

Applicable Rules for Regulating Relationships Between Individuals on the Internet

 **Abdollah Rajabi**

Assistant Professor, Department of Private
Law, Farabi Campus, University of Tehran,
Tehran, Iran.
Email: rajabya@ut.ac.ir

Abstract

Some believe that, if we aim to regulate social relations on the Internet, we should simply leave it alone to reach equilibrium; then regulations such as the economy and technical powers will regulate it. However, some oppose leaving this area uncontrolled and believe that problems arising from human relationships cannot be overcome with this approach. It must be subject to legal norms. These norms can either be derived from existing legal traditions or may require the establishment of new rules. Additionally, these norms can be enforced at either domestic or international levels. Because of the connection between criminal and public law issues and the sovereignty of countries, there must



Journal of Research and
Development in Private Law

Iranian Law and Legal Research
Institute

Vol. 2 | No. 3 | Spring and
Summer 2025
(Original Article)

www.jpl.illrc.ac.ir

DOI:
10.22034/jpl.2025.721265

definitely be a territorial rule. Furthermore, if we consider dispute resolution to be a role for law, judicial authorities require the determination of judicial and legal jurisdiction in any case. The most effective approach to accomplish this task is to adopt the effect theory and recognition the most relevant action to the legal system.

Keywords: Internet Regulation, Economic Analysis of Law, Structural Power, Legal Traditions, Legislation, Effect Theory



قواعد حاکم بر تنظیم روابط اشخاص در اینترنت

عضو هیأت علمی گروه حقوق خصوصی دانشکدهان فارابی دانشگاه
تهران، تهران، ایران

Email: rajabya@ut.ac.ir

عبداله رجبی



دوفصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق خصوصی

پژوهشکده حقوق و قانون ایران

دوره ۲ | شماره ۳ | بهار و تابستان ۱۴۰۴

(مقاله پژوهشی)

www.jpl.illrc.ac.ir

DOI:

10.22034/jpl.2025.721265

چکیده

روابط اجتماعی موجود در اینترنت را اگر بخواهیم تنظیم کنیم، به نظر گروهی، تنها بایستی آن را به حال خود رها کنیم تا به تعادل برسد؛ آنگاه قواعد حاکم بر عرف، شامل اقتصاد و قدرت فنی موجود در اینترنت، آن را تنظیم می‌کند. اما گروهی مخالف رها کردن این فضا هستند و بر این باورند که نمی‌توان با این رویکرد، بر مشکلات ناشی از روابط بشری پیروز شد. بایستی آن را تابع هنجارهای حقوقی قرار داد. این هنجارها ممکن است از سنن حقوقی ناشی شود یا اینکه نیازمند قاعده جدید باشد؛ همچنین، ممکن است حقوق داخلی یا بین‌المللی بدان اقدام کند. در زمینه حقوق کیفری و عمومی، به دلیل ارتباط با حاکمیت کشورها، قطعاً

بایستی قاعده سرزمینی داشت. همچنین، اگر نقش حل اختلاف برای حقوق قایل باشیم، در هر حال، مراجع قضایی نیازمند تعیین صلاحیت قضایی و قانونی هستند. بهترین روش برای این کار، پذیرش نظریه اثر و شناسایی بیشترین ارتباط اقدام با نظام حقوقی است.

کلیدواژه‌ها: تنظیم اینترنت، تحلیل اقتصادی حقوق، قدرت ناشی از ساختار، سنن حقوقی، قانونگذاری، نظریه اثر



مقدمه

زندگی، امروزه چهره متفاوتی یافته و بشر با فناوری‌های گوناگون در عرصه‌های ارتباطی و زیستی و هوش مصنوعی و... روبروست. اما شاید نتوان هیچ‌یک را به اندازه اینترنت و فضای ارتباطی مجازی مهم دانست. چرا که بخش بزرگی از روابط انسان بدان کوچ کرده و در نتیجه، بیش از هر فناوری موجود در میان انسان‌ها فراگیر شده است؛ به قدری که گویی سالیان دراز آشناست. از این رو، باید گفت که عرصه‌ی اینترنت، نوپا و در عین حال، اثرگذار است و به قدری در میان انبای بشر نفوذ کرده که زیستن بدون آن ناممکن شده است.

برای همین، باید پذیرفت که ابعاد اینترنت، محدود به جنبه‌های فنی آن نیست و ابعاد اجتماعی و انسانی وسیعی دارد که باید مطالعه کرد. اهمیت اینترنت باعث شده هر یک از ذینفعان اجتماع سهمی از آن را طلب کنند و بخواهند که ابعاد تاریک آن را بکاوند یا دست کم، اثری هرچند کم، بر آن بگذارند. دولت‌ها، به همین دلیل، به اندیشه‌ی اداره‌ی این فضای مملو از روابط انسانی رسیده‌اند و ضرورت اعمال قدرت برای‌شان روشن و حتمی است. هر حاکمیتی، به قدر توان، در پی دست‌اندازی بر آن و تصرف این فضا است. نمونه، صاحبان قدرت و ثروت، برای تبعیت افراد بیشتر، اقدام به ایجاد شبکه اجتماعی، جهت مبادله عقاید و اطلاعات کرده و یا آن را هدایت می‌کنند و دولت‌های دیگر نیز در مقابله با آن، اقدام به ایجاد ارتش سایبری کرده یا به انسداد درگاه‌های ورود به این فضا دست می‌زنند تا بلکه بتوانند با اقدامات متقابل، نقشی را در این دنیای بس آزاد و رها، ایفا کنند. پس، نباید اهمیت دنیای مجازی و فناوری شبکه‌های رایانه‌ای را انکار کرد.

از میان‌گرایش‌های فکری بشر، اقتصاد و فرهنگ و مذهب، هریک نقشی بر شبکه مجازی بسته‌اند و اقتصاددانان به درآمدهای حاصل از آن می‌اندیشند و اندیشمندان فرهنگی به آثار اخلاقی و اجتماعی اینترنت کار دارند و مذهب‌یون به ایمانی که باید در این فضا حفظ شود. اما می‌ماند حقوق؛ حقوق در قیاس با نقشی که در دنیای واقعی دارد، هنوز در ابتدای

راه است و نتوانسته بر این لوح سفید، نقش درخوری نگارد و جامعه‌ی جامعه‌ی مدنی را بر قامت این شبکه‌ی جهانی بیوشاند. این تعلل، بخشی به دلیل پسینی بودن حقوق است که معمولاً پس از اتفاقات و با محافظه‌کاری، به احکام آن واقعه می‌پردازد و بخشی نیز به دلیل فقدان نظریات مبنایی حقوق است.

دغدغه‌ی اصلی این نوشته آن است که اگر به اندیشه تنظیم روابط موجود در فضای مجازی برسیم، آن را چگونه می‌توان تنظیم کرد و قوانین تا چه مقدار می‌تواند روابط فضای مجازی را اداره کند؟ نسبت حقوق داخلی با قوانین بین‌المللی و خارجی در چیست؟ قبل از آن، البته بایستی پاسخی برای پرسش‌های زیر داشت:

آیا اینترنت، از موارد دخالت دولت است؟ جزو بازار است یا فرهنگ؟ آیا اینترنت نیازمند قواعد حقوقی است؟ در حقیقت، روابط موجود در آن، برای جعل احکام حقوق، اصالت دارد یا خیر؟ و قواعد سنتی برای اداره این فضا کافی است؟ آیا بایستی با اینترنت همانند فضای حقیقی رفتار کرد یا خود دنیایی مجزا است؟

در مسیر پاسخ به این پرسش‌ها، البته چالش‌های بسیاری شکل گرفته و در آن، صاحبان فناوری در یک سو و صاحبان قدرت نیز، با همه اختلافاتی که درباره نحوه اداره جامعه دارند، در مقابل قرار گرفته‌اند. از سوی دیگر، اندیشمندان علوم انسانی و روابط اجتماعی نیز در پی کرسی نشاندن حرف خود هستند. با این همه، باید دید که رویه قضایی و دادگاه‌های موجود در کشورهای گوناگون در این باره چه گفته‌اند.

در اینجا، سعی می‌کنیم که با روش حقوقی، ابتدا به این مسایل مقدماتی پاسخ دهیم و بعد به مطالب مربوط به تنظیم این فضا بپردازیم. در این مسیر، سعی می‌کنیم که ضمن بحث از رویکردهای فوق، دلایلی را از آنها بیاوریم.

۱. مفاهیم مقدماتی

پیش از ورود به بحث تنظیم اینترنت، باید دانست که اینترنت چیست؟ اهمیت آن برای جامعه کدام است؟ آیا دسترسی به اینترنت جزو حقوق بشر است؟

در باب مفهوم اینترنت، باید گفت که منظور از آن، فضای مجازی یا سایبری است که هرکس بتواند در آن عضو شود. در حقیقت، هر فضای مجازی که به صورت شبکه باشد و این شبکه عمومیت داشته و جنس آن از داده باشد، اینترنت است. پس، از فضای مجازی رایانه و دستگاه‌های مشابه دیگر جداست؛ حتی اگر فضای درون این دستگاه‌ها را فضای مجازی بدانیم و حتی اگر شبکه خصوصی ایجاد کرده باشیم. وقتی از عمومیت اینترنت می‌گوییم، منظور آن است که بالقوه همه افراد جامعه بتوانند وارد آن شوند. پس، از طرفی، رایانه و شبکه‌های خصوصی و خاص رایانه‌ای از مفهوم اینترنت جدا می‌شود و از طرف دیگر، آنگاه معنای اینترنت محدود به اینترنت جهانی نخواهد شد و شبکه‌های عمومی درون یک کشور را نیز در بر می‌گیرد.

در باب اهمیت اینترنت، باید گفت که این مهم به اندازه‌ای روشن و هویداست که نیاز به توضیح ندارد و این بدها، میزان اهمیت آن را هم می‌رساند. امروز، تقریباً هر کار اجتماعی بدون اینترنت دشوار و حتی ناممکن است. در کنار این، اینترنت وسیله‌ی مناسب اعمال اصل آزادی عقیده و بیان موجود در قانون اساسی است. بنابراین، محدودسازی آن ممکن است مخالف حقوق اساسی باشد. از طرف دیگر، وسیله اخلال در نظم عمومی و داخلی کشورها و ابزاری برای تجارت و رشد اقتصادی آن‌هاست. پس، باید نگاه همه‌جانبه بدان داشت.

شیوه تنظیم اینترنت بستگی به نیاز انسان‌ها و نیز درک اشخاص از نقش حقوق دارد. ممکن است حقوق را وسیله اداره (مهندسی) اجتماع بدانیم و بگوییم که در هر عرصه از زندگی اجتماعی بدان نیازمندیم یا نظر مخالف داشته و حقوق را تنها ابزار حل اختلاف

تلقی کنیم که در مواقع بحران سخن برای گفتن دارد. در جهت تنظیم اینترنت، آنگاه بنا به رویکردی که درباره کارکرد حقوق داریم، ممکن است هر رفتاری را که در فضای مجازی مخالف آن باشد، نادرست بدانیم و قایل به اداره رفتارهای مجازی اشخاص باشیم یا اینکه حقوق را تنها در مواقع اختلاف، مثل اختلافات ناشی از ورود زیان به کاربران یا نقض عقود کارآمد تلقی کنیم و در غیر این موارد بدان مراجعه نکنیم.

از این گذشته، ممکن است حقوق را تجسم‌بخش عرف و اخلاق و مذهب بدانیم یا اینکه برای آن اصالت قایل شویم (ر. ک. بادینی، ۱۳۸۵: ۱). یعنی، ممکن است حقوق را روبنا تلقی کنیم و تنها نقشی برای آن قایل شویم که سایر نهادهای اجتماعی مثل اقتصاد و سیاست بدان بخشیده‌اند. همچنین، ممکن است حقوق را اصیل بدانیم و ادامه زندگی اجتماعی را بدون آن، ناممکن تلقی کنیم.

بر این پایه، مهم‌ترین پرسش آن است که برای تنظیم روابط اشخاص، قانونی حاکم باشد یا خیر؟ اساساً اگر قصد تنظیم عامدانه روابط را داشته باشیم، تنها مسیر آن از راه قانونگذاری می‌گذرد یا روش‌های دیگری هم هست؟ سپس، باید اندیشید که اگر نیاز به قانون باشد، قوانین سنتی کافی است یا باید قانون جدید تصویب کرد؟

روی هم رفته، در عرصه اینترنت، امروزه چهار روش برای تنظیم روابط موجود در فضای مجازی هست: قانون و هنجار، بازار و ساختار. این چهار روش را به دو دسته سنتی و جدید تقسیم می‌کنیم. آنگاه ممکن است نیاز به قانون داشته باشیم یا اینکه بگوییم نقش حقوق را نهادهای دیگر بر عهده گرفته‌اند. بنابراین، به صورت عام، در برخورد با وقایع خارجی، به ویژه در موضوعات مربوط به روابط اجتماعی، می‌توان دو رویکرد عمده داشت که در زیر بررسی می‌کنیم: رهاسازی فضای مجازی و قانونی کردن آن فضا.

۲. رویکردهای اداره بدون قانون فضای مجازی

روش‌های جدید نادیده گرفتن دستور و قانون، از روش‌هایی است که امروزه درباره تنظیم دنیای مجازی مطرح می‌شود؛ هرچند نظریات مبنایی آن چندان جدید نیست.

الف. دلایل موجهه فضای بدون قانون

از نظر پیروان این روش، بایستی اتفاقات اجتماعی را به حال خود رها کنیم تا به تعادل برسد و به گونه‌ی معقول و با عنایت به سنن و خواست اجتماعی تنظیم شود.^۱ از جمله، برخی حقوق‌دانان، اعلامیه استقلال فضای سایبری را تهیه کرده‌اند (Uerpmann-Witzack, 2010, 1256)؛ در گوشه‌ای از این اعلامیه خطاب به گروه کشورهای صنعتی آمده «از طرف آینده، از شمای گذشته می‌خواهم که ما را تنها بگذارید؛ شما برای آنچه ما ایجاد کرده‌ایم، حاکمیت ندارید...» (Davidson, 2012, 14).

در بیان مبنایی این روش، می‌توان به مکاتب سنتی حقوق، مثل مکتب تحقیقی اجتماعی یا تاریخی حقوق مراجعه کرد و گفت که عرصه اینترنت عرصه حقوق نرم^۲ است؛ قواعد خود تنظیم^۳ نیز اشاره به این نوع حقوق دارد که می‌توان به دلیل پذیرش گروه‌ها یا افرادی که فاقد قدرت حاکمیتی هستند، نام حقوق غیر رسمی را به آن داد (Weber, 2012, 5)؛ اگر بخواهیم این احکام را تشریح کنیم، دارای سه ویژگی است: الف. از منظر فرآیند تصویب غیر رسمی‌اند؛ یعنی، مطابق فرآیند معاهده به تصویب نمی‌رسد؛ ب. از منظر بازیگران، غیر رسمی‌اند؛ چرا که نمایندگان دولت‌ها حضور ندارند؛ ج. از منظر نتیجه، غیر رسمی‌اند؛ یعنی، غیر الزام‌آورند (Weber, 2012, 5). در واقع، شهروندان^۴ این دهکده جهانی خواسته‌اند

^۱. این نگاه‌ها است که در رویکردهای نئولیبرال، طرفداران بسیاری دارد (Von Hayek, 1982: 69).

^۲. Soft Law

^۳. Self-regulation Mechanism

^۴. Netizen

که دیوارهای آن را به رنگ دلخواه خود درآورند و بایستی به آن احترام گذاشت (Schultz, 2008, 804).

گروه دیگر اعتقاد دارند که این نظم خودجوش، ریشه در تمدن بشری دارد؛ همچنان که زبان انسانی، بدون طرح اولیه و در روابط بشری و هوش تدریجی اجتماع و نتایج رفتاری شکل گرفته، حقوق فضای مجازی نیز خود می‌تواند چنین باشد (Davidson, 2012, 18). ایشان فضای مجازی را با غرب وحشی مقایسه می‌کنند و اینترنت را محصول نظم اتفاقی می‌دانند؛ چنانکه در آمریکا نیز حکومت و قانونی وجود نداشت و سپس، ایجاد شد (Davidson, 2012, 16).

بر این پایه، در تعیین و اعمال قاعده بر فضای اینترنت، دو گروه مخالف هست: گروهی که در پی رهایی‌آند و گروهی که دنبال دربند کردن اینترنت هستند. برخی بر این هستند که اینترنت بایستی به حال خود رها شود تا قاعده‌مند شود. به نظر بسیاری از متخصصان فضای اینترنت، دولت‌ها حق اخلاقی دخالت در ذهن کال بشر (اینترنت) را ندارند و نمی‌توانند آن را محدود کنند. پس، شاید که تغییر لحن این فضا و پوشانیدن ردای دلخواه، با ذات و سرشت آن نخواند یا زمان ببرد.

همچنین، به نظر گروهی، در کنار اینکه دخالت خارجی در فضای مجازی مانع جریان آزاد اطلاعات بین میلیون‌ها انسان است (Davidson, 2012, 16)، اصل آزادی افراد، حاکمیت‌های معتقد بدان را وامی‌دارد که از قاعده‌گذاری پرهیز کنند. چرا که قاعده محدودسازی آزادی افراد است. پس، باید دنبال دلیل متقنی برای اعمال قواعد حقوق در اینترنت بود.

از این گذشته، 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، ذینفعان و کاربران بسیاری در این فضا هست که هر یک برنامه، اثر و تأثرات خاصی دارد و عرف‌ها و رویه‌های آن از فعل و انفعال انسانی حاصل

می‌شود، نه فرمان او (Davidson, 2012, 12). در این دنیا، روابط مجازی انسان منطبق با عرف و روابط عادی شکل گرفته است؛ یعنی، همان روابط واقعی، شامل عرف و اخلاق را می‌توان در دنیای مجازی یافت و حتی به گونه‌ای آسان‌تر نیازهای خویش را برطرف ساخت. 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 (Lessig, 2009, 2). اصولاً دولت توان هدایت آن را ندارد؛ در واقع، دولت تهدید می‌کند، اما رفتار هدایت نمی‌شود؛ پس، قانونگذاری نیز اثر واقعی ندارد (Lessig, 2009, 3).

با این همه، و برای حل این مشکلات، برخی برای نظم دادن به این بی‌سرو سامانی، باور دارند که می‌توان بر اساس هنجارهای اجتماعی و تلاش‌های گروه‌های خاص اقدام کرد. یعنی، در مراحل اولیه شکل‌گیری اینترنت، تنظیم روابط آن با مجموعه‌ای از هنجارهای اجتماعی با نام «قواعد ارتباطات اینترنتی»^۱ تحقق می‌یابد که خود جامعه و تحت تأثیر فشار اعضا، آن را اجرا می‌کند (Kulesza, 2013, 158). ابهام در این گروه‌ها و قواعد اجتماعی و نظر به واقعیت، البته ما را بر این می‌دارد که به از اوضاع واقعی چشم‌پوشیم و سهم اقتصاد و قدرت را نادیده نیاگیریم.

ب. روش‌های بدون قانون تنظیم فضای مجازی

به نظر بسیاری، رفتارهای انسانی، همانند دیگر شیوه‌های کنش اجتماعی، با هنجارها و عرف اجتماعی تنظیم می‌شود. ممکن است برخی اعمال از جانب قانون منع شود، اما از جانب معیارهای ذاتی کاربران اینترنتی تنظیم شده و سبب شود عامل آن از جامعه مربوطه اخراج شود.

^۱. Netiquette

رویکردهای بدون قانون مدیریت فضای مجازی (موضوعی) را می‌توان در دو امر خلاصه کرد: قدرت و اقتصاد. پس، ممکن است از قواعد بازار و منطق آن کمک بگیریم و فضای مجازی را به اقتصاد بسپاریم یا اینکه قدرت را دخیل در امر تلقی کنیم. این روش‌ها که ناظر بر دیدگاه بدون حقوق است، به اقتصاد و قدرت ساختار اصالت می‌دهد. دیدگاه فنی که موضوعات فضای مجازی (عرف، اقتدارهای سیاسی و اقتصادی و ساختار فنی) را برای نظم‌دهی و ایفای نقش حقوق کافی می‌داند:

نخست: منطق اقتصادی بازار

در ابتدای بحث، ممکن است پرسیم که چرا اینترنت را از نظر اقتصادی اداره می‌کنیم؟ در پاسخ باید گفت که چون حقوق علم اصیلی نیست و همه قواعد آن مبتنی بر اقتصاد است و با حذف قواعد حقوق و ابتدای آن بر اقتصاد می‌توان جامعه را اداره کرد (ر. ک. بادینی، ۱۳۸۵: ۴۰). امروزه اقتصاد به همه عرصه‌های زندگی نفوذ کرده و به روابط اجتماعی و انسانی گره خورده است. در حقیقت، رفاه و ثروت در زندگی کنونی نقش اساسی دارد و می‌بایست در هر تصمیم خود آن را هم به حساب آوریم. پس، برای بهینه‌گی جامعه، بهتر است به قواعد اقتصادی تکیه کنیم و از منظر آن، مسایل حقوق را پیگیری کنیم.

تحلیل‌های اقتصادی مبانی حقوق را تشکیل می‌دهد و در واقع، نگاهی که اقتصاد به جامعه دارد این است که واکنش افراد خصوصی و عمومی را به احکام و نهادهای حقوقی تشریح و پیش‌بینی کرده و بیان می‌کند که قاعده چه تأثیری بر افراد دارد؛ آنگاه می‌توان با احکام، جامعه را هدایت کرد (Cooter & Ulen, 2011: 9). پس، باید اول واکنش افراد را پیش‌بینی کرد و بر اساس واکنش افراد و نهادها، قاعده گذارد تا بتوان رفتار انسان‌ها را در جامعه تنظیم کرد.

در فضای مجازی نیز، در کنار قاعده‌مندسازی از طریق هنجارهای اجتماعی، بازارها با نوعی شیوه رفتار اینترنتی قاعده‌مند می‌شود. درحالی‌که بازارهای اقتصادی تأثیر اندکی

بر بخش غیر تجارتي اینترنت دارد، اینترنت محل فروش مجازي اطلاعات را ايجاد کرده است و اين اطلاعات هرچيزي را از ارزيابي تطبيقي خدمات تا ارزيابي سنتي سهام تحت تأثير قرار داده است. به علاوه افزايش محبوبيت اينترنت به عنوان وسيله معاملتي همه اشكال فعاليت تجارتي و به عنوان محلي براي تبليغات، قانون عرضه و تقاضا را به فضاي مجازي کشانیده است.

در تفاوت نگاه اقتصادي با نگاه حقوقي، بايد گفت که اقتصاد از اين نظر با ماهيت حقوق مخالف است که حقوق اصولاً نگاه دستوري و هنجاري به روابط دارد (Cooter & Ulen, 2011: 62). حقوق ساليان سال عادت کرده که دستور بدهد و در واقع هنجارها را مشخص می کند و اگر افراد از اين هنجارها سريپيچی کردند، آنها در برخي از مکاتب حقوقي ضمانت اجرا داشته باشد ولي می بينيم که اقتصاد اين نگاه را ندارد.

در کنار اين، منطق حقوق جنبه درمانی دارد. يعني حقوقدانان منتظرند که دعوايي بيافتند و آن را حل و فصل کنند؛ مثلاً اگر الف به ب خسارت بزند، حقوقدانان بر آنند که چگونه جبران شود. منطق اقتصادي، اما پيشگيرانه بوده و دنبال آن است که اصولاً دعوا بوجود نيايد. چرا که اقامه دعوا و پرداخت خسارت و... مستلزم صرف هزينه است. از اين رو، منطق اقتصادي از قبل، به جای درمان، پيشگيري می کند که هزينه ای ايجاد نشود. بر اين پايه، مهم ترين تفاوت منطق حقوقي و اقتصادي در آن است که حقوقدان به گذشته توجه دارد (Ex Post Analysis)؛ يعني تحليل ناظر به گذشته و بيشتر به ضمانت اجرا نظر دارد؛ اما اقتصاددان نگاه به آينده دارد (Ex Ante Analysis)؛ او می خواهد بداند که در آينده چکار کنيم که حقوق کارا و کارآمد شود؛ او می گوید چه قواعدی را بايستی تصويب کرد تا آينده بهتری داشته باشيم؛ تحليل او ناظر به آينده است و بيشتر به انگيزه ها کار دارد (Incentive Analysis)؛ يعني سعی می کند قواعدی تنظيم کند که ترغيب کننده باشد (see. Veljanovski, 2009, 8). پس، حقوقدان می خواهد بداند که آیا عملی در گذشته خلاف بوده

است یا خیر؛ دغدغه حقوق، درمان درد و حل و فصل اختلافات ناشی از رفتار گذشته است؛ اما نگاه اقتصادی پیش‌بینی رفتار آیندگان و پیشگیری از آن است. برای مثال، در تصادف رانندگی، هدف اصلی حقوق دانان یافتن مقصر است؛ چه تقصیر مفهوم اخلاقی داشته باشد یا مفهوم اجتماعی؛ هدف اصلی حقوق، جبران خسارت وارد شده، از طریق بار کردن مسئولیت جبران خسارت بر مقصر است؛ اما اقتصاددان اینگونه نمی‌اندیشد و می‌گوید با رخداد تصادف، هزینه‌ها تمام شده و نایبستی معطل آن ماند؛ او به آینده نگاه می‌کند و می‌خواهد کسی را مقصر بداند تا در آینده رفتار وی اصلاح شود:

الف. حقوقدان به راه حل کار دارد؛ راه حل مشکلات ناشی از اعمالی که در گذشته انجام گرفته و اکنون سبب ایجاد اختلاف شده است؛ پس، منطق حقوقدان حل اختلافات است؛ اما اقتصاددان پیشنهاد می‌دهد و برای آینده‌ای بهتر راهکار ارائه می‌کند.

ب. حقوقدان به جنبه قضایی مسئله توجه دارد؛ ولی اقتصاددان با جنبه علمی آن کار دارد. برای اقتصاددان، گذشته تمام شده و جزو هزینه‌هاست و نمی‌توان بابت آن هزینه بیشتری کرد؛ اما برای حقوقدانان، گذشته تمام نشده و بایستی گذشته را دوباره واکاوی و مسأله را حل کرد. برای همین، حقوق سنتی علاقه به تحلیل اقتصادی ندارد؛ فلذا می‌خواهد راه حل‌ها را پیدا کند و به حل و فصل اختلاف بپردازد. اقتصاددان اما اینگونه نیست و می‌خواهد پیشنهادی را بدهد که در آینده، راه صحیح‌تر انتخاب شود.

با این همه، حقوق و اقتصاد در جایی منطبق می‌شود؛ یعنی، در این نقطه، هدف مشترک دارند که آن نقطه «بازدارندگی در حقوق» است. توضیح اینکه، در حقوق جزا و گاه در مسئولیت مدنی، تئوری به نام بازدارندگی هست، که منطق حقوقی را با منطق اقتصادی یکی می‌کند. به عبارت دیگر از نظر اقتصاددان، بازدارندگی تحلیل ترغیب‌گونه است؛ اینجاست که می‌توان گفت تحلیل‌های حقوقی با تحلیل‌های اقتصادی منطبق است؛ چرا که حقوق هم وسیله‌ای برای بازدارندگی از فعالیت‌های نادرست و نیز ترغیب فعالیت‌های

سودمند است. نتیجه اینکه، هرگاه حقوق به دنبال هدفی باشد که برای افراد، نهادها و حقوقدانان و... مشوق‌هایی را بوجود آورد که رفتار خود را تغییر دهند و برای آنها ایجاد انگیزه کند، در آن صورت حقوق با اقتصاد منطبق است.

قانونگذار نیز وقتی به قانونگذاری می‌پردازد، به آینده نظر دارد؛ اما نمی‌توان گفت که این مرحله‌ای از تحلیل حقوق است. قانونگذاری مرحله تشخیص مصالح هست؛ اقتصاددان، سیاست‌مدار، فقیه و... قانونگذاری می‌کنند و کار حقوقدان وقتی شروع می‌شود که قانونگذاری تمام شود و بخواهد اجراء یا تفسیر شود.

دوم: ساختار اینترنت و منطق قدرت

این روش مرتبط با معیارهایی است که چگونه می‌توان اطلاعات را از راه اینترنت انتقال داد. هرچیزی شامل نرم‌افزار فیلترینگ تا برنامه‌های رمزگذاری در این دسته از تنظیم قواعد قرار می‌گیرد.

در واقع، به نظر ایشان، ضرورت دارد که اینترنت خود به تنظیم احکام راجع به خود بپردازد و به جای تبعیت از قوانین کشور خاص، شهروندان اینترنت از قوانین نهادهای الکترونیکی مثل شرکت خدمات اینترنتی تبعیت کنند. شهروندان اینترنتی با گذرواژه و نام کاربری خود شناخته می‌شوند.

گروه اخیر که قدرت را در ساخت اینترنت می‌بینند، سخن نسبتاً جدید و غریبی را بیان می‌کند. در واقع، سخن ایشان نه مبتنی بر قانون داخلی و بین‌المللی و نه مبتنی بر عرف است، که با ساختار خاص اینترنت، به ویژه ساختار فنی آن سر و کار دارد:

به نظر طرفداران ساختار فنی اینترنت، بایستی از مقررات تفسیر موسع‌تر داشت و از همه مهم‌تر، به قانونگذاری توجه داشت که اخیراً و با ایجاد فضای مجازی در دنیای انسانی فعال شده است (Lessig, 2009, 5). 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 رفتار را هدایت می‌کند که کد قانونی چنین می‌کند؛ برای نمونه، فضای مجازی بر فناوری تکثیر همان اثر را دارد که قدرت قانون بر تکثیر غیر مجاز (Davidson, 2009, 21). پس، 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؛ می‌توان بر هنجارها تاثیر نهاد و اینترنت را اداره کرد؛ از جمله، با افزایش انگیزه‌های مالی افراد، آنان را ترغیب به عمل خاصی کرد تا تشویق به امور خیر شوند و از کارهای ناپسند بپرهیزند. بنابراین، کدهای رایانه‌ای قانون فضای مجازی است (Lessig, 2009, 5).^۱ در نتیجه، امروز که کشورها راجع به حاکمیت و اداره اینترنت اختلاف دارند، روش تنظیم و قاعده‌مند سازی 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 مسأله را تشریح کند، یکی از مصادیق و جلوه‌های بارز ساختار فنی اینترنت، یعنی 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. توضیح اینکه، ثبت علامت تجاری محدود به سرزمین خاص است و الزاماً در کشورهای دیگر به رسمیت شناخته نمی‌شود؛ مگر اینکه میان دو کشور قراردادی برای شناسایی باشد یا هر دو عضو کنوانسیون واحد ناظر به حمایت از علامت تجاری باشند. حال، هرگاه شخصی در اینترنت از علامت تجاری مشابهی^۲ استفاده کند که در مراجع ثبت علامت کشور دیگر ثبت شده باشد یا دو سایت از علامت تجاری واحدی

^۱. Lex Informatica

^۲. عنصر «تمایز» در تعریف علامت تجاری از اهمیت بسیار زیادی برخوردار است؛ چنانکه، قانونگذار ایرانی آن را در عناصر تعریف علامت وارد کرده است؛ در حقوق خارجی نیز علامت تجاری شبیه علامت پیشین یا درخواست علامت تجاری پیشین برای کالاهای مشابه، امکان ثبت ندارد (Bainbridge, 2004, 140).

استفاده کنند، آنگاه مشکلات افزون می‌شود؛ چرا که از یک سو اینترنت، جهانی و از سوی دیگر، علامت تجاری، سرزمینی است. در نتیجه، استفاده از علامت تجاری در فضای مجازی نقض حق تلقی می‌شود.

هرگاه در جامعه سنتی، با استفاده همزمان دو شرکت از علامت تجاری همسان، حق فکری نقض شود، اصولاً در فضای اینترنت، چنین امری تحقق نمی‌یابد؛ چرا که از نظر فنی، به دلیل انحصاری که در نام دامنه هست، نقض آن ممکن نیست؛ در واقع، در فضای اینترنت، بیش از یک نام دامنه از یک نام نیست.

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 (Lessig, 2009, 4). اما باید گفت که اینچنین نیست؛ در واقع، بخشی از ساختار فنی اینترنت به تشکیلات آن بازمی‌گردد؛ یعنی، این تشکیلات اداره اینترنت را در دست دارد و دست برتر را در ایجاد سایت‌ها و چگونگی تنظیم آن دارد؛ این شرکت‌ها، مثل شرکت تخصیص نام‌ها و اعداد اینترنتی،^۱ برخی وابسته به دولت‌هایی مثل ایالات متحده آمریکا هستند و برخی نیز خصوصی هستند. با این همه، از نظر لسیگ، دستان نامرئی^۲ فضای مجازی ساختاری را ایجاد می‌کند که مخالف ساختار اولیه آن است؛ این دستان نامرئی، اگرچه با فشار دولت و اقتصادی و تجارت ایجاد شده است، ساختاری را ایجاد می‌کند که اقدام به هدایت کامل می‌کند و احکام کارآمد را ممکن می‌سازد (Lessig, 2009, 4).

^۱ ICANN

^۲ Invisible Hands

نظریه ادم اسمیت در اقتصاد که بر اساس آن دستان نامرئی بازار را هدایت می‌کند:

سوم: نقد و بررسی روش‌های بدون قانون و هنجار

مدیریت اینترنت و تغییر رفتار کاربران در طی زمان، مخالفان بسیار دارد. در حقیقت، راه حل مسأله‌ی نبود سازکار قانونی و ناتوانی در تعیین قانون حاکم و دادگاه صالح، توسل به خود اینترنت نیست؛ چرا که پاک کردن صورت مسأله است و از این طریق، پاسخ مناسبی برای سوال قانون حاکم و دادگاه صالح بر رفتار اشخاص در اینترنت، نمی‌توان یافت؛ برای نمونه، معلوم نیست که هرگاه جرم یا تخلفی واقع شود، چه باید کرد. چرا که، این شیوه‌ها 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 (see. Veljanovski, 2009, 8).

تنها قدرت و اقتصاد محرک رفتار نیست؛ عقاید و تاریخ و فرهنگ نیز اثر دارد. بنابراین، ایراد تحلیل اقتصادی حقوق، بی‌توجهی به موضوعات دیگری است که از جهت دیگر برای مان مهم است؛ مثلاً منطق اقتصادی می‌تواند طرفدار برده‌داری باشد که بخش مهمی از اقتصاد جوامع را درگیر خود کرده بود. همچنین، در زندگی اجتماعی نباید نقطه آغاز تحلیل و حکم ما تنها فرد باشد. در حقیقت، مبنای انتخابی بستگی به این دارد که اقتصاد را از منطق جامعه ببینیم یا فرد. هرگاه فردی باشد، برده هم عضو جامعه است و از آنجا که فردیت دارد، صحیح نیست. اما اگر منافع اجتماعی در نظر باشد، شاید برده‌داری برای جامعه سودمند باشد. اقتصاد بدون رعایت اخلاق و عدالت، محتوای بدون شکل است که بایستی با نظام ارزش‌ها پیوند بخورد تا حقوق را تبدیل به جنگل نکند (Dworkin, 1980: 191)؛ چرا که جز این، هرکس هرآنچه بخواهد و قدرت اقتصادی داشته باشد، بدان می‌رسد. در برابر، اخلاق، انگیزه‌ای را برای انسان‌های امروزی ایجاد نمی‌کند. این هر دو مکمل حقوق است.

گذشته از مطالب مذکور، از مخالفان بی‌قانونی، آزادی‌گرایان نیز هستند؛ ایشان بر آنند که ساختارها ممکن است آزادی انسان را به دلایل ذیل محدود سازد:

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؛ به این توضیح که اقدام یا خودداری از امر ناپسند در فضایی که امکان انتخاب رفتار دیگری جز آنچه تحمیل شده وجود ندارد، دلیل خوب یا بد بودن رفتار نیست؛ چرا که وقتی مسئولیت معنا می‌یابد که اختیار و اراده باشد و هنگامی مسئول شناختن اشخاص رواست که آزادی رفتار داشته باشند (Tebbit, 2017, 158). از آنجا که ذات حقوق و ضمانت اجرای حقوق مبتنی بر اختیار انسان است، اگر اینترنت را کد گذاری 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 در این ساختارها، چنین شفافیتی نیست و این به معنای حاکمیت کسانی است که نه منتخب کاربران اینترنت هستند و نه لازم می‌دانند راجع به رفتار خود توضیحی بدهند و نه شفافیتی درباره این ساختارها وجود دارد (Kohl, 2009, 32)؛ امری شبیه حکومت مستبدان. بر این اساس، ایراد دیگر تغییر رفتار کاربران اینترنت از طریق تغییر ساختار فنی اینترنت، بیشتر با حقوق بین‌الملل و در سطح کلان و حاکمیت کشورها مرتبط است و متوجه کشورهای کمتر توسعه یافته، مثل کشور ماست. چرا که گرچه برخی اعتقاد دارند که امکان هدایت فضای مجازی وجود ندارد (Davidson, 2012, 24)، مدیریت فنی و تشکیلات اینترنتی در خدمت کشورهای پیشرفته و خواسته‌های ایشان است و این ممکن است هم از نظر اقتصادی و هم اجتماعی و فرهنگی به زیان کشورهایی مثل ایران باشد، که از نظر فنی قدرت تأثیرگذاری کمتری در فضای مجازی دارند. لذا در حالی که خودتنظیمی ممکن است ابزار مفیدی برای نظام‌مندی فضای اینترنت باشد، احتمال دارد با خطر سوءاستفاده

احتمالی از هنجارهای تدوین شده، مثل هدایت محتوای قابل دسترس، همراه باشد (Kulesza, 2013, 159).

سرانجام، هرگاه بپذیریم که اشخاصی به یاری توان فنی خود بتوانند از این طریق رفتار کاربران را تغییر دهند، تسلیم این شده‌ایم که اشخاص دیگر (دولت‌ها یا اشخاص عادی) در مقام دفاع وارد عمل شوند و خواسته خود را به شیوه دلخواه خود عملی سازند؛ یعنی به ماهیت فرامردنی اینترنت صحنه گذاشته و آن را عرصه خوددادگری تلقی کرده‌ایم. توضیح اینکه، خوددادگری متشکل از سه عنصر دفاع مشروع، اقدام از روی اضطرار و احقاق شخصی حق است که در عرصه‌های بدون قانون (شامل فضای مجازی یا در برخی موقعیت‌های اجتماعی، مثل حمایت از مالکیت فکری صاحب اثر و...) بروز می‌یابد (برای دیدن تعریف کامل و مصادیق حقوقی، ر. ک. رجبی، ۱۴۰۰، ۱۴۶).

نتیجه اینکه، ایجاد یا تغییر ساختار در کلیه عرصه‌ها 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 کرد. این جایگزینی از این جهت رد است که کامل نیست؛ چرا که تنها از طرح مشکل پیشگیری می‌کند، اما در صورت ایجاد مسأله، پاسخی برای آن ندارد. آنگاه است که احکام حقوق نقش بی‌بدیل خود را نشان می‌دهد؛ این نقش را در عرف، آنگاه که موضوع است و سپس تغییر ماهیت به احکام می‌دهد، می‌توان دید. پس، اینترنت نیازمند احکام برای تنظیم روابط است و الا شبیه عرصه‌های بی‌قانون است و اشخاص برای حفظ و اجرای حق، چاره‌ای جز دست زدن به اقدامات شخصی ندارند.

۳. مدیریت فضای مجازی با حقوق

حکم و دستور، مهم‌ترین شکل قاعده‌مندسازی است که در قالب قانون نوشته، نمود می‌یابد. دیدگاه حقوقی صرف، که فضای مجازی را نیازمند احکام (از نوع داخلی یا

بین‌المللی) می‌داند، بر آن است که باید به اداری اتفاقات و واقعه‌ی اجتماعی پرداخت. این روش سنتی دستور و قانون، از دخالت بسیار زیاد شروع می‌شود تا اینکه تنها محدود به برخی از ابعاد باشد.^۱ بنابراین، با بیان دلایل جدید بودن و ناتوانی سنت، این روش به استفاده از سنت حقوقی و به کارگیری حقوق جدید تقسیم می‌شود.

نخست: کفایت حقوق سنتی

نگاه سنتی به فضای مجازی، در نظریه‌ی مشهور قاضی آمریکایی درباره تمثیل معروف به حقوق اسب مبنا 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؛ پس، اینترنت تابع احکام سنتی است (see. Lessig, 1999, 502). از این رو، حقوقدانان بر این باورند که اینترنت شیوه جدید ارتباط است و همچنان می‌توان از طریق احکامی مثل عرف‌های بازرگانی و قواعد بین‌المللی راجع به فضاهای مشترک، مسایل آن را حل کرد (دبلفون، ۱۳۸۸، ۳۲)؛ مثلاً، می‌توان آن را فضای بین‌المللی چهارم در کنار مناطق منجمد نزدیک قطب جنوب، فضای ماورای جو و دریاهای آزاد دانست (نوری و نخجوانی، ۱۳۸۲، ۱۷۵).

باید دانست که نظم و آزادی، دو بال نگاه‌دارنده هر جامعه (خواه جامعه واقعی یا مجازی)، از خطر نابودی است و حقوق‌دان تنها در پی یافتن پی و بنایی است که با حال و هوا و محیط آن سازگار باشد؛ او نمی‌خواهد همانند صاحبان قدرت، آن را با چاشنی قدرت و سلطه آمیخته کند. آنگاه، حقوق همیشه جانب احتیاط را رعایت می‌کند و پس از سیاست، با اندیشه‌ای که گاه شکل تعلل به خود می‌گیرد، گام برمی‌دارد.

^۱. معمولاً جامعه‌گرایان و سوسیالیست‌ها طرفدار چنین رویکردی هستند.

^۲. برخی برای آن اصطلاح ویژه‌ای را پیشنهاد داده‌اند: Lex Electronica (see. Schultz, 2008, 803).

از سوی دیگر، تفاوت دنیای مجازی با دنیای واقعی در آن است که کاربران اینترنت تحت صلاحیت‌های مادی قرار دارند و موضوع قوانینی هستند که از حضورشان در اینترنت مستقل است. برای نمونه، قوانین گوناگونی در معاملات وجود دارد: قانون خریدار؛ قانون فروشنده و قانون سایت میزبان.

بر این پایه، از دید شریعت نیز، اگر بخواهیم نگاه کنیم، احکام ناظر به فضای مجازی متمایز از احکام فضای مادی نیست (عاملی، ۱۳۹۰، ۹). اگر بخواهیم برای فضای مجازی جعل قاعده کنیم، بهتر است که دنبال اعمال و توسعه احکام فضای مادی خود باشیم و آن را با قواعد شبکه مجازی انطباق دهیم.

دوم: نیاز به قاعده جدید

سهولت استفاده از فضای مجازی و اجتماع عظیم انسان‌ها، از فرهنگ‌های گوناگون در آن، ماهیت مشترک جهانی بدان بخشیده است؛ به گونه‌ای که قواعد موجود حقوقی که در دنیای واقعیت کشف یا گذارنده شده، پاسخ نیاز این دنیای نو را نمی‌دهد و توان تنظیم روابط آن را ندارد؛ بنابراین، این دنیا با همه شباهتی که به روابط موجود دارد، تفاوت‌های بنیادین هم دارد. پس ناچار باید حقوق دانی که موضوع مطالعه وی روابط و جوامع انسانی است، آن را از نگاه خود دور ندارد.

نگاه انسان دوران فضای مجازی اساساً متفاوت از سنتی است و باید احکام جدیدی برای این نگاه جدید جعل شود. هرچند که مجری و خواننده است که متن و حقوق را تفسیر می‌کند نه نویسنده قانون (نظریه مرگ مؤلف) و او باید آن را اعمال کند. چرا که نبود قواعد معلوم نیست که ما را به نتیجه برساند تفاسیر جدید از قواعد سنتی باعث تشتت آرا است.

از دلایل نیاز به قاعده‌گذاری در فضای مجازی، نادرستی سپردن کار به عرف و اقتصاد و قدرت است. منتها، اگر بخواهیم با نگاه سنتی به مسأله نگاه کنیم، بسیاری اتفاقات در این فضا افتاده که مبنایی در سنت ندارد. دنیای مجازی علی‌رغم شباهت به دنیای مادی،

تفاوت‌های بنیادین دارد؛ مثلاً از نظر فنی، فضای مجازی تحت تأثیر سرعت بسیار زیاد آن نسبت به روابط سنتی است؛ دسترسی دایم و همه‌جایی از ویژگی‌های این فضا است؛ بی‌زمانی و بی‌مکانی و نبود مرز خصلت دیگر اینترنت است؛ جهان واحدی که تفاوت‌های فرهنگی بسیاری در آن 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 (عاملی، ۱۳۹۰، ۳-۵)؛ بنابراین، بهتر است بگوییم که به کار بردن لفظ «فضا» انحراف است؛ چرا که حضور فیزیکی در آن معنا ندارد (Davidson, 2012, 12). از جنبه حقوقی، این تأثیر هم کمی است و هم کیفی؛ بدین شرح که برخی مسایل اینترنت اصولاً در گذشته و در عالم مادی وجود نداشته و اگر هم بوده، از نظر کمی تغییر یافته است (Kohl, 2009, 35, 38).

از مسائل حقوقی کیفی که معلول اینترنت و ناشی از ساختار و طراحی فنی آن است، دسترسی به صفحات سایت‌ها و شبکه‌های خارجی است؛ چنین پدیده‌ای در عین بروز مسایل جدید حقوقی، مشابه ندارد. مسأله کیفی دیگر، لینک‌دهی و جنبه‌های حقوقی ناشی از آن است (Kohl, 2009, 36)؛ در واقع، آیا صفحه اینترنتی می‌تواند در متن خود، عنوان و نشانی سایت دیگر را، بدون اینکه نقض حقوق آن سایت باشد، ذکر کند؟ مسأله کیفی دیگر، به‌روز کردن برنامه رایانه‌ای به صورت دوره‌ای در این فضا است؛ اگر بخواهیم این فعالیت را مشمول عوارض حقوقی کنیم، تردید داریم که آن را ارایه کالا بدانیم یا خدمت (Kohl, 2009, 36).^۱ سرانجام، یکی از دلایلی که اینترنت را از فضای مادی جدا می‌کند، شباهت و تمایز علامت تجاری و نام دامنه است (ر. ک. صادقی، ۱۳۸۸، ۲۱).

از نظر کمی نیز می‌توان تغییراتی را در روابط حقوقی دید که نشأت گرفته از وجود فضای مجازی است. عمده این تغییرات به واسطه سهولت ناشی از اینترنت است؛ از جمله، تبدیل

۱. مثلاً بخواهیم ماده ۲۸ قانون تأمین اجتماعی را اعمال کنیم.

ارتباطات فراملی از استثنا به اصل است (Kohl, 2009, 38)؛ 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 (صادقی، ۱۳۸۸، ۲۰-۲۱).

پیش از ورود به بحث، باید در نظر داشت که در پاسخ به سوالات فوق درباره حقوق عمومی و کیفری، مشکل کمتر است؛ چون کشورها اقدام به قانونگذاری جدید در موضوعات کیفری کرده و با نظر به نظریه اثر حاکمیت قوانین کیفری، تردیدی در اعمال مقررات داخلی خود ندارند. حقوق عمومی نیز از همین شیوه پیروی می‌کند. اما آنچه مبهم باقی مانده، روابط مدنی اشخاص است.

در عالم حقوق، اصل قانونی بودن جرم و مجازات، ما را بر آن می‌دارد که برای هر جرمی، قاعده‌ای باشد و این خود را در جرایم با موضوع اینترنت به خوبی نشان داده است. بنابراین، گرچه همه مباحث و روابط حقوق سنتی را می‌توان در فضای مجازی دید، به دلیل خاصیت اینترنت، کارایی حقوق سنتی نسبت به فناوری جدید با تردید روبرو است و باید قواعد جدیدی داشت. چرا که معمولاً جنبه‌های فرهنگی و اقتصادی، در قواعد سنتی نادیده گرفته می‌شود. پس، نیازمند قواعد حقوقی خاصی هستیم تا حقوق اینترنت را پایه‌گذاری کنیم. قانونگذاری پر هزینه است و راه را به اشتباه نمی‌رود و حقوق هم باید این راه را برود.

در عمل، می‌توان سه حوزه را نام برد که دولت‌ها برای فضای مجازی قانونگذاری کرده یا دادگاه‌ها برای رسیدگی به آن خود را صالح می‌دانند: مقررات راجع به محتوا، مالکیت فکری و حریم خصوصی (Segura- Serranto, 2006, 270)؛ حال، بایستی دید که ریشه مسأله کجاست و بر اساس کدام مبانی چنین شده است.

سوم: چگونگی قاعده‌گذاری

فضای مجازی نه درون کشورهاست و نه خارج از قلمروی آنها؛ همه از هر جا به راحتی به آن دست می‌یابند و روابط حقوقی ایجاد می‌کنند؛ اشخاص می‌توانند بر این فضا تاثیر بگذارند و متاثر از آن شوند. پس، همزمان که خارج از حاکمیت است، همه اتفاقات آن نیز در قلمرو سرزمینی کشورها رخ می‌دهد.

قانون فضای مجازی ممکن است دستورات دولت واحد یا مجموعه‌ای از دولت‌ها باشد. در بیشتر مسایل حقوقی، به ویژه حقوق بین‌الملل خصوصی، سرزمین نقطه ثقل است و محل عمل یا واقعه حقوقی برای حل مسأله اهمیت بسیار دارد (مافی و اسدیان، ۱۳۹۵، ۳۲۶)؛ اما، مسأله اساسی یافتن محل است. مسأله سنتی آلودگی‌های زیست محیطی فرامرزی به دلیل شباهت به مسایل اینترنت، می‌تواند یاری‌گر باشد؛ چراکه مرتبط با چند کشور است. فرض کنید رودی از چند کشور عبور می‌کند و کسی سرچشمه رود را آلوده می‌کند؛ کشورهای مجاور رود تحت تاثیر آن قرار می‌گیرند. اینترنت می‌تواند چنین مفهومی را در ذهن تداعی کند (Kohl, 2009, 24).

شاید برای همین، بسیاری عقیده دارند قانون و دادگاه محل وقوع سرور سایت، صالح است؛^۱ دلیلی که پشت این تمایل است، در اقتدار دولت‌هایی نهفته است که با تصرف مادی سرور، با نیروی پلیس مانع ارتکاب اعمال ممنوعه می‌شوند یا مرتکب را مجازات می‌کنند؛ آنگاه بر فضای مجازی نیز مؤثر است. در واقع، اینجا قدرت مادی و زوری که شبیه ساختار اینترنت است، حاکم است.

در حقیقت، سخن حاکمیت نظام حقوقی داخلی بر فضای مجازی خام و بی‌جهت است؛ چرا که فعالیت‌های موجود در فضای اینترنت، تنها در یک سرزمین رخ نمی‌دهد؛ از همه

^۱. لازم به توضیح است که سرورهای فضای مجازی هم معمولاً در آمریکا و کانادا و چین و برخی از کشورهای اروپایی وجود دارد.

جای جهان می‌توان به اینترنت دسترسی داشت؛ می‌توان از سرزمینی اقدام مجرمانه و زیان‌بار را آغاز و از سرزمین دیگر آن را کامل کرد. همچنین، برابری حاکمیت‌ها در حقوق بین‌الملل اقتضا می‌کند که برای سایر کشورها هم چنین حقی را قائل شویم. پس، فضای اینترنت نه تنها 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 فعالیت‌های مجازی باشد، حتی اگر درون مرزها اثر داشته باشد. در نتیجه، بایستی پرسش خود را اینگونه طرح کرد: چه دولتهایی و تا چه حد در فضای اینترنت دارای صلاحیت هستند؟

حمایت از ارزش‌های محلی، از نقش‌های اساسی دولت و بخشی از قرارداد اجتماعی است؛ به قول هگل، دولت بایستی روح جامعه را دربرگیرد و از اراده جمعی ایشان دفاع کند (Schultz, 2008, 806)؛ شاید برای همین باشد که برخی صلاحیت سرزمینی را در فضای مجازی نفی نمی‌کنند، بلکه آن را سازگار با این فضا می‌سازند (Uerpmann-Witzack, 2010, 1258).

برای ایرادات مذکور، گروهی خواسته‌اند که میان ساختار اینترنت و صلاحیت سرزمینی دولت‌ها آشتی برقرار کنند؛ به نظر ایشان، هر فضایی از اینترنت که دارای پسوند کشور خاصی باشد،^۱ آن فضا تحت حاکمیت آن کشور است (Uerpmann-Witzack, 2010, 1256) و در نتیجه‌ی این تحلیل، هنجارهای فضایی مادی بر این فضا اعمال می‌شود (Davidson, 2012, 14). ایراداتی بر این تحلیل وارد است: اول اینکه، برخی سایت‌ها فاقد پسوند مذکور و دارای علامت دیگری است؛ ثانیاً، چگونه می‌توان صلاحیت کشور را وابسته به اختصاص فضا به آن کشور از جانب نهادهای خصوصی کرد؛ این امر فنی در اختیار شرکت خصوصی

^۱. مثل: .ir برای ایران یا .uk برای بریتانیا

و ثبت شده در یکی از همین کشورهاست و نمی‌توان امر حاکمیتی کشور دیگر را وابسته بدان ساخت.

جامعه مجازی تحت تأثیر عوامل متعددی است؛ نخست، شرایط و کاربری انسانی و علاقه ما به اطلاعات و سرگرمی؛ دوم، قانونگذاری و مقررات و علاقه بشری به هدایت امور و سوم، پروتکل‌های ذاتی ساختار اینترنت یا در قالب کنش‌های انسانی (Davidson, 2012, 23). 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 (Davidson, 2009, 21). در هر حال، باید پذیرفت که تنها ساختار فنی حاکم بر فضای مجازی نیست؛ و در واقع، مفروض فضای اینترنت است؛ یعنی، هرگاه قانونی حاکم بر این فضا نباشد و کشورها به صورت منفعل عمل کنند، چنین راهکاری وجود دارد (Kelesza, 2012, 159)؛ بنابراین، در وضع موجود، دو گزینه در پیش روی جامعه بین‌المللی قرار دارد: نخست آنکه نظام جاری حاکمیت اینترنت در شبکه‌های منطقه‌ای و ملی کوچک‌تر، تخصصی شود (براساس اصول فنی و حقوقی مشترک در جوامعی نظیر شبکه‌ها) و یا نظام حاکم بصورت دموکراتیک و بین‌المللی اداره شود (Kulesza, 2013, 159).

با همه این احوال، حقوق داخلی نباید در این عرصه منفعل باشد. در فضای اینترنت، برخی 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.

در حمایت از قانونگذاری ملی، فضای مجازی دنیایی شبیه ما قبل بشر متمدن است. اما 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 بر فضا حاکم باشد؛

چرا که اتفاقات فضای مجازی در قلمروی سرزمینی کشورها رخ می‌دهد؛ یعنی، همچنان که قانون داخلی حاکم بر قلمرو سرزمینی است، بایستی حاکم بر فضای مجازی هم باشد. 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. درباره قانون حاکم نیز، حقوق دنباله‌رو و تابع فنون و موضوعات است؛ بنابراین، نمی‌توان برای موضوع حادث، در ابتدا قانون تصویب کرد؛ باید نیازها و مسائل پیرامون را ملاحظه کرد و سپس رویه قضایی را ارزیابی کرد و آن‌گاه، بر اساس مبانی حقوقی و فرهنگی، اقدام به تصویب قانون کرد؛ در این راه، یاری گرفتن از تجربه دیگران، به ویژه کشورهای پیشرفته در زمینه رایانه و فضای مجازی بسیار مفید است.

آیا می‌توان قواعد حاکم بر رابطه کارگر و کارفرما را بر شبکه‌های اجتماعی اعمال کرد؟ 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 این کنوانسیون قلمروی گسترده‌تری داشته باشد (دبلفون، ۱۳۸۸، ۳۰).

در فواید حقوق بین‌الملل باید گفت که وجود کنوانسیون سبب حمایت جهانی از علایق بشری، از جمله حقوق فکری و در کنار آن، جلوگیری از انحصار ناروای بر این حقوق شود (صادقی، ۱۳۸۸، ۲۲). از نظر مبنایی نیز می‌توان اینترنت را منبع جهانی و میراث مشترک

بشریت دانست و مخالف آن بود که هر کشور به تنهایی فضای اینترنت را تصاحب کند (Segura- Serranto, 2006, 271).^۱

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 کارایی اقتصادی است (Schultz, 2008, 799-800)؛ براین اساس، ناچاریم پارادایم دوفضایی شدن جهان را به رسمیت بشناسیم؛ چرا که بدون آن نمی‌توان واقعیت‌های فردی و اجتماعی جهان مجازی را، بدون توجه به متغیرهای جهان واقعی، به درستی فهم کرد (عاملی، ۱۳۹۰، ۳). از این رو، و به دلیل ایرادات فراوان، نمی‌توان تنها به فکر اعمال حقوق داخلی در این فضا بود؛ از جمله، تفاوت حقوق کشورها درباره ممنوعیت یا مجاز بودن عمل خاص، تفاوت در ضمانت اجراها، تفاوت در درجه ضمانت اجراها، تفاوت در شیوه پیشگیری و اعمال مجازات‌ها و نیز تفاوت در شیوه‌های دادرسی و اثبات، سبب مشکلات فراوان عملی است (اصلانی، ۱۳۸۹، ۶۸) روی هم رفته، 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. پس، باید به راهی اندیشید که در نتیجه می‌آید.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

^۱. البته این نظریه هنوز در مراحل اولیه بوده و نیازمند تکامل بیشتر است (Segura- Serranto, 2006, 271).

نتیجه

هرگاه بخواهیم خلاصه‌ای از مباحث این نوشته را در اینجا بازگوییم، نخست، برای حاکمیت در فضای مجازی مساله آن است که اموال و اعمال (حقوقی) و وقایع فضای مجازی مرتبط با کدام کشور است؟

با نظر به استدلال‌هایی که کردیم، می‌توان یکی از این دو رویکرد رهایی اینترنت یا اداره آن را انتخاب کرد. در صورتی که دخالت را برگزینیم، چاره کار، استفاده از احکام و به کارگیری حقوق است و در صورتی که راه دوم را برگزینیم، بایستی مقررات مداخله‌آمیز حقوقی را همگام با این سیاست کرد. پس، دو نظر عمده هست:

الف. منع دستور؛ که قابل به نظم خودجوش یا حاکمیت ساختار فنی اینترنت است؛ ب. شناسایی دستور؛ که به مشارکت بین‌المللی یا جهانشمولی حقوق بین‌الملل یا حقوق سرزمین خاص باور دارد.

در حالات مختلف حقوق، اینکه ابزار اداره جامعه باشد یا نهادی که تنها در مقام رفع اختلافات لازم آید، در همه احوال، نباید نقش رفع اختلاف حقوق را نادیده انگاشت. در هر صورت، در عرصه ورود زیان به کاربران و نیز اجرای تعهدات، در فضای مجازی، نیازمند حقوق هستیم. پس، دست کم در مقام حل اختلاف، نمی‌توان اعمال موجود در فضای مجازی را به خود یا به بازیگرانش سپرد. دولت باید در پی حل اختلافات باشد. منتها، مسأله آن است که صلاحیت کدام نظام حقوقی ملاک رفع اختلاف خواهد بود. در حقیقت، کدام دادگاه و قانون صلاحیت رسیدگی به امر را دارد؟

در جهت مشابه‌سازی با نهادهای سنتی و تعیین قانون ملی حاکم بر فضای مجازی (سرزمین) باید توجه داشت که فضای مجازی مثل رودخانه یا دریاچه میان کشورهاست و لذا ممکن است مبدا اقدام (مال، عمل یا اتفاق) را مبنا قرار دهیم و بگوییم همچنانکه هر عمل بهره‌برداری یا آلاینده تابع کشور مبدا است، در فضای مجازی نیز مبدا را در نظر

گیریم. همچنین، ممکن است به آثار توجه داشته باشیم و کشورهای تحت تاثیر را صالح بدانیم. منتها، چون کشورها مختلف است، باید به بیشترین ارتباط (مشکک) مراجعه کنیم. چرا که حقوق سرزمین‌های خاص، ایراداتی دارد: از عیوب قانون مبدا، آسانی دور زدن قانون و دشواری یافتن مقدمات و بی‌ارتباطی مقدمات با مساله است. همچنین، در قرارداد که دو یا چند طرف دارد، قابل اعمال نیست. از عیوب قانون مقصد نیز ازدیاد کشورهای تحت تاثیر است.

رویه دادگاه‌های اروپایی و امریکایی آن است که در جهت صلاحیت فضای مجازی، گاه به عمل یا عامل نظر دارند. یعنی در نظریه صلاحیت محل مبدا، گاه به عامل نظر دارند و تابعیت یا اقامتگاه او را مد نظر قرار می‌دهند و گاهی هم به محل عمل. در نظریه مقصد، اما بیشتر به عمل نظر دارند و اثر آن را می‌کاوند و به دلیل، هم ممکن است به قصد عامل یعنی، مقصود او توجه کنند.

در حقوق ایران و در عمل، نگاه دولت‌محور و نگاه ملی قاضی ایرانی در فضای مجازی مشهود است. یعنی باور دارد که قانون باید بر این فضا حاکم باشد؛ اما چه قانونی؟ قاضی ایرانی به محض آنکه ارتباطی را ببیند، قانون ایران را حاکم می‌داند و نظریه «بیشترین» ارتباط را می‌پذیرد. چرا که بهترین راه حل است که در قانون تجارت الکترونیکی ایران هم آمده است.

به نظر می‌رسد که دادگاه‌ها نگاه ملی و سرزمینی به این فضا دارند و همه اتفاقاتی که در این فضا رخ دهد، از نظر ایشان تابع قوانین ایران است، بدون اینکه توجه کنند طرف دیگر این رابطه، اثر این رابطه یا مبدا آن کجاست و متعلق به کدام کشور است. از این رو، دادگاه ایرانی در اعمال رخ داده در فضای مجازی، معمولاً توجهی به روش سنتی حقوق بین‌الملل خصوصی درباره قانون حاکم ندارد و ذینفع بودن کشورهای مختلف در فضای مجازی برای قاضی ناشناخته است. او قانون ایران را اعمال می‌کند.

به هر روی، در وضع کنونی، هرگاه تخلف یا اختلافی در فضای مجازی رخ دهد، چاره کار در این است که با توسل به نظریه اثر، دادگاه‌های کشوری را صالح بدانیم و قانون کشوری را حاکم کنیم که بیشترین تأثیر را از این عمل دارد. از جمله، در باره اختلافات قراردادی، به نظریه نزدیک‌ترین ارتباط، نظر داشته باشیم.

سرانجام، پیشنهاد می‌شود که اگر قرار بر این است که اینترنت را تنظیم کنیم، بایستی با این دید باشد که بتواند به تنظیم داده برای هوش مصنوعی برنامه داشته باشد و بتواند فرصت‌سازی کند.



فهرست منابع

الف- منابع فارسی

۱. اصلانی، حمیدرضا (۱۳۸۹)، حقوق فناوری اطلاعات، چاپ دوم، نشر میزان.
۲. بادینی، حسن (۱۳۸۵)، «آیا حقوق دانش مستقلی است؟»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۷۴، صص. ۱-۱۴.
۳. دلفون، زویه لینان (۱۳۸۸)، حقوق تجارت الکترونیک (همراه با تحلیل قانون تجارت الکترونیکی ایران)، ترجمه و تحقیق ستار زرکلام، چاپ اول، شهر دانش.
۴. رجبی، عبدالله (۱۴۰۰)، حقوق رایانه (حمایت حقوقی از برنامه‌های رایانه‌ای)، چاپ نخست، شرکت سهامی انتشار.
۵. رجبی، عبدالله و نسرين ترازى (۱۳۹۶)، «بررسی انتقادی حاکمیت حقوقی ساختار فنی اینترنت بر فضای مجازی»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۲۰، شماره ۸۰، صص. ۲۸۳-۳۰۷.
۶. صادقی، حسین (۱۳۸۸)، مسئولیت مدنی در ارتباطات الکترونیکی، چاپ نخست، نشر میزان.
۷. عاملی، سعیدرضا (۱۳۹۰)، «قاعده‌های اخلاقی در فضای مجازی و دو وجهی‌نگری: دو فضایی شدن مسایل اجتماعی و کدهای اخلاقی»، فضای مجازی (ملاحظات اخلاقی، حقوقی و اجتماعی)، زیر نظر یونس شکرخواه، انتشارات دانشگاه تهران.
۸. نوری، محمدعلی و رضا نخجواني (۱۳۸۲)، حقوق تجارت الکترونیک، چاپ اول، انتشارات گنج دانش.

ب- منابع لاتین

1. Bainbridge, David, (2004), Introduction to Computer Law, 5th ed., Pearson Education Limited.
2. Cooter, Robert & Thomas Ulen (2011), Law & Economics, 6th ed., Pearson.
3. Davidson, Alan, (2012), The Law of Electronic Commerce, online pub., Cambridge University press

4. Dworkin, Ronald (1980), "Is Wealth a Value?", The Journal of Legal Studies, no. 9, pp. 191-226.
5. Kohl, Uta, (2009), Jurisdiction and the Internet, online pub., Cambridge University Press .
6. Kulesza, Joanna, (2013), International internet law, Routledge.
7. Lessig, Lawrence, (2009), Code: V. 2, Basic Books, New York .
8. Lessig, Lawrence, (1999), "The Law of the Horse : What Cyberlaw Might Teach", Harward Law review, vol. 113, 500-546 .
9. Schultz, Thomas, (2008), "Carving up the Internet : Jurisdiction, Legal Orders, and the Private / Public International Law Interface", The European Journal of International Law, vol. 19, no. 4, pp. 799-839.
10. Segura- Serranto, Antonia, (2006), 'Internet regulation and the role of international law', Max Planck Yearbook of United nations law, volume 10, p. 191-272.

