

# حریم خصوصی؛ حق یا حکم

تاریخ دریافت: ۹۰/۲/۱۱

تاریخ تأیید: ۹۰/۱۱/۱۹

جلیل قنواتی\*  
حسین جاوری\*\*

## چکیده

مخالفان حمایت از حریم خصوصی به تحصیل، پردازش و حتی تجاری‌سازی داده‌های فردی تمایل زیادی نشان می‌دهند. همچنین، این عمل حتی اگر با جلب رضایت همراه باشد، شخصیت و امنیت فردی و اجتماعی اشخاص را با مخاطره‌های جدی مواجه می‌سازد؛ از این رو، یکی از پرسش‌های بنیادین در حوزه حریم خصوصی، میزان اختیارات و دامنه تأثیر اراده اشخاص نسبت به تصرف در حریم خصوصی و امکان نقل، انتقال و اسقاط آن در روابط انسان‌ها با یکدیگر است.

پاسخ به این پرسش در گرو «حق» یا «حکم بودن» حریم خصوصی است. اگر حریم خصوصی «حکم» باشد، امکان دخالت اراده انشایی اشخاص در نقل یا اسقاط وجود ندارد، هر چند سقوط حریم خصوصی با اعمال اراده تکوینی، ممکن به نظر می‌رسد. جنبه‌هایی از حریم خصوصی که با کرامت انسانی، شخصیت و حیثیت معنوی شخص موضوع حریم خصوصی در ارتباط باشد «حکم» محسوب می‌شود؛ ولی جنبه‌های غیرمرتبط با مقوله‌های یادشده را «حق» می‌گویند که قابلیت مال‌انگاری دارد و در دامنه نقل، انتقال یا اسقاط قرار می‌گیرد.

**واژگان کلیدی:** حریم خصوصی، حیثیت معنوی، داده، حق، حکم، نقل، انتقال و اسقاط.

\* استادیار دانشگاه تهران - پردیس قم / نویسنده مسئول (j\_qhanavati@yahoo.com).

\*\* استادیار دانشگاه حضرت معصومه (h.javar@yahoo.com).

## مقدمه

«حریم» در لغت به محدوده‌ای از پیرامون چیزی گفته می‌شود که برای صیانت از حقوق و بهره‌برداری از آن لازم است (فیومی، [بی‌تا]، ص ۱۳۳ / مصطفوی، ۱۴۰۲، ص ۲۰۲). همچنین گفته شده، «حریم» هر امر ممنوعی است که هتک آن جایز نباشد (سعدی، ۱۴۰۸، ص ۸۶)؛ بنابراین هر چیزی که محترم شمرده شود، ماهیتاً دارای محدوده‌ای می‌باشد که مصون از تعرض بوده است و مانع هر نوع تعدی و هتک به آن می‌شود، این مطلب نسبت به انسان، دارای صفتی است که شخص نسبت به آن حساس بوده و برای حفظ آن به دفاع برمی‌خیزد (واسطی، ۱۴۱۴، ص ۱۳۵ / شیرازی، ج ۲، ۱۴۲۸، ص ۳۴)؛ از این رو، حریم خصوصی، قلمرویی از زندگی شخصی است که هر فردی انتظار دارد از تعرض مصون باشد و حرمت در آن به معنای مطلق، ممنوعیت و محدودیت، در قبال اطلاق و ارسال است به گونه‌ای که حتی حرمت تکلیفی نیز به آن برمی‌گردد؛ در این صورت معنای حرمت تکلیفی، به معنای محدودیت افراد در صدور فعل مغایر مصونیت، در مورد شیء ممنوع است و حرمت وضعی نیز به معنای محدودیت در ترتب آثار خواهد بود (اشتهدادی، ۱۴۱۷، ص ۱۲۹-۱۳۰)؛ بنابراین حرمت حریم خصوصی بدین معناست که هتک آن جایز نیست (شیرازی، ۱۴۲۸، ص ۳۴) و در واقع، ملاک آن وجود محدوده ممنوع از تعرض می‌باشد که مانع از تجاوز به آن می‌شود. البته به رغم این جامعیت، در صورتی که حرمت به معنای خاصی (نظیر حرمت تکلیفی) به کار رود از گونه تعدد دال و مدلول بوده و بدون اشکال به نظر می‌رسد (همان). بر این اساس مسکن، اموال، اسرار، اطلاعات شغلی و خانوادگی، ارتباطات، مکاتبات، شرف و آبرو از جمله مقوله‌های اعتبار شخصی حریم خصوصی محسوب می‌شوند و در اسلام محترم شمرده شده‌اند. قواعد عامی همچون نهی از تجسس، تلقی حرمت آبروی مسلمان به مثابه حرمت خون وی (هاشمی خویی، ۱۴۰۰، ص ۳۸۴) حرمت اهانت به مؤمن (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۳۴۲) و تلقی غیبت به مثابه هتک آبروی مؤمن (همان، ص ۳۲۷)، مصونیت اطلاعات شخصی (نوری، ۱۴۰۸،

صص ۱۱۶ و ۳۱۶)، حرمت تجسس، ممنوعیت بازکردن نامه‌های پستی و کنترل مکالمات (الدینوری، ۱۴۲۹، ص ۴۱۱) در حقوق اسلام از جلوه‌های حمایت از حریم خصوصی‌اند؛ بنابراین حریم خصوصی مفهومی است انتزاعی که از مجموعه حقوق و تکالیف در ابواب گوناگون به دست می‌آید و در عین حال در همه مقوله‌ها و مصادیق، مفهوم واحدی دارد که دامنه آن ممکن است در هر مورد و به حسب ویژگی‌های متعارف، دچار تغییراتی شود. این تغییرات در دامنه مصادیق، خللی به مدعای یادشده وارد نمی‌کند و به همین ترتیب می‌توان گفت، احترام حریم خصوصی و حرمت آن نیز قاعده‌ای اصطیادی است که از برخی روایات، استنباط و به همین نام معروف شده است.

## ۱. طرح مسئله و چالش‌های پیش رو

یکی از مهم‌ترین چالش‌هایی که در حوزه اختیارات و تصرفات اشخاص قرار می‌گیرد، امکان و میزان تأثیر اراده اشخاص در حق حریم خصوصی است. پرسش اینکه شخص موضوع حریم خصوصی و سایرین تا چه اندازه می‌توانند در دامنه موضوعات مرتبط با حریم خصوصی تصرف کنند. آیا امکان اسقاط «حق» بر حریم خصوصی و نقل و اباحه در تصرف و دخالت «اذن» و «اراده اعلامی» شخص موضوع حریم خصوصی، در قبض و بسط آن وجود دارد یا خیر؟

دسترسی به مفاد حریم خصوصی اشخاص از راه‌های گوناگونی صورت می‌گیرد. توسل به راه‌های مخفیانه برای نیل به اطلاعات محرمانه اشخاص، شایع‌ترین راه‌هاست. اگرچه با این روش و در طول سال‌های متمادی، مجموعه اطلاعات مشخص درباره افراد، در دسترس قرار داشته، ولی در این باره کمتر چالش بروز کرده است؛ زیرا نقطه آغاز چالش درباره محرمانگی اطلاعات شخصی افراد، از زمان پیدایش جامعه شبکه‌ای است که امروزه در شکل دیجیتال می‌تواند به جست‌وجوی سریع، توزیع فوری و ترکیب یکدست اطلاعات موجود با دیگر منابع اطلاعاتی برای تولید گزارش‌های جامع‌تر درباره خصوصیات و فعالیت‌های افراد بپردازد که لوازم اجتماعی و فردی چنین پایگاه‌های اطلاعاتی، نگرانی‌های فراوانی را برانگیخته است. اگرچه نگرانی عمومی

درباره پایگاه‌های شبکه‌ای اطلاعات هویتی افراد در حال افزایش است؛ ولی از سوی دیگر مؤسساتی وجود دارند که درباره پردازش داده‌های شخصی به ویژه در حوزه داده‌های تراکنشی و ترافیکی فعالیت می‌کنند. مؤسسات پردازش‌گر بر حق خود درباره تحصیل، پردازش، مبادله و به اشتراک گذاشتن این گونه داده‌ها تأکید دارند. شرکت‌ها این داده‌ها را واجد ارزش اقتصادی و مبادلاتی دانسته‌اند و خود را مالک آن می‌دانند ( / Kang, 1998, p.1246-1294 / Laudon, 1996, p.92 / Fromkin, 1996, p.395 / Littman, 1997, pp.237 & 240).

بحث تحصیل و پردازش داده‌های اشخاص در فرآیند مبادلاتی از دو جهت مهم است؛ نخست اینکه، آیا خود افراد می‌توانند داده‌های مربوط به خود را در فرآیند مبادلات تجاری قرار دهند؟ دوم اینکه، اگر مؤسساتی که درباره تحصیل، پردازش، مبادله و به اشتراک گذاشتن این گونه داده‌ها فعالیت می‌کنند، بتوانند در روند فعالیت خود داده‌های هویتی مربوط به افراد را تحصیل کنند، آیا برای پردازش و تصرفات مالکانه بر این داده‌ها حقی خواهند داشت؟ روشن است پاسخی که به پرسش اول داده می‌شود، تأثیر مستقیمی بر پاسخ پرسش دوم خواهد داشت. در واقع، نکته اصلی در این دو پرسش، پیرامون محور میزان تسلط و توانایی اشخاص بر داده‌های مربوط به خود یا دیگران می‌چرخد.

از دیدگاه مخالفان، حمایت گسترده و قوی از محرمانگی اطلاعات مربوط به هویت افراد، اشخاص موضوع داده حق دارند از راه فرآیند تحصیل، فعالیت و سنجش آگاهانه داده درباره زمان و چگونگی واگذاری داده‌های خود به دیگران، تصمیم‌گیری کنند؛ به عبارت دیگر گرچه در بدو امر، داده‌های هویتی افراد محرمانه تلقی می‌شود؛ ولی این امر مانع از آن نیست که حقوق مربوط به محرمانگی، قابل تجارت نباشد ( / Kang, 1998, p.1193 / Swirve & Litan, 1998, p.156-170 / Loudon, 1996, p.92).

گفتنی است در حقوق خارجی از جمله کامن‌لا، برخی دانشمندان با تکیه بر کرامت انسانی و شأن انسانی، بر حرمت و احترام شئون معنوی به ویژه آبروی اشخاص، تأکید دارند و تصرف‌های پیش‌گفته را صرفاً در این چهارچوب می‌پذیرند

(Samuelson, 1999, p.751). از دیدگاه این محققان، بعضی از مصادیق داده‌های مربوط به حریم خصوصی اشخاص در حوزه موضوعات مربوط به نظم عمومی، اخلاق حسنه، فرهنگ عمومی و حقوق ویژه افراد در حفظ محرمانگی نمود می‌یابد (Samuelson, 1999, p.751). در ادامه از این گونه داده‌ها با عنوان داده‌های مربوط به شخصیت، هویت و حیثیت معنوی شخص موضوع داده، یاد خواهد شد.

اما حقیقت این است که - به ویژه در حقوق ایران - نمی‌توان به پرسش‌های یادشده به صورت یکسان و مطلق پاسخ داد. هنگامی که به وصف محرمانگی در حریم خصوصی و مفاد داده‌های محرمانه مربوط به شخص موضوع حریم خصوصی توجه و ملاحظه می‌شود، حریم خصوصی طیفی است که مقوله‌ها و جنبه‌های گوناگون محرمانگی را در خود جای داده است. طرح حریم خصوصی نیز بعضی از مصادیق این داده‌ها را با عنوان «داده‌های حساس» برشمرده است.

بعضی دیگر از مصادیق داده‌های مربوط به شخص موضوع حریم خصوصی در حوزه‌هایی محقق می‌شود که فرض مالکیت یا سلطه شخص موضوع داده، موانع یادشده را ندارد. مهم‌ترین ویژگی این گونه داده‌ها، اینکه معمولاً نسبت به افشا یا دستیابی دیگران به این داده‌ها، حساسیتی وجود ندارد و در فرض افشا، آبروی شخص موضوع داده، حیثیت معنوی و جایگاه اجتماعی وی به خطر نمی‌افتد. بعضی از داده‌هایی که در فرآیند تراکنشی و در ارتباط‌ها و مبادله‌های الکترونیکی، به ویژه در ارتباط‌های تجاری به دست می‌آید، در این قسم قرار دارد.

در حقوق ایران، امکان مال‌انگاری مقوله‌های حریم خصوصی و موارد آن، در واقع در گرو امکان دخالت اراده شخص موضوع حریم خصوصی یا شرکت‌های پردازش‌گر برای تصرف در این حوزه می‌باشد. مهم‌ترین بحثی که به این موضوع می‌پردازد، بحث «حق و حکم» است. گفتنی است بحث «حق و حکم» هم در روابط طولی انسان با شارع حکیم مطرح می‌شود و هم در روابط عرضی انسان‌ها با یکدیگر. نوشتار حاضر عمدتاً ناظر به روابط عرضی و روابط افراد با یکدیگر و میزان اختیارات و دامنه اختیار آنها نسبت به تصرف در امور مربوط به خود می‌باشد؛ بنابراین به خوبی نمایان است، در حقوق کنونی چالش‌هایی که در بعضی از زمینه‌های جدید و نوظهور به وجود آمده،

بعضاً در مباحث بنیادین حق و حکم ریشه دارد و در واقع، پاسخ مبنایی به این معضلات به موضع‌گیری صحیح در رتبه نظریه‌پردازی در این حوزه بستگی دارد؛ به طور مثال بحث اقتصاد اطلاعات، نقش اراده در تعیین دامنه حریم خصوصی، امکان قرارگرفتن حریم خصوصی به عنوان موضوع معامله، اسقاط و صرف‌نظرکردن از حق خلوت در قبال عوض یا بدون عوض، انتقال حق حریم خصوصی به ارث که در زمان حیات مُورث، نقض و به آن تجاوز شده و جریان نقل، انتقال و اسقاط در حقوق مربوط به شخصیت، همگی با مباحث بنیادین مالکیت حق و حکم، ارتباط تنگاتنگی می‌یابند.

همچنین رضایت شخص موضوع حریم خصوصی به نقض جزئی یا کلی حریم خصوصی، اجازه‌دادن برای دسترسی به داده‌های شخصی، پردازش و نشر آن و فعالیت شرکت‌های پردازش‌گر در این زمینه‌ها، همه تابعی از تلقی حریم خصوصی به عنوان «حق» در معنای اخص کلمه خواهد بود که قابلیت نقل، انتقال و اسقاط را داشته باشد که در این باره زمام اختیار به طور کلی در دست صاحب حق است تا به هرگونه که می‌خواهد، در آن عمل، تصرف، تعویض یا مبادله را حسب‌خواست خود صورت دهد؛ به عبارت دیگر مباحث یادشده، در نسبت با حق یا حکم‌بودن حریم خصوصی، پسینی و در رتبه مؤخر قرار دارد.

در این نوشتار با مراجعه به دیدگاه‌های مطرح‌شده درباره حق و حکم، نظریه مناسب درباره مفهوم حق و حکم در حریم خصوصی و اثر آن در این باره بیان شده؛ سپس یکی از مهم‌ترین معضلات این حوزه مطالعاتی در تشخیص حق یا حکم‌بودن مقوله‌های حریم خصوصی و معیارهای اثباتی آن، مورد توجه قرار گرفته است.

## ۲. مفهوم و اوصاف حق و حکم

اگرچه مشروعیت نهاد «حق» از نظر مبنا با نهاد «حکم» مشابهت دارد؛ ولی نمی‌توان از تفاوت‌ها و علت چنین تفاوت‌هایی چشم‌پوشید؛ از این رو، لازم است نهاد حق به طور مستقل بررسی و جایگاه آن معلوم شود (حکمت‌نیا، ۱۳۹۰، ص ۴۱) و سپس مهم‌ترین اثر تمایز نهاد حق از نهاد حکم مورد توجه قرار گیرد.

## ۲-۱. مفهوم حق و حکم در حوزه حریم خصوصی

مفهوم «حق» و «حکم»، بدون طرح دیدگاه‌های گوناگونی که در این باره وجود دارد با ارائه دیدگاه مورد پذیرش و تأکید بر موضوع حریم خصوصی، دنبال می‌شود.

### ۱-۱-۲. مفهوم حق در حوزه حریم خصوصی

معانی متعددی برای «حق» گفته شده؛ با وجود این، همه آنها در حقیقت به معنای واحدی برمی‌گردند و بقیه معانی، از باب اشتباه مفهوم به مصداق است و آن معنای واحد به اعتبار وجه مصدری حق، «ثبوت» و به اعتبار وجه وصفی آن، «ثابت» است؛ بنابراین هر چیزی که دارای نحوه‌ای از ثبوت و تقرر باشد را می‌توان «حق» نامید، ثبوت آن واقعی باشد یا اعتباری (گرجی، ۱۳۷۲، ص ۲۹-۳۸). در بیان ماهیت آن نیز می‌توان گفت «حق» مصداقاً و در هر مورد، اعتبار مخصوصی است که آثار خاص خود را داراست. این اعتبار به گونه‌ای است که گاه مفید «اقتدار و سلطنت» در متعلق حق و گاه بدون اعتبار ملکیت یا سلطنت، صرفاً مفید «اختصاص» در مقابل شخص دیگر است.

درباره مقوله‌های حریم خصوصی نیز اگر اقتدار شخص در حیثیات مرتبط با حقوق مالی داده‌های فردی به رسمیت شناخته شود، عناصر حق در این باره، تمام به نظر می‌رسد؛ ولی اگر حتی درباره این‌گونه داده‌ها، سلطه‌ای برای شخص موضوع داده در نظر گرفته نشود، اعتبار اختصاص داده به شخص موضوع، در مقابل شرکت‌های پردازش‌گر داده و یا سایر اشخاص، مسلّم به نظر می‌رسد؛ زیرا رابطه شخص موضوع حریم خصوصی با داده‌های مربوط به خود، ضعیف‌تر از حق اختصاص خمر نیست، بلکه از جهاتی اعتبار حق اختصاص در بحث حریم خصوصی اولویت دارد؛ بنابراین حق بر حریم خصوصی یا اختصاص آن به شخص موضوع حریم خصوصی، ماهیتاً نوعی مصونیت شخص است در محدوده‌ای خاص که از جمله مهم‌ترین اثر آن، حرمت تصرف در آن محدوده و ممنوعیت مزاحمت درباره آن می‌باشد.

## ۲-۱-۲. مفهوم حکم

در برابر حق اصطلاحی، حکم شرعی، قانونی است که قانونگذار براساس مصالحی برای تنظیم حیات مادی و معنوی اشخاص، جعل کرده و به نوعی به فعل مکلف، وجود مکلف یا حیثیات مربوط به وی تعلق گرفته است و در اصطلاح، اعتباری است که قانونگذار از حیث اقتضا و تخییر صادر کرده است (خویی، ۱۴۲۲، ص ۹۲) و حکم اقتضایی حکمی است که در آن طلب به طور مطلق وجود دارد و تخییر به اباحه تعلق می‌گیرد. در اینجا ممکن است این پرسش مطرح شود که در «اباحه» نیز نوعی اختیار در فعل و ترک فعل وجود دارد؛ پس فرق جوهری میان حق و حکم کدام است؟ آیا حق در مقابل حکم از نظر مفهوم و مصداق، همان «سلطه» است؟ پاسخ معروفی که به این پرسش داده شده، اینکه حق در واقع، همان «سلطه اعتباری»<sup>\*</sup> است و نه «سلطه تکلیفی» (جواز). به این پاسخ از این جهت انتقاد شده است که سلطنت از احکام حق است، نه خود حق (خراسانی، ۱۴۰۶، ص ۵)، در حالی که در تعریف هر ماهیتی، علی‌الاصول نباید آثار و احکام آن را به عنوان رکن تعریف ارائه کرد. برخی دیگر در تفاوت «اباحه» و «حق» می‌گویند، اگر منشأ ترک فعل، اقتدار شخص باشد، «حق» شکل می‌گیرد و اگر ناشی از «اقتدار» نباشد، «حکم» نامیده می‌شود (حکمت‌نیا، ۱۳۹۰، ص ۱۶۳)؛ به دیگر سخن اگر شارع مالکیت و سلطنت شخص را بر چیزی اعتبار کند، این امر از باب حق است و اگر اعتبار تنها عدم منع از فعل یا ترتیب اثر در فعل یا ترک فعل باشد، به گونه‌ای که شخص، مورد و محل آن تلقی شود، این امر از باب حکم است (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ص ۵۵). برخی دیگر از محققان با تمایز میان «سلطنت» و «سلطنت بر سلطنت» می‌گویند:

مقتضای سلطه انسان بر چیزی این است که اختیار آن چیز (متعلق سلطنت) در دست او باشد، نه اینکه اختیار اصل سلطنت بر آن چیز در دست او باشد؛ به دیگر سخن

\* مشهور، حق را عبارت از سلطنت می‌دانند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۲) و شیخ انصاری نیز همین نظر را دارد، با این تفاوت که ایشان قید فعلیت را هم اضافه می‌کند و حق را «سلطنت فعلی» می‌داند (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۱۶-۲۰).



صاحب حق بر متعلق حق سلطنت دارد، نه بر سلطنت خویش؛ بنابراین به مثابه حکم، اختیار اصل سلطنت نیز به دست اعتبارکننده است و نه صاحب حق و چون اعتبارکننده اختیار آن را به دست صاحب حق نداده است، او نمی‌تواند حق را اسقاط کند؛ بنابراین حق اسقاط‌ناپذیر هم ممکن است\* (روحانی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۱۸-۱۹).

به نظر می‌رسد دیدگاه اخیر نسبت به سایر دیدگاه‌ها تفاوت «حق» و «اباحه» را بهتر نشان می‌دهد.

## ۲-۲. مهم‌ترین اوصاف حق و حکم در حوزه حریم خصوصی

مهم‌ترین ویژگی «حکم»، مصونیت ساحت آن از امکان تعرض اراده انشایی اشخاص در نقل و اسقاط است. همچنین حکم، دائرمدار مصالح، مفاسد و موضوع خود است؛ بنابراین «حکم» جز به امتثال یا انتفای موضوع، ساقط نمی‌شود؛ در حالی که حق اصطلاحی، از قابلیت اقتضایی نقل، انتقال و اسقاط برخوردار است و اراده اعلامی و انشایی شخص موضوع حریم خصوصی در ثبوت و سقوط حق و قبض و بسط دامنه حق، نقش برجسته‌ای دارد.

به همین دلیل اگر ثابت شود شخص بر حریم خصوصی مربوط به خود سلطه ندارد، بدین معنا خواهد بود که وی نمی‌تواند رابطه خود را با حیثیات معنوی خویش قطع یا از آن اعراض کند، یا به کسی اذن دهد که در آن تصرف کرده یا آن را به دیگری نقل دهد، اگر این ناتوانی برای شخص موضوع حریم خصوصی احراز شود، به طریق اولی شرکت‌های پردازش‌گر داده‌های شخصی و نیز دیگر اشخاص، مشمول این محرومیت خواهند بود؛ ولی اگر معلوم شود حریم خصوصی یا جنبه‌هایی از آن ماهیتاً حق باشد، شخص موضوع حریم خصوصی می‌تواند آن را اسقاط کند (حکیم، [بی‌تا]،

\* البته این دیدگاه نیز مصون از انتقاد نمانده است؛ به طور مثال محقق اصفهانی در رد این دیدگاه می‌گوید، مقتضای مالکیت انسان بر عین یا عمل و سلطه او بر عین یا عمل، در واقع این است که «امر عین یا عمل» به دست اوست، نه «امر ملکیت و سلطنت»؛ بنابراین مالک، عین را در ملکیت دارد نه «مالکیت» را و ملکیت، بدون واسطه اضافه دیگری، بذاتها به شخص منتسب است و به همین کیفیت حق نیز بدون واسطه اضافه ملکیت، بذاتها به شخص منتسب می‌شود؛ بنابراین ادعای مالکیت انسان بر حق، ادعای نادرستی است.

ج ۱، ص ۸ / طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ص ۵۷ / نائینی، [بی تا]، ج ۱، ص ۱۰۷؛ زیرا اسقاط پذیری مهم ترین و عمومی ترین ویژگی حق به شمار می رود (خمینی، [بی تا]، ص ۲۷). در این صورت موردی نمی توان یافت که از مصادیق حق در معنای اصطلاحی باشد و در عین حال قابل اسقاط نباشد؛ بنابراین شخص موضوع حریم خصوصی قادر خواهد بود، حریم خصوصی یا به تعبیر دقیق تر، متعلق حریم خصوصی را نقل دهد؛ زیرا نقل، ماهیتاً عبارت است از اخراج ملک، مال یا حق از حیطه سلطه مالک یا شخص صاحب حق و داخل کردن آن در حیطه سلطه شخص یا اشخاص دیگر (همان، ص ۴۸). البته باید توجه داشت قابلیت اسقاط و نقل حق، «اقتضایی» است؛ یعنی اگر مانعی نباشد، اسقاط حق، جایز خواهد بود، نه اینکه قابلیت بالفعل برای اسقاط حق، مقوم حق بودن، مجعول شرعی باشد (خمینی، [بی تا]، ج ۱، ص ۲۶-۲۷)؛ به دیگر سخن، سلطه، لازمه هر حقی است؛ ولی این لزوم به صورت اقتضا می باشد، نه علت تامه؛ یعنی هر حقی در صورت فقدان مانع، مقتضی سلطه برای صاحب حق است، البته نه در همه موارد.

### ۳. معیار اثباتی در تشخیص حق از حکم در حوزه حریم خصوصی

پرسش بسیار مهمی که در مباحث حق و حکم مطرح می شود، اینکه «ثبوتاً» یا «اثباتاً» با چه معیاری می توان تشخیص داد که مجعول شرعی (حریم خصوصی)،\* «حق» است یا «حکم». البته منشأ تردید در بیشتر موارد به امکان جریان آثار حق از قبیل قابلیت نقل، انتقال، اسقاط و قبول معاوضه به ناحیه حریم خصوصی برمی گردد. در تشخیص حق و حکم بودن حریم خصوصی، هم معیار ثبوتی و هم معیار اثباتی را می توان طرح کرد. معیار ثبوتی در تشخیص حق از حکم در بحث ماهیت آن دو، مورد مطالعه قرار گرفت. معیارهای پیش گفته، اگرچه تا حدودی مرزهای ثبوتی و مفهومی حق و حکم را روشن می سازند؛ ولی در عمل و برای تشخیص مصادیق و جلوه های حق و حکم در حریم

\* حریم خصوصی یا به طور مستقل، مجعول شرعی است یا از میان احکام دیگر، انتزاع می شود. در هر حال می توان آن را مجعول شرعی نامید.

خصوصی، لازم است معیارهای اثباتی دقیقی مطرح شود؛ زیرا معیار بازشناسی حق از حکم، در واقع معیاری پسینی و مؤخر از جنبه مفهومی آن است. در این مرحله لازم است در موارد مردد، حریم خصوصی به صورت مشخص - حق یا حکم بودن آن - معلوم شود. پیش از ورود در معیارهایی که در این مقام مطرح شده است، به رسم معهود و عادت مألوف پیشینیان، نخست درباره اصل عملی مناسب مقام، بحث کرده، آنگاه معیارهای گفته شده در این باره را مورد توجه قرار می دهیم. توجه به این اصل از این رو اهمیت مضاعف دارد که از دیدگاه برخی محققان، هیچ «قاعده» ای برای اثبات حق یا حکم بودن مجعول شرعی وجود ندارد (خمینی، [بی تا]، ص ۴۹) و تاکنون کسی نتوانسته است ضابطه اثباتی دقیقی برای تشخیص حق از حکم مطرح کند (جزایری، [بی تا]، ص ۱۳۹).

### ۱-۳. اصل عملی در مقام شک در حق یا حکم بودن حریم خصوصی

از دیدگاه برخی محققان اگر تردید شود حق، قابل اسقاط یا نقل هست یا خیر، اگر منشأ تردید در «قابلیت عرفی» برای قبول چنین آثاری باشد، در این صورت چون در «صدق» عمومات بر این گونه مصادیق تردید وجود دارد، امکان مراجعه به «عمومات» و «اطلاقات» موجود در این ابواب وجود نخواهد داشت و ناگزیریم که به اصول عملیه مناسب مراجعه کنیم\* (خمینی، [بی تا]، ص ۵۰ / جرقوئینی، ۱۴۲۳، ص ۷۲)؛ بنابراین اگر در جریان عمومات در اسقاط، نقل و انتقال، مصادیقی از حریم خصوصی یا جنبه‌هایی از آن تردید شود، باید به اصل عملی مناسب مقام، مراجعه شود.

پرسش اینکه کدام اصل عملی، مناسب مقام است؟ در پاسخ باید گفت، مناسب‌ترین اصل، اصل استصحاب است. مقتضای استصحاب به حسب مورد این است که حق بر حریم خصوصی به سبب اسقاط، ساقط نمی‌شود، به وسیله مصالحه و

\* «لِعَدَمِ عُنْوَانِ الشَّرْطِ وَ عُنْوَانِ الْعَهْدِ عَلَى إِسْقَاطِ الشَّيْءِ الْمُرَدَّدِ بَيْنَ كَوْنِهِ حَقًّا أَوْ حُكْمًا وَ لِعَدَمِ صِدْقِ عُنْوَانِ الصُّلْحِ عَلَى الصُّلْحِ الْوَاقِعِ عَلَيْهِ وَ لِعَدَمِ صِدْقِ عُنْوَانِ (مَا تَرَكَ الْمَيِّتَ عَلَيْهِ) فَلَا مَجَالَ لِلتَّمَسُّكِ بِالْعُمُومَاتِ لِإثْبَاتِ الْأَثَارِ الثَّلَاثَةِ فَلَا بُدَّ مِنَ الرَّجُوعِ إِلَى الْأَصْلِ الْعَمَلِيِّ».

نقل، منتقل نمی‌شود و به سبب وفات، به ارث نمی‌رسد؛ بنابراین جریان اصل استصحاب، همه آثار مترتب بر حق را منتفی می‌کند. \* شاید بتوان گفت این اصل در ماهیت، همان چیزی است که از آن در لسان فقها به «اصل فساد» یاد می‌شود. برخی دیگر از فقها معتقدند، در صورت شک میان حق و حکم، به مقتضای اصل عدم حق، حق بودن مورد مشکوک، نفی می‌شود (بحرالعلوم، [بی‌تا]، ص ۶). در عین حال، ممکن است گفته شود که به رغم سلب کلیه آثار حق، نمی‌توان مورد را از مصادیق حکم به شمار آورد؛ زیرا مورد به اصل مثبت منجر می‌شود و اصل مثبت حجیت ندارد \*\* (جزایری، [بی‌تا]، ص ۷۳). همچنین، ممکن است گاهی ادعا شود ممکن است چیزی، در عین حال که از مصادیق حق است، آثار حق بودن را به دنبال نداشته باشد. در پاسخ به این دیدگاه گفته شده، امکان ندارد که موردی حق باشد؛ ولی آثار حق در آن جریان نداشته باشد \*\*\* (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۱۰)؛ بنابراین به عنوان ضابطه می‌توان گفت، اگر در جایی معلوم شود که هیچ‌کدام از آثار حق جریان ندارد، مجعول شرعی، حکم خواهد بود و نه حق.

### ۲-۳. ضوابط حاکم در مقام تشخیص حق از حکم در حوزه حریم خصوصی

در میان فقها محققان بسیاری تلاش کرده‌اند تا با طرح معیارهای مناسب، امکان تمیز و تشخیص حق از حکم را فراهم کنند. توجه به لسان ادله، ملاحظه آثار و لوازم مجعول شرعی، توجه به عمومات و اطلاقات باب شروط و صلح، از این تلاش‌هاست. ضوابط مذکور را به طور خلاصه و با تأکید بر حریم خصوصی بررسی خواهیم کرد.

\* البته این سخن در صورتی تمام است که استصحاب را در شبهات حکمیه نیز جاری بدانیم (جزایری، [بی‌تا]، ص ۱۵۵).

\*\* از دیدگاه ایشان، حتی اگر میان مترتب نبودن ثمرات و حکم بودن نیز ملازمه باشد، حکم تلقی کردن مورد مشکوک در گرو حجیت اصل مثبت است و اگر برای حکم، اثری بار شود، مقتضای استصحاب عدم است.

\*\*\* «فَإِنْ كُنَّ الشَّيْءُ حَقًّا وَغَيْرَ قَابِلٍ لِلِاسْتِقْطِ لَا يُعْقَلُ».

### ۱-۲-۳. توجه به لسان دلیل

اگر در لسان دلیل، تعبیراتی وجود داشته باشد که در حق یا حکم بودن مجعول شرعی، «ظهور» داشته باشد، مطابق آن عمل می‌شود (جرقوئینی، ۱۴۲۳، ص ۶۵-۶۶)، البته اگر مورد، «عرفاً» حق تلقی شود، مفاد دلیل نیز قاعداً محمول بر همان معنای عرفی بوده است و در آن معنا ظهور خواهد داشت.

همچنین گفته شده، اگر مفاد دلیل، ثبوت حکم برای «عین» یا «فعل» بدون اضافه به فاعل باشد، ظهور در حکم دارد؛ زیرا حکم به طبیعت، بماهو طبیعت و صرف نظر از شخص، تعلق گرفته است و اگر هم گاهی این‌گونه احکام خطاب به اشخاص وارد شده باشد، از قبیل امتنان است\* (جزایری، [بی‌تا]، ص ۱۳۹)؛ از این رو، ظرف این احکام لغو بوده و استقرار ندارد (همان)، از سوی دیگر، اگر مفاد دلیل، اثبات حقی برای شخص باشد، نظیر «للمغبون حلُّ العقد» ظاهر در حق است، مگر آنکه خلاف آن ثابت شود.

لسان برخی از روایات به خوبی نشان می‌دهد که آبروی اشخاص و از جمله بخشی از حریم خصوصی مربوط به حیثیت معنوی و آبروی اشخاص، در زمره احکام می‌باشد. روایات گوناگونی در این باره وجود دارد که همگی بر لزوم صیانت از حیثیت معنوی و عدم جواز اذلال نفس و هتک آبرو به دست شخص موضوع حریم خصوصی، دلالت دارند؛ به طور مثال برخی روایات به صراحت به صیانت از آبرو اشاره دارد: «صونوا أعراضکم» (طریحی، ۱۴۱۶، ج ۴، ۲۱۴) و برخی دیگر بر عدم جواز نقض آن به دست شخص موضوع حریم خصوصی تصریح می‌کند: «... لَیْسَ أَنْ یَذِلَّ نَفْسَهُ وَأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فَوْضَ إِلَى الْمُؤْمِنِ كُلِّ شَيْءٍ إِلَّا أَذْلَالَ نَفْسِهِ: این‌گونه نیست که شخص بتواند خود را به وادی ذلالت بکشاند و به درستی که خدای تبارک و تعالی همه امور را به مؤمن واگذار کرده است، جز به ذلت افکندن خود». این نکته که عزت نفس مؤمن در طول عزت و شرف الهی قرار دارد، باعث می‌شود به ممنوعیت اذلال نفس، بیش از پیش توجه شود (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۱، ص ۴۲۴-۴۲۵). همچنین گفته شده است:

\* مانند «أَحَلَّتْ لَكُمْ بِهَيْمَةَ الْأَنْعَامِ».

«لَا تَفْعَلْ مَا يَشِينُ الْعَرَضَ وَالْأَسْمَ؛ کاری را که لکه ننگ بر آبرو و شهرت باشد، انجام نده» (خوانساری، ۱۳۶۶، ص ۲۷۵). دو نکته جالب توجه در روایت اخیر وجود دارد:

نخست آنکه، از «عرض» و «اسم»، هر دو حمایت شده است. شاید بتوان از این روایت استفاده کرد که هم کرامت و آبروی ذاتی و خدادادی و هم آبرویی که شخص به سبب حُسن کردار کسب می‌کند (شهرت اکتسابی و مثبت)، مصون از تعدی است؛ به دیگر سخن، حتی آنچه محصول تلاش خود فرد بوده و گمان می‌رود در قبضه قدرت او باشد، دور از تیررس تعدی و اعمال ننگ‌آور شخص مشهور قرار دارد.

دوم آنکه، وجود نهی در این روایات باعث می‌شود حتی اگر قرارداد یا عملی در این باره برخلاف مفاد روایت واقع شده باشد، فاسد و بی‌اعتبار بوده؛ زیرا نهی در معاملات مقتضی فساد است؛ به علاوه سیاق این گونه روایات نشان می‌دهد، شارع مقدس در این موارد درصدد برقراری نظم عمومی خاصی در جغرافیای فرهنگی مسلمانان است که می‌توان آن را «نظم عمومی فرهنگی و اخلاقی» نام نهاد. بدیهی است هر نوع عملی که برخلاف نظم یادشده صورت گیرد، مشروعیت نداشته و اثری بر آن مترتب نیست؛ بنابراین این گونه روایات\* (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۶۳-۶۴) نشان می‌دهد که حیثیات معنوی به طور عام و حریم خصوصی به طور خاص، در حوزه اختیار اشخاص قرار ندارد؛ به تعبیر دیگر این امور در طول عزت و شرف الهی قرار داشته است و به نوعی تشریح شده‌اند که از هر نوع تعرض مصون بوده و اراده اشخاص از ساحت آن دور باشد (هاشمی خویی، ۱۴۰۰، ج ۸، ص ۳۹۱ / ابن شعبه، ۱۳۷۶، ص ۶۱ / ابن بابویه، ۱۳۸۱، ص ۶۱۰). بر این اساس، یکی از مهم‌ترین حدود آزادی شخص در

\* روایات متعددی در این باره وارد شده است که به عنوان نمونه به برخی از آنها اشاره می‌شود:

۱. «عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عُمَانَ بْنِ عَيْسَى عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ: قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ: إِنْ أَلَّهَ عَزَّ وَجَلَّ فَوْضَ إِلَى الْمُؤْمِنِ أُمُورَهُ كُلَّهَا وَ لَمْ يَفَوْضْ إِلَيْهِ أَنْ يَذِلَّ نَفْسَهُ أَلَمْ تَسْمَعْ لِقَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ - وَ لِلَّهِ الْعِزَّةُ وَ لِرَسُولِهِ وَ لِلْمُؤْمِنِينَ فَأَلْمُؤْمِنُ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ عَزِيزًا وَ لَا يَكُونَ ذَلِيلًا يَعِزُّهُ اللَّهُ بِالْإِيمَانِ وَالْإِسْلَامِ؛

۲. عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عُمَانَ بْنِ عَيْسَى عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُسْكَانَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: إِنْ أَلَّهَ تَبَارَكَ وَ تَعَالَى فَوْضَ إِلَى الْمُؤْمِنِ كُلَّ شَيْءٍ إِلَّا إِذْ نَالَ نَفْسَهُ؛ ۳. مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عَيْسَى عَنْ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ دَاوُدَ الرَّقِيِّ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يَقُولُ لَا يَنْبَغِي لِلْمُؤْمِنِ أَنْ يَذِلَّ نَفْسَهُ... (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۶۳-۶۴). «من بذل عرضه ذل... من بذل عرضه حقر» (آقاجمال خوانساری، ۱۳۶۶، ج ۵، ص ۱۹۰).

حوزه حریم خصوصی، نکشاندن خود به وادی ذلت و بی‌آبرویی است؛ از این رو، هتک عرض مؤمن حتی به دست خود او جایز نیست؛ چه اینکه مسئله آبرو، به شخص تفویض نشده، اساساً عرض و آبروی شخص در قبضه قدرت او نیست تا بتواند آن را تفویض کند، یا نسبت به هتک آبروی خود اقدام نماید. این حکم از قیاس اولویت در بعضی از فتاوی فقهی نیز به دست می‌آید. برخی فقها اذن در اتلاف نفس و عضو را شرعاً جایز نمی‌دانند\* (اصفهانی، ۱۴۰۹، ص ۲۸۴)؛ پس به طریق اولی اذن در از بین بردن آبرو یا عملی که با آن ملازمه دارد، جایز نخواهد بود.

همچنین لزوم صیانت از آبرو و عدم جواز در هتک آن به دست شخص موضوع حریم خصوصی و مصونیت آن در قبال نقل و اسقاط، با روایات دیگری که در آنها به بذل مال برای حفظ و حراست از آبرو اشاره شده است، تقویت می‌شود؛ زیرا در جایی که شارع مقدس به بذل مال برای صیانت از حیثیت معنوی به عنوان مطلوبی مؤکد توجه کرده باشد، به طریق اولی از اذلال نفس و هتک حیثیت در قبال دریافت عوض مالی نهی کرده و مبعوض وی خواهد بود. به بعضی از روایات که در این باره وارد شده، اشاره می‌شود: «با اموال از آبرو محافظت کنید»\*\* یا «اینکه شخصی از مال خود محافظت و آبروی خود را در معرض تاراج قرار دهد، نوعی پستی به شمار می‌رود»\*\*\*. ملاک این دستور را می‌توان در روایاتی یافت که براساس آنها از میان همه حیثیات مربوط به شخص، هیچ‌کدام هم‌سنگ حیثیات معنوی و آبروی وی نیستند. / امیرمؤمنان در این باره می‌فرماید: «گرامی دار نفست را از هر زبونی و پستی، هرچند تو را به نعمت‌های بی‌شمار رساند؛ زیرا هرگز برابر آنچه از نفس خویش صرف می‌کنی،

\* «الْإِذْنُ فِي إِتْلَافِ نَفْسِهِ أَوْ طَرْفِهِ غَيْرِ سَائِعٍ شَرْعًا».

\*\* «حَصَّنُوا الْإِعْرَاضَ بِالْأَمْوَالِ» (خوانساری، ۱۴۱۸، ج ۷، ص ۴۰۶) و «وَقُّوْا إِعْرَاضَكُمْ بِبِذْلِ أَمْوَالِكُمْ» (همان، ج ۶، ص ۲۲۳). همچنین در روایاتی دیگر از امیر مؤمنان نقل شده است: «أَفْضَلُ الْأَفْعَالِ، صِيَانَةُ الْعَرِضِ بِالْمَالِ؛ زِيْرًا نِيْكَوْتَرِيْنَ كَارِهَا بِإِسْدَارِيْهِ مِنْ آَبْرُوِّ وَ شَرْفِ اسْتِ بِهٖ وَسِيْلَهٗ مَالٍ»، «لَمْ يَذْهَبْ مِنْ مَالِكٍ، مَا وَقِيَ عَرِضٌ؛ مَالِيْ كِهٖ عَرِضٌ تُوْرًا نِغَاةً دَارِدٌ، اَزْ دَسْتِ نَرْفَثَهٗ اسْتِ» (بروجردی، ۱۳۸۶، ج ۲۲، ص ۲۳۰). همچنین از امام رضا نقل شده است: «خَيْرُ الْمَالِ مَا وَقِيَ بِهِ الْعَرِضُ...؛ نِيْكَوْتَرِيْنَ مَالِ اَنْ اسْتِ كِهٖ عَرِضٌ (جان، آبرو و حیثیت) اِنْسَانِ بِاَنْ حَفِظَ شُوْد» (حکیمی، ۱۳۸۰، ج ۳، ص ۲۹۸).

\*\*\* «مِنْ اللُّؤْمِ اَنْ يَصُوْنَ الرَّجُلَ مَالَهٗ وَ يَبْدُلُ عَرِضَهٗ» (خوانساری، ۱۴۱۸، ج ۶، ص ۲۷).

عوض نخواهی یافت» (شریف‌الرضی، ۱۳۷۹، ص ۹۳۰)؛ بنابراین تحصیل مال و نظایر آن در ازای از دست‌دادن آبرو، نوعی معامله سفهی و خارج از ضوابط عقلایی و شرعی خواهد بود؛ زیرا حقیقت چنین مبادله‌ای، واگذاری «همه» در برابر «هیچ» است.

طرح حریم خصوصی نیز در بند ۱ ماده ۲ و در مقام تعریف حریم خصوصی می‌گوید: حریم خصوصی قلمرویی از زندگی هر شخص است که آن شخص «عرفاً» یا با «اعلان قبلی» - در چهارچوب قانون - انتظار دارد تا دیگران بدون رضایت وی به آن وارد نشوند یا بر آن نگاه یا نظارت نکنند و یا به اطلاعات راجع به آن دسترسی نداشته یا در آن قلمرو، وی را مورد تعرض قرار ندهند....

این تعریف را از جهات متعددی می‌توان نقد و بررسی کرد، ولی آنچه به بحث حاضر مربوط می‌شود، اینکه در این تعریف «عرف» و «اراده اعلامی» شخص موضوع حریم خصوصی، معیار اصلی در تعیین دامنه حریم خصوصی اشخاص دانسته شده‌اند، حتی در بیان عرف نیز نقش اصلی بر عهده اراده شخص گذاشته شده است که بیشتر شبیه معیار شخصی است، تا معیار عرفی. اگرچه عبارت «در چهارچوب قانون» تا حدودی این اشکال را رفع می‌کند؛ ولی باید توجه داشت، غالب مصادیق و جلوه‌های حریم خصوصی در زمره قواعد آمره و مربوط به نظم عمومی اخلاقی و فرهنگی قرار می‌گیرد و اراده اعلامی اشخاص، در دامنه این حق، تأثیری ندارد.

### ۲-۲-۳. ملاحظه آثار و لوازم

حکم به معنای خاص، اجماعاً اسقاط، نقل و انتقال پذیر نیست؛ زیرا علاوه بر آنکه اختیار حکم به دست حاکم و قانونگذار است و محکوم‌علیه اصولاً حق اسقاط و نقل آن را ندارد، فرض بر این است که در آن مورد، برای وی سلطه جعل نشده است تا زمام آن امر به دست او باشد (نجفی، ۱۴۱۸، ص ۴۲ / طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۵۵).

اما در مورد «حق»، اگرچه درباره امکان نقل، انتقال و اسقاط در همه مصادیق آن اتفاق نظر نیست؛ ولی دست‌کم هر حقی علی‌القاعده می‌تواند به یکی از سه مورد یادشده (اسقاط، نقل و انتقال)، متصف شود و اگر در جایی این امور به حق تعلق نگیرد، معلوم می‌شود که اساساً مجعول شرعی، حکم است و نه حق. حال براساس این



دیدگاه، اگر یکی از آثار یادشده بر موردی بار شود، کشف می‌شود که آن مورد از مصادیق حق است، هرچند برخی عکس این قضیه را نپذیرفته‌اند (حکمت‌نیا، ۱۳۹۰، ص ۱۶۴ / طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۲)؛ ولی حق این است که عکس قضیه نیز صادق است؛ یعنی اگر آشکار شود حقی قابل اسقاط، نقل و انتقال نیست، معلوم خواهد شد که حکم است، نه حق؛ بنابراین اگر با دلیلی دانسته شود که چیزی قابل اسقاط است، کشف می‌شود که حق است و اعتبار ویژه‌ای دارد که شرع آن را جعل کرده و رفع آن را نیز به صاحب حق سپرده است، اگر جواز نقل هم اثبات شود، وضع به همین منوال خواهد بود؛ چه اینکه حکم، نقل و انتقال‌پذیر نیست (جرقوئینی، ۱۴۲۳، ص ۷۱). این معیار اثباتی که در ادبیات حقوقی از آن با عنوان «نظریه انتخاب»<sup>\*</sup> یاد شده است (حکمت‌نیا، ۱۳۹۰، ص ۱۶۳)، زمانی مطرح می‌شود که «دارنده حق» اختیار اعمال حق و یا اعراض از آن را داشته باشد؛ به عبارت دیگر، نظریه انتخاب یا اعمال اراده، محق‌بودن شخص صاحب حق را در پرتو امکان اعمال قدرت او تبیین می‌کند، به نوعی که اراده آزاد وی بر تعهد دیگران مؤثر باشد. در نتیجه اگر سلطه شخص ذی‌حق به گونه‌ای باشد که فعل یا ترک فعل کاملاً در اختیار وی باشد و بتواند آن را نقل دهد یا اسقاط کند، ماهیت حق شکل می‌گیرد.

از لسان روایاتی که به آنها اشاره شد (کلینی، ۱۴۰۷، ص ۶۳-۶۴)، معلوم می‌شود آن جنبه از حریم خصوصی که درباره کرامت نفس و آبروی اشخاص می‌باشد، در حوزه تصرفات ارادی شخص موضوع حریم خصوصی و به طریق اولی در دامنه تصرفات دیگر اشخاص قرار نمی‌گیرد و در هیچ صورت نقل و اسقاط‌پذیر نیست؛ بدین ترتیب، معلوم می‌شود کاربرد تعبیر «حق بر حریم خصوصی» با مسامحه است و به معنای اینکه شخص موضوع حریم خصوصی (ذی‌حق) می‌تواند آن را سلب، نقل یا اسقاط کند، نیست.

\* The Choice (or Will or Power) Theory.

این نظریه در حقوق خارجی نیز مطرح است که براساس آن، «حق»، شکلی از انتخاب است و اگر هم این حق مستلزم تکلیفی باشد، کنترل بر اجرای این تکلیف در اختیار صاحب حق می‌باشد (M. Benedit, Theodor, 1982, at 13).

### ۳-۲-۳. تمسک به عمومات و اطلاعات

اگر در قابلیت عرفی مجعول شرعی برای اسقاط، نقل و انتقال، تردید به وجود آید، به دلیل وجود شبهه مصداقیه، این قابلیت را نمی‌توان به کمک عمومات احراز کرد؛ ولی اگر در جریان بعضی از آثار حق، از جمله امکان شرعی اسقاط یا نقل، تردید به وجود آید، شاید بتوان با تمسک به عمومات بر این تردید غلبه کرد؛ زیرا شأن عمومات، رفع این‌گونه تردیدهاست و شک در ممکن‌نبودن شرعی نقل و اسقاط در واقع، به این موضوع برمی‌گردد که شارع شرط یا قیدی را در ناحیه یکی از عوضین، اخذ کرده است یا خیر، شکی نیست که عمومات،<sup>\*</sup> رافع این‌گونه تردیدهاست (خمینی، [بی‌تا]، ص ۵۰)؛ بنابراین به طور مثال، اگر شخص موضوع حریم خصوصی در فرآیند مبادلات خود با یکی از شرکت‌های تجاری، حق خود را بر داده‌های ترافیکی و تراکنشی حاصل از مبادله، نقل دهد یا اسقاط کند - در صورتی که درباره این عمل تردید شود - از طرفی، ارتباط داده‌های انتقالی با شخصیت و کرامت شخص، محرز نباشد، می‌توان از ضوابط یادشده در رفع تردید و خروج از شک، بهره گرفت.

ناگفته نماند، برخی محققان جریان عمومات را در این موارد جایز نمی‌دانند (همو، ۱۳۷۸، ج ۲، صص ۲۴۵ و ۱۵۲ / همو، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۲۷۴). از دیدگاه این محققان اگر در صحت معامله‌ای تردید شود، به این‌گونه که احتمال داده شود به دلیل شرط یا قیدی که در ناحیه عوضین اخذ شده، قابلیت انتقال وجود ندارد و معامله باطل است، رفع این شرط یا قید، با تمسک به عمومات جایز نخواهد بود؛ زیرا از مصادیق تمسک به عام در شبهه مصداقیه خواهد بود (همو، ۱۳۷۸، ج ۲، صص ۲۴۵ و ۱۵۲).

در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت، عموم برخی ادله، از جمله «قاعده تسلیط» و «تسلط مردم بر اموال خود»، حقوق مالی را منطوقاً و به دلالت لفظی شامل می‌شود و حقوق غیر مالی را نیز به دلالت فحوا شامل می‌شود و این دلیل، هر نوع تردیدی را در اعتبار هرگونه قید و شرطی را در ناحیه عوضین بر می‌دارد. به خصوص اگر بدانیم اعتبار هر نوع قیدی که به نبود قابلیت نقل بینجامد، نوعی ایجاد محدودیت در اقتدار

\* عموماتی مانند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» و «الْصُّلْحُ جَائِزٌ».

متعاملین است که با عموم یادشده منافات دارد. این عموم بیانگر عدم اشتراط قید یا شرطی از ناحیه شارع مقدس است و همچنین کشف می‌کند که معامله مخالف حکم شارع مقدس نیست و به همین دلیل، موضوع عمومات صلح و عقد و شرط قرار می‌گیرد (همان، ص ۵۲). با توجه به روایاتی که در بحث‌های پیشین به آنها اشاره شد، معلوم می‌شود شارع مقدس از تصرفاتی که در حیثیات معنوی مرتبط با حریم خصوصی صورت می‌گیرد، نهی کرده و آنها را بی‌اعتبار می‌داند. البته ممکن است براساس عموماتی از قبیل «الْأَنْسَافُ مُسْلَطُونَ عَلَى مَالِهِمْ وَ مَا لَهُمْ»، «أَسَّ مُسْلَطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ وَ أَنْفُسِهِمْ» و... حریم خصوصی و تصرف در دامنه آن، در زمره حقوق اشخاص شمرده شود. در پاسخ می‌توان گفت، این عمومات بر فرض وجود، اگرچه درباره داده‌های مالی و غیرحساس جریان می‌یابد؛ ولی درباره داده‌های حساس و مرتبط با شرف، کرامت انسانی و حیثیات معنوی، ناظر به تصرفات عمومی و شایع می‌باشد و از تصرفاتی که به اذلال نفس و از میان‌بردن آبرو می‌انجامد، منصرف کرده است.

#### ۴-۲-۳. استقراء و تنقیح مناط

از دیدگاه برخی محققان، از جمله شهید صدر، «حق» برخلاف «حکم» اسقاط‌پذیر است. وی در تبیین این مطلب به چند ضابطه اشاره دارد. یکی از این ضوابط، «استقراء و تنقیح مناط» از موارد استقرایی است. از نظر وی باید مواردی را که دلیلی بر اسقاط‌پذیری آنها وجود دارد، استخراج کرده، آنگاه ملاک و نکته‌ای که اشتراک این موارد را در قابلیت اسقاط موجب شده، انتزاع کرده، سپس به عنوان یک قاعده کلی، هر مجعولی را که مشتمل بر این نکته باشد - حتی اگر دلیل خاصی نیز در آن باره نباشد - با توجه به همین ملاک، حق تلقی کنیم. البته حجیت این ملاک به این است که این استقراء، مفید قطع و بدون استثنا باشد (حائری، ۱۴۲۳، ص ۱۳۴).

با توجه به روایاتی که در باب «عرض مؤمن» و هم پایه‌بودن آن با حرمت کعبه و نظایر آن وارد شده، معلوم می‌شود، نه تنها دلیلی بر حق‌بودن حریم خصوصی و حیثیت معنوی مرتبط با آن وجود ندارد، بلکه ادله یادشده، بر حکم‌بودن آن دلالت دارد؛ ولی درباره جنبه‌های مالی و مادی حریم خصوصی و به ویژه در دامنه داده‌های ترافیکی و

ارتباطی، می‌توان گفت آنها به لحاظ عقلایی و عرف خاص تجاری، در زمره اموال به شمار می‌روند و به ملاک مال بودن و مالیت، از احکام اموال و حقوق مالی پیروی می‌کنند؛ زیرا در این‌گونه داده‌ها، نکته خاصی بر ممنوعیت نقل و اسقاط وجود ندارد و اصل در اموال نیز عمومیت تسلط است.

### ۵-۲-۳. سیره عقلا

یکی دیگر از ضوابطی که شهید صدر در مقام تمیز «حق» از «حکم» مطرح می‌کند، سیره عقلا در این باره است. از دیدگاه وی، می‌توان با توجه و تمسک به ارتکازها و قضاوت‌های عرفی و عقلایی و کشف ملاک قضاوت عرف، به ضابطه‌ای در مقام تشخیص دست یافت. ایشان در تبیین این ضابطه به سه مطلب اشاره می‌کند؛ اول، در شرع مقدس منعی در این باره نیامده باشد؛ دوم، نظیر وضع لغوی در این‌گونه موارد، ارتکاز عقلایی بر ظهور ادله، حکومت داشته باشد؛ سوم، از مفاد بعضی از روایات می‌توان این ارتکاز عقلایی را امضا شده تلقی کرد؛ به طور مثال، صحیح محمد بن مسلم از امام جعفر صادق را می‌توان شهادتی بر این مدعا تلقی کرد. وی می‌گوید: «قُلْتُ لَهُ: رَجُلٌ جَنَى إِلَىٰ عَفْوٍ عَنهُ أَوْ أَرْفَعَهُ إِلَى السُّلْطَانِ؟ قَالَ: هُوَ حَقُّكَ؛ إِنَّ عَفْوَتَ عَنهُ فَحَسَنٌ وَإِنْ رَفَعْتَهُ إِلَى الْإِمَامِ فَإِنَّمَا طَلَبْتَ حَقُّكَ، وَكَيْفَ لَكَ بِالْإِمَامِ؟» (همان، ص ۱۳۴).

نکته مهمی که در تمسک به سیره عقلا وجود دارد اینکه، این مسئله با اثبات امضای شارع و رجوع به اخباری که ظهور در امضا دارند، با وجود برخی موارد نقض، زیر سؤال نمی‌رود؛ زیرا این موارد به دو صورت توجیه پذیرند؛ نخست اینکه، شارع مقدس در این موارد سیره عقلا را نمی‌پذیرد؛ ولی در سایر موارد که دلیلی بر رد آن نداشته، یا اخبار و ادله ظهور در امضا را داشته باشد، سیره، کماکان حجت است (همان، ص ۱۳۵)؛ دوم اینکه، دیدگاهی را بپذیریم که اساساً این‌گونه موارد را از حق اصطلاحی، خارج و در مقوله حکم، داخل می‌داند (خمینی، [بی تا]، ج ۱، ص ۵).

با اندکی تأمل معلوم می‌شود، تاکنون در سیره مسلمانان تصرف در حوزه حیثیات معنوی مربوط به حریم خصوصی و نقل و اسقاط آن معمول نبوده، بلکه می‌توان ادعا کرد سیره مسلمانان و بنای عقلا بر صیانت از این حوزه برقرار بوده

است. روایت مذکور نیز به پس از مرحله نقض حق مربوط است. روشن است هر حقی پس از نقض - اعم از آنکه متعلق آن، از مصادیق حق اصطلاحی باشد یا حکم - اسقاط پذیر به نظر می‌رسد.

## نتیجه

یکی از مهم‌ترین مشکلات علمی در حوزه حق و حکم، عدم تفکیک مقام ثبوت و اثبات است. مقام ثبوت، ناظر به تمایز مفهومی و مقام اثبات، متکفل بیان معیارهای اثباتی تشخیص در این حوزه مهم مطالعاتی است.

از این مقدمه منطقی که «انسان‌ها حق هرگونه تصرفی را در حریم خصوصی خود ندارند»، منطقی‌تر نمی‌توان نتیجه گرفت که «پس حق هیچ‌گونه تصرفی را در حریم خصوصی خود ندارند». به تعبیر دیگر، نفی موجب کلیه، اثبات سالبه کلیه را به دنبال ندارد؛ بلکه تنها چیزی که می‌تواند اثبات شود، موجب جزئی است؛ بنابراین «اشخاص، حق برخی تصرفات را در حریم خصوصی خود دارند».

از مفاد روایات و لسان ادله‌ای که در این باره وارد شده، معلوم می‌شود درباره جنبه‌هایی از حریم خصوصی که با شخصیت، کرامت انسانی، هویت معنوی و داده‌های حساس شخص موضوع حریم خصوصی ارتباط پیدا می‌کند، اساساً ملکیت و تسلط شخص، تحقق پیدا نمی‌کند. این جنبه از حریم خصوصی را می‌توان داخل در مقوله «حکم» تلقی کرد؛ ولی جنبه‌های غیرمرتبط با حیثیت معنوی شخص موضوع حریم خصوصی، اختصاص‌پذیر می‌باشد و ارزش تجاری دارد. شرکت‌های پردازش‌گر حاضرند برای تحصیل این داده‌ها، پول پرداخت کنند و یا در ازای دستیابی و پردازش و انتشار آنها، انواع مشوق‌های مالی، مانند اعطای تخفیفات خرید را در اختیار شخص موضوع داده قرار دهند. به همین دلیل مال‌انگاری این دسته از داده‌های مربوط به حریم خصوصی اشخاص، با مانع خاصی روبه‌رو نیست.

به نظر می‌رسد می‌توان بر نوع نگارش طرح حریم خصوصی درباره تعریف حریم خصوصی و تأکید آن بر معیار متعارف و غفلت آن از توجه به مقوله حق و حکم در حوزه حریم خصوصی انتقاد کرد؛ زیرا توجه به این دو مفهوم بومی، می‌تواند در حل بسیاری از چالش‌های نوظهور و مربوط به حیثیات معنوی اشخاص، مؤثر باشد.

## منابع

۱. ابن بابویه، محمد بن علی و محمد علی مجاهدی؛ پاداش نیکی‌ها و کیفر گناهان (تک جلدی)؛ چ ۱، قم: انتشارات سرور، ۱۳۸۱.
۲. ابن شعبه، حسن بن علی و پرویز اتابکی؛ رهاورد خُرد (تک جلدی)؛ چ ۱، تهران: نشر و پژوهش فرزانه روز، ۱۳۷۶.
۳. اشتهازدی، علی پناه؛ مدارک العروة (۳۰ جلدی)؛ چ ۱، تهران: دارالاسوة للطباعة والنشر، ۱۴۱۷ق.
۴. خوانساری، آقا جمال محمد بن حسین؛ شرح آقا جمال الدین خوانساری بر غرر الحکم و درر الکلم (۷ جلدی)؛ ج ۵ و ۶، چ ۴، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۶۶.
۵. انصاری، مرتضی بن محمد امین؛ المکاسب (۶ جلدی)؛ چ ۱، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
۶. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی؛ بلغة الفقیه؛ تهران: مکتبه الصادق، ۱۴۰۳ق.
۷. بروجردی، آقا حسین؛ جامع احادیث الشیعة (۳۱ جلدی)؛ ج ۲۲، چ ۱، تهران: انتشارات فرهنگ سبز، ۱۳۸۶.
۸. تفضلی، تقی؛ «تحقیق و بررسی درباره معنا و مفهوم کلمه حق»؛ مقالات و بررسی‌ها؛ تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ش ۲۱-۲۲، تابستان ۱۳۵۴، ص ۱-۱۹.
۹. جزایری، سید محمد بروج؛ نظر فی الحقوق (تک جلدی)؛ قم: مؤسسه دارالکتاب، [بی تا].
۱۰. حرّ عاملی، محمد بن حسن؛ وسائل الشیعة؛ ج ۱۱، قم: مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۰۹ق.
۱۱. حسین آبادی جرقوئینی، محمدرضا؛ رساله فی المعاملة والاختلاف بین المتعاقدين؛ چ ۱، قم: مؤسسه میثم تمار، ۱۴۲۳ق.
۱۲. حسینی حائری، سید کاظم؛ فقه العقود (۲ جلدی)؛ ج ۱، چ ۲، قم: مجمع اندیشه

- اسلامی، ۱۴۲۳ق.
۱۳. حسینی شاهرودی، سیدعلی؛ *محاضرات فی الفقه الجعفری (المکاسب المحرمه)*؛ تقریرات اباحت ابی القاسم الخویی؛ ج ۲، چ ۱، قم: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۹ق.
۱۴. حسینی شیرازی، سیدمحمد؛ *من فقه الزهرا (جلدی)*؛ ج ۲، چ ۱، قم: رشید، ۱۴۲۸ق.
۱۵. حسینی واسطی زبیدی حنفی، محب‌الدین سیدمحمد مرتضی؛ *تاج العروس من جواهر القاموس (۲۰جلدی)*؛ ج ۸، چ ۱، بیروت: دارالفکر للطباعة والتوزیع، ۱۴۱۴ق.
۱۶. حکمت‌نیا، محمود؛ *فلسفه نظام حقوق زن*؛ تهران: سازمان انتشارات پژوهشکده فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۰.
۱۷. حکیم، محسن؛ *نهج الفقاهه*؛ ج ۱، قم: دارالفقه، ۱۳۷۸.
۱۸. حکیمی، محمدرضا، محمد حکیمی، علی حکیمی و احمد آرام؛ *الحیة (۶جلدی)*؛ ترجمه احمد آرام؛ ج ۳، چ ۱، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۰.
۱۹. خراسانی (آخوند)، محمدکاظم بن حسین؛ *حاشیه کتاب مکاسب*؛ تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۲۰. \_\_\_\_\_؛ *کفایة الاصول (۲جلدی)*؛ ج ۱، تهران: چاپ اسلامیه، ۱۴۰۹ق.
۲۱. خرمشاهی، ابوالقاسم؛ «بحث و تحقیق در اطراف حقوق و احکام و ضابطه فرق بین حق و حکم»؛ *کانون و کلا*؛ تهران: کیمیا هنر، ش ۶۱، مهر و آبان ۱۳۳۷، ص ۳۳-۳۵.
۲۲. \_\_\_\_\_؛ «در تشخیص سنخ حکم با حق»؛ *کانون و کلا*؛ تهران: کیمیا هنر، ش ۶۵، خرداد و تیر ۱۳۳۸، ص ۲۰-۲۳.
۲۳. خمینی، سیدروح‌الله؛ *القواعد الفقهیة والاجتهاد والتقلید (۲جلدی)*؛ ج ۱، چ ۲، قم: دارالفکر (کتابفروشی اسماعیلیان)، ۱۳۸۲ق.
۲۴. \_\_\_\_\_؛ *کتاب البیع*؛ ج ۱، چ ۱، تهران: مؤسسه تنظیم دفتر آثار امام خمینی، [بی‌تا].
۲۵. \_\_\_\_\_؛ *مناهج الاصول*؛ ج ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۸.
۲۶. خویی، سیدابوالقاسم؛ *مصباح الفقاهه*؛ تقریرات محمدعلی توحیدی؛ ج ۲، قم:

- مؤسسه انصاریان، ۱۴۱۷ق.
۲۷. الدینوری، محمدأنور؛ فیض الباری علی البخاری؛ بیروت: دارالمعرفة للطباعة والنشر، ۱۴۲۹ق.
۲۸. روحانی، محمدصادق؛ منهاج الفقاهة؛ ج ۳، چ ۴، قم: العلمیه، ۱۴۱۸ق.
۲۹. سعدی، ابوجیب؛ القاموس الفقہی لغة و اصطلاحاً (تک جلدی)؛ چ ۲، دمشق: دارالفکر، ۱۴۰۸ق.
۳۰. شریف الرضی، محمدبن حسین و علی نقی فیض الاسلام اصفهانی؛ ترجمه و شرح نهج البلاغه (۲ جلدی)؛ ج ۵، چ ۵، تهران: مؤسسه چاپ و نشر تألیفات فیض الإسلام، ۱۳۷۹.
۳۱. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم؛ حاشیه کتاب مکاسب؛ ج ۱ و ۲، قم: دارالعلم، ۱۳۷۶.
۳۲. طریحی، فخرالدین؛ مجمع البحرین (۶ جلدی)؛ ج ۴، چ ۳، تهران: کتابفروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ق.
۳۳. قنواتی، جلیل، سیدحسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی پور (زیر نظر محقق داماد سید مصطفی)؛ حقوق قراردادها در فقه امامیه؛ ج ۱، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۷۹.
۳۴. کلینی، محمدبن یعقوب بن اسحاق؛ الکافی؛ ج ۵، چ ۴، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق.
۳۵. کمپانی اصفهانی، محمدحسین؛ الاجارة؛ چ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۹ق.
۳۶. —؛ حاشیه کتاب مکاسب؛ ج ۱، چ ۱، قم: انوارالهدی، ۱۴۱۸ق.
۳۷. گرجی، ابوالقاسم؛ «مشروعیت حق و حکم آن با تأکید بر حق معنوی»؛ مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی؛ تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ش ۲۹، مهر ۱۳۷۲، ص ۱۲۱-۱۲۸.
۳۸. مشکینی، میرزاعلی؛ مصطلحات الفقه؛ قم: انتشارات جامعه مدرسین، ۱۳۸۴.
۳۹. مقرئ فیومی، احمدبن محمد؛ المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی؛ ج ۲،



- چ ۱، قم: منشورات دارالرضی، [بی تا].
۴۰. نائینی، محمدحسن؛ فوائد الاصول؛ ج ۴، تهران: مؤسسه نصر، [بی تا].
۴۱. —؛ منیة الطالب؛ قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ق.
۴۲. نجفی خوانساری، موسی؛ منیة الطالب فی شرح المکاسب؛ تقریرات اباحت نائینی؛ ج ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ق.
۴۳. هاشمی خویی، میرزاحیب الله، حسن حسنزاده آملی و محمدباقر کمره‌ای؛ منهاج البراعة فی شرح نهج البلاغة و تکملة منهاج البراعة (۲۱ جلدی)؛ ج ۸، چ ۴، تهران: مکتبة الاسلامیه، ۱۴۰۰ق.
44. Benditt, Theodore M.; **Rights**, Rowman and Littlefield, 1982.
45. Froomkin, Michael; "Flood Control on the Information Ocean: Living with Ano-nymity", Digital Cash, and Distributed Databases, 15 **J. L. & Com.** 395, 479-505, 1996.
46. Glave, James; "The Dawn of the Infomediary"; **Wired News**, Feb. 24, 1999.
47. Gordon, Harris S. et al.; "Customer Relationship Management: A Senior Management Guide to Technology for Creating a Customer-Centric Business"; available at <[http:// www.the-dma.org/library/publications/customer relationship. shtml](http://www.the-dma.org/library/publications/customer%20relationship.shtml)>.
48. Hagel, John and Jeffrey F. Rayport, "The Coming Battle for Customer Information"; **Harv. Bus. Rev**, Jan-Feb 1997.
49. Kang, Jerry; "Information Privacy in Cyberspace Transactions"; 50 **Stan. L. Rev.** 1193, 1246-94, 1998.
50. Littman, Jessica; "Copyright Noncompliance (Or Why We Can't (Just Say Yes) to Licensing"; 29 **N. Y. U. J. Int'l L. & Pol.** 237, 1997.
51. Loudon, Kenneth C.; "Markets and Privacy"; **Comm. ACM**,

Sept, 1996.

52. Samuelson, Pamela; "A New Kind of Privacy? Regulating Uses of Personal Data in the Global Information Economy"; 87 **Calif. L. Rev.** 751, 1999.

