

بررسی فقهی - حقوقی استیفا در دامنه داده‌های ارتباطی

حسین جاویر*^۱، علیمراد حیدری^۲

۱. استادیار دانشگاه تهران (پردیس فارابی)

۲. استادیار دانشگاه حضرت معصومه(س)

(تاریخ دریافت: ۹۵/۸/۲؛ تاریخ پذیرش: ۹۵/۱۲/۷)

چکیده

ممکن است داده‌های فردی اشخاص، به‌ویژه در حوزه ارتباطات، به‌وسیله شرکت‌های تجاری، تحصیل و پس از پردازش، بر اساس نیاز بازار مصرف، در قالب پروفایل‌های تجاری درآید و به مشتریان عرضه شود. صرف‌نظر از مباحث مربوط به مالکیت داده‌های فردی، این پرسش مهم مطرح می‌شود که آیا استفاده از داده‌های ارتباطی مربوط به افراد، مسئولیتی به‌دنبال دارد یا خیر؟ مسئولیت ناشی از اقدام شرکت‌های تجاری و سایر اشخاص، در تحصیل، پردازش و فروش داده‌های فردی، ممکن است از جهات گوناگون مورد توجه قرار گیرد و از اسباب متنوعی برای حمایت از شخص موضوع داده مدد گرفته شود. در این میان به‌نظر می‌رسد استیفا در کنار برخی عناصر دیگر، به‌عنوان یکی از موجبات ضمان ناشی از نقض حقوق شخص موضوع داده ارتباطی مورد توجه قرار می‌گیرد. ضمان ناشی از استیفا از داده‌های ارتباطی افراد و شرایط آن، موضوع نوشتار حاضر است.

واژگان کلیدی

استیفا، ارتباطات، اطلاعات، داده، ضمان.

مقدمه

بحث از استیفای نامشروع در حوزه‌های ارتباطات از این‌رو ضروری است که امروزه، ارزش فزاینده داده‌های ترافیکی و ارتباطی و قابلیت‌های فنی موجود در تحلیل و پردازش آن، اشتباهی سیری‌ناپذیری را در شرکت‌های تجاری و بازاریابان برای دسترسی به این منبع ثروت ایجاد کرده است. بنابراین شایسته خواهد بود که نهاد استیفا به‌عنوان یکی از اسباب مسئولیت مدنی با تأکید بر این حوزه مورد توجه و بازخوانی قرار گیرد. به‌علاوه، نهادهایی چون غضب، اتلاف و تسبیب قادر نیستند تمام نمونه‌هایی را که دنیای جدید از نقض حقوق ارتباطی، در برابر دیدگان ما قرار داده است، پوشش دهند. راست است که این نهادها، راه‌حل بسیاری از مسائل را به‌دست می‌دهند، باید به یاد داشت که هر یک از این اسباب مجرایی مخصوص به خود دارند و چه بسا مصادیقی از مسئولیت مدنی وجود داشته باشد که چتر این قواعد آنها را دربر نگیرد؛ بنابراین و تا جایی که امکان دارد باید قواعد حمایت از داده‌های اشخاص در ابعاد گوناگون و به‌ویژه در حوزه ارتباطات توسعه پیدا کند.

پرسشی که مطرح می‌شود این است که اگر داده‌های فردی، به‌ویژه در فرایند ارتباطات، در دسترس قرارگیرد، سپس با استفاده از تکنیک‌های پروفایل‌سازی، در قالب بسته‌های تجاری درآید و توسط بازاریابان استفاده شود، آیا در قالب نهاد استیفا امکان طرح مسئولیت مدنی اشخاصی که در امر تحصیل، پردازش، پروفایل‌سازی و عرضه گسترده داده‌های فردی دخالت می‌کنند وجود دارد یا خیر؟

هرچند برخی از اساس با جریان نهاد استیفا در مسئولیت مدنی مخالف هستند، به‌نظر می‌رسد دستکم در قلمرو داده‌هایی که حساس نباشد و امکان تجاری‌سازی آن وجود داشته باشد، فی‌الجمله و تحت شرایطی، امکان استفاده از نهاد استیفا برای جبران خسارت ناشی از بهره‌برداری از داده‌های فردی وجود دارد. استفاده از این امکان، در حقیقت به‌معنای توسعه مسئولیت مدنی و استفاده از تمام ظرفیت‌های ممکن در پیشبرد این بخش از حقوق است.

نحوه جریان این قاعده در مسئولیت مدنی ناشی از نقض حریم خصوصی در حوزه ارتباطات نیازمند تحلیل و بررسی پیرامون این قاعده و دلالت آن در این زمینه است. در بررسی جریان استیفا در حوزه ارتباطی، ابتدا مفهوم، انواع و شرایط استیفا در این قلمرو ارتباطات مورد توجه قرار می‌گیرد، سپس دلالت ادله حرمت استیفا بر ضمان و کاربرد آن در حریم خصوصی مطرح خواهد شد.

مفهوم استیفا در حوزه داده‌های ارتباطی و انواع آن

اگرچه در حقوق ایران و اسلام مفهوم استیفا شناخته شده است، این مفهوم، در حوزه ارتباطات مفهوم ناشناخته‌ای است. از این رو باید جایگاه این مفهوم، در قلمرو حقوق ارتباطی و حقوق ناشی از داده‌های فردی، به درستی تبیین و دامنه مفهومی آن مشخص شود. مفهوم استیفا در حوزه حریم خصوصی را در این قسمت بررسی خواهیم کرد.

مفهوم استیفا در حوزه داده‌های فردی

«استیفا» که در لسان قرآن با تعبیر کنایی «اکل» یاد شده است (تبریزی، ۱۴۱۶، ج ۴: ۲۷؛ شیرازی، بی تا، ج ۱۱: ۴۰) از ریشه «و. ف. ی» و به معنای «گرفتن چیزی به طور کامل» است. مقصود از استیفا در حوزه ارتباطات و به طور خاص در ارتباطات الکترونیکی و مجازی، هرگونه بهره‌مندی و استفاده از داده‌های ترافیکی و ارتباطی یا حقوق مالی مرتبط با داده‌های یادشده است که موجب افزایش جنبه مثبت یا کاهش جنبه منفی دارایی یک شخص می‌شود؛ بنابراین اولاً، موضوع استیفا در این مقام، جنبه‌هایی از ارتباطات و داده‌های ارتباطی است که مالی و استیفاشدنی باشد؛ به دیگر سخن، بخشی از داده‌های فردی موضوع استیفا قرار می‌گیرند که مورد رغبت عقلاً باشد، به نحوی که نوع عقلاً، برای به دست آوردن آن حاضر به بذل چیزی باشند. به این ترتیب، تنها آن دسته از حقوق مربوط به داده‌های ارتباطی موضوع استیفا قرار می‌گیرد که مالی و قابل تقویم به پول باشند. اما بخشی که جنبه معنوی این حقوق را تشکیل می‌دهد و از شخصیت افراد جدایی‌ناپذیر است، علی‌الاصول واگذارشدنی به غیر نیست و از شمول قاعده استیفا خارج است (Litman, 1997: 237-240) چه اینکه این قبیل امور، در ادبیات حقوق اسلامی، در دسته احکام قرار می‌گیرند و حق محسوب نمی‌شوند تا

قابلیت واگذاری یا استیفای مالی داشته باشند (قنوتی، جاور، ۱۳۹۰: ۲۷) بنابراین تنها قسم اول این حقوق موضوع استیفا خواهد بود.

استیفا از داده‌های ارتباطی افراد، ممکن است به صورت ایجابی یا سلبی واقع شود؛ استیفای ایجابی یا مثبت در فرضی است که شخص، بر جنبه مثبت دارایی خویش بیفزاید؛ مانند اینکه با تهیه پروفایل‌ها و بسته‌های تجاری از داده‌های ترافیکی، آن را به خریداران این بسته‌ها بفروشد (kang, 1998: 12-17) استیفا گاه به صورت سلبی واقع می‌شود و آن زمانی است که از جنبه منفی دارایی‌ها کاسته شود؛ مانند اینکه شرکت‌های تجاری با تحصیل نامشروع داده‌ها، هزینه‌های فعالیت خود را بیرونی کنند و به دلیل عدم پرداخت هزینه، از کاهش دارایی شرکت جلوگیری کنند؛ در ادبیات حقوق اقتصادی، از این عمل شرکت‌های تجاری، به برونی کردن هزینه‌ها یاد می‌شود. با این توضیح که شرکت، دستاوردها و منافع حاصل از داده‌های فردی را درونی می‌کند، اما شاید برخی از ضررها را به بیرون منتقل کند.

همان‌طور که پیداست، استیفا به اشخاص حقیقی اختصاص ندارد و چه بسا یک شخصیت حقوقی از مالی به‌طور نامشروع استیفا کند. آنچه اهمیت دارد صدق عنوان عرفی استیفاست و در این جهت، تفاوتی نمی‌کند که استیفاکننده شخص حقیقی باشد یا حقوقی. بلکه این عمل، گاه به وسیله اشخاص حقوقی و با استفاده از ابزارهای پیشرفته صورت می‌گیرد.

انواع استیفا در حوزه حریم خصوصی ارتباطات

استیفا از حریم خصوصی در حوزه ارتباطات عمدتاً، از طریق بهره‌برداری از داده‌های فردی صورت می‌گیرد. پرسشی که مطرح می‌شود این است که انواع استیفا کدام است و یک شخص چگونه می‌تواند از مالی استفاده کند و آن را بر دارایی خویش بیفزاید؟

استیفا از داده‌های فردی در حوزه ارتباطات، بر حسب مشروعیت یا عدم مشروعیت آن به استیفای مشروع و نامشروع تقسیم می‌شود. استیفای مشروع از طریق توافق، اعمال اراده انشایی و حکم قانون صورت می‌گیرد. استیفا، همچنین ممکن است بدون اتکا به اسباب مجاز و مشروع صورت گیرد. استیفا اعم از آنکه در قالب مشروع صورت گیرد یا بدون

مبنای شرعی و قانونی باشد، از اسباب مسئولیت است. زیرا این قاعده در صدد حمایت از مال و حقوق مالی اشخاص است که از جمله، حقوق مالی ناظر به داده‌های فردی و در حوزه ارتباطات را هم شامل می‌شود. در عین حال، به دلیل شیوع استیفای نامشروع از داده در حوزه ارتباطات، تأکید عمده بر استیفای نامشروع از داده‌های فردی است.

استیفای مشروع از داده‌های فردی در دامنه ارتباطات

به موجب ماده ۲۹ قانون مدنی: «ممکن است اشخاص نسبت به اموال علاقه‌های ذیل را دارا باشند: ۱. مالکیت (اعم از عین یا منفعت)؛ ۲. حق انتفاع؛ ۳. حق ارتفاق^۱ نسبت به ملک غیر». همچنین از مفاد ماده ۱۴۰ چنین به دست می‌آید که تصرفات مالکانه اشخاص درباره اموال، به یکی از اسباب سه‌گانه حاصل می‌شود: عقد، ایقاع و قانون. از سوی دیگر، با توجه به اینکه حق انتفاع و بهره‌برداری از داده‌های فردی در حوزه ارتباطات، ممکن است ناشی از قرارداد باشد، یا صرف اذن شخص موضوع داده‌ها آن را ایجاد کرده باشد، زمینه استیفای مشروع از داده‌های ارتباطی، در جنبه‌های مالی مرتبط با حریم خصوصی و حقوق مادی داده‌ها شکل می‌گیرد.

اسباب مشروع برای استیفای از داده‌های ارتباطی را به‌عنوان یک مال، می‌توان در سه دسته قرار داد: قرارداد، ایقاع^۲ و حکم قانون؛ این اسباب و نحوه تأثیر آن، به‌طور خلاصه و به ترتیب بررسی خواهد شد.

۱. بحث حق ارتفاق به دلیل عدم تناسب با موضوع داده‌های شخصی، اساساً در حوزه ارتباطات و حریم خصوصی ارتباطات موضوعیت پیدا نمی‌کند.

۲. بر اساس دیدگاه مختار نگارنده، ایقاع شامل «اذن» هم می‌شود. بنابراین لازم نیست دخالت اذن در این زمینه در عنوان مستقلی بحث شود. اما بر اساس دیدگاه دیگر، اذن و دخالت آن در این بحث باید به‌طور جداگانه بررسی شود. شایان ذکر است که درباره اینکه آیا اذن، انشا و در حقیقت گونه‌ای ایقاع است یا خیر، میان فقها و حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد و برخی آن را از دایره ایقاعات خارج دانسته‌اند و بعضی صریحاً یا ضمناً آن را نوعی ایقاع معرفی کرده‌اند. دکتر شهیدی معتقد است: اذن صرفاً نوعی ترخیص و رفع مانع است و در نتیجه، باید آن را در زمره اخباریات دانست نه انشائیات (برای توضیح بیشتر، ر. ک. شهیدی، ۱۳۹۰، ش ۲۱: ۴۰ - ۴۱). در عین حال و با توجه به ماهیت اذن و تأثیر آن در حقوق مادی و مالی اشخاص و لزوم اهلیت در صدور اذن، انشایی بودن آن اقوی به نظر می‌رسد.

قراردادها، یکی از متداول‌ترین وسایل مشروع دستیابی به داده‌های شخصی است. امروزه تلاش می‌شود فرایندهای تراکنشی به‌ویژه در حوزه ارتباطات مالی و تجاری چنان تنظیم شود تا حصول توافق برای بهره‌برداری از داده‌های تراکنشی و ترافیکی امکان یابد. این توافق به‌صورتی تنظیم می‌شود که شخص موضوع داده نیز فراخور موقعیت خود و قدرت چانه‌زنی و جایگاه طرف مقابل، از برخی از مزیت‌های مالی هم بهره‌مند شود (Hagel, 1997: 53). بنابراین اگر شخصی به‌موجب یک قرارداد صحیح و معتبر، از داده‌های فردی استفاده کند و از این طریق بر دارایی خویش بیفزاید، نباید چنین استیفایی را نامشروع تلقی کرد.

نهایت اینکه تحلیل نوع رابطه ایجادشده و حدود تعهدات و حقوق طرفین در استحقاق شخص موضوع داده، در دریافت عوض یا حق رجوع و فسخ قرارداد تأثیر بسزایی دارد. چه اینکه قراردادها را از حیث نوع رابطه‌ای که ایجاد می‌کنند، می‌توان به سه دسته تقسیم کرد:

قراردادهای موجد مالکیت بر داده‌های شخصی: این دسته از قراردادها، کامل‌ترین رابطه را میان شخص و داده‌ها ایجاد می‌کنند چون شخص با تملک داده می‌تواند از منافع آن به‌طور کامل برخوردار شود یا آن را به دیگری واگذار یا از آن اعراض کند. از جمله این قراردادها، می‌توان به عقودی چون بیع، معاوضه، صلح و نظایر آن اشاره کرد. قراردادهای موجد حق: اثر پاره‌ای از قراردادها ایجاد نوعی حق به‌منظور استیفا از یک داده است.

قراردادهای موجد اباحه: این دسته از قراردادها، ضعیف‌ترین نوع رابطه را بین یک شخص و داده‌های انتقالی برقرار می‌کنند. در واقع این گروه از قراردادها، هیچ‌گونه مالکیت یا حقی برای اشخاص ایجاد نمی‌کنند و تنها این امکان را فراهم خواهند کرد که کسی از داده‌های فردی متعلق به دیگری استفاده کند. قراردادهای موجد اباحه در حوزه داده‌های فردی، ممکن است معوض یا غیرمعوض باشد و همچنین، شاید حاوی حق رجوع شخص موضوع داده در خصوص جلوگیری از استفاده از داده‌ها برای بعد از زمان فسخ باشد؛ این امکان، ضمن دادن حق مشارکت به شخص موضوع داده، عمدتاً به‌منظور اعطای حق و

قدرت کنترل بر داده‌های فردی (حق نکول و خروج) در نظر گرفته شده است. این حق، در حقیقت، به معنای صرف نظر کردن از مشارکت در توزیع داده‌های فردی و قطع همکاری و ارتباط است که به منظور جلوگیری از عواقب طولانی مدت ناشی از داد و ستدهای بد در نظر گرفته شده‌اند.

آنچه تاکنون در مورد قراردادها گفته شد، به فرضی مربوط است که شخص به موجب یک رابطه قراردادی «مستقیم» و در حالی که یکی از طرفین رابطه قراردادی را تشکیل می‌دهد، از منافع مالی بهره‌مند شود و آن را بر دارایی خویش بیفزاید.

همان‌طور که اشاره شد، این قراردادها صرفاً در دامنه آن جنبه از داده‌های فردی نافذ است که با حیث معنوی و شخصیت و حرمت اشخاص موضوع داده غیرمرتبط باشد؛ به تعبیر دیگر این قرارداد صرفاً در مورد داده‌های فردی مالی معتبر و مشروع است.

ایقاع نیز همانند عقد، شاید سبب مشروع برای افزایش دارایی به‌شمار رود؛ ایقاعات از حیث آثار حقوقی که ایجاد می‌کنند، ممکن است به انواع مختلفی تقسیم شوند، اما تا آنجا که به بحث حاضر ارتباط می‌یابد، آنها را می‌توان به دو دسته کلی تقسیم کرد. نخست، ایقاعی که سبب پیدایش مالکیت برای خود ایقاع‌کننده می‌شود؛ قابلیت این عنصر در ایجاد علاقه مالکیت، در گرو پذیرش سببیت حیازت در قلمرو داده‌های فردی است که بحث از آن از حوصله و موضوع اصلی این نوشتار خارج است. به هر روی، در صورت پذیرش سببیت حیازت، ایقاع هم از اسباب استیفا مشروع در دامنه داده‌های ارتباطی به‌شمار خواهد رفت.

دوم، ایقاعی که سبب افزایش دارایی شخصی جز ایقاع‌کننده می‌شود، این مورد زمانی مصداق پیدا می‌کند که شخص موضوع داده با اذن قبلی، اجازه تحصیل، پردازش و بهره‌برداری از داده‌های مربوط به خود را به شرکت‌های فعال در این زمینه اعطا می‌کند. این عمل به دارا شدن شرکت‌های موصوف منجر می‌شود؛ زیرا شرکت‌های پردازشگر و بازاریابان در قبال داده‌های تحصیلی ارزشی را نمی‌پردازند، به این ترتیب هزینه‌ها را بیرونی و از خروج سرمایه جلوگیری می‌کنند و بر دارایی خود می‌افزایند. توضیح آنکه دارا شدن

در اینجا به صورت منفی (سلبی) تحقق می‌پذیرد؛ به این معنا که از بخش منفی دارایی شرکت‌های فعال در این زمینه کاسته می‌شود.

در واقع از آنجا که به موجب روایاتی چون «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طَيْبٍ مِنْ نَفْسِهِ» (احسائی، ۱۴۰۵: ۲۲۲ و ۱۱۳؛ همو، ج ۲: ۲۴۰، همو، ج ۳: ۴۷۳؛ طوسی، تهذیب، ج ۶: ۲۰۱؛ کلینی، کافی، ج ۵: ۲۵۴؛ کنز العمال، ج ۱، ح ۳۹۷؛ صدوق، ج ۴: ۶۶ و ۱۹۵، عاملی، وسائل الشیعه، ج ۵: ۱۲۰، أبواب مکان المصلی، ب ۳، ح ۱) افراد از تصرف در اموال یکدیگر بدون رضایت مالک آن منع شده‌اند، اثر اذن، رفع این ممنوعیت و ایجاد اباحه تصرف و بهره‌برداری از داده‌های فردی مالی در قلمرو داده‌های ارتباطی است.^۱

البته باید توجه داشت که هرچند اثر اذن، ایجاد اباحه تصرف است، اباحه در بهره‌برداری از داده‌های فردی با مسئولیت شرکت‌ها و اشخاص بهره‌بردار به پرداخت اجرت‌المثل منافاتی ندارد^۲؛ مگر اینکه معلوم شود شخص موضوع داده در اذنی که داده، قصد تبرع داشته است^۳؛ وگرنه در صورتی که در ازای تصرف، عوض مناسب در نظر گرفته شود، داده‌های فردی در حد مال مهدور تنزل پیدا می‌کند^۴ که صحیح نیست. بنابراین

۱. قید «مالی» در این عبارت بر اساس دیدگاه مختار در این نوشتار است.

۲. أن كل مال له حرمتان: إحداهما حرمة التكليفية التي تمنع عن التصرف فيه تكليفاً و ترتفع بالإذن في التصرف، و ثابتهما حرمة الوضعية التي تعني الضمان و التي تزول بالإقدام على المجانية و هدر المال من قبل المالك. و من هنا يكون الإذن في التصرف أمراً مغايراً للمجانبة حتماً، فقد يجوز الأول دون الثاني بحيث يكون له التصرف لكن على وجه الضمان. و عليه فموضوع الضمان أمرٌ عدمي، و هو عدم الإقدام على المجانية، و ما يرفعه أمرٌ وجودي و هو الإقدام على المجانية (شاهرودی: ۲۴۴).

۳. الحاصل أن الإذن من حيث هو سواء كان مالکياً أو شرعياً لا يرفع الضمان و إنما الرفع هو إسقاط الاحترام الذي لا يصدق إلا مع الإذن المجاني (یزدی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۳۹؛ قمی، ۱۴۱۲، ج ۱۵: ۱۵۱)؛ الرفع للضمان هو إسقاط الاحترام الذي لا يصدق الا مع الاذن المجاني (قمی، ۱۴۲۹، ج ۲: ۳۵۸).

۴. ان المال المضاف إلى المسلم بإضافة الملكية له جهتان و حیثیتان: (الاولی) حیثیة الملكية، و رعاية هذه الحیثیة و احترام هذا الشأن عدم التصرف فيما هو تحت سلطان الغير إلا باذنه (و الثانية) حیثیة المالية، و رعاية هذه

رعایت ارزش مالی یا معاوضی آن، در گرو تدارک آن پس از اتلاف و استیفا و مانند آن (اصفہانی، ۱۴۰۹: ۹۵).

گاهی نیز قانون خارج از قلمرو نفوذ اراده‌ها، مستقیماً، اجازه تملک یا استیفا از مالی را می‌دهد. تملک مال به حکم قانون، گاهی مستقیم و گاهی غیرمستقیم است. تملک مستقیم، به موجب قانون در قالب «ارث» محقق می‌شود و این تملک قهری است (شهیدی، ۱۳۷۹: ۴ - ۵). اگرچه شاید بحث تملک قهری در مقوله ارتباطات هم به نوعی موضوعیت پیدا کند، چون کمتر محل تأمل و توجه است، از بحث پیرامون آن صرف نظر می‌کنیم.

اما تملک غیرمستقیم و ناشی از قانون زمانی است که قانون، خارج از قلمرو نفوذ اراده‌ها و بدون اینکه مستقیماً استیفای یک شخص از مال دیگری را تجویز کرده باشد، تنها زمینه آن را فراهم می‌کند؛ برای مثال، ماده ۳۱۴ ق.م. در خصوص بهای افزوده در نتیجه عمل غاصب مقرر می‌دارد: اگر در نتیجه عمل غاصب، قیمت مال مغضوب زیاد شود، غاصب حق مطالبه قیمت زیادی را نخواهد داشت؛ مگر اینکه آن زیادتى عین باشد که در این صورت عین زائد متعلق به خود غاصب است.

بر این اساس، در مواردی که تحصیل داده‌های فردی غیرمجاز تلقی شود، از آنجا که این عمل در حکم غصب محسوب می‌شود، چنانچه شرکت تحصیل‌کننده در فرایند پردازش داده‌های فردی اعمالی انجام دهد که موجب افزایش قیمت داده‌ها در قالب بسته‌های تجاری شود، از مطالبه قیمت افزوده یا اجرت کار خود نیز محروم است (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۳۳). به این ترتیب شخص موضوع داده، بدون اینکه در ازای ارزش افزوده داده‌های مربوط به خود چیزی پرداخته باشد، از آن فزونی بهره‌مند خواهد شد. در این صورت استیفای وی از این فزونی، به حکم شرع و قانون مجاز خواهد بود.

الحیثیة و احترام هذا الشأن ان لا يجعله هدرا بحيث يعامل معه معامله ما لا مالیه له، فالمال المضاف إلى المسلم بإضافة الملكية له حرمتان من حيث المضاف و من حيث الإضافة (اصفہانی، ۱۴۰۹: ۹۵).

استیفای نامشروع از داده‌های فردی در حوزه ارتباطات و صورت‌های آن

استیفای نامشروع در حوزه ارتباطات و به‌خصوص در مقوله داده‌ها زمانی رخ می‌دهد که هیچ‌کدام از اسباب مشروع بهره‌برداری (که مورد اشاره قرار گرفت) وجود نداشته باشد. برخلاف آنچه در مورد استیفای مشروع گفته شد، مصادیق استیفای نامشروع در دامنه ارتباطات و به‌ویژه در ارتباط با داده‌های فردی، به‌طور کامل احصاشدنی نیست. در واقع، هرگونه استیفایی که ذیل یکی از اسباب مشروع نگنجد، نامشروع تلقی می‌شود؛ زیرا «اصل» در «ایادی» و «اصل» در «استیفا»، «ضمن‌آور بودن» آنهاست (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۶۵؛ همان: ۱۰۳؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۱: ۳۰۸)^۱ بنابراین، به استقرا باید مواردی را جست‌وجو کرد که برای استیفا، نه اذن مالکانه و نه اذن شارع یا قانونگذار وجود نداشته باشد. استیفای نامشروع از داده‌های فردی و در فرایند ارتباطات، شاید صورت‌های مختلفی داشته باشد که در ادامه بررسی خواهد شد.

یکی از صورت‌های استیفای نامشروع از داده، فرضی است که شخصی بدون اذن، بر داده‌های مربوط به دیگری «استیلا» یابد و از منافع آن در قالب تهیه بسته‌های تجاری و ارائه به بازاریابان بهره‌مند شود.

در تمام مصادیق این فرض، شخص یا وضع ید بر داده‌های متعلق به دیگری به‌طور نامشروع بر دارایی خویش می‌افزاید. بسیاری از مصادیق این حالت مشمول قاعده ضمان ید است؛ مشروط به اینکه اطلاق «ید» و «استیلا» بر داده‌های اطلاعاتی و ارتباطی صحیح باشد. مثال‌های طرح‌شدنی در این خصوص فراوانند که به برخی از آنها اشاره می‌شود.

گاه شخص، به‌نحو غیرقانونی بر داده‌ای متعلق به دیگری تسلط پیدا می‌کند؛ مواردی که هرکس به‌نحو غیرمجاز و از طریق هک کردن، بر سیستم‌های ارتباطی دیگران مستولی شوند

۱. صرف اثبات تصرف برای ضمان و مسئولیت مدنی کافی است و شخص متصرف در صورتی براءت می‌یابد که امانی بودن ید خود را اثبات کند (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۶۵) اصل آن است که هرگونه تصرف موجب ضمان است. از این اصل ید امانی خارج شده که با وجود عنصر اذن و بلاعوض بودن محقق می‌شود (همان: ۱۰۳؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۱: ۳۰۸).

و به کسب داده‌های مرتبط به اشخاص بپردازند و آن را به بازاریابان یا شرکت‌های فعال در زمینه پردازش داده بفروشند، از همین قبیل است. این حالت، کامل‌ترین نوع استیفای نامشروع از داده‌های فردی به‌شمار می‌رود. ناگفته نماند این مورد، غالباً، واجد عنوان کیفری هم خواهد بود.

همچنین شاید در مواردی داده‌ها توسط شخص اما ناخواسته در اختیار دیگری قرار داده شود، نظیر موردی که نامه الکترونیکی به آدرسی غیر از آنچه شخص می‌خواهد و در اثر اشتباه در درج آدرس پست الکترونیکی، در اختیار دیگری قرار می‌گیرد.

گاه استیلای شخص بر داده‌ها فی‌الجمله مشروعیت دارد، اما در ادامه نحوه تصرف و در اثر تغییر وضعیت شاید این تصرف مشروعیت خود را از دست بدهد. به‌نظر می‌رسد این حالت حداقل در دو مورد مصداق پیدا می‌کند؛ نخست آنکه شخص با اذن شروع به استیلا کرده، ولی تصرف وی با وجود نکول شخص موضوع داده و درخواست حذف نام وی از فهرست پروفایل‌های تجاری تهیه‌شده، ادامه یافته است. این مورد البته مبتنی بر دیدگاهی است که رابطه بین شرکت‌های تحصیل‌کننده داده و شخص موضوع داده را متزلزل و از طرف شخص موضوع داده و نسبت به زمان آتی قابل رجوع و فسخ می‌داند. در صورت پذیرش این دیدگاه، بخش اخیر ماده ۳۰۸ قانون مدنی را که مقرر می‌دارد: «اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است» می‌توان بر همین فرض حاکم دانست؛ البته مشروط بر آنکه احکام غصب، در فرض استیلا بر داده‌ها هم حاکم باشد.

دومین مورد در فرایند تحصیل داده‌های فردی توسط واسطه‌های الکترونیکی و پردازش غیرمجاز آن تحقق پیدا می‌کند. اگرچه مبادلات از بستر الکترونیکی متعلق به واسطه‌ها عبور می‌کند، این شرکت‌ها مجاز و محق در تصرف و استفاده از داده‌ها نیستند.

تردیدی نیست که «بازاریابی» به‌منظور جلب مشتری و فروش هر چه بیشتر محصولات در فضای رقابتی امروز، ضرورت انکارناپذیری در عرصه فعالیت‌های اقتصادی و تجاری محسوب می‌شود؛ به‌گونه‌ای که در بسیاری موارد شناسایی این حق برای شرکت‌های تجاری، ضامن بقای آنان در عرصه رقابت تجاری است؛ در عین حال لازم است این

فعالیت‌ها در بستری مجاز و بدون تجاوز از حدود قانونی و قراردادی صورت گیرد. در مورد شرکت‌های واسطه خدمات الکترونیکی و نظایر آن هم وضع به همین گونه است. این شرکت‌ها اگرچه به دلیل ضرورت‌های فنی، در جریان مبادلات الکترونیکی از داده‌های فردی اطلاع می‌یابند، حق ندارند این اطلاعات را، به‌ویژه در قالب تهیه پروفایل‌های تجاری یا حتی به صورت خام، در اختیار دیگران قرار دهند. این کار نوعی تجاوز به حقوق افراد موضوع داده و سوءاستفاده از موقعیت تلقی می‌شود.

بنابراین شاید شرکت‌های یادشده، با قرار گرفتن در موقعیت‌های خاص یا دسترسی به اطلاعاتی که دیگران از آن بی‌بهره‌اند، به‌نحو غیرمشروع بر دارایی خویش بیفزایند؛ بدون اینکه در عمل از دارایی فرد خاصی کاسته شود. در بسیاری از موارد، داشتن موقعیت خاص سبب دسترسی آسان به اطلاعات و سپس به‌کارگیری آنها در جهت کسب ثروت‌های نامشروع می‌شود.

گاهی نیز استیفای نامشروع بدون وضع ید بر داده‌ها صورت می‌گیرد. در این فرض، شخص بدون اینکه بر داده‌های دیگری استیلا یابد، از منافع آن بهره‌مند می‌شود و بر دارایی خویش می‌افزاید. یکی از مصادیق این بحث در موضوع پست الکترونیکی و در خصوص نمایش محتوای پست الکترونیکی دیده می‌شود. اگر فردی بدون وضع ید و بدون استیلا بر فضای مجازی بتواند بر مفاد و محتویات نامه الکترونیکی و غیر آن از داده‌های فردی متعلق به غیر مسلط شود، می‌توان آن را از مصادیق استیفای نامشروع از داده‌های فردی و جنبه‌های مالی مرتبط با حریم خصوصی در حوزه ارتباطات تلقی کرد.

کاربرد استیفا در حوزه حریم خصوصی ارتباطات و شرایط ضمان ناشی از آن

پس از طرح مصادیقی از استیفای نامشروع از داده‌های فردی در حوزه ارتباطات، اکنون باید به این پرسش پاسخ داد که ضمان قهری تا چه حد این مصادیق را شامل می‌شود؟ در این زمینه نخست، کاربرد این قاعده در ضمان ناشی از نقض حقوق داده‌های ارتباطی و دلالت ادله بر ضمان ناشی از آن بررسی خواهد شد. سپس، شرایط و ارکان مسئولیت مدنی ناشی از استیفا، در قلمرو داده‌های فردی مطرح می‌شود.

کاربرد قاعده در ضمان ناشی از نقض حقوق داده‌های ارتباطی

یکی از پرسش‌های اساسی که در خصوص جریان این قاعده در ضمان ناشی از نقض حریم خصوصی ارتباطی و حقوق داده‌های فردی مطرح می‌شود، این است که آیا می‌توان این قاعده را مبنای ضمان ناشی از استیفای نامشروع در حوزه ارتباطات، قرار داد و حکم ضمان را با آن ثابت کرد؟ طرح این موضوع تأثیر مهمی بر درک جایگاه قاعده مسئولیت مدنی ناشی از نقض حقوق ارتباطی، به‌ویژه، حق محرمانگی ارتباطات و حریم خصوصی ارتباطات و حدود و شمول آن خواهد داشت. در واقع، در این زمینه، دو گزاره مهم امکان طرح و بررسی دارد.

۱. نهی از تصرف در داده‌های فردی و استیفا از آن به‌سببی که عرفاً باطل باشد.

۲. مسئولیت شخص استیفاکننده، برای جبران استیفایی که به‌طور نامشروع، از داده‌های فردی صورت داده است.

باید دید آیا میان این دو گزاره، ارتباطی وجود دارد و آیا می‌توان گزاره دوم را از گزاره اول نتیجه گرفت؟

ظاهر از نهی در گزاره اول، «حرمت تصرف» بوده و قدر متیقن از آن «حرمت تکلیفی» است؛ حال آنکه گزاره دوم از «ضمان» سخن می‌گوید و حوزه آن «احکام وضعی» است. اما اگر بتوان ترتیب یادشده را میان دو گزاره برقرار کرد، راه برای اثبات قاعده جدیدی به‌منظور جبران هر گونه استیفای نامشروع از داده‌های فردی در حوزه حریم خصوصی فراهم می‌شود.

اگر چه قدر متیقن از واژه «حرمت» در قاعده یا عبارت «لا تأکلوا» در آیه شریفه (که به صیغه نهی به‌کار رفته و ظهور در حرمت دارد) «حرمت تکلیفی» است، اما در عین حال امکان استفاده «حکم وضعی» نیز از این قاعده وجود دارد.

در خصوص نوع ارتباط میان حکم تکلیفی و حکم وضعی، اختلاف نظر وجود دارد. برخی، حکم تکلیفی را منشأ حکم وضعی می‌دانند. (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۲۶). برخی نیز معتقدند که بعضی از احکام وضعی، موضوع حکم تکلیفی را تشکیل می‌دهند و این

موضوعیت، تقدم رتبی حکم وضعی را نسبت به حکم تکلیفی اقتضا دارد (صدر، ۱۴۲۳: ۲۲ - ۲۳). گروهی نیز معتقدند که حکم وضعی، لزوماً، از حکم تکلیفی به دست نمی‌آید؛ در حقیقت، هرچند برخی از احکام وضعی، ارتباطی ناگسستنی با احکام تکلیفی دارند، در پاره‌ای احکام وضعی مانند حجیت، قضاوت، ولایت و نیابت، اگرچه امکان انتزاع از احکام تکلیفی هم وجود دارد، این احکام، الزاماً از احکام تکلیفی به دست نمی‌آیند؛ بلکه این قابلیت را دارند که مستقیماً توسط شارع، جعل شوند؛ به طور مثال، زوجیت یا مالکیت، به مجرد عقد واقع می‌شوند، بدون اینکه از احکام تکلیفی خاصی گرفته شده باشند (خراسانی، ۱۴۰۲: ۴۰۲).

توضیح بیشتر اینکه در مورد نحوه جعل احکام وضعی، از جمله ضمان و مسئولیت و ارتباط آن با حکم تکلیفی، اختلاف‌های عمیق و دقیقی وجود دارد که بحث از همه آنها، از حوصله نوشتار حاضر خارج است. به طور خلاصه، مهم‌ترین این دیدگاه‌ها مطرح خواهند شد.

نظریه فاضل تونی (ره): بر اساس دیدگاه منسوب به وی، احکام وضعی، مستقیماً جعل می‌شوند و برخی احکام وضعی نیز از آن انتزاع خواهند شد، مثل جعل «مالکیت» و انتزاع «حرمت تصرف» از آن یا جعل «زوجیت» و انتزاع «وجوب نفقه» از آن. در پاسخ گفته شده که اگر منظور این است که شارع مقدس هم حکم تکلیفی و هم حکم وضعی را جعل کرده، این کار لغو است؛ بنابراین، در مورد عقد نکاح و مانند آن از میان این دو، فقط باید یکی جعل شده باشد و نمی‌شود هم حکم وضعی که زوجیت است، جعل شده باشد و هم حکم تکلیفی؛ زیرا جعل یکی از دیگری، مستغنی است. اگر هم گفته شود که شارع، مطلقاً حکم تکلیفی را جعل نکرده، این هم برخلاف وجدان است؛ زیرا مثلاً در آیه قرآن حکم وضو، تکلیفی است و ما از آن «شرطیت» وضو برای نماز را انتزاع می‌کنیم که حکمی وضعی است. همچنین شارع حکم تکلیفی وجوب نماز هنگام دلوک شمس را جعل می‌کند و ما از آن حکمی وضعی که سببیت دلوک برای نماز است را انتزاع می‌کنیم. بر این اساس می‌توان گفت فرمایش ایشان نیز فی الجمله یعنی در برخی موارد صحیح است، اما بالجمله یعنی اینکه کلیت داشته باشد، صحیح نیست (فاضل تونی، ۱۴۱۵: ۲۰۴).

نظریه شیخ انصاری (ره): احکام وضعی، مستقیماً جعل نمی‌شوند؛ بلکه این قبیل احکام، از احکام وضعی منتزع خواهند شد. مثلاً از «حرمت تصرف در مال خریداری شده توسط غیرخریدار»، «مالکیت»، «لزوم» و «سببیت بیع برای تملیک» انتزاع می‌شود. به این دیدگاه اشکال شده است که گاهی شارع مقدس مستقیماً حکمی وضعی را جعل کرده و احکام تکلیفیه از حکم وضعی انتزاع شده است. مثلاً شارع بعد از تحقق عقد ازدواج، زوجیت را جعل می‌کند و بعد از آن، احکام تکلیفی مانند وجوب نفقه و مانند آن انتزاع می‌شود (پاسخ نقضی).

نظریه آخوند خراسانی (ره): از دیدگاه محقق خراسانی، احکام وضعی بر سه دسته‌اند: **دسته اول**، احکامی که نه استقلالاً و نه به‌طور تبعی، مورد جعل تشریحی واقع نمی‌شوند. مانند «شرطیت» رشد برای نفوذ معاملات و «مانعیت» قرابت رضاعی برای نکاح. عدم امکان جعل استقلالاً به این دلیل است که سببیت حقیقی، همان سنخیت و ارتباط ویژه ایجاد بیعت و معلول است که در اینجا وجود ندارد و عدم امکان جعل تبعی هم این است که جعل تبعی به تبع تکلیف منتزع از تکلیف خواهد بود و باید بعد از تکلیف موجود باشد و از آنجا که مواردی مثل سببیت، به‌طور طبیعی، قبل از تکلیف است، قابل جعل تبعی به تبع تکلیف نیست؛ چون نهایتاً، به خلف می‌انجامد؛ **دسته دوم**، احکامی است که جعل استقلالاً آنها با مشکل عقلی روبه‌رو می‌شود، ولی جعل تشریحی آنها به تبع حکم تکلیفی معقول است؛ نظیر حکم وضعی «جزئیت» برای سوه، به تبع حکم وجوب نماز؛ **دسته سوم**، احکامی هستند که هم امکان جعل استقلالاً دارند و هم امکان جعل تبعی و انتزاعی. از نظر محقق خراسانی، «حجیت»، «قضا»، «ولایت»، «نیابت»، «زوجیت» و «ملکیت» در این دسته قرار می‌گیرند. در نهایت بحث در این مقام، محقق خراسانی، جعل استقلالاً را ترجیح می‌دهد (خراسانی، ج ۱: ۴۰۱). بنابراین طبق دیدگاه محقق خراسانی، احکام یا هیچ‌گونه جعل شرعی به آنها تعلق نمی‌گیرد، اگرچه جعل تکوینی دارند، مانند سببیت یا به تبع احکام تکلیفی جعل می‌شوند؛ یعنی باید یک حکم تکلیفی موجود باشد تا بتوان از آن، یک حکم وضعی جعل کرد، مانند جزئیت یا اینکه از نظر مقام اثبات، به این قسم از احکام، جعل استقلالاً تعلق می‌گیرد، مانند حجیت، قضاوت، ولایت، نیابت و ...

(آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۴۵۵؛ فاضل لنکرانی، ج ۵: ۳۱۷ - ۳۱۴؛ همو، ج ۶: ۴۰۱ - ۴۰۳ و ج ۱۴: ۳۲۹؛ اصفهانی، ۱۴۰۴: ۳۳۶؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۸: ۶۸ - ۶۹؛ فاضل تونی، ۱۴۱۵: ۱۰۶).

مهم‌ترین اشکالی که به محقق خراسانی وارد کرده‌اند این بوده که مسائل اصولی با مسائل فلسفی و بین واقعیات و اعتباریات خلط شده، اگرچه کلام ایشان در تکوین صحیح است (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۴۲)

بنابراین مفاهیمی مانند ضمان، مالکیت، زوجیت و نظایر آن، مانند احکام تکلیفی، شاید به‌طور مستقل جعل شوند. ضمن آنکه گاهی، یکی از دو حکم تکلیفی و وضعی، از دیگری منتزع می‌شود؛ یعنی جعل یکی از آن دو، در مقام جعل کفایت می‌کند و دیگری انتزاع‌شدنی است.

هرچند در این زمینه نیز امکان طرح ایراد وجود دارد. چه اینکه در حقیقت، ماهیت اعتباری احکام وضعی با ماهیت انتزاعی آن سازگار به‌نظر نمی‌رسد و ممکن نیست چیزی هم ماهیت اعتباری و هم ماهیت انتزاعی داشته باشد. امور انتزاعی چیزی بیش از «ادراک ذهنی» نیست و خارج از اختیار و اراده معتبر است؛ در حالی که حدوث و بقای امور اعتباری به‌دست معتبر خواهد بود. از دیدگاه ایشان، آن قسم از احکام وضعی که «موضوع احکام تکلیفی» قرار می‌گیرند، در حقیقت نوعی «واسطه اعتباری» است که میان یک یا چند سبب از یک سو و آثار و مسببات شرعی، از سوی دیگر فرض شده است. واسطه‌ای که می‌توان بدون تأثیر در تکلیف حذف شود. این واسطه، حقیقت انتزاعی ندارد؛ بلکه صرف انتزاعی است که از سوی شارع یا متشرعان صورت می‌گیرد. اگر این اعتبار از سوی شارع مقدس بیان شده باشد، به این معناست که وی قبل از مرحله بیان احکام تکلیفی، بر اساس سببیتی که میان برخی امور لحاظ می‌کند، چنین وضعی را به‌عنوان واسطه «ابداع» کرده و نسبت به «فرض» متشرعان، اطمینان‌آورتر است.

بنابراین، اجمالاً مانعی در اثبات حکم وضعی از حکم تکلیفی یا جعل آن طور مستقل به‌نظر نمی‌رسد.

علاوه بر قاعده حرمت اکل مال به باطل که مدلول مطابقی آیه است، برخی از فقیهان،

به‌علاوه بحث‌هایی را نیز در اثبات حکم وضعی از آیه ارائه داده‌اند که به برخی از آنها اشاره می‌شود. بیشتر فقیهان، از جمله شیخ انصاری (خویی، بی‌تا، ج ۲: ۱۳۹؛ تبریزی، ۱۴۱۶، ج ۳: ۲۳۴) در اثبات لزوم، به همین آیه استناد کرده؛ در حالی که به‌طور قطع، لزوم معاملات از احکام وضعی است. برخی از فقیهان (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۱۷) حتی به این مهم تصریح می‌کنند که ظاهر از حرمت مستفاد از ماده نیز حرمت وضعی است؛ بنابراین صرف نظر از مباحث اصولی در مورد رابطه حکم وضعی و تکلیفی، دلالت قاعده اکل مال به باطل بر حکم وضعی، امری پذیرفته‌شده نزد فقیهان امامیه است.

همین نتیجه به‌نوعی از جریان قاعده احترام در این مقام نیز به‌دست می‌آید؛^۱ با این توضیح که مفاد قاعده احترام این است که علاوه بر ممنوعیت تصرف، در صورت تعرض، به‌عنوان یک حکم وضعی، خسارت واردشده نیز جبران شود^۲ (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۲: ۲۱۸؛ قنواتی، جاو، ۱۳۹۰: ۴۳).

شرایط و ارکان ضمان ناشی از استیفا در حوزه حریم خصوصی ارتباطات

شرایط ضمان ناشی از استیفا نامشروع را در حوزه ارتباطات و داده‌های فردی می‌توان به

۱. ان المال المضاف إلى المسلم بإضافة الملكية له جهتان و حیثیتان: (الاولی) حیثیة الملكية، و رعاية هذه الحیثیة و احترام هذا الشأن عدم التصرف فیما هو تحت سلطان الغير إلا باذنه (و الثانية) حیثیة المالية، و رعاية هذه الحیثیة و احترام هذا الشأن ان لا يجعله هدرا بحيث يعامل معه معاملة ما لا مالیه له، فالمال المضاف إلى المسلم بإضافة الملكية له حرمتان من حیث المضاف و من حیث الإضافة (اصفهانى، ۱۴۰۹: ۹۵).

۲. «...إنه من الإجماع على القاعدة - قاعدة الاحترام، فان المسلم محترم فى نفسه و عرضه و ماله، و حرمة ماله كحرمة دمه، و عمله محترم أيضا، و هو من ضروریات الدين و مدلول علیه بالكتاب و السنة و إجماع المسلمين. و معنى احترام ماله حرمة مزاحمته فیهِ و الأخذ منه بالقهر علیه... لا يقال: إن غاية ما دل علیه الاحترام حرمة مزاحمة المسلم فى ماله و عدم جواز أخذه منه قهرا، و أین ذلك من الضمان على تقدير المزاحمة بعد التلف، و إن أثم بها، و بعبارة أخرى: غاية ما يستفاد منه الحكم التکلیفی، و هو حرمة المزاحمة، و أما الحكم الوضعی، و هو الضمان بعد التلف فهو أول الكلام... لأننا نقول: ان المزاحمة كما يحرم حدوثها يحرم دوامها، فيجب رفعها بعد حدوثه...» (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۱: ۷۸ - ۷۹).

این ترتیب خلاصه کرد: استیفا، وجود سبب باطل (نامشروع)، استیفا از سبب باطل (نامشروع) و فقدان مسقطات ضمان. این شرایط به ترتیب مطالعه خواهند شد.

وجود سبب باطل (نامشروع)

اولین شرط از شرایط ضمان ناشی از استیفاء نامشروع، این است که «به سبب باطل و نامشروعی» در مقام وجود داشته باشد؛ یعنی شخص به «ناحق» داده‌های فردی را تحصیل کرده و از این طریق بر دارایی خویش افزوده باشد؛ مگر اینکه تحصیل و پردازش داده‌ها با نوعی «اذن» و «رضایت» همراه باشد. رضایت شخص موضوع داده نیز اعم از آنکه معوض باشد یا غیرمعوض، شاید به شکل عقد یا ایقاع و اذن اعلام شود. با وجود این باید توجه داشت که داوری درباره مصادیق حق و باطل و مشروعیت استیفاء، علی‌القاعده، بر عهده «عرف» است.

استیفا از سبب باطل

هدف از ضمان ناشی از استیفاء، در حقیقت استرداد ثروتی است که شخص در فرایند نقض حریم حقوق مرتبط با داده‌های فردی، بر دارایی خویش افزوده (کسب دارایی مثبت) یا از خروج هزینه‌های مربوط به فعالیت خویش و به ضرر دیگری جلوگیری کرده است (بیرونی کردن هزینه‌ها و کاستن از دارایی منفی).

قدر مسلم، با توجه به کلمه «الباطل» در آیه شریفه و اضافه شدن «باء سببیت» به کلمه باطل، می‌توان گفت «استیفا به سبب باطل» از عناصر تشکیل‌دهنده مسئولیت است و در هر مورد، باید باطل بودن یا نبودن سبب تصرف را احراز کرد. با وجود این، در تحقق خارجی استیفا چند نکته باید مد نظر قرار گیرد.

اولین نکته‌ای که در این زمینه مطرح شده «دارا شدن» است. واژه «اکل» در آیه شریفه هم دلالت بر این دارد که شرط تحقق ضمان، تصرف در مال غیر و بهره‌مند شدن از آن است. چون بدیهی است که تا «أکل» واقع نشده باشد، سخن گفتن از «حرمت» یا «ضمان» نیز مفهومی نخواهد داشت؛ همچنین لفظ استیفا که این قاعده به آن نامیده شده است نیز شاید مفید این معنا باشد.

دومین نکته‌ای که در این موضوع مطرح می‌شود «کاهش دارایی» است. اما برخلاف شرط

پیشین، پذیرفتن «کاهش دارایی» به عنوان شرط تحقق استیفای نامشروع جای تردید دارد؛ زیرا، اولاً، دلیل قاعده بر آن دلالت ندارد. در آیه شریفه هرچند واژه «بینکم» استعمال شده، نمی توان کاهش دارایی را در نتیجه اکل مال به باطل از آن نتیجه گرفت. از سوی دیگر، عقل نیز هرگونه استیفا به سبب نامشروع را باطل می داند و استیفاکننده را مسئول جبران آن می شناسد؛ اعم از اینکه استیفا موجب کاهش دارایی دیگری بشود یا خیر. ثانیاً در غالب موارد مربوط به نقض حریم خصوصی اطلاعاتی و ارتباطاتی، دارا شدن شرکت های تحصیل کننده داده، الزاماً با کاهش دارایی شخص موضوع داده ملازمه ندارد و اگر کاهش دارایی را از شرایط استیفای نامشروع بدانیم، شاید بسیاری از تصرفات باطل در مورد داده های فردی از شمول قاعده بیرون خواهد ماند؛ مانند فرضی که شخصی با سوءاستفاده از موقعیت یا اطلاعات و با تهیه بسته های تجاری از داده ها و فروش به بازاریابان، بدون اینکه به طور مشخص از دارایی دیگری بکاهد، بر دارایی خود بیفزاید. این نکته در بسیاری از موارد که حق به طور نامحسوس و غیر ملموس وجود دارد، مصداق پیدا می کند؛ از جمله در حقوق مربوط به آفرینش های فکری.

سومین نکته ای که در تحقق خارجی باید به آن توجه داشت، رابطه بین دارا شدن یک طرف و کاهش دارایی شخص موضوع داده است. با منتفی شدن شرط دوم (کاهش دارایی شخص موضوع داده) این شرط نیز، خودبه خود، موضوعیت پیدا نمی کند. با وجود این، در قاعده استیفای نامشروع نیاز به احراز رابطه میان «سبب باطل» و «استیفا» احساس می شود؛ به این معنا که باید احراز شود سبب باطل مستقیماً موجب استیفا شده و استیفا، نتیجه چنین سبب باطلی بوده است؛ به دیگر سخن، استیفا از داده های فردی، باید از سبب باطل و نامشروع حاصل شده باشد.

رابطه میان سبب باطل و استیفا

عنصر سوم ضمان ناشی از استیفای نامشروع، احراز رابطه میان سبب نامشروع و استیفاست. در واقع، زمانی می توان شخص را به سبب آنچه استیفا کرده است، به جبران ملزم کرد که دارا شدن او از یک سبب نامشروع ناشی شده باشد. بنابراین در مثال هایی چون استیفای نامشروع از طریق سوءاستفاده از حق، سوءاستفاده از موقعیت یا اطلاعات و

مانند آن، باید ثابت شود که دارا شدن شخص، نتیجه مستقیم و بلاواسطه این اسباب بوده است؛ به گونه‌ای که عرف، دارا شدن و استیفای شخص را در نتیجه چنین اسبابی بداند. در فرض تعدد اسباب که موجب استیفا و دارا شدن شخص به هزینه دیگری شده نیز، باید دید آیا سبب باطل و نامشروع، شرط مؤثر و کافی برای تحصیل داده‌های فردی و بالمآل انباشت ثروت بوده است یا خیر؟ بدون اثبات چنین رابطه‌ای، نمی‌توان فرد را به رد ارزش داده‌های استیفاشده الزام کرد.

فقدان مسقطات ضمان

می‌توان به مجموعه شرایطی که برای اعمال قاعده استیفای نامشروع در قلمرو داده‌های فردی بیان شد، «فقدان مسقطات ضمان» را به‌عنوان شرط چهارم افزود. توضیح آنکه در کنار اسباب ضمان قهری، پاره‌ای اسباب وجود دارند که مانع از ایجاد ضمان می‌شوند یا پس از ایجاد، مسئولیت را زائل می‌کنند و ضمان در عمده این موارد، تخصصاً از ادله خارج می‌شود. در پاره‌ای موارد هرچند شاید تحصیل داده‌های فردی یا پردازش و تجاری‌سازی داده‌های فردی و ارائه آن در قالب پروفایل، نامشروع تلقی شود، اما به دلیل وجود یکی از اسباب ساقط‌کننده ضمان، مسئولیتی متوجه استیفاکننده نخواهد بود. بنابراین و از آنجا که «عدم‌المانع» هم با کمی مسامحه در تعبیر، در زمره «شرط» تلقی می‌شود و وجود مسقطات ضمان، مانع ضمان تلقی می‌شود، به نظر می‌رسد فقدان مسقطات ضمان را می‌توان در زمره شرایط برقراری مسئولیت در این زمینه تلقی کرد.

به‌طور معمول از قواعد استیمان، احسان، اقدام و اذن، به‌عنوان مهم‌ترین اسباب سقوط ضمان یاد می‌شود^۱ (مراغی، ۱۴۱۷: ۴۷۳ - ۵۲۰). هر یک از این قواعد، از نظر تحلیل فقهی و حقوقی دارای مجاری مخصوص به خود هستند، پس نمی‌توان همه آنها را مسقط ضمان ناشی از استیفای نامشروع دانست. تفصیل این مطلب باید در مباحث مربوط به این ابواب مطالعه شود.

۱. مراغی، ج ۲، پیشین: ۴۷۳-۵۲۰.

در میان مستقطات فوق، قاعده احسان و استیمان با بحث ارتباطات و استیفای نامشروع از داده‌های فردی تناسبی ندارد. از این رو بحث صرفاً به قاعده اقدام و اذن منحصر می‌شود.

قاعده اقدام

از جمله مستقطات ضمان قهری، قاعده اقدام است؛ به این معنا که مالک و حقدار، هنگامی که بر اسقاط احترام مال یا حق خود اقدام کند، تصرف در مال یا حق او ضمان آور نخواهد بود. در توجیه این قاعده گفته‌اند که مبنای اصلی مصونیت اموال و حقوق از تعرض و بالمآل ضمان ناشی از نقض حیثیت موجود در آن، همانا احترام مال افراد است و اخباری چون «لا یحل مال امریء مسلم إلا بطیب نفسه» نیز در حقیقت، بر همین نکته دلالت دارد (قنواتی، جاویر، ۱۳۹۰: ۴۳ - ۴۴). پس اگر مالک یا حقدار، خود احترام مال یا حرمت حق خود را از بین ببرد و به نوعی اقدامی کند که بر عدم ضمان دلالت کند، به این معنا خواهد بود که به تصرف دیگران در این امور، بدون عوض رضایت داده است و بنابراین دلیلی برای ضمان باقی نخواهد ماند. از سوی دیگر، ضمان برای رفع ضرر از مالک است، اما در فرضی که مالک به زیان خود اقدام کند، دیگر برای ضمان دلیلی وجود نخواهد داشت^۱ (مراغی، ۱۴۱۷: ۴۸۸).

بنابراین، اگر استیفای کسی از داده‌های فردی متعلق به دیگری، ناشی از اقدام فرد موضوع داده باشد، مسئولیتی متوجه استیفاکننده نخواهد بود. مثل موردی که شخص موضوع داده با «قصد تبرع» یا «با وصف اعراض» داده‌های خود را در اختیار دیگری قرار دهد. چرا که در این حالت شخص با این قصد بر الغای احترام حقوق مالی ناظر به داده‌های خود اقدام کرده است و البته در این صورت حتی مجرد قصد پرداخت اجرت از سوی استیفاکننده هم برای حکم بهر ضمان کفایت نمی‌کند؛ زیرا این قصد زمانی مفید ضمان است که طرف مقابل با قصد تبرع آن را الغا نکند^۲ (خویی، بی تا: ۳۹۱).

۱. حسینی المراغی، العناوین، ج ۲، پیشین: ۴۸۸.

۲. خویی، ج ۴: ۳۹۱.

ناگفته نماند که جریان این قاعده در عدم مسئولیت مدنی ناشی از استیفا، در فرض مالیت داده‌های فردی است، وگرنه در صورتی که داده‌ها به جنبه‌های معنوی شخص و با حیثیت معنوی وی مرتبط باشد، چون امکان استیفای این موارد منتفی به‌نظر می‌رسد، سبب هم برای مسئولیت، وجود ندارد تا از مسقطات آن صحبت به‌میان آید؛ البته امکان سقوط حق در این قلمرو، مقوله دیگری است که در جای خود باید بررسی شود.

اذن

اذن در این بحث عبارت از رخصت شخص موضوع داده و اطلاعات، برای تصرف و اثبات ید بر داده است. این رخصت، اگر قبل از تصرف صادر شده باشد «اذن» و اگر بعد از تصرف صادر شده باشد «اجازه» نامیده می‌شود. همچنین، از حیث نحوه صدور، اذن شخص موضوع داده شاید صریح باشد، یا از فحوای کلام فهمیده شود یا شاهد حال بر آن دلالت کند^۱ (مراغی، ۱۴۱۷: ۵۰۶-۵۰۷).

اثر اذن در احکام وضعی نظیر ضمان، «دفع و رفع ضمان» است، با این توضیح که اذن سابق بر تصرف، «مانع ضمان» خواهد بود و از ایجاد آن جلوگیری می‌کند؛ در حالی که

۱. حسینی المراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۵۰۶-۵۰۷؛ *العناوین الفقهية*؛ همو، ج ۲: ۵۰۸..... لا یخفی أن الإذن الصریح و الفحوی علی ما ذکره بعضهم من اختصاصها بدلالة اللفظ لا یשמعان ما وقع بالإشارة أو بالكتابة، فإنهما لیستنا من أفراد اللفظ، فینبغی علی ذلك دخولهما تحت شاهد الحال، مع أن تعریفهم لا یشمل ذلك. و الظاهر أنهما داخلان تحت الصریح و الفحوی، بمعنی: أنهما قائمان مقام اللفظ، فإن كان دلالتهما علی الإذن بأصل المدلول و المنطوق بمعنی ملاحظة الوضع الأولى للأفرادی فهما داخلان فی الصریح، و إلا فهما داخلان فی الفحوی، و شاهد الحال غیر ذلك فی الصورتین. و لا فرق فی دخولهما تحت الإذن بین قدرة المشیر أو الكاتب علی التلفظ، أو عجزه عنه لخرس، أو اعتقال لسان أو نحو ذلك. و علی التقادیر كلها: فتارة یلاحظ الإذن بالنسبة إلی الحكم التکلیفی و هو الحل و الحرمة بمعنی کون الإذن سببا للحل، و تارة یلاحظ بالنسبة إلی الحكم الوضعی، و هو ارتفاع الضمان. و علی التقادیر كلها: فمرة یكون الإذن من هذه الأسباب مظنونا، و مرة یكون مقطوعا بالعلم العادی الذی علیه المدار فی الأحکام. و علی التقادیر كلها: فمرة یصادف العلم أو الظن الواقع بمعنی کون الواقع كما اعتقده المتصرف أو لا یصادف الواقع، فالأقسام ستة و خمسون

اجازه شخص، بعد از تصرف «رافع ضمان» است.^۱

به این ترتیب، اگر کسی به سبب نامشروع از مال دیگری استیفا کند و متعاقباً مالک یا کسی که در حکم اوست، آن را تنفیذ کند و اجازه دهد، اگرچه به نظر برخی حرمت تکلیفی عمل به قوت خود باقی است (مراغی، ۱۴۱۷: ۵۰۸)^۲، شاید موجبات سقوط مسئولیت مدنی شخص استیفاکننده را فراهم آورد؛ زیرا در چنین حالتی اذن (اجازه) به منزله ابرای متصرف از مسئولیت است.

نکته مهمی که در اینجا باید به آن توجه داشت این است که اذن فی نفسه و به تنهایی مسقط ضمان نیست و بر آن دلالتی ندارد؛ زیرا ماهیت اذن رخصت در تصرف است و این رخصت، اعم از این خواهد بود که تصرف مضمون یا غیرمضمون باشد. به همین دلیل، برخی نویسندگان اذن را مقید به مجانی بودن کرده‌اند و در صورتی آن را رافع ضمان دانسته‌اند که عوضی در برابر آن منظور نشده باشد (خلخال، ۱۴۲۷: ۹۲۶؛ اصفهانی، ۱۴۰۹: ۲۴۰).^۳ برخی از فقیهان نیز چنین استدلال کرده‌اند که اگر اذن به عدم ضمان مقید باشد، مسلماً مسقط ضمان خواهد بود، زیرا صریحاً به آن تصریح شده است و در این زمینه، تفاوتی میان اذن سابق و لاحق وجود ندارد. همچنین، در مواردی که اذن مقید به ضمان است، تردیدی در بقای ضمان باقی نمی‌ماند؛ اما اشکال عمدتاً در جایی بروز می‌کند که اذن، به صورت مجرد و عاری از قید (ضمان یا عدم ضمان) باشد، در این صورت، به نظر می‌رسد، عموم ادله ضمان اقتضا می‌کند که در صورت شک در این موضوع که آیا اذن مجرد، موجب سقوط ضمان می‌شود یا خیر، باید به عموم ضمان رجوع کرد و متصرف را

۱. ... متى اذن الشخص في التصرف في مال نفسه فهذا الاذن رافع للضمان، بی تا: ۴۹

۲. الإذن اللاحق لا يرفع التحريم السابق (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۵۰۸).

۳. بان مجرد الإذن لا يکفی فی رفع الضمان، بل لا بد من الإباحة و الإذن أعم منها، لاجتماعه مع الضمان... فلو سلم دلالة الروایات المذكورة على الضمان فلا يكون مجرد الإذن رافعا له، بل لا بد من الإباحة، و الأصل عدمها... (خلخال، ۱۴۲۷: ۹۲۶). «...أن اذن المؤجر غير مجد في رفع الضمان مع عدم قصد التبرع» (اصفهانی، ۱۴۰۹: ۲۴۰).

همچنان ضامن دانست؛ چون ضمان در اینجا موافق قواعد و سقوط یا اسقاط ضمان، خلاف قواعد است و به اثبات نیاز دارد. بنابراین در هر مورد که اذن به ضمان یا عدم ضمان مقید نباشد، ابتدا باید به قراین پیرامونی چون قراین حالیه مراجعه کرد و اگر قرینه‌ای دال بر ضمان به دست نیامد، اصل را بر عدم رافعیت اذن قرار داد و مسئولیت متصرف را نتیجه گرفت^۱ (مراغی، ۱۴۱۷: ۵۱۳ - ۵۱۵).

سؤالی که به مناسبت مطرح می‌شود این است که اگر فرد دو دعوی مسموع در عرض یکدیگر داشته باشد، آیا می‌تواند یکی از این دو مبنا را برگزیند، یا باید به راه‌حلی که در عرض استیفای نامشروع قرار دارد محدود شود؟ در پاسخ به این سؤال می‌توان گفت دلیلی که مانع از انتخاب میان دو دعوا باشد، به نظر نمی‌رسد. ادله حرمت اکل مال به باطل عام است و هرگونه تصرف به سبب باطل را دربر می‌گیرد. همین که فرد از مال دیگری به باطل استیفا کند، ضامن آن است. خواهان نیز می‌تواند هر یک از دو مبنا را برای دعوی خویش برگزیند؛ هرچند در عمل، خواهان مبنایی را برای دعوی خویش انتخاب می‌کند که به نحو کامل تری خسارت او را جبران کند. برای مثال، اگر کسی مال دیگری را غصب کند، خواهان می‌تواند دعوی غصب اقامه کند و علاوه بر منافع مستوفات منافع غیرمستوفات را نیز مطالبه کند یا با طرح دعوی استیفای نامشروع، تنها منافع مستوفات را از متصرف بخواهد؛ هرچند در عمل، اگر امکان طرح دعوی بر مبنای غصب وجود داشته باشد، خواهان راه‌حل اول را (که خسارت او را به نحو کامل تری جبران می‌کند) برخواهد گزید.

نتیجه‌گیری

به نظر می‌رسد تصرف در دامنه داده‌های ارتباطی و استیفا از آن بدون سبب مشروع یا با

۱. مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۵۱۳ - ۵۱۵. شاید بتوان از استدلال اول در خصوص استیفای موضوع مواد ۳۳۶ و ۳۳۷ قانون مدنی استفاده کرد و چنین گفت که اذن مالک یا عامل برای استفاده از مال یا عمل او مجانی نبوده و لذا کسی که از مال یا عمل دیگری استیفا کرده است، باید از عهده جبران آن برآید. همچنین بر اساس نظر دوم می‌توان چنین استدلال کرد که ظاهر در عدم تبرع کسی است که مال یا عمل خود را در اختیار دیگری قرار می‌دهد و بنابراین اذن در استفاده، رافع مسئولیت استیفاکننده نیست؛ هرچند این اذن رافع حرمت تکلیفی خواهد بود.

سببی که عرفاً باطل باشد، اولاً، ممنوع و حرام است و ثانیاً، همین حکم تکلیفی نیز، ضمان ناشی از استیفا را اقتضا می‌کند

ضمان ناشی از استیفا در قلمرو داده‌های ارتباطی، به ارکانی از جمله وجود سبب باطل، استیفا، وجود رابطه میان سبب باطل و استیفا و فقدان مسقطات ضمان استوار است

در صورت وجود اذن نیز باید امکان استیفا به لحاظ ارتباط داده با حیثیت معنوی و حق یا حکم بودن آن مورد توجه قرار گیرد و به‌علاوه ترتیبی اتخاذ شود تا امکان مشارکت معوض شخص موضوع داده فراهم شود و به‌نحوی حدود اذن و دامنه اقدام اشخاص در این قلمرو تا حدود زیادی روشن باشد

متأسفانه حتی در فرض پذیرش مسئولیت ناشی از استیفا در قلمرو داده ارتباطی، به دلیل عدم آگاهی کافی در عرف عمومی حقوقی و اختلاف فاحش در ارزیابی اقتصادی داده‌ها (دوربینی و نزدیک‌بینی) در عمل، امکان جبران کامل خسارت و رعایت همه جوانب آن وجود ندارد.

منابع

۱. احسائی، ابن ابی‌جمهور، محمد بن علی (۱۴۱۰ه.ق). *الأقطاب الفقهية على مذهب الإمامية*، قم، انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی قدس سره.
۲. _____ (۱۴۰۵ه.ق). *عوالی (عوالی) اللثالی العزیزیه*، ج ۱، قم، دار سید الشهداء.
۳. اصفهانی، محمدحسین کمپانی (۱۴۰۹ه.ق)، *الإجارة (للاصفهانی)*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴. اصفهانی (کمپانی)، محمد حسین (۱۴۱۸ه.ق). *حاشیة کتاب مکاسب (رساله فی حقیقه الحق)*، ج ۱، چ ۱، قم، انوارالهدی.
۵. انصاری (شیخ اعظم)، مرتضی ابن محمد امین (۱۴۱۵ه.ق). *فرائد الاصول*، ج ۳، قم، کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۶. بجنوردی، سید حسن موسوی (۱۴۱۹ه.ق). *القواعد الفقهية*، ج ۵، قم، نشر الهادی.
۷. بحرالعلوم، محمدبن محمد تقی (۱۴۰۳ه.ق). *بلغة الفقیه*، ج ۱، ۴ جلد، منشورات مکتبه الصادق، تهران - ایران، چهارم.
۸. تبریزی، جوادبن علی (۱۴۱۶ه.ق). *إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب*، ج ۳، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، سوم.
۹. خراسانی (آخوند)، محمدکاظم بن حسین (۱۴۰۲ه.ق). *کفایه الاصول*، ج ۱، تهران، چاپ اسلامی.
۱۰. خلخالی موسوی، سید محمدمهدی (۱۴۲۷ه.ق). *فقه الشيعة - کتاب الإجارة*، مرکز فرهنگي انتشارات منیر، تهران - ایران، اول.
۱۱. خویی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۱۷ه.ق). *مصباح الفقاهة (المکاسب)*، ج ۲ (۷ جلد)، مؤسسه انصاریان.

۱۲. خویی، سید ابوالقاسم موسوی (بی تا). *المستند فی شرح العروة الوثقی*، مؤسسه انصاریان، تهران.
۱۳. سبزواری، سید عبد الأعلى (۱۴۱۳ه.ق). *مهذب الأحكام (للسبزواری)*، ۳۰ جلد، ج ۲۱، مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیه الله، قم - ایران، چهارم.
۱۴. شاهرودی، سید محمود، *بحوث فی الفقه الزراعی*، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).
۱۵. شهیدی، مهدی (۱۳۷۹). ارث، تهران، سمت.
۱۶. _____ (۱۳۹۰). اصول قراردادها و تعهدات، ش ۲۱.
۱۷. شیرازی، سید محمد حسینی (بی تا)، *ایصال الطالب إلى المكاسب*، ج ۱۱، (۱۶ جلد)، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول.
۱۸. صدر، (شهید) سید محمدباقر (۱۴۲۳ه.ق). *دروس فی علم الأصول*، الحلقة الثالثة، پیشین، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
۱۹. طوسی، ابوجعفر، محمدبن حسن (۱۴۰۷ق). *تهذیب الأحكام*، ج ۶، ۱۰ جلد، دارالکتب الإسلامیة، تهران، چهارم.
۲۰. عاملی، حر، محمدبن حسن (۱۴۰۹ه.ق)، *وسائل الشیعة*، ج ۵، ۳۰ جلد، مؤسسه آل البيت (ع)، قم - ایران، اول.
۲۱. قمی، سید صادق حسینی روحانی (۱۴۱۲ه.ق). *فقه الصادق (ع) (لروحانی)*، ج ۱۵، ۲۶ جلد، دارالکتب - مدرسه امام صادق (ع)، قم - ایران، اول.
۲۲. قمی، سید صادق حسینی روحانی (۱۴۲۹ه.ق)، *منهاج الفقاهة (لروحانی)*، ج ۲، ۶ جلد، انوار الهدی، قم - ایران، پنجم.
۲۳. کلینی، ابوجعفر، محمدبن یعقوب (۱۴۰۷ه.ق). *الکافی (ط - الإسلامیة)*، ج ۵ (۸ جلد)، دارالکتب الإسلامیة، تهران - ایران، چهارم.
۲۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). *الزامهای خارج از قرارداد: ضمان قهری مسئولیت مدنی، غضب و استیفا*، ج ۲، چاپ سوم (دوره دو جلدی)، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.

۲۵. گیلانی، نجفی، میرزا حبیب‌الله رشتی (بی‌تا). کتاب الغصب (للمیرزا حبیب‌الله)، بی‌جا.
۲۶. محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ ه.ق.). قواعد فقه (محقق داماد)، ۴ جلد، ج ۱، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، چ دوازدهم.
۲۷. مراغی، سید میر عبد الفتاح بن علی حسینی (۱۴۱۷ ق.). العناوین الفقهیة، ج ۲، تهران، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۸. یزدی، سید محمدکاظم طباطبایی (۱۴۲۱ ه.ق.). حاشیة المکاسب (للیزدی)، ج ۱، قم، مؤسسه اسماعیلیان.

