدمات. در صورتی که تشریفات مقرر رعایت گردد، ارائه‌کننده خدمات از مسئولیت قراردادی در قبال مشترکی که ارائه خدمات به او را متوقف نموده و یا اطلاعات او را حذف و یا غیرقابل دسترس نموده، مبری خواهد بود. ذکر این نکته نیز لازم می‌نماید، همانطور که در مبحث مربوط به مبانی مسئولیت به طور تفصیلی خواهیم گفت، اصول کلی حاکم بر مسئولیت قراردادی، بر مسئولیت قراردادی ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی نیز حاکم خواهد بود ولی آنچه در این باره مهم است، اشکال نقض پیمان میان ارائه‌کننده خدمات و مشترک و غیرمشترک است.

۴- مبانی مسئولیت مدنی ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی

۴-۱- مسئولیت در قبال اعمال خود

۴-۱-۱- مسئولیت مبتنی بر تقصیر

مبنای مسئولیت ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی در جایی که خود اعمال زیان بار را انجام می‌دهند همچنان مبتنی بر تقصیر است. در جایی که ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی آگاهانه در ایجاد زیان دخالت دارند خواه با ارائه محتوای زیان بار یا تسهیل رویداد ضرر، مشکلی در جهت مسئول دانستن آنها حاصل نمی‌آید. ولی، درحالتی که ضرر ناشی از عمد آنها نیست موضوع قابل بررسی و تحلیل است. به عنوان نمونه، در نظام حقوقی کامن لا، مسئولیت ارائه‌کنندگان

پهنای باند ارائه شده و مبالغی که از سوی ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی در قبال آن دریافت می‌شود، از درگیری-های رایج میان ارائه‌کنندگان خدمات و مشترکینشان است. برای بدست آوردن اطلاعات بیشتر در این باره ببینید:

Schwaback, Aaron. (2006) Internet and the Law: Technology, Society, and Compromises, ABC-CLIO, Inc., United States of America, p.190.

خدمات اینترنتی همچون دیگر مسئولیت‌ها تحت نهاد مسئولیت ساز بی‌احتیاطی^(۱) منوط به نقض تعهد برای مراقبت^(۲) از کاربران اینترنت و ورود خسارت است (Braman/op.cit.p.254;Schrucers/2002:208).

این نظام حقوقی، هنوز در برخی از کشورها همچون انگلستان در برخی موارد و با استناد به اصول سنتی مسئولیت همچنان اعمال می‌گردد (Geist, 2006). برای تحقق این مسئولیت، شخص مسئول باید به طور بالقوه نسبت به زیان دیده متعهد به انجام مراقبت‌های متعارف باشد ولی او این وظیفه را نقض کرده باشد به طوری که این نقض تعهد به زیان دیده آسیب رسانیده و میان این نقض وظیفه و ضرر رابطه علیت برقرار باشد (Harpwood, 2005:22).

در مورد ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی نیز نخست باید اثبات گردد که آن‌ها در قبال زیان دیده (کاربر اینترنت)، موظف و متعهد به انجام مراقبت‌های پیشگیرانه‌ی متعارف بوده‌اند (Happer, 2005:31). به دیگر سخن، این وظیفه عبارت است از وظیفه و تعهد برای اعمال روش‌هایی به منظور محافظت از کاربران و یا دست کم آگاه نمودن آن‌ها از اعمال زیان بار (Carle and Henry, 2006:2). در حالتی هم که عمد و آگاهی از برای ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی موجود نیست، برای نمونه در حقوقی نظام کامن لا، ارایه‌کننده خدمات باید روش‌ها و ابزارهای متعارف را برای جلوگیری از وقوع ضرر در صورتی که خود اطلاعات را ارایه می‌دهد به کار بندد و نقض این وظیفه می‌تواند به مسئولیت ارایه‌کننده خدمات منتهی گردد. بنابراین، در کنار بررسی دیگر ارکان ایجاد کننده‌ی مسئولیت مدنی، وجود رکن تقصیر به دقت باید مورد بررسی قرار گیرد. ماده ۴ آیین نامه نحوه ارایه خدمات اطلاع رسانی و اینترنت (آوا ISP)، بیان می‌نمود: «مدیریت (آوا ISP) دارای مسئولیت حقوقی و قانونی در مقابل کلیه مقامات قضایی و اداری و اشخاص بوده است و نسبت به کلیه موارد و تعهدات زیر پاسخگو می‌باشد: ۴-۱- برای محتوایی که خود (آوا ISP) عرضه می‌نماید و یا از طریق شبکه امکان دسترسی به آن را فراهم می‌آورد...» در حالی که آیین نامه‌ی مصوب شورای عالی انقلاب فرهنگی (آیین نامه نوین) مقرر می‌نمود: «مسئولیت رسا (ISP) در مورد دسترسی به اطلاعات عرضه شده توسط دیگران محدود به ایجاد امکان و اعمال برقراری پالایه در شبکه خواهد بود». روشن است که به موجب این آیین نامه نسبت به اطلاعات زیان بار دیگران، ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی تنها وظیفه‌ی اعمال پالایه (فیلترینگ) آن اطلاعات را دارند ولی، در برابر

¹. Negligent.

مسئولیت مدنی بر اساس نهاد مسئولیت ساز غفلت (بی‌احتیاطی) در حقوق کامن لا، ضمانت اجرای ترک فعل و یا بی‌احتیاطی شخص است.

². Duty of Care.

پژوهشی تطبیقی پیرامون مسئولیت مدنی ارائه‌کنندگان.../ ۹

محتوای که آن‌ها دسترسی به آن را ممکن می‌سازند، مسئولیتی ندارند و به عبارت بهتر، آنچه در این مقرر آیین نامه آمده است، همان تعهد ارائه‌کنندگان خدمات درباره اطلاعات عرضه شده از سوی ارائه‌کنندگان محتوا در اینترنت است که این تعهد (کاربست پالایه) در قانون جرایم رایانه‌ای به گونه‌ای گسترده‌تر بیان شده است و از این رو، این بند منصرف از بیان وضعیت مسئولیت مدنی یا کیفری ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی در برابر اطلاعات ارائه شده از سوی دیگران است. این در حالی است که مطابق آیین نامه پیشین، آن‌ها در برابر محتوایی که از طریق شبکه امکان دسترسی به آن را فراهم می‌آورد، پاسخگو اند. باید خاطر نشان کرد که قانون جرایم رایانه‌ای بر ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی در مورد «محتوای مجرمانه» وظیفه‌ی پالایه قرار داده است. با این حال، آیین نامه نوین درباره وضعیت مسئولیت ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی می‌گوید: «موسسات و شرکت‌های رسا و کاربران برای محتوایی که خود بر روی شبکه عرضه می‌نمایند طبق این آیین نامه مسئول و پاسخگو می‌باشند». این بند به روشنی گویای مسئولیت ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی در قبال اعمال خود است. زیرا، همانطور که پیشتر اشاره نمودیم اگر ارائه‌کننده خدمات اینترنتی به ارائه محتوا بپردازد، دیگر صرف ارائه‌کننده خدمات به شمار نمی‌آید بلکه در این صورت ارائه‌کننده محتوا خواهد بود و به این ترتیب، اگر آن محتوا زیان بار باشد و دیگر ارکان مسئولیت نیز جمع گردند، تردیدی در مسئولیت آن نخواهد بود. بند ۴-۱ آیین نامه پیشین نیز همین معنا را بیان می‌نمود. اما، مسئله مهم این است که آیا آیین نامه جدید به دنبال وضع مسئولیت مطلق در این حالت بر ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی بوده است و یا اینکه در این حالت نیز همچنان مسئولیت مبتنی بر تقصیر ارائه‌کننده خدمات اینترنتی است؟

در پاسخ به این موارد، نخست باید گفت آیین نامه در مرحله دوم از قانون عادی قرار دارد و بر این اساس، نمی‌تواند مخصص مقررات برتر از خود گردد. از این رو، نمی‌توان گفت که باید مسئولیت مطلق بنا بر عبارات این آیین نامه مورد پذیرش قرار گیرد.

۴-۱-۲- مسئولیت بدون تقصیر

در مقابل نظامی که مسئولیت ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی را در قبال اطلاعاتی که ارائه می‌دهند و یا اعمالی که در اینترنت انجام می‌دهند، منوط به اثبات تقصیر و یا نقض رفتار متعارف جهت عدم وقوع ضرر می‌نمود، به موجب این نظام حقوقی و بر مبنای دیدگاه برخی از حقوقدانان و شماری از آراء دادگاهها^(۱) در برخی از کشورها همچون استرالیا پیش از تصویب

1. Stratton Oakmont, Inc v. Prodigy Servs, 23 Medics (1995).

قانون سازمان‌دهنده دیجیتال و در ایالات متحده آمریکا، بر مسئولیت مطلق ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی - چه در مورد خسارات رخ داده به خاطر اطلاعات ارایه شده خود ارایه‌کنندگان خدمات و یا اعمال آن‌ها و چه ضررهای حاصله توسط کاربران خواه در زمینه مسئولیت مدنی باشد و یا کیفری - بر مسئولیت مطلق ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی استوار بود. بر مبنای این سیستم حقوقی ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی مسئول هستند بدون توجه به اینکه آیا آن‌ها از وجود اطلاعات و یا اعمال غیرقانونی و زیان بار آگاهی داشته‌اند یا خیر و یا اینکه آن‌ها کنترلی بر آن اطلاعات و اعمال داشته‌اند یا خیر (Baistrocchi, 2002:114). طرفداران این نظام مسئولیت به دلایل زیر متوسل می‌شوند:

برخی بر این باورند، ماهیت و ذات ارایه خدمات اینترنتی از سوی ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی خطرناک است. دلیل آن‌ها برای این گفته این است که خطرناک بودن عمل و یا نهادی بر مبنای استوار است. این مبانی عبارتند از وجود ریسک بالای وقوع ضرر از سوی آن عمل و یا آن نهاد، بالا بودن میزان ضرر و زیان رخ داده، عدم توانایی آن نهاد برای از میان بردن ریسک وقوع ضرر حتی با اجرای مراقبت‌ها و اقدامات پیشگیرانه‌ی متعارف، مشخص نبودن و نامناسب بودن محل فعالیت آن نهاد. در مورد ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی نیز امکان بالای وقوع ضرر، بالا بودن میزان ضرر رخ داده و عدم توانایی برای از میان بردن ریسک بالای وقوع خطر به ویژه پیش از دریافت خطریه‌ای حاکی از وجود اعمال و اطلاعات غیرقانونی و زیان بار و یا کسب آگاهی از وجود عمل و یا اطلاعات خسارت بار، راه را برای اعمال این دیدگاه باز می‌نماید (Schrures, 2002:254).

برخی دیگر برای توجیه مسئولیت مطلق ارایه‌کنندگان چه در زمینه مسئولیت ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی بخاطر خسارتی که خود به بار می‌آورند و چه خساراتی که توسط کاربرانشان حاصل می‌آید، به دیدگاه خطر استناد جسته‌اند. به باور این عده، برپا کننده فعالیت اقتصادی که خطر وقوع ضرر می‌آفریند، باید مسئولیت آن خطر را به عنوان هزینه انجام آن فعالیت، به عهده بگیرد و از سوی دیگر، همه هزینه‌ها باید میان مرتب‌تین با آن فعالیت اقتصادی تقسیم گردند^(۱) (Keating, 2001:1286).

برخی نیز بر این باورند اگر قرار باشد مبنای مسئولیت در جایی که اعمال زیان بار از سوی خود ارایه‌کننده خدمات اینترنتی صورت می‌گیرد، همچنان بر پایه اثبات تقصیر آن‌ها باشد در نتیجه ممکن است به خاطر برخورداری این شرکت‌های قدرتمند از نفوذ مالی بسیار به آسانی از زیر بار مسئولیت بگریزد و از سوی دیگر، احراز تقصیر در محیط مجازی به دلیل نیاز به تخصص بالا اکثراً دشوار و حتی غیر ممکن است.

1. Enterprise Liability.

پژوهشی تطبیقی پیرامون مسئولیت مدنی ارائه‌کنندگان.../۱۱

در پاسخ به استدلال نخست باید گفت اگرچه احتمال وقوع خسارت با استفاده از امکانات ارائه شده ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی می‌رود ولی دست‌کم به همان اندازه احتمال استفاده درست از آن خدمات و امکانات نیز می‌رود و کدام فعالیت است که احتمال وقوع ضرر در آن نباشد؟ از سوی دیگر، اگر چه ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی شاید نتوانند حتی با وجود بکار بستن اقدامات پیشگیرانه احتمال وقوع ضرر را از میان ببرند اما، در هر حال با بکار بستن این روش‌ها و ابزارها از شدت ضرر و میزان آن خواهند کاست. همچنین نمی‌توان گفت محلّ فعالیت ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی که همانا در اینترنت است، نامناسب است، زیرا، ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی به عنوان واسطه، متصدیان و گذرگاه‌هایی میان کاربران و شبکه جهانی هستند که به خوبی می‌توانند برای کنترل این فضا و هدایت آن به سمت استفاده درست دست‌کم در مواردیکه تحت کنترل و نظارت آن‌هاست، گام بردارند. در مقام پاسخ‌گویی به استدلال دوم نیز باید دانست که باید دانست که دیدگاه خطر در برابر انتفاع تعدیل یافته است و آن تنها نسبت به فعالیت‌هایی اعمال می‌گردد که نامتعارف و خطرناک باشند (Schruers, op.cit:246). چنین تعدیلی در دکترین حقوقی جدید ایالات متّحده آمریکا نیز قابل مشاهده است (Chueh Chih Yen, op.cit:23). حال آنکه ارائه خدمات اینترنتی توسط ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی و به طور کلّ فعالیت‌های اقتصادی آن‌ها، نامتعارف به شمار نمی‌آیند و بر این اساس اعمال این دیدگاه نیز باید رها گردد.

۲-۴- مسئولیت در قبال اعمال دیگران

پیش از بیان نظام‌های مختلف حاکم بر مسئولیت مدنی ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی در قبال اعمال دیگران، بیان دلایلی که اعمال اینگونه مسئولیت را بر آن‌ها توجیه می‌نماید، سودمند به نظر می‌رسد.

عده‌ای (Sag/2001; Chueh chih yen/ op.cit:3 Freedman & Robert j.c
(Lichman/2002:3; Wittliff/2003:1 Deane/2001:7; Samtani) به توانایی مالی مناسب ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی برای جبران خسارات استناد مینمایند می‌گویند تجربه به روشنی نشان داده است که زیان دیدگان به خاطر هزینه‌های بالای اقامه دعوا و صرف وقت بسیار و عدم توانایی مالی عامل ضرر و جلوگیری از روبرو شدن با اعسار مسبب اصلی (کاتوزیان/۱۳۷۸: ۴۶۶)، میلی به اقامه دعوا علیه او ندارند. استناد به این دلیل جهت وضع مسئولیت غیرمستقیم، در پرتو اصل جبران کامل ضرر^(۱)، به عنوان یکی از اصول بنیادین

¹. The Principle of Full Compensation.

مسئولیت مدنی در نظام‌های حقوقی مدرن (3-2: Spier/1996)، نمود بارزتری خواهد داشت. زیرا، منظور از این اصل این است که «غرامت باید» همه‌ی زیان را (بدون آنکه سبب فقیر شدن زیان دیده در اثر نادیده گرفتن بخشی از خسارت گردد) در برگیرد (قسمتی تبریزی/۱۳۸۳: ۳). در حالی که اجبار به اقامه دعوا تنها علیه کسی که توانایی جبران بخشی عظیمی از خسارات وارده به زیان دیده را ندارد، چیزی جز نادیده گرفتن مفاد این اصل نخواهد بود. استدلال دیگر این است که به دلیل ناشناس بودن عامل اصلی ایجاد کننده ضرر در اینترنت، خواه این ویژگی به دلیل به کار بستن روش‌هایی برای شناسایی نشدن باشد یا به خاطر هزینه زیاد شناسایی او، زیان دیدگان و به ویژه برای دارندگان حق مؤلف ترجیح می‌دهند دعوی خویش را علیه شخصی که امکان ورود آوردن آن ضرر را با ارایه خدمات خویش فراهم آورده است، برپا دارند (Carle, op.cit:3; Deturbide, 2000:2; Freedman, op.cit Colston, 2005:337:1; Samtani, op.cit: 1; Lichman, op.cit:3; Chueh Cheh Yen/op. Cit: 3) این دلیل نیز از جمله استنادات معتقدین وضع مسئولیت غیر مستقیم بر ارایه دهندگان خدمات اینترنتی است. برخی نیز علت وضع مسئولیت بر ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی را در حالت ایجاد ضرر توسط کاربر همین امر دانسته‌اند^۱. برخی چنین استدلال می‌نمایند از آنجا که ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی در موقعیت مناسبی قرار دارند که بر اساس آن می‌توانند اطلاعاتی را که منتقل و یا ذخیره می‌نمایند، مورد بازبینی و کنترل قرار دهند. از این رو، آن‌ها باید در قبال خسارات به وجود آمده ناشی از بکارگیری خدمات ارایه شده خود از سوی کاربران مسئول باشند. به سخنی رساتر، هر کجا که شخصی مسئول خسارات رخ داده توسط دیگری است، حقوق در این موارد اینگونه واکنش نشان می‌دهد که اگر قرار باشد مسئولیت در این انگاره تنها بر دوش عامل اصلی قرار گیرد، چنین نتیجه‌ای، ناکارآمد و غیرکامل خواهد بود زیرا، اشخاص دیگری در جریان رویداد آن زیان هستند که قدرت کنترل و نظارت بر اعمال نادرست و یا دست کم، توان کاهش دادن میزان خسارات را دارا هستند (Lichman, op.cit:p.3; Taipale, 2003:3). به نظر برخی دیگر موقعیت ومقر ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی نقش مهمی در نظر دادخواه، برای اقامه دعوا علیه آن‌ها به جای برپا داشتن دعوا علیه عامل اصلی وقوع زیان خواهد داشت. در جایی که ارایه‌کننده خدمات در صلاحیت محلی خواهان واقع است، این میل برای زیان‌دیده وجود دارد که او در همان آغاز

^۱. ترودل، پیر، مسئولیت حقوقی طراحی وب، ترجمه سید محمد زمان دریاباری، گرفته شده از اینترنت موجود در وبسایت (آخرین بازدید ۱۳۹۰) - http://www.isu.ac.ir/Publication/Andesh-ye-Sadiq/Andesh-ye-Sadiq_16/Andesh-ye-Sadiq_1616.htm

پژوهشی تطبیقی پیرامون مسؤلیت مدنی ارائه‌کنندگان.../۱۳

جبران خسارات ممکن را از ارائه‌کننده خدمات بخواهد پیش از آنکه حتی دادخواستی علیه عامل اصلی زیان مطرح نماید (Carle, op.cit:1; Stamani, op.cit:2) (۱).

۴-۲-۱- مسؤلیت مبتنی بر تقصیر

همانطور که اشاره نمودیم، درجایی که ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی آگاهانه در ایجاد خسارت نقش دارند، تردیدی در وجود رکن تقصیر وجود ندارد. ولی، موضوع بسیار مهم جایی است که ارائه‌کنندگان خدمات چنین نقش فعالی ندارند. در نظام حقوقی کامن لا و تحت نظام مسؤلیت مدنی، مسؤلیت مبتنی است بر وجود تعهد و الزام به رعایت اقدامات پیشگیرانه و تعهد ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی برای محافظت از کاربران در اینترنت و نیز نظارت و بررسی بر اطلاعاتی که انتقال داده شده و یا ذخیره شده به منظور کشف تخلف. اما، آنچه اجرای این نظام را سخت می‌نماید، جدا از اثبات عدم انجام تعهد، وجود خود تعهد و وظیفه برای پاسداشت حقوق کاربران از ضرر و زیان‌های احتمالی در اینترنت است، زیرا، بطور معمول اشخاص وظیفه‌ای برای محافظت از دیگران در برابر اعمال و رفتار خسارت با اشخاص ثالث نخواهند داشت. بنابراین، اصل عدم وجود وظیفه است (Wittliff, 2003:11) و نیز قاعده و یا قانونی ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی را ملزم به این تکلیف نمی‌نماید و یا قاعده و یا مقرراتی آن‌ها را به نظارت و بررسی کردن اطلاعات منتقل و یا ذخیره شده، نمی‌نماید و اگرچه ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی باید اقداماتی را جهت کاهش احتمال وقوع ضرر بکار بندند ولی، هیچ مقرراتی الزاماً آن را ملزم به پاسداری از کاربران در اینترنت نمی‌کند تا در صورت وقوع ضرر بر کاربر، بتوان به این تعهد و تکلیف به منظور اثبات تقصیر در این نظام حقوقی و نقض آن استناد کرد. اما، اثبات وجود وظیفه همه مشکل نیست، مشکل دیگر، معیار این وظیفه (۲) است. به دیگر سخن، چه میزان از اعمال روش‌ها و ابزارهای مراقبتی و پیشگیرانه کفایت می‌کند؟ برای حل این مشکل برخی معیار مراقبت را سنجش آن اعمال و اقدامات، با اعمال و رفتار شخص متعارف محتاط (۳) دانسته‌اند و برخی دیگر معیار را به عرف تجاری واگذارده‌اند (Mann, 2003:7).

۱. برای آشنایی کامل با این دیدگاه‌ها و نقد آن‌ها رجوع کنید به میری، حمید (۱۳۸۸) مسؤلیت مدنی ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه مازندران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، صص ۳۰ الی ۵۲.

۲. Standard of Care.

۳. Reasonable Prudence Test.

در مورد حقوق ایران، جدای از مطالبی که پیشتر در خصوص نا توانایی آیین‌نامه برای تخصیص قانون بیان نمودیم باید بیافزاییم که ایجاد مسئولیت در قبال فعل غیر در حقوق ایران، نیازمند تصریح قانون دارد (کاتوزیان، منبع پیشین: ۵۳۴). بر این اساس، چنانچه استثنایی بر این اصل بخواهد اعمال گردد یعنی ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی در قبال اعمال زیان بار کاربران مسئول باشند، تفسیر مضیق استثنا ایجاب می‌نماید که نظام کلی حاکم بر مسئولیت مدنی یعنی مسئولیت به موجب تقصیر در اینجا نیز اعمال گردد. با این حال، حتی اگر بپذیریم که این آیین‌نامه مسئولیت در برابر کار دیگری را مقرر می‌کند، با مطالبی که در بالا گفتیم، آشکار می‌گردد که چون اماره‌ی قانونی بر وجود تقصیر مثلاً در حالتی که مشترک ارایه‌کننده خدمات با استفاده از خدمات آن به دیگری زبانی وارد می‌کند، برقرار نشده است، این زیان دیده است که برای آوردن ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی در جرگه‌ی مسئولین باید تقصیر وی را به اثبات برساند. با این حال، اثبات چنین تقصیری به خاطر پیچیده بودن حرفه‌ی ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی، نه تنها برای کاربران بلکه حتی برای وکلای نیز سخت خواهد بود. از این رو، باید به دنبال راهکاری گشت. یافتن اماره‌هایی بر وجود تقصیر خواه اماره‌های قضایی بر پایه عرف و قرارداد و یا قانونی بر پایه‌ی مقررات مربوط بر وجود تقصیر بهترین راهکار است که ما در جای خود کوشش نمودیم که چنین راهکاری را ارایه دهیم. روی هم رفته، در مورد مسئولیت ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی چه در حالت مسئولیت آن‌ها در قبال اعمال خود و چه در مسئولیت آن‌ها در قبال اعمال دیگران نمی‌توان قایل به مسئولیت مطلق گردید.

۴-۲-۲- نظام حقوقی مبتنی بر مسئولیت مطلق

این نظام حقوقی، نخست در برخی از کشورهای اروپایی و نیز استرالیا اعمال می‌گشت. در آمریکا، در آغاز نظام حقوقی مسئولیت بر ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی همچون دیگر مسئولیت‌ها، مبتنی بر اصول مسئولیت در کامن لا بود ولی، به خاطر مشکلات یاد شده در این نظام، طرفداران وضع مسئولیت بر ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی به نظام مبتنی بر مسئولیت مطلق استناد جسته‌اند البته، باید توجه داشت حتی در برخی از کشورهای عضو اتحادیه اروپا همچون هلند و با وجود مقررات رهنمود تجارت الکترونیک این اتحادیه، دیدگاه مسئولیت مطلق به نقد گذارده شد که سرانجام از اعمال آن بر ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی اجتناب به عمل آمد (Von Bar, 2009:465). به هر شکل، معتقدین برای توجیه اعمال این نظام حقوقی به دلایل زیر متوسل شده‌اند: خطرناک بودن ماهیت فعالیت ارایه‌کننده خدمات، استناد به

پژوهشی تطبیقی پیرامون مسئولیت مدنی ارائه‌کنندگان.../۱۵

دیدگاه خطر در برابر انتفاع اقتصادی، بلاجبران ماندن ضرر و تضمین حق زیان دیده که توضیحات مربوط به آن‌ها و نقدشان را پیشتر دیدیم.^(۱)

۳-۲-۳- نظام حقوقی عدم مسئولیت

نظام حقوقی عدم مسئولیت امروزه در آمریکا به موجب قانون حق مؤلف هزاره دیجیتال و قانون سلامت ارتباطات^(۲)، در اتحادیه اروپا به موجب دورهنمود تجارت الکترونیک، در استرالیا (Mercurio/2002:8) به موجب قانون سازمان‌دهنده دیجیتال^(۳)، در سنگاپور به موجب قانون حق مؤلف و در هند به موجب «قانون فناوری اطلاعات مصوب ۲۰۰۰»^(۴) جریان دارد. این نظام حقوقی بیانگر این مطلب است که ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی تقریباً از مسئولیت در قبال ضرر و زبانی که دیگران ایجاد کرده‌اند، معاف خواهند بود همچنانکه اطلاق عنوان «پناهگاه‌های امن»^(۵) و در برخی از قوانین یادشده، گویای همین نظام عدم مسئولیت می‌باشد. به دیگر سخن، این نظام حقوقی حاکم بر مسئولیت ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی، بیش از آنکه بخواهد مبانی و یا قواعد کلی برای مسئولیت ارائه‌کنندگان خدمات بیان نماید به جای آن، تنها شرایطی ابراز داشته است که به موجب آن‌ها ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی می‌توانند از مسئولیت معاف گردند (Baistrocchi, op.cit:117). البته به طور کلی، شرط تکمیل این عدم مسئولیت، اعمال حداقل اقدامات احتیاطی پیشگیرانه برای جلوگیری از انجام عمل زیان بار در کنار نقش انفعالی ارائه‌کنندگان خدمات در جریان وقوع تخلف می‌باشد. این سیستم حقوقی هم در مورد مسئولیت مدنی و هم کیفری اعمال می‌گردد. لازم به بیان است که امتیاز معافیت از مسئولیت برای ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی تنها در برابر خسارات است نه برای معافیت از متوقف نمودن عمل زیان بار.

در این سیستم بر اساس نوع خدمات ارائه شده توسط ارائه‌کننده خدمات شرایط بهره‌مندی از عدم مسئولیت پیش‌بینی شده است. بنابراین، در جایی که نقش ارائه‌کننده خدمات اینترنتی

^۱ . برای دیدن مباحث تکمیلی ر.ک به میری، منبع پیشین، صص ۴۸-۵۱.

^۲ . Communication Decency Act 1996.

^۳ . Digital Agenda Act 2000.

^۴ . Indian Informaion Technology Act,2000.

^۵ . Safe Harbors.

در برخی نوشته‌ها از معادل فارسی "بندرگاه امن" استفاده شده است (برای نمونه ببینید: صادقی، منبع پیشین، صص ۲۵۱).

به عنوان صرف مجرای عبور اطلاعات^(۱) به شمار می‌رود و یا به صرف ارائه خدمات دسترسی^(۲) به شبکه می‌پردازد از مسئولیت رهایی خواهد یافت (ماده ۱۲ رهنمود تجارت الکترونیک اتحادیه اروپا) و نیز در جایی که ارائه کننده خدمات به ارائه خدمات ذخیره موقت اطلاعات (ذخیره سهل الوصول) می‌پردازد (ماده ۱۳ رهنمود تجارت الکترونیک اتحادیه اروپا). همچنین، در جایی که ارائه کننده خدمات اینترنتی به ارائه خدمات میزبانی^(۳) می‌پردازند (ماده ۱۴ رهنمود تجارت الکترونیک اتحادیه اروپا).

اگر ارائه‌کننده خدمات به ارائه خدمات مکان یابی اطلاعات^(۴) بپردازد، اگرچه در رهنمود اتحادیه اروپا برخلاف قانون حق مؤلف موضوع ارائه پیوند مغفول مانده است ولی، در قانون حق مؤلف هزاره دیجیتال، برای ارائه‌کنندگان خدمات مکان یابی اطلاعات نیز امتیاز عدم مسئولیت مقرر شده است.

۵- بررسی ارکان مسئولیت مدنی ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی

اگرچه ارکان مسئولیت مدنی ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی را همان ارکان مسئولیت مدنی رایج هستند ولی، با این حال، بررسی چند رکن در خصوص مسئولیت ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی لازم به نظر می‌رسد.

۵-۱- بررسی ارکان مسئولیت غیر قراردادی

۵-۱-۱- مستقیم بودن ضرر

مقصود از مستقیم بودن ضرر این است که میان عمل زیان بار و ضرر حاصل شده، حادثه دیگری وجود نداشته باشد تا جایی که بتوان گفت ضرر در نظر عرف از همان فعل ناشی شده است (کاتوزیان/منبع پیشین: ۲۸۶). برای این اساس، اگر در نتیجه حوادث غیر قابل پیش بینی و غیر قابل کنترل همچون اختلالات پیش بینی نشده در شبکه، اعمال حکومتی دولت‌ها و حتی،

^۱ این فعالیت دربرگیرنده انتقال اطلاعات است در یک شبکه مخابراتی و ارتباطی اطلاعاتی است که آن اطلاعات از سوی دریافت کننده آن خدمات ارائه شده است. چنین ارائه کننده خدماتی، نقش منفعلی در این فعالیت با انجام کار به عنوان صرف حامل اطلاعات ارائه شده توسط اشخاص ثالث از طریق شبکه خود بازی می‌نماید.

^۲ خدماتی است که به طور معمول تحت عنوان ارائه خدمات دسترسی و اتصال به اینترنت شناخته می‌شوند.

^۳ ارائه خدمات میزبانی به معنای ارائه امکاناتی به افراد، شرکت‌ها و سازمان‌ها برای در اختیار دادن فضای برای ذخیره هر نوع اطلاعاتی در آن فضا در قبال دریافت پول یا رایگان.

^۴ خدمات مکان یابی اطلاعات که موتورهای جستجوی اینترنتی رادرب می‌گیرد، یکی از مهمترین عوامل در پیشرفت روزانه اینترنت می‌باشند. این خدمات به کاربران اجازه می‌دهند که اطلاعات مورد نظر خویش را در شبکه بیابند. به باور برخی نیز ارائه‌ی پیوند در بطن شبکه جهانی اینترنت قرار دارد وضع محدودیت بر آن می‌تواند منجر به پیدایش پیامدهای ناگواری شود. بویژه برای ارائه‌دهندگان خدمات جستجو (Elliott/1999:334)

پژوهشی تطبیقی پیرامون مسئولیت مدنی ارائه‌کنندگان.../۱۷

کوتاهی کاربران ضرری بر آن‌ها ایجاد گردد، نمی‌توان به مسئولیت ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی معتقد گشت. به عنوان نمونه اگر کاربری از نصب نرم افزارها و سیستم‌های امنیتی مناسب که امروزه لازمی استفاده از هر نوع سیستم رایانه‌ای است، خودداری ورزد و یا از به روز کردن آن‌ها استنکاف نماید و ارائه‌کننده خدمات، اقدامات پیشگیرانه لازم را در شبکه به کار بسته باشد و حتی اخطارهای لازم را به کاربر گوشزد نموده باشد، چنانچه سیستم چنین کاربری توسط خرابکاران اینترنتی مورد حمله قرار گیرد و خسارتی پدید آید حتی با وجود آنکه اعمال خرابکارانه با استفاده از امکانات و خدمات ارائه شده‌ی ارائه‌کننده خدمات صورت گرفته باشد. البته، بدون دخالت خود ارائه‌کننده، اقدام کاربرد در عدم نصب سیستم‌های امنیتی مورد نیاز، یا خود سببی در ایجاد خسارت به شمار می‌آید و یا حتی می‌تواند در برخی حالات رابطه مستقیم فعل زیان بار با ضرر را قطع نماید زیرا، در برخی موارد اقدام زیان دیده به حدی است که در دید عرف سبب ورود خسارت تنها به زیان دیده نسبت داده می‌شود. مورد دیگر، در صورتی است که ویروسی در اینترنت پخش شده باشد و کاربر بدون نصب سامانه‌های امنیتی لازم بر روی هر چیزی کلیک نماید، در اینجا به نظر می‌رسد سبب ورود زیان در دید عرف به زیان دیده نسبت داده شود.

۵-۱-۲- قابل پیش بینی بودن ضرر

امروزه یکی از شرایط قابل مطالبه بودن زیان، قابلیت پیش بینی آن برای عامل ورور زیان است. خسارتی که در فضای مجازی از سوی ارائه‌کننده خدمات اینترنتی ایجاد می‌شود باید قابل پیش بینی باشد. این قابلیت پیش بینی خواه بر اساس عرف و یا آگاهی ارائه‌کننده خدمات از نتایج زیان بار عمل خویش استوار می‌گردد. به طور کلی، برخی از اعمال، در خود این رکن را مفروض دارند. شخصی که ویروس رایانه‌ای را در اینترنت پخش می‌نماید و یا بطور غیر مجاز به سیستم دیگری وارد می‌شود باید مسئولیت هگونه خساراتی که از انتشار آن ویروس ایجاد می‌گردد و یا خساراتی را که از ورود غیرمجاز به سیستم دیگری حاصل می‌آید، بر عهده بگیرد زیرا، این قبیل از اعمال بالذات در محیط اینترنت از جمله فعالیت‌های خرابکارانه به شمار می‌آیند و افراد و شرکت‌ها، همه ساله خسارات بسیاری از این چنین اعمالی متحمل می‌شوند. همچنین در مبحث مربوط به مبانی مسئولیت اشاره نمودیم که خودداری ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی از بکار بستن اقدامات و اعمال امنیتی و پیشگیرانه به منزله تقصیر به شمار می‌آید. البته، برخی بر این باورند که هم باید امکان پیدایش خسارت برای عامل ورود زیان و هم شخص زیان دیده برای او قابل پیش بینی باشند و حتی اگر زیان برای عامل ورود ضرر قابل پیش بینی بوده باشد ولی شخص زیان دیده برای او قابل پیش بینی نباشد،

وجود وظیفه‌ای که پیشتر از آن سخن گفتیم در رابطه میان عامل ورود ضرر و زیان دیده به منظور اثبات مسئولیت عامل نفی می‌گردد (Hedley/2006:56).

۵-۱-۳- ناشی نشدن ضرر از اقدام و کاهلی زیان دیده

در بحث مستقیم بودن ضرر گفتیم که گاه کاهلی زیان دیده می‌تواند منجر به قطع رابطه علیت عامل زیان و ضرر گردد. بنابراین، اگر ارائه‌کننده خدمات اینترنتی همه وسایل و ابزار امنیتی و پیشگیرانه را در محیط اینترنت و درمورد خدمات ارائه شده‌ی خویش بکاربندد، ولی، به خاطر عدم نصب سامانه‌های امنیتی مناسب همچون نرم افزارهای ضد ویروس از سوی کاربر، سیستم او مورد حمله‌ی خرابکاران قرار بگیرد اگرچه این حمله از طریق امکانات ارائه شده‌ی ارائه‌کننده خدمات صورت گرفته باشد، این اقدام و کوتاهی کاربر می‌تواند به منزله قطع رابطه علیت باشد. این مورد درجایی محسوس‌تر است که ورود ضرر به دلیل بی‌مبالاتی کاربر و گشت و گذار بی‌احتیاطانه او در اینترنت و در هر وب‌سایتی و هر مکانی است با وجود آنکه مرورگرهای اینترنت خطرناک بودن آن‌ها را گوشزد نموده باشند^(۱).

همچنین، اگر کاربر اقدام به نصب سامانه‌های امنیتی مناسب بر روی سیستم خود نماید ولی از به روز کردن آن‌ها خودداری ورزد و ارائه‌کننده خدمات هشدارهای لازم را نیز در این مورد به کاربر گوشزد کرده باشد در اینجا گرچه ممکن است ارائه‌کننده خدمات در قبال خساراتی که به دلیل این کاهلی کاربر ایجاد می‌گردد، مسئولیتی داشته باشد ولی، به دلیل این کاهلی زیان دیده ممکن است از میزان خسارات کاسته شود (بند ۳ ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی).

آیین‌نامه نوین چیزی در این باره دربر ندارد ولی، بند ۳ ماده ۵ آیین‌نامه نحوه ارائه خدمات اطلاع‌رسانی و اینترنت مقرر می‌نمود: «انجام انواع فعالیت‌ها برای آشنا نمودن کاربران در استفاده بهینه از شبکه اطلاع‌رسانی و اینترنت» و بند ۴ ماده ۴ می‌افزود: «(آوا ISP) موظف است در جهت ارائه نرم افزارهای مناسب کنترل و فیلترینگ (پالایه) برای استفاده کاربران بر روی رایانه‌های شخصی همکاری نماید». حال اگر ارائه‌کننده خدمات اینترنتی به کاربران خود گوشزد نماید که سیستم‌های خود را به سامانه‌های امنیتی مناسب مجهز نمایند و به دنبال آن کاربری از نصب سامانه‌های امنیتی مناسب و لازم غفلت نماید، چنانچه ضرری ایجاد گردد آیا می‌توان سبب کاهلی کاربر را ترک فعل ارائه‌کننده خدمات دانست و بدین سان علی‌رغم

^۱ . هم‌اکنون مرورگرهای اینترنتی همچون گوگل کروم (Google Chrome)، موزیلا (Mozilla)، اپرا (Opera) و اینترنت اکسپلورر (Internet Explorer) و دیگر مرورگرها، کاربران را از خطرناک بودن وبسایت‌هایی که قصد ورود به آن‌ها را دارند، آگاه می‌نمایند.

پژوهشی تطبیقی پیرامون مسئولیت مدنی ارائه‌کنندگان.../۱۹

به کار بستن روش‌های امنیتی در شبکه، ارائه‌کننده خدمات را مسئول خسارات وارده قلمداد نمود و به میزان کاهلی کاربر توجهی نکرد؟

پاسخ این پرسش منفی به نظرمی‌آید زیرا، امروزه از روشن‌ترین موارد مرتبط با فضای اینترنت، نصب چنین سامانه‌های امنیتی است و می‌توان وضع آن را با فروشنده اتومبیل مقایسه کرد زیرا، اگر فروشنده اتومبیل به خریدار نگوید که باید اتومبیل خود را به دزدگیر مجهز کند و از قضا دزدی به اتومبیل خریدار بزند، نمی‌توان سبب کاهلی خریدار را عدم یادآوری فروشنده دانست چرا که برهیچ صاحب اتومبیلی پوشیده نیست که نصب سیستم‌های دزدگیر از بدیهی‌ترین و نخستین اقداماتی است که باید درمورد اتومبیل خود انجام دهد. حال اگر ارائه‌کننده خدمات، از بکار بستن اقدامات پیشگیرانه و ابزارهای فنی امنیتی لازم خودداری ورزد و کاربر نیز از اعمال چنین اقدامات و ابزاری بر روی سیستم خود و در جریان بازدید از اینترنت استنکاف ورزند و زبانی متوجه کاربر گردد، تاثیر کاهلی کاربر در جبران خسارت به چه اندازه است؟ در پاسخ باید گفت، اگر بکار بستن یا نبستن سامانه‌های امنیتی پیشگیرانه از سوی ارائه‌کننده خدمات، تاثیری در رخ دادن زیان نداشته باشد و به عبارت بهتر، کاهلی کاربر سبب اصلی باشد، در این حالت نیز مسئولیت متوجه ارائه‌کننده نخواهد بود و این اقدام کاربر است که سبب وقوع خسارت است. ولی اگر اینچنین نباشد، بنابه تسهیل ایجاد ضرر(بند ۳ ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی) دادرس مختار است از میزان جبران خسارت بکاهد و بدین ترتیب چند سبب با هم در ایجاد ضرر نقش داشته‌اند و در نتیجه، هر یک از آن‌ها به میزان دخالت خود در عمل زیان بار مسئولیت خواهند داشت(وحدت ملاک از بند ۲ ماده ۱۴ قانون مسئولیت مدنی). بنابراین، حتی در صورت بی‌احتیاطی و غفلت ارائه‌کننده خدمات اینترنتی، خواننده با استناد به تقصیر مشترک و این امر که خسارت تماماً به دلیل تقصیر او رخ نداده است، از میزان مسئولیت خود بکاهد(Elliott, op.cit:90) مفاد بند ۵-۳-۱۰ آیین نامه مصوب شورای عالی انقلاب فرهنگی که مقرر می‌دارد: «رسا(ISP) موظف است حتی‌المقدور تمهیدات فنی لازم برای حفظ حقوق کاربران و جلوگیری از حمله به کامپیوتر[رایانه]های آن‌ها را فراهم آورد» اشاره به تکلیف ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی می‌نماید ولی، به هر صورت رافع تکلیف کاربران برای به کار بستن ابزار مناسب نخواهد بود.

۵-۱-۴- فعل زیان بار

در هر مورد که از کاری به دیگران زیان برسد، مسئولیت مدنی ایجاد نمی‌شود. بایدکار زیان بار در نظر اجتماع ناهنجار باشد (کاتوزیان، پیشین: ۳۱۱). «قانون جرایم رایانه‌ای تگزاس^(۱)» نیز ضرر را شامل: «تغییر جزئی یا کلی یا نابودی و یا حذف اطلاعات ذخیره شده، تخریب سرویس‌های رایانه‌ای، انتشار ویروس رایانه‌ای و یا هر ضرر دیگری، عدم النفع و یا هر آسیبی که عرفاً در نتیجه‌ی عمل عامل زیان بار باشد، دانسته است (بخش ۳۳.۰۱)». بنابراین، اگر ارایه‌کننده خدمات اینترنتی به دستور و حکم قانون و یا دادگاه عملی انجام دهد که زیان به دیگری برساند، مسئولیتی در قبال این خسارت نخواهد داشت. برای نمونه اگر ارایه‌کننده خدمات به دستور دادگاه اقدام به ارایه مشخصات و اطلاعات کاربر نماید، مسئولیتی در قبال نقض حریم شخصی نخواهد داشت.

هم چنین، همانگونه که برخی قوانین همچون قانون حق مؤلف هزاره دیجیتال ایالات متحده آمریکا اشاره داشته‌اند، در صورتی که ارایه‌کننده خدمات، تشریفات خاصی را که در این قانون مقرر است، رعایت نماید و براساس اختاریه‌ای که مطابق شرایط مقرر در این قانون به دستش رسیده است و یا بنابه دستور دادگاه، اقدام به حذف اطلاعات و یا سد نمودن دسترسی به آن اطلاعات نماید، مسئولیتی قراردادی یا قهری در قبال این عمل در برابر مشترک خود نخواهد داشت. چنین اعمالی اگرچه به خودی خود خسارت بار هستند ولی از آنجا که به دستور قانون و مقامات صالح صورت گرفته‌اند، باعث مسئولیت عامل نمی‌شوند و به عبارت بهتر، مانع انتساب فعل به شخص می‌شوند.

۵-۱-۵- تقصیر و مصادیق آن

همانطور که پیشتر دانستیم، مسئولیت ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی نیز مبتنی بر تقصیر است. در بررسی این تقصیر باید ملاک را اعمال شخصی متعارف قرار داد و نیز در احراز تقصیر باید اوضاع و احوال عمل زیان بار را مورد سنجش قرارداد. این اوضاع احوال از نوع عمل و ویژگی‌های آن تا ویژگی‌های مخاطب ارایه‌کننده خدمات در برخی موارد رادر برمی‌گیرد. البته، باید توجه داشت اگرچه مسئولیت ارایه‌کننده خدمات اینترنتی مبتنی بر تقصیر است اما، فروض و یا امارات تقصیری موجود است که به موجب آن‌ها، مسئولیت اثبات تقصیر از دوش زیان دیده برداشته می‌شود و همانطور که گفته شده است با وجود اینکه در مسئولیت در قبال فعل غیر، قاعده کلی مسئولیت مبتنی بر تقصیر است ولی، زمینه‌ای از مسئولیت ناشی از ایجاد خطر در همه آن‌ها کم و بیش دیده می‌شود که در لباس تقصیر مفروض اجرا

¹. Texas Computer Crimes Act 2006.

بزهشی تطبیقی پیرامون مسئولیت مدنی ارایه‌کنندگان.../۲۱

می‌شود(همان:۴۴۷). فرض گرفتن مسئولیت بدین خاطر است که اثبات تقصیر ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی از سوی کاربران به دلیل پیچیده بودن حرفه، بسیار دشوار است و از سوی دیگر، وجود همین وضع ویژه و پیچیده و لزوم کار بست برخی از ابزارها بنا بر قانون و عرف و یا قرارداد، اصل عدم را به یاری زیان دیدگان می‌آورد که در نتیجه، ارایه‌کنندگان خدمات را موظف به اثبات بکار بستن اقدام‌ها و ابزارهای لازم می‌نماید. با وجود این، باید نگریست که منظور از فرض، فرض یا اماره‌ی قانونی بر وجود تقصیر نیست چه اینکه، هم پیدایش مسئولیت در قبال کار زیان بار دیگری و هم آفرینش اماره‌ی قانونی بر وجود تقصیر نیازمند تقصیر قانون یا دیگر مقررات است، از این رو، ما نیز هم به دنبال یافتن اماره‌های کاری و حرفه‌ای بر بودن تقصیر در آن حالات و هم بررسی مقررات جهت یافتن فرض تقصیر هستیم. به برخی از مصادیق تقصیر در ادامه اشاره می‌شود:

۱. اینترنت، پدیده‌ای فراملی به شمار می‌آید؛ سرعت مبادله اطلاعات در آن با هیچ وسیله‌ی ارتباطی دیگری قابل مقایسه و برابری دادن نیست و اگرچه این سرعت و دیگر ویژگی‌های آن می‌تواند برای استفاده‌های سودمند بکار آید ولی، تردیدی نیست که راه برای اقدامات خرابکارانه همچون نقض حقوق مالکیت معنوی، کلاهبرداری، نقض حریم خصوصی، اتلاف در این فضای مجازی بسیار است. بر همین اساس، سخن گفتن از احتمال ورود ضرر در آن امری شگفت آور نخواهد بود. بنابراین، از متصدیان امر اینترنت که ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی بخش بزرگی از آن را در دست دارند، این انتظار می‌رود که با انجام اقدامات پیشگیرانه از وقوع اقدامات غیرقانونی و خسارت بار اجتناب ورزند. در غیر این صورت چنانچه ضرری ایجاد گردد، می‌توان تقصیر ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی را مفروض دانست(Kelly, 2007:2) و یا دست کم اماره تقصیری متصور دانست. به عبارت دیگر، در چنین حالاتی فرض می‌گردد که بی‌مبالاتی ارایه‌کننده خدمات و عدم انجام اقدامات پیشگیرانه، سبب وقوع ضرر شده است(انصاری:۱۳۸۱:۱۵۰). هنگامی که از فرض تقصیر یا وجود اماره تقصیر ارایه‌کنندگان خدمات در جریان وقوع ضرر سخن می‌گوییم، تفاوتی میان جایی که خود ارایه‌کننده خدمات سبب تقصیر شده است با جایی که کاربر او ضرر ایجاد کرده است، نخواهد بود. ماده ۶ آیین نامه نحوه ارایه خدمات اطلاع رسانی و اینترنت(آیین نامه پیشین) تا اندازه‌ای این مطلب را بیان می‌نمود^(۱).

^۱ . ماده ۶ : فعالیتهای غیرمجازی که هر (آ و ISP) باید در جهت جلوگیری از آنها در شبکه مربوط به خود اقدامات لازم را بکار ببندد، عبارتند از :

۶-۱- امنیت عمومی و دفاع ملی:

الف) کلیه مطالب و موضوعات مغایر امنیت عمومی و دفاع ملی مطابق مقررات و مصوبات قانونی.

ب) اشاعه و تبلیغ گروهها و احزاب غیر قانونی.

۲۲/ فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال اول، شماره ۱، پاییز ۱۳۹۱

۲. در جایی که برای ارائه‌کننده خدمات امکان کنترل و بازبینی وجود داشته باشد و متصدیان از این کار خودداری کرده باشند، مرتکب کوتاهی شده‌اند و بنا بر بی‌احتیاطی که انجام داده‌اند مشمول ماده یک قانون مسئولیت مدنی خواهند بود (همان: ۱۵۲) و بدین ترتیب در این حالت نیز می‌توان تقصیر را مفروض دانست یادست کم اماره تقصیری برقرار کرد.

۳. نیک می‌دانیم که وکیلی در برابر کسی که از سوی او نمایندگی دارد، متعهد است که از همه کوشش و مهارت خویش برای رسیدن به خواسته‌ی موکل بهره‌گیرد. اگرچه این تعهد از قرارداد برمی‌خیزد ولی، با این حال گمانی نیست که حتی در مواردی که دو سوی این قرارداد نسبت به آن توافق نکرده‌اند، عرف حرفه‌ی وکالت می‌طلبد که وکیل چنین کند. آموزگار نیز در برابر شاگردان خود متعهد است که از همه توان خود برای آموزش آنان بهره‌گیرد. این تعهد از

۲-۶- موضوعات مذهبی و قومی:

الف) هرگونه محتوایی که موجب توهین و تحقیر ادیان الهی به ویژه دین اسلام و فقه جعفری باشد.

ب) هر محتوایی که موجب اختلافات قومی، مذهبی بوده و متضمن تحقیر و توهین به اقوام، ملیت‌ها و نژادها باشد.

۳-۶- اخلاق عمومی و رعایت احکام اسلامی:

الف) هر محتوایی که شامل موضوعات خلاف اخلاق عمومی از قبیل تصاویر مستهجن، ترویج بی‌بندوباری و مغایر شئون اسلامی باشد.

ب) هر محتوایی که مروج مصرف مواد مخدر باشد.

۴-۶- اطلاعات محرمانه:

الف) هر محتوایی که شامل آموزش ساخت مواد تخریبی (منفجره و یا محترقه) باشد.

ب) هر محتوایی که افشاء‌کننده روابط خصوصی اشخاص بوده و تجاوز به حریم شخصی افراد تلقی شود.

ج) هر محتوایی که متضمن اطلاعات طبقه‌بندی شده دولتی و حکومتی باشد.

د) اطلاعاتی که دارای کلیدهای رمز بانک‌های اطلاعاتی نرم‌افزارهای خاص و یا صندوق‌های رایانامه دیگران و یا روش شکستن آن‌ها بدون مجوز صاحبان ذی‌ربط باشد.

۵-۶- تجارت و عملیات مالی:

الف) کلیه فعالیت‌های غیرقانونی از طریق شبکه اطلاع‌رسانی اینترنت از قبیل اختلاس و... ممنوع می‌باشد.

ب) خرید و فروش و تبلیغات برای کلیه کالاهایی که منع قانونی دارند.

ج) انجام هرگونه معاملات تعهدآور که طبق قانون مغایر با منافع ملی باشد.

۶-۶- فعالیت‌های مخرب:

الف) هرگونه نفوذ غیرمجاز به مراکز دارنده اطلاعات خصوصی و محرمانه و تلاش در جهت شکستن قفل رمز سیستم‌ها

ب) هرگونه حمله به مراکز اطلاع‌رسانی و اینترنتی دیگران جهت از کارانداختن و یا کاهش کارایی آن‌ها.

ج) هرگونه تلاش جهت انجام شنود و بررسی بسته‌های اطلاعاتی در حال گذر در شبکه که به دیگران تعلق دارد بدون مجوز صاحبان آن‌ها.

پژوهشی تطبیقی پیرامون مسئولیت مدنی ارائه‌کنندگان.../۲۳

قانون سرچشمه می‌گیرد. چنین نمونه‌هایی بسیار است؛ نمونه‌هایی که در آن‌ها در وجود وظیفه و تعهد برای کسی در برابر دیگری تردیدی نیست. با این مقدمه کوتاه می‌افزاییم که اینترنت نیز دارای ویژگی‌های خاصّ فنی می‌باشد که سامان دادن به آن‌ها، تنها از سوی اشخاص حرفه‌ای و آشنا به فنّ امکانپذیر است. ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی نیز به همین دلیل دارای تعهد وظیفه‌ی ویژه‌ی حرفه‌ی خود هستند که در جریان کار خویش بایست آن اصول حرفه‌ای خاصی را رعایت نمایند که لازمه‌ی آن فعالیت است و نقض هر یک از این اصول، تقصیر به شمار می‌آید و همانطور که گفته شده است (کاتوزیان، پیشین: ۳۶۶) در پاره‌ای از حرفه‌ها به دلیل اهمیت شغلی و ارزش‌های در خطر، مسئولیت چهره ویژه‌ای به خود می‌گیرد و از حدود قواعد عمومی فراتر می‌رود. بند ۴ ماده ۴ و بند ۳ ماده ۵ آیین نامه نحوه ارائه خدمات اطلاع رسانی و اینترنت که مقرر می‌نمود: «انجام انواع فعالیت‌ها برای آشنا نمودن کاربران در استفاده بهینه از شبکه اطلاع رسانی و اینترنت» که از آن در کنار دیگر موارد به عنوان نمونه وظایف ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی، در صدر این ماده نام می‌برد و بند ۵-۳-۱ در آیین نامه مصوّب شورای عالی انقلاب فرهنگی اشاره به همین وظیفه‌ی حرفه‌ای می‌نمایند. انجام ندادن و بکارنبستن این روش‌ها و ابزارهای فنی برای کاهش دادن و یا جلوگیری نمودن از وقوع ضرر، خود به معنای به‌مبالاتی و تقصیر است. از این رو، اگر ارائه‌کننده خدمات در قلمرو تعریف «مرکز خدمات داده اینترنتی» قرار بگیرد، پیرو بخش دوم و ضمیمه دو آیین نامه مرکز خدمات داده اینترنتی، تدابیر و ابزارهای امنیتی‌ای جهت ایجاد بستری مناسب فراهم آورد که این یک وظیفه‌ی تخصصی و فنی است. با همه این‌ها، در مورد ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی نباید پنداشت که دایره شمول این تعهدها بسیار گسترده است به گونه‌ای که آن‌ها پایبند به پاسداری از همه کاربران هستند. بی‌گمان، آن‌ها در برابر مشترکین خود بر مبنای قراردادی که با آن‌ها دارند دارای چنین وظیفه و تعهدی هستند، وظیفه‌ای که دربرگیرنده بکاربستن ابزارها، اقداماتی در راستای پاسداری از امنیت کاربران و آگاه نمودن آن‌ها از موقعیت‌ها و موارد زیان بار تا اندازه امکان می‌گردد. ولی، در ارتباط با کاربرانی که مشترک خدمات آن‌ها نیستند، این وظیفه و تعهد ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی از گستره‌ی کمتری برخوردار است زیرا، در این حالت نیز قوانین و مقررات و گاه عرف به وجود تعهدها و وظایف حرفه‌ای برای آن‌ها تصریح دارند که بی‌گمان نادیده گرفتن آن‌ها به منزله‌ی تقصیر خواهد بود

۵-۱-۶- رابطه سببیت

بیان نمودیم که در برخی موارد اقدام زیان دیده این رابطه را قطع می‌نماید. درجایی که در مورد ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی صحبت از مسئولیت در قبال فعل غیر می‌شود نیز باید رابطه سببیت احراز گردد. البته، در مسئولیت در قبال فعل غیر باید اثبات گردد که میان فعل غیر و ورود ضرر رابطه علیت موجود است.

مسئله مهم دیگر در مورد رابطه سببیت این است، در مواردی که چندین سبب در وقوع خسارت نقش دارند و همه رابطه مستقیمی با اضرار داشته باشند، کدامین سبب یا اسباب باید مسئولیت را برعهده گیرند؟ تردیدی نیست سببی را که نتوان تقصیری به او نسبت داد، نمی‌توان در جرگه‌ی مسئولین آورد و این در مورد ارایه‌کننده خدمات بی‌تقصیر نیز اعمال خواهد شد. اما، اگر ارایه‌کننده خدمات نیز تقصیر کرده باشد، باید دید چه نظری پذیرفته شدنی است.

در حالت تعدد اسباب در جریان وقوع ضرر برخی قایل به تقسیم مسئولیت براساس میزان تقصیر، سبب مقدم در تاثیر، سبب موخر در وجود، اشتراک در ضمان و برخی قایل به مسئولیت سبب متعارف می‌دانند (نقیبی، ۱۳۸۶: ۸۴ به بعد). ولی، به نظر می‌رسد بنا به دلایل زیر پذیرش مسئولیت تضامنی در مورد ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی قابل قبول تر باشد (کاتوزیان، همان: ۳۷۷)؛ (Lichman, 2003:29). زیرا، بر مبنای دفاع از زیان دیده خسارات در اینترنت و منظور داشتن برخی از ویژگی‌های این شبکه مجازی همچون ناشناس ماندن برخی از مسببین و یا عدم توانایی مالی مناسب همه آن‌ها و نیز توجه ویژه به اصل جبران کامل ضرر و تضمین حق زیان دیده، مسئولیت تضامنی میان ارایه‌کننده خدمات و کاربران و یا چندین ارایه‌کننده خدمات قابل توجیه باشد. البته، به این نکته نیز باید اشاره داشت که تقسیم نهایی مسئولیت میان مسببین، بر اساس میزان تقصیر آن‌ها خواهد بود.

آیین نامه نحوه ارایه خدمات اطلاع رسانی و اینترنت امکان ارایه خدمات اینترنتی را تنها برای شرکت‌ها و موسسات خصوصی و دولتی و وزارتخانه‌ها و دانشگاه‌ها مقرر داشته است^(۱). آیین نامه پیشین نیز تشکیل ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی را تنها در قالب شخص حقوقی مورد پذیرش قراردادده بود. همانطور که گفته شده است (انصاری، پیشین: ۳۳۷)، اعطای شخصیت حقوقی دراصل به خاطر زیر پوشش قراردادادن مطالبه خسارات ناشی از اعمال کسانی است که آن‌ها تحت اختیار و کنترل دیگری فعالیت می‌نمایند و اگر چه کاربران اینترنت، کارگران و نمایندگان ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی به شمار نمی‌آیند ولی، نفس اعطای شخصیت حقوقی

^۱ . البته بند یک ماده ۵ ضوابط و دستورالعمل ذیل مصوبه جلسه شماره ۱۹ مورخ ۱۳۸۵/۱۰/۳ کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات تنها شرکت‌های خصوصی ثبت شده در ایران را مجاز به ارایه درخواست برای دریافت پروانه دانسته است.

پژوهشی تطبیقی پیرامون مسؤلیت مدنی ارایه‌کنندگان.../۲۵

به آن‌ها می‌تواند این اطمینان را به زیان دیده بدهد که او این حق را خواهد داشت که علیه شخصی که توانایی مالی خوبی برای جبران خسارات دارد، اقامه دعوا نماید.

۵-۲- بررسی ارکان مسؤلیت قراردادی

برای شکل‌گیری مسؤلیت قراردادی، وجود شرایطی لازم است این شرایط عبارتند از: وجود قرارداد، نقض آن قرارداد، ورود ضرر و وجود رابطه علیت میان شکستن پیمان و ورود زیان که در ادامه ضمن بیان شرح کوتاهی در مورد آن‌ها، وضع مسؤلیت قراردادی ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی را نیز مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۵-۲-۱- وجود قرارداد

مسئولیت قراردادی در جایی ایجاد می‌گردد که قراردادی نافذ میان عامل ورود زیان و زیان دیده وجود داشته باشد و متعهد به تعهد ناشی از آن قرارداد عمل ننماید یا در اجرای آن تاخیر نماید (ابهری، ۱۳۷۴: ۵۲). بنابراین، برای تحقق مسؤلیت قراردادی، نخست باید قراردادی نافذ میان زیان دیده و ارایه‌کننده خدمات اینترنتی موجود باشد. بنابراین، چنانچه قراردادهایی در قالب قراردادهای شرایط استفاده^(۱)، قراردادهای شرایط خدمات^(۲)، قراردادهای استخدامی و دیگر قراردادها میان ارایه‌کننده خدمات و کاربر موجود باشد، می‌توان از مسؤلیت قراردادی سخن گفت (Witliff, op.cit:15).

با وجود این، در برخی موارد احراز قراردادی بودن رابطه مشکل است. چنانکه در پرونده "رجیسترات کام علیه موسسه وریو"^(۳) چنین موردی مطرح شد. در این پرونده ارایه‌کننده خدمات که خواننده این پرونده می‌باشد با بکاربردن یک نرم افزار خودکار، پایگاه داده "هوئیس"^(۴) را که برای همگان قابل استفاده بود، به منظور به دست آوردن فهرستی از افراد و شرکت‌هایی که به تازگی اقدام به ثبت نام دامنه^(۵) کرده بودند، جستجو کرد. این ارایه‌کننده خدمات از اطلاعات به دست آمده برای بازاریابی میان دارندگان نام‌های دامنه تازه ثبت شده، جهت ارایه خدمات میزبانی به آن‌ها استفاده نمود. خواهان این دعوا با این استدلال که خواننده از پایگاه داده‌ی او با استفاده از یک نرم افزار خودکار، اطلاعات بدست آورده است درحالی که این نحوه

^۱. Terms of Use Agreement.

^۲. Terms of Service Agreement.

^۳. The Register.com v. Verio, Inc.126.F.supp.2d 238 LS.D>M.Y.2000.

^۴. Whois.

^۵. Domin Name.

دسترسی به پایگاه داده بر مبنای قرارداد شرایط استفاده منع شده بود، درخواست خسارت نمود. دادرس این پرونده با رد ادعای خواهان مبنی بر قراردادی بودن مسئولیت، اظهار داشت که در قرارداد شرایط استفاده چیزی در مورد عدم استفاده از نرم افزار دیده نشد ولی از آنجا که خواهان اخطاریه‌ای به خواننده مبنی بر مجاز نبودن این نحوه دسترسی به پایگاه داده‌اش را ارایه داده بود، این نوع دسترسی خواننده غیر مجاز و مسئولیت را غیر قراردادی تشخیص داد و اضافه نمود که این نحوه دسترسی می‌توانست ظرفیت پیشکار خواننده را کاهش دهد و نیز این نحوه دسترسی احتمال ورود صدمه به آن به میزان ۵۰۰۰ دلار و یا بیشتر را نیز ممکن می‌ساخت.

لازم به ذکر است همانگونه که در ادامه خواهیم گفت، بهره‌گیری از توافق‌نامه یا قراردادهایی با عنوان قراردادهای «شرایط استفاده از خدمات» از برجسته‌ترین حالاتی است که بر پایه آن ممکن است مسئولیت قراردادی ایجاد و یا دایره مسئولیت قراردادی مشترک با ارایه‌کننده گسترده‌تر از قرارداد آغازینی گردد که برای ارایه خدمتی معین در برابر مبلغی بسته شده بود. بهره جستن از این گونه قراردادهای بیشتر در راستای درج شروط ویژه در رابطه با شیوه استفاده از آن خدمات و به ویژه شروط عدم مسئولیت است.

۵-۲-۲- نقض قرارداد

یکی از شرایط استقرار مسئولیت قراردادی، نقض پیمان است. نقض پیمان دربرگیرنده انجام ندادن تعهد، تاخیر در اجرا یا اجرای نادرست قرارداد است. بنابراین، اگر ارایه‌کننده خدمات به تعهد خویش برای ارایه خدمات به مشترک عمل ننماید و یا در ارایه خدماتش تاخیر نماید و یا نقص یا عیبی در خدمات ارایه شده‌ی او موجود باشد همچون قطع مکرر، افت سرعت و ترافیک بیش از اندازه در شبکه، در برابر مشترکین خود مسئولیت قراردادی خواهد داشت. همچنین، اگر ارایه‌کننده خدمات با آگهی‌های گمراه‌کننده‌ی خود مشترکین را در مورد کیفیت، سطح خدمات بفریبد، مرتکب تدلیس شده است (Australian Communication Authority, 2008:10) و مشترک حق فسخ قرارداد را خواهد داشت. مورد دیگر اینکه، اگر هزینه‌های مقرر در قبال ارایه خدمات آن چنان زیاد باشد که عرفاً قابل چشم پوشی نباشد، مشترک حق استناد به خیار غبن را خواهد داشت.

۵-۲-۳- رابطه علیت میان خسارت و عدم اجرای قرارداد

خواهان دعوا برای مطالبه خسارت از ارائه‌کننده خدمات براساس قرارداد در صورتی می‌تواند به هدف خود برسد که ضرر برخاسته از اجرا نکردن مفاد قرارداد باشد. برای مثال، اگر به موجب قراردادی، ارائه‌کننده خدمات باید مشترک خود را با پهنای باند و سرعت مبادله اطلاعات مشخصی به اینترنت متصل نماید و یا فضای مشخصی برای میزبانی اطلاعات مشترک خود به او ارائه نماید و چنین ننماید و بدین ترتیب ضرری از این عدم اجرای تعهد پدید آید، مسئولیت قراردادی خواهد بود. در مورد تعهدات فرعی که از مهمترین آنها می‌توان به تعهد حفظ ایمنی اشاره داشت، پرسش این است که آیا برای ارائه‌کننده خدمات، چنین تعهدی موجود است و اگر چنین است، مسئولیت قراردادی است یا قهری؟ باید توجه داشت که سخن گفتن از وجود تعهد ایمنی در محیط اینترنت نمود بارزتری خواهد داشت و بر این اساس، حمایت قانون از کاربران باید گسترده‌تر و شدیدتر باشد.

در همین رابطه، بند ۷ آیین نامه مصوب شورای عالی انقلاب فرهنگی درباره ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی مقرر می‌دارد: «رسانا موظف است حتی المقدور تمهیدات فنی لازم برای حفظ حقوق کاربران و جلوگیری از حمله به رایانه‌های آنها را فراهم آورد». شاید بتوان از قسمت دوم این مقرر نوعی تعهد ایمنی را دست کم در مورد حملات رایانه‌ای برای ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی استنباط نمود. آیین نامه پیشین چنین حکمی دربر نداشت و تنها در بند ۳ ماده ۵، صحبت از آشنا کردن و در بند ۴ ماده ۴ صحبت از همکاری با کاربر می‌نمود، آن هم در مورد ارائه نرم افزارهای مناسب جهت کنترل و پالایش. حال پرسش این است که آیا چنین تعهدی در مفاد قرارداد میان ارائه‌کنندگان خدمات و مشترکینشان نیز رسوخ می‌کند؟ به نظر می‌رسد چنین نباشد چرا که در حال حاضر آنچه در قراردادهای ارائه خدمات در ایران به وقوع می‌پیوندد دربردارنده چنین تعهدی چه به صورت صریح و چه ضمنی نیست زیرا، اصولاً و به ویژه از سوی کاربر چنین موردی در قرارداد نمی‌آید زیرا، بسیاری از این قراردادها الحاقی هستند و از مقررات مختلف در این باره نیز افزوده شدن چنین تعهدی به قرارداد بر نمی‌آید. این درحالی است که مثلاً به موجب «قانون اعمال تجاری استرالیا مصوب ۱۹۷۴»^(۱) در هر قراردادی که برای ارائه خدمات با مشترکین منعقد می‌گردد نوعی شرط ضمنی موجود است که به موجب آن، خدمات باید با مراقبت متعارف و مهارت کافی به گیرنده خدمات ارائه شود و اگر چنین نشود، ارائه‌کننده خدمات مسئول خسارات وارد شده خواهد بود (Australian

¹. Trade Practices Act 1974(TPA)

Communication Authority, op.cit). روشن است که چنین تعهدی برای حفظ

ایمنی در راستای ارائه خدمات، تعهدی به نتیجه است.

گذشته از این، فلسفه گسترش مسئولیت قراردادی در اینترنت بدین خاطر است که بسیاری از شرکت‌ها در دنیای بهم پیوسته امروزی، اطلاعات را با دیگر شبکه‌های رایانه‌ای شریک هستند. این شرکت‌ها و مؤسسات به طور فزاینده‌ای به دنبال انعقاد قرارداد با دیگر شرکت‌ها و مؤسسات هستند که بنا به این قراردادها، یکدیگر را ملزم به اعمال ابزارهای فنی متعارف در اینترنت نمایند (Wittliff, op.cit: 15).

البته، باید توجه داشت اگر چه این تعهد ایمنی شاید در بردارنده‌ی تعهدی به نفع اشخاص ثالث و از جمله آن‌ها، کاربران ارائه‌کنندگان خدمات اینترنت نباشد ولی، دست کم برای مشترکین ارائه‌کنندگان خدمات بتواند حاوی تعهدی به نتیجه یعنی تعهد به جلوگیری نمودن از وقوع زیان باشد به گونه‌ای که ارائه‌کنندگان خدمات، همه توان خود را برای به کار بستن ابزارهای فنی لازم برای حفظ امنیت در شبکه‌های خود به کار بندند و وجود چنین تعهدی در رابطه با احتمال وقوع برخی از اعمال زیان بار همچون حملات رایانه‌ای، آنچنان که آیین نامه پیشین نیز آن را در نظر داشته است، نمود بارزتری خواهد داشت.

امتیاز رهایی زیان دیده از اثبات تقصیر در مورد قراردادهای مرتبط با خدمات اینترنت نیز موجود است (Ibid). البته، همانطور که گفته شده است (کاتوزیان/۱۳۷۸: ۱۲۱)، می‌بایست به ماهیت ارائه خدمات توجه داشت به این صورت که آیا مفاد قرارداد در بردارنده‌ی تعهد به وسیله است یا نتیجه .

به نظر می‌رسد، اصولاً قراردادهای ارائه خدمات، در اینترنت حاوی تعهد به نتیجه باشند. با وجود این، به دلیل عواملی چون سرعت بالای مبادله اطلاعات، ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی دست به اقداماتی می‌زنند تا مسئولیت ناشی از این تعهد به دستیابی به نتیجه را برای مشترکین منتفی گردانند. به عنوان نمونه، در مورد ارائه خدمات رایانه، چنانچه فرستنده یک پیام الکترونیک بفرستد، لحظاتی کوتاه پس از فرستاده شدن آن پیام، اطلاع درباره تحویل و یا عدم تحویل آن داده خواهد شد. همچنین، بیشتر ارائه‌کنندگان خدمات برای گریز از مسئولیت در پیمان‌های خود با مشترکین، از خود به خاطر دست نیافتن به نتیجه دلخواه مشترکین رفع مسئولیت می‌نمایند .

۶- نقش قرارداد در محدودیت و یا عدم مسئولیت ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی

ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی برای گریز از مسئولیت در قبال خساراتی که مشترکینشان ایجاد می‌نمایند و یا خساراتی که ناشی از اختلالات شبکه می‌باشد، از ابزارهای قراردادی استفاده می‌نمایند. گسترش قراردادهای شرایط استفاده، خواه به این خاطر و یا خواه به علت الزام قانونگذار^(۱)، بیانگر همین مطلب است به طوری که امروزه قراردادهای و ضوابط شرایط خدمات^(۲) و خط مشی‌های استفاده پذیرفته شدنی^(۳) به گونه‌ای در میان ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی در ایالات متحده آمریکا گسترش یافته و هماهنگ شده است که دیگر کاربران گزینه دیگری غیر از پذیرش مفاد آنها و از دست دادن برخی از حقوق خود نخواهند داشت (Braman, op.cit:249). استفاده از این گونه قراردادهای و یا شروط قراردادی آنچنان در اینترنت رواج دارند که برخی عنوان نموده‌اند اینگونه قراردادهای و شروط قراردادی از مهم‌ترین قراردادهای موجود در فضای مجازی به شمار می‌آیند و روی هم رفته، ارائه‌کنندگان خدمات در اینترنت برای برقرار نمودن تعادلی میان منافع که از ارائه خدمات به دست می‌آورند و خطرات و هزینه‌های ناشی از آنها، از اینگونه قراردادهای و یا شروط قراردادی استفاده می‌نمایند (Law Society of Ireland, 2004:66).

البته، باید توجه داشت مفاد این پیمان‌ها در مورد همه ارائه‌کنندگان به یک شکل نیست. چنانکه در ایالات متحده آمریکا ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی تجاری، مقررات و ضوابط گسترده‌تری درباره محدودیت‌های استفاده از خدمات و نیز محدودیت مسئولیت نسبت به ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی غیر تجاری دارند. برای نمونه ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی تجاری در زمینه حقوق مالکیت معنوی خواستار اعطای امتیازات زیادی از سوی مشترکین به آنها شده‌اند.

آنچه در این قراردادهای و ضوابط برای گریز از مسئولیت و یا محدود کردن مسئولیت ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی می‌آید، مواردی چون حذف تصادفی اطلاعات، نقض حقوق انحصاری صاحب اثر از سوی کاربر و یا ارائه‌کننده خدمات، ایرادات در جریان ارائه خدمات و انتقال اطلاعات، امکان افشای برخی از اطلاعات کاربران و غیره را شامل می‌گردند. به طور کلی، مفاد این قراردادهای دربردارندهی شروط محدودیت و یا عدم مسئولیت است. در برخی از قراردادهای شرایط استفاده، مبلغی معین به عنوان سقف خسارات قابل دریافت از

^۱. برای نمونه، در قانون حق مؤلف هزاره دیجیتال ایالات متحده آمریکا، ارائه‌کنندگان خدمات موظف به تنظیم و انتشار خط مشی استفاده درست از خدماتشان شده‌اند

^۲. Terms of Service (TOS).

^۳. Acceptable Use Policies (AUP).

ارایه‌کننده خدمات اینترنتی تعیین شده است. اثر تعیین سقف خسارت این است که زیان دیده نهایتاً تا این مبلغ می‌تواند از ارایه‌کننده خدمات خسارت دریافت نماید (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۳۱۹).

به هر حال، استفاده از این روش‌ها تا آنجا که قانون اجازه دهد و نیز تا آن اندازه که در رابطه قراردادی امکان اعمال داشته باشند، جدای از اینکه این امکان وجود دارد که به عدم مسئولیت و یا محدودیت مسئولیت ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی بیانجامد، چه بسا تا حدودی اطمینانی برای آن‌ها ایجاد نماید که به موجب آن، خسارات وارد شده از سوی کاربران بنا به ضوابط مقرر را به حداقل برسانند. از سوی دیگر، اگرچه گریز از مسئولیت و یا محدودیت مسئولیت به موجب قرارداد ممکن است نسبت به کسانی که طرف قرارداد نیستند، اثری نداشته باشد ولی، احتمالاً دادگاه با در نظر داشتن این تعهدات و امتیازات، به بررسی مسئولیت آن‌ها خواهد پرداخت (Australian Communication Authority, Op.cit:13).

در مورد شرط عدم مسئولیت در این گونه قراردادها در حقوق کشورهایی که سیستم عدم مسئولیت را در مورد ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی اعمال می‌کنند، شاهد حضور گسترده‌ای از این شروط به سود ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی هستیم چه در زمینه خساراتی که خود ارایه‌کننده خدمات ایجاد می‌نماید و چه در مورد خساراتی که کاربران ایجاد می‌نمایند، به طوری که حتی آن‌ها در قبال آسیب‌ها و خساراتی که از نقص و عیب سیستم‌هایشان به کاربران وارد می‌شود، مسئولیتی بر عهده نمی‌گیرند. به این دلیل گفته می‌شود، اگر ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی در قابل نقص و عیب‌های سیستم‌های خود مسئول نباشند چه کسی باید عهده‌دار خساراتی که از این طریق به کاربران می‌رسند، باشد. این در حالی است که کاربران برای همه نوع خساراتی که چه به دیگر کاربران و چه به خود ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی وارد می‌آید، بر مبنای همین قراردادها مسئول هستند. آنچه برای کاربران وضع را شدیدتر می‌کند این است که ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی حتی میان کاربران مقصر و غیر مقصر نیز تفکیکی قایل نمی‌شوند و بدین صورت حتی اگر خسارتی از سوی کاربری پدید آید که آن زیان در نتیجه‌ی ناآشنایی کاربر به فناوری مورد استفاده و یا به خاطر پیچیده بودن نرم افزار مورد استفاده باشد، باز هم به موجب همان قراردادها او را مسئول می‌شمارند. بر همین اساس، از آنجا که به نظر می‌رسد قراردادهای ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی با کاربران از جمله قراردادهای الحاقی و یا تحمیلی باشند کاربران اینترنت نیز چاره‌ای جز پذیرش شرایط مقرر توسط ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی برای قرارداد میان خود نخواهند داشت. به همین خاطر، گفته شده است تنها راه این است که کاربران خود دست به کار شوند و علیه این رویه و سیستم جاری به مبارزه بپاخیزند (Braman, op.cit:268).

بژوهشی تطبیقی پیرامون مسؤلیت مدنی ارایه‌کنندگان.../۳۱

در حقوق ایران، در هر حال قرارداد و یا شرط عدم مسؤلیت و یا محدودیت مسؤلیت به خاطر خسارات عمدی فاقد اثر است (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۷۲۳). ولی در مورد خسارات غیر عمدی، مانعی در مورد پذیرش شرط یا قرار داد محدودیت مسؤلیت برای ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی دیده نمی‌شود. هم چنین، در صورتی که شرط آشکارا با نظم عمومی برخورد داشته باشد آن شرط بلااثر است. پس، اگر در چنین قراردادهایی شرط شده باشد که ارایه‌کننده خدمات در افشای اطلاعات خصوصی کاربر آزاد است، چنین شرطی به دلیل برخورد با نظم عمومی باطل است اگرچه کاربر راضی بدان باشد (میری، پیشین: ۱۵۱). پرسشی که در اینجا مطرح می‌شود، این است که آیا در مورد شرط یا قرارداد عدم مسؤلیت برای ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی در قبال خساراتی که کاربرانشان ایجاد نموده‌اند، می‌توان قایل به درستی آن‌ها شد؟

در پاسخ باید گفت در مواردی که مسؤلیت در قبال فعل غیر به حکم قانون است هم چون مسؤلیت کارفرما، چنین شرط یا قراردادی، مخالف نظم عمومی است زیرا، این شرط یا قرارداد تضمین حق کسانی که از این فعالیت صدمه می‌بینند، از میان می‌برد بی‌آنکه خودشان در اسقاط آن دخالتی داشته باشند (همان: ۵۵۵). در رابطه میان ارایه‌کننده خدمات اینترنتی و کاربر، چنانچه رابطه کارفرما و کارگری موجود نباشد و بر اساس آنچه بیشتر در مورد مبنای مسؤلیت ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی گفتیم و در نظر گرفتن نارسایی عبارات آیین نامه مربوط، به نظر می‌رسد چنین قرارداد و یا شرطی مانعی بر سر راه خود نبیند و حتی، اگر ایجاد مسؤلیت در قبال فعل غیر را از سوی آن آیین نامه برای ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی بپذیریم، اگرچه تضمین جبران خسارت از دلایل اصلی اعتقاد به مسؤلیت ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی در قبال افعال کاربرانشان است ولی، به لحاظ مقررات کنونی سخت بتوان این امر را از مقررات مربوط برداشت نمود.

آیین نامه واحدهای اطلاع رسانی و اینترنت در ماده ۹ مقرر می‌داشت: «موسسات و شرکت‌های خصوصی ارایه‌کننده خدمات اطلاع رسانی و اینترنت (آوا) می‌توانند از مشتریان خود بر اساس مقررات این آیین نامه تعهدنامه لازم مبنی بر رعایت ضوابط اخذ نمایند». جدای از اینکه، بهره‌گیری از چنین تعهدنامه‌هایی نیازی به تصریح قانون و یا دیگر مقررات ندارد، باید همچنین افزود که، چنین تعهدنامه‌هایی اگرچه بر مبنای اصل عدم تاثیر قرارداد بر اشخاص ثالث، در برابر آن‌ها قابلیت استناد ندارند ولی، در رابطه میان ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی و مشترکانشان و استناد به قرارداد فی مابین موثر است.

البته، باید توجه داشت که این قراردادها و شروط مندرج در آن‌ها و یا به طور کلی قراردادهایی همچون قرارداد شرایط استفاده از خدمات، به طور کامل به آگاهی و پذیرش

۳۲ / فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال اول، شماره ۱، پاییز ۱۳۹۱

استفاده کنندگان از خدمات می‌رسند و هم چنان که در بسیاری از این قراردادها مشهود است، استفاده از خدمات نشانگر آگاهی و پذیرش شرایط استفاده از خدمات و مفاد قرارداد است. ماده ۳۵ قانون تجارت الکترونیکی مقرر می‌دارد: «اطلاعاتی اعلامی و تایید به اطلاعات اعلامی به مصرف کننده باید در واسطه‌ای با دوام، روشن و صریح بوده و در زمان مناسب و با وسایل مناسب ارتباطی در مدت معین و بر اساس لزوم حسن نیت در معاملات و از جمله ضرورت رعایت افراد ناتوان و کودکان ارایه شود» و ماده ۴۳ نیز می‌افزاید: «تامین کننده نباید سکوت مصرف کننده را حمل بر رضایت وی کند». بر این پایه، شرط محدودیت و یا عدم مسئولیت نیز باید به طور روشن و بدون ابهام به نظر مصرف کننده برسد. بدین ترتیب، در صورتی که مفاد قرارداد آشکارا به نظر کاربر رسیده باشد خواه در قراردادهای با مصرف کننده یا غیر آن (مستنبط از مواد ۳۵ و ۴۳ قانون تجارت الکترونیکی) دیدگاه دوم پذیرفته شدنی تر باشد. افزون بر این مطلب می‌توان گفت در برخی از موارد، استفاده از خدمات و پذیرش قرارداد به منزله‌ی آگاهی و پذیرش مفاد قرارداد نیز خواهد بود. البته، با وجود این در برخی حالات باید قایل به وجود استثنا شد و آن در مواردی است که طرفین اساساً حق درج شرط را نداشته باشند همچون حق انتخاب قانون حاکم بر قرارداد اگر طرفین قرارداد غیرایرانی نباشند (مستنبط از ماده ۹۶۸ قانون مدنی) و نیز هر گاه بحث حمایت از حقوق مصرف کننده و ناعادلانه بودن شرط یا قرارداد مطرح باشد. زیرا، همانگونه که پیشتر اشاره نمودیم بسیاری از قراردادهای ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی با مشترکینشان از جمله قراردادهای الحاقی هستند و در قراردادهای الحاقی به دلیل عدم وجود تعادل میان حقوق و تعهدات طرفین، احتمال در شروط غیرمنصفانه بسیار می‌رود و بر همین اساس بررسی موقعیت طرفین و میزان نقش آفرینی آنها در جریان آفرینش قرارداد بسیار حایز اهمیت به نظر می‌رسد. ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی مؤید دیدگاه ماست. این ماده می‌گوید: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و هم چنین اعمال شروط غیر منصفانه به ضرر مصرف کننده، مؤثر نیست».

نتیجه گیری

از پژوهش انجام شده نکات زیر قابل برداشت است:
ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی می‌توانند خود به ارایه محتوا در اینترنت بپردازند و یا تنها ارایه‌کننده خدماتی برای اطلاعات دیگران باشند. در هر دو صورت، بررسی موضوع مسئولیت آنها ارزشمند است.

پژوهشی تطبیقی پیرامون مسئولیت مدنی ارائه‌کنندگان.../۳۳

مسئولیت ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی چه در مورد اعمالی که منتسب به خود آن‌هاست و چه اعمال منتسب به دیگران مبتنی بر احراز تقصیر آن‌هاست. البته، از آنجا که حرفه‌ای که چنین اشخاصی بدان می‌پردازند ویژگی‌های خاصی دارد پیدایش مسئولیت حرفه‌ای آن‌ها خواه به خاطر بودن تعهدهای مندرج در قراردادهای خود با مشترکین و خواه به دلیل وجود پاره‌ای از تکالیفی که قوانین و مقررات بر عهده آن‌ها گذارده است، می‌تواند منجر به پیدایش فروض و یا امارات تقصیر علیه آن‌ها گردند و بنابراین، برا اثباتی را از دوش زیان دیده بر دارد.

نظام کنونی مسئولیت ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی در کشورهای عضو اتحادیه اروپا و ایالات متحده آمریکا، استرالیا، هند مبتنی بر عدم مسئولیت آن‌هاست. با این توضیح که آن‌ها در قبال فعالیت‌های زیان بار دیگران در صورت جمع شرایط مسئولیتی نخواهند داشت. البته، این نظام در نظام حقوقی اتحادیه اروپا در همه موضوع‌ها از مسئولیت مدنی گرفته تا مسئولیت کیفری اعمال می‌گردد در حالی که در دیگر نظام‌های حقوقی این نظام بیشتر در مورد نقض حقوق مالکیت معنوی بکار گرفته شده است.

بررسی نقش کاربران در جریان رویداد خسارت می‌تواند در شناسایی عامل اصلی ایجاد زیان و یا تقسیم ضرر مفید به فایده باشد.

از آنجا که قراردادهای ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی با کاربرانشان از جمله قراردادهای الحاقی هستند، شرطو این قرارداد باید به درستی به آگاهی کاربران رسیده باشد. با وجود این، شروط مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه در هر حال بلا اثر است.

فهرست منابع

فارسی

- ابهری، حمید، (۱۳۷۴) "تاثیر قوه قاهره در مسئولیت مدنی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی"، دانشگاه تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
- انصاری، محمدباقر، (۱۳۸۱) "مسئولیت مدنی رسانه‌های همگانی"، معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، چاپ اول، تهران.
- ابهری، حمید، (۱۳۸۶) "حقوق ارتباط جمعی"، انتشارات سمت، تهران.

۳۴ / فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال اول، شماره ۱، پاییز ۱۳۹۱

- صادقی، حسین، (۱۳۸۸) "مسئولیت مدنی در ارتباطات الکترونیک"، نشر میزان، تهران.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۸) "الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری"، جلد نخست، انتشارات دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۳) "قواعد عمومی قراردادها، اجرای عقد و عهدشکنی"، جلد چهارم، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- قسمتی تبریزی، علی، (۱۳۸۳) "اصل جبران کامل زیان در مسئولیت مدنی"، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، دانشکده حقوق علوم سیاسی.
- میری، حمید، (۱۳۸۸) "مسئولیت مدنی ارایه‌کنندگان خدمات اینترنتی"، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه مازندران، دانشکده حقوق علوم سیاسی، بهمن.
- نقیبی، سید ابولقاسم، (۱۳۸۶) "مطالعات تطبیقی ملاک ارزیابی خسارت در فرض تعدد اسباب ایراد خسارت در حقوق اسلامی"، فصلنامه علمی - پژوهشی حقوق و علوم سیاسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- آیین نامه تامین، توزیع و عرضه خدمات اینترنت و اینترنت ملی مصوب کمیسیون تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی مصوب ۱۳۸۵.
- آیین نامه ساماندهی پایگاه‌های اینترنتی ایرانی مصوب جلسه مورخ ۱۳۸۵/۵/۲۹ هیات وزیران.
- آیین‌نامه ساماندهی رسانه‌های دیجیتال و توسعه فعالیت‌های فرهنگی دیجیتال مصوب ۱۳۸۹
- آیین نامه واحدهای ارایه‌کننده خدمات اطلاع رسانی و اینترنت (آوا ISP).
- قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲.
- قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸.
- قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹.
- قانون حمایت از حقوق پدید آورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای مصوب ۱۳۷۹.
- مقررات و ضوابط شبکه اطلاع‌رسانی رایانه‌ای شورای عالی انقلاب فرهنگی مصوب ۱۳۸۰.

- Australian Communication Authority. (1998) “**Limits on Tort Liability**”, November, Available at: http://www.acma.gov.au/webwr/aca_home/publications/reports/reports/tortrpt.pdf.
- Baistocchi, Pablo Asbo. (2002) “**Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce**”, Computer and High Technology Law Journal, Vol.19.
- Braman, Sandra and Stephanie Lynch. (2003) “**Advantage ISP: Terms of Service as Media Law**”, New Media & Society, Vol. 5, Number 3.
- Carle and Henry H.Perritt, Jaye. (2006) “**Civil Liability on the Internet**”. Gpsolo Magazine, January/Fabruary.
- Chueh Chih Yen, Alfred. (2000) “**Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringment, Enterprise Liability and The first Amendment**”, Research Paper No. 2000, Boston College Law School, September 5.
- Colston, Catherine and Kirsty Middleton. (2005) “**Modern Intellectuall Property Law, Cavandish Publicating**”, Second Edition.
- Deturbide, M. (2000) “**Liability of Internet Service Providers for Defamation in the US and Britain: Same Competing Interests, Different Responses**”, the Journal of Information, Law and Technology (JILT), on 31 October.
- Economides, Nicholas. (2005) “**The Economics of the Internet Backbone**”, New York University, Law and Economics Research Paper Series Working Paper No. 04-033, available at: <<http://ssrn.com/abstract=61358>>.
- Elliott, Catherine and Frances Quinn. (1999) “**Tort Law**”, Longman, Second Edition.

-
- Freedman & Robert j.c Deane. (2001) “**Internet Law Handbook**”, Borden Ladner Gervais LLP.
 - Frieden, Rob. (2009) “**Invoking and Avoiding the First Amendment: How Internet Service Providers Leverage Their Status as Both Content Creators and Neutral Conduits**” (June 1), Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=142513>>.
 - Geist, Michael. (2006) “**Uk Court Rules on ISP Liability**”, March, Retrieved from the World Wide Web (last visited 2009), available at: <http://www.Matrixstream.com>>.
 - Happer, Jim. (2005) “**Against ISP Liability, Do ISPs have a duty to protect the world?**” Telecommunications & Technology Journal, Regulation Spring.
 - Harpwood, Vivienne. (2005) “**Modern Tort Law**”, Routledge-Cavendish; First Edition.
 - Hedley, Steven. (2006) “**Tort**”, Oxford University Press, 5th Edition, New York.
 - Keating, Gregory C. (2001) “**The Theory of Enterprise Liability and Common Law Strict Liability**”, Vanderbilt Law Review, Vol.54:3.
 - Kelly, John X. (2007) “**ISP Liability**”, Overview, JISC Legal, 23 November, Retrieved from the World Wide Web (last visited 2008) Available at: <<http://www.jisclegal.ac.uk>>.
 - Law Society of Irland. (2004) “**Information Technology Law Professional Practice Guide**”, Routledge-Cavandish, Febury.
 - Lichman, Douglas and William Landes. (2003) “**Indirect Liability for Copyright Infringement an Economic Prospective**”, Harvard Journal of Law & Technology, Vol.16, Number 2, Spring.
 - Mann, J.and Seth R.Belzley ,Ronald. (2005) “**The Promise of Internet Intermediary Liability**”, the University of Texas School of Law, No.045, April.
 - Mercurio.Bryan. (2002) “**Internet Service Provider Liability for Copyright Infringements of Subscribers: A comparison of the**

American and Australian Efforts to combat the Uncertainty”,
E Law/Murdoch University Electronic Journal of Law-Copyright
Policy, December.

–

- Riley, M. Chris and Ben Scott. (2009) **“Deep Packet Inspection: The End of the Internet as We Know It?”** Free Press, March 22.
- Samtani, Anil. (2004) **“The Limits of Liability of Network Service Providers”**, Available at:
<<http://www.ieid.org/congreso/ponencias/Anil,%20Samtani.pdf>>
- Schruers, Matthew. (2002) **“The History and Economics of ISP Liability for Third Party Content”**, Virginia Law Review, Vol.88, No.1, March.
- Schwaback, Aaron. (2006) **“Internet and the Law: Technology, Society, and Compromises”**, ABC-CLIO, Inc., United States of America.
- Spier C., Van Bar, D. B. Dobbs, K. D. Kermear K. Roussos, H. Kaziol, A. Von Oevelen, W.R. Rogers, G. viney, P. Widme. (1996) **“The Limit of Liability, Keeping the Foodgate Shut”**, Kluwer Law International, Netherland.
- Taipale, K.A. (2003) **“Secondary Liability on the Internet: Towards a Performative Standard for Constitutive Responsibility”**, February 2003 v.1.01C CAS Working Paper Series No.04-2003, Available at:
<<http://www.advancedstudies.org/papers/SecLia.pdf>>.
- Von Bar, Christian. (2009) **“Non-Contractual Liability Arising Out of Damage Caused to Another”**, Sellier European Law Publication, Munich.
- Wittliff, W.Reid. (2003) **“Hacking and Liability Issues when Does Liability Attach?”** Graves, Dougherty, Hearon & Moody.
- Australia Digital Agenda Act 2000.
- Directive 2000/31/EC on Electronic Commerce.

۳۸ / فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال اول، شماره ۱، پاییز ۱۳۹۱

- Directive 98/34/EC on Information in the Field of Technical Standards & Regulations Directive as Amended by Directive 98/48/EC On Information in the Field of Technical Standards & Regulations Directive Amending Directive 98/34/EC.
- Texas Computer Crimes Act 2006.
- U.S.Communication Decency Act 1996.
- U.S.Digital Millennium Copyright Act 1998.