

*Research Article*

***Examining the views of Imam Khomeini (RA) on the delegation and  
handing over of social agency***

Ali Asghar sharifi<sup>1</sup>, esmael ghamari<sup>2</sup>

Received: 2023/06/28    Accepted: 2024/01/18

***Abstract***

*The privacy of individuals has been affected by the development of information technology and various applications of cyberspace, and due to the facilitation of searching and accelerating access to data, if the cyberspace is not properly organized, the privacy and personal data of individuals in this space are under threat. In such an information exchange space, paying attention to the privacy that governs data and information is of great importance. Identifying the damage caused by the violation of data privacy is more complex than the civil liability for violations of other types of privacy; because in this area, the issue of the extinction and death of data privacy is raised. On the other hand, some believe in the ownership of data privacy. Therefore, in this article, after explaining the concept of data privacy, by proving the ownership of computer data based on two approaches of "object-oriented" and "relationship-oriented" in property and identifying the economic value or ownership of material and intangible objects and reviewing and adapting traditional and new criteria and standards of property in the legal systems of Islam, Iran and the United States of America; The issue of identifying damage caused by data privacy violations and the approach of these systems in protecting data and information privacy will be examined and analyzed.*

***Keywords:*** *power of attorney, delegation, social attorney, independent attorney, multiple lawyers.*

---

<sup>1</sup> - PhD in Private Law, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran (Corresponding author) [asharifiash@gmail.com](mailto:asharifiash@gmail.com).

<sup>2</sup>- PhD in Criminal Law and Criminology, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Kermanshah, Iran.



مقاله پژوهشی

**شناسایی ضرر ناشی از نقض حریم خصوصی داده ها در فضای سایبر**

**«با تاکید بر حقوق اسلام، ایران و ایالات متحده آمریکا»**

**علی اصغر شریفی<sup>۱</sup>، اسماعیل قمری<sup>۲</sup>**

چکیده

حریم خصوصی اشخاص تحت تأثیر توسعه فناوری اطلاعات و کاربردهای مختلف فضای سایبر قرار گرفته است و به دلیل تسهیل جست و جو و تسریع دستیابی به داده ها، در صورت عدم ساماندهی صحیح فضای سایبر، حریم خصوصی و داده های شخصی افراد در این فضا در معرض تهدید قرار می گیرند. در چنین فضای تبادل اطلاعاتی، توجه به حریم خصوصی حاکم بر داده ها و اطلاعات از اهمیت بسزایی برخوردار است. شناسایی خسارت ناشی از نقض حریم خصوصی داده ها، از پیچیدگی بیشتری نسبت به مسئولیت مدنی نقض سایر انواع حریم خصوصی برخوردار است؛ زیرا در این حوزه، بحث انتفاء موضوع و مرگ حریم خصوصی داده ها مطرح است. از سوی دیگر برخی معتقد به مالیت داشتن حریم خصوصی داده ها هستند. لذا در این مقاله پس از تبیین مفهوم حریم خصوصی داده ها، با اثبات مالیت داده های رایانه ای بر مبنای دو رویکرد «شیء محور» و «رابطه محور» در مال انگاری و شناسایی ارزش اقتصادی یا مالیت اشیاء مادی و غیرمادی و بازبینی و تطبیق معیارها و ضابطه های سنتی و جدید مال انگاری در نظام حقوقی اسلام، ایران و ایالات متحده آمریکا؛ موضوع شناسایی خسارت ناشی از نقض حریم خصوصی داده ها و رویکرد نظام های مزبور در حمایت از حریم خصوصی داده ها و اطلاعات مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار خواهد گرفت.

**واژگان کلیدی:** فضای مجازی، حریم خصوصی، داده های رایانه ای، مال انگاری.

<sup>۱</sup>- دکتری حقوق خصوصی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول) asharifiash@gmail.com

<sup>۲</sup>- دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمانشاه، ایران.

از جمله مسائل نوپیدای عصر کنونی که معلول فناوری بشری بوده است، مسائل مربوط به فعل و انفعالات در فضای مجازی است. یکی از مهمترین این فعل و انفعالات که از شیوع به سزایی برخوردار می باشد. نقض حریم خصوصی داده ها در فضای مجازی است. پیشرفت تکنولوژی و گسترش فضای مجازی در زندگی بشر با تغییر در نوع روابط، این امکان را فراهم ساخته است که با بهره مندی از قابلیت های فضای سایبر، اشخاص، همزمان از دیدگاه یکدیگر مطلع گردند؛ لیکن پیدایش این فناوری ها با تسهیل دسترسی، زمینه سوءاستفاده از این اطلاعات و داده ها را در گستره وسیعی، فراهم آورده و بر نگرانی های مربوط به تهدید حریم خصوصی داده ها و اطلاعات افراد در عصر ارتباطات دامن زده است. از این رو، بحث اطمینان از صیانت داده های شخصی در این فضا از اهمیت خاصی برخوردار می باشد. لذا در این پژوهش، نویسنده تبیین مفاهیم حریم خصوصی و داده های شخصی و امکان مال انگاری داده ها در فضای مجازی را مورد مطالعه و بررسی قرار داده و در صدد است که فرضیه خود مبنی بر شناسایی خسارت ناشی از نقض حریم خصوصی داده در فضای مجازی را با رویکرد تطبیقی در حقوق اسلام، ایران و آمریکا به اثبات برساند.

در مقاله حاضر به این سؤال پاسخ داده می شود که چگونه می توان از شهروندانی که داده های شخصی و حریم خصوصی آنان در فضای سایبر نقض گردیده است، در برابر ناقضین این حقوق، حمایت به عمل آورد. برای ارائه این موضوع، پس از ذکر مفهوم و ماهیت حریم خصوصی و ماهیت داده های رایانه ای؛ در بخش اول، مالیت آنها به لحاظ نظری و تحلیلی از منظر حقوق موضوعه بررسی می شود و در بخش دوم موضوع حقوق اسلام، ایران و ایالات متحده آمریکا در رویا رویی با نقض حریم خصوصی داده ها در فضای مجازی تبیین می گردد.

### ۱. مفهوم شناسی

در هر پژوهش علمی لازم است تا مفهوم مهمترین واژگان و اصطلاحاتی که در تحقیق، مورد استفاده قرار می گیرند تبیین و تشریح گردند در این نوشتار نیز ابتدا به این مهم خواهیم پرداخت.

#### ۱-۱. حریم خصوصی

حریم، قلمروی است که دارنده اش نمی خواهد دیگران بدون اجازه اش از آن آگاهی یابند. یا با بهره برداری از آن آگاهی اقدامی کنند. حریم می تواند مکان، سند یا جسمی باشد که از دستیابی به اطلاعات و داده های درون آن به طرق ناروا جلوگیری شود، حتی اگر تهی باشد؛ با توجه به این مقدمات «حریم خصوصی، قلمروی از زندگی شخصی است که هر فرد نوعاً و عرفاً یا با اعلان قبلی از دیگران انتظار دارد بدون رضایت او به اطلاعات در مورد این قلمرو مانند ارتباطات خصوصی وارد نشوند و نظارت نکنند و به طور کلی از تعرض مصون باشد» (قنوتی و جاور، ۱۳۹۰، ۸؛ انصاری، ۱۳۹۱، ۱۱-۳۸).

برخی صاحب نظران درباره تعریف حریم خصوصی این چنین اظهار نظر نموده اند (Solove, 2002, pp 1088-1089).

آرتو میلر<sup>۱</sup>: "تعریف حریم خصوصی دشوار است زیرا حریم خصوصی مفهومی بسیار مبهم و شکننده است. " ویلیام بی نی<sup>۲</sup>: "حتی بزرگترین مدافعان حق حریم خصوصی باید اعتراف کنند که مشکلات جدی در تعریف ذات و قلمرو این حق وجود دارد. "

با وجود پیچیدگی جنبه های مختلف حریم خصوصی، یکی از پژوهشگران عقاید پژوهشگران حقوقی، فیلسوفان و جامعه شناسان را در این زمینه کاوش نموده و حریم خصوصی در شش عنوان کلی دسته بندی کرده است (Solove, 2002, p 1130):

۱. حق خلوت: حقی است که هر کس باید به حال خود گذاشته شود تا با کمترین دخالت دیگران به زندگی خود بپردازد؛
  ۲. دسترسی محدود به شخص: قابلیت حفاظت از شخص در برابر دسترسی ناخواسته بوسیله سایرین؛
  ۳. اختفاء (محرمانه بودن): پنهان بودن برخی امور برای دیگران؛
  ۴. کنترل اطلاعات شخصی: قابلیت اعمال کنترل فرد بر روی اطلاعات شخصی اش؛
  ۵. شخصیت: حفاظت از شخصیت، فردیت و شأن هر فرد؛
  ۶. زندگی خصوصی<sup>۳</sup>: کنترل بر روی اطلاعات شخصی، یا دسترسی محدود به ارتباطات خصوصی و یا جنبه هایی از زندگی فرد.
- بنابراین حریم خصوصی، مفهوم گسترده ای دارد و امروزه از جمله آزادی اندیشه، داشتن خلوت، کنترل بر اطلاعات شخصی، حمایت از حیثیت خود و حمایت در برابر تفتیش ها و رهگیری ها را شامل می شود (انصاری، ۱۳۹۱، ۳۸ - ۱۱). از منظر این تعریف، ضابطه معین برای ورود به آن حوزه و مطالبه از دولت برای شناسایی این حق و اجرای آن و مجازات کردن افرادی که بدون هیچ دلیلی این حریم را نقض می کنند، از مسائلی است که در حریم خصوصی، قلمرو و ماهیت آن نقش آفرینی می کنند. ازاینرو با توجه به نسبییت این مفهوم، مشکلات جدی در تعریف، ذات و قلمرو این حق وجود دارد. اما آنچه مسلم است آن است که حریم خصوصی، حق برخوردار بودن از حوزه های خاص غیر قابل نقض می باشد (راعی، ۱۳۸۹، ۱۱۷ - ۱۱۴).

## ۱-۲. مفهوم حریم خصوصی فضای سایبر

حریم خصوصی ارتباطات در فضای سایبر مبتنی بر ایجاد، پردازش و انتقال داده ها است؛ نقض حریم خصوصی در فضای سایبر مساوی با تلاش برای به دست آوردن داده ها و اطلاعات مربوط به اشخاص است. داده ها<sup>۴</sup> عناصر اصلی اطلاعات<sup>۵</sup> هستند. که ذخیره، پالایش، پردازش و سازماندهی شده اند تا بتوانند معنی دار شوند. بر این اساس «حریم خصوصی فضای سایبر» از حیث مفهومی عبارت است از: «حق اشخاص در محرمانه ماندن اطلاعات و ارتباطات خصوصی آنها در فضای سایبر و حمایت از داده های شخصی افراد از هرگونه تعرض و تلاش به منظور دسترسی، جمع آوری، پردازش و افشاء داده ها بدون اجازه و بدون مجوز قانونی است».

<sup>1</sup>- Arthur Miller.

<sup>2</sup>- William Beaney.

<sup>3</sup>- intimacy.

<sup>4</sup>-Data.

<sup>5</sup>- information.

### ۱-۳. مفهوم داده های رایانه ای

داده به معنای اطلاعاتی است که قابلیت پردازش توسط سامانه و برنامه رایانه ای را دارد. این داده ممکن است متضمن مفهومی باشد یا این که فاقد هرگونه مفهوم باشد (قلی زاده، نوری، ۱۳۷۹، ۶۷). برای مثال وقتی فردی تصویری را مشاهده می کند، آن تصویر علامات و نمادهایی را در ذهن مخاطب آن ایجاد می کند و صورتی برای وی متشکل می سازد که ذهن با تحلیل و به اصطلاح آنالیز آن، مفهوم آن را درک کند. به لحاظ فنی نیز داده رایانه ای از معنای کلی آن فاصله ای چندانی نگرفته است. داده در معنای فنی علایم، نمادها و سیگنال هایی است که قابلیت ورود به یک سیستم رایانه ای، پردازش، ذخیره، انتقال و خروج را داشته باشد. داده می تواند به شکل آنالوگ، دیجیتال یا موج (نوری یا الکترو مقناطیسی) موجود باشد. داده های رایانه ای می توانند به اقسام مختلف وجود داشته باشند: داده ها ممکن است به صورت برنامه ی رایانه ای یا این که بصورت متن، صوت و تصویر که از آن به عنوان «داده محتوا» یا اختصاراً «محتوا» یاد می شود وجود داشته باشد. داده ها و اطلاعات رایانه ای بدون وجود سخت افزارهای رایانه ای نخواهند توانست عملکرد خود را به معرض اجرا بگذارند و مخاطب از آن ها چیزی نخواهد فهمید. و برای استفاده از داده ها باید آن ها مورد پردازش قرار گیرند.

### ۲. داده های رایانه ای؛ عناصر مال در فضای مجازی

به منظور اثبات مالیت داده های رایانه ای و انطباق اوصاف مال بر آن ها، ابتدا لازم است که نگاهی اجمالی به معیار حقوقی تشخیص مال و ویژگی های مالیت بیفکنیم، بدین منظور مفهوم مال و مالیت را در سه نظام حقوق اسلام، ایران و کامن لا از نظر می گذرانیم.

#### ۲-۱. رویکرد حقوق اسلام

«مال» و مفهوم «مالیت» در لسان فقه از تنوع تعریف برخوردار است و معنای واحدی از مال یا مالیت مورد اجماع فقها مشاهده نمی گردد. مال در اصطلاح فقها عبارت است از: هر چیزی که دارای منفعت حلال و مورد رغبت باشد و شارع آثار مالیت را بر آن مترتب کند و طبعاً بیع، صلح و دیگر تصرفات در آن را اجازه دهد و اتلاف آن را موجب ضمان بداند. در مقابل، هر چیزی که منافع حلال ندارد و شارع مقدس نیز آثار مالیت را برای آن بار نکرده باشد، مال شمرده نمی شود (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ۱۰، ۳). برخی از فقها مال را از منظر «منفعت داشتن» و «رافع نیاز بودن» تحلیل نموده و شرط مالیت را در مفید بودن و رافع نیاز بودن دانسته اند؛ البته صرف منفعت کافی نیست. بلکه باید به لحاظ دارا بودن فایده، مورد رغبت و توجه عقلا باشد. (بجنوردی، ۱۳۸۹، ۲۰). برخی از فقها نیز معیار شناسایی مال به عرف واگذار نموده اند (نراقی، ۱۴۱۵، ۸۷). بنابر آنچه بیان شد می توان گفت که مالیت اشیاء در فقه، به اعتبار برخورداری آن از ویژگی هایی است که موجب صدق عنوان مال بر آن شیء می گردد. ویژگی های مورد نظر فقها در تشخیص مالیت اشیاء را می توان در اوصافی همچون «رغبت عمومی»، «میل به تصاحب»، «داشتن منعت عقلایی»، «قابلیت مبادله و داد و ستد» خلاصه نمود. لذا فقها در تشخیص مالیت اشیاء هیچ اشاره ای به ماهیت آن ها (از حیث مادی یا غیر مادی بودن) نداشته اند؛ یعنی در

فقه محسوس و ملموس بودن یا نبودن شیء متعلق مال در مالیت آن ها تاثیری ندارد. این بدان معناست که معیار مالیت اشیاء مستلزم شرط مادیت آن ها نیست و لذا مال می تواند غیر محسوس و غیر مادی نیز باشد. پذیرش مال بودن مالکیت های فکری نزد اکثریت فقهای معاصر را می توان دلیلی بر این مدعا دانست.

## ۲-۲. رویکرد حقوق ایران

در قانون مدنی ایران ( و سایر قوانین) تعریفی از مال ارائه نمی شود، اما با بررسی مصادیق اموال در موارد مختلف می توان دریافت که قانون مدنی در تعریف مال از رویکرد فقه امامیه پیروی نموده و آن را در معنای گسترده خود (اعم از اعیان، حقوق و منافع) در نظر گرفته است. دکتر شهیدی در مفهوم مال بر این عقیده بوده که مال به چیزی گفته می شود که دارای ارزش اقتصادی بوده و می توان مورد معامله و داد و ستد قرار گیرد (شهیدی، ۱۳۸۲، ۲۸۴). و علاوه بر این « مفید بوده و نیازی را برآورده و قابل اختصاص یافتن به شخص یا اشخاص معینی باشد» (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ۹). بنابراین به عبارت ساده و کوتاه، «مال عبارت است از چیزی که دارای ارزش اقتصادی باشد» (صفایی، ۱۳۸۳، ۱۲۳). رویکرد قانون مدنی ایران در بحث اموال و نیز تعاریف حقوقدان ها نشان می دهد، در حقوق ایران نیز همانند حقوق اسلام، اولاً به مال به عنوان یک مقوله عرفی نگریسته شده است که قبض و بسط قلمروی مصادیق آن در اختیار عرف قرار داده شده است. ثانیاً این تلقی که مال تنها بر اعیان (اموال مادی) صادق باشد مشاهده نمی شود، بنابراین لازم نیست مال محسوس و ملموس باشد، بلکه صرف وجود ارزش مالی و اقتصادی برای اشیاء آن ها را در زمره اموال قرار خواهد داد، هر چند که موضوع آن ها شیء معین مادی نباشد.

## ۲-۳. رویکرد حقوق ایالات متحده آمریکا

در حقوق آمریکا همچون حقوق اسلام و ایران «مال» دارای تعریف واحد و دقیقی نیست. مفهوم مالیت از مناظر مختلفی از قبیل «قابلیت اختصاص<sup>۱</sup>»، «قابلیت تملک<sup>۲</sup>»، «تلاش<sup>۳</sup>»، «کمیابی<sup>۴</sup>»، «تصرف<sup>۵</sup>» و «حمایت قانونی<sup>۶</sup>» مورد تعریف قرار گرفته است (Murphy & Roberts & Flessa, 2004, p 22). در تعاریف کلاسیک، گاهی مواقع مفهوم «مال» مترادف با مفهوم «مالکیت» در نظر گرفته شده است (Aylmer, 1980, pp 87-97). به عبارت بهتر، مفهوم مال در مفهوم مالکیت نهفته است؛ و در اینجا منظور از مالکیت حق انحصاری و اختصاصی یک فرد در تصرف و استفاده چیزی است که مانع تصرف و استفاده دیگران خواهد بود؛ (Bryan, 2009, p 552) گاهی مواقع مفهوم مال معادل مفهوم «ارزش» در نظر گرفته شده است. از این نظر «مال چیزی است که در بازار ارزش مبادله و داد و ستد دارد». منظور از ارزش نیز «ارزش بازار» یا همان «ارزش اقتصادی» است؛ لذا از این منظر «مال به چیزی گفته می شود که مشمول حمایت

<sup>1</sup> -Exclusivity.

<sup>2</sup> -Ownership.

<sup>3</sup> -Effort.

<sup>4</sup> -Scarcity.

<sup>5</sup> -possession.

<sup>6</sup> -Enforcement by Law.

حقوقی بوده و برای فرد ارزش تصرف کردن و اندوختن داشته باشد» (Murphy & et al, 2004, p 52). رویکرد حقوق معاصر ایالات متحده آمریکا به مفهوم مال، با عدول از نظریه های سنتی حقوق اموال اشیاء را به خاطر ارزشی که در روابط افراد دارند، مال محسوب می شوند نه اینکه ذاتا و فی نفسه دارای ارزش باشند. (Warren, 2015, p 11). بنابراین مفهوم مالیت از مطلوبیت عرفی و عقلایی انتزاع می گردد. (bride, 2015, p 26).

### ۳. تطبیق اوصاف مال بر داده ها

صدق عنوان مال بر داده های رایانه ای منوط به سنجش و ارزیابی آنها بر اساس معیارها و ضابطه های فقهی و حقوقی است. لذا در اینجا اوصاف ارائه شده از مال را به دو رویکرد «شیء محوری»<sup>۱</sup> و «رابطه محوری»<sup>۲</sup> در شناسایی مال دسته بندی کرده و مالیت داده های رایانه ای را بر مبنای این دو رویکرد مورد تحلیل قرار می دهیم.

#### ۳-۱. مالیت داده ها بر مبنای رویکرد شیء محوری

از جمله تعاریف مرسومه که از مال ارائه شده، مفهوم مال را بر مبنای اوصاف و ویژگی های آن ارائه نموده اند، یعنی محور تعریف «شیء» بوده و مفهوم مالیت حول یک «شیء» شکل گرفته است. لذا در تمامی این تعاریف، تعریف مال، با عبارت «مال شیئی است که...» شروع می شوند. با توجه به تعدد تعاریف مال و تنوع رویکردهای تشخیص مالیت در فقه و حقوق، تطبیق تمامی اوصاف مال بر داده ها، صرف نظر از دشواری در احصاء ویژگی های مال، غیر ضروری است؛ بنابراین باید به قدر مشترک معیارهای مال در هر سه نظام حقوقی مورد مطالعه، اکتفا گردد. یعنی دو ویژگی «انتفاع» و «اختصاص» که به عنوان عناصر اختصاصی مال در فقه و حقوق برای اذعان به مالیت اشیاء کافی شناخته شده اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ۵۹۵). در نتیجه، برخورداری داده ها از دو خصیصه مذکور برای اثبات مال بودن آن کافی به نظر می رسد.

#### ۳-۱-۱. مفید و رافع نیاز بودن داده ها

اولین وصف مالیت که در تمام تعاریف ارائه شده از مال مشاهده می گردد، مفید بودن است. منظور از مفید بودن مال این است که مال رافع یکی از نیازهای ضروری یا کمالی انسان باشد. به همین مناسبت که مال در نظر عموم «ارزش اقتصادی»<sup>۳</sup> و به تبع آن «ارزش حقوقی» نیز پیدا می کند. باید پذیرفت تکلیف مالیت داده های رایانه ای، پیش از آنکه به طور کلی مفهوم داده وارد علم حقوق گردد، حداقل از منظر ارزش اقتصادی یا ویژگی انتفاع، کاربرد و رافع نیاز بودن، توسط عرف تجارت و اقتصاد الکترونیک مشخص گردیده است.

<sup>1</sup> -Object- based approach.

<sup>2</sup> -Relation- based approach.

<sup>3</sup> -Economic value.



### ۳-۱-۲. قابل اختصاص بودن داده ها

منظور از اختصاص یعنی اینکه تملک و انتفاع اختصاصی مالک از مال به گونه ای است که مانع از انتفاع سایرین می گردد. در کلام برخی از فقها اصولاً «مال چیزی به جز سلطه شخصی بر چیزی به گونه ای که مانع انتفاع دیگران از آن شود»، نیست. (طباطبایی یزدی، ۱۱، ۱۴۱۱). اصولاً معیار اصلی تمییز اموال سنتی (مادی و عینی) از حقوق مالکیت فکری در حقوق آمریکا همین ویژگی اختصاص است (Blazer, 2006, p 137). برخی از مصادیق اموال مجازی از جمله «پست الکترونیک» این قابلیت را دارند که در استفاده اختصاصی و انحصاری یک نفر قرار بگیرند و استفاده و انتفاع از آن ها مانع استفاده دیگران می شود (Barcelos, 2012, p 33).

### ۳-۲. مالیت داده ها بر مبنای رویکرد رابطه محور

در هر سه نظام حقوق اسلام، ایران و ایالات متحده آمریکا مفهوم عرفی مالیت نیز مورد توجه بوده و تعریف مال و مالیت برعهده عرف نهاده شده است؛ بنابراین از این منظر هر چیزی که در نظر عرف مالیت داشته باشد مال محسوب می شود. به عبارت بهتر، چیزی که در عرف دارای مطلوبیتی است که مبنای ارتباط افراد قرار می گیرد، آن چیز بین آن افراد ارزش مالی داشته و می تواند عنوان مال داشته باشد. این بدان معناست که مال از منظر شیء و اوصاف مالیت تعریف نمی شود، بلکه از منظر عرف یا به عبارت بهتر از منظر ارتباطی که عرف نسبت به آن شیء ایجاد می کند مورد تعریف قرار می گیرد. چنین رویکردی در تشخیص مالیت که از آن تحت عنوان رویکرد رابطه محور یاد کردیم در هر سه نظام حقوق اسلام، ایران و آمریکا با اندک تفاوتی مورد قبول قرار گرفته است. در نتیجه، می توان گفت در حال حاضر ضابطه تشخیص مال مبتنی بر رابطه (روابط) شخص (اشخاص) در مورد اشیاء است. (Warren, 2015, p 11). به نظر می رسد، اثبات مالیت بر داده رایانه ای با رویکرد رابطه محور که بر مبنای مالیت عرفی و اعتباری بنا نهاده شده است، ساده تر و قابل پذیرش تر خواهد بود؛ زیرا داده های رایانه ای که مبنای تشکیل محتوای مجازی حاوی ارزش عرفی و اعتباری هستند، می توانند واجد ارزش مالی و اقتصادی نیز باشند. اما قدر مسلم آن است که اکثر داده ها دارای درجه ای از ارزش مندی و تاثیر گذاری در روابط انسانی هستند و از این دیدگاه دارای مالیتی کم و بیش هستند. بر مبنای چنین نگرشی مالیت داده های رایانه ای در مفهوم عرفی و اعتباری مالیت، قابل پذیرش خواهد بود.

### ۴. شیوه های نقض حریم خصوصی داده

حفظ حریم خصوصی و اصول حمایت از داده های شخصی ممکن است به طرق گوناگونی نادیده گرفته شود. به طور کلی حریم خصوصی در فضای سایبر از دو راه تهدید می شود (Zarsky, 2005, p 243).

۱. انتقال اطلاعات شخصی ناشی از دنیای مجازی فرد به دنیای واقعی او و بالعکس (به ویژه در مورد شبکه های مبتنی بر آواتار<sup>۱</sup> که کاربر ممکن است با شخصیت جدیدی در فضای مجازی زندگی کند و تمایل به گمنامی داشته باشد)؛

۱. تصاویری که کاربران در اینترنت و به خصوص در تالار گفتگو برای کاربر خود استفاده می کنند<sup>۱</sup>.

۲. ورود بی اجازه به خلوت دیگری (جمع آوری، تحلیل و استفاده از اطلاعات شخصی ناشی از فضای مجازی). لذا با توجه به اینکه جهت ورود در موضوع اصلی یعنی: «شناسایی نقض حریم خصوصی داده» لازم است که به مهمترین مصادیق که موجب نقض این حوزه می شود اشاره ای داشته باشیم، در ذیل به بررسی مختصر آنها خواهیم پرداخت.

#### ۴-۱. افشای غیر مجاز داده ها<sup>۱</sup>

هر چند افشای اسرار در اصل، یک مساله اخلاقی است، ولی فقها در کتب خویش بر این مهم تاکید نموده اند؛ به عنوان مثال در کتاب «موسوعه الفقهيّه»، افشای سر دارای حکم مختلفی است که بستگی به نوع متعلق آن دارد، لذا یا حرام یا واجب و یا مستحب می باشد. فعل زیانبار «افشاء موضوعات خصوصی» در صورتی به وقوع می پیوندد که اشخاص «موضوعی را که به زندگی خصوصی دیگری مربوط است» نزد عموم افشا کنند به گونه ای که این کار «تا حد زیادی برای یک انسان معمولی، آزار دهنده» باشد و اطلاع از آن دغدغه مشروع عموم نباشد (Staples, 2007, p 430). از پیامبر اکرم (ص) نقل شده است: «هر کس رازی که سبب بی آبرویی مسلمانی می شود، مخفی دارد و افشا نکند، مانند آن است که دختر زنده به گوری را به زندگی باز گردانده است» (حرعاملی، ۱۳۷۲، ۳۰۷). ایشان در وصیت خود به ابوذر می فرماید: آنچه در مجالس گفته می شود، امانت است و افشاء سر برادر دینی ات، خیانت در امانت است پس از آن اجتناب کن<sup>۲</sup>. حضرت علی (ع) نیز فرموده اند: «هر کسی از اسرار برادر دینی خود پرده بردارد، خداوند نیز اسرار خانه او را فاش می سازد.»<sup>۳</sup> (آمدی، ۱۳۸۱، ۲۷۱). امام صادق (ع) فرمودند: جایز نیست کسی اطلاعاتی را که صاحب آن اطلاعات، در صدد کتمان آن است، مگر با اذن او بیان و بازگو کند.<sup>۴</sup> (کلینی، ۱۴۰۷ ق، ۶۶۰، ۷). در حقوق ایران علاوه بر احکام خاص قانونی که ناظر بر تکلیف دارندگان مشاغل خاص نظیر پزشکان و وکلا و ... دایر بر خودداری از افشاء داده های شخصی افراد می باشد، می توان به ممنوعیت انتشار یا در دسترس قرار دادن صوت یا فیلم یا تصویر خصوصی و خانوادگی اشاره کرد که به موجب ماده ۱۷ قانون جرایم رایانه ای جرم انگاری شده است. ماده ۱۷ قانون یاد شده بیان می دارد: «هر کس به وسیله ی سامانه های رایانه ای یا مخابراتی صوت یا تصویر یا فیلم خصوصی یا خانوادگی یا اسرار دیگری را بدون رضایت او، جز در موارد قانونی، منتشر کند یا در دسترس دیگران قرار دهد، به نحوی که منجر به ضرر یا عرفا موجب هتک حیثیت او شود، به حبس از نود و یک روز تا دو سال یا جزای نقدی از پنج میلیون تا چهل میلیون ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد».

<sup>۱</sup> - Unauthorized Transfer Of Datas.

<sup>۲</sup> - «..... یا باذر المجالس بالامانه و افشائک سر اخیک خیانه فاجتنب ذالک». ر.ک: حرعاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۲، قم، آل بیت، ۱۳۷۲، ص ۳۰۷.

<sup>۳</sup> - «من کشف حجاب اخیه انکشف عورات بیته».

<sup>۴</sup> - «لیس لاحد ان یحدث یحدث یکنمه صاحبه الا باذنه».

## ۴-۲. ورود بی اجازه به حریم خصوصی دیگری

فعل زیان بار ورود بی اجازه به خلوت<sup>۱</sup> دیگری، از فرد در برابر ورود تعدی به خلوت یا امور محرمانه اش که می توانند تا حد زیادی برای یک انسان متعارف، آزار دهنده باشد» دفاع می کند (Staples, 2007, p 431) (Smartt, 2014, p 104). بر مبنای این قاعده اگر ورود به خلوت دیگران به صورت غیرمتعارف نباشد مسئولیتی محقق نمی شود. مسئولیت مدنی مبتنی بر مزاحمت غیرمتعارف، محدود به دسترسی غیرمجاز به داده ها است. درباره ی ارتباطات اینترنتی و آنلاین و مسائلی مانند ورود غیرمجاز و حملات ویروس ها و ایمیل های ناخواسته نیز از این قاعده مسئولیت مدنی استفاده می شود (صادقی، ۱۳۸۸، ۱۲۴).

آیات قرآن و روایات به شدت از ورود بدون اجازه به خلوت دیگری و تجسس نهی کرده اند. *يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْنِسُوا...؛* (نور، ۲۷) *فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ...؛* (نور، ۲۸) ای کسانی که ایمان آورده اید؛ در خانه هایی غیر از خانه خود وارد نشوید تا اجازه بگیرید...؛ این برای شما بهتر است؛ شاید متذکر شوید! و اگر کسی را در آن نیافتید، وارد نشوید تا به شما اجازه داده شود؛ و اگر گفته شد: بازگردید! بازگردید؛ این برای شما پاکیزه تر است؛ خداوند بر آنچه انجام می دهید آگاه تر است. همچنین امام صادق (ع) در رابطه با منع از تجسس و تفتیش فرموده اند: «از دین مردم تفتیش مکن که بدون دوست می مانی» (کلینی، ۱۴۰۷، ق، ۶۵۲، ۷). بنابراین تأمل در مجموع آیات و روایات نقل شده نشان می دهد که برخی از امور مردم، به طور مطلق، مصون از تجسس دیگران اعلام شده (ضابطه نوعی) و تجسس در برخی دیگر از امور، به دلایل خاصی مثل اکراه صاحب اطلاعات، تحریم شده است (ضابطه شخصی).

اصل ۲۵ قانون اساسی ورود غیر مجاز و تجسس خصوصی افراد را ممنوع نموده است. این اصل که یکی از مهمترین اصول قانون اساسی در حوزه حریم خصوصی است بیان می دارد: «بازرسی و نرساندن نامه ها، ضبط و فاش کردن مکالمات تلفنی، افشای مخابرات، تلگراف و تلکس، سانسور و عدم مخابره و نرساندن آن ها، استراق سمع و هرگونه تجسس، ممنوع است مگر به حکم قانون». این اصل هر دو بعد حریم خصوصی معنوی؛ یعنی حریم اطلاعات و ارتباطات را مدنظر داشته است. بنابراین با توجه به مراتب فوق، تحصیل داده های شخصی افراد نوعی تجسس در امور خصوصی دیگران تلقی شده و به حکم اصل ۲۵ قانون اساسی و آیات و روایات از جمله آیه ۱۲ سوره مبارکه حجرات، عملی غیر مجاز، غیر قانونی و عرفاً زیان بار تلقی شده و در صورت ورود خسارت به شخص سوژه، مرتکب مسئول خسارت وارده به زیان دیده می باشد.

## ۵. مال انگاری حریم خصوصی داده ها و اطلاعات در فقه و حقوق ایران

فقها در فقه اسلامی هنگامی که به بحث لزوم مالیت مورد معامله می پردازند، از «منفعت عقلایی» مورد نظر اشخاص سخن به میان می آورند. و علاوه بر ملاک «منفعت نوعی» حتی قائل به «منفعت شخصی» نیز هستند. (خمینی، ۱۴۱۳، ۱۰، ۳). لذا با توجه به تاکید فقها بر نقش محوری «شخص» در تشخیص مالیت اشیاء، می توان رویکرد حقوق اسلام در شناسایی مال را رویکرد «شخص محور» نامید. یعنی چنانکه چیزی حتی

<sup>1</sup> -Intrusion Upon Seclusion.

برای یک نفر هم مفید باشد نیز در فقه دارای مالیت است. حال در بحث داده ها و اطلاعات فضای مجازی که در اکثر موارد مطلوبیت عمومی و منفعت عقلایی آنها و در بسیاری موارد مطلوبیت آنها برای شخص یا اشخاص خاص براساس یک معیار عقلایی، قابل انکار نیست، جای هیچ تردیدی در مالیت محتوای مورد تبادل بر مبنای داده ها باقی نمی ماند. در حقوق موضوعه ایران نیز از آنجایی که رژیم اموال و مالکیت بر مبنای موازین فقهی استوار گردیده، لذا مالیت داده ها در حقوق ایران بر اساس معیارهای مالیت در حقوق اسلامی، مورد پذیرش است. علاوه بر آن می توان مالیت داده ها و اطلاعات را بر مبنای حقوق کیفری فناوری اطلاعات نیز تجزیه و تحلیل نمود که به شرح ذیل نشان می دهد قانون جرائم رایانه ای برای داده ها و اطلاعات ارزش مالی قائل بوده و آن را در شمار اموال قرار داده است که ذیلا به برخی موارد اشاره می شود: الف: قابلیت و امکان داد و ستد داده ها: در بند «ه» فهرست مصادیق مجرمانه ماده ۲۱ قانون جرائم رایانه ای، از «معامله داده ها» (بنداول)<sup>۱</sup> و نیز «فروش داده ها» (بند دوم)<sup>۲</sup> سخن به میان آمده است. بدیهی است، قابلیت نقل و انتقال و ارزش معامله کردن یکی از اوصاف مال و از ضوابط تشخیص مالیت به حساب می آید و قانونگذار جرائم رایانه ای به صراحت از امکان معامله داده ها سخن می گوید.

ب: اتصاف عنوان مجرمانه تخریب بر اخلاص داده ها: مطابق ماده ۸ قانون جرایم رایانه ای مصوب ۱۳۸۸: «هر کسی به طور غیر مجاز داده های دیگری را از سامانه های رایانه ای یا مخابراتی یا حامل داده حذف یا تخریب یا مختل یا غیر قابل پردازش کند به حبس ..... محکوم می شود» همان طور که مشاهده می گردد قانونگذار جرائم رایانه ای از «اخلال و تخریب» داده ها (ماهیت نرم افزاری) و «سامانه های رایانه ای یا مخابراتی یا حامل داده» (ماهیت سخت افزاری) در کنار هم نام برده و از حیث ماهیت متفاوت آن ها قائل به تفاوت نشده است و این موضوع حکایت از این دارد که قانونگذار اشکال جدید دارایی های غیر ملموس در عرصه داده پردازگی را مال تلقی نموده است (عالی پور، ۱۳۹۵، ۸۴).

## ۶. مال انگاری حریم خصوصی داده ها و اطلاعات در حقوق ایالات متحده آمریکا

اگر چه امروزه موضوع مالیت داده ها در فضای مجازی و به رسمیت شناختن گونه جدیدی اموال مبتنی بر آن ها، در کشورهای کامن لایی امری پذیرفته شده است، لکن خاطر نشان می گردد اموال مجازی از ابتدای طرح چالش های اینترنت که ابتدا در عرصه تجارت و کسب و کارهای الکترونیک مطرح گردیده و سپس حقوق را به حضور در فضای مجازی فراخوانده، سیری تکاملی پیموده است (Chander, 2003, p 715). تا پیش از سال ۲۰۰۳ در ایالات متحده، استدلال محاکم نیز مبتنی بر عدم صدق عنوان «تجاوز به مال»<sup>۳</sup> که مستلزم مادیت و ماهیت فیزیکی برای اموال است، بر زیان های وارده بر اموال و داده ها و اطلاعات است (Nelson, 2010, pp 281-309). در آمریکا رویه قضایی محاکم با گسترش مفهوم و دامنه قلمرو شبه جرم «تجاوز به

- انتشار یا توزیع و در دسترس قرار دادن یا معامله داده ها یا نرم افزارهایی که صرفا برای ارتکاب جرائم رایانه ای به کار می رود.<sup>۱</sup>

- فروش، انتشار یا در دسترس قرار دادن غیرمجاز گذرواژهها و دادههایی که امکان دسترسی غیرمجاز به دادهها یا سامانه های رایانه ای یا مخابراتی دولتی یا عمومی را فراهم می کند.<sup>۲</sup>

<sup>۳</sup> -Trespass.

اموال» که فقط در خصوص اموال مادی دنیای واقعی بکار برده می‌شد، زیان‌های وارده به داده‌ها و اطلاعات را نیز مشمول مطالبه خسارت دانسته‌اند (Kam, 2004, pp 427-453).

در حال حاضر حقوق آمریکا، با تاکید بر تئوری «ایده آل حقوقی»<sup>1</sup> که معتقد است در برخورد با مفاهیم فضای مجازی باید واقع‌گرایانه و عمل‌گرایانه برخورد کرد، «رژیم مبتنی بر مال»<sup>2</sup> یا «رویکرد مال محوری»<sup>3</sup> را برای اینترنت مورد پذیرش قرار داده است (Hurich, 2016, p 573). در نتیجه رویه قضایی ایالات متحده با پذیرش مالیت محتوای مجازی در اینترنت، از حیث حقوق شبه جرم تجاوز به اموال، تفاوتی بین اموال مجازی و اموال دنیای واقعی قائل نشده است.

بدین ترتیب در حال حاضر دادگاه‌های آمریکا بر مبنای «نظریه اطلاعات به عنوان مال»<sup>4</sup> که مبتنی بر «نظریه ارزش اطلاعات»<sup>5</sup> است، مالیت محتوای مجازی مبتنی بر داده‌های رایانه‌ای را پذیرفته‌اند و صدق مفهوم و مصداق مال بر آنچه امروزه تحت عنوان «اموال مجازی» از آن یاد گردیده، مورد پذیرش واقع شده است (Horowitz, 2007, p 443).

### نقد نظریه مال انگاری حریم خصوصی

به نظر می‌رسد نمی‌توان نظریه مال انگاری حریم خصوصی داده‌ها و اطلاعات را به طور مطلق پذیرفت. مهمترین نقد ادله‌ی نظریه مال انگاری حریم خصوصی داده‌ها، آن است که این ادله‌ی اخص از مدعاست؛ زیرا صرفاً شامل اطلاعات تجاری می‌شود نه مطلق اطلاعات و با استناد به آنها نمی‌توان نظریه‌ی فوق را که اطلاق دارد، اثبات نمود. از سوی دیگر سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا بر اساس نظریه‌ی مالکیت و برابر دانستن محرمانگی با مالکیت، درنهایت، حمایت در خوری از محرمانگی داده‌ها خواهد شد؟ اگرچه مال انگاری حریم خصوصی داده‌ها مزیت‌هایی را متوجه آن می‌سازد، اما ضرورتاً به حمایت کامل از آن نمی‌انجامد. ارزش غیر مبادله‌ای پاره‌ای از اطلاعات و داده‌ها، جلوگیری از تجارت اطلاعاتی که به گونه‌ی گسترده‌ای با شخصیت افراد گره خورده و مفهوم مالکیت به عنوان عنصر ضروری برای رشد جمعی و فردی، از جمله مواردی است که مال انگاری حریم خصوصی داده‌ها را با تردید مواجه می‌سازد (Cohen, 2000, p1385). مال انگاری حریم خصوصی داده‌ها عبارت از: مال انگاری برای تسهیل انتقال است که در اینجا مورد نظر نیست و حتی مال انگاری موجب نقض غرض نیز خواهد شد؛ زیرا اطلاعات را تبدیل به بازاری پررونق می‌کند. قواعد مسئولیت مدنی پاسخ‌گوی زیان‌های ناشی از نقض حریم خصوصی فضای مجازی است و مشکل را حل می‌کند و لذا نیازی به مال انگاری نیست. مگر هر چیزی که مهم است و حمایت قانونگذار را می‌طلبد، باید مال انگاشته شود؟! آیا درباره‌ی آبرو و حیثیت هم به دنبال مال انگاری آن‌ها هستید؟! نکته مهم اینکه در فرض پذیرش ادله مالکیت بر محصولات فکری، این ادله تولید دانش را پوشش می‌دهد نه اطلاعات و داده‌ها در فضای سایبر را، زیرا در آنها اولاً ابتکاری نیست ثانیاً تولیدی نیز صورت نگرفته بلکه صرفاً انتساب و تعلق

<sup>1</sup> -Legal Ideal.

<sup>2</sup> -Property-based Regime.

<sup>3</sup> -Property-based approach.

<sup>4</sup> -Theory of property as an information.

<sup>5</sup> -Information cost theory.

اطلاعات به شخص مطرح است نه تولید آن. بنابراین قابل توجه است که اولاً: مال انگاری حریم خصوصی داده ها با حقوق مربوط به شخصیت تعارض دارد؛ در حقیقت، حریم خصوصی داده ها بخشی از شخصیت هر فرد را تشکیل می دهد. صرف نظر از اینکه حقوق مربوط به شخصیت اساساً قابلیت تقویم به پول ندارند، مال انگاری حریم خصوصی، بی تردید آسیبی جدی بر شخصیت فرد وارد خواهد آورد؛ مبنای حمایت از حریم خصوصی را نه در مال انگاری آن، بلکه باید در رعایت اصولی چون احترام به استقلال، شخصیت، حق امنیت و آزادی جستجو کرد. ثانیاً: مال انگاری حریم خصوصی داده ها با فهم عرف از مال مغایرت دارد. با عدم پذیرش نظریه ی مال انگاری حریم خصوصی اطلاعات، خسارات ناشی از نقض حریم خصوصی اطلاعات و داده ها، خسارات معنوی هستند که به موجب ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ قابل جبران با پول می باشد (جعفری و رهبری پور، ۱۳۹۶، ۵۷).

## ۷. موضع حقوق ایران در رویا رویی با نقض حریم خصوصی داده های اشخاص در فضای مجازی

### ۷-۱. موضع قوانین ایران

در قوانین مدون ایران، احترام به حریم خصوصی اشخاص و حمایت قانونی از آن بر اساس مبانی فقهی و قانون اساسی، به عنوان یک اصل و قاعده عام حقوقی مورد پذیرش قرار گرفته است. در قانون اساسی ایران هرچند به موضوع حمایت از «حریم خصوصی»<sup>۱</sup> به طور صریح اشاره ای نشده، اما در تحلیل چند اصل از اصول قانون اساسی به روشنی می توان توجه خاص و اما ناکافی، به مفهوم حریم خصوصی اشخاص مشاهده نمود؛ در اصل ۲۳، ۲۴ و ۲۵ قانون اساسی به این موارد اشاره شده است. لذا در قانون اساسی ایران در حوزه حریم خصوصی اطلاعات و ارتباطات نیز قابل ذکر است:

۱- در اصل ۲۳ قانون اساسی تفتیش عقاید ممنوع دانسته و هیچ کس را نمی توان به صرف داشتن عقیده ای مورد تعرض و مواخذه قرار داد.

۲- در اصل ۲۴ قانون اساسی بدون تصریح «آزادی ارتباطات»<sup>۲</sup> به استثنای این آزادی ارتباطات اشاره شده و از حریم خصوصی در حوزه مذکور، در مورد شایع ترین وسایل ارتباطی، حمایت گردیده است. این اصل از اصول مهم قانون اساسی می باشد که با صراحت و بنحو روشن و مشخص به حمایت از حریم خصوصی در حوزه ارتباطات پرداخته است.

۳- اصل ۲۵ قانون اساسی هرگونه تجسس را ممنوع دانسته است که با احراز مفهوم «تجسس» می توان بسیاری از مصادیق نقض حریم خصوصی را معادل تجسس و ممنوع، قلمداد کرد.

با وصف مراتب فوق، با توجه به اینکه در قانون اساسی حریم خصوصی به صورت مشخص و در قالب اصل یا اصول خاصی حمایت نشده است، قانون اساسی در خصوص حمایت از حریم خصوصی ایرادات زیر را دارد:

<sup>۱</sup> - Invasion of Privacy.

<sup>۲</sup> - Freedom of communication.

- داشتن حریم خصوصی به عنوان یک حق اساسی مورد حمایت واقع نشده است.

- حریم خلوت و تنهایی نه به صورت صریح و نه به صورت ضمنی، حمایت نشده است.

- حمایت از حریم خصوصی، در اصولی از قانون اساسی تابع قیدهایی شده است که در میان آن ها حکم قانون بیش از سایر استثناها مورد توجه است؛ اما به اوصاف قوانینی که می توانند قیود مذکور را تحمیل کنند اشاره نشده است. به این ترتیب با اینکه در قانون اساسی اصطلاح حریم خصوصی به کار برده نشده ولی از راه تفسیر قانون اساسی می توان حریم خصوصی را مورد حمایت آن دانست. (انصاری، ۱۳۸۶، ۱۳۹). در قانون مجازات اسلامی ایران نیز احکام مهمی راجع به حریم خصوصی اشخاص و حمایت از آن وجود دارد. اما عبارات و کلمات این احکام به مانند سایر قوانین مرتبط با حوزه های حریم خصوصی اشخاص، بصورت کلی بوده و جنبه کیفی و تفسیری داشته که متاسفانه رویه قضایی اقدامی در جهت تدقیق و تفسیر این احکام ننموده است. ماده ۵۸۲ قانون مذکور، حریم خصوصی ارتباطات و ماده ۶۴۸ نیز حریم خصوصی اطلاعات و داده ها را مورد حمایت قرار داده و برای نقض کنندگان آنها ضمانت اجرای کیفری پیش بینی نموده اند. به هر حال در بعضی از مواد قانون مجازات اسلامی به طور ضمنی از حق حریم خصوصی اشخاص حمایت شده و در مواردی دیگر از آن با صراحت از مصادیق حق حریم خصوصی، حمایت شده است و برای ناقضین آن مجازات هایی نیز پیش بینی شده است (واعظی و علی پور، ۱۳۸۹، ۱۵۴). عمده ترین قانون در حوزه حفظ حریم خصوصی در عرصه فضای مجازی، قانون جرائم رایانه ای است که مصوب سال ۱۳۸۸ می باشد، در مواد ۱۲، ۱ و ۱۶ قانون مذکور حریم خصوصی در فضای مجازی مورد حمایت قرار گرفته است.<sup>۱</sup> فصل سوم قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ نیز به حمایت از اطلاعات و داده پیام های اشخاص اختصاص یافته و بر اساس ماده ۵۸ قانون مذکور ذخیره، پردازش و توزیع داده پیام های شخصی به هر عنوانی غیرقانونی است. و حسب ماده ۵۹ همان قانون حتی در فرض رضایت شخص ذینفع، ذخیره یا پردازش و توزیع داده پیام های شخصی منوط به رعایت موازین قانونی و شرایط مقرر در این ماده می باشد. بنابراین حکم تکلیفی اعمالی که منتج به نقض حریم خصوصی در فضای مجازی می شود به لحاظ قانونی روشن و ممنوع است. اما در حقوق ایران راجع به حکم وضعی در برخی از موارد خاص داده هایی که داری ارزش تجاری و اقتصادی می باشد خسارت به آن ها جنبه مادی دارد و راجع به آن، اخذ مطالبه خسارت بر اساس قواعد و مقررات مسئولیت مدنی امکان پذیر می باشد. به ویژه چنانچه نقض اطلاعات و داده های اشخاص فی نفسه تقصیر محسوب شود. اما رویه قضایی در خصوص جبران ضرر معنوی در عمل به رویه واحدی رهنمون نشده است و بنا بر ذهنیتی نادرست خسارت معنوی را قابل تقویم نمی دانستند و به جبران خسارت معنوی حکم نمی دادند و معمولاً به محکومیت خواننده مبنی بر عذر

1 - ماده ۱ قانون جرایم رایانه ای: هرکس به طور غیرمجاز به داده ها یا سیستم های رایانه ای یا مخابراتی که به وسیله تدابیر امنیتی حفاظت شده است دسترسی یابد، به حبس از نود و یک روز تا یک سال یا جزای نقدی از پنج تا بیست میلیون ریال یا هردو مجازات محکوم خواهد شد.

- ماده ۱۲ قانون جرایم رایانه ای: هر کس بطور غیر مجاز داده های متعلق به دیگری را بریابد چنانچه عین داده ها در اختیار صاحب آن باشد به جزای نقدی یک میلیون تا بیست میلیون ریال و در غیر این صورت به حبس از نودویک روز تا یک سال یا جزای نقدی از پنج تا بیست میلیون ریال یا هردو مجازات محکوم خواهد شد.

- ماده ۱۶ قانون جرایم رایانه ای: هر کس به موجب سامانه بارانه ای یا مخابراتی صوت یا تصویر یا فیلم خصوصی یا خانوادگی یا اسرار دیگری را بدون رضایت او جز در موارد قانونی منتشر یا در دسترس دیگران قرار دهد به نحوی که منجر به ضرر یا عرفاً موجب هتک حیثیت او شود، به حبس یا جزای نقدی یا هردو مجازات محکوم می شود.

خواهی بسنده می نمودند. که چنین موضع گیری با عدالت و رفع ظلم سازگار نبود، هرچند در بعضی موارد به جبران خسارت معنوی بر اساس ماده ۱۰ قانون مسئولیت مدنی حکم داده می شود (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲، ۱۲۹). تا اینکه مقنن در ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ تاکید نمود که متضرر می تواند خسارت معنوی نیز مطالبه نماید و به رویه معمول محاکم در این خصوص خط بطلانی کشید. با توجه به مراتب فوق، هرچند که قانون گذار می بایست در قانون اساسی به صورت صریح از حق حریم خصوصی حمایت می نمود و هم چنین در قوانین عادی نیز این حق را به صراحت به رسمیت شناخته و از آن حمایت می نمود ولی با استفاده از اصول فوق و نیز با عنایت به اصل ۱۶۷ قانون اساسی قاضی مکلف به استفاده از منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر می باشد.

## ۲-۷. موضع حقوق ایالات متحده آمریکا در رویا رویی با نقض حریم خصوصی داده ها در فضای مجازی

در قوانین کشور های کامن لا حق حریم خصوصی به صراحت ذکر نشده اما این موضوع از قرن نوزدهم به بعد در رویه قضایی مورد تاکید قرار گرفته است ولی برخی از حقوق مرتبط با حمایت از حریم خصوصی با قوانین جزایی تضمین شده است، مانند اصل محرمانه بودن مکاتبات ارسال شده از طریق پست آمریکا یا اصل محرمانه بودن مکالمات تلفنی و پیام های تلگرافی (معین آبادی، ۱۳۸۳، ۲۸۸-۲۸۴). در حقوق آمریکا نقض حریم خصوصی یک خطای مدنی است. برخلاف بسیاری از خطاهای مدنی که ریشه تاریخی قدرتمندی دارند و سابقه آنها به چند قرن باز می گردد، سابقه دعاوی نقض حریم خصوصی از یک قرن تجاوز نمی کند. در حقوق کامن لا مسائل حریم خصوصی اشخاص بر اساس ایده «عمل نامشروع<sup>۱</sup> در نقض حریم خصوصی» توسعه یافته است. نقطه عطف پیدایش این عمل نامشروع به زعم صاحب نظران آمریکایی انتشار مقاله ساموئل وارن<sup>۲</sup> و لوییس براندیس<sup>۳</sup> در سال ۱۸۹۰ می باشد. ایشان چنین استدلال کرده اند که قواعد مسئولیت مدنی باید از شخصیت اشخاص در برابر افشای امور خصوصی آنها در رسانه ها، حمایت کند. دادگاه نیویورک اولین دادگاهی بود که این نظریه را مورد توجه قرار داد (Prosser, 1955, p 635). پنجاه سال بعد یکی از حقوقدانان آمریکایی بنام ویلیام پراسر پرونده ها و دعاوی را که نظریه «ساموئل وارن و لوییس براندیس» را پذیرفته بودند، ارزیابی نمود و آنها را در چهار دسته مختلف ساماندهی نمود و در تثبیت این حق بسیار موثر بود (Kalven, 1966, p 325/ Richards & Solove, 2007, p 359). در حقوق فعلی کشورهای عضو کامن لا همه شواهد حاکی از آن است که مسئولیت مدنی در زمینه نقض حریم خصوصی پس از آغاز تردید آمیز خود در دهه های اول قرن بیستم، به وجود آمده و به تدریج میان دادگاه ها و حقوقدانان حمایت قابل قبولی پیدا کرده است. اکنون این نهاد نه تنها توسعه یافته بلکه بارور شده است. بر این اساس امروزه در رویه قضایی کامن لا تخیلاتی که به عنوان تجاوز به حریم خصوصی شناخته شده اند به طور خاص چهار دسته از اعمال را شامل می شوند (Prosser, 1960, p 389). ۱- مزاحمت غیر متعارف<sup>۴</sup>. ۲- افشای عمومی غیرمتعارف مسائل خصوصی فرد<sup>۵</sup>. ۳- تخریب شخصیت. ۴- تصاحب نام دیگری با استفاده از شباهت نام مزبور

<sup>1</sup> -illegal.

<sup>2</sup> - Samuel Warren.

<sup>3</sup> - Louis Brandeis.

<sup>4</sup> -Unreasonable intrusion.

<sup>5</sup> - Unreasonable Public Disclosure of private Facts.



برای خود<sup>1</sup> (Blak, 2011, p 263). پراسر در مقاله خود راجع به مبانی اجتماعی حریم خصوصی چنین استدلال می کند که مجازات تقصیر و تعرض به حریم خصوصی اشخاص، هنجارهای اجتماعی را که قواعد ادب و نزاکت می باشد، حفظ خواهد نمود و از کرامت و حیثیت شخص و هویت جامعه پاسداری می کند (Post, 1989, p 957). برخی از حقوقدانان کامن لا از این رویکرد انتقاد نموده و معتقدند که چنین چارچوبی تمامی موارد نقض حریم خصوصی را در بر نمی گیرد و پاسخ گوی نیازها نیست. با این وصف که تحقق عمل نامشروع مانند «افشای<sup>2</sup> عمومی»، «ورود به خلوت<sup>3</sup>»، «بی اعتبار ساختن شخص» مستلزم آن است که تعدی به حریم خصوصی نسبت به شخص متعارف به شدت تهاجمی و آزار دهنده باشد، بسیاری از اطلاعات که توسط بنگاههای تجاری جمع آوری، استفاده و پردازش می شوند، به تدریج و کم کم صورت می گیرد و معمولاً جمع آوری، استفاده و پردازش آنها چنین شرطی را محقق نمی سازد. برخی از صاحب نظران آمریکایی بر این موضوع تاکید نموده اند که برای موسسات ناقض حریم خصوصی داده و اطلاعات اشخاص باید مسئولیت محض قائل شد (Citron, 2007, p 265). گروهی دیگر از آنها تاکید بر نوعی شبه جرم نقض اعتماد در صورت سوء استفاده موسسات از اطلاعات و داده های اشخاص داشته اند (Litmam, 2000, p 1283). لذا به جهت رفع کاستی های حقوق موضوعه در این راستا، بعضی از کشورهای کامن لایی از جمله ایالات متحده آمریکا، نسبت به وضع قوانین خاصی در خصوص حمایت از داده ها و اطلاعات شخصی، پردازش، استفاده و انتشار آنها اقدام نموده اند. و بعضی دیگر از حقوقدانان انتقاد نموده اند که به صورت مؤثر و جدی از نقض حریم خصوصی اشخاص توسط رسانه ها و موسسات حمایت بعمل نمی آید چرا که افشاء اطلاعات خصوصی اشخاص در عمل دارای قیود فراوانی می باشد. یکی از مسائل مطرح شده راجع به افشای حقایق حریم خصوصی اشخاص در فضای مجازی این است که معمولاً خود شخص داده ها و اطلاعات خود را برای بعضی از اشخاص دیگر، بیان می نماید. افشای داده و اطلاعات خصوصی برای افراد معدود معمولاً می تواند واجد غرض عقلایی باشد و اقدام بر ضرر خود محسوب نمی گردد. اما در مواردی که افراد اطلاعات خصوصی خود را بطور محدود برای دیگران افشاء خواهند نمود، نسبت به این اطلاعات باید قائل به نوعی از حریم خصوصی شویم که بعضی از صاحب نظران از آن به «حریم خصوصی محدود» تعبیر می کنند (Strahilevitz, 2005, p 12).

### برآمد؛

- رویکرد حقوق اسلام و بالتبع حقوق ایران، در اذعان به مالیت اشیاء (به طور کلی) و مالیت داده ها (به طور خاص) بسیار انعطاف پذیر تر از حقوق کامن لا و ایالات متحده آمریکا است. در حقوق اسلام ضابطه مالیت بر مبنای عرف مورد شناسایی قرار گرفته ولی در نظام کامن لا از جمله حقوق آمریکا در بحث حقوق اموال و مالکیت، حاصل یک سیر و تکامل تاریخی است که به تدریج تلقی رویه قضایی را در پذیرش بسط مفهوم و مصادیق مال در طول زمان تغییر داده است. اذعان به مالیت داده ها از این فرایند مستثنا نمی باشد.

<sup>1</sup> - Appropriation of a Persons Name or Likeness .

<sup>2</sup> - revelation.

<sup>3</sup> - Privacy.

- خسارت های ناشی از نقض حریم خصوصی غالباً جنبه ی معنوی دارند. البته در مورد حریم خصوصی داده ها، بر مبنای نظریه ی، « مال انگاری حریم خصوصی داده ها » نقض آن خسارت مالی به شمار می رود. نظریه ی مال انگاری حریم خصوصی داده ها به دلایل زیر مردود می باشد: نخست؛ اینکه مال انگاری برای تسهیل در انتقال است که در اینجا مورد نظر نیست و حتی مال انگاری موجب نقض غرض نیز خواهد شد؛ زیرا اطلاعات و داده ها را تبدیل به بازاری پررونق میکند. دوم؛ قواعد عمومی مسئولیت مدنی، زیان های ناشی از نقض حریم خصوصی داده ها را پوشش می دهد و مشکل را حل می کند و لذا نیازی به مال انگاری نیست. سوم؛ حریم خصوصی داده ها در حقیقت بخشی از شخصیت هر فرد را تشکیل می دهد و حقوق مربوط به شخصیت، اساساً، قابلیت تقویم به پول ندارند. چهارم؛ مال انگاری حریم خصوصی داده ها با تلقی عرف از مال سازگار نیست.

- دسترسی بی اجازه به اطلاعات و داده های محرمانه و افشاسازی عمومی اطلاعات خصوصی افعال زیانباری هستند که ارتکاب آنها ایجاد مسئولیت مدنی ناشی از نقض حریم خصوصی داده ها میکند.

- ۱- آمدی، عبدالواحد (۱۳۸۱)، غررالحکم و دررالحکم، قم، نشر امام عصر.
- ۲- انصاری، باقر (۱۳۹۱)، حقوق حریم خصوصی، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی (سمت).
- ۳- انصاری، باقر (۱۳۸۶)، حقوق حریم خصوصی، تهران، نشر سمت.
- ۴- بجنوردی، سیدمیرزا حسن (۱۳۸۹)، القواعد الفقیه، نجف، مطبعه الآداب.
- ۵- جعفری، علی، (۱۳۹۱)، ماهیت و مبانی حریم خصوصی اطلاعات و مسئولیت مدنی ناشی از نقض آن، رساله دوره دکتری دانشگاه قم.
- ۶- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷)، علم حقوق در گذر تاریخ، تهران، گنج دانش.
- ۷- راعی، مسعود (۱۳۸۹)، حریم خصوصی و امر به معروف و نهی از منکر، مجله حکومت اسلامی، سال پانزدهم، شماره ۲.
- ۸- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۲)، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، انتشارات مجد، چ سوم.
- ۹- صادقی، حسین (۱۳۸۸)، مسئولیت مدنی در ارتباطات الکترونیک، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۸ ش.
- ۱۰- صدری، محمدرضا و محمدتقی کریمی (۱۳۸۴)، ابعاد حقوقی سایبر در پرتو توسعه ملی، مجموعه سخنرانی ها و مقالات اولین همایش حقوق فناوری اطلاعات و ارتباطات کشور، تهران، انتخابات بقیه.
- ۱۱- صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب الله (۱۳۹۹)، مسئولیت مدنی تطبیقی، تهران، شهر دانش.
- ۱۲- طباطبایی حکیم (بی تا)، سیدمحمدتقی، اصول العامه للفقہ المقارن، قم، آل البيت.
- ۱۳- طباطبایی یزدی، سیدکاظم (۱۴۱۱)، حاشیه مکاسب، قم، موسسه اسماعیلیان، ج ۲.
- ۱۴- عالی پور، حسن، حقوق کیفری فن آوری اطلاعات، تهران، انتشارات خرسندی، چ ۴.
- ۱۵- عباسی، مجید و حسین مرادی (۱۳۹۴)، جنگ سایبر از منظر حقوق بین الملل بشردوستانه، مجلس و راهبرد، شماره ۸۱.
- ۱۶- عاملی، سعیدرضا (۱۳۸۵)، تحلیل فضای مجازی ایران، مجموعه مقالات دانشجویی.
- ۱۷- قلی زاده نوری، فرهاد (۱۳۷۹)، فرهنگ تشریحی اصطلاحات کامپیوتری میکروسافت، تهران، انتشارات نشر علوم.
- ۱۸- قنواتی، جلیل و جاور، حسین (۱۳۹۰)، مبنای احترام در شناسایی حمایت از حریم خصوصی در حوزه ارتباطات، مجله حقوق اسلامی، شماره ۲۹.

۱۹- کاتوزیان، ناصر(۱۳۷۲)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، تهران، نشر دادگستر، ج ۱.

۲۰- کلینی، محمد بن یعقوب(۱۴۰۷ق)، الکافی، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ ۴، جلد ۷.

۲۱- موسوی خمینی(۱۴۲۱ق)، روح ا...، کتاب البیع، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

600

۲۲- واعظی، سید مجتبی و علی پور، سیدعلی(۱۳۸۹)، بررسی موازین حقوقی حاکم بر حریم خصوصی و حمایت از آن در حقوق ایران، مجله حقوق خصوصی، شماره ۱۷.

مبانی قضی حقوق اسلامی

بررسی دیدگاه امام خمینی (ره) در تفویض و توکیل وکالت اجتماعی

23- Aylmer, Gerald E., (1980), The Meaning and Definition of Property in Seventeenth Century England, Past & Present, vol.86.

24- Blazer, Charles, (2006), Five Indicia of Virtual Property, the Pierce Law Review, Vol. 5 No.137.

25- Bryan, A, Garner, (2009), Black's Law Dictionary, USA, West Publishing Company.

26-Blak.Law Dictionary.editor in chief by Bryan tehran:Khorsandy.2011.Garner.A

27- Citron, Danielle Keats(2007), *Reservoirs of Danger: The Evolution of Public and Private Law at a Dawn of the Information Age*, S.CAL.L.REV, No. 80.

28- Cohen,Julie E, (2000), Informational Privacy and the Subject as Object, Stanford Law Review, Vol.52, No.5.

*Privacy in Tort Law*; ware warren and Brandis ,Harry(1966),29- Kalven wron9.vol31.Law and contemporary problems.

30- Kam, S., (2004), Intel Corp, v. Hamidi: Trespass to Chattels and a Doctrine of Cyber-Nuisance, Berkeley Technology Law Journal, Vol.17, No.1.

31- Litmam, Jessica(2000), *Information Privacy, Information Property*, STAN.L.REV, ,Vol52,No1283.

32- Hurich, P.,. (2016) The Virtual is Real: An Argument for Characterizing Bitcoins as Private Property, Banking & Finance Law Review,Vol.31, No.35.

33- Michael bride (2015), Personal Property Law, Fourth Edition, oxford university press,p26.

34- Nelson, J., (2010), The Virtual Property Problem: What Property Rights in Virtual Resources Might Look Like, How They Might Work, and Why They Are a Bad Idea, Mc George Law Review, Vol. 281, No.309.

35- Pałka, Przemysław(2016)Redefining'property'in the digital era: when online, do as the Romans did, European University Institute(EUI), LAW Working Papers,No 08.

second 36- Prosser . L. William(1955); *Hand bok of Law of torts* west publicationco..*edition*

37- Prosser, William IPrivacy(1960), *California Law Review*, , Vol 48 no3.

38- Post, Robert(1989), *The Social Foundations of Privacy: Community and Self in the Common Law Tort*, California law review,vol.77, no.5.

39-Rapports Generaux au Ix Congres International de Droit compare, universite de Tehran, (1977), Institut de droit compare, Brulant Bruxelles.

40- Richards, Neil & Solove, Daniel J, Privacy's Other Path(2007): *Recovering The Law of Confidentiality* ,The George town Law Journal, Vol.96. 41.

"Conceptualizing Privacy". California Law (2002)41- Solove, D. J., .Review, Vol. 90, No. 4 (2002): 1087-1156

Encyclopedia of Privacy, London, Greenwood (2007)42- Staples, William, Press.

43- Strahilevitz, Lior Jacob, (2005), *A Social Networks Theory of Privacy*, 72The University of Chicago Law Review, Vol72.

44- Tim Murphy & Simon Roberts & Tatiana Flessa, (2004) *Understanding Property Law*, London, Sweet & Maxwell.

45- Warren Barr, (2013-2014), *Modern Studies in Property Law*, Volume 8, Edited by Webster's New World College Dictionary.

"Information Privacy in Virtual Worlds: (2005)46- Zarsky, T. Z. Identifying Unique

Concerns Beyond the Online and Offline Worlds", New York Law School Law Review, 49: 231-270