

مبنای «احترام» در شناسایی و حمایت از حریم خصوصی در حوزه ارتباطات

تاریخ دریافت: ۸۹/۸/۱۱

تاریخ تأیید: ۹۰/۵/۳۱

جلیل قنواتی*
حسین جاور**

۲۶

حقوق اسلامی / سال هشتم / شماره ۲۹ / تابستان ۱۳۹۰

چکیده

مبنای متعددی برای شناسایی حمایت و مسئولیت ناشی از نقض حریم خصوصی در حوزه ارتباطات و غیرارتباطات مطرح شده است؛ ولی هیچ کدام از جامعیت لازم برای توجیه و حمایت از حریم خصوصی برخوردار نیستند؛ بنابراین باید به دنبال مبنایی بود که همه ابعاد موضوع را پوشش دهد و از سوی دیگر، با جهت گیری جهانی، مبنای مطرح در حقوق تطبیقی را نیز زیر چتر خود قرار دهد.

به نظر می رسد قاعده احترام، جامع ترین مبنایی است که می تواند اهداف پیش گفته را محقق سازد؛ زیرا هم جنبه های مادی حریم خصوصی و هم جنبه های مرتبط با حیثیات معنوی حریم خصوصی، در دامنه شمول این مبنا قرار می گیرند. بر این اساس، دیدگاهی که درصدد توجیه حریم خصوصی در قالب مالکیت بر حریم خصوصی است، با بخشی از قاعده منطبق می شود که درصدد حمایت از جنبه های مالی اشخاص می باشد و سخن آن دسته از افرادی که بر کرامت انسانی و شأن انسانی تکیه دارند، با بخش دیگر قاعده منطبق می شود که بر حرمت و احترام شئون معنوی و آبروی اشخاص تأکید دارند.

واژگان کلیدی: قاعده احترام، حریم خصوصی، مالکیت، حیثیت معنوی، کرامت انسانی.

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

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

مقدمه

احترام به حریم خصوصی افراد در مجموعه حفظ اسرار ناشی از زندگی خصوصی اشخاص قرار می‌گیرد (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۳۹) و رازداری از پایه‌های تشکیل و استحکام عنصر اعتماد و امنیت روانی و سلامت و تعادل در روابط جمعی است؛ از این رو، حریم خصوصی ارتباطات به ابعادی از محرمانگی و شخصی بودن ارتباطات افراد در جامعه اطلاق می‌شود، براساس قواعد حاکم بر این نوع حریم، هر شخصی در برخی انواع ارتباطات فردی و اجتماعی خویش می‌تواند جنبه‌هایی از سرّی بودن روابط و ارتباطات را از جامعه انتظار داشته باشد، به گونه‌ای که از دید عموم محفوظ مانده و افراد غیرمجاز حق تجسس و پایش و رهگیری آنها را نداشته باشند، این نوع حریم، شامل کلیه انواع ارتباطات انسانی؛ مانند پُست عادی، پُست الکترونیکی و مکالمات تلفنی، تلگراف و... می‌شود و یکی از نهادهای حقوقی سنتی است که از دیرباز به آن توجه می‌شده است در این نوع حریم، قواعدی حاکم است که چگونگی ارتباطات فی مابین اشخاص از طریق فیزیکی و الکترونیکی را تنظیم و ذیل قاعده در می‌آورد، ممنوعیت شُود غیرمجاز مکالمات و رهگیری پیام‌ها و بازکردن نامه‌ها و افشای محتوای آنها در واقع ناظر به این نوع از ارتباط است (اصلانی، ۱۳۸۴، ص ۲۸۷).

در توجیه حمایت از حریم خصوصی، به ویژه در حوزه ارتباطات به مبانی متعددی تمسک شده که هریک به نوبه خود توانسته است تا حدودی در این راستا مؤثر واقع شود از سویی طرح این مبانی، به‌رغم تعدد، مفید بوده و حتی ضروری به نظر می‌رسد؛ ولی از سوی دیگر، ارائه مبانی متعدد و احیاناً مختلط، زینده تحقیقات روش‌مند نیست و باید مبنای واحدی برای پاسخ به چرایی حمایت حقوقی و قانونی از حریم خصوصی ارائه شود؛ به گونه‌ای که اولاً، با جامعیت خود، همه جنبه‌های حریم خصوصی را پوشش دهد؛ چه اینکه حریم خصوصی هم در آن بخش که صرفاً ناظر به جنبه مالی است و هم در آن بخش که با حیثیت معنوی اشخاص ارتباط می‌یابد، شایسته حمایت است؛ ثانیاً، با عنایت به جهانی بودن مسئله، حتی‌الامکان باید تلاش کرد مبنای مختار با برخورداری از جنبه جهان‌شمول، عمده‌ترین مبانی مطرح در حقوق تطبیقی و مصادیق منطبق با آن را نیز توجیه کند.

۱. طرح نظریه: مبنای احترام در حریم خصوصی

به نظر می‌رسد قاعده احترام، جامع‌ترین مبنایی است که می‌تواند اهداف پیش‌گفته را محقق سازد. مقصود از احترام، مصونیت اموال، حقوق مالی، آبرو و حقوق معنوی اشخاص از تعرض، تصرف و تعدی دیگران است؛ بدین معنا که اولاً، تعدی و تجاوز نسبت موارد یادشده جایز نیست، ثانیاً، در فرض تعدی و تجاوز، متجاوز مسئول شناخته می‌شود؛ چه اینکه از سویی این قاعده کلیه شئون مادی و معنوی اشخاص را مشمول احترام و شایسته‌حمایت می‌داند و از سوی دیگر، جنبه‌هایی از حریم خصوصی، در دامنه شئون مادی و جنبه‌هایی از آن در مقوله حیثیات معنوی اشخاص قرار می‌گیرد؛ بنابراین سخن آن دسته از افرادی که درصدد توجیه حریم خصوصی در قالب «مالکیت بر حریم خصوصی» اند، (Kenneth C Laudon, 1996, at 92 Jerry) با بخشی از قاعده ۲۵ منطبق می‌شود که درصدد حمایت از حقوق مالی اشخاص است و دیدگاهی که بر کرامت انسانی و شأن انسانی تکیه دارد (Pamela Samuelson, 1999, p. 751) با بخش دیگر قاعده منطبق می‌شود که بر حرمت و احترام شئون معنوی و به ویژه آبروی اشخاص تأکید دارد، همچنین جریان برخی از قواعد از جمله «لاضرر» در حریم خصوصی، در گرو این است که پیش از آن، موضوعی که مشمول عنوان ضرر شده، محترم بوده و مشمول حمایت قرار گرفته باشد، در غیر این صورت بحث اضرار و جریان قاعده لاضرر سالبه به انتفای موضوع خواهد بود؛ به دیگر سخن، درباره بسیاری از قواعد دیگر نیز قاعده احترام به عنوان محقق موضوع و در مقام اثبات صغرای قاعده نقش مهمی ایفا می‌کند، اگر این ادعا اثبات شود، چند نکته معلوم می‌شود: اولاً، هیچ‌کدام از مبانی موجود از جامعیت لازم در توجیه حریم خصوصی برخوردار نخواهند بود؛ ثانیاً، برخی از مبانی مطرح در حریم خصوصی؛ مانند «مالکیت در حریم خصوصی»، «کرامت» و «امنیت» که به عنوان مبنای مستقل مطرح می‌شوند، در واقع، چهره‌ای از مبنای مختار در نوشتار حاضر تلقی می‌شود.

احترام، قاعده‌ای اصطیادی است که از برخی روایات استنباط شده و به همین نام معروف شده است. روایاتی که مستند این قاعده تلقی می‌شود، در چند دسته قابل

بررسی است. دسته نخست؛ مجموعه روایاتی است که «مال» مسلمان را، جز در موردی که رضایت داشته باشد، بر دیگران حلال نمی‌داند از جمله، معتبره سماعه و زید الشحام از امام جعفر صادق علیه السلام که ایشان فرموده‌اند: رسول خدا صلی الله علیه و آله فرمود: «مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فليؤدّها إلى مَنْ أئتمنهُ عَلَيْهَا، فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَلَا مَالُهُ إِلَّا بِطِيبَةِ نَفْسٍ مِنْهُ [نفسه]» (کلینی، ۱۴۲۹، ج ۲، ص ۲۸۴) و در همین سیاق در روایت دیگری از رسول خدا صلی الله علیه و آله نقل شده است که ایشان در حجة الوداع فرمود: «إيها الناس انما المؤمنون اخوه ولا يحل لمؤمن مال أخيه الا عن طيب نفس منه» دسته دوم؛ روایاتی است که حرمت مال مسلمانان را به منزله حرمت خون وی قلمداد کرده است (حرمة مال المسلم كحرمة دمه) نظیر روایتی که ابی بصیر از امام جعفر صادق علیه السلام نقل می‌کند که رسول خدا صلی الله علیه و آله فرمودند: «سباب المؤمن فسوق و قتاله كفر و اكل لحمه معصية و حرمة ماله كحرمة دمه». دسته سوم؛ روایاتی است که با تعلیل و بیان کلی بر مطلب دلالت می‌کند و در آنها، بر عدم امکان از بین بردن حق دیگری، به عنوان دلیل برخی احکام تأکید شده است «انه لا يصلح ذهاب حق احد» (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۳، ص ۳۰۹).

در تبیین اصالة الاحترام همین بس که این گونه امور، توجه مردم به اموال و دارایی‌هایی خود، به مثابه توجه و اهتمام به نفوس و خون‌های خویش، از امور تبعدی یا موضوعات مستنبطه به شمار نمی‌رود تا نیازمند دلیل شرعی باشد، بلکه از امور عرفی و از استظهارات محاوره‌ای است و در تبیین و تشخیص آن باید به عرف و اهل محاوره مراجعه کرد (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۹، ص ۸۹)؛ بنابراین به نظر می‌رسد، مبنای اصلی این قاعده، بنای عقلاست که نه تنها ردعی از ناحیه شارع درباره آن وارد نشده، بلکه در روایات متعددی به امضای شارع نیز رسیده است و حتی اصل یادشده از اصول مربوط به «اصول نظام عقلائی» (همان، ج ۲۵، ص ۲۵۱ / همان، ج ۲۰، ص ۲۴۷) از ضروریات دین شمرده شده است (صدر، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۲۹۰).

اما درباره چگونگی ارتباط مبنای احترام، با بحث حریم خصوصی، باید از چند جهت عمده مورد توجه قرار گیرد. نخست؛ نقش قاعده احترام در احراز حرمت متعلق حریم خصوصی روشن شود. دوم؛ آنکه در فرض نقض حریم خصوصی، کیفیت دلالت قاعده احترام بر ضمان و شمول آن به حیثیات معنوی مورد بررسی قرار گیرد، برای

دلالت قاعده احترام بر ضمان ناشی از نقض حریم خصوصی؛ اولاً، باید اصل دلالت قاعده بر ضمان ثابت شود؛ ثانیاً، بتوان اثبات کرد که قاعده احترام علاوه بر دلالت بر ضمان ناشی از تلف و تسبیب در حیثیات مادی مرتبط با حریم خصوصی (نظیر حقوق مالی بر داده‌های ناشی از تراکنش‌های مالی و تجاری)، شامل ضمان ناشی از نقض حقوق و حیثیات معنوی مرتبط با حریم خصوصی نیز می‌شود؛ بنابراین آنچه که باید در وهله اول، مورد بررسی قرار گیرد، موارد و متعلقاتی است که به موجب این قاعده، مورد لحوق حکم حرمت و احترام قرار می‌گیرند، هرچه دامنه شمول قاعده احترام به این لحاظ گسترده‌تر باشد، به همین میزان می‌تواند در حوزه‌های گسترده‌تر و متنوع‌تری به عنوان مبنا مطرح شود.

۲. شمول قاعده احترام بر جنبه‌های مادی حریم خصوصی

تردیدی نیست برخی ادله که بر قاعده احترام دلالت می‌کنند، بالمطابقه، دامنه‌ای از مباحث مربوط به حریم خصوصی را که ناظر به جنبه‌های مالی و مادی اشخاص می‌باشد پوشش می‌دهد؛ چه اینکه این مقوله‌ها، در نهایت، تحت عنوان «مال» قرار می‌گیرند؛ بنابراین جنبه‌های مادی حریم خصوصی و همچنین آن دسته از تئوری‌ها و مبانی مربوط به حریم خصوصی که در حقوق تطبیقی ذیل عنوان «مالکیت در حریم خصوصی»، «مال‌انگاری حریم خصوصی»، «حریم خصوصی به مثابه مال» و نظایر آن مطرح می‌شوند (Kenneth C Loudon, Id Jerry Kang, Id Jessica Littman, Id)، اگر جزئاً یا کلاً پذیرفته شود، به همین مناسبت و به دلیل مالیت یا تلقی مال‌بودن ذیل همین مبنا قابل بررسی است؛ به طور مثال، حق مالی اشخاص در حفظ اطلاعات معاملاتی و اطلاعات تراکنشی ناشی از ارتباطات الکترونیکی و احیاناً مالکیتی که در این باره مورد توجه قرار گرفته است و در زمره حریم خصوصی اشخاص به شمار می‌رود، ذیل همین مبنا قابل بررسی است.

۳. شمول قاعده احترام به حیثیات معنوی مرتبط با حریم خصوصی اشخاص

پرسش اینکه آیا قاعده احترام، به لحاظ مورد و متعلق، عمومیت داشته و همه حیثیات شخص را اعم از مادی و معنوی، دربرمی‌گیرد یا صرفاً «مال» و «عمل» اشخاص را شامل می‌شود؟ در فرض عمومیت قاعده و توسعه دامنه شمول آن به حیثیات معنوی، این قاعده می‌تواند یکی از مبانی و علل موجهه حمایت از برخی مباحث نوپدید مانند حریم خصوصی تلقی شود؛ به ویژه در موادی که موضوع حریم خصوصی با حیثیت معنوی اشخاص ارتباط دارد. در این صورت آنچه در مفاد قاعده اخذ می‌شود، عبارت خواهد بود از «احترام ملکیت»، «احترام سلطنت» و هر نوع اضافه دیگر در ارتباط با تمامیت حیثیات معنوی اشخاص و حیثیتی که در مقام وجود خواهد داشت «حیثیت تعلیلی» خواهد بود و نه حیث تقییدی. در تعمیم قاعده احترام به «حیثیات معنوی» اشخاص، به چندگونه استدلال شده است.

گروهی از محققان کوشیده‌اند از چگونگی مقیدکردن مال به مسلمان در مثل «ان حرمة ماله كحرمة دمه» این گونه استفاده کنند که موضوع حکم، حیث تقییدی یافته و مقید شده است به سلطنت. در این صورت از روایت استفاده می‌شود که موضوع حرمت، در حقیقت قید «سلطنت» است و در واقع، آنچه محترم است سلطنت است و نه صرف مال؛ بنابراین روایت، بالمطابق بر احترام «نفس مال» دلالت ندارد (خمینی، ۱۴۲۸، ص ۲۴۸)*، بلکه آنچه موضوعیت دارد، «عنصر سلطه» است که در حیثیات معنوی و سایر حقوق نیز مصداق می‌یابد. البته بر این دیدگاه، ایراد شده که وقتی حکم بر موضوعی که حیث تقییدی دارد مترتب می‌شود، دلالت بر این مطلب دارد که موضوع مقید شده نه اینکه قید را موضوع تلقی کنیم و در روایت، سلطنت، موضوع حکم نیست، بلکه به طور مثال، مالی است که متعلق به مسلمان است (همان).

بنا بر استدلال برخی دیگر، اموالی که به اضافه ملکیت به دیگری نسبت داده می‌شوند، دارای دو جهت و حیثیت‌اند: نخست، «حیث ملکیت» که رعایت این حیث و

* به نقل از برخی محققان (بدون اشاره به نام).

احترام به این شأن به معنای این است که کسی حق ندارد در آنچه ذیل سلطه دیگری است تصرف کند، مگر آنکه از جانب وی مأذون باشد. آنچه در این حیثیت محوریت می‌یابد «سلطنت» شخص است که مورد احترام قرار می‌گیرد و احترام به آن نیز اقتضای خاص خود را دارد؛ بنابراین موضوع احترام در واقع همان «سلطه» شخص به شمار می‌رود؛ دوم، «حیثیت مالیت» رعایت این حیث و احترام به این شأن بدین معناست که مال دیگری را نباید به منزله مباحات اصلی یا بی‌ارزش تلقی کرد، تلف یا نقصان نیز مقتضی تدارک است (اصفهانی، ۱۴۰۹، ص ۹۶). البته اگر در حیثیت نخست «اضافه ملکیت» اخذ شده باشد. در این صورت از آنجا که رابطه مالکانه‌ای میان شخص و حیثیات معنوی‌اش برقرار نیست، مضمول قاعده قرار نمی‌گیرد و رابطه این دو، نظیر «اضافه عرض بر معروض و موضوع خود» و یا «اضافه فعل به فاعل» است و نه مثل اضافه ملک به مالک خود، نظیر اینکه شخص از آن جهت که بر خود تسلط دارد، می‌تواند برای انجام عملی خود را برای دیگری اجیر کند یا در حق دیگری تعهد کلی فی‌الذمه بدهد؛ بنابراین تملیک کلی و تملیک عمل، نه به خاطر ملکیت عمل یا ملکیت کلی است، بلکه به دلیل سلطه‌ای است که در مقام وجود دارد (همان، ص ۹۷).

برخی دیگر بر این مطلب تصریح کرده‌اند که منظور از احترام، صرفاً احترام «مال» نیست، بلکه منظور احترام مالک است و قبول این مطلب، عرفاً مستلزم این است که نظر مالک را تا حد امکان در مالش ملاک عمل قرار دهیم.*

برخی محققان نیز در تعبیرات خود «نفس»، «عرض»، «مال» و «دم» را در عرض هم از متعلقات قاعده احترام تلقی کرده‌اند. البته از میان آنچه که به عنوان منابع روایی قاعده احترام بیان شد، روایت صدوق از رسول خدا نیز به قرینه سیاق، این مدعا را تأیید می‌کند (سباب المؤمن فسوق و قتاله کفر و اکل لحمه من معصية الله و حرمة ماله کحرمة دمه)؛ چه اینکه ممنوعیت و مبعوضیت «سب»، «قتال»، «غیبت (با تعبیر قرآنی «اکل لحم») و حرمت «مال» و «خون» در یک سیاق مورد لحوق حکم قرار گرفته است، حتی اگر در این مقام قرینه سیاق نیز پذیرفته نشود، با الغای خصوصیت از «مال» و «عمل» می‌توان

* لآن الاحترام لیس هو احترام المال بمجردة؛ بل احترام المالك و هو یسیلزم عرفاً، فی قبول رأیه فی ماله مهما امکن (صدر، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۲۹۱).

موارد دیگری را از جمله «اعراض» و «حیثیات معنوی» اشخاص را نیز مشمول قاعده احترام تلقی کرد، علاوه بر اینکه عرف نیز ما را در این الغای خصوصیت یاری می‌دهد، می‌توان به قیاس اولویت، حیثیات معنوی اشخاص را نیز مشمول این قاعده قلمداد کرد؛ چه اینکه قدر مسلم این است که در نظر شارع، حرمت «عرض» از حرمت «خون» و حرمت خون از حرمت «مال» و «عمل» به ترتیب از اهمیت بیشتری برخوردار است.

برخی دیگر از محققان به روایاتی تمسک جسته‌اند که به لحاظ عمومیت تعلیل، مفید عمومیت در دامنه شمول قاعده احترام است؛ چه اینکه این دسته روایات، به‌گونه «تعلیل» بر عدم صلاحیت از بین رفتن «حق» دلالت دارد (جزایری، ۱۴۱۶، ج ۳، ص ۱۲۵) (لانه لایصلح ذهاب حق احد)؛ با این توضیح که منظور از حق در اینجا، اعم است از حق مالی و غیرمالی؛ چه اینکه حق گاهی بر «مال» و گاهی نیز بر چیزی که تقسیم حکم و ملک است اطلاق می‌شود؛ بنابراین این‌گونه روایات، علاوه بر حق مالی که مورد اتفاق است، بر احترام حقوق غیرمالی و از جمله حیثیات معنوی مرتبط با حریم خصوصی اشخاص نیز دلالت خواهد کرد.

۱-۳. دلالت قاعده احترام بر ضمان

در بحث از مبنای مسئولیت مدنی به طور عام و در ضمان ناشی از نقض حریم خصوصی به طور خاص و در جبران زیان ناشی از نقض حریم خصوصی ارتباطات به طور اخص، باید به این پرسش بنیادین پاسخ گفت که چرا افراد هنگامی که به دیگران زیان می‌رسانند مسئول قلمداد می‌گردند؟ بخشی از این پرسش در مباحث انسان شناسی ریشه دارد، انسان اگر چه در زندگی از امور زیادی متأثر است؛ ولی آزادی و اختیار خود را از دست نمی‌دهد و بسیاری از افعال وی اختیاری‌اند؛ بنابراین در توجیه مسئولیت می‌توان به عنصر اراده و آزادی وی توجه کرد؛ ولی در اینجا نکته‌ای که وجود دارد اینکه در فقه اسلامی احکام به وضعی و تکلیفی تقسیم می‌شود و در احکام تکلیفی است که عنصر توانایی و آگاهی بسیار اهمیت دارد (حکمت‌نیا، ۱۳۸۶، ص ۱۲۵). هنگام بررسی حکم تکلیفی می‌توان به عنصر تقصیر توجه کرد و با ضابطه تقصیر داوری نمود؛ ولی مسئولیت مدنی و ضمان یک حکم وضعی است که در آن عنصر

آگاهی و توانایی اثری ندارد و آنچه در این باره اهمیت دارد، اسنادی است که میان فعل و زیان محقق می‌شود و با وجود اسناد، مقتضای مسئولیت وجود دارد، در عین حال ممکن است عناوینی وجود داشته باشد که در عین وجود رابطه سببیت، مسئولیت را منتفی کند؛ مثلاً تجاهر به فسق یا ضرورت و نظایر آن ممکن است، در مواردی مسئولیت را منتفی کند، همچنین ممکن است، در مواردی و به اقتضای مصالح مهم‌تری که در مقام وجود دارد و برخلاف اقتضای اصل احترام، قواعد خاصی وضع شود که مאלاً «به نقض اصل احترام و تضییق دامنه احترام منجر شود (تخصیص) و به علاوه، بر اثر برخی وقایع، مواردی از نقض، موضوعاً از دامنه احترام خارج می‌شود (تخصیص) به این لحاظ نمی‌توان تقصیر را مبنای مسئولیت شمرد. ممکن است تقصیر در برقراری رابطه سببیت و اسناد عرفی زیان به فاعل، زیان نقش بازی کند؛ ولی این نقش بیان‌گر مبنای بودن تقصیر نمی‌باشد.

آنچه در برخی ادله وجود دارد و در مسئولیت مدنی نیز مورد استناد قرار می‌گیرد، احترام است؛ یعنی در دیدگاه فقه اسلامی اموال و أعراض اشخاص دارای احترام است و کسی نمی‌تواند به آنها زیان وارد کند و در صورتی که زیان وارد کند موظف به جبران خواهد بود (همان).

اما پرسشی که مطرح می‌شود اینکه آیا مدلول آن فقط حکم تکلیفی است یا علاوه بر آن بر یک حکم وضعی نیز دلالت می‌کند؟ در این باره دو نقش کبروی و صغروی برای قاعده احترام قابل بحث به نظر می‌رسد. نقش صغروی قاعده احترام در ضمن رابطه این قاعده با دیگر قواعد، مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

درباره دلالت قاعده احترام بر ضمان، دو دیدگاه عمده وجود دارد: دیدگاه اول اینکه قاعده احترام صرفاً مفید حکم تکلیفی است و هیچ نوع دلالتی بر لزوم جبران خسارت، به عنوان یک حکم وضعی ندارد؛ ولی براساس دیدگاه دوم، مبنای احترام نه تنها بر حرمت تعرض به شئون مصرح در قاعده دلالت دارد، بلکه علاوه بر آن در فرض تعرض، لزوم جبران خسارت را نیز اثبات می‌کند. البته در میان طرفداران دیدگاه دوم در چگونگی دلالت قاعده بر جبران خسارت و نقش کبروی یا صغروی قاعده در فرآیند اثبات حکم وضعی (لزوم تدارک ضرر) اختلاف نظر وجود دارد که ذیلاً مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱-۳. مدلول قاعده احترام فقط حکم تکلیفی است

برخی محققان (اصفهانی کمپانی، ۱۴۱۸، ص ۹۵) بر این باورند که قاعده احترام صرفاً مفید حکم تکلیفی است؛ زیرا: اولاً، قاعده احترام، مانند هر حکم و قاعده دیگر، نمی‌تواند برای خود، موضوع محقق کند؛ بنابراین به طور مثال در بحث از اموال، مزاحمت و تعرضی که به حکم قاعده احترام، اموال باید از آن مصون باشند، فقط نسبت به مال موجود قابل تصور است؛ ولی نسبت به مال معدوم قابل تصور نیست، مگر با فرض اینکه بدل آن به عهده تالف باشد؛ به عبارت دیگر تنها در فرض ثبوت بدل در ذمه او، وجوب پرداخت آن قابل تصور است که گفته شود عدم پرداخت بدل و محرومیت مالک نسبت به تصرف در آن بدل با خارج کردن آن از وجود تقدیری به وجود واقعی نوعی مزاحمت محسوب می‌شود.

اما جان کلام همین جاست که آیا قاعده احترام به تنهایی می‌تواند بدل مال تلف‌شده را در ذمه تالف ایجاد کند و برای خود موضوع بسازد؟ یا اینکه معقول نیست، هیچ‌قاعده‌ای محقق موضوع برای خود باشد (همان).

ثانیاً، تشبیه مال و دم (جان) از این جهت نیست که هر دو سبب پرداخت خسارت باشند (دیه یا قصاص در مقابل پرداخت بدل یا خسارت)، بلکه ظاهر سیاق عبارت روایات در تشبیه مال مسلم به خون (جان) او اینکه همان اثری که بر تعرض به خون و جان مسلمان مترتب می‌شود، بر تعرض نسبت به مال مسلمان نیز مترتب شود که آن اثر چیزی نیست جز تشدید مبعوضیتی که باعث شدت عقاب و مجازات می‌شود و از آن به کفر تعبیر می‌شود (همان، ص ۹۶)؛ بنابراین قاعده احترام تنها در مقام بیان یک حکم تکلیفی است؛ یعنی تعرض و مزاحمت نسبت به اموال دیگران را نوعی بی‌حرمتی اعلام می‌کند و نسبت به پرداخت خسارت ساکت است.

وی در این باره می‌افزاید، احترام مال و لزوم تدارک و مهدور نبودن آن، از حیث ذاتی مال ناشی نمی‌شود، بلکه از اضافه‌ای اعتباری که در مقام وجود دارد ناشی می‌شود؛ چه اینکه حیث موجود، تقییدی است و نه تعلیلی؛ بنابراین احترامی که مورد گفت‌گو است، به دلیل رعایت «مالکیت» و «سلطنت» بر ذات مال است که در این صورت، صرفاً، مقتضی حرمت تصرف بدون اذن است و دلالتی بر تدارک مالیت

ندارد؛ زیرا تدارک مالیت، ناظر به جنبه مالیت مال است و نه جنبه «مالکیت» و «سلطنت» (همان، ص ۳۲۳).

۲-۱-۳. دلالت قاعده احترام بر ضمان (حکم وضعی)

در توجیه دلالت قاعده احترام بر ضمان (حکم وضعی) از چند جهت استدلال شده است که ذیلاً مورد اشاره قرار گرفته است.

۱-۲-۱-۳. جبران خسارت و تدارک ضرر از شئون احترام است

براساس این دیدگاه، مفهوم احترام، این است که «مؤدّا» و «مورد» آن در معرض هدر یا مجانی بودن قرار نگیرد؛ بنابراین در اینجا، برای شخص، دو حیثیت وجود دارد: اول، حیثیتی که ناظر به تسلط مالک است (در مثل اموال) که متضمن احترام سلطنت اوست و مستلزم آن است که کسی حق ندارد به این سلطنت، با تصرف و غیر آن، بدون رضای شخص تعدی کند؛ دوم، حیثیتی است که براساس آن نمی‌توان با متعلق آن به گونه‌ای رفتار کرد که آن را در حد چیزی بی‌ارزش و مهدور، تنزل دهد و عدم تدارک مالیت یا عوض آن در فرض تعدی، در واقع به معنای مهدور تلقی کردن آن است؛ بنابراین رعایت ارزش مالی یا معاوضی آن، در گرو تدارک آن پس از اتلاف و استیفا و مانند آن است. در حالی که رعایت «مالکیت و سلطنت صاحب آن» صرفاً به این است که بدون اذن وی تصرفی صورت نگیرد (اصفهان‌کی کمپانی، ۱۴۱۸، ص ۳۲۲).

برخی علمای معاصر (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۲، ص ۲۱۸) در تقریب و تقویت این استدلال می‌افزایند، مفاد قاعده این است که علاوه بر اینکه تعرض نسبت به اموال دیگران، تکلیفاً ممنوع است، در صورت تعرض، به عنوان یک حکم وضعی خسارت وارده نیز باید تدارک شود (همان) با این توضیح که به طور مثال احترام اموال و اعمال انسان جزئی از حقیقت معنای مالکیت و تسلط انسان بر اموال و منافع اموال اوست؛ زیرا بدون این احترام، مالکیت و تسلط تحقق نمی‌یابد؛ با این بیان دیگران، بدون اذن مالک، حق تعرض و مزاحمت ندارند و چنانچه در اثر مزاحمت و تعرض آنان تلف واقع شود باید خسارات تدارک شود (همان) چگونه می‌توان ادعا کرد که چیزی دارای

احترام باشد؛ ولی در صورت تلف بدون رضایت، حکم به عدم لزوم تدارک ضرر کرد؟ به دیگر سخن، جبران خسارت و تدارک مال تلف‌شده، یکی از شئون احترام است که بدون آن قطعاً احترام، محقق نشده است (همان، ص ۲۳۵)؛ بنابراین از آنجا که احترام، مقتضی عدم صدور هر نوع فعل است که مناسب مقام نباشد (اراکی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۱۷۵)، چنانچه فعل منافی آن مقام واقع شود، اگر امکان تدارک با تراضی، اعتذار و غیر آن فراهم باشد، تدارک آن ضروری و در راستای حفظ این احترام به شمار می‌رود (همان) و در این باره فرقی میان عرض و مال و عمل وجود ندارد هرچند ممکن است، برای عرف، راهی برای تشخیص روش جبران مناسب مقام وجود نداشته باشد. بله! اگر موضوع احترام مال باشد، تدارک آن، عرفاً به مثل یا قیمت خواهد بود.

۲-۲-۱-۳. ضمان، مدلول التزامی قاعده احترام است

بنا بر برخی دیدگاه‌ها، میان احترام و ضمان تلازم وجود دارد (صدر، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۲۹۰)؛ چه اینکه معنای احترام این است که مزاحمت در همه حیثیات اشخاص، حدوثاً و بقائاً ممنوع است و عدم تدارک پس از تعرض و مزاحمت نیز در حقیقت، بقائاً مزاحمت ممنوعی است که شارع در آن رخصت نداده است، اگر چه بر این دیدگاه ایراد شده که حقیقت مزاحمت، فقط بر آنچه موجود است صادق است و جریان مزاحمت، در معدوم حدوثاً و بقائاً معقول نیست؛ بنابراین پس از آنکه تلف واقع شد، دیگر مزاحمتی نمی‌ماند تا بقای آن را نیز بتوان نوعی مزاحمت تلقی کرد مضافاً اینکه صرف «اخذ و تصرف و تعدی» است که ملاک مزاحمت است و عدم تدارک آن را ماهیتاً، نمی‌توان نوعی مزاحمت تلقی کرد (اصفهان‌کی کمپانی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۳۲۲).

برخی دیگر از محققان (محقق داماد، ۱۴۰۶، ص ۲۱۶) در برقراری ملازمه یادشده، این‌گونه استدلال کرده‌اند که در حدیث مذکور احترام مال به منزله احترام خون قرار داده شده و چون مفاد این جمله عام است، کلیه احکام خون مردم بر مال آنان نیز مترتب است؛ یعنی هر آنچه از باب احترام برای خون ثابت است، برای مال نیز ثابت است و بی‌شک، احترام خون به آن است که اولاً، هیچ‌کس مجاز به ریختن خون دیگری نیست؛

ثانیاً، در فرض ارتکاب، خون او نباید هدر برود، نتیجه آنکه در مال نیز چنین است، بدین معنا که:

اولاً، تصرف غیرمأذون ممنوع و حرام است؛

ثانیاً، تصرف و تعدی غیرمجاز نباید بدون تدارک و جبران گذاشته شود. به نظر می‌رسد این ملازمه به حیثیات معنوی نیز قابل تعمیم باشد، هرچند نویسنده به این مهم اشاره نکرده است؛

ثالثاً، اگر تصرف و مزاحمت حرام است، این عمل حرام مادام که توسط متصرف جبران و تدارک نشود، کماکان در حال ارتکاب محسوب می‌شود و به اصطلاح حقوق معاصر «جرم مستمر» است، چون مزاحمت تداوم دارد و رفع مزاحمت جز از راه تدارک زیان محقق نمی‌شود؛ بنابراین حتی اگر مفاد روایت حکم تکلیفی باشد نیز لازمه آن، ضمان خواهد بود (اصفهان‌کی کمپانی، ۱۴۱۸، ص ۷۹).

رابعاً، معنای احترام جز این نیست که مال و عرض مسلمان همچون مباحات اولیه نیست که دارای هیچ‌گونه حرمتی نباشد، و هرکس بتواند به آن تعرض کند، بلکه احترام مال به آن است که در صورت تعرض و تصرف و مصرف غیرمجاز، متصرف و متعرض، ملزم به جبران باشد.

۲-۳. رابطه قاعده احترام با سایر قواعد

در این قسمت از بحث، رابطه قاعده احترام و میان کنش آن با دیگر قواعد مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۲-۳. رابطه قاعده احترام با موجبات ضمان

اگر قاعده احترام به خودی خود و به دلالت مطابقی ضمان را افاده نکند؛ ولی از آنجا که قاعده احترام، صغرای قواعدی کلی نظیر قاعده اتلاف، تسبیب یا استیفا به شمار می‌رود با تحقق هریک از این عناوین، ثبوت حکم وضعی ضمان، در این موارد گرو تحقق موضوع و از جمله احترام در ناحیه موضوع است؛ در این صورت قاعده ید و اتلاف و تسبیب، در واقع، در صدد اثبات ضمان مال و محترم است و آنچه که احترام آن

غیرمحرز باشد، اثبات ضمان آن در شأن قواعد یاد شده نیست. همچنین است اثبات ضمان در غیرمال (عرض)؛ در این صورت خروج ضمان در مواردی مانند «اسقاط» و «سقوط احترام»، در مورد حریم خصوصی (نظیر اذن و تجاهر به فسق) و... خروج تخصصی و به لسان نفی موضوع خواهد بود و نه خروج تخصصی (عراقی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۶۵) و البته در مقام شک نیز نمی توان به عمومات یاد شده تمسک کرد؛ چه اینکه هیچ عامی برای خود، موضوع ساز نیست و موضوع باید در رتبه مقدم احراز شده باشد و گرنه تمسک به چنین عامی، تمسک به عام، در شبهه مصداقیه خود عام خواهد بود (همان، ۶۶)؛ بنابراین احترام مورد تلف یا نقصان، باید با دلیل یا اصل دیگری در مقام احراز شود تا در رتبه بعدی، نوبت به جریان قواعدی نظیر «اتلاف» و «تسبیب» برسد؛ بنابراین از سویی و در جایی که بر اثر اقدام خود شخص، مال، آبرو، حریم خصوصی یا خون وی در معرض هدر قرار می گیرد، این موارد، تخصصاً از شمول احترام مورد بحث خارج می شود و از سوی دیگر، در موارد تردید، نیازمند اصل یا قاعده ایم تا به احراز موضوع کمک کند در حل این مشکل، به عنوان اصلی عملی، مواردی؛ مانند استصحاب عدم ازلی (در تحقق عنوان مجانیت و امثال آن) و نیز استصحاب تعلیقی پیشنهاد شده است (خمينی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۳۸۵).

بنابراین اصل در مقام، استصحاب احترام عرض و مال و نظایر آن است، ثمره مهم جریان چنین اصلی، در قبال اصول دیگر، اینکه در مقام مقایسه با اصولی نظیر اصل برائت، اساساً، نوبت به جریان اصل برائت و مانند آن نمی رسد؛ چه اینکه در مقام تعارض اصل سببی احترام و مسببی (برائت)، نوبت به اصل مسببی نمی رسد (سبزواری، ۱۴۲۹، ج ۱۹، ص ۹۰).

۲-۲-۳. رابطه قاعده احترام و اصل آزادی ارتباطات

در این قسمت، لازم است رابطه قاعده احترام با اصل آزادی، به عنوان یکی از اصول مهم و گاه معارض با مبنای احترام مورد بررسی قرار گیرد.

۱-۲-۳. رابطه عموم و خصوص

ممکن است رابطه «احترام» به عنوان مبنای حمایت از حریم خصوصی و «آزادی» ارتباطات و اطلاعات و تبلور آن در آزادی بیان رسانه‌ای و نظایر آن، از سنخ عموم و خصوصی تلقی شود؛ ولی پرسشی که مطرح می‌شود این است که بر فرض اینکه این رابطه میان این دو اصل و قاعده برقرار باشد، کدام یک از آنها عام و کدام یک خاص محسوب می‌شود. در اینجا دو احتمال وجود دارد: نخست، عام بودن قاعده احترام و خاص بودن اصل آزادی ارتباطات؛ دوم، عام بودن آزادی ارتباطات و خاص بودن قاعده احترام که به اجمال مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۲-۳. عمومیت قاعده احترام و خصوصیت آزادی ارتباطات (تخصیص)

اگرچه حریم خصوصی مفهومی انتزاعی است و در ادله مورد اشاره قرار نگرفته است؛ ولی از آنجا که ادله، حرمت مال و عرض اشخاص را محترم می‌شمارد، دارای عموم و اطلاق می‌باشد، عمومیت احترام حریم خصوصی نیز می‌تواند مورد توجه قرار گیرد اگر اصالة الاحترام، به عنوان قاعده عمومی مطرح و پذیرفته شود؛ در این صورت اصل، برداشتن حریم خصوصی و حرمت حریم خصوصی افراد است و نقض حریم خصوصی این دسته از افراد، به دلیل آزادی ارتباطات، باید با لحاظ دو نکته صورت گیرد: نخست؛ اینکه در صورت شک در اصل، تخصیص اصل بر عدم تخصیص و جریان اصل احترام است، دوم؛ آنکه اگر بدانیم موردی با دلیلی خاص از اصل احترام تخصیص خورده؛ ولی در دامنه آن تردید داشته باشیم، اصل، بر عدم تخصیص زاید از قدر متیقن است؛ زیرا در مباحث اصولی مربوط به عام و خاص گفته شده است که در دلیل خاص (منفصل) چنانچه تردد بین اقل و اکثر باشد، نسبت به اکثر، عام، بر حجیت خود باقی است و اجمال آن به عام سرایت نخواهد کرد؛ زیرا در خاص منفصل، دلیل عام در عموم ظهور یافته است و حجیت دارد مگر آنکه حجیتی قوی‌تر از آن، ظهور آن را از بین ببرد؛ چه اینکه دلیل عام در عموم ظهور یافته و تا وقتی که تخصیصی بر آن وارد نشده است، در همه افراد خود حجیت دارد چنانچه دلیل خاصی بر دلیل عام وارد شود، دایره حجیت آن را محدودتر می‌کند (بروجردی، ۱۳۶۴،

ص ۵۱۴-۵۱۵ / مظفر، ۱۳۷۰، ص ۱۴۹ / حسینی، ۱۳۶۳، ص ۲۶۰؛ زیرا ظهور عام تا زمانی که ظهوری قوی‌تر از آن موجود نباشد حجت است و چون دلیل خاص، به دلیل نص بودن یا اظهریت، اقوی از ظهور عام می‌باشد، (خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۳۴۰ / حکیم، ۱۴۰۸، ص ۴۹۵ / بجنوردی، [بی‌تا]، ص ۴۴۹)، عام نسبت به افراد داخل در خاص، حجیت خود را از دست می‌دهد و در مورد حریم خصوصی نیز قدر متیقن از تخصیص، مقدار اقل است؛ بنابراین تا این حد، حجیت عام از بین می‌رود؛ ولی نسبت به اکثر، شک در اصل تخصیص وجود دارد و تخصیص در مورد اکثر، هیچ‌گونه ظهوری ندارد تا با ظهور عام معارضه کند؛ بنابراین ظهور عام و اصالة العموم، شک در تخصیص، مقدار زاید بر قدر متیقن را دفع می‌کند و در آن می‌توان به عام تمسک کرد (بروجردی، [بی‌تا]، ص ۵۱۵ / بجنوردی، [بی‌تا]، ص ۴۴۶ / مظفر، ۱۳۹۷، ص ۱۴۸). در واقع در تردد میان اقل و اکثر، علم اجمالی به علم تفصیلی و شک بدوی تبدیل می‌گردد که نسبت به مقدار زاید بر قدر متیقن، اصالة العموم جاری می‌شود تا شک بدوی که همان شک در اصل تخصیص است رفع شود (حسینی، ۱۳۶۳، ص ۲۶۰)؛ بنابراین نقض حریم خصوصی، جز در موارد منصوص و جز در قدر متیقن از مقدار منصوص میسر نخواهد بود به لحاظ اثباتی نیز خواننده دعوی نقض حریم خصوصی، برای توجیه نقض حریم خصوصی مدعی محسوب می‌شود.

۳-۲-۲-۳. عمومیت آزادی ارتباطات و خصوصیت احترام حریم خصوصی

اما اگر اصل اباحه و آزادی در اطلاع رسانی و آزادی اطلاعات و ارتباطات مبنای عمل قرار گیرد؛ در این صورت آزادی در نشر اطلاعات، قاعده عمومی و حریم خصوصی، استثنای بر آن تلقی خواهد شد اگر «آزادی ارتباطات» به عنوان قاعده و اصل عمومی و حرمت حریم خصوصی، به عنوان استثنایی بر آن مطرح باشد، در هر حال اصل بر آزادی ارتباطات و اطلاعات است و از جمله، بیان هر واقعه یا حادثه‌ای آزاد است، مگر آنکه موضوع بیان در دامنه حریم خصوصی قرار داشته باشد، ثمره این دیدگاه دقیقاً برخلاف فرض پیشین خواهد بود؛ به دیگر سخن در

صورتی که شک در ممنوعیت نشر به وجود آید و دلیل کافی بر منع وجود نداشته باشد، اصل بر اباحه و آزادی نشر خواهد بود، همچنین اگر بدانیم موردی با دلیلی خاص از اصل اباحه خارج شده؛ ولی در دامنه آن تردید داشته باشیم، اصل بر عدم تخصیص، زاید از قدر متیقن است و در مقدار مشکوک، اصل اباحه حاکم خواهد بود برخی اصول قانون اساسی و مفاد قوانین عادی در این راستا قابل ارزیابی است؛ به دیگر سخن سلب آزادی اشخاص و رسانه‌ها در نشر اطلاعات مربوط به اشخاص، جز در مقدار قدر متیقن و جز در مواردی که به یقین سلب حریم خصوصی محسوب می‌شود، ممکن نخواهد بود؛ بنابراین اگر در دامنه حریم خصوصی تردید به وجود آید و دوران امر میان قرارگرفتن موردی در دامنه حریم خصوصی و آزادی ارتباطات و اطلاعات، جانب آزادی مقدم داشته می‌شود؛ زیرا در این باره آزادی اطلاعات و ارتباطات با تخصیص کمتری مواجه می‌گردد و اصل نیز در این باره بر عدم تخصیص زاید است، در صورتی که با ادعای نقض حریم خصوصی دعوی مطرح شود، به لحاظ اثباتی، خواهان دعوی نقض حریم خصوصی، مدعی اثبات دخول مورد مشکوک در مقوله حریم خصوصی تلقی می‌شود.

۳-۲-۳. خروج موضوعی اصل احترام از آزادی ارتباطات و اطلاعات (خروج تخصصی)

براساس این تحلیل، موضوع آزادی اطلاعات، مسائل شخصی و حریم خصوصی نیست، بلکه مسائل عمومی است؛ بنابراین باید گفت، حریم خصوصی «تخصصاً» از آزادی اطلاعات خارج است. فصل چهارم قانون آزادی اطلاعات نیز حریم خصوصی را جزء استثنائات دسترسی به اطلاعات دانسته است. هرچند امکان تلقی آن به عنوان مخصص منفصل اصل آزادی ارتباطات و اطلاعات نیز وجود دارد؛ ولی ظاهر این ماده موافق نظریه اخیر به نظر می‌رسد، در ماده ۱۵ این لایحه آمده است: «چنانچه اطلاعات درخواست‌شده مربوط به حریم خصوصی اشخاص باشد و یا در زمره اطلاعاتی باشد که با نقض احکام مربوط به حریم خصوصی تحصیل شده است، درخواست دسترسی باید رد شود».

همچنین ماده ۱۶ مقرر داشته:

مؤسسات مشمول این قانون، در صورتی که پذیرش درخواست متقاضی، متضمن افشای

غیرقانونی اطلاعات شخصی درباره یک شخص حقیقی ثالث باشد، باید از در اختیار قراردادن اطلاعات درخواست شده خودداری کنند، مگر آنکه:

الف) شخص ثالث به نحو صریح و مکتوب به افشای اطلاعات راجع به خود رضایت داده باشد.

ب) شخص متقاضی ولی یا قیم یا وکیل شخص ثالث، در حدود اختیارات خود باشد.

ج) متقاضی یکی از مؤسسات عمومی باشد و اطلاعات درخواست شده در چهارچوب قانون مستقیماً به وظایف آن به عنوان یک مؤسسه عمومی مرتبط باشد.

۳-۲-۳-۱. دوران امر بین تخصیص و تخصص

آنچه مسلم به نظر می‌رسد اینکه دامنه شمول اصل احترام و اصل اباحه یکسان نیست، صرف نظر از اینکه کدام یک از دو دلیل خاص باشد، اگر تردیدی که در مقام وجود دارد ناشی از این باشد که دلیل خاص منحصر دلیل عام است یا تخصصاً از عمومیت دلیل عام خارج است، میان علمای اصول اختلاف وجود دارد؛ نظری که غلبه دارد این است که اگر دلیل عام و خاصی (منفصل) وارد شده باشند و خاص، مردد بین تخصیص و غیرتخصیص (تخصیص یا تخصص) باشد، اصالة العموم جاری می‌شود؛ زیرا در اصل تخصیص، شک وجود دارد و عموم عام، آن را دفع می‌کند؛ بنابراین علم اجمالی که در ابتدای امر وجود داشت منحل می‌شود (سبحانی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۳۴). هرچند بعضی اصولیین در اطلاق این مسئله (جریان اصالة العموم در شک بین تخصیص و تخصص) اشکال کرده‌اند؛ زیرا اصل عموم از اصول مرادیه است و در جایی که مقصود متکلم معلوم است؛ ولی در چگونگی خروج او به‌گون تخصیص یا تخصص شک داریم اصالة العموم جاری نمی‌شود (همان، ص ۳۳-۳۵).

۳-۲-۳-۲. شبهه مصداقیه

شبهه مصداقیه در حریم خصوصی زمانی به وجود می‌آید که اشکالی در مفهوم حریم خصوصی و دامنه آن به جهت مفهومی وجود ندارد و همچنین دامنه آزادی ارتباطات نیز برای ما، کاملاً روشن است؛ ولی به دلایل خارجی در مصداقی خاص تردید به وجود می‌آید که آیا از مصادیق خاص است یا عام، به طور مثال اگر ما اصل اباحه را اصل عمومی و احترام را خاص تلقی کنیم، تردید می‌شود که این

مورد خاص از مصادیق عام است تا مشمول آزادی بیان شود یا مصادیق خاص تا مشمول ممنوعیت نشر باشد، چنانچه بتوان به وسیله اصل موضوعی، مانند استصحاب، فرد مشتبه را ذیل عام یا خاص قرار داد، بحثی وجود ندارد (حسینی، ۱۳۶۳، ص ۲۶۳)؛ ولی در صورتی که چنین اصلی قابل اعمال نباشد، محققان اصولی، به طور مطلق در شبهه مصداقیه به عدم جواز تمسک به عام، اعتقاد یافته‌اند (خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۳۴۱ / حائری، ۱۳۶۹، ص ۱۱۲ / حکیم، ۱۴۰۸، ص ۴۹۶)، ظهور عام در عموم شکل گرفته است و پس از ورود مخصص، حکم عام محدود به افراد غیرخاص می‌شود؛ یعنی حجیت عام به همین حد، محدود می‌گردد؛ زیرا در مورد افراد خاص، حجیت خاص قوی‌تر است؛ بنابراین در مورد خاص منفصل، دو حجت وجود دارد، یکی حجیت عام در افراد غیرخاص و دیگری خاص در افراد خود، چون در شبهه مصداقیه و فرد مردد، هیچ ترجیحی برای این دو حجت وجود ندارد؛ بنابراین فرد مردد، معلق و مذذب بین این دو حجت باقی می‌ماند و نمی‌توان به هیچ‌یک از آن دو تمسک کرد و فرد مشکوک را ذیل آن قرار داد.

از جهت دیگر چون اصالة العموم از اصول مرادیه می‌باشد که مراد واقعی را احراز می‌کند، دخالتی در احراز مصادیق ندارد و اصولاً دلیل، وجود موضوع را احراز نمی‌کند، بلکه حکم را بنا بر فرض وجود موضوع اثبات می‌کند؛ بنابراین چون در شبهه مصداقیه خاص، صدق موضوع بر مصداق، مشکوک است، حکم عام نیز برای چنین فردی قابل اثبات نخواهد بود (خویی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۴۶۰).

اما همه بحث‌های گذشته در موردی بود که دلیل خاص، دلیل لفظی باشد؛ ولی اگر مخصص لفظی نباشد، بلکه لَبّی* باشد در تمسک یا عدم تمسک به عام، اختلاف وجود دارد، نظریه جواز تمسک به عام، در شبهه مصداقیه مخصص لَبّی به طور مطلق به شیخ انصاری نسبت داده شده است (مظفر، ۱۳۹۷، ص ۱۵۲-۱۵۴)، مرحوم نائینی میان

* مقصود از دلیل لبّی، هر دلیلی است که در مقابل دلیل لفظی واقع شود؛ مانند حکم عقل، اجماع، سیره، ضرورت و امثال آن (مظفر، ۱۳۹۷، ص ۱۵۲ / حسینی، ۱۳۶۳، ص ۲۶۶ / مشکینی، ۱۳۷۴، ص ۲۲۴) امکان نقض حریم خصوصی به دلیل ضرورت‌های امنیتی می‌تواند مثال خوبی برای مخصص لبّی در این بحث باشد.

مخصص لفظی و لثبی از جهت عدم جواز تمسک به عام، فرقی نگذاشته است. امام خمینی حکم مخصص لثبی و لفظی را یکسان و تفصیل مذکور را خروج از بحث دانسته‌اند؛ زیرا رجوع همگی آنها به شک در اصل تخصیص است نه شک در مصداق مخصص (سبحانی، ۱۳۸۲، ص ۲۰-۲۱).

۳-۲-۳. حکومت اصالة الاحترام بر اصالة الاباحه

فرض دیگری که می‌تواند مطرح شود اینکه میان این دو دسته از دلایل، رابطه عام و خاص وجود ندارد، بلکه با نگاهی دقیق‌تر به مفاد قاعده احترام و ممنوعیت هتک عرض اشخاص، معلوم می‌شود، اساساً ادبیاتی که در این دلیل و روایات مبنای آن وجود دارد «لسان نظارتی» است؛ چه اینکه مورد بیان قاعده احترام و در مورد حریم خصوصی، جایی است که از بیان آنچه در دامنه احترام، عرض قرار می‌گیرد نهی شده است به تعبیر دیگر، وقتی موضوع اباحه مورد ملاحظه واقع می‌شود، به خودی خود، طیف بسیار وسیعی را دربرمی‌گیرد در این طیف همه مقوله‌های ممکن می‌گنجد، اعم از اینکه مرتبط با حریم خصوصی و حیثیت معنوی باشد یا نباشد؛ ولی با جریان قاعده احترام، مصادیقی از موضوعات اصل اباحه و آزادی ارتباطات و اطلاعات، که مشمول اصل احترام و حرمت تعرض قرار می‌گیرند، از دامنه موضوع اصل آزادی خارج می‌شوند؛ بنابراین به تعبیر فنی‌تر، قاعده احترام، به لسان نظارتی و با مضیق کردن و ایجاد محدودیت در دامنه موضوعی آزادی ارتباطات، بر آن «حکومت» دارد.

براساس این دیدگاه، همه مقولات، علی‌القاعده در دامنه آزادی ارتباطات قرار می‌گیرند، مگر مواردی نظیر حقوق مادی و حیثیات معنوی مرتبط با حریم خصوصی که با قواعدی نظیر «احترام» از دامنه شمول موضوعی یا حکم آزادی ارتباطات خارج شود.

۴. جهان شمول بودن مبنای احترام

اما با توجه به جمیع استدلالات پیش گفته، دلالت قاعده احترام، بر حریم خصوصی، چه در ناحیه جنبه‌های مادی آن و چه در ناحیه جنبه‌های معنوی حریم خصوصی،

مسلم به نظر می‌رسد و در بخش دلالت قاعده بر ضمان نیز در مجموع، استدلال گروه دوم در اثبات ضمان ناشی از نقض، موجه‌تر و اقرب به واقع به نظر می‌رسد؛ ولی باید پذیرفت برخی مبانی که در حریم خصوصی مطرح شده، نظیر مبنای «مالکیت» و بحث مال‌انگاری در حوزه حریم خصوصی، اساساً، دارای خواستگاه خارجی بوده و در حقیقت ریشه در مطالعات تطبیقی دارد، پرسشی که مطرح می‌شود این است که قاعده احترام که مستند به ادله شرعی است، چگونه می‌تواند در جغرافیای این‌گونه مباحث وارد شده و به عنوان مبنا طرح شود آیا این تلقی با روش بحث در مطالعات تطبیقی منافات ندارد؟ بنابراین در این قسمت باید جغرافیای حقوقی نفوذ قاعده احترام، مشخص شود.

مهم‌ترین اشکالی که درباره این نظریه باید پاسخ داده شود اینکه از روایات و مستندات قاعده برمی‌آید که این قاعده، تنها در مورد مسلمانان کاربرد دارد؛ زیرا در روایات حرمت به مال و جان و عرض «مسلمان» مقید شده و طبعاً به لحاظ منطوقی غیرمسلمان خارج از این قاعده قرار خواهد گرفت؛ ولی به نظر می‌رسد عدم قید مسلمان در این ادله از چند جهت قابل توجیه و بررسی است:

نخست؛ آنکه افراد غیرمسلمان در نسبت به فرد مسلمان به لحاظ حرمت در جهات یادشده در این روایات (خون، مال و آبرو) همگی در یک رتبه قرار نمی‌گیرند؛ برخی در نسبت با مسلمانان فاقد حرمت تلقی می‌شوند؛ نظیر کفار حربی و بقیه به ویژه کسانی که در حمایت نظام اسلامی قرار می‌گیرند به لحاظ «حقوق شهروندی» و «حرمت» در ناحیه اموال، أعراض و نفوس با دیگر مسلمانان در شرایط برابری قرار می‌گیرند؛ بنابراین عدم ذکر غیرمسلمان برای جلوگیری از اختلاط میان فروع یادشده بوده است.

به علاوه، بنابر آنچه گفته شد، مهم‌ترین دلیل این قاعده بنای عقلاست به ویژه اگر پذیرفته شود که این قاعده از امضائات اسلام است و همه ملل و ادیان و حتی جوامع غیردینی در عمل به آن ملتزمند (همان، ص ۲۱۸) دیگر فرقی میان احترام مال مسلمان و غیرمسلمان نیست (م ۱۱ قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی) و حتی سایر فرهنگ‌ها نیز می‌توانند به عنوان مبنا، قاعده احترام را بپذیرند و اینکه ادله

قاعده بر مسلم بودن تأکید دارند به خاطر اسلامی بودن فرهنگی است که روایات در آن بیان می‌شود و گرنه به طور مثال، از جهت احترام اموال، فرقی میان مسلمان و غیرمسلمان نیست؛ زیرا احترام اموال و اعمال انسان جزئی از حقیقت معنای مالکیت و تسلط انسان بر اموال و منافع اموال اوست (همان) و غیر اینکه اموال او محترم است نیز مشمول این قاعده است، سایر مقوله‌هایی که در دامنه شمول احترام قرار می‌گیرند نیز همین حکم را دارند.

نتیجه

اما می‌توان گفت اگرچه حریم خصوصی در مغرب زمین مبحثی نوپدید شناخته می‌شود و همچنین به دلیل برخورداری غرب از دو عنصر قدرت و تبلیغات، جغرافیای فرهنگی و حقوقی غرب، امروزه به عنوان مبدأ پیدایش و گسترش حق شناخته می‌شود؛ ولی باید توجه داشت براساس مدارک و مستندات کاملاً معتبر این حق در حقوق اسلام به قدمت پیدایش آن است؛ از این رو مبنای احترام در توجیه و تبیین حریم خصوصی قابل طرح به نظر می‌رسد، در حقیقت قاعده حرمت حقوق و اموال، نخستین و بزرگ‌ترین قاعده ضمان‌آور است و حتی قواعدی مانند علی‌البد و تسبیب نیز فرع بر این قاعده است.

مبنای احترام نیز جنبه‌های مادی حریم خصوصی و نیز جنبه‌های مرتبط با حیثیات معنوی اشخاص را پوشش می‌دهد علاوه بر دیدگاه‌هایی که حریم خصوصی را با اتکای به کرامت انسانی توجیه می‌کنند، نظریاتی که در حقوق خارجی تلاش می‌کنند حریم خصوصی را صرفاً متکی بر جنبه‌های مادی و متکی بر مالکیت و مال‌انگاری توجیه کنند (بر فرض صحت) بر همین مبنا قابل توجیه خواهند بود و از آنجا که قاعده احترام از احکام امضایی اسلام بوده و متکی بر بنای عقلاست، می‌تواند به عنوان مبنایی جهان شمول و قاعده‌ای برون دینی مطرح و سایر دیدگاه‌های موجود در حقوق تطبیقی را نیز مدلل و تحت پوشش قرار دهد.

مبنای احترام، علاوه بر صیانت و حمایت از حریم خصوصی، به دلالت تطابقی یا التزامی، بر لزوم جبران خسارت نیز دلالت دارد، همچنین استثنائات و مجوزات نقض حریم خصوصی نیز بر مبنای احترام قابل توجیه است؛ بنابراین برخی موارد، نظیر

تجاهر به فسق و اذن (در موارد حق)، تخصصاً و در مواردی نظیر وجود مصلحت آهم و حکم مقامات قضایی، تخصیصاً حسب مورد، از شمول موضوعی و حکمی حریم خصوصی خارج می‌شود.

در مواردی که احترام در ارتباط با مقوله‌های مالی حریم خصوصی است علی‌القاعده «حق» و در مواردی که با جنبه‌های حیثیتی و مرتبط با کرامت انسانی است، «حکم» تلقی می‌شود، به این مهم در طرح حریم خصوصی توجهی نشده است و بیشترین تأکید بر عرف و انتظار متعارف می‌باشد.



منابع

۱. احسائی (ابن ابی جمهور)، محمد بن علی؛ *عوالی اللثالی العزیزية*؛ ج ۲، چ ۱، قم: دار سیدالشهداء للنشر، ۱۴۰۵ق.
۲. اراکی، محمد علی؛ *کتاب البیع*؛ ج ۱، چ ۱، قم: مؤسسه در راه حق، ۱۴۱۵ق.
۳. اصفهانی، سید ابوالحسن؛ *وسيلة النجاة* (سه جلدی)؛ حواشی آقای گلپایگانی؛ چ ۱، قم: چاپخانه مهر، ۱۳۹۳ق.
۴. اصلانی، حمیدرضا؛ *حقوق فناوری اطلاعات*؛ چ ۱، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۴.
۵. انصاری، باقر؛ «مقدمه‌ای بر مسئولیت مدنی ناشی از ارتباطات اینترنتی»؛ *مجله دانشکده حقوق*؛ تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ش ۲۲، زمستان ۱۳۸۲، ص ۹-۵۲.
۶. بجنوردی، موسوی؛ *منتهی الاصول*؛ ج ۱، چ ۲، قم: مکتبه بصیرتی، [بی تا].
۷. بروجردی، شیخ محمد تقی؛ *نهایة الافکار* (تقریرات درس آفاضیاء عراقی)؛ ج ۱ و ۲، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۶۴.
۸. حائری، سید محمد مجاهد؛ *القواعد والفوائد والاجتهاد والتقلید* (مفاتیح الاصول)؛ قم: مؤسسه آل‌البیت علیه السلام، ۱۲۶۹ق.
۹. حرّ عاملی، محمد بن حسن، و *سائل الشیعة* (۲۹ جلدی)؛ ج ۱۳، قم: مؤسسه آل‌البیت علیه السلام، ۱۴۰۹ق.
۱۰. —؛ *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*؛ ج ۲۵ و ۲۹، چ ۱، قم: مؤسسه آل‌البیت علیه السلام، ۱۴۰۹ق.
۱۱. حسینی، سید مرتضی؛ *عناية الاصول*؛ ج ۲، چ ۵، قم: انتشارات فیروزآبادی، ۱۳۶۳.
۱۲. حکمت‌نیا، محمود؛ *مسئولیت مدنی در فقه امامیه* (مبانی و ساختار)؛ قم: دفتر تبلیغات اسلامی پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۶.

۱۳. حکیم، سیدمحسن؛ **حقایق الاصول**؛ ج ۱، چ ۵، قم: مکتبه بصیرتی، ۱۴۰۸ق.
۱۴. خراسانی (آخوند)، محمدکاظم بن حسین؛ **کفایة الاصول** (دو جلدی)، ج ۱، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۴۰۹ق.
۱۵. خمینی (امام)، سیدروح الله؛ **کتاب البیع** (تقریرات خرم آبادی)؛ چ ۱، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۸ق.
۱۶. خمینی، سیدمصطفی؛ **کتاب البیع**؛ ج ۲، چ ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ق.
۱۷. خویی، سیدابوالقاسم؛ **محاضرات** (پنج جلدی)؛ ج ۲، قم: انتشارات انصاریان، ۱۴۱۷ق.
۱۸. روحانی قمی، سیدمحمدحسین؛ **القواعد الفقهیة** (منتقى الاصول)؛ ج ۴، چ ۱، [بی جا]: چاپخانه امیر، ۱۴۱۳ق.
۱۹. سبحانی، جعفر؛ **تهذیب الاصول** (تقریرات درس امام خمینی)؛ قم: انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۸۲ق.
۲۰. سبزواری، سیدعبدالاعلی؛ **مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام**؛ ج ۱۹، ۲۰ و ۲۵، چ ۴، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ق.
۲۱. شهابی، محمود؛ **مقدمه فوائد الاصول** (تقریرات درس مرحوم نائینی)؛ ج ۱ و ۲، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۴ق.
۲۲. صدر، سیدحسن؛ **الشیعة و فنون الاسلام**؛ چ ۱، قاهره: مطبوعات النجاح، ۱۳۹۶ق.
۲۳. صدر، سیدمحمد؛ **ماوراء الفقه**؛ ج ۳، چ ۱، بیروت: دارالاضواء للطباعة والنشر والتوزیع، ۱۴۲۰ق.
۲۴. عراقی، آقاضیاءالدين؛ **شرح تبصرة المتعلمین**؛ ج ۵، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴ق.
۲۵. علم الهدی، سیدمرتضی؛ **الذریعة الی اصول الشریعة**؛ با تنقیح ابوالقاسم گرجی؛ ج ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۳.
۲۶. قمی (شیخ صدوق)، محمدبن علی بن بابویه؛ **من لایحضره الفقیه**؛ ج ۳ و ۴، چ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ق.

۲۷. کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب؛ الکافی؛ ج ۲، چ ۱، قم: دارالحدیث للطباعة والنشر، ۱۴۲۹ق.
۲۸. کمپانی اصفهانی، محمد حسین؛ حاشیه کتاب المکاسب (پنج جلدی)؛ چ ۱، قم: انوار الهدی، ۱۴۱۸ق.
۲۹. —؛ الاجارة؛ چ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۹ق.
۳۰. گرجی، ابوالقاسم؛ تحول علم اصول؛ تهران: بنیاد بعثت، ۱۳۶۱.
۳۱. مروج جزایری، سید محمد؛ هدی الطالب فی شرح المکاسب؛ ج ۳، چ ۱، قم: مؤسسه دارالکتاب، ۱۴۱۶ق.
۳۲. مشکینی، علی؛ اصطلاحات الاصول؛ چ ۲، قم: نشر الهادی، ۱۳۷۴.
۳۳. مصطفوی، سید محمد کاظم؛ مائة قاعدة فقهیه؛ چ ۴، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۱ق.
۳۴. مظفر، محمد رضا؛ اصول الفقه؛ ج ۱ و ۲، قم: انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۹۷ق.
۳۵. مغنیه، محمد جواد؛ علم الاصول فی ثوبه الجديدة؛ قم: انتشارات ذوالفقار، [بی تا].
۳۶. مکارم شیرازی، ناصر؛ القواعد الفقهیه؛ ج ۲، چ ۳، قم: مدرسه امیر المؤمنین، ۱۴۱۱ق.
۳۷. موحدی لنکرانی، محمد فاضل؛ تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة (الاجاره)؛ چ ۱، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۴۲۴ق.
۳۸. یزدی (محقق داماد)، سید مصطفی؛ قواعد فقه (بخش مدنی)؛ چ ۱۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ق.
39. Hegel, John and Jeffrey F. Rayport, **The Coming Battle for Customer Information**; Harv Bus Rev., 5-11, 1997.
40. Kang, Jerry; **Information Privacy in Cyberspace Transactions**; 50 Stan L. Rev 1193, 1246-94, 1998.
41. Laundon, Kenneth C.; **Markets and Privacy**; Commun. ACM 39(9): 92-104, 1996.
42. Littman, Jessica; **Copyright Noncompliance (Or Why We Can't**

"Just Say Yes" to Licensing; 29 N.Y.U.J. Intl L. & Pol. 237, 1997.

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





پرویشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی