

## مسئولیت مدنی واسطه‌ها و تامین کنندگان خدمات ارتباطات الکترونیک

حسین صادقی\*

دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران  
(تاریخ دریافت: ۱۳۸۶/۸/۳۰ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۶/۹/۶)

### چکیده:

واسطه‌ها و تامین کنندگان خدمات ارتباطات الکترونیک نقش اصلی را در برقراری ارتباطات الکترونیک دارند. در جریان این ارتباطات ممکن است افعال زیان بار نظیر نقض حقوق مالکیت فکری و هتک حرمت اشخاص توسط کاربران خدمات مزبور و به واسطه فعالیت و خدمات این گونه واسطه‌ها صورت گیرد که موجب طرح ادعاهایی از طرف زیاندیدگان علیه واسطه‌های مزبور گردد. علی‌الاصول، مسئولیت واسطه‌ها نیز تابع قواعد عمومی مسئولیت مدنی بوده و به جهت پذیرش نظریه تقصیر در نظام حقوقی ما و بسیاری از کشورها، بایستی جهت تحلیل مسئولیت آنان به بررسی تکالیف قانونی آنها و موارد ارتکاب تقصیر پرداخت. در برخی نظام‌های حقوقی برای بعضی واسطه‌ها حسب نوع خدماتی که ارائه می‌کنند حمایت‌های قانونی در قالب برخی معافیت‌ها پیش‌بینی شده است که البته اعمال این معافیت‌ها تابع شرایط قانونی خاصی است.

### واژگان کلیدی:

واسطه‌های الکترونیک، تامین کنندگان خدمات دسترسی، خدمات میزبانی، مسئولیت مدنی، تقصیر.

## مقدمه

در فضای مجازی و مبادلات الکترونیک اشخاص متعدد در برقراری ارتباط و ذخیره و انتقال داده ها دخیل هستند که از جمله عبارت از موارد زیر می‌باشند.

۱- ایجاد کنندگان نقطه تماس بین‌المللی (Access Service providers (A.S.P) و ارائه دهندگان خدمات اینترنتی (رساها) (Internet Service Providers (ISP): این دسته اصلی‌ترین واسطه در ارتباطات اینترنتی هستند. چرا که هرگونه ارتباط بین سیستم‌های شخصی اشخاص حقیقی و حقوقی با شبکه جهان گستر اینترنت صرفاً از طریق این واسطه‌ها برقرار می‌شوند. این دسته از ارائه دهندگان خدمات دسترسی به صورت تجاری فعالیت می‌نمایند تحت عنوان «ارائه دهندگان خدمات اینترنتی (رساها) مشهور هستند. در کشور ما براساس بند (۱) آئین‌نامه نحوه اخذ و ضوابط فنی نقطه تماس بین‌المللی (موضوع قسمت الف از مقررات و ضوابط شبکه‌های اطلاع رسانی رایانه‌ای مصوب شورای عالی انقلاب فرهنگی در سال ۱۳۸۰): «ایجاد نقطه تماس بین‌المللی در انحصار دولت می‌باشد و ارایه مجوز به دستگاه‌های ذی ربط توسط شورای عالی اطلاع رسانی صورت می‌گیرد». بنابراین، در حال حاضر برقراری ارتباط بین‌المللی از طریق اینترنت در انحصار دولت است؛ معهذاً به موجب قسمت (ب) مقررات و ضوابط مزبور که تحت عنوان «آئین نامه واحدهای ارائه کننده خدمات اطلاع رسانی و اینترنت» می‌باشد، موسساتی تحت عنوان «رساها» می‌توانند فعالیت‌های را در زمینه خدمات اطلاع رسانی و اینترنت از جمله فراهم آوردن امکان دسترسی کاربران به اینترنت با رعایت آئین نامه یاد شده انجام دهند.

می‌توان گفت رساها به موسساتی اطلاق می‌شوند که امکان دستیابی و ارتباط کاربران به اینترنت را فراهم می‌سازند (Aplin, 1999, p.2).

۲- ارائه دهندگان خدمات میزبانی (Host service provider): سیستم میزبان یک محل ذخیره دیجیتال است که از طریق اینترنت قابل دستیابی می‌باشد. نوع داده‌هایی که در سیستم میزبان ذخیره می‌شود متنوع بوده و شامل نرم افزارهای رایانه‌ای و اسناد متنی و گرافیکی و هر نوع داده دیگری می‌شود. دارنده سیستم میزبان دارای طیفی گسترده از روابط احتمالی با داده ذخیره شده در سیستم میزبان است. لذا می‌تواند مالک همه داده ها باشد یا به نحوی فعال بر همه آنها کنترل داشته باشد؛ همانند مواردی که یک شرکت میزبانی داده‌های خود را به عهده دارد. یکی از مصادیق سرورهای میزبان، سرور میزبان «یوزنت» (Usenet) می‌باشد. یکی از دادگاه‌های سوئیس میزبانی را چنین تعریف کرده است: «ارائه خدمات پایدار ذخیره اطلاعاتی است که روی سرور میزبان قرار گرفته و برای اشخاصی که تمایل دارند آنها را مشاهده نمایند، قابل نمایش و دسترسی است» (Lavanchy, 2002, p.61).

### گفتار اول: تحلیل مسئولیت واسطه ها بر مبنای نظریه تقصیر

در این مقاله در بحث مسئولیت واسطه‌های الکترونیک، افعال زیانبار مستقیم آنها مد نظر نمی‌باشد. چه در این حالت همان قواعد عمومی قابل اعمال بر تمامی اشخاصی که در فضای مجازی مبادرت به ارتکاب یک فعل زیانبار می‌نمایند، قابل اعمال خواهد بود. بلکه آنچه موضوع بحث مسئولیت مدنی واسطه‌های الکترونیک است فروض و حالت‌هایی است که فاعل فعل زیانبار شخص ثالث دیگری است، معهداً اقدامات واسطه الکترونیک نیز در ورود زیان یا شدت آن تاثیر گذار بوده است.

امروزه نظریه تقصیر در نظام‌های حقوقی جهان اعم از کامن لا، رومی ژرمنی و حقوق اسلام به عنوان اصل پذیرفته شده است. لذا اصولاً در مواردی شخص مسؤل قلمداد می‌شود که مرتکب یک تقصیر شده باشد. در خصوص مسئولیت واسطه‌های الکترونیک نیز این اصل پذیرفته شده است. به طوری که امروزه در بحث از مسئولیت این‌گونه اشخاص به عنصر ضروری «تقصیر» (Fault) یا «بی احتیاطی» (Negligence) توجه می‌شود. در دکترین حقوقی موجود و آرا قضایی محاکم و کتب و مقالات منتشره در بحث از مسئولیت مدنی واسطه‌های الکترونیک در کشورهای نظیر آمریکا، انگلیس، سوئیس، استرالیا، آلمان و فرانسه، مسئولیت این اشخاص را تحت عنوان «مسئولیت ناشی از تقصیر» یا «بی احتیاطی» مطرح می‌کنند. دلیل اعمال نظریه تقصیر در خصوص مسئولیت این‌گونه اشخاص به نقش و جایگاه واسطه‌های الکترونیک بر می‌گردد. اصولاً اشخاصی که نقش واسطه در انجام یک کاری را به عهده دارند فاقد مسئولیت محض می‌باشند. در نظام حقوقی ما اشخاص مانند نمایندگان تجاری، حق العمل کارها، دلال ها، و وکیل و نیز متصدیان حمل و نقل (در قانون مدنی) که واسطه انجام یک فعل می‌باشند به عنوان امین شناخته شده و صرفاً در موارد تقصیر مسؤل شناخته می‌شوند. همین وضعیت در نظام‌های حقوقی کشورهای همانند فرانسه و آمریکا و انگلیس وجود دارد. معهداً در مواردی که مسئولیت حرفه‌ای چنین اشخاصی اقتضاء نماید ممکن است مسئولیت‌های محض و مطلق برای آنها پیش بینی کرد.

در خصوص واسطه‌های الکترونیک در نظام‌های مختلف حقوقی از قبیل فرانسه (Trudel, 2000)، انگلیسی (Smith, 2002, pp.32-55)، آمریکا (Yen, 2000)، آلمان (Markus 2001, pp.4-27)، سوئیس (Lavanchy, 2002, pp.22-24) و چین (Zhipei, 2002, p.2) مسئولیت مبتنی بر تقصیر به عنوان مبنا پذیرفته شده است. دلیل این امر نیز همان‌طور که قبلاً اشاره شد به نقش و جایگاه قانونی واسطه‌ها در ایجاد ضرر بر می‌گردد. بدین معنی که اصولاً یک فعل زیانبار ممکن است به صورت مستقیم یا غیرمستقیم باشد و بر مبنای این دو نوع فعل که مبین جایگاه و نقش فاعل در زیان وارده است اشخاص دخیل در ورود یک خسارت به دو نوع تقسیم می‌شوند:

الف: فاعل اصلی یا اولیه: عبارت است از شخصی که فعل زیانبار را انجام می‌دهد؛  
ب: سبب فرعی یا عامل ثانوی: عبارت است از شخصی که ارتکاب فعل زیانبار را تسهیل یا تجویز می‌کند (Fitzgeralds, Chapter 14).

در خصوص مسؤولیت فاعل اصلی و اولیه (مستقیم) در برخی موارد همانند نقض مستقیم و ابتدایی حقوق کپی رایت احراز تقصیر و بی احتیاطی فاعل عنصر و شرط ضروری برای مسؤولیت فاعل نمی‌باشد. بنابراین در مواردی که یک واسطه الکترونیک مستقیماً باعث ورود یک خسارت شود مسؤولیت مستقیم داشته و تحلیل مسأله بر مبنای نظریه تقصیر صورت می‌گیرد. معهدا آنچه موضوع بحث در مسؤولیت واسطه‌های الکترونیک است مسؤولیت غیرمستقیم ناشی از افعال یا ترک فعل‌های غیرمستقیم آنهاست. در خصوص مسؤولیت عامل ثانوی یا سبب فرعی علی‌الاصول عنصر تقصیر یک شرط اساسی برای احراز مسؤولیت عامل می‌باشد. چرا که در این نوع مسؤولیت، عامل مستقیماً فعل را انجام نداده بلکه در ارتکاب آن نقش داشته است.

بنابراین، با توجه به نقش فرعی و سببیت ثانوی واسطه‌ها در ارتکاب فعل زیانبار طبیعتاً بایستی مسؤولیت آنها را بر مبنای نظریه تقصیر تحلیل کرد. به همین دلیل دادگاه‌های کشورهای نظیر آمریکا و انگلیس از صدور حکم بر محکومیت واسطه‌ها (رسانا) در مواردی که فعل غیرقانونی کاربر یا مشترک برای واسطه مزبور مشخص و معلوم نیست اجتناب می‌کنند (Bolin & Tysver, at: [www.bitlaw.com/internet/isp.html](http://www.bitlaw.com/internet/isp.html)). و صرفاً در مواردی که واسطه از فعالیت مشترک یا کاربر علم و اطلاع داشته یا بر حسب شرایط و اوضاع و احوال و عرف مربوط می‌بایست اطلاع داشته باشد واسطه را مسؤول می‌شناسند (Bolin & Tysver, at: [www.bitlaw.com/internet/isp.html](http://www.bitlaw.com/internet/isp.html)). همین نظر که به عنوان قاعده کلی در دعاوی مسؤولیت مدنی واسطه‌های اینترنتی اعمال می‌شود و تحلیل بیشتر آن را در بحث ارکان مسؤولیت خواهیم دید مبین این است که مسؤولیت واسطه‌ها علی‌الاصول مبتنی بر تقصیر است.

### گفتار دوم: عنصر تقصیر و لزوم اثبات آن

تقصیر یک عنصر ضروری برای مسؤولیت مدنی واسطه‌های الکترونیک است. براساس قواعد حقوقی کامن لا در کشورهای نظیر آمریکا، انگلیس و استرالیا قواعد مربوط به مسؤولیت مدنی از جمله عنصر تقصیر به عنوان رکن اصلی مسؤولیت مدنی درباره واسطه‌های الکترونیک نیز اعمال می‌شود. معهدا قانون‌گذاران برخی شرایط خاص را در مورد ارائه دهندگان خدمات واسطه‌ای پیش بینی می‌نمایند که موجب تفاوت‌هایی در مسؤولیت مدنی آنان به موجب حقوق کامن لا و حقوق موضوعه می‌شود. بنابراین مسؤولیت واسطه‌های

الکترونیک نیز همانند سایر اشخاص منوط به احراز تقصیر آنان بوده و در صورتی مسئول هستند که اثبات شود مرتکب فعل یا ترک فعلی شده‌اند که یک شخص محتاط نمی‌توانسته آن را در همان شرایط و اوضاع و احوال مرتکب شود (Trudel, 2001, p.11).

عنصر تقصیر در نظام حقوقی فرانسه به عنوان شرط لازم برای مسئولیت مدنی واسطه‌های الکترونیک نیز پذیرفته شده است. مبنای این قاعده در واقع همان مواد ۱۳۸۲، ۱۳۸۳ و ۱۳۸۴ قانون مدنی فرانسه می‌باشد که قابل اعمال در مورد مسئولیت مدنی واسطه‌های الکترونیک نیز می‌باشد (Ardesi, 2006, at: [www.ardesi.fr/admin/upload/fichier/Code des \(117-droitepn2006.pdf\)](http://www.ardesi.fr/admin/upload/fichier/Code%20des%20droitepn2006.pdf)). در قوانین خاص همانند قانون پست و ارتباطات الکترونیک (Postes et des communications électroniques) و نیز قانون حمایت از داده‌ها اصلاحی سال ۲۰۰۴ تکالیفی حسب مورد برای واسطه‌های الکترونیک پیش بینی شده است که تخطی از آنها تقصیر محسوب است.

در نظام حقوقی کشورهای کامن لا همانند آمریکا، انگلیس و استرالیا نیز ضمن آنکه به اعمال قواعد حقوق مسئولیت مدنی کامن لا توجه می‌شود قوانین خاص نیز وجود دارند که مبین حدود مسئولیت واسطه‌های الکترونیک است (Fitzgeralds, Chapter 14 and Smith, 2002, pp.32-55). همان‌طور که قبلاً نیز اشاره شد در کشورهای مزبور نیز مسئولیت واسطه‌ها نیز مبتنی بر تقصیر و بی احتیاطی است و در صورت اثبات بی احتیاطی واسطه الکترونیک، مسئولیت وی محرز است. اما ملاک بی احتیاطی در واقع تابعی از وظایف آنهاست که در صورت عدم انجام وظایف مزبور بی احتیاطی آنها محرز می‌شود. در نظام حقوقی ایران نیز با وجود ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی تردیدی در پذیرش مسئولیت ناشی از تقصیر به عنوان قاعده وجود ندارد لذا عنصر ضروری برای مسئولیت واسطه‌ها تقصیر می‌باشد که حدود و نحوه تشخیص تقصیر منوط به نوع فعالیت واسطه و وظایف قانونی آنهاست. ضمن آنکه در ماده ۷۸ قانون تجارت الکترونیک نیز نقص یا ضعف سیستم موسسات خصوصی و دولتی را به عنوان تقصیر تلقی نموده و براین اساس چنانچه احراز شود ورود خسارت در نتیجه ضعف سیستم یک ارائه دهنده خدمات دسترسی یا مانند آن در حفظ امنیت داده‌ها، یا محرمانگی آنها یا ضعف سیستم در جلوگیری از انتشار آثار منتشر شده غیرمجاز یا ناقض حقوق کپی رایت دیگران، واسطه مزبور که عرفاً و منطقاً انتظار می‌رفت امکانات سیستمی برای جلوگیری از ورود خسارت مزبور یا تشدید آنها را فراهم نماید، مقصر محسوب شده و با توجه به ماده ۷۸ قانون مزبور و ماده (۱) قانون مسئولیت مدنی مسئول خواهد بود. از طرفی در مقررات مربوط به فعالیت رساها نیز تکالیفی برای واسطه‌های الکترونیک پیش بینی شده است که تخلف از آنها تقصیر محسوب و موجب مسئولیت می‌شود.

## گفتار سوم: عوامل مؤثر در احراز تقصیر مبحث اول: وظیفه مراقبت و نظارت

تقصیر یا بی احتیاطی در واقع تخلف از وظایفی است که قانون، قرارداد یا عرف بر شخص تحمیل می‌کند و مفهوم تقصیر شامل انجام دادن اموری است که نبایستی انجام شود و ترک فعلی است که بایستی انجام گردد (تعدی و تفریط). براین اساس، برای احراز تقصیر یک شخص بایستی ابتدا وظایف شخص مزبور را در انجام یک فعل یا ترک فعل شناخت تا تخطی از آن را تقصیر به حساب آورد. لذا بایستی بررسی نمود که آیا واسطه الکترونیکی وظیفه کنترل بر محتوای داده‌های دیگران و کنترل و نظارت بر فعالیت کاربران و مشترکان خود را دارد یا خیر؟ برای تشخیص مسؤلیت شخصی که وظیفه انتقال همزمان یک اطلاعات را به چند کاربر مختلف دارد بایستی رابطه وی با محتوای داده‌های انتقال داده شده مورد بررسی قرار گیرد (McDaniel, 1992, p.773,826). یکی از پیش شرط‌های لازم برای مسؤلیت واسطه‌های

الکترونیک احراز حدود این وظیفه و تخلف از آن است (Professional Development/liability. pdf Robidoux, 2004: www.alsa.ab.ca/pdf/MemberResources/).

البته حدود این وظیفه به نوع فعالیت واسطه‌های الکترونیک و حدود امکان فنی و قانونی کنترل آنها بر فعالیت کاربران و مشترکان خود و کنترل محتوی داده‌ها بستگی دارد. بنابراین، اعمال هر نوع مسؤلیت مدنی در مورد واسطه‌های دخیل در برقراری ارتباطات الکترونیکی بایستی تقصیر آنها اثبات گردد. اثبات تقصیر نیز میسر نیست مگر در صورتی که احراز شود که واسطه‌های مزبور بر محتوای داده‌ها کنترل و نظارت داشته یا امکان کنترل و نظارت بر آنها را داشته و ورود خسارت به اشخاص ثالث در نتیجه عدم کنترل بر محتوای داده قابل پیش بینی برای واسطه مزبور باشد (Henry, 1992, pp.65-110).

### الف: کنترل محتوی

درخصوص وظیفه کنترل محتوی داده‌هایی که توسط واسطه‌های الکترونیک انتقال داده یا ذخیره می‌شوند تمثیل‌های حقوقی متعددی صورت گرفته است. که به برخی از آنها می‌پردازیم.

۱- فعالیت واسطه‌ها به عنوان ناشر (Publisher): ناشر شخصی است که اقدام به انتشار و فروش آثار ادبی و هنری نرم افزارهای رایانه‌ای می‌نماید در ابتدا صرفاً بحث توزیع نرم افزارهای رایانه‌ای در محیط اینترنت مطرح بود اما امروزه با پیدایش پدیده نوین انتشار بر خط روزنامه‌ها، و آثار موسیقی و صوتی و تصویری، یکی از مسائل مهم در بحث حقوق ارتباطات الکترونیک و فناوری اطلاعات بحث نقض حقوق دیگری از طریق انتشارات

الکترونیک است (Smith, 2002, p.46). یک ناشر الکترونیک مبادرت به در دسترس قرار دادن اطلاعات کاربران و مشترکان برای اشخاص ثالث می‌نماید. در فضای مبادلات اینترنتی، یک ناشر در انتشار داده‌ها مختار است و همانند ناشران غیر الکترونیک وظیفه کنترل محتوای آثاری را که منتشر می‌کند بر عهده دارند؛ همین وظیفه کنترل است که موجب مسئولیت وی در انتقال اطلاعات غلط یا اظهارات توهین آمیز و تا محتوای متضمن نقض کپی رایت را خواهد بود. بر این اساس، اگر یک «تأمین‌کننده خدمات بر خط» بر محتوای داده‌ها و اطلاعات، اختیار و وظیفه کنترل و نظارت بر محتوای اطلاعات را داشته باشد، به عنوان ناشر تلقی می‌شود. البته هر گاه کنترل محتوای داده‌ها و اطلاعات به لحاظ «ماهیت فنی» (Technical nature) آنها بوده و به لحاظ چاپ و درج آنها و «ماهیت چاپی» (Editorial nature) آنها نباشد، متصدی خدمات بر خط را نبایستی مادامی که در درج و چاپ محتوا کنترل نداشته باشد ناشر تلقی کرد (see: <http://strategis.ic.gc.ca/epic/site/smt-gst.nsf/en/sf03235e.html>).

ناشر در انتخاب موضوع نشر و آثاری که منتشر می‌شوند نقش داشته و در نتیجه نظارت عالی بر محتوای آثار منتشره دارد. به جهت وجود چنین امکان نظارت بالایی، سطح مسئولیت ناشر در مقابل اشخاصی که از محتوای آثار منتشر شده متحمل ضرر و زیان می‌شوند نیز بسیار بالاتر از سایر اشخاصی است که به نوعی در جریان عرضه و در دسترس قرار دادن آثار مزبور نقش دارند: از قبیل توزیع‌کنندگان و مراکز پخش و فروش آثار مزبور. بنابراین در مواردی که یک واسطه الکترونیک نقش یک ناشر را ایفاء می‌کند مسئول تمامی خساراتی است که در نتیجه آثار منتشره توسط وی به اشخاص ثالث وارد می‌شود حتی اگر اطلاعاتی که منتشر شده است را خود ناشر خلق ننموده باشد: از قبیل نامه‌هایی که ناشر ممکن است منتشر نماید. معهدا مسئولیت ناشر یک مسئولیت مطلق نیست. بر این اساس در مواردی که ناشر علی‌رغم اعمال صحیح وظیفه کنترل و نظارت خود در حدود متعارف و وظیفه حرفه‌ای خود، نتواند عدم صحت اطلاعاتی را که برای انتشار به وی سفارش شده است یا توهین آمیز بودن آنها را احراز نماید مسئولیتی متوجه وی نمی‌باشد (Black, 2002, p.421). لذا مسئولیت ناشر نیز یک مسئولیت مبتنی بر تقصیر است (انصاری ۱۳۸۱، ص ۴۵۵). با این تفاوت که اثبات تقصیر بر عهده خواهان نمی‌باشد بلکه تقصیر ناشر به نحوی مفروض است که خلاف آن قابل اثبات است.

اما عموماً واسطه‌های الکترونیک به معنای خاص اشخاصی هستند که صرفاً در روند برقراری ارتباط الکترونیک دخالت دارند نظیر تأمین‌کنندگان خدمات میزبانی یا دسترسی؛ لذا اصولاً نقش این‌گونه واسطه‌ها با ناشران متفاوت است؛ چرا که ناشر شخصی است که به قصد فروش یا دیگر مقاصد مبادرت به عرضه آثار به عموم می‌نماید اما واسطه‌های الکترونیک فوق‌الذکر صرفاً به قصد تسهیل ارتباطات الکترونیک مبادرت به ذخیره داده‌ها یا انتقال آنها

می‌نمایند. با این وجود رویه قضایی برخی کشورها در جهت حصول نتیجه در مورد اعمال قواعد مسؤولیت مدنی در مورد فعالیت واسطه‌های الکترونیک بویژه بابت محتوای متضمن هتک حرمت و اظهارات توهین آمیز به قیاس فعالیت واسطه‌های الکترونیکی با موسسات «ناشر» و «توزیع کننده» (Distributor) پرداخته‌اند (Henry و Fitzgeralds, Chapter 14, p.2 and 1992, p.105). یکی از مسائل مهم در مورد مسؤولیت ارائه دهندگان خدمات اینترنتی (رساها) در خصوص هتک حرمت این است که دادگاه بایستی احراز نماید آیا رسا به عنوان «ناشر» تلقی می‌شود و یا «توزیع کننده». دلیل این مساله که پیش شرط صدور حکم دادگاه در مورد مسؤولیت مدنی رسا می‌باشد، در تفکیک مسؤولیت رساها حسب نحوه فعالیت و میزان دخالت در تدوین و نگارش محتواست؛ چنانچه از دیدگاه دادگاه نحوه فعالیت رسا و ارتباط آن با محتوای توهین آمیز به گونه‌ای است که به عنوان ناشر تلقی می‌شود، مسؤل خواهد بود. چرا که ناشران از قبیل روزنامه‌ها و نشریات که از دیدگاه قواعد سنتی وظیفه کنترل و نظارت بر محتوای آثار مورد انتشار را دارند. لذا چنانچه یک اثری که متضمن اطلاعات زیانبار از قبیل اطلاعات غلط پزشکی یا نقض حریم خصوصی افراد یا نقض کپی رایت دیگران و یا افترا و هتک حرمت اشخاص ثالث باشد، منتشر گردد، ناشر به جهت بی‌مبالاتی و بی‌احتیاطی و تقصیر و اهمال در ایفای وظیفه نظارتی خود بر محتوای آثار منتشره مسؤولیت خواهد داشت (انصاری ۱۳۸۱، ص ۴۵۵). لذا آنچه در بحث مسؤولیت ناشر از اهمیت برخوردار است نظارت ناشر بر مفاد و محتوای مطالبی است که در اثر درج و چاپ می‌شود.

اصولاً رساها در محتوای آثاری که منتشر می‌شوند کنترل و نظارت ندارند و بنابراین چاپ و درج مطالب در یک سندی که توسط رسا منتقل و به صورت جهانی در دسترس عموم قرار می‌گیرد بدون اعمال نظارت «رسا» صورت می‌گیرد. لذا دادگاه‌ها به جهت همین عدم امکان فنی و حقوقی نظارت رساها بر محتوای داده‌ها آنها را به عنوان ناشر تلقی ننموده (Deturbide, 2000, at: /www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2000\_3/deturbide) و براین اساس قائل به این نظر می‌باشند که صرفاً در صورتی که رسا نسبت به توهین آمیز بودن محتوا اطلاع داشته یا می‌بایست اطلاع داشته باشد، مسؤل خواهد بود.

در پرونده "کومپوسرو" (Cubby, Inc. v. Compuserve, Inc) (سال ۱۹۹۱) خواهانها متصدی یک پایگاه رایانه‌ای داده‌ها بنام Cubby, Inc بودند و دعوی را علیه شرکت رقیب خود یعنی "کومپوسرو" مطرح کردند براین مبنا که پایگاه داده خواننده آثاری را عرضه و نمایش داده است که متضمن اظهارات توهین آمیز علیه خواهان (کابی) بوده است. دادگاه خواننده را به عنوان ناشر نشناخت، بلکه فعالیت آن را صرفاً به عنوان توزیع کننده اظهارات تلقی و بر همین مبنا رأی بر عدم مسؤولیت خواننده صادر کرد (Fitzgeralds, Chapter 14, p.2). اما در پرونده دیگر در



سال ۱۹۹۵ (Stratton Oakmont, Inc.v.Prodigy servs.co) دادگاه شرکت ارائه دهنده خدمات بر خط "پرودیجی" (Prodigy) را که متصدی یک «بولتن خبرهای مالی» بود به جهت انتشار اظهارات توهین آمیز که به وسیله یک کاربر در صفحه بولتن مزبور قرار گرفته بود به عنوان «ناشر» مسؤول شناخت. استدلال دادگاه بر این اساس بود که شرکت خواننده کنترل و نظارت بر چاپ محتوی را داشته است. چرا که از یک نرم افزاری استفاده می‌کرده است که می‌توانست اظهارات خلاف و توهین آمیز را کشف و حذف نماید (Fitzgeralds, Chapter 14,p.2).

بنابراین، واسطه‌های الکترونیک به مفهوم خاص یعنی ارائه دهندگان خدمات اینترنتی و تأمین کنندگان خدمات میزبانی صرفاً فعالیت واسطه‌ای در انتقال و ذخیره داده‌های اشخاص را به عهده داشته و بر محتوای اطلاعات مورد مبادله کنترل و نظارتی ندارند. لذا علی‌الاصول نبایستی مسئولیتی متوجه آنها باشد.

۲- فعالیت واسطه‌ها به عنوان «توزیع کننده»: در دنیای غیرمجازی ارتباطات، توزیع کنندگان از قبیل روزنامه‌فروشی‌ها، کتاب‌فروشی‌ها، کتابخانه‌ها بدون هیچ‌گونه دخالتی در تعیین محتوی آثار مزبور صرفاً وظیفه انتقال آنها از دست تولید کنندگان یا واسطه قبل از خود به دست مصرف کننده نهایی را به عهده دارند. لذا توزیع کننده نظارت و کنترلی بر محتوای آثار ندارد و بر همین اساس از هرگونه مسئولیت ناشی از محتوای آثار جز در موارد سوءنیت، مصون است. (Henry, 1992,p.105). رویه قضایی کشورهای چون آمریکا، استرالیا و دکترین حقوقی نقش واسطه‌های الکترونیک را به «توزیع کننده» تشبیه نموده که صرفاً وظیفه انتقال و عبور آثار را به عهده داشته و وظیفه کنترل محتوای اطلاعات را ندارند مگر در صورتی که از وجود محتوای غیر قانونی اطلاع داشته و یا تحت شرایط و اوضاع و احوال مربوط به فعالیت واسطه مزبور عرفاً می‌بایستی اطلاع می‌داشت (Henry, 1992,p.105).

در آمریکا به موجب جز (۱) از بند (ج) ماده ۲۳ قانون مصونیت ارتباطات (Communications Decency Act) مصوب ۱۹۹۶ و با توجه به ماده ۵۱۲ قانون کپی رایت در عصر دیجیتال مصوب ۱۹۹۸ «رساها» به عنوان «ناشر» تلقی نمی‌شوند؛ معیناً بایستی به محض حصول اطلاع از غیر قانونی بودن محتوی تحت شرایط مقرر در قوانین صدر الذکر حسب مورد نسبت به حذف محتوای غیر قانونی یا غیر قابل دسترس نمودن آن اقدام نماید (Schwabach, 2006, pp.189-191).

### ۳- فعالیت واسطه‌ها به عنوان حمل‌کننده عمومی

#### ۳-۱- وظیفه حمل‌کننده عمومی در ارائه خدمات

حمل‌کنندگان عمومی واحدهایی هستند که امر انتقال کالاهای متعلق به افراد جامعه را عهده دار هستند و به جهت آنکه ارائه دهنده خدمات عمومی به مردم می‌باشند لذا مکلفند سفارشات مردم را در مورد انتقال محمولات در قبال یک عوض متعارفی قبول نمایند و دادگاه‌های آمریکا این وظیفه موسسات حمل و کننده عمومی در پذیرش تمامی سفارشات مشتریان به نحو بدون تبعیض و در قبال عوض متعارف را مورد تأیید قرار داده‌اند (Henry, 1992, p.73). در نظام‌های حقوقی کامن لا از جمله در انگلیس و آمریکا حمل‌کنندگان به دو دسته تقسیم می‌شوند: ۱- حمل‌کننده عمومی؛ ۲- حمل‌کننده خصوصی. متصدی حمل و نقل عمومی شخصی است که شغل و حرفه وی به نحوی است که بایستی در مقابل تمامی اشخاص متقاضی و بدون حق انتخاب و گزینش قبول تعهد نماید که کالاهای آنها را در مقابل اجرت حمل نماید، مشروط بر اینکه فضا و ظرفیت مناسب را برای سفارش مشتری داشته باشد. اما متصدی حمل و نقل خصوصی اجباری در قبول هر کالایی از هر مشتری برای حمل ندارد بلکه حق انتخاب دارد (Chitty, 1989, p.420).

امروزه تامین کنندگان خدمات دسترسی به اینترنت، شرکت‌های مخابرات و مانند آنها را از مصادیق حمل‌کنندگان عمومی تلقی نموده و علی‌الاصول تابع قواعد سنتی حاکم بر آنها می‌باشند. دادگاه‌های آمریکا در موارد متعددی بر مبنای «دعوی الزام به انجام وظیفه» شرکت‌های تلفن را ملزم به ارائه خدمات به مشتریان با رعایت قوانین و مقررات مربوط کرده‌اند (Henry, 1992, p.47).

#### ۳-۲- عدم وظیفه حمل‌کننده عمومی در نظارت بر محتوا

در قوانین موضوعه کشورهای مختلف از جمله ایران، آمریکا و مانند آن استراق سمع و شنود مکالمات تلفنی و یا رهگیری پیام‌های الکترونیک ممنوع است. اصل ۲۵ قانون اساسی ایران بازرسی و فاش کردن مکالمات تلفنی و استراق سمع و هرگونه تجسس را جز به حکم قانون ممنوع اعلام داشته است. در ماده ۵۲۸ قانون مجازات اسلامی نه تنها وظیفه‌ای برای دستگاهها و موسسات ذیربط از جمله موسسات حمل‌کننده عمومی نظیر شرکت مخابرات، شرکت پست و رساها مبنی بر نظارت بر محتوای مراسلات مکاتبات، مکالمات، پیام‌های مشتریان پیش‌بینی نشده بلکه هرگونه تجسس و پایش در این خصوص نیز جرم تلقی شده است و فقط در مواردی که مقام قضایی یا قانون مجوز لازم را صادر نماید مجاز به آن هستند.

در فرانسه نیز به موجب قانون ۱۹۹۱ نظارت الکترونیک صرفاً با اخذ مجوز از قاضی تحقیق مجاز است (La loi N°9-636 du 10 Juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications). در آمریکا نیز به موجب قانون حریم خصوصی ارتباطات الکترونیک ۱۹۸۶ (Electronic Communications Privacy Act (ECPA) of 1986) هرگونه استراق سمع و تجسس بدون اجازه در ارتباطات الکترونیک «در حال گذر و انتقال» ممنوع می‌باشد. از این رو در نظام‌های حقوقی مختلف حمل و نقل‌کنندگان و ارائه‌دهندگان خدمات انتقال مکالمات و پیام‌ها وظیفه کنترل و نظارت بر محتوای داده‌های مورد حمل را نداشته و بر این اساس از یک نوع معافیت از مسئولیت ناشی از محتوای داده‌های مورد انتقال برخوردار هستند (Trudel, 2000, p.251 and Loundy, 1995, p.12). حمل‌کننده عمومی بر خلاف ناشر و توزیع‌کننده متعهد و ملزم به حمل پیام‌ها و انتقال آنها بوده و نمی‌تواند در انتقال پیام‌ها به جهت تفاوت محتوای آنها و با توجه شخصیت فرستنده آن قائل به تبعیض شود. لذا در این حالت که واسطه صرفاً نقش یک مجرای عبور برای انتقال داده‌ها و اطلاعات از یک سایت به سایت دیگر را به عهده دارد علی‌الاصول مسئولیتی بابت محتوای ارائه شده توسط کاربران و مشترکان خود ندارد (Johnson et Marks, 1993, pp.487 and 495).

## ب: عدم تکلیف ارائه‌دهندگان خدمات دسترسی و میزبانی به نظارت و کنترل

### محتوا

واسطه‌های الکترونیک اصولاً نقش ناشر را در فرایند پردازش داده‌ها و مبادلات و ارتباطات الکترونیک نداشته و در این رهگذر عموماً یا واجد وصف حمل‌کننده عمومی هستند و آن در مواردی است که گیرنده انتقال اطلاعات شخص معین بوده و یا واجد نقش توزیع‌کننده اطلاعات به اشخاصی غیر از فرستنده می‌باشند. در هر دو وصف مزبور نیز اصولاً در نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف، وظیفه نظارت و کنترل بر محتوای داده‌ها بر عهده واسطه الکترونیک قرار نداده بلکه حتی در بسیاری از موارد همانند قوانین مربوط به حمایت داده یا ارتباطات الکترونیک بی‌سیم و باسیم، واحدهای ارائه‌دهنده خدمات دسترسی و برقرارکننده ارتباط از هرگونه تجسس، پایش و استراق سمع ممنوع شده‌اند.

در فرانسه براساس قانون ۱۰ ژوئیه ۱۹۹۱ راجع به محرمانه محفوظ داشتن مکاتبات و مراسلات، واحدهای ارائه‌دهنده خدمات دسترسی مکلف به رعایت اصل محرمانگی مکاتبات و ارتباطات مشترکان و کاربران شده‌اند (Sédallian, p.23). از طرفی ماده ۹-۴۳۲ قانون مجازات این کشور برای اشخاصی که بدون اجازه مبادرت به استراق سمع و پایش مکاتبات و ارتباطات در حین انتقال یا دریافت داده می‌نمایند مجازات کیفری تعیین کرده است (Sédallian, p.23).

از دیدگاه دکتربین حقوقی فرانسه ارائه دهندگان خدمات دسترسی فاقد وظیفه نظارت بر محتوای اطلاعاتی هستند که از طریق آنها در دسترس کاربران و مشترکان قرار می‌گیرد. چرا که آنها صرفاً نقش یک حمل کننده ساده داده‌ها بدون داشتن امکان کنترل آنها در حال گذر و انتقال داده‌ها را داشته و از این رو هیچ‌گونه مسؤولیتی نبایستی متوجه آنها باشد. معهدا در خصوص ارائه دهندگان خدمات میزبانی رویه قضایی فرانسه موضع متفاوتی دارد؛ چرا که اولاً، ارائه دهندگان خدمات میزبانی را مکلف می‌دارد تا به مشتریان خود اعلام نمایند که بایستی حقوق شخصی افراد را رعایت نمایند (Sédallian, p.27). ثانیاً برای ارائه دهندگان خدمات میزبانی «تکلیف به مواظبت» را تحمیل کرده که این تکلیف ارائه دهندگان خدمات میزبانی مورد انتقاد متخصصین واقع شده است (Sédallian, p.28). چرا که وجود چنین تکلیفی به مفهوم تکلیف به کنترل و نظارت بر محتوای عملی و از نظر فنی ممکن نبوده و از نظر حقوقی نیز مغایر با قوانین مربوط به ممنوعیت استراق سمع و پایش است.

در آمریکا نیز به موجب قانون کپی رایت عصر دیجیتال مصوب ۱۹۹۸ ارائه دهندگان خدمات دسترسی و میزبانی نیز فاقد وظیفه نظارت بر محتوای می‌باشند. لذا چنانچه محتوای اطلاعات مورد انتقال یا ذخیره متضمن نقض کپی رایت دیگری باشد، واسطه الکترونیک فاقد مسؤولیت است. در قانون موصوف این عدم تکلیف واسطه‌های مزبور نسبت به نظارت بر محتوای و در نتیجه عدم مسؤولیت آنها بابت محتوای غیر قانونی داده‌ها، در قالب چهار بندرگاه امن پیش بینی شده که شرایط اعمال آنها نیز در قانون به طور دقیق ذکر شده است. لذا به طور کلی قاعده کلی در نظام حقوقی فعلی تحت قانون مزبور این است که در مواردی که اطلاعات حاوی محتوای غیر قانونی صرفاً در سیستم واسطه الکترونیک ذخیره یا از طریق آن عبور داده شده باشد و واسطه مزبور از محتوای آن آگاه نباشد، فاقد مسؤولیت است (Schwabach, 2006, pp.191-4). قانون مصونیت ارتباطات ۱۹۹۶ نیز واسطه‌های الکترونیک را از وظیفه نظارت بر محتوای معاف کرده است. معهدا در مواردی که واسطه مزبور به جهت نوع فعالیتی که به عهده دارد همانند یک ناشر عمل نموده و در درج عبارت و متون موضوع پیام‌ها و اطلاعات ارسالی دخیل باشد، واجد مسؤولیت و وظیفه نظارت بوده و به عنوان توزیع کننده‌ای که مصون از مسؤولیت باشد تلقی نمی‌شود (Deturbide, 2000). در نظام حقوقی انگلیس نیز بر اساس قانون افترا ۱۹۹۶ واسطه‌های الکترونیک فاقد وظیفه کنترل و نظارت بر محتوای می‌باشند، مشروط بر اینکه فعالیت واسطه مزبور به صورت انتشار و چاپ نباشد (Lindsay, 2000, p.109). به موجب بند (۱) ماده ۱۵ دستورالعمل شماره ۲۰۰۰/۳۱ پارلمان و شورای اروپایی جامعه اروپا راجع به جنبه‌های حقوقی خدمات جامعه اطلاعاتی بویژه تجارت الکترونیک در بازار داخلی (دستورالعمل راجع به تجارت الکترونیک) نیز ارائه دهندگان خدمات اینترنتی تکلیفی برای

نظارت بر محتوی ندارند. بر همین اساس دولت‌های عضو را مکلف نموده است تا از تحمیل وظیفه کنترل و نظارت بر محتوی بر آن دسته از تأمین کنندگان خدمات اینترنتی که وظیفه آنها «صرف عبور» (Mere conduit) اطلاعات، «ذخیره موقت» (Caching) یا میزبانی است خودداری نمایند. مشروط بر اینکه تحت شرایط مندرج در مواد ۱۲، ۱۳ و ۱۴ دستورالعمل اقدام کرده باشند.

در نظام حقوقی کشور ما اصل ۲۵ قانون اساسی و ماده ۵۲۸ قانون مجازات اسلامی مبین ممنوعیت هرگونه استراق سمع، شنود و پایش غیر مجاز از مکالمات تلفنی، مکاتبات و مراسلات است. لذا به عنوان قاعده کلی می‌توان گفت واسطه‌های ارتباطات پستی و مخابراتی نه تنها مکلف به نظارت بر محتوای مکالمات و نامه‌ها و مراسلات مشتریان نمی‌باشند بلکه از انجام این کار ممنوع می‌باشند. درخصوص ارتباطات اینترنتی قوانین موضوعه حکم صریحی ندارند. ماده ۳-۵-۱ از آئین نامه واحدهای ارائه کننده خدمات اطلاع رسانی و اینترنت رسا مصوب شورای عالی انقلاب فرهنگی مقرر می‌دارد: «موسسات، شرکت‌های رسا ISP و کاربران برای محتوایی که خود بر روی شبکه عرضه می‌نمایند طبق این آئین نامه مسؤول و پاسخگو می‌باشند».

از طرفی ماده ۳-۵-۲ آئین نامه یاد شده درخصوص رعایت قوانین مالکیت معنوی مقرر می‌دارد: «مسئولیت رعایت قوانین مالکیت معنوی و حق تالیف و تصنیف به عهده ارائه کننده اطلاعات در شبکه می‌باشد.» ماده ۳-۵-۴ نیز مقرر می‌دارد: «مسئولیت رسا ISP در مورد دسترسی به اطلاعات عرضه شده توسط دیگران محدود به ایجاد امکان و اعمال بر قراری پالایه در شبکه خواهد بود.» ماده ۳-۵-۱۵ نیز دسترسی غیر قانونی رساها به حریم اطلاعات خصوصی کاربران را ممنوع اعلام داشته است.

لذا در نظام حقوقی کنونی ایران با فرض پذیرش اعتبار قانون برای مصوبه شورای عالی موصوف و با توجه به اصل ۲۵ قانون اساسی و اطلاق ماده ۵۲۸ قانون مجازات اسلامی، واسطه‌های الکترونیک فاقد تکلیف کلی بر نظارت و کنترل محتوا بوده، بلکه تنها تکلیفی که برای آنها پیش بینی شده است ارائه اطلاعات کلی کاربران و بانک فعالیت‌های اینترنتی کاربران به وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات می‌باشد و نیز رساها مکلف به تمهید لازم برای اعمال برقراری پالایه در شبکه خود شده‌اند (ماده ۳-۵-۳) تا در موارد ضروری مطابق ضوابط مربوط نسبت به حذف اطلاعات متضمن محتوای غیر قانونی اقدام نمایند.

### مبحث دوم: عدم علم و آگاهی از غیر قانونی بودن محتوی

**الف: عدم علم و آگاهی نسبت به محتوی:** در مواردی که رساها واجد علم و آگاهی نسبت به غیر قانونی بودن محتوی می‌باشند و یا به هر نحوی بعد از انتقال محتوای غیر قانونی از آن مطلع شوند مکلفند که نسبت به حذف محتوای مزبور از شبکه و یا غیر قابل دسترس نمودن آن اقدام نمایند. در نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف نیز که در قوانین موضوعه معافیهایی برای رساها پیش بینی شده است. اعمال معافیت منوط به عدم وجود علم و اطلاع رسا از محتوای داده‌های انتقال داده شده یا ذخیره شده است. بنابراین در این فرض هر چند واسطه وظیفه‌ای در کنترل محتوی نداشته است و به اقتضای وظیفه حرفه‌ای و شغل قانونی خود مکلف به انتقال یا ذخیره داده‌های کاربران و مشترکان می‌باشد اما حسن ایفای چنین وظیفه‌ای مادامی است که محتوای داده غیر قانونی نبوده و واسطه نسبت به محتوای غیر قانونی علم و اطلاع نداشته باشد. به محض حصول اطلاع از غیر قانونی بودن محتوای داده‌ها، هر گونه اقدامی که واسطه در انتقال، توزیع یا ذخیره آن بنماید به منزله همکاری و مشارکت در انجام یک فعل زیانبار تلقی شده و موجب تحقق مسؤلیت مشارکتی برای آن می‌شود. حتی در برخی نظام‌های حقوقی در چنین حالتی نه تنها واسطه را از ارائه خدمات دسترسی و میزبانی برای داده و اطلاعات متضمن محتوای غیر قانونی منع می‌کنند، بلکه وی را مکلف به حذف محتوی و یا مسدود نمودن دسترسی به آن نیز می‌نمایند.

در نظام حقوقی ما نیز در چنین حالتی می‌توان واسطه را به جهت مباشرت در انتشار یا توسعه محتوای غیرقانونی مسؤول شناخت. زیرا در فرضی که یک واسطه با علم به توهین آمیزبودن یک پیام مبادرت به انتشار و توزیع از طریق سیستم پیام کوتاه یا پست الکترونیک و یا طرق دیگر خدمات اینترنتی می‌نماید، در توزیع و انتشار گفتارهای توهین آمیز مباشرت داشته و مصونیت وی که مشروط به عدم علم و آگاهی از محتوی بوده از بین می‌رود. و یا در فرضی که یک ارائه دهنده خدمات دسترسی و انتقال داده با علم به اینکه محتوای داده‌ها و اطلاعات کاربر یا مشترک واجد متضمن نقض کپی رایت دیگری است، مبادرت به ارائه خدمات به کاربر یا مشترک مزبور جهت انتشار و توزیع اثر می‌نماید، فی الواقع در نقض حق توزیع و انتشار و نسخه برداری و تکثیر دارنده کپی رایت مشارکت اساسی داشته است و براین اساس مسؤولیت خواهد داشت. چرا که با حصول اطلاع از محتوای غیر قانونی موضوع داده‌ها یا مکالمات مورد انتقال، مکلف به عدم ارائه یا قطع خدمات جهت ذخیره یا انتقال و توزیع آنهاست؛ چنانچه در اجرای این وظیفه کوتاهی و قصور ورزد مرتکب تقصیر شده و براساس ماده (۱) قانون مسؤولیت مدنی مسؤول خواهد بود.

مطابق ماده ۸-۴۳ قانون سپتامبر ۱۹۸۶ فرانسه در ارتباط با آزادی ارتباطات، ارائه دهنده خدمات نگهداری اطلاعات از زمانی که علم پیدا می‌کند که محتوای اطلاعات ذخیره شده غیر قانونی است یا موجب ایراد خسارت به دیگری می‌شود مکلف است که احتیاط لازم را رعایت کند. البته این حکم قانون مزبور در ۲۷ ژوئیه ۲۰۰۰ از طرف شورای قانون اساسی مغایر با قانون اساسی اعلام شد. اما با این حال قانون اول اوت ۲۰۰۰ با قدری اصلاحات منتشر شد (کلود کلمبه، ۱۳۸۵، ص ۱۹۲).

**ب: درجه علم و آگاهی (علم واقعی یا علم فرضی):** در بحث مسئولیت مدنی واسطه‌های الکترونیک نیز بایستی بر این عقیده بود که وجود علم واقعی می‌تواند موجب ثبوت مسئولیت باشد اما شرط لازم برای مسئولیت نیست بلکه صرف وجود اوضاع و احوال و قرائن قانونی یا عرفی که مبین وجود علم و اطلاع اشخاص از محتوای غیر قانونی داده‌ها و اطلاعات باشد کفایت می‌نماید. در قوانین کشورهای متخلف از جمله آمریکا، انگلیس، استرالیا، آلمان و مانند آن نیز علم واقعی شرط تحقق برای رساها پیش بینی نشده، بلکه اثبات علم فرضی نیز می‌تواند کافی برای تحقق مسئولیت باشد.

براساس بند (۲) ماده ۱۴ دستورالعمل اروپایی تجارت الکترونیک سال ۲۰۰۰ در صورتی ارائه دهنده خدمات میزبانی از مسئولیت معاف خواهد بود که نسبت به غیر قانونی بودن فعالیت یا اطلاعات علم واقعی نداشته باشد؛ معهذا در بند مزبور تصریح شده است در مورد دعاوی مربوط به مطالبه خسارت در صورتی از مسئولیت معاف خواهد بود که از اوضاع و احوال و شرایطی که دلالت بر غیر قانونی بودن اطلاعات یا فعالیت مزبور نمایند اطلاع نداشته باشد. لذا دستورالعمل مزبور دو نوع علم را برای دو نوع دعوی با ماهیت متفاوت پیش بینی نموده است. در دعاوی کیفری، وجود علم واقعی لازم و ضروریست اما در مورد دعاوی حقوقی یا مدنی راجع به مطالبه خسارت که در واقع مبتنی بر قواعد مسئولیت مدنی است، وجود علم واقعی لازم و ضروری نبوده بلکه چنانچه ارائه دهنده خدمات از اوضاع و احوال و شرایط حاکم بر پردازش اطلاعات و فعالیت کاربر یا مشترکان که دلالت بر وجود عنصر غیر قانونی بودن محتوای اطلاعات یا فعالیت مزبور نماید اطلاع پیدا نماید، علم و اطلاع وی نسبت به غیر قانونی بودن محتوا یا فعالیت مفروض می‌گردد (Hörnle, op.cit,p.3). در نظام حقوقی آمریکا نیز ماده (ج) ۵۱۲ قانون کپی راییت در عصر دیجیتال ۱۹۹۸ نیز شرط عدم مسئولیت ارائه دهنده خدمات را علاوه بر نداشتن علم واقعی، «عدم آگاهی از وقایع یا اوضاع و احوال» ذکر کرده است که فعالیت ممنوعه مبتنی بر نقض کپی‌رایت از آن استنباط و کشف گردد.

## مبحث سوم: وظیفه حذف محتوی غیر قانونی یا مسدود نمودن دسترسی به آن

واسطه الکترونیک نه تنها مکلف است در صورت علم به غیر قانونی بودن محتوا از ارائه خدمات جهت ذخیره یا انتقال اطلاعات خودداری کند بلکه هرگاه در حین انتقال یا ذخیره اطلاعات یا بعد از آن از غیر قانونی بودن محتوی اطلاع پیدا کرد بایستی نسبت به حذف آن یا غیر قابل دسترس نمودن آن اقدام نماید (Henry, 1992, p.111).

در مورد نشریات و اشخاصی که فعالیت آنها به عنوان ناشر است، عموماً ناشر مکلف است که اگر توضیحی از طرف ذینفع مبنی بر غلط بودن اظهارات منتسب به شخص معترض وصول نمود آن را در شماره‌های بعدی چاپ و منتشر نماید. ماده ۲۳ قانون مطبوعات ایران چنین حکمی را بیان داشته است. اما از آنجا که سخن در مورد آن دسته از واسطه‌های الکترونیکی است که نقش ناشر را نداشته، بلکه توزیع کننده یا حمل کننده و یا ارائه دهنده خدمات میزبانی می‌باشند. واسطه‌های الکترونیک مکلفند که در صورت حصول اطلاع از غیر قانونی بودن محتوا نسبت به حذف آن اقدام نمایند (Sédallian, op.cit, p.23-6; Lindsay, 2000, p.142). اما زمان اجرای این تکلیف برای واسطه یکی از مسائلی است که نیازمند بررسی بیشتر است.

الف: حذف اطلاعات و قطع خدمات با دستور مقام قضایی یا اداری ذی صلاح: به موجب بند ۳ ماده ۱۲ دستورالعمل اروپایی تجارت الکترونیک در خصوص اطلاعاتی که توسط ارائه دهندگان خدمات اینترنتی به جهت صرف «مجرای انتقال» ذخیره موقت و انتقال داده می‌شوند مقرر می‌دارد که در مواردی که دادگاه یا مقام اداری ذیربط دستور می‌دهد که نسبت به حذف اطلاعات متضمن محتوای غیر قانونی یا خاتمه ارائه خدمات به کاربر یا مشترک متخلف اقدام گردد ارائه دهنده خدمات مکلف به اجرای دستور مزبور است. همین حکم در بند (۲) ماده ۱۳ دستورالعمل یاد شده در مورد «ذخیره‌های سهل الوصول» پیش بینی شده است. بند ۳ ماده ۱۴ نیز مقرر می‌دارد که براساس نظام حقوق ملی کشورهای عضو، ممکن است دادگاه یا مقام اداری ذی صلاح ارائه دهنده خدمات را به خاتمه دادن یا جلوگیری از یک عمل غیر قانونی ملزم نماید. ضمن آنکه این اختیار برای دولت‌های عضو پیش بینی شده است که شرایط قانونی لازم برای حذف یا غیر قابل دسترس نمودن اطلاعات متضمن محتوای غیر قانونی را وضع نمایند. در فرانسه به موجب قانون یکم اوت ۲۰۰۰ (شماره ۷۱۹-۲۰۰۰) معافیت ارائه دهنده خدمات منوط به این شرط می‌باشد که به محض دریافت گزارش یا دستور مقام قضایی ذیصلاح دسترسی به محتوای غیر قانونی مورد نظر را مسدود نماید.

در نظام حقوقی ایران، ماده ۵۲۸ قانون مجازات اسلامی مفتوح یا توقیف یا معدوم یا بازرسی یا ضبط یا استراق سمع مکالمات تلفنی، مراسلات یا مخابرات اشخاص را توسط



مامورین دولتی ممنوع اعلام کرده است. با توجه به حکم ماده ۱۰۴ قانون آئین دادرسی کیفری به نظر می‌رسد هرگونه مداخله مقامات عمومی و خصوصی بر کشف محتوای اطلاعات و داده‌ها نیازمند اخذ دستور مقام قضایی است. معهدا در بند ۳-۳-۵ آئین‌نامه واحدهای ارائه کننده خدمات اطلاع رسانی و اینترنت، رساها مکلف به تبعیت از دستورات شورای عالی اطلاع رسانی شده‌اند به طوری که رساها مکلفند ضمن برقراری پالایه در شبکه، نسبت به حذف اطلاعات و مصادیقی از موارد پالایه که توسط شورای عالی مزبور تعیین می‌شوند اقدام نمایند.

### ب: وظیفه حذف اطلاعات یا مسدود کردن دسترسی به آنها به محض حصول

#### اطلاع

در برخی کشورها همانند آلمان قانون‌گذار وجود علم و آگاهی واسطه الکترونیک را پیش شرط مسئولیت آن دانسته و مقرر شده است با اعلام واسطه نسبت به غیرقانونی بودن محتوای بایستی نسبت به حذف و رفع اثر از آن اقدام نماید. این علم واسطه ممکن است از طریق اعلام ذینفع یا هر شخص دیگری از جمله نهادهای دولتی ذیربط محقق گردد. اما طریقه ارسال اخطار رسمی برای ارائه دهنده خدمات جهت حذف یا مسدود کردن دسترسی به محتوای غیر قانونی پیش بینی نشده است و همین موضوع مورد انتقاد نویسندگان حقوقی بوده است (Lütje in Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia Recht, December, 1998, Rn279 (see: Markus 2001, p.23).

در فرانسه نیز به موجب بند اخیر قانون اول اوت ۲۰۰۰ رساها مکلف شده‌اند که در صورت حصول اطلاع از غیر قانونی بودن اطلاعات ذخیره شده در سرور میزبان خود بایستی «مراقبت‌های مقتضی» (Diligences appropriées) را معمول داشته در غیر این صورت مسؤول خواهند بود. البته این بند بوسیله شورای قانون اساسی باطل اعلام شد؛ دلیل بطلان آن نیز روشن نبودن مفهوم عبارت «مراقبت‌های مقتضی» بود (Trudel, 2001, p.16). بر اساس جزء (ب) بند یک ماده ۱۴ دستورالعمل تجارت الکترونیک اروپا نیز ارائه دهنده خدمات مکلف است به محض حصول علم واقعی یا فرضی نسبت به غیر قانونی بودن محتوای اطلاعات با فعالیت کاربران یا مشترکان خود، سریعاً نسبت به حذف اطلاعات مزبور یا مسدود کردن دسترسی به آنها اقدام نماید. در این ماده نیز درخصوص نحوه حصول اطلاع و شرایط شکلی و ماهوی اخطاریه مقرراتی پیش بینی نشده است. معهدا قسمت اخیر بند (۳) ماده مزبور تعیین شرایط شکلی حاکم بر نحوه حذف یا مسدود کردن دسترسی به اطلاعات را به قوانین ملی دولت‌های عضو احاله داده است.