

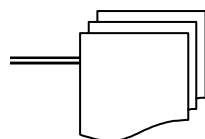


زندگی کنترل شده: حریم خصوصی اطلاعاتی و افراد به

عنوان موضوع آن (قسمت دوم)

نویسنده: جولیا ا. کوهن*

مترجم: علی تقی خانی**



دانستن

سوم اینکه بحث درباره‌ی درباره‌ی حریم خصوصی داده، بحث درباره‌ی ارزش ذاتی اطلاعات هویتی فردی است. پردازگران اطلاعات، به طور خاص و جامعه، به طور عام، از در دسترس بودن این اطلاعات چه استفاده‌ای می‌برند؟ دیدگاه مشترکی که بین همه‌ی طرف‌های این بحث وجود دارد و به طور خاص آن را کسانی که در دسترسی به داده‌ها به مقاصد پژوهشی توجه دارند، گسترش داده‌اند، این است که گردآوری و پردازش داده‌های فردی دانش آفرین است. افزون بر آن، چون جامعه‌ی ما ارزش‌های مهم را به نمایش می‌گذارد، نمایش ندادن داده‌های فردی و یا پنهان کردن آنها آثار بد اخلاقی در پی دارد. نهایتاً، مخالفان حریم خصوصی داده استدلال می‌کنند که بازار یاب‌ها با استفاده از اطلاعات بیشتر و با به کارگیری ابزارهایی که آسیب کمتری را (نسبت به روش‌های بازاریابی فعلی) به حریم خصوصی افراد وارد می‌کند، می‌توانند خواسته‌های مصرف‌کنندگان را دقیق‌تر برآورده سازند.

اگر هر یک از این دلایل درست باشد، آن‌گاه به طور ویژه حمایت شدید از حریم خصوصی داده نامعقول به نظر می‌رسد، زیرا در بهترین حالت، سیاستی بد و در بدترین حالت، سیاستی زیان‌آور است. با وجود، این پرسش‌های اساسی که

* Julie E. Cohen; Examined Lives: I nformational Privacy and the Subject as Object.

** عضو شورای علمی گروه فقه و حقوق ارتباطات پژوهشکده باقرالعلوم ع.

^۱- See Kreimer, supra note 9, at 91-92, 99-102.



پردازش داده درصدد پاسخ‌گویی به آنهاست- از جمله اینکه مردم که هستند و چه می‌خواهند- بسیار پیچیده‌تر از آن چیزی است که دانش توجیهی آنها را می‌نمایاند. این بخش درصدد است تا انواع «دانش» را که دسترسی به داده‌های هویتی فردی، رسیدن به آنها را ممکن می‌کند، نشان داده و جایگزین‌های آنها را بشناسد.

الف) نظریه‌های دانش

عجله برای به دست آوردن مقدار بسیار بیشتری از اطلاعات هویتی فردی، بر این فرض استوار است که این اطلاعات، قدرت فهم و نهایتاً پیش‌بینی رفتارهای فردی را ایجاد می‌کند. براساس این دیدگاه، اطلاعات، کلیدی است برای رسیدن به واقعیتی از پیش موجود که معین و کشف شدنی است. در بیشتر موارد، حتی حامیان حمایت شدید از حریم خصوصی داده، درباره‌ی این مقدمه‌ی اصلی که درباره‌ی صنعت پردازش داده است، تردید نکرده‌اند.^۱ با وجود این، پژوهش درباره‌ی اقتصاد، روان‌شناسی و نظریه‌ی اطلاعات نشان می‌دهد که ارتباط بین اطلاعات و رفتارهای فردی بسیار پیچیده است. پیش از تصمیم‌گیری درباره‌ی خطوط کلی سیاست حریم خصوصی داده، جا دارد پرسش‌های دقیق‌تری درباره‌ی آنچه که تصور می‌کنیم داده‌های فردی درباره‌ی طبیعت انسان و خواسته‌های او به ما می‌گوید و همچنین اینکه چرا چنین تصویری داریم، مطرح کنیم.

در بحث آکادمی حقوقی و در بحث وسیع‌تر از حریم خصوصی داده، بحث درباره‌ی ارزش و اهمیت اجتماعی داده‌های هویتی فردی، به نحو فزاینده‌ای در شرائط اقتصادی شکل گرفته است. نظریه‌ی نو کلاسیک حقوقی و اقتصادی، توزیع نابرابر اطلاعات را ناکارآمد نشان می‌دهد، چون از تجارت‌های کاملاً آگاهانه جلوگیری می‌کند.^۲ این دیدگاه استثنائات محدود را هم زمانی که حمایت از اطلاعات برای ایجاد فعالیتی پرثمر مطلوب است، به رسمیت می‌شناسد- مثلاً

1- See, e.g., Schwartz, supra note 84, at 25-31 (contesting the accuracy of conclusions drawn from genetic testing, but on the more limited grounds that current genetic knowledge is incomplete and that data processors will use data irrationally).

2- See Richard A. Posner, The Right of Privacy, 12 GA. L. REV. 393 (1978); George J. Stigler, An Introduction to Privacy in Economics and Politics, 9 J. LEGAL STUD. 623 (1980).



رازداری تجاری برای تشویق کردن تحقیقات و توسعه.^۱ ولی میل فردی به امتناع از در اختیار گذاشتن داده‌های فردی مشمول این مقوله نیست. افرادی که از ارائه داده‌های فردی خودداری می‌کنند، تنها به دنبال فریب شرکای تجاری خود هستند - یا با قضاوتی بی طرفانه‌تر، می‌خواهند سهم بیشتری از منافع تجارت را نسبت به این فرض که شرکای تجاریشان «حقیقت» را بدانند، نصیب خود کنند.^۲ در نتیجه بر اساس این دیدگاه، قاعده عمومی باید نوعی افشاگری باشد و بار اثبات بر دوش مدافعان حمایت از حریم خصوصی داده می‌افتد تا این تغییر موضع را توجیه کنند.

رویکرد حقوقی - اقتصادی رایج درباره‌ی اطلاعات فردی، به شدت از نظریه‌ی سیاسی لیبرال و اصول مربوط در فلسفه‌ی روشنگری اثر پذیرفته است. اگر افراد باید در افزایش کامیابی‌های‌شان از راه تجارت، آزاد باشند و اگر آنها می‌توانند بهترین توجیه را درباره تأثیر شادی بخش تجارت‌هایی خاص از راه به دست آوردن اطلاعات کامل داشته باشند، آن‌گاه این نتیجه حاصل می‌شود که رویکرد افشاگری بهترین راهکار است. کاملاً آگاه بودن خود بدین معناست: دارا بودن همه‌ی اطلاعاتی که شخص می‌خواهد. و (با فرض عاقل بودن شخص) او چیزی کمتر از این نمی‌خواهد که در تشخیص، گردآوری، نظام‌مند کردن و خوب درک کردن حقایق مربوط برخوردار از داده‌های علمی را در اختیار داشته باشد.^۳

یقیناً این توجیه حقوقی - اقتصادی برای در دسترس دادن اطلاعات، نه فراگیر و نه‌اینه شده و نه به طور عمومی پذیرفته شده است. اولاً، برخی منتقدان اثر پذیرفته از تعالیم اقتصادی، به این توجیه حمله کرده‌اند، چون به طور نادرستی خواست افراد را برای حفظ حریم خصوصی کم اهمیت می‌شمرد.^۴ افرادی که از دادن داده‌های فردی خود به دیگران خودداری می‌کنند، همواره به دنبال فریب شرکای تجاری خود نیستند بلکه (دست کم برخی اوقات) می‌خواهند سعادت خودشان را افزایش دهند. و تا حدی که توجیه گسترش دانش، این نوع خواسته را کم اهمیت

1- See Posner, supra note 112, at 404.

2- See id. at 399.

3- See BORGSMANN, supra note 2, at 34-37.

4- See Richard S. Murphy, Property Rights in Personal Information: An Economic Defense of Privacy, 84 GEO. L.J. 2381, 2416 (1996) (arguing that the utility derived from privacy is a substantial economic benefit).

می‌شمرد، هم نادرست و هم به طور ناشایستی پدرسالارانه است. ثانیاً، این مدل به این موضوع که دیدگاه‌های به دست آمده از پردازش داده‌ها ممکن است ناقص یا نادرست باشند، به طور جدی نمی‌کند. در نتیجه ممکن است شرکای بازاری نتایج نادرستی درباره‌ی قابل اعتماد بودن افراد یا خطر کردن بگیرند. مثلاً، همان طور که "پل شوارتز" نشان می‌دهد، فهم ناقص درباره‌ی ارتباط میان علائم ژنتیکی و بیماری‌ها می‌تواند به تصمیم‌گیری‌های سستی درباره‌ی بیمه‌پذیری یا حتی اشتغال‌پذیری بینجامد.^۱ افزون بر آن، نظریه‌ی شناخت به ما می‌گوید که خواسته‌های از پیش موجود، بر تفسیر ما درباره‌ی اطلاعات به دست آمده از پردازش داده‌ها تأثیر می‌گذارد.^۲

با وجود این به نظر نمی‌رسد که در پاسخ، مشکلات مربوط به تصمیم‌گیری‌ها یا دیدگاه‌های غیردقیق و بی‌پایه، سیاستی روشن را به افراد تحمیل کنند. در هر دو مورد، ممکن است شخص به این نتیجه برسد که حل مسئله در حمایت جدی از حریم خصوصی داده است. اما امکان این نتیجه‌گیری هم هست که این مسئله با به دست آوردن اطلاعات بیشتر یا الگوریتم‌های بهتر و یا افزایش اعتماد به اطلاعات، حل می‌شود. افزون بر آن، این دقیقاً چیزی است که دلایل رایج برای گردآوری داده‌ها، خواستار بیان آن هستند. بر اساس این دیدگاه، کاستی‌ها و نقائص ناشی از نبود دقت کافی و سست بودن یا بی‌پایه بودن دیدگاه‌های به دست آمده از پردازش داده‌ها، موقتی و قابل رفع هستند. مسئله این نیست که ما در جهانی با حجم بالایی از داده‌های فردی زندگی می‌کنیم؛ مسئله آن است که ما هنوز نیاموخته‌ایم چگونه آنچه را داده‌ها به ما می‌گویند، بفهمیم. این بیشتر به آن بستگی دارد که شرایط آنگونه که گفته شد باشد یا اینکه مشکلات بیش از آنچه به نظر می‌رسند، قابل تعامل و حل باشند.

ایراد اساسی‌تر به رویکرد حقوقی - اقتصادی رایج درباره‌ی اطلاعات، آن است که این رویکرد، اطلاعات، را با شناخت (یا حقیقت) واقعیت درهم می‌آمیزد. در

1- See Schwartz, supra note 84, at 25, 36.

2- See, e.g., Amos Tversky & Daniel Kahneman, Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases, 180 SCI. 1124, 1124 (1974) (showing that people rely on a limited number of heuristic principles to reduce the complex task of assessing probabilities and predicting values to simple judgmental operations, and that this sometimes leads to severe and systematic errors); see also Schwartz, supra note 84, at 25-31.



مقابل، نظریه‌ی اطلاعات، می‌پذیرد که «اطلاعات» و «واقعیت»، دو امر جدا از هم (اگر چه مرتبط) هستند و «شناخت»، پلی ناقص و از نظر فرهنگی، احتمالی بین آنها می‌زند.^۱

دانش در جامعه کارکردی تکنیکی دارد و به طور گسترده به عنوان ابزارهای تکنیکی و شناختی که در پردازش اطلاعات به کار می‌روند، تعریف شده است.^۲ برای اینکه اطلاعات به چیزی معنادارتر از یک ورودی حسی ناپایدار تبدیل شود، روش‌های اکتشافی ضروری هستند. با این حال انتخاب ساختار، یعنی انتخاب اینکه چگونه درباره‌ی چگونگی شناسائی امور فکر کنیم، انتخابی است که پیامدهای ماهوی دارد.

در جامعه‌ی ما رویکرد غالب و مسائل تکنیکی، رویکرد فردگرائی است. شناخت نسبت به جهان از طریق اندازه‌گیری، سنجش و پیش‌بینی بدست می‌آید. با این حال نظریه پردازان اطلاعات این موضوع را که تکنیک‌های فردگرائی ممکن است امور غیر منطقی را تشکیل داده و آنها را بازتولید کنند، به رسمیت شناخته‌اند. سیستم‌ها و فن‌آوری‌های اطلاعاتی به طور غیرمعمول طراحی می‌شوند و دوره‌ی طراحی برای هر فن‌آوری یا سیستم برای سامان‌دهی اطلاعات، ضرورتاً فرض‌هایی را درباره‌ی آن امور یا شرایطی که باید اندازه‌گیری شوند و شرایط مرتبط با آن اندازه‌گیری را تشکیل می‌دهد.^۳

1- See ALBERT BORGMANN, HOLDING ONTO REALITY: THE NATURE OF INFORMATION AT THE TURN OF THE MILLENNIUM (1999); BRUNO LATOUR, WE HAVE NEVER BEEN MODERN (Catherine Porter trans., 1993); FRANK WEBSTER, THEORIES OF THE INFORMATION SOCIETY (1995); cf THOMAS S. KUHN, THE STRUCTURE OF SCIENTIFIC REVOLUTIONS (2nd ed. 1970) (arguing that our perceptions of scientific "facts" are shaped by the paradigms that we employ to make sense of them).

2- See BORGMANN, supra note 119; JACQUES ELLUL, THE TECHNOLOGICAL SOCIETY (John Wilkinson trans., 1964); KUHN, supra note 119; DONALD MACKENZIE, KNOWING MACHINES: ESSAYS ON TECHNOLOGICAL CHANGE (1997); LANGDON WINNER, AUTONOMOUS TECHNOLOGY: TECHNICS-OUT-OF-CONTROL AS A THEME IN POLITICAL THOUGHT (1977); see also LAKOFF & JOHNSON, supra note 16.

3- See BORGMANN, supra note 119; ELLUL, supra note 120; GANDY, supra note 91, at 15- 52; MACKENZIE, supra note 120; WINNER, supra note 120.

صنعت پردازش داده‌ها این چهارچوب فردگرائی را به کار گرفته و آن را بازتولید می‌کند.^۱ روش‌های پردازش داده‌ها بر این اعتقاد شکل گرفته‌اند که ارزش افراد می‌تواند به میزان معاملات، ویژگی‌های ژنتیکی و دیگر خصوصیات اندازه‌پذیر آنها کاهش یابد و اینکه این خصوصیات، بهترین پیش‌گویان خط و امتیاز در معاملات آینده‌اند. مسلماً این اعتقاد، به طور کامل اشتباه نیست. بلکه چیزهای بیشتری درباره‌ی رفتار افراد هست که بر این اساس می‌توان آن را پیش‌گوئی کرد. با این حال، چیزهای بیشتری نیز درباره‌ی رفتار افراد هست که نمی‌توان آن را پیش‌گوئی کرد. بعضی از اطلاعات مرتبط هستند که ذاتاً نمی‌توان آنها را اندازه‌گیری و یا پیش‌بینی کرد. انگیزه‌ی انسانی؛ درونی، تا حدودی احساسی و اغلب اتفاقی است. مسئله این است که آیا نادیده گرفتن نظام‌مند این بعد رفتار و استعداد انسانی، نتایج خط‌مشی را که ما از آنها دوری می‌کنیم ایجاد می‌کند؟

ب: دانش، متقاعد کردن و قدرت

درباره‌ی اینکه محدودیت‌های ذاتی در الگوی پردازش داده، چندان اهمیتی ندارند. دو استدلال بیان شده؛ اول، اینکه پیش‌بینی کارکرد افراد، تجار و حکومت‌ها تا حدی، ضروری است. دوم، پرسش درباره‌ی اینکه آیا اطلاعات هویتی فردی، دانش محسوب می‌شود، به بحث درباره‌ی دیدگاه‌های اجتماعی درباره‌ی قدرت پیش‌بینی و خطراتش، تبدیل می‌شود این احساس در انسان‌ها هست قابل پیش‌بینی نبودن، از اندازه‌ی صبر ما فراتر است؛ ما به پیش‌بینی حقایق سخت نیاز داریم و شاید این حقایق سخت به طور قطعی و یا تا حدودی اطلاعاتی را که از پردازش داده‌ها به دست می‌آیند دربردارند.^۲ و اگر این همه، مشکل باشد، پس شاید

1- See GANDY, supra note 91, at 53-94. Paul Schwarz's discussion of "genetic determinism" in the use of personal health care information approaches this conclusion. See Schwartz, supra note 84, at 26-29.

2- This parallels the preference for the relatively bounded, deterministic language of property rights over the relatively fuzzy, open-ended language of "dignity rights." See notes 10-16 supra and accompanying text. But see BORGSMANN, supra note 2, at 20-47 (arguing that the perceived need to control and predict is culturally determined).



دیگر مشکلی در این باره نباشد. اعتماد کردن ضرورتاً مساوی با اعتقاد کورکورانه نیست.

افزون بر آن ممکن است فردی این گونه اعتراض کند که مطرح کردن مسئله‌ی دانشی که از پردازش داده به دست می‌آید، به بحث اجباری ویژه درباره‌ی حریم خصوصی داده، آن گونه که با دیگر رژیم‌ها در تضاد باشد، نیاز ندارد، اگر حقیقتی در میان نباشد، پس چرا این مسئله که دیگران چه اطلاعاتی را درباره‌ی گردآوری می‌کنند مهم است؟ یا برای اینکه پوچ‌گرائی کمتری داشته باشیم، اگر حقیقتی نیست، پس چرا به مردم اجازه ندهیم که درباره‌ی فراهم کردن اطلاعات برای دیگران خودشان انتخاب کنند؟^۱ براساس این دیدگاه، ممکن نبودن تعیین دانش، مسئله‌ای ملال‌آور است. این امر توجیه کارآمدی را برای اعتراض مؤثر درباره‌ی تجارت داده‌های هویتی فردی فراهم نمی‌کند.^۲

با این حال رابطه‌ی نامعین میان اطلاعات و حقیقت، تنها نیمی از داستان است. ارتباط میان اطلاعات و واقعیت، ارتباطی منطقی است: واقعیت، اطلاعات و تکنیک (روش) پردازش اطلاعات را دفع می‌کند اما در همین حال، اطلاعات و تکنیک، رفتار را شکل می‌دهند.^۳ به بیان دیگر، تفاوتی ماهوی و حقیقی بین انکار وجود واقعیتی دانستنی و عینی واحد و انکار وجود واقعیتی تجربه شده هست؛ یا اینکه اهمیت استفاده از اطلاعات برای شکل دادن آن واقعیت انکار شود. اینکه درباره‌ی

1- This conclusion aligns with the observation that postmodern information theory is entirely compatible with the late-stage informational capitalism that it purports to criticize. See WEBSTER, supra note 119, at 190-91 (discussing theories by Fredric Jameson, David Harvey, and Daniel Bell that interpret post-modernism as a product of capitalism).

2- It is worth noting, too, that although the corpus of personally-identified information now residing in corporate and government databanks may mean less than we would like to believe, some information is still true, and the collection of some truthful information is still important. Individuals, both as consumers and citizens, have an interest in the accurate collection of some data about themselves and others. As Part VI.B discusses, a wise data privacy policy should attempt to identify the circumstances in which that interest should outweigh others. See notes 207-221 infra and accompanying text.

3- See BORGSMANN, supra note 119; ELLUL, supra note 120; MACKENZIE, supra note 120.

ساختار واقعیت، به سبب مهم نبودن آن تفکر کنیم، نفی عامل انسانی محسوب می‌شود. این واقعیت که هویت (از کارکردهای سلائق) انعطاف پذیر است، به این معنی نیست که هویت، بی‌ربط است.

بنابراین بحث حریم خصوصی، تنها درباره‌ی ممکن بودن پیش‌بینی یا میزان نیاز ما به قدرت پیش‌بینی نیست، بلکه (با معذرت خواهی از مارکس) بحث در این باره است که چه کسی بر انواع پیش‌بینی نظارت دارد؛ به عبارت دیگر، بحث درباره‌ی به کارگیری قدرت درباره‌ی دانش است.^۱ پس این نتیجه به دست می‌آید که مکانیزم (روش‌ها)ی محاسبه‌کننده (شعاری برای طرف‌داران حریم خصوصی داده) باید در این باره بسیار نگران باشند.^۲ اگر طبقه‌بندی، شایستگی افراد را برای دریافت پاداش‌ها یا فرصت‌ها مشخص می‌کند پس ممکن است ما به سبب الگوریتم‌هایی که برای طبقه‌بندی استفاده شده‌اند، سود ببریم به طور بنیادی‌تر، اگر سلائق در طول زمان تغییر یابند، بنابراین ممکن است ما به سبب انواع تغییرات که مجاز، سود به دست آوریم.

مخالفان حریم خصوصی داده، گویند، که پرونده‌هایی که بهتر تفصیل داده شده‌اند، با هماهنگی دقیق میان پیشنهادهای دریافت محصول و خواسته‌های افراد، بی‌دقتی‌هایی را که به دخالت می‌انجامد، از بین می‌برند.^۳ با این حال، مسلماً این،

1- See, e.g., MICHEL FOUCAULT, DISCIPLINE AND PUNISH: THE BIRTH OF THE PRISON (Alan Sheridan ed. & trans., 1977); MICHEL FOUCAULT, POWER/KNOWLEDGE (Colin Gordon ed. & trans., 1980). Historians of technology dispute whether Marx understood technology simply as an object of the struggle to control production, or as a critical constituent of production relations. See MACKENZIE, supra note 120, at 36-47 (describing the debate and taking the latter view). The postmodernists, in turn, have been criticized for devoting insufficient attention to the relationships between information, technology, and economic power. See WEBSTER, supra note 119, at 190-91.

2- Cf Victoria Bellotti, Design for Privacy in Multimedia Computing and Communications Environments, in TECHNOLOGY AND PRIVACY: THE NEW LANDSCAPE, supra note 51, at 63 (arguing that the design of information systems should take into account the values of those whose actions the system records).

3- See, e.g., The Direct Marketing Association, DMA Interactive <<http://www.the-dma.org/>>; Teleconnect, Inc., Teleconnect <<http://www.teleconnect.com/>>. For a more theoretical discussion of profiling, see Hal R. Varian, Economic Aspects of Personal Privacy (December 6, 1996) <<http://www.sims.berkeley.edu/~hal/Papers/>>



امری بسیار ساده است. هدف هر تبلیغاتی این است که مردم را به خرید تشویق کند؛ یعنی برای آنچه که خریداران می‌خواهند بفروشند، نیاز ایجاد می‌کنند. تبلیغات هدفمند می‌تواند بسیار موفق باشد اما حتماً این نتیجه را به دنبال ندارد که چنین تبلیغاتی به راحتی نیازها و خواسته‌های از پیش موجود را پیش‌بینی می‌کنند. با توجه به تبلیغات،^۱ به خوبی فهمیده می‌شود که جذابیت انتخاب‌ها به چگونگی شکل‌گیری انتخاب‌ها بستگی دارد.^۲ بنابراین چهارچوب حساب شده و سنجیده، حتماً عوام فریبی کمتری نخواهد داشت بلکه می‌تواند عوام فریبی بیشتری داشته باشد.

با این حال، بار دیگر، تمرکز انحصاری بر انتخاب خریدار، ریاکارانه محسوب می‌شود. آن گونه که در بالا گفته شد، بسیاری استفاده‌ها از داده‌های هویتی فردی، بیرون از قلمرو بازاریابی مستقیم مصرف‌کننده اتفاق می‌افتد. و حتی مسئله‌ی تبلیغات هدفمند، تنها به این منظور نیست که انتخاب برادر بازار هدف آسان سازد. بلکه برای این است که به کمک تبلیغ‌کنندگان بر انتخاب تأثیر بگذارد. وقتی که پرونده‌سازی به صورت بهتری صورت بگیرد، تبعیض در معنای وسیعش به هر دلیلی، معقول، مطلوب و غیرقانونی فرض می‌شود.^۳ و حتی تبعیض ملایم، یعنی تصمیم برای فروش تنها به آن عده از مصرف‌کنندگانی که از نظر آماری احتمال خریدن آنها بیشتر است، نوعی طبقه‌بندی از برخی افراد را بر مبنای غیر از مبنای دلخواه آن افراد ایجاد می‌کند.^۴

در این جا همچنان که با هزینه‌های معاملاتی و انتخاب روبرو بودیم، با

privacy /> (explaining economic rationale for profiling).

1- See Kirsten M. Lagatree, Where You Live Gives Marketers Clues to Buying Habits, L.A. TIMES, Dec. 15, 1996, at K3 (describing examples of targeted advertising); cf Dinh, supra note 50, at 2130 (arguing that advertising seeks to create relative preferences, and that these preferences are socially inefficient).

2- See generally Tversky & Kahneman, supra note 118; Amos Tversky & Daniel Kahneman, Rational Choice and the Framing of Decisions, 59 J. BUS. S251 (1986) (describing common rules of framing and their effects on choice).

3- Prohibitions on racial profiling represent an implicit societal decision that not every use of "rational"/statistical knowledge should be permitted. See text accompanying note 178 infra.

4- See GANDY, supra note 91, at 80-87.

نابرابری‌های تخصیصی نیز روبرو هستیم. توجیه شناختی درباره‌ی پرونده‌های فردی، با جستجوگران اطلاعات و دارندگان اطلاعات، به طور غیرمنطقی و متفاوتی برخورد می‌کند. پردازش‌گران داده‌ها، آزادند تا رفتار غیرمنطقی داشته باشند (اگر چه فرض بر این است که آنها چنین نمی‌کنند) اما آنهایی که موضوع داده هستند، این گونه آزاد نیستند و یا به طور دقیق‌تر، افرادی که موضوع داده هستند می‌توانند مطابق خوشایندشان رفتار کنند، اما درباره‌ی آنها با توجه به استانداردهای منطقی و نه مطابق با انتخاب‌شان قضاوت خواهد شد. دیدگاه طبیعت انسانی که الگوریتم پردازش داده آن را اجرا می‌کند، هم بی‌رحمانه و هم غیرمنصفانه است. در این حال، بی‌تربیتی طرز فکر شخصی یا اشتباه کمتر تحمل شده و برای تأثیرات آموزشی و رنسانس‌های دوباره زمینه‌ی کمتری وجود دارد. الگوی پردازش داده، افراد را به طور انعطاف ناپذیری درباره‌ی تجربه‌های گذشته‌شان، حسابگر نگه می‌دارد؛ حتی تا جایی که می‌خواهد عوامل را به طور احتمالی انتخاب کند.

گاهی اوقات ممکن است طبقه‌بندی افراد منصفانه باشد، گاهی اوقات نیز این امر گریزناپذیر است؛ یا ما نتیجه می‌گیریم که خطرات تلاش برای جلوگیری از آن، بسیار زیاد است. اما محتوای این طبقه‌بندی‌ها و منصفانه بودن اعتماد بر طبقه‌بندی به دست آمده از این جداسازی، به عنوان ابزاری برای دادن فرصت اقتصادی به افراد، موضوعات مناسبی برای بحث گروهی هستند. حداقل دانستن مطلوب بودن این رویکرد و بررسی جایگزین‌های آن ارزش بحث را دارد.

الگوی پردازش داده، ارتباط قدرت را پنهان می‌کند و این ارتباط، خود تعیین‌کننده‌ای اساسی برای حقیقتی است که پردازش داده را تشکیل می‌دهد. در ارزیابی ادعاهای معرفتی درباره‌ی پردازش داده‌های هویتی فردی، ما صرفاً نگران قابلیت پیش‌بینی شدن و تحمل خطر نیستیم، بلکه به طور اساسی تر نگران مسائل اصلاح رفتار و اراده‌ی آزاد هستیم. پرونده‌سازی کردن نه تنها نظریه‌ی خاص دانش را مطرح می‌کند، بلکه همچنین فرصت طلبی به شدت سود محور و ناراحت‌کننده را نیز درباره‌ی استفاده از قانع‌سازی افراد برای تغییر شکل دانش فردی و گروهی مطرح می‌کند. اگر داده، حقیقت را آشکار می‌کند، ممکن است که به دانش فراگیر نیز برسد. اگر داده حقیقت را ایجاد می‌کند، ممکن است که به قدرت دست

یابد. ما در خصوص محتوای حقیقتی که شکل می‌گیرد، دارای نفع انتقالی هستیم. نتیجه این می‌شود که خط مشی حریم خصوصی داده باید با انواع دانش در ارتباط باشد، زیرا خط مشی خردمندانه‌ی حریم خصوصی داده نمی‌تواند جز این باشد. در نهایت، هنوز نیز باید بررسی کنیم که آیا حمایت اساسی از آزادی بیان، باعث جلوگیری از این نابرابری می‌شود. اکنون به این مسئله می‌پردازیم.

بیان

پاسخ نهائی به مشکل دانش و چهارمین رویکرد به مسئله حریم خصوصی داده‌ها دانستن تفاوت میان دانش و اطلاعات نامرتبط و حل بحث حریم خصوصی داده است. در عوض بحث درباره‌ی حریم خصوصی داده، باید درباره‌ی آزادی بیان و محدودیت‌های آن بحث شود؛ براساس این دیدگاه، مشکل ما با حمایت قوی از حریم خصوصی داده، این نیست که حریم خصوصی باید از داده‌های اشخاص در مقابل قضاوت‌های اشتباه، درباره‌ی ارزش آنها یا محدود کردن بازنمودهای واقعیت، حمایت کند. در جامعه ما کسی نمی‌تواند اشتباهات عمدی را (حداقل بدون ترس از اقامه دعوی (فقرا) منتشر کند، اما هیچ فردی تعهد ندارد که در یک معنای مطلق، به دنبال حقیقت برود. در عوض، مشکل حمایت از حریم خصوصی داده این است که ممکن است حریم خصوصی مداخله در حق بیان آن عده‌ای باشد که می‌توانند گردآورندگان داده‌ها برای انتشار همه‌ی قضاوت‌ها، همگانی‌سازی‌ها و رابطه‌ها محسوب شوند که این داده‌ها فروشی بوده و به وضوح غلط نیستند.

از همه‌ی دو راهی‌های طبقاتی که بحث حریم خصوصی داده پیش می‌آورد، مخالفت با حریم خصوصی و بیان، از همه مشکل‌تر است. آزادی‌های بیان، در فرهنگ ما جزو حقوق اساسی هستند و حمایت هشیارانه از آنها به خوبی به ما کمک می‌کند. با این حال، از میان تمام بحث‌های صورت گرفته درباره‌ی حریم خصوصی، این مسئله به توضیح نیاز دارد و دقیقاً به همین خاطر است که بسیار مشکل است: داشتن رویکرد آزاد و آسان‌گیرانه درباره‌ی آزادی‌های پردازش‌گران داده، اسقاط حق دعوی اساسی را درباره‌ی بحث حریم خصوصی داده تهدید می‌کند. بنابراین ما باید بررسی کنیم که آیا بحث حریم خصوصی داده واقعاً ما را به انتخاب میان حریم خصوصی و بیان مجبور می‌کند یا خیر.



الف: نظریات بیان (اقتصادی؟)

بحث اصلاحیه‌ی اول در مخالفت با حمایت از حریم خصوصی داده، با این فرض شروع می‌شود که گردآوری، پردازش و داد و ستد داده‌های هویتی فردی، بیان محسوب می‌شوند و بنابراین می‌گویند که سامان‌دهی این فعالیت‌ها نمی‌تواند دقت لازم را حفظ کند.^۱ همه‌ی این مراحل، دقت بیشتری را با خود به همراه دارند. آن‌گونه که درباره‌ی قانون‌گذاری حریم خصوصی داده اعمال‌شده، تحلیل تعادلی، استاندارد، طبقه‌ای و به دست آمده از پیش فرض‌های تعیین‌کننده‌ی نتیجه درباره‌ی محتوای بیانی و وضعیت مالکیت اطلاعات هویتی فردی بوده است. توجه دقیق‌تر به آن‌گونه منافع رقابتی که قانون‌گذاری حریم خصوصی داده به دنبال ایجاد توازن در آن است، می‌تواند ارزیابی متفاوتی را درباره‌ی قانون‌مندی اقدامات حمایتی که به طور عمومی به کار می‌روند، در پی داشته باشد. اگرچه به طور اساسی‌تر، این پرسش پیش می‌آید که آیا انواع سنتی تجدید نظر اصلاحیه اول، باید به همین روش، یا به طور کلی درباره‌ی قانون‌گذاری پردازش اقتصادی اطلاعات فردی نیز به کار رود. رویکردهای دیگر به نظریه پردازش بیان و به طور کلی‌تر درباره‌ی اطلاعات، شیوه‌های مختلف تفکر را درباره‌ی گردآوری و داد و ستد داده‌های هویتی فردی و نقش این فعالیت‌ها را در چهارچوب ساختار اقتصادی وسیع‌تر جامعه مطرح می‌کند.

تحلیل اصلاحیه‌ی اول درباره‌ی حمایت از حریم خصوصی داده باید به عنوان یک موضوع ابتدائی چگونگی توصیف این نوع از بیان پیچیده را بررسی کند. به طور سنتی، آغاز قانون‌گذاری درباره‌ی بیانی که با عنوان اقتصادی طبقه‌بندی شده، پیش‌تر از آغاز قانون‌گذاری درباره‌ی سائر انواع بیان بوده است.^۲ هم طرف‌داران و

1- See, e.g., SINGLETON, supra note ۱; Eugene Volokh, Freedom of Speech and Information Privacy: The Troubling Implications of a Right to Stop People from Speaking About You, ۵۲ STAN. L. REV. 1049 (2000).

2- First Amendment protection for commercial speech is a relatively recent development. See Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Serv. Comm'n of N.Y., 447 U.S. 557, 561-63 (1980); Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc., 425 U.S. 748, 758-70 (1976). Previously, the Court had held that commercial advertising was not entitled to First Amendment protection at all. See Valentine v. Chrestensen, 316 U.S. 52, 54 (1942) ("[T]he Constitution imposes no ... restraint on government as respects purely commercial advertising.").





هم مخالفان حمایت شدید از حریم خصوصی داده که گردآوری و داد و ستد داده‌های هویتی فردی در مؤسسات اقتصادی، به طور شایسته‌تری با عنوان بیان اقتصادی، طبقه‌بندی شده است و تعداد کمی از دادگاه‌ها که به چالش‌های اصلاحیه‌ی اول مقررات حریم خصوصی داده توجه کرده‌اند، دقیقاً همین کار را کرده‌اند.^۱

در واقع قسمت عمده‌ی قانون‌گذاری درباره‌ی فعالیت‌های پردازش داده‌های تجاری صلاحیت قانون‌گذاری درباره‌ی بیان تجاری را ندارند. توجیه سنتی برای قانون‌گذاری وسیع‌تر درباره‌ی بیان تجاری به سود و علاقه‌ی شنوندگان برای دریافت اطلاعات دقیق درباره‌ی انتخاب‌های بازار بستگی دارد و در آن آمده که حکومت برای حمایت از این سود و علاقه می‌تواند ارتباطات تجاری گمراه‌کننده و فریب‌دهنده را سرکوب کند.^۲ اگرچه طرف‌داران حمایت از حریم خصوصی داده اعتراض می‌کنند که قانون فعلی، پردازش‌گران داده را درباره‌ی دقیق بودن داده‌های هویتی فردی مسؤول نمی‌داند، اما نگرانی آنها بسیار فراتر از دقیق بودن حقیقی است. افزون بر آن به قانون تمرکز بر ارتباطات گمراه‌کننده و فریب‌دهنده

1- See U.S. West, Inc. v. FCC, 182 F.3d 1224, 1232-33 (10th Cir. 1999); United Reporting Publ'g Corp. v. California Highway Patrol, 146 F.3d 1133, 1136-37 (9th Cir. 1998), rev'd sub nom. Los Angeles Police Dep't v. United Reporting Publ'g Corp., 120 S. Ct. 483 (1999).

2- See Central Hudson, 447 U.S. at 563-64; Virginia State Bd. of Pharmacy, 425 U.S. at 771 & n.24. At least four current Justices would classify as "commercial speech" only speech that proposes a commercial transaction, and would apply intermediate scrutiny only where regulation of such speech is designed to prevent fraud or deception. See 44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island, 517 U.S. 484, 509-14 (1996) (plurality); id. at 518 (Thomas, J., concurring); see also Alex Kozinski & Stuart Banner, The Anti-History and Pre-History of Commercial Speech, 71 TEX. L. REV. 747 (1993) (discussing the early history of advertising and arguing that the early cases do not support the notion of a general distinction between "commercial" and "noncommercial" speech); Alex Kozinski & Stuart Banner, Who's Afraid of Commercial Speech?, 76 VA. L. REV. 627 (1990) (arguing that a general distinction between commercial and noncommercial speech is untenable); Martin H. Redish, First Amendment Theory and the Demise of the Commercial Speech Distinction: The Case of the Smoking Controversy, 24 N. KY. L. REV. 553 (1997) (same); Martin H. Redish, The First Amendment in the Marketplace: Commercial Speech and the Values of Free Expression, 39 GEO. WASH. L. REV. 429 (1971) (same).

می‌گوید، بیان تجاری تنها ارتباطات میان خریدار و فروشنده را درباره‌ی شرایط قرارداد یا کیفیت خدمات و یا کالاهای فروشنده دربرمی‌گیرد.^۱ مسلماً این تعریف موضوع حقیقی این معاملات و در این‌جا خود داده را در بر ندارد.^۲

اینکه قانونگذاری درباره‌ی حریم خصوصی داده، باری سنگین را بر بیان تحمیل می‌کند، حتماً آن را غیر اساسی نمی‌کند. بلکه در عوض، دادگاه‌ها مسئولیت بررسی برقرار کننده‌ی تعادل را به عهده می‌گیرند. مقررات مربوط به بیان تجاری باید شرایط آزمایش چهار بخشی را که در شکایت گروه گاز و برق مرکزی هودسون علیه کمسیون خدمات عمومی نیویورک بیان شده، داشته باشد.^۳ بر اساس شکایت هودسون مرکزی، اگر مقررات، ارتباطی را پیش‌بینی کنند که گمراه کننده یا با فعالیتی غیرقانونی مرتبط نباشد، باید یک نفع حکومتی اساسی از این ارتباط حمایت کند. باید از نظر مادی این نفع را توسعه دهد و نباید بیش از حد ضرورت برای خدمت به آن نفع، محدود کننده باشد.^۴ یک معیار مشابه درباره‌ی حقوق با محتوای طبیعی به کار می‌رود که بیان را به صورت غیرمستقیم تحمیل می‌کند.^۵ درباره‌ی سائر بیان‌ها نفع دولت باید اجباری باشد و نظارت باید سخت گیرانه و برای توسعه‌ی این نفع، به گونه‌ای که حداقل محدودیت را داشته باشد، طراحی شود.^۶

1- See Central Hudson, 447 U.S. at 562-63; Virginia Bd. of Pharmacy, 425 U.S. at 761-62, 771-72.

2- Data privacy opponents argue that transactions in personally-identified data are analogous to reporting by the press, and therefore should receive the highest First Amendment protection. See SINGLETON, supra note 51, at 7. I shall argue, however, that the fact that the data is the actual subject matter of the transaction argues for quite a different First Amendment standard of review. See text accompanying notes 161-164 infra; see also text accompanying notes 207-214 infra (discussing, and rejecting, the "journalism" objection to data privacy regulation).

3- 447 U.S. 557 (1980).

4- See id. at 564.

5- See United States v. O'Brien, 391 U.S. 367, 376-77 (1968) (noting that incidental limitations on First Amendment freedoms are permissible if they further a substantial government interest unrelated to the suppression of free expression and if the limitation is no greater "than is essential to the furtherance of that interest").

6- See Burson v. Freeman, 504 U.S. 191, 198 (1992) (plurality); Boos v. Barry, 485 U.S. 312, 321 (1988); Perry Educ. Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n, 460 U.S. 37,



با این حال، دو مورد از پرونده‌های اخیر نشان می‌دهند که دادگاه‌ها می‌توانند این آزمایش‌ها را به گونه‌ای تفسیر کنند که مشکلاتی حل‌نشده را برای کنترل و حریم خصوصی داده‌ها پیش آورند. در هر دو مورد، تحلیل، بی‌قید و شرط بود و هر دو دادگاه به ظاهر از نظریه‌ی تعادل حمایت کردند اما حمایت شدید از حریم خصوصی داده‌ها را از نظر تعریفی، با کنترل بیان اساسی ناسازگار دانستند. این دو تصمیم در کنار یکدیگر فهم بیان را که از تصویر مجازی بازار نظریه‌ها به دست آمده، آشکار می‌کنند، اما این مسئله از نظر مفهومی کاملاً با این امر متفاوت بوده و به نحو جدایی‌ناپذیر به داد و ستد مالکیت اطلاعات در وابسته است.

در شکایت شرکت "یواس وست" u.s west علیه کمسیون ارتباطات فدرال، بیشتر قضات شعبه‌ی دهم نتیجه گرفتند که تقویت شروط رضایت آگاهانه باعث نقض چهارمین شرط در شکایت هودسون مرکزی می‌شود.^۲ بحث درباره‌ی کنترل کمسیون ارتباطات فدرال، شرکت‌های تلفنی را مجبور می‌کند که قبل استفاده از داده‌های هویتی فردی مشتریان‌شان برای فروش متقابل سائر خدمات از تشریفات نظارت ورودی، بیش از نظارت خروجی استفاده کنند. بیشتر این گروه با استدلال "یواس وست" موافق بودند که با توجه به در دسترس بودن مقدار کمتری از تشریفات خروجی، نظارت ورودی، بسیار محدودتر از حد ضرورتی است که به هدف بیان شده، یعنی حمایت از حریم خصوصی مشتری کمک کند. دادگاه این استدلال کمسیون ارتباطات فدرال را رد کرد و از قاضی مخالف که معتقد بود تشریفات ورودی، حداقل ابزارهای محدودکننده هستند و احتمال دارد در کسب رضایت آگاهانه و مفید موثر واقع شوند، حمایت کرد.^۳

تصمیم "یواس وست" به خوبی سخنان "پیتر ادلمان" را توضیح می‌دهد که آنها قضاوت‌های خودشان را درباره‌ی کنترل دعاوی بیان و حریم خصوصی، در

45 (1983).

1- See *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919) (Holmes, J., dissenting); Kath-leen M. Sullivan, *Free Speech and Unfree Markets*, 42 *UCLA L. REV.* 949, 963-64 (1995); Kath-leen M. Sullivan, *Discrimination, Distribution and Free Speech*, 37 *ARIZ. L. REV.* 439, 445-46 (1995).

2- 182 F.3d 1224, 1238 (10th Cir. 1999).

3- See *id.* at 1238-39; *id.* at 1246-47 (Briscoe, J., dissenting).

پوشش نظارت کنندگان مطلق گرا نشان می دهند.^۱ پرسش نهائی در پرونده‌ی "یواس وست" این است که بار اثبات نسبی محدودیت‌های ورودی و خروجی که رژیم رضایت محور برای استفاده دوباره از داده‌های هویتی فردی از آنها استفاده می کند، حقیقی و محدود هستند. با توجه به گزارش گسترده‌ای که کمیسیون ارتباطات فدرال درباره‌ی نامؤثر بودن احتمالی تشریفات خروجی، تهیه کرده بود، توجیه کردن نظریه‌ی اکثریت مشکل است.^۲ شکایت هودسون، خود توضیح می دهد که نمی شود بار اثبات را در خلأ ارزیابی کرد بلکه در عوض باید درباره‌ی آن با توجه به کارآمدی احتمالی، قضاوت کرد. (با هر معیاری که بسنجیم، استدلال "یواس وست" پای نگرانی‌های اساسی را درباره‌ی بیان تجاری و فریب مصرف کنندگان به میان می کشد و حتی اگر چنین نیز نباشد، به نظر می رسد این نظارت، برای باقی ماندن نظارت بسیار دقیق تر بر تحقیقات هودسون مرکزی، طراحی شده است.)

بی‌علاقگی اکثریت "یواس وست" در گزارش، نه تنها نشانگر پیش داوری درباره‌ی بیان است بلکه پیش داوری درباره‌ی مالکیت، انتخاب و ارزش داد و ستد اطلاعات است. دادگاه، جهانی را فرض می کند که در آن، پردازش گران داده‌ها مالک اطلاعات هویتی فردی مشتریان شان هستند، مگر اینکه مشتریان خلاف آن را بگویند و جهانی که در آن انتخاب، به طور ذهنی و انتزاعی ارزیابی می شود؛ بدون بررسی این موضوع که آیا اطلاعات کافی برای تبدیل انتخاب به انتخابی واقعی وجود داشته است یا خیر. و دادگاه اگرچه درباره‌ی این پرسش، تصمیم نگرفته اما به طور شکاکانه بیان کرده که نفع عمومی و وسیع در حریم خصوصی، هرگز نمی تواند به اندازه‌ی کافی برای حمایت از محدودیت‌های وسیع تر در جریان اطلاعات واقعی، جدی باشد.^۳

با این حال حتی راه حل مخالف با مشکل ورودی و خروج داده، درباره‌ی اساسی بودن تلاش‌ها برای نظارت بر استفاده‌های درجه‌ی دوم و سوم از اطلاعاتی

1- Peter B. Edelman, *Free Press v. Privacy: Haunted by the Ghost of Justice Black*, 68 TEX. L. REV. 1195, 1223 (1990).

2- I have signed an amicus brief urging en banc reconsideration on this and other grounds.

3- See U.S. West, 182 F.3d at 1234-35 & n.7 (quoting FRED H. CATE, *PRIVACY IN THE INFORMATION AGE* 28 (1997)).





که پیش از این در اختیار پردازش گر داده بود، سخنی نمی گوید. در این جا آخرین تصمیم قضات شعبه‌ی نهم (که بعدها بر اساس دلیل دیگری در آن تجدید نظر شد) ثابت می کند که مقررات محدود کننده‌ی استفاده و داده‌های هویتی فردی را در قسمت سوم آزمایش هودسن مرکزی با همین مانع روبرو می شوند. شکایت شرکت یونایتد ریپورتینگ پابلیشینگ علیه کالیفرنیا هایوی پاترول^۱، دربردارنده‌ی قوانین موضوعه کالیفرنیاست و آزادی دستگیرشدگان را در غیر از اهداف تجاری، علمی، روزنامه نگاری، سیاسی، حکومتی معتبری داند.^۲ دادگاه به طور یکپارچه در پرتو این مقررات حکم کرد که، محدود ساختن دسترسی تجاری، اساساً منفعت ادعا شده درباره‌ی ترویج حریم خصوصی دستگیرشدگان، افزایش نمی دهد.^۳ بنابراین دادگاه نتیجه گرفت که این مقررات، در جهت منع روش‌های درخواست، هدایت شده‌اند؛ به عبارت دیگر، در جهت سرکوب بیان حمایت شده، که در اهداف نهائی فعالیت‌های پرونده‌سازی تجاری است، بوده‌اند و بنابراین از این جهت نامعتبر دانسته می شوند.^۴

با این حال، دوباره به نظر می رسد که نتایج دادگاه یونایتد ریپورتینگ، بیشتر با توجه به پیش فرض درباره‌ی ماهیت و ارزش دعاوی حریم خصوصی داده و نه با موازنه‌ی دقیق منافع درگیر بدست آمده است. دادگاه اطلاعات مربوط به افراد را با ارتباطات مربوط به افراد درهم آمیخته و بنابراین، اساساً پرونده سازی را به عنوان ضرری متفاوت و جدا که دولت باید از جلوگیری آن نفع ببرد، به رسمیت نشناخته

1- 146 F.3d 1133 (9th Cir. 1998), rev'd sub nom. Los Angeles Police Dep't v. United Reporting Publ'g Corp., 120 S. Ct. 483 (1999).

2- Id. at 1135 (quoting a 1996 amendment to CAL. GOV. CODE ? 6254(f) (West 1995)).

3- See id. at 1138-40.

4- Id. at 1139 (citing *Bolger v. Youngs Drug Products Corp.*, 463 U.S. 60, 73 (1983)). At oral argument in the Supreme Court, counsel for United Reporting characterized the statute's differential treatment of commercial and journalistic uses as content-based discrimination. See Appellee's Oral Argument at 32-34, *Los Angeles Police Dep't v. United Reporting Publ'g Corp.*, 120 S. Ct. 483 (1999) (No. 98-678) (available in 1999 WL 970765). Although he did not argue that this should trigger strict scrutiny, one presumes that the statute's express distinction between broadly "commercial" uses and other uses would be unacceptable to those Justices who urge a narrower definition of commercial speech. See supra note 137.

است. در نتیجه دادگاه، استدلال دولت را چیزی بیش از حدس و گمانه‌زنی ندانست. استدلال دولت این بود که قوانین موضوعه باید کمک کنند تا پرونده‌سازی تجاری به حد چشم‌گیری نرسد.^۱ تحلیل دادگاه درباره استثنائات قوانین موضوعه بیشتر نوع خاصی از ارتباطات بازاریابی مستقیم را در برمی‌گیرد و به جای حمایت از حریم خصوصی، مانعی اساسی که به شدت سخت است در راه حمایت از حریم خصوصی داده ایجاد می‌کند. زبان قانون موضوعه با قدرت بیان می‌کند که قانون‌گذار کالیفرنیا تلاش می‌کند تا با رسیدن به تعادل اهمیت میل اصلاحیه‌ی اول را در ترویج گزارش و تفسیر درباره‌ی مسائل مربوط به عموم تهدید نکند. دقیقاً به همین سبب می‌توان به این امر شک کرد که هرچه کاربرد این محدودیت‌ها جامع‌تر باشد، محدودیت‌های طراحی شده برای ارتقاء حریم خصوصی و حتی در سطح اساسی‌تر، باعث شکست چهار شاخه‌ای که در تحلیل (پرونده‌ی) هودسون مرکزی بیان کردیم، می‌شوند. بنابراین، در واقع تصمیم شعبه نهم دادگاه می‌گوید، حکومت به هیچ وجه نمی‌تواند از حریم خصوصی داده حمایت کند.^۲

به طور خلاصه، پرونده‌ی "یواس وست" و تصمیم دادگاه یونایتد ریپور تینگ با توجه به همین دلالت ضمنی و به طور جدی‌تر، با توجه به استدلال قیاسی درباره‌ی سازش ناپذیری حمایت قانونی از حریم خصوصی داده و حمایت قانونی از بیان شکل گرفته است: داده‌های هویتی فردی نوعی اطلاعات واقعی محسوب می‌شوند. این اطلاعات را احتمالاً آن عده‌ای که آنها را گرد می‌آورند، در اختیار می‌گیرند. تقاضای مصرف‌کنندگان عملی معنی دار است، از این رو هر چیزی که گردآوری، استفاده‌ی تجاری و داد و ستد بازاریابی اطلاعات هویتی فردی را تحت فشار قرار دهد، به طور غیرمجازی، بیان را تحت فشار قرار داده است. ریزش آسان و کاملاً

1- United Reporting, 146 F.3d at 1139.

2- The Supreme Court's reversal, on the ground that California was not required to give out arrestee information in the first place, does not disturb this reasoning with respect to information that government is required to disclose, nor with respect to regulation of purely private-sector information transactions. See Los Angeles Police Dep't v. United Reporting Publ'g Corporate., 120 S. Ct. 483, 489 (1999). Moreover, the Court carefully reserved judgment on an as-applied challenge that the Ninth Circuit had not considered. See id. at 488; id. at 490 (Scalia, J., concurring); see also id. at 491-93 (Stevens, J., dissenting).



غیرقابل توجه میان تصویر اطلاعات، به عنوان بیان و اطلاعات، به عنوان کالای مورد تملک و تجارت، بسیار قابل توجه است، زیرا از هیچ دادگاهی (و به همین سبب از هیچ یک از دو طرف) درباره‌ی وجود ارتباطات در مراحل گردآوری، پردازش و داد و ستد پرسشی نشده و این، آغازی ضروری است هم برای دقت درباره‌ی پرونده‌ی هودسون مرکزی و هم برای آنچه که دقتی بیشتر از برداشت مضیق درباره‌ی بیان تجاری به آن نیاز دارد. داده‌های هویتی فردی، به آن معنا که برای اهداف اصلاحیه‌ی اول اهمیت دارد، اصلاً برای محتوای بیانی‌اش، گردآوری، استفاده یا فروخته نمی‌شود بلکه آنها ابزاری برای پردازش افراد و نه ماشینی برای وارد کردن ارتباطات به بازار نظریه‌ها است.^۱ با این حال، این اعتراض، به وضوح با این دیدگاه که در نظر اصلاحیه‌ی اول، بالاترین و بهترین ارزش هر اطلاعاتی، از راه مقایسه‌ی موضوع آزاد آن نسبت به قوانین داد و ستد مالکیت در بازارها فهمیده می‌شود، ناسازگار است. فهم ما از بیان توسط و در نهایت، نظریه‌ی خود فعال‌سازی بازار محوری که مدل‌های ما درباره‌ی دانش، مالکیت و انتخاب را دربرمی‌گیرد، فهم ما را درباره‌ی بیان تقویت می‌کند.

اگر چه بار دیگر، به خطوط دیگر نظریه پردازشی‌ها درباره‌ی بیان و به طور وسیع‌تر، درباره‌ی حقوق و خط مشی اطلاعاتی، در دیگر جهات اشاره می‌شود. اولاً، به طور کلی، بعضی از علمای اصلاحیه‌ی اول استدلال می‌کنند که بیان بازاری به مقدار خاصی از مقررات اقتصادی نیاز دارد؛ به عبارت دیگر، فهم بازار محور درباره‌ی بیان، واکنش‌های قانون‌گذاری را که برای تصحیح نقائص بازار طراحی شده، توجیه می‌کنند.^۲ اگر ما دوباره منافع دولت را در حمایت از حریم خصوصی داده، نفع آن به سبب تصحیح نامتقارن‌های اطلاعاتی در بازار داده‌های هویتی فردی بدانیم، تحلیل پرونده‌ی هودسون مرکزی (یا تجدید نظری جدی‌تر) می‌تواند به

1- Cf Dan L Burk, Patenting Speech, 79 TEX. L. REV. (forthcoming 2000) (discussing the dual nature of software as information and as an artifact embodying functionality). Robert Post argues that the "communication" trigger for First Amendment scrutiny is itself an empty formalism. See Robert Post, Recuperating First Amendment Doctrine, 47 STAN. L. REV. 1249, 1251-60 (1995).

2- See C. EDWIN BAKER, ADVERTISING AND A DEMOCRATIC PRESS (1994); C. Edwin Baker, Giving the Audience What It Wants, 58 OHIO ST. L.J. 311 (1997); Ashutosh Bhagwat, Of Markets and Media: The First Amendment, the New Mass Media, and the Political Components of Culture, 74 N.C. L. REV. 141 (1995).

طور کاملاً متفاوت ادامه یابد. به طور خاص، دیدگاه کاملاً اقتصادی درباره‌ی مقررات بیان بازاری می‌تواند مقرراتی مثل قاعده مشارکت را که در پرونده‌ی "یواس وست" به چالش کشیده شده بود، حفظ کند؛ قاعده‌ای که کیفیت را نیز مانند رضایت مهم می‌داند.

افزون بر آن، دانشمندان متعددی، دیدگاه‌های جایگزینی را از زبان گفتگو گران تجاری برای رفع مشکل وسیع‌تر مقررات حکومت درباره‌ی بیان مطرح کرده‌اند. در این باره، آثار "سی - ادوین بیکر" و "دنیل هالبراستام" اهمیت خاصی دارند. نظریه‌ی "بیکر" درباره‌ی حق بیان، آن گونه که برای آزادی بیشتر افراد به آن توجه شده، شاید بتواند به میزان بسیار کم با حمایت اساسی از گفتگو گران تجاری که افراد نیستند، سازگار شود.^۱ برعکس، "هالبراستام" معتقد است که بیان تجاری، حداقل می‌تواند از حمایت تعیین شده در اصلاحیه‌ی اول قانون استفاده کند. با این حال، او می‌گوید، بیان تجاری، که به طور گسترده تعریف شده، نقش ساختاری مهمی را در تشکیل نهادهای تجاری در بازار بازی می‌کند و بنابراین تا اندازه‌ای که برای حفظ این تمامیت، نهادی ضروری است، شایسته قانون گذاری است.^۲

"بیکر" و "هالبراستام" با هم، قانون حمایت از دیدگاه تنظیم بیان تجاری را که بر کارکردهای ساختاری و تولیدی بیان بازاری در جامعه تأکید می‌کند، تحلیل کرده‌اند.^۳ لازم نیست برای حمایت از نظر کلی تر بیکر در باره اینکه افزایش استقلال

1- See C. EDWIN BAKER, HUMAN LIBERTY AND FREEDOM OF SPEECH 194-224 (1989); Randall P. Bezanson, Institutional Speech, 80 IOWA L. REV. 735, 735-36 (1995) (arguing that speech without an identifiable individual author is ineligible for First Amendment protection).

2- See Daniel Halberstam, Commercial Speech, Professional Speech, and the Constitutional Status of Social Institutions, 147 U. PA. L. REV. 771 (1999) (advocating a unified treatment of commercial and professional speech); cf Post, supra note 156 (arguing that First Amendment doctrine should consider the functions of speech within social institutions); Frederick Schauer, Principles, Institutions, and the First Amendment, 112 HARV. L. REV. 84 (1998) (same).

3- The terminology is Neil Netanel's. See Neil Weinstock Netanel, Copyright and a Democratic Civil Society, 106 YALE L.J. 283, 288 (1997). Netanel argues that copyright law, properly understood, serves both to reinforce social institutions that prevent the entrenchment and abuse of power and to foster reasoned deliberation about public affairs. He concludes that limiting the scope of the rights accorded individual authors best promotes these goals. See id. at 364-85.

افراد و تعیین سرنوشت آنها از جمله نگرانی‌های اساسی اصلاحیه‌ی اول محسوب می‌شوند نتیجه‌ای که او به آن دست یافته، یعنی کاملاً حمایت نشدن از بیان تجاری مشترک را بپذیرم.^۱ براساس این دیدگاه، کنگره می‌تواند درباره‌ی آن گونه روش‌های پردازش داده‌ی تجاری که می‌خواهند شخصیت افراد را به سطح موضوعاتی طبقه‌بندی و دسته‌بندی شده و کنترل سلیقه‌ای کاهش دهند، قانون‌گذاری کند. با این حال، دیدگاه هالبراستام مطرح می‌گوید، کنگره نیز می‌تواند درباره‌ی گردآوری و داد و ستد داده‌های هویتی فردی، برای جلوگیری از پیامدهای ساختاری و روشمند نبود توازن رشد قدرت اطلاعاتی بین فروشندگان و مصرف‌کنندگان قانون‌گذاری کند.

نهایتاً، رویکرد بازار نهادینه شده به قانون‌گذاری درباره‌ی بیان نیز حساسیت بیشتر به نقش دو جانبه‌ی اطلاعات را به عنوان بیان، محصول یا مال پنهان می‌کند. این کار هم در نظریه‌ی اصلاحیه‌ی اول و هم در حقوق مالکیت فکری، پرسش‌های تحریک‌کننده‌ای را درباره‌ی چگونگی آشتی برقرار کردن این حقوق بین بررسی دقیق درباره‌ی محدودیت‌های مربوط بیان و احترام بسیار شدیدتر که تنظیم منافع مالکانه فراهم کرده، مطرح می‌سازد. برای مثال "اسپنسر اورتون" می‌گوید، چون همکاری‌های سیاسی ویژگی‌های توزیعی مشترک مهمی با اموال غیرمنقول دارند، محاکم باید معیاری ترکیبی را برای بررسی دوباره‌ی قانون‌گذاری درباره‌ی فعالیت‌های مالی بکار گیرند.^۲ اثر بنیادینی که "جیمس بویل"، "یو کای بنکسر"، "دیان زیمرام" و دیگران درباره‌ی حقوق و خط مشی اطلاعاتی نوشته شده است، مشکلات نظری و سازمان‌دهی را که ماهیت دو جانبه‌ی اطلاعات درباره‌ی قوانین

1- One need not even agree with Baker that the First Amendment exists primarily to promote individual self-determination. See OWEN M. FISS, LIBERALISM DIVIDED: FREEDOM OF SPEECH AND THE MANY USES OF STATE POWER (1996) (arguing that "the role of the First Amendment is to preserve the fullness and openness of public debate"); CASS R. SUNSTEIN, DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH (1993) (arguing that the First Amendment should be interpreted with the interest in democratic self-governance in mind). Informational privacy promotes collective self-determination as well. See text accompanying notes 188-206 infra.

2- See Spencer A. Overton, Mistaken Identity: Unveiling the Property Characteristics of Political Money, 53 VAND. L. REV. (forthcoming 2000).

مربوط به دسترسی و استفاده از کالاهای اطلاعاتی مطرح می‌کند، تبیین می‌کند. ^۱ بیشتر آثار در تبیین و توصیف تقابل میان مالکیت و بیان، هم از جنبه‌ی عمومی و هم به طور خاص، در حد داده‌های هویتی فردی باقی می‌مانند. ^۲ با این حال، واضح است که رویکرد به خط مشی اطلاعاتی که تنها بر ویژگی‌های بیانی اطلاعات (یا جنبه‌های مالکانه‌اش) تأکید می‌کند، شدیداً دفاع‌ناپذیر است.

در مجموع‌ها نظریات بیان نیز مانند نظریات مالکیت، تنها تا اندازه‌ای جلوی حمایت شدید از حریم خصوصی داده را می‌گیرد، یعنی داد و ستد بازاری اموال اطلاعاتی در مقابل ارزش، به عنوان ماهیت این حق که اصلاحیه‌ی اول از آن حمایت می‌کند، در نظر گرفته شود. برداشت‌های دیگر از ارتباط میان بیان و بازاری و به طور کلی میان اطلاعات به عنوان بیان و اطلاعات به عنوان مال یا کالا، می‌تواند نتایج متفاوتی را درباره‌ی انواع قانون‌گذاری درباره‌ی حریم خصوصی، داده که اصلاحیه‌ی اول آن را مجاز می‌شمرد، در پی داشته باشد. بنابراین من به بررسی این مطلب می‌پردازم که آیا این برداشت‌ها مهم هستند و چرا مهم هستند.

ب. بیان، مالکیت و نهادهای بازاری

ما به عنوان یک جامعه، در همه‌ی زمان‌ها و درباره‌ی داد و ستد اطلاعات، به عنوان مال، قانون‌گذاری کرده و این کار را بر مبنای واقعیات بازار نهادینه شده، انجام داده‌ایم. علاوه بر این، حقوق معمولاً به اشخاص خصوصی اجازه می‌دهند که برای محدود کردن بیان دیگران از حق مالکانه یا قراردادی‌شان استفاده کنند. اگر گردآوری داده‌های هویتی فردی، مانند دیگر انواع اطلاعات که درباره‌ی آن قانون‌گذاری شده، محسوب شود و یا اگر افراد نوعی منافع مالکانه یا قراردادی داشته باشند که حداقل تا اندازه‌ای اطلاعات هویتی فردی را بر مبنای پایدار توسعه

1- See JAMES BOYLE, SHAMANS, SOFTWARE, AND SPLEENS: LAW AND THE CONSTRUCTION OF THE INFORMATION SOCIETY (1996); Yochai Benkler, Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain, 74 N.Y.U. L. REV. 354 (1999); Diane Leenheer Zimmerman, Information as Speech, Information as Goods: Some Thoughts on Marketplaces and the Bill of Rights, 33 WM. & MARY L. REV. 665 (1992).

2- Much current scholarship focuses on the use of "property" formalism to override speech concerns. As I discuss, personally-identified data raises the opposite problem. See text accompanying notes 170-176 infra.





دهد، در این صورت، چشم‌انداز اصلاحیه‌ی اول قانون، تغییر می‌کند. بحث درباره‌ی حریم خصوصی داده، تنها بحث درباره‌ی تجاری کردن بیان به خاطر حریم خصوصی داده نیست، اگر چه تا به حال، امر بدین گونه بوده است. مشخص کردن خطوط طبیعی پذیرفتنی برای قانون‌گذاری درباره‌ی حریم خصوصی داده، در واقع به مشکل تعیین مرزها میان خواسته‌های اساسی رقابتی تبدیل می‌شود. و این مشکل به معنی تصمیم‌گیری عاقلانه درباره‌ی خط مشی اساسی است.

حقوق، مثال‌های زیادی را از قانون‌گذاری درباره‌ی داد و ستد اطلاعات، به عنوان مال یا محصول، در اختیار ما می‌گذارد. بازارهای امنیتی که کاملاً از راه داد و ستد اطلاعات به فعالیت می‌پردازند، برای قانون‌گذاری وسیع آماده هستند و به ندرت کسی فکر می‌کند که قوانین یا مقررات امنیتی باید موضوع تشدید یا بررسی مضیق اصلاحیه‌ی اول قرار گیرند.^۱ قوانینی که از نقض حق اختراع، کپی رایت و علامت تجاری جلوگیری کرده و سوء استفاده از اسرار تجاری را ممنوع اعلام می‌کنند، محدود کردن جریان‌های اطلاعات را هدف بنیادین خود (و اثر بحث ناپذیرشان) قرار داده‌اند.^۲ علاوه بر این، قوانین مالکیت فکری و تدابیر امنیتی به وضوح محتوا محور هستند و بنابراین می‌گویند (آن‌گونه که بیشتر دانشمندان اصلاحیه‌ی اول تأیید می‌کنند) این توصیف، همیشه مهم نبوده است.^۳ در نهایت، قوانین جرائم رایانه‌ای فدرال برای کاربردهای خاصی از اطلاعات، به دلائلی کاملاً

1- See Frederick Schauer, *The Aim and the Target in Free Speech Methodology*, 83 Nw. U. L. REV. 562, 562-63 (1989); see also BOYLE, *supra* note 163, at 81-96. But see Burt Neubome, *The First Amendment and Government Regulation of Capital Markets*, 55 BROOK. L. REV. 5 (1989); Nicholas Wolfson, *The First Amendment and the SEC*, 20 CONN. L. REV. 265 (1988); Aleta G. Estreicher, *Securities Regulation and the First Amendment*, 24 GA. L. REV. 223 (1990).

2- See 10 U.S.C. ?? 1114, 1120 (1994) (trademark); 17 U.S.C. ? 106 (1994 & Supp. IV 1998) (copyright); 18 U.S.C. ?? 1831-1832 (Supp. IV 1998) (trade secret); 35 U.S.C. ? 271 (1994 & Supp. IV 1997) (patent).

3- See Post, *supra* note 156, at 1265-70; Schauer, *supra* note 165, at 567 ("Thus, if we look beyond the class of cases that have '[F]irst [A]mendment' written all over them, we see everywhere both the inevitability and constitutionality of government regulation inspired precisely by the communicative impact of the regulated conduct."); cf Clay Calvert, *Free Speech and Content-Neutrality: Inconsistent Applications of an Increasingly Malleable Doctrine*, 29 MCGEORGE L. REV. 69 (1997) (noting incoherence of the distinction even within "core" First Amendment cases).



نامرتب با جنبه‌های ارتباطاتی‌شان، مجازات قرار داده است.^۱ در هر یک از این مثال‌ها، قانون‌گذاری درباره‌ی بازارهای اطلاعات نگرانی‌های اساسی را در پی دارد. قوانین امنیتی برای تضمین اینکه موضوع بازارهای امنیتی روش‌هایی برای تخصیص سرمایه و توزیع خطر سرمایه‌گذاری هستند، طراحی شده‌اند. قوانین مالکیت فکری کارکردی مشابه را برای بازارهای مرتبط با سرمایه‌ی خلاقانه اجرا می‌کند. قوانین کپی رایت و حق اختراع، صراحتاً برای ترویج نوآوری و فراهم آوردن چهارچوبی برای بهره‌برداری از ارزش اقتصادی محصولات خلاقانه و ابتکاری طراحی شده‌اند. حقوق علائم و اسرار تجاری، به ترتیب، سوء استفاده‌ی فریب کارانه و نامنصفانه از حسن نیت اعتباری و ابتکاری را محدود می‌کند. در این میان، مقررات بازدارنده‌ی کیفری فدرال درباره‌ی سرقت و سوء استفاده از اطلاعات، از نهاد مالکیت خصوصی و گاهی اوقات از دیگر نهادهای مشابه حمایت می‌کند.^۲

درباره‌ی قوانینی که گردآوری، پردازش و داد و ستد داده‌های هویتی فردی را تنظیم می‌کنند، تحلیلی مشابه به کار می‌رود. آن‌گونه که قبلاً اشاره کردم، در نظر هر یک از این فعالیت‌ها، خود داده‌ها از بیانی که معامله را مطرح و مشخص می‌کند، جداست.^۳ اگرچه این امر ضرورتاً به این معنی نیست که به بررسی دقیق توأم با خودداری برای قانونگذاری در مورد بیان غیرتجاری به کار رود. بلکه به این معنی است که دقت کمتری مجاز شمرده می‌شود یا اینکه اصلاً لازم نیست که ما برای تجدید نظر از معیارهای اصلاحیه‌ی اول استفاده کنیم. داده‌ها خود موضوع معامله‌ی کالاهای داد و ستد شده هستند. و چون با اخبار یا ادبیات و یا گزارش‌های تحقیقات علمی که در میان دانشجویان رد و بدل می‌شوند، فوق دارد، لذا برای مطالعه، خریداری نمی‌شود. بلکه برای نوعی کارکرد اساساً متفاوت، یعنی طبقه‌بندی و تقسیم مشتری مینا خریداری می‌شود.^۴

1- See, e.g., 18 U.S.C. §§ 1030, 2701 (1994).

2- Cf. Post, supra note 156, at 1252 (considering First Amendment implications of laws criminalizing conduct that communicates); Schauer, supra note 165, at 566-67 (same).

3- See text accompanying notes 138-139 supra.

4- Cf. Federal Election Comm'n v. Legi-Tech, Inc., 967 F. Supp. 523, 530-31 (D.D.C. 1997) (sustaining a Federal Election Commission order barring commercial resale of political contribution information). But see Federal Election Commission v. Political Contributions Data, Inc., 943 F.2d 190, 196-98 (2d Cir. 1991) (construing "commercial use" prohibition narrowly).



گردآوری، استفاده و داد و ستد بازاری داده‌های هویتی فردی، به طور منظم، با هیچ یک از طبقه‌بندی‌های رسمی بیان تجاری سازگار نیست؛ به عبارت دیگر، از نظر این مسئله، این فعالیت‌ها اصلاً بیان محسوب نمی‌شوند. اگرچه مقرراتی که در این قوانین مصوب، توصیه می‌شوند می‌توانند بار اثبات را به طور غیرمستقیم بر گردن مصرف‌کننده‌ی مستقیم این ارتباطات قرار دهند اما این امر هدف اولیه و اصلی مقررات حریم خصوصی داده نیست. این امر حداکثر می‌گوید، مقررات حریم خصوصی داده باید همان‌گونه که مقررات بیان غیرمستقیم با دقت بررسی می‌شوند، بررسی شوند.^۱ و الگوی مالکیت فکری، به طور خاص می‌گوید، اگر قانون‌گذاری حریم خصوصی داده حمایت ساختاری کارآمدی درباره‌ی نگرانی‌های مرتبط با بیان را در پی داشته باشد (که درباره‌ی آن در بخش پنجم قسمت ب سخن خواهیم گفت) پس (دقیقاً همانند موارد نقص گونه‌های گیاهی) در بسیاری از موارد دیگر، اصلاً به بررسی و دقت بیشتر نیازی نخواهیم داشت.^۲

1- See *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968) (articulating the intermediate scrutiny standard that applies to indirect burdens on speech).

2- Cf *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 555-60 (1985) (holding that copyright doctrines such as the fair use doctrine and the idea-expression distinction accommodate First Amendment concerns); *New Kids on the Block v. News Am. Publ'g, Inc.*, 971 F.2d 302, 307 (9th Cir. 1992) (defining class of "non-trademark use[s] of a mark" that safeguards First Amendment concerns). There is currently considerable dispute as to the precise location of structural First Amendment safeguards within existing copyright and trademark doctrine. See, e.g., Memorandum in Support of Plaintiffs Motion for Judgment on the Pleadings at ۳۱-۵۲, *Eldred v. Reno*, No. CA99-0065JLG, 31-52 (D.D.C. Oct. 28, 1999) <http://cyber.law.harvard.edu/eldredreno/sj_memo.pdf>; Benkler, supra note 163; Julie E. Cohen, Copyright and the Jurisprudence of Self-Help, 13 BERKELEY TECH. L.J. 1089, 1133-34 (1998) [hereinafter Cohen, Self-Help]; Julie E. Cohen, A Right to Read Anonymously: A Closer Look at "Copyright Management" in Cyberspace, 28 CONN. L. REV. 981 (1996) [hereinafter Cohen, Right to Read Anonymously]; Rochelle Cooper Dreyfuss, Expressive Genericity: Trademarks as Language in the Pepsi Generation, 65 NOTRE DAME L. REV. 397 (1990); Mark A. Lemley & Eugene Volokh, Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property Cases, 48 DUKE L.J. 147 (1998); Netanel, supra note 160; Malla Pollack, The Right to Know?: Delimiting Database Protection at the Juncture of the Commerce Clause, the Intellectual Property Clause, and the First Amendment, 17 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 47 (1999); Zimmerman, supra note 163; see also Burk, supra note 156 (predicting similar dispute within patent law as a consequence of

از نظر سازمانی، داد و ستد بی حد و مرز داده‌های هویتی فردی، مرزهای تعیین شده در تعاملات تجاری را از بین می‌برد. به طور کلی ما می‌توانیم این مرزها را با گنجاندن هر یک از این معاملات یا مجموعه‌های معاملاتی به جای نوع خاصی از تجارت، تعیین کنیم. آن‌گونه که اخیراً این مسئله تفسیر می‌شود، پایگاه‌های اطلاعاتی شبکه‌ای، اطلاعات هویتی فردی این مرزهای سازمانی یا محدودیت‌های قلمرو استفاده را به رسمیت نمی‌شناسند. داد و ستد اطلاعات در چهارچوب بازارهای بسیار متفاوت که افراد آن را تجربه می‌کنند، تقریباً یکدست است و در آینده نیز یکدست تر خواهد شد. در عوض، نهادهای بیانی تجاری محدود شده که هالبراستام آنها را توصیف می‌کند، به نهادی کلی تبدیل می‌شوند. این نهاد کلی منشوری تجاری است که هدفش دقیقاً انتخاب درجه بندی شده‌ی پول اضافی مصرف کننده است.^۱

ممکن است اعتراض شود که وقتی فشارها برای تغییر بر خود نهاد تعامل تجاری وارد می‌شود، نظریه‌ی سازمانی قانون‌گذاری بیان تجاری نمی‌تواند به ما بگوید که چه اتفاقی خواهد افتاد (در واقع، نظریه‌ی سازمانی، قدرت پیش‌بینی این امر را ندارد). این سخن ابتدائی و اصلی هالبراستام که قانون‌گذاری باید به دنبال حفظ انتظارات یا آن‌گونه عرف اجتماعی باشد که دربارهِ پروژهِ ارتباطاتی از پیش تعیین شده است، می‌تواند در زمان تحول و تغییر سازمانی، محدودیت را توصیه کند.^۲ با این حال این نتیجه، ناتوانی حکومت در تنظیم نهادهای در حال تحول،

Ninth Circuit decision that computer software in object code form qualifies as protected speech). Almost nobody, however, argues that First Amendment principles require heightened scrutiny as to every aspect of every copyright or trade-mark dispute. But see Lemley & Volokh, supra, at 183-86 (arguing that because copyright protection is content-based, First Amendment doctrine about prior restraints should govern in disputes about injunctive relief); Eugene Volokh & Brett McDonnell, Freedom of Speech and Independent Judgment Review in Copyright Cases, 107 YALE L.J. 2431 (1998) (arguing that the First Amendment requires de novo review of infringement judgments).

1- See generally GANDY, supra note 91, at 53-94 (characterizing the goal of the data processing industry as seamless panoptic categorization and sorting of individuals); Froomkin, supra note 3, at 482-91 (describing the practice of "data mining" based on interlinked digital databases

2- Halberstam, supra note 159, at 831-33.

سریعاً (و به نحو تعجب برانگیزی) به این نتیجه می‌انجامد که حکومت هرگز نمی‌تواند به دنبال تنظیم نهادهای اجتماعی باشد. و همچنین این نتیجه مصادره به مطلوب که آیا تغییرات سازمانی خاص، نشأت دهنده‌ی توافق همه‌ی افراد و طرف‌ها است یا توافق عده‌ای از آنها؟^۱ اگر توافق عده‌ای از آنها را نشان می‌دهد، پس این تصمیم که اصلاحیه‌ی اول از این تنظیم جلوگیری کند نیز به ناچار تصمیمی درباره‌ی این امر است که حفظ منافع چه کسانی باید مقدم شود و اصلاحیه‌ی اول دقیقاً قرار است از همین نوع سنگربندی جلوگیری کند.^۲

مسئله اصلی در این جا این نیست که اصلاحیه‌ی اول اصلاً هیچ محدودیتی را بر تنظیم گردآوری، استفاده و داد و ستد داده‌های هویتی فردی تحمیل نمی‌کند یا اینکه تنظیم داد و ستد اطلاعات، نگرانی‌های قانونی و جدی درباره‌ی به کارگیری قدرت حکومت برای شکل دادن عرف اجتماعی در پی ندارد، بلکه مسئله این است که اینها پرسش‌های مشکلی هستند که نمی‌توان به آنها با قرائت سطحی و سرسری این پیشنهاد که داد و ستد اطلاعات، بیان است، پاسخ گفت. مسئله به این سادگی هم نیست؛ گاهی اوقات نگرانی‌های درباره‌ی بیان به سادگی از نگرانی‌های درباره‌ی عرف‌های تجاری در بازارها شناخته نمی‌شوند و گاهی اوقات تنظیم عرف‌های اطلاعاتی در بازارها، حقیقتاً درباره‌ی رفتار منصفانه‌ی تجاری هستند.

اجازه دهید کمی واضح‌تر صحبت کنیم؛ من قصد ندارم به طور کلی بگویم که ارزش مبادله‌ای بازار اطلاعات، شایسته‌ی حمایت اساسی نیست. بازارهای بیان، در واقع جایگزین‌های ضروری و اساسی برای تولید حکومتی بیان و به طور برابر با آنها امری تصحیحی و ضروری در برابر سوء استفاده و تجاوز حکومت هستند. علاوه بر این، وجود درجه‌ای از نادانی درباره‌ی انواع بیان که تعیین سرنوشت را آسان می‌سازد، در جامعه‌ی متنوع و تکثرگرا ضروری است. اگرچه تفاوت زیادی میان

1- Cf. Cohen, Right to Read Anonymously, supra note 173, at 994-1003 (taking a skeptical view of the argument that disputes about Internet governance can be resolved using the same informal, norm-based mechanisms that are so effective in small, homogeneous communities); Mark A. Lemley, The Law and Economics of Internet Norms, 73 CHI.-KENT L. REV. 1257 (1998) (same).

2- Cf. Overton, supra note 162 (arguing that a campaign finance jurisprudence that equates money with speech disserves First Amendment values).

این گفته که بازارهای اطلاعاتی نقش مهمی را در ایجاد و نگهداری بازار پررونق نظریه‌ها بازی می‌کند و این گفته که این دو نوع بازار، هر دو واحد و مشابه هستند یا اینکه هر بازار اطلاعاتی این نقش را تا همین حد بازی می‌کند، هست. بازارها، از جمله‌ی بازارهای اطلاعاتی درون جامعه و از خود آنها هستند و نیز به دیگر اهداف اجتماعی مهم خدمت می‌کنند. این استدلال که حکومت نمی‌تواند برای ارتقاء این اهداف دیگر قانون‌گذاری کند (وقتی که علناً ممکن است و صورت می‌گیرد) نامعقول و احمقانه به حساب می‌آید.

علاوه بر این، جدای از در نظر گرفتن ساختار بازار، ما معمولاً از استفاده‌های خاصی از اطلاعات گردآوری شده، که با مفاهیم مشترک کرامت بشری و تساوی انسانی ناسازگار هستند، جلوگیری می‌کنیم. برای مثال، ما تقریباً از طبقه‌بندی براساس نژاد که افراد خصوصی انجام می‌دهند، در همه‌ی جنبه‌های زندگی تجاری، بدون توجه به ارتباط آماری موجود بین آنها نژاد، نرخ بهره و کوتاهی در پرداخت وام جلوگیری می‌کنیم.^۱ هیچ کس به طور جدی در این باره که این روش، بیان حمایت شده را نقض می‌کند، بحث نکرده است. علاوه بر این، آن گونه که در بخش چهارم بیان شد، می‌توان درباره‌ی این نتایج که تصویر دقیقی از این افراد را به دست می‌دهد و بیشتر این داده‌ها تصویر بهتری را به دست می‌دهند، انتقاد جدی داشت. ما به طور منطقی می‌توانیم نتیجه بگیریم که اصلاحیه‌ی اول مانع وسیع‌تر شدن قلمرو اصول کرامت بشری نیست.

برقراری تعادل بین دعاوی بیان و دعاوی حریم خصوصی داده نیز به مال‌انگاری اطلاعات به معنایی کاملاً متفاوت نیاز دارد. استدلال‌های بیان، فرض می‌کنند که راه حل بیان شده برای مسئله مالکیت، به نفع پردازش‌گران داده است و بنابراین، هیچ اختلافی میان حقوق مالکیت و حقوق بیان وجود ندارد. اگر داده‌های هویتی فردی، مال هیچ کسی نیست یا مال کسی است که آنها را گردآورده، پس مسلماً این مسئله صحیح است و هیچ اختلافی بین آنها نیست. در مقابل، همه‌ی منافع مالکیت موجود؛ به میزان طرفی که بیان پردازش‌گران داده قرار دارد، اضافه

1- See, e.g., 42 U.S.C. ? 2000e-2 (1994) (employment); id. ?? 3601-3604 (1994) (housing).



می‌شود. اما اگر در عوض، داده‌های هویتی فردی، مال یا شبه مال افرادی باشند که این اطلاعات است، به آنها، پس پردازش گران داده که مدعی حقوق بیان هستند، نمی‌توانند کامل و خودرأی بوده و ابداً نمی‌توانند در این راه پیروز شوند.^۱

به همین گونه، مخالفان حریم خصوصی داده‌ها، دلالت‌های ضمنی بیان شده الگوی آزادی قراردادی‌شان را برای استدلال درباره‌ی آزادی بیان نادیده می‌گیرند. دادگاه‌ها معمولاً محدودیت‌های قراردادی خصوصی را درباره‌ی بیان به کار می‌گیرند.^۲ فهم این نکته که چرا محدودیت‌های قراردادی تعیین شده درباره‌ی استفاده و داد و ستد داده‌های هویتی شخصی باید به طور احتمالی اجرا نشدنی باشد، سخت است.^۳

درباره‌ی ارتباط مناسب میان رقابت حقوق مالکیت و حقوق بیان و میان آزادی قراردادی و آزادی بیان، به شدت بحث شده است.^۴ علاوه بر این، من می‌خواهم

1- Compare *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994) (holding copyright claims limited in some circumstances by First Amendment concerns), *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946) (same for real property rights), and *New Kids on the Block v. News Am. Publ'g, Inc.*, 971 F.2d 302 (9th Cir. 1992) (same for trademark rights), with *Frisby v. Schultz*, 487 U.S. 474 (1988) (holding First Amendment claims limited by residential real property rights), *San Francisco Arts & Athletics, Inc. v. United States Olympic Comm.*, 483 U.S. 522 (1987) (same for sui generis statutory right to control uses of "Olympic"), *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539 (1985) (same for copyright), and *Hudgens v. NLRB*, 424 U.S. 507 (1976) (same for commercial real property rights). *Frisby* is particularly suggestive, for there the Court invoked personhood-related interests in the privacy of the home to support speech restrictions. See *Frisby*, 487 U.S. at 484.

2- See, e.g., *Cohen v. Cowles Media Co.*, 501 U.S. 663 (1991) (media source confidentiality agreement); *Snepp v. United States*, 444 U.S. 507 (1980) (nondisclosure agreement imposed pursuant to contract and fiduciary duty); RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION ? 41 cmt. d (1995) (discussing trade secrecy confidentiality agreements); see also *Kang*, supra note 13, at 1267-84 (proposing contract-based data privacy statute).

3- See *Volokh*, supra note 134 (acknowledging this point).

4- On the tension between speech rights and property rights, see *Mark Cordes, Property and the First Amendment*, 31 U. RICH. L. REV. 1 (1997); and the sources cited in note 173 supra. On the tension between speech rights and contract rights, see *Alan E. Garfield, Promises of Silence. Contract Law and Freedom of Speech*, 82 CORNELL L. REV. 261 (1998); see also *Cohen, Self-Help*, supra note 173; *Niva Elkin-Koren, Copyrights in Cyberspace-Rights Without Laws?*, 73 CHI.- KENT L. REV. 1155 (1998); *William W. Fisher III, Property and Contract on the Internet*, 73 CHI.- KENT L. REV. 1203 (1998).

استدلال کنم که نگرانی‌های درباره‌ی بیان، در اغلب و نه همه‌ی موارد، کم ارزش دانسته شده است که دقیقاً نقل شد. هدف من در این جا این نیست که مرزی را برای این نقطه‌ی خاص وضع کنم، بلکه تنها یادآوری غیرمنطقی بودن این نتیجه است که حق اصلاحیه‌ی اول درباره‌ی داد و ستد داده‌های هویتی فردی، همه حقوقی را که افراد می‌توانند به برای جلوگیری از چنین داد و ستدی ادعا کنند، از بین می‌برد. و دوباره در این مورد نیز استدلال‌ات طبقه بندی شده‌ی بی طرفانه درباره‌ی اهمیت فوق‌العاده‌ی حقوق بیان، نابرابری اساسی را در برداشت ما از اینکه چه کسی می‌تواند از این حقوق، بهره‌مند شود، مخفی می‌کند. اگر افراد قدرتمند بتوانند حقوق مالکیت را به کار برند یا برای جلوگیری از بیان دو یا محدود کردن آن به تعهدات قراردادی استناد کنند، بنابراین دیگران نیز می‌توانند چنین کاری را بکنند.^۱ اینکه مخالفان حریم خصوصی داده، استدلال‌های مربوط به بیان را با استدلال‌های مربوط به مالکیت، در کنار هم قرار می‌دهند، باعث افزایش نابرابری می‌شود. وقتی که این ادعاها در کنار هم در نظر گرفته می‌شوند، نتیجه آن است که داده‌های هویتی فردی می‌توانند اموال آنها یا بیان‌شان باشند و این بستگی دارد به این که کدام یک از آنها برای شان مناسب‌تر باشد.^۲

به دلیل آنکه اطلاعات، هم ویژگی‌های مالکیت و هم ویژگی‌های بیان را داراست، بنابراین مسائل راجع به اینکه آیا حقوق بیان باید حقوق قرارداد یا مالکیت را محدود کند و اگر چنین است، این امر چگونه باید باشد، را نمی‌توان با توسل صوری و ظاهر گرایانه به هر یک از این طبقات حل کرد (و بنابراین اگر کمی دقیق‌تر باشیم، دفاع از تعدیل حقوق مالکیت یا قرارداد نیز نباید به این دقیق بودن آسیب برساند). بلکه اینها مسائلی هستند که برای پاسخ بدان‌ها به ایجاد تعادل متن محور احتیاج داریم و نیز حقوق کپی رایت، شیوه‌ای کارآمد را برای تفکر درباره‌ی تعامل میان حقوق بیان و حقوق قرارداد/ مالکیت که درباره‌ی داده‌های هویتی فردی به رقابت می‌پردازند، پیشنهاد می‌دهد. این امر کاملاً به رسمیت شناخته شده

1- For the converse argument (and thus a more consistent speech absolutism), see Lemley & Volokh, supra note 173, at 197-98 & n.230.

2- Cf John O. McGinnis, The Once and Future Property-Based Vision of the First Amendment, 63 U. CHI. L. REV. 49, 70 (1996) (arguing that the First Amendment was intended to protect "natural property rights" in speech).



که اصلاحیه‌ی اول از استفاده‌های نامعتبر از بیان دیگران که قانون که کپی‌رایت از آن حمایت کرد، حمایت می‌کند.^۱ با این حال، حقوق کپی‌رایت از هیچ کدام از استفاده‌های نامعتبر حمایت نمی‌کند و نقطه‌ای که حمایت در آنجا پایان می‌یابد، نقطه‌ای است که حقوق مالکیت پدیدآورنده شروع می‌شود.^۲ در واقع یکی از اینها به دیگری وابسته است و موقعیت دقیق مرز میان این دو، کارکرد نگرانی‌ها درباره نظم عمومی محسوب می‌شود. و همین مطلب درباره‌ی مرز میان بیان و قرارداد، درست است. در حال حاضر بیشتر مردم این استدلال را پذیرفته‌اند که قرارداد، چیزی جدای از مالکیت است. و بنابراین به کارگیری محدودیت نظم عمومی درباره‌ی حق کپی‌رایت، دقیقاً به همان خطائی می‌انجامد که من می‌خواهم از انجام آن خودداری کنم.^۳

بار دیگر تکرار می‌کنیم که حمایت از حریم خصوصی داده می‌تواند با توجه به نگرانی‌هایی درباره‌ی خط‌مشی قانونی غیر از قانون کپی‌رایت شکل بگیرد، بنابراین ما نمی‌توانیم نامتعادل بودن میان بیان و مالکیت، یا میان بیان و قرارداد را به همین شیوه انتخاب کنیم. آنچه که قانون کپی‌رایت به ما یاد آور می‌شود این است که ما می‌توانیم مرز میان حقوق حریم خصوصی داده و حقوق بیان را انتخاب کنیم، در حالی که به هر دو نوع آزادی قراردادی و آزادی بیان آگاهیم. تشخیص دعاوی قرارداد/ مالکیت که با دعاوی بیان اختلاف دارند، پایان تحلیل، بلکه آغاز آن است.

اعتراض و مخالفت بیان با قانون‌گذاری درباره‌ی حریم خصوصی داده مهم است، اما این مخالفت، به طور مطلق نیست. بیان نامیدن داد و ستد داده‌ها به این معنی نیست که نمی‌توان درباره‌ی اطلاعات قانون‌گذاری کرد و این کار چیز زیادی

1- See Harper & Row, 471 U.S. at 555-60.

2- See id.

3- See, e.g., Bell, supra note 41; Trotter Hardy, Property (and Copyright) in Cyberspace, 1996 U. CHI. LEGAL F. 217; Merges, supra note 54; Nimmer, supra note 40; Maureen A. O'Rourke, Copyright Preemption After the ProCD Case: A Market-Based Approach, 12 BERKELEY TECH. L.J. 53 (1997). See generally Cohen, supra note 44, at 481-90, 517-38 (analyzing this argument and rejecting it as a matter of economic theory); Cohen, Self-Help, supra note 173, at 1128-37 (analyzing this argument and rejecting it as a matter of copyright law and policy).

به ما درباره‌ی انواع قانون‌گذاری مجاز نمی‌گوید. متعادل ساختن نگرانی‌ها درباره‌ی حریم خصوصی داده علیه حقوق بیان اشخاص ثالث، به بررسی دقیق‌تر ماهیت مالکیت و منابع قراردادی در اطلاعات هویتی فردی و قلمروی نیاز دارد که در آن، قانون‌گذاری درباره‌ی حریم خصوصی داده حقیقتاً به سمت داد و ستد مال‌انگارانه و نه بیان‌انگارانه اطلاعات پیش می‌رود. به عبارت دیگر، همراه بودن بیان با حریم خصوصی تا حد زیادی به فهم ما از مالکیت، انتخاب و اطلاعات بستگی دارد و بنابراین دوباره هم هر دو شیوه‌ای را که بر برداشت‌های عرفی از این طبقه‌بندی‌ها اثرگذار است و هم شیوه‌ای که در آن برداشت‌های متفاوت می‌توانند پاسخ‌های متفاوتی به همراه داشته باشند، تبیین می‌کند.

بخش ششم، نظریه‌ای را درباره‌ی حریم خصوصی داده مطرح می‌کند و آن این که برداشت‌های متفاوت می‌تواند از نظریه‌ای حمایت کند که با توجه به شرایط تکاملی آغاز می‌شود و مستقل بودن افراد، تصمیم‌گیرندگان و گفتگوگران، در به کارگیری حق‌شان، ضروری است.

۶- حرکت به سوی نظریه‌ای پویا درباره‌ی حریم خصوصی اطلاعاتی مرسوم است که تجارت داده‌های هویتی فردی را با دلیل آزادی افراد، توجیه کنیم. با این حال، آن گونه که این بحث ثابت کرد، براساس یک بررسی پایدار، ثابت شده که نگرانی درباره‌ی افرادی که موضوع اطلاعات هستند، نسبتاً سطحی است. شفا دادن در مورد آزادی این حقیقت را در سطحی بنیادی‌تر مخفی می‌کند که گفتمان حریم خصوصی داده، به سبب نگرانی‌ها درباره‌ی استقلال آن عده‌ای ایجاد شده که افراد را با حقوق پردازش‌گران داده، به نام مالک، تاجر، فروشنده، گفتگوگر و انتخاب‌گر هدف قرار می‌دهد. اگر ما درباره‌ی ترویج آزادی افراد، در واقع به اندازه‌ی شعار دادن، جدی باشیم، این نتیجه‌ای تعجب‌برانگیز محسوب می‌شود.

در عوض، موضوع مورد نیاز نظریه‌ای پویا درباره‌ی حریم خصوصی اطلاعات است. نظریه‌ای که در واقع بر شرایط استقلال سودمند و مؤثر تأکید می‌کند. این نظریه باید با توجه به تخمین درست درباره‌ی منافع احتمالی شکل بگیرد همان گونه که منافع قطعی ارزیابی می‌شوند. این بخش، مبانی عملی و نظری رویکرد استقلال



محور را برای حمایت از حریم خصوصی داده مطرح و استدلال می‌کند که چنین حمایتی به تهدید منافع مهم اجتماعی و سیاسی که باعث دسترسی به اطلاعات می‌شود، نمی‌انجامد.

الف. فوائد حریم خصوصی اطلاعاتی

رویکردهای بازار محور غالب درباره‌ی خط‌مشی حریم خصوصی داده، از جمله راه حل‌هایی در شکل حقوق حریم خصوصی تجارت پذیر یا تشدید الزامات افشا پیش از رضایت، ترجیح درباره‌ی حریم خصوصی اطلاعاتی را به عنوان موضوع ذائقه‌ی افراد به حساب می‌آورند که ارزش کمتری نسبت به ترجیح کفش‌های سیاه بر قهوه‌ای دارند. اما فوائد حریم خصوصی اطلاعاتی، بسیار اساسی‌تر هستند. درجه آزادی از بررسی دقیق و طبقه‌بندی توسط دیگران ارزش‌های غیرابرازی مهمی را افزایش می‌دهد و به اهداف اساسی گروهی و فردی خدمت می‌کند.

اولین فائده این است که استقلال اطلاعاتی با ارزش‌های مهم مربوط به برخورد منصفانه و عادلانه با افراد جامعه سازگار است. از زمان "کانت" تا زمان "راولز" مسیر مرکزی سنت فلسفی غرب بر احترام به کرامت اساسی افراد و تعهد هم‌زمان بر مساوات طلبی در اصل و عمل، تأکید داشته است.^۱ طرف‌داران حمایت شدید از حریم خصوصی داده می‌گویند، این اصول، دلالت‌های ضمنی بسیار دقیق و روشنی را برای برخورد با داده‌های هویتی فردی دارند: آنها به این نیاز دارند که ما روش‌های پردازش داده را که افراد را به تنها داده‌های معاملاتی می‌داند یا روش‌هایی که مردم را با دید مشتریان، مستاجرن، همسایگان، کارمندان یا بیمه شدگان می‌نگرد و آنها را براساس خصوصیت ژنتیکی یا شرایط مالی‌شان طبقه‌بندی می‌کند، ممنوع کنیم. کسانی که پیش‌نویس دستورالعمل اروپائی حمایت از داده‌ها را تهیه کرده‌اند، با این توصیف موافق هستند. این دستورالعمل دقیقاً با توجه به حقوق و آزادی‌های بنیادین اشخاص حقیقی تهیه شده است.^۲

1- See IMMANUEL KANT, THE METAPHYSICS OF MORALS 73-74, 231-32 (Mary Gregor ed. & trans., Cambridge Univ. Press 1996) (1797); JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (rev. ed. 1999).

2- See European Data Protection Directive, supra note 4, at art. 1(1).

با این حال، مسلماً جهش از اصول اولیه‌ی تجویزی، به مدل اروپائی روش اطلاعاتی منصفانه، به تبیین بیشتری نیاز دارد. حداقل در سطح نظری، مدل بازاری حقوق حریم خصوصی تجارت‌پذیر کاملاً با احکام اولیه درباره‌ی تساوی و کرامت انسان سازگار است. پیمان‌هایی که در آن با هر یک از افراد، به صورت فردی معتدل و مستقل برخورد می‌شود و فرض این است که همه‌ی افراد، به طور یکسان می‌توانند اهدافی را دانسته و پیگیری کنند که سعادت و شادی‌شان را به حداکثر می‌رساند. اگر چه آن‌گونه که در بخش سوم و چهارم بیان شد، اساساً افراد درباره انتخاب روش پردازش داده تجربه کمتری دارند و اساساً درباره‌ی آنچه که مدل بازیگر معقول پیش‌بینی می‌کند، واسطه‌گری کمتری دارند علت این گسستگی آن است که مدل بازیگر معقول (حتی با اینکه برای تأیید ترجیحات قانونی حریم خصوصی، اصلاح شده است) به این‌گونه افراد می‌تواند استقلال به دست آورند؛ یعنی این‌گونه می‌توانم توانائی‌ها و امکانات را برای انتخاب توسعه داد، توجهی نکرده است.

افراد مستقل، به طور کامل و تمام عیار از رحم مادر به دنیا نمی‌آیند. ما باید برای پردازش اطلاعات و نتیجه‌گیری جهان پیرامون‌مان، آموزش ببینیم. ما باید انتخاب کردن را بیاموزیم و قبل از هر گونه انتخابی، باید یک چیز را بیاموزیم. اگرچه، در این‌جا نظریه‌ی اطلاعات تناقضی را مطرح می‌کند و آن این‌که خودمختاری، نشانگر استقلال‌یابی اساسی از قدرت قوه‌ی انتقادی و نفوذ ناپذیری در مقابل تأثیر است. اما تا حدی که اطلاعات، رفتار را شکل می‌دهد، خودمختاری کاملاً به محیط و اوضاع و احوال، وابسته است. تنها راه حل دفاع‌پذیر، البته در صورت تنزل نکردن خودمختاری تا حد رفتار عکس‌العملی تحریکی ساده که بازار یابان مستقیم آن را دنبال می‌کنند، این است که محیط را تحت اراده‌ی خود درآوریم.^۱

خودمختاری یک عالم، احتمالی است که به یک منطقه‌ی نسبتاً عایق بندی شده

1- This insight appears, in more limited form, in the literature on organizational theory and psychology. This literature recognizes that autonomy is an important factor in workplace productivity, and requires investment and forethought to develop. See, e.g., Steve Williams, An Organizational Model of Choice: A Theoretical Analysis Differentiating Choice, Personal Control, and Self-Determination, 124 GENETIC SOC. & GEN. PSYCH. MONOGRAPHS 465 (1998) (summarizing research).



در برابر مداخله و بررسی دقیق بیرونی نیاز دارد، قلمرو و فعالیتی که ساختن آگاهانه خود در چهارچوب آن تضمین می‌شود. به عبارت دیگر، راه حل این تناقض درباره‌ی خودمختاری احتمالی، در تناقض دومی نهفته است. برای اینکه خودمختاری بتواند در واقع نیز (همچنان که در نظریه آمده) موجود باشد، باید حمایت شود. قلمرو انتخاب مستقل و کنترل نشده، تنوع اساسی بیان و رفتار را افزایش می‌دهد. این به رسمیت شناختن گمنامی، از تصمیمات حمایت شده درباره‌ی بیان، اعتقاد و ارتباط سیاسی و فکری حمایت قرار می‌کند. تصمیماتی که اگرچه ممکن است به سبب نامأنوس بودن یا تفاوت داشتن با دیگر تصمیم‌ها از بین بروند اما بخشی از سنت اساسی مان محسوب می‌شوند.^۱ اما مزیت‌های خودمختاری اطلاعاتی (حالتی که در آن، هیچ اطلاعاتی درباره‌ی انتخاب‌های غیرمعمولی ضبط نمی‌شود) گروه وسیع‌تری از انتخاب و فعالیت انسانی را در برمی‌گیرد. ما تنها به آزمایش اعتقادات و ارتباطات نمی‌پردازیم بلکه همچنین هر نوع پذیرفتن دیگر از ذوق و رفتار را که نفس انسانی را معرفی می‌کند نیز بررسی می‌کنیم. این فرصت آزمایش سلائق، بخش اساسی روند آموزش انتخاب است که هر فردی باید آن را طی کند.^۲

اما مزیت‌های حریم خصوصی اطلاعاتی مرتبط (اما متمایز) آن مزیت‌هایی است که خلوت و انزوای از کنترل دیداری فراهم می‌کند. این امر به خوبی به رسمیت

1- See Cohen, Right to Read Anonymously, supra note 173, at 1006-14; Kreimer, supra note 9, at 59-71. See generally Frederick Schauer, Fear, Risk and the First Amendment. Unraveling the "Chilling Effect," 58 B.U. L. REV. 685 (1978) (defining and discussing this "chilling" effect); Lee Tien, Who's Afraid of Anonymous Speech? McIntyre and the Internet, 75 OR. L. REV. 117 (1996) (defending online anonymity).

2- See Anita L. Allen, Coercing Privacy, 40 WM. & MARY L. REV. 723, 754-55 (1999) ("Privacy is a matter of escaping as well as embracing encumbrances of identity. Without adequate privacy, there can be no meaningful identities to embrace or escape, and no opportunities to engage in meaningful reflection, conversation, and debate about the grounds for embracing, escaping, and modifying particular identities."); Lawrence O. Gostin, Health Information Privacy, 80 CORNELL L. REV. 451, 514 (1995) (discussing and developing a conceptual framework for health information privacy); Kreimer, supra note 9, at 69-70 ("[E]xposure as the author of an action or statement links that action to our identity; the broader the exposure, the more indissoluble the link and the harder it is to disavow it.").

شناخته شده که دوری از کنترل دیداری، میزان زیادی از آرامش روانی را برای افراد به ارمغان می‌آورد. حداقل، در جامعه‌ی ما عادت بر این است که فرد فضاهای مادی دیده نشود؛ تجاوز به این فضاها، نقض مرزهای نفس انسانی و خود شخص دانسته می‌شود.^۱

اما بررسی دقیق، می‌تواند به همان میزان که دیداری است به همان اندازه نیز اطلاعاتی باشد و این کاملاً به پدید آمدن رفتار در حالت خصوصی بستگی ندارد. در این جا صدمه زدن با افشاگری رفتارهای خصوصی، در مقابل دید مردم، نیست، بلکه صدمه، از بین بردن مرزهایی است که فضاهای مختلف رفتار را از یکدیگر جدا می‌کنند.^۲ این جهان با همه‌ی اطلاعات خود درباره‌ی رفتارهایی که تولیدکننده‌ی گزارش هستند، تصویری را نمایش می‌دهد که در بعضی جهت‌ها، گسترده‌تر و خصوصی‌تر از آن چیزی است که با دیدن تولید می‌شود و این تصویر در نظریه و اغلب در عمل، برای هرکسی که می‌خواهد آن را ببیند و درباره‌ی آن قضاوت کند، در دسترس است. در چنین جهانی، همه‌ی ما باید با مراقبت بیشتری عمل کنیم.

مسئله این نیست که مردم در شرایط نبود حریم خصوصی، چیزی نمی‌آموزند، بلکه نکته این است که آنها به طور متفاوتی می‌آموزند و اینکه تجربه‌ی دیده شدن به صورت، گستره، و پذیرفته شده، اعتقاد و رفتار افراد را محدود خواهد کرد.^۳ کنترل و نظارت فراگیر، با اولین حرکت یا شروع اشتباه می‌تواند به طور

1- See ALAN F. WESTIN, PRIVACY AND FREEDOM 32-42, 57-60 (1967); Thomas Scanlon, Thomson on Privacy, 4 PHIL. & PUB. AFF. 315, 317 (1975); Barry Schwartz, The Social Psychology of Privacy, 73 AM. J. SOCIOLOGY 741, 745-51 (1968).

2- See Helen Nissenbaum, Protecting Privacy in an Information Age: The Problem of Privacy in Public, 17 L. & PHIL. 559 (1998); Robert C. Post, The Social Foundations of Privacy: Community and Self in the Common Law Tort, 77 CALIF. L. REV. 957, 984-85 (1989); Jonathan Schonsheck, Privacy and Discrete "Social Spheres," 7 ETHICS & BEHAV. 21 (1997).

3- Research in cognitive psychology indicates that lack of privacy makes people both less inclined to experiment and less inclined to seek help. See Stuart A. Karabenick & John R. Knapp, Effects of Computer Privacy on Help-Seeking, 18 J. APPLIED SOCIAL PSYCHOLOGY 461 (1988); NEW DIRECTIONS IN HELPING: HELP-SEEKING (Jeffrey D. Fisher, Arie Nadler & Bella M. DePaulo eds., 1983); see also Kreimer, *supra* note 9, at 52-53 n.145. Individuals who experiment with unpopular views or behavior also must consider the possibility of physical, economic, or social sanctions. See Kreimer, *supra* note 9, at 39-54; Gostin, *supra* note 192, at 490-91.



حاشیه‌ای انتخاب‌ها را به سوی آرامش و جریان اصلی سوق دهد. نتیجه‌ی امر، تغییری نامحسوس و با این حال، اساسی در محتوای ویژگی‌های مان، یعنی تغییر مرز مبهم و تیغه‌ی کند و خطوط باریک و تیز اعتقادات مان خواهد بود. اما تیغه‌های خشن و خطوط باریک و دقیق در فرهنگ ما ارزشی ذاتی و ازلی دارد. اگر تفاوت‌های فلسفی آنها را در نظر نگیریم، متفکران روشن فکر، منطقی، آرام و مخالف با احساساتی نامرسوم، پراگماتیسم شک‌گرایانه و پست مدرنیست سنت شکن، همگی در انزجار عمیقاً ریشه‌دار در مقابل دنباله‌روی نامتفکرانه‌ی مشترک هستند.^۱ نبود حریم خصوصی نه تنها تهدیدی برای از بین بردن بیان ویژگی‌های فردی نامتعارف است بلکه به تدریج، تهدیدی برای فرو کاستن از شدت اشتیاق ما نسبت به آن نیز محسوب می‌شود.^۲

همچنین آن‌گونه استقلال و خودمختاری که حریم خصوصی اطلاعاتی ترویج می‌کند، منافع جمعی عینی‌تری را ایجاد می‌کند. توسعه‌ی ظرفیت انتخاب خودمختار، شرط ضروری برای مشارکت خردمندان در اداره‌ی اجتماع و نهادهای سازنده‌ی سیاسی، اقتصادی و اجتماعی آن اجتماع است.

زیربنای جامعه‌ی دموکراتیک (آزاد)، خودمختاری آگاهانه و حساب شده است. ایجاد و اصلاح علائق سیاسی، که هر دو برای بحث عمومی خردمندان و به کارگیری آگاهانه‌ی حق انتخاب ضروری است، از الگوئی که پیش از این بررسی شد، پیروی می‌کند: این کار، کنترل و بازرسی آزمایش‌ها را به طور غیرسستی، نامرسوم و به شکل ناتمام از بین می‌برد. بحث قاطع و متنوع درباره‌ی موضوعات

1- See, e.g., RICHARDA. POSNER, OVERCOMINGLAW (1995); STEVENH . SHIFFRIN, THE FIRS TA MENDMENT, DEMOCRACY, ANDR OMANCE(19 90); DUNCANK ENNEDY, ACRITIQUEOF ADJUDICATION(F IND ES IECL E)(1997) . .

2- See Schwartz, supran ote 93, at 1654-57. Postmoder literaryt heoryh olds thatt o name a thing or person is prima facie to limit its potentiality. See JUDITHB UTLER, EXCITABLESP EECH: A POLITICSO F T HEP ERFORMATIVE 2-7(1 997). This reasoningh as been invokedt o supportl imits on hate speech, on the groundt hat such speech has "performative"si gnificance. See id. at 2-7. This is not to say thad irectm arketinga nd hate speech are the same or even comparable-plainly, they aren ot-but rathert hatt herea re categorieso f speechn athave concretei mpacton an individ-ual's developmenta s an autonomouss peaker,a nd thus exist uneasilya t the boundaryb etweene x-pression and action.



مربوط به عموم، به فرصت تعریف خود در خلوت نیاز دارد و (در صورتی است که فرد بخواهد) روابط سیاسی، اقتصادی و اجتماعی مستقل و متمایز از دیگران داشته باشد.^۱ در این باره نیز یک نکته‌ای نسبی وجود دارد. مردم در شرایط نبود حریم خصوصی، نیز انتخابی‌هائی دارند و می‌توان از تبلیغات تجاری هدف‌مند برای تولید علائق سیاسی (یا بی‌تفاوتی سیاسی) استفاده کرد. اما اگر می‌خواهیم در اجتماعی زندگی کنیم که با بی‌تفاوتی، گزینه یا اصلاحات محتاطانه اداره نشود، باید افرادی را بسازیم که توانائی اداره‌ی خودشان را داشته باشند.^۲

همین ویژگی شکل دهنده‌ی توانائی خودمختاری سیاسی نوآوری در بازار و اداره‌ی نهادهای بازاری را نیز ایجاد می‌کند. گفته شد که رفاه بازار، با بررسی مناسب، به طور کلی به عنوان زیر مجموعه‌ی رفاه جامعه محسوب می‌شود، اما پیروی نکردن رفاه جامعه از رفاه بازار، مسئله‌ی مهمی است. سلامت بازار، به عنوان نهادی در جامعه‌ی دموکراتیک، برای رفاه کلی جامعه اهمیت حیاتی دارد. و بازار رقابتی و پویا همچنان که به مصرف‌کنندگان نیاز دارد، به مبتکران نیز نیاز دارد و همچنان که به حضور افراد نیاز دارد، به کارآفرینان و سرمایه‌گذاران نیز محتاج است.^۳

ابتکار و کارآفرینی به توانائی تفکر درباره‌ی الگوهای اجتماعی و فن‌آوری پیش‌بینی شونده و موجود نیاز دارد و رژیمی که بر روش‌های فراگیر نظارت، پیش‌بینی و ایجاد علاقه بنا شده، بسیار غیرمحمتمل است که این‌گونه عادت‌ها و تفکر مستقل را سرکوب کند چه رسد به اینکه آنها را تحریک کرده و برانگیزاند. با این حال در همین زمان، ایزولاسیونی (عیق‌کاری) ای که حریم خصوصی

1- See Kreimer, *supra* note 9, at 59-71; Schwartz, *supra* note 93, at 1650-54.

2- Cf. Netanel, *supra* note 160, at 343 ("A state whose citizenry as not internalized these skills and values will rule through fiat and obedience, without any sense, so vital to our understanding of democracy, that its laws and social norms originate in the commitments of a self-governing polity."). Netanel notes, as well, that self-governance also occurs outside the formal bounds of "government." See

3- See, e.g., SAMUEL BOWLES & RICHARDE DWARDS, UNDERSTANDING CAPITALISM: COMPETITION, COMMAND, AND CHANGE IN THE U.S. ECONOMY (1985); JOSEPH A. SCHUMPETER, CAPITALISM, SOCIALISM AND DEMOCRACY (1942).



اطلاعاتی فراهم کرده نیز نامحسوس تر و نقش محتاطانه تری در اجرای دوباره‌ی ساختار اجتماعی موجود دارد. "اروین گافمن"، جامعه‌شناس، ثابت کرده که ساختمان ظاهری جامعه برای میانجی‌گری میان نفس و اجتماع، غریزی و قابل پیش‌بینی است.^۱

"آلن وستین" این بعد اجتماعی حریم خصوصی را با عنوان ملاحظه‌کاری توصیف کرده است.^۲ با این حال، این توصیف، ناقص به نظر می‌رسد. براساس دیدگاه گافمن، ساختار وجهی اجتماعی، تنها به پنهان کردن اطلاعاتی که نمی‌خواهیم دیگران داشته باشند، مربوط نیست. بلکه درباره‌ی تعریف معیارهای تعامل اجتماعی، به شیوه‌ای است که رفاه اجتماعی را به حداکثر برساند؛ بنابراین درباره‌ی رفاه فردی و جمعی است.^۳ ما به شناخت یکدیگر نیازی نداریم و حتی آن را نمی‌خواهیم. داشتن اطلاعات کمتر، رفتارهای روزمره را آسان‌تر می‌کند؛ بنابراین ما آزادیم که به طور دائم و بدون شرمندگی رفتارهایی را که طبق آن با روزمرگی کمتری روبرو هستیم، انتخاب کنیم. به طور خلاصه، حریم خصوصی اطلاعاتی، عنصر تشکیل دهنده‌ی جامعه‌ی مدنی، در وسیع‌ترین مفهوم آن واژه است.

آخرین و نامحتمل‌ترین تفسیر اجتماعی حریم خصوصی اطلاعاتی، نقش مهمی را در تعریف دیدگاه جمعی ما درباره‌ی نقش فن‌آوری‌های اطلاعاتی و به طور وسیع‌تر فنون، دارد.^۴ پیشرفت‌های فن‌آوری، معیاری را برای سنجش دست‌آوردهای بشری فراهم می‌کند اما این معیار، آخرین و مهم‌ترین آنها نیست.^۵ برای درک دیگر

1- See ERVING GOFFMAN, THE PRESENTATION OF SELF IN EVERYDAY LIFE (1959).

2- See GOFFMAN, supra note 201, at 8-10, 113-40, 229-33; WESTIN, supra note 193, at 32.

3- See Post, supra note 194, at 984-86.

4- See text accompanying notes 119-121 supra (discussing relationship between information technology and the construction of knowledge).

5- Cf Margaret Hon, "Postmodern Progress": Reconsidering the Copyright and Patent Power, 43 DEPAULL L. REV. 97 (1993) (arguing that the definition of "progress" is socially constructed and should be shaped by social values and human priorities).

معیارهای سنجش پیشرفت، باید نسبت به محدوده‌ی فن حساس باشیم و غرور ذاتی موجود در خودنمایی و رفتارهای ریاکارانه درباره‌ی نظارت و پیش‌بینی کلی را بشناسیم.^۱ به بیان کوتاه‌تر، قلمرو حمایت شده‌ی خودمختاری و استقلال اطلاعاتی، دقیقاً به سبب آنکه به ما یاد آور می‌شود چه چیزی را نمی‌توانیم بسنجیم، ارزشمند است.

ب: حریم خصوصی اطلاعات در کاربرد

آن‌گونه که مباحث پیشین نشان می‌دهد، توجهات نظری و عملی اجبارکننده‌ای برای قانون‌گذاری قوی درباره‌ی حمایت از حریم خصوصی داده وجود دارد که قلمرو خودمختاری و استقلال اطلاعاتی را برای افراد ایجاد و آن را حفظ می‌کند. برای اینکه قانون‌گذاری درباره‌ی حریم خصوصی داده، مؤثر و اساسی باشد، باید سه مشکل مهم را حل کند. اول، باید از راه مشخص کردن قلمرو حمایت میان مالکیت و نگرانی‌های درباره‌ی بیان برقرار کند، به گونه‌ای که استفاده‌های امتیازی از داده‌های هویتی فردی را محدود کند. دوم، باید برای کاربردهای حریم خصوصی معیارهای مناسب انتخاب را مشخص کند تا اطمینان حاصل شود که رضایت داشتن برای گردآوری، استفاده و تبادل داده‌های هویتی فردی، آگاهانه و با قصد فردی بوده است. و در نهایت قانون‌گذار باید برای پاسخ‌گو بودن صنعت پردازش داده‌ها برای استفاده از اطلاعات و در برابر افراد و جامعه‌ی بزرگ‌تری که این صنعت در آن فعالیت می‌کند، حمایت‌های فوق‌العاده‌ای را فراهم کند.

اگرچه هیچ‌کدام از نگرانی‌های درباره‌ی بیان و حقیقت نمی‌توانند جلوی حمایت قوی از حریم خصوصی داده‌ها را بگیرند، اما آن‌گونه قانون‌گذاری که برای حمایت از حریم خصوصی اطلاعاتی طراحی شده، به ناچار باید برای استفاده‌ی ضروری و ارزشمند اجتماعی از اطلاعات هویتی فردی چاره‌ای بیندیشد. مخالفان حریم خصوصی داده با دلایل مختلف استدلال می‌کنند که انجام این کار به سادگی امکان‌پذیر نیست. مخالفان آزادی‌گرای حریم خصوصی داده اعتقاد دارند

1- See generally BORGSMANN, *supra* note 2 (identifying prediction and control as central, and deeply flawed, organizing principles of modern (Western) society).



که حق منع استفاده از داده‌های هویتی فردی و افشای آنها، به اجبار فعالیت‌های تحقیقی و خبرنگاری حمایت شده و ارزشمند را تهدید می‌کند.^۱ با این حال، جنبش جامعه‌گرا این استدلال را مطرح کرده که حق حریم خصوصی داده درباره‌ی منع استفاده از داده‌های هویتی فردی می‌تواند درباره‌ی حمایت از داده‌های مربوط به ایمنی و سلامت عمومی، نقض شود.^۲ با این حال، اعتراض‌های هر دو گروه آزادی‌گرایان و جامعه‌گرایان، فرض می‌کنند که هرگونه شایستگی برای به دست آوردن داده‌های هویتی فردی باید شکل حق مالکیت سنتی؛ یعنی حق در مقابل همه‌ی وارد شوندگان به حریم خصوصی و علیه همه‌ی استفاده‌ها را به خود بگیرد. باز هم مثال مالکیت فکری و به طور خاص حق کپی‌رایت نشان می‌دهد که به چنین کاری نیاز نیست. حق کپی‌رایت در مقابل انواع خاصی از رفتار مجموعه‌ای از حقوق مشخص را به فرد می‌دهد، اما جلوی دیگر استفاده‌ها را از آثار حمایت شده که مشخص نشده‌اند، نمی‌گیرد.^۳ افزون بر آن، قانون کپی‌رایت تعدادی از استثنائات مهم را درباره‌ی حقوق مالک مشخص می‌کند. این محدودیت‌ها را برای برقراری تعامل میان اهداف متنازع‌نظم عمومی در نظر گرفته شده‌اند.^۴ همچنین نظریه‌ی حریم خصوصی اطلاعاتی باید ماهرانه طراحی شود تا منافع و مزایای آن را حفظ کند.

این اعتراض را که آزادی بیان مطبوعات حمایت وسیع درباره‌ی حریم خصوصی داده به عهده خواهد داشت، باید جدی گرفت. با این حال، اگر این حق به طور محدود تعریف شود، می‌توان جلوی این تهدید را گرفت. حقی که

1- See SINGLETON, *supra* note 51, at 7; Volokh, *supra* note 134.

2- See AMITAI TZIONI, *THE LIMITS OF PRIVACY* (1999).

3- See 17 U.S.C. §§ 106, 106A (1994 & Supp. IV 1998).

4- See, e.g., 17 U.S.C. §§ 102(b) (1994) (excluding from copyright protection, ideas, methods of operation, and the like); *id.* § 107 (fair use doctrine); *id.* § 108 (copying for libraries or libraries); *id.* § 109(a) (first sale doctrine); *id.* § 110 (Supp. I V 1998) (public performance and display exemptions for nonprofit activities and organizations); *Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv., Inc.*, 499 U.S. 340, 349-50 (1991); *Cohen*, *supra* note 44, at 543-51, 555-59 (discussing shared public benefits reduced by copyright imitations); *Lemley*, *supra* note 38, at 993-99 (same); Jessica Litman, *The Public Domain*, 39 EMORY L. J. 965 (1990) (explaining the ways in which a rich public domain bolstered by copyright imitations promotes ongoing creative progress).

اصلاحیه‌ی اول قانون برای انتشار وقایع مربوط به هویت فردی در نظر گرفته، مطلق نیست. اولاً این حق را محدودیت‌های ارزش خبری (یا مسائل عمومی) محدود کرده است.^۱ بسیاری از وقایع مربوط به رفت‌های افراد، در مفهوم اساسی، ارزش خبری نخواهند داشت. گرایش‌های وسیع‌تر به عادات خرید، ممکن است ارزش خبری خوبی داشته باشند اما (آن‌گونه که در ادامه گفته خواهد شد) حمایت از حریم خصوصی داده نمی‌تواند از مطالعه‌ی آن جلوگیری کند. مهم‌تر اینکه اصلاحیه‌ی اول قانون از حق انتشار اطلاعاتی که به طور قانونی و با تلاش خود فرد به دست آمده، حمایت می‌کند.^۲ این قانون کاربرد از پیش موجود اجتماعی را که با واسطه‌گران اطلاعاتی ثالث گردآوری و انباشت فراگیر داده‌های هویتی فردی ایجاد کرده‌اند، است را مفروض ندانسته، ثبات آنها را تضمین نمی‌کند. یک گزارش‌گر می‌تواند یکی از مقامات عمومی را تا فروشگاه تعقیب کند و ما نیز می‌توانیم تصمیم بگیریم که ارزش‌های اصلاحیه‌ی اول قانون، به آزادی عمل قانون نیاز دارد موضوعه تا اینکه بتوان داده‌های معاملاتی مربوط به افراد مشخصی را مستقیماً از فروشندگان خاصی، البته اگر فروشندگان این کار را بپذیرند، به دست آورد.^۳ اما ایجاد حق به سبب گردآوری، استفاده دوباره و فروش مجموعه‌های

1- See, e.g., *Florida Star v. B.J.F.*, 491 U.S. 524 (1989); Edelman, *supra* note 147, at 1228-35; Kang, *supra* note 13, at 1280 n.348. In theory, at least, this limitation allows tort liability for invasion of privacy based on publication of private facts, or of a private person's name or likeness. As Edelman and Kang note, courts take an extremely broad view of what constitutes a matter of public concern. Yet even so, the mundane transactional details that fill commercial databases are unlikely to qualify. Although a tort action may not currently lie for publication of such details, see William J. Fenrich, Common Law Protection of Individuals' Rights in Personal Information, 65 *FORDHAM L. REV.* 951, 989-94 (1996), data privacy legislation may constitutionally bar publication. Cf. Joseph E. Ioffe, Trafficking in Stolen Information: A Hierarchy of Rights Approach to the Private Facts Tort, 105 *YALE L.J.* 727 (1995) (offering a reconceptualization of the signed tort to pre-serve the private facts tort and extend it to profiling activities).

2- See *Florida Star*, 491 U.S. at 533. For this reason, the libertarian argument that data privacy protection will chill casual conversation about others, see Volokh, *supra* note 134, is simply silly.

3- Sector-specific laws guaranteeing informational privacy for video and cable patrons don't even provide this much, and (as far as I can tell) no one thinks these laws violate the First Amendment. See 18 U.S.C. § 2710; 47 U.S.C. § 551; Kang, *supra* note 12, at 1282.





گردآوری شده اطلاعات هویتی فردی، هیچ تهدیدی را درباره‌ی مطبوعات یا هر فرد دیگری، ایجاد نمی‌کند.^۱

از سوی دیگر، این استدلال که حمایت از حریم خصوصی داده، تهدیدی درباره‌ی تحقیقات ارزشمند خواهد بود، به اشتباه، دو فعالیت بسیار متفاوت تحلیل داده و ابلاغ مستقیم به مصرف کننده را در مقابل یکدیگر قرار می‌دهد. مسلماً بسیاری از تحقیقات ارزشمندی که با گردآوری و پردازش داده‌ها صورت می‌پذیرد، درباره‌ی افراد به کار خواهد رفت.^۲ اما در بیشتر موارد، برای آنکه تحقیق صورت پذیرد و نتایج مورد نظر را در پی داشته باشد، نیاز نیست که داده‌ها به صورت هویتی فردی بوده یا از نظر فردی تشخیص پذیر باشند. مطالعات تجربی نمونه‌های جمعیت، مستلزم شناخت راجع به گروه‌ها و نه افراد^۳ الزامات قانون موضوعه درباره‌ی اینکه داده‌ی تحقیقاتی باید از شناسنده‌های فردی خالی باشد، از تلاش‌های بعدی برای وارد کردن محصولات توسعه‌ی یافته جدید به بازار که مستقیماً افراد را هدف قرار می‌دهد، جلوگیری می‌کند، اما جلوی تلاش‌ها برای

1- As Part V.B noted, such a right arguably places an indirect burden on direct marketers' communication to consumers. See text accompanying notes 172-173 supra. Even so, however, Part V.A. delineates every substantial government interest, and the restrictions are appropriately tailored. See text accompanying notes 188-206 supra; see generally *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968) (articulating standard for First Amendment review of laws that indirectly burden speech). Strongly argued that protection would not prevent direct marketers from communicating with consumers via direct solicitation, or from tailoring their message to the demographic characteristics of different customer pools; it simply would limit their ability to categorize individual consumers. See text accompanying notes 101-105 supra. More fundamentally, the examples discussed in Part V.B illustrate that resort to O'Brien analysis may not be necessary. We don't, for example, require all securities regulation to pass O'Brien's scrutiny simply because it (and undoubtedly will) be indirect effects on someone's speech.

2- One notable example is the census, which is also constitutionally mandated. See U.S. CONST. art. I, § 2, cl. 3.

3- But cf. Burkert, *supra* note 60, at 131-33 (noting that in some circumstances group profiles may be used unfairly). Situations in which data must remain personally identifiable can be handled with appropriate sector-specific regulation. See, e.g., Gostin, *supra* note 192 (discussing the problem of protecting privacy in personal health care information).



مطالعه‌ی جمعیت‌نگاری‌ها، سلیقه‌ها و گرایش‌ها را نمی‌گیرد.

برخی از صنایع برای انجام کار خود، به داد و ستد داده‌های فردی نیاز دارند. نمونه‌های غالب این صنایع گزارش‌های اعتباری، تحقیقات مربوط به سلامت و زیست‌شناسی، خدمات مالی و بیمه و صنایع آموزش سطوح عالی را در بردارد. همه‌ی این صنایع نیازهای اجتماعی مهمی را برآورده می‌کنند و در صورت جلوگیری از گردآوری و داد و ستد داده‌های هویتی فردی، فعالیت هیچ کدام ادامه نخواهد یافت. با این حال، این به این معنی نیست که اعضای این صنایع درباره‌ی حمایت از حریم خصوصی داده، مصونیت کامل دارند.^۱ دادن اختیار تام به صنایع پزشکی، مالی و اعتباری برای تعیین نوع داده که باید گردآوری و به اشتراک گذاشته شود، باعث ایجاد خطای طبقاتی می‌شود که این مسئله در بخش سوم بررسی شد. این امر باعث ایجاد الگوی تکنوکراتیک شناختی و به کارگیری قدرت درباره‌ی شناخت می‌شود؛ یعنی همان چیزی که حمایت از حریم خصوصی به دنبال خودداری از آن است. در عوض (تنها جایگزین آن است که) قانون‌گذاری حریم خصوصی داده باید مقررات خاصی داشته باشد که از این صنایع حمایت کند و انواع اطلاعاتی را که این امتیاز به آنها تعلق می‌گیرد و معیارهای کاربرد منصفانه‌ی اطلاعات را که بر استفاده از آنها حاکم است، تعیین کند.

اعتراض به نفع اجتماعی که جامعه‌گرایان مطرح کرده‌اند، مشکل بسیار پیچیده و تقریباً متفاوتی را پدید می‌آورد و آن مشکل، استفاده از داده‌های هویتی فردی است که ادعا می‌شود مفید هستند؛ مثل تعقیب متجاوزان جنسی، برنامه‌های اطلاع‌رسانی درباره‌ی ایدز و امثال آن که در همه‌ی آنها حکومت مداخله

1- All of these industries are already subject to a degree of privacy-related regulation. See, e.g., Graham-Leach-Bliley Financial Modernization Act, Pub.L. No. 106-102, Title V, §§ 501-527, 113 Stat. 1338 (1999) (financial services); Consumer Credit Protection Act, 15 U.S.C. §§ 1681-1681t (1994 & Supp. I V 1998) (consumer credit reporting); 20 U.S.C. § 1232(g) (1994 & Supp. I V 1998) (higher education); Protection of Human Subjects, 45 C.F.R. § 46.101 et seq. (1993) (bio-medical research); see also U.S. Dep't of Health & Human Services, Standards for Privacy of Individually Identifiable Health Information, Proposed Rule, 64 FED. REG. 59,918 (Nov. 3, 1999) (health care information).



می‌کند.^۱ این مقاله به طور وسیع بر مشکلات حریم خصوصی که داده پایگاه‌های تجاری بزرگ پدید آورده‌اند، متمرکز می‌شود. با این حال، من قصد ندارم که بگویم گردآوری و ارجاع متقابل داده‌های فردی که حکومت صورت می‌دهد، تهدید کمتری را برای حریم خصوصی خواهد داشت. علاوه بر این ما باید درباره‌ی تلاش‌های نفوذی و دسترسی بخش خصوصی به داده‌های گردآوری شده توسط حکومت و مسائل متقابل، نگران باشیم. پیش‌نویس جلوگیری از انتقال و گردآوری داده‌های هویتی فردی که می‌تواند در بخش عمومی و خصوصی به کار رود، بهترین شیوه برای کاهش این تهدیدهاست.^۲ ممکن است نتیجه بگیریم که گردآوری و استفاده‌ی واحدهای ویژه‌ی حکومتی از اقلام خاصی از داده توجیه‌پذیر (یا اجتناب‌ناپذیر) است^۳ و در بعضی موارد، می‌توان نتیجه گرفت که اصلاحیه‌ی اول قانون یا مسائل مرتبط، حکومت را به افشای داده‌هایی که گردآوری کرده، مجبور می‌کند.^۴ اما این حقایق، کار حکومت را در گردآوری، انباشت و ارجاع متقابل و فراگیر داده‌های هویتی فردی برای توجیه نمی‌کند،

1- Etziona dvocatess trongp rotectiona gainstp rivate-sector datap rocessinga ctivities. See ETZIONI, *supra* note 208, at 141-82.

2- For a thorough summary of the data privacy issues that currently overtake private and public sectors within the U.S., see SCHWARTZ & REIDENBERG, *supra* note 10.

3- I take no position on the specific uses that Etzioni advocates. See *id.*

4- See, e.g., *United Reporting Publ'g Corp. v. California Highway Patrol*, 146 F.3d 1133 (9th Cir. 1998), *rev'd sub nom. Los Angeles Police Dep't v. United Reporting Publ'g Corp.*, 120 S. Ct. 483 (1999) (names of arrestees) (holding that the state was not constitutionally required to disclose this information); *Federal Election Commission v. Political Contributions Data, Inc.*, 943 F.2d 190 (2d Cir. 1991) (names of contributors to political campaigns) (holding that a statute requiring disclosure but restricting commercial use of information was constitutionally permissible balance). I cite these cases solely to illustrate the sorts of data that are likely to raise issues of legitimate public concern; I take no position on the breadth of the disclosures authorized by the actual statute at issue, or on whether the First Amendment should be interpreted to require that these items be disclosed at all. My analysis suggests, moreover, that stricter "commercial use" restrictions for government-disclosed information would be entirely permissible, and good policy. And in some cases, we should conclude that the First Amendment or other constitutional provisions bar disclosure. See *Cohen, Right to Read Anonymously*, *supra* note 173, at 1003-19 (arguing that First Amendment protects against disclosure of reading habits and other speech-related preferences); *Kreimer*, *supra* note 9, at 62-71.

آن گونه که مزایای عمومی گزارش اعتباری، تجویز آزادی غیر محدود دفاتر اعتباری را برای طراحی سرپرستی پردازش داده‌های شان توجیه می‌کند. پیش‌فرض زیربنایی باید حمایت شدید از حریم خصوصی داده باشد و استثنائات باید با دقت توجه شده و به طور محدود شخص گردند.

دیگر سؤالاتی که قانون‌گذاری حریم خصوصی داده‌ها باید پاسخ‌گوی آن باشد، مربوط به شرایط رضایت به آزادی و استفاده دوباره از داده‌های هویتی فردی است. البته اولین سؤال این است که چرا اصلاً این اطلاعات باید قابل انتقال به بازار. همان گونه که در بخش دوم بیان شد، ارزش داد و ستدی، ویژگی متعارف و نه ضروری حقوق مالکیت است. با این حال ممکن است افراد در موارد خاصی برای تجارت حریم خصوصی در مقابل ارزش دلایل مشروعی داشته باشند؛ وقتی که منافع و هزینه‌ها به طور معقول و متعارف، تخمین پذیر و فوری هستند. شاید به این دلیل، حتی دستورالعمل اروپایی حمایت از داده، دولت‌های عضو را مجبور نمی‌کند تا جلوی تجارت اغلب انواع داده‌های هویتی فردی را بگیرند، بلکه در عوض این دستورالعمل تنها درباره‌ی گونه‌های خاص و حساس داده‌ها، مثل اطلاعات مربوط به نژاد، دین و سلاطین جنسی به رویکرد انتقال‌پذیری به بازار، اعتبار می‌بخشد.^۱ زیرا این گونه اطلاعات، ارتباط بسیار ویژه و نزدیکی با مسائل کرامت بشری دارند و احتمال زیادی هست که از آنها در شیوه‌های تخریب‌کننده‌ی کرامت بشری استفاده شود. ممکن است ما نیز بخواهیم به همین گونه عمل کنیم؛ بنابراین باید مقدار زیادی از داده‌ها را که این قانون از آنها حمایت نمی‌کند، بررسی کنیم.

آن گونه که در قسمت (ب) بخش سوم توضیح داده باشد، کاربردهای کنونی پردازش داده‌ها، اطلاعات اندکی را برای افراد در استفاده از داده‌های هویتی فردی و منافع و هزینه‌های مرتبط با چنین پردازشی فراهم می‌کند، به گونه‌ای که نمی‌توان به طور کامل، این رضایت را آگاهانه نامید.^۲ به ویژه، هرچه که استفاده‌ی ویژه از داده‌های هویتی فردی از گردآوری اولیه‌اش فاصله می‌گیرد، خواه از نظر موضوع،

1- See European Data Protection Directive, art. 4, at art. 8.

2- See text accompanying notes 82-88 supra.

زمان یا ماهیت مؤسسه‌ای که از آن اطلاعات استفاده می‌کند، برای افراد، پیش‌بینی استفاده، تخمین احتمال استفاده و رسیدن به ارزش‌یابی پیشین آن، مشکل خواهد بود. کوتاهی در رفع این‌گونه مشکلات اطلاعات، می‌تواند تمام حمایتی را که قوانین موضوعه به دنبال فراهم آوردن آن هستند، از بین ببرد. به هیچ وجه روشن نیست که انتخاب فن آوری **3P** بتواند به تنهایی این کار را انجام دهد؛ فن آوری **3P** به افراد امکان می‌دهد که حداقل بعضی از سلیقه‌های‌شان را بیان کنند، اما غیر از این، در سطح بالاتری از خشونت، حتماً فروشندگان را مجبور نمی‌کند تا جزئیات استفاده‌های پیچیده‌ای را که افراد در وهله‌ی اول برای تصمیم‌گیری به آنها نیاز دارند فراهم کنند.¹ برای مؤثر بودن حمایت از حریم خصوصی داده‌ها باید شرایط رضایت مؤثر را مشخص کرد.

اولین و آشکارترین نکته این است که رضایت وقتی که در برابر استفاده‌های نامشخص و یا دریافت‌کنندگان نامعین ابراز می‌شود، نمی‌تواند معنی‌دار باشد به لحاظ نظری، قانون‌گذاری مؤثر درباره‌ی حریم خصوصی داده‌ها، باید دادن اطلاعات دقیق به افراد و همچنین دادن فرصت اعلام رضایت یا نارضایتی در استفاده‌ی پیچیده و دوباره از آنها و یا انتقال آنها را اجبار می‌کند. دستورالعمل اروپائی حمایت از داده‌ها این مدل کاملاً معین را انتخاب کرده است.² گردآوری انواع خاصی از استفاده از اطلاعات و انتقال آنها انتقال و اجباری کردن اعلام رضایت صریح درباره‌ی هر نوع می‌تواند به صورت موضوع عملی، کارآمد باشد. با این حال برخی از کاربردها و یا دریافت‌کنندگان به قدری مهم هستند که بیشتر افراد به دست آوردن رضایت مخصوص درباره‌ی آن را می‌پسندند؛ برای مثال، فروش اطلاعات مربوط به خواربار فروشی یا خرید الکل، به کارفرمایان یا شرکت‌های بیمه‌ی سلامت.

مقررات مشخص‌کننده‌ی قلمرو رضایت باید تعیین کنند که چه چیزی باعث تشکیل مؤسسه‌ای تجاری با هدف کسب امتیاز و برای استفاده از داده‌های هویتی فردی می‌شود. با توجه به گرایش‌های مؤسسه‌ها به انسجام افقی و عمودی، داشتن

1- See text accompanying notes 64-65 supra.

2- See European Directive, supra note 4, at arts. 6, 7, 11, 14.

دیدگاهی وسیع درباره اینکه چه کسی می‌تواند امتیازات داده شده را به کار گیرد، اساساً می‌تواند نظارتی بیش از حد انتظار پدید آورد. برای دوری از پدید آمدن چنین نتیجه‌ای، باید هم امتیازات کاربردی و هم هرگونه هدف تجاری مشروع همراه با آن یا استثنائات عملاً ضروری تنها به واحدهای تجاری معین یا واحدهای فرعی که در ابتدا داده‌ها را گردآوری می‌کنند، محدود شود.^۱ علاوه بر این، همین شرط درباره‌ی استفاده‌ی دوباره‌ی حکومت از داده‌های هویتی فردی نیز به کار می‌رود. با این فرض که حکومت می‌تواند حداقل درباره‌ی برخی از اطلاعات فردی مقرراتی را تحمیل کند، این نتیجه به دست نمی‌آید که این اطلاعات باید در میان تمام واحدهای حکومتی به عنوان یک رویه روزمره، به اشتراک گذاشته شود. مطلب دوم این است که در طول زمان از کیفیت رضایت کاهش می‌یابد. همان‌گونه که در قسمت (ب) بخش سوم گفته شد، پیش‌بینی انواع استفاده‌هایی که احتمالاً ده سال بعد، از داده‌های هویتی فردی صورت می‌گیرد، بسیار مشکل است و سختی این کار در مقایسه با تخمین اهمیت این استفاده‌ها بسیار کمتر است.^۲ بنابراین به طور منطقی، رضایت به استفاده‌ی دوباره از داده‌های هویتی فردی یا انتقال آنها باید بعد از دوره‌ی زمانی مشخصی پایان پذیرد و استفاده‌های پس از دوره‌ی زمانی مشخص باید با عقد قرارداد جدید صورت پذیرد. مفهوم رضایت دارای مدت محدود نیز همانند مدل حقوق مشخص و برشمرده، در قانون کپی‌رایت، سابقه دارد.

مثلاً به نویسنده‌ای که حق کپی‌رایت آثارش را به دیگری انتقال می‌دهد اختیار فسخ آن را بعد از مدت سی و پنج سال می‌دهد.^۳ تعیین این مقررات مربوط به فسخ انتقالات بدین منظور است که در صورت افزایش‌های پیش‌بینی ناپذیر یا بسیار زیاد

1- Many commentators have noted that "legitimate business purpose" exceptions introduce vague and potentially unworkable loopholes into data privacy law. See SWIRE & LITAN, supra note 13, at 34-35; Kang, supra note 13, at 1271; Joel R. Reidenberg, Setting Standards for Fair Information Practice in the U.S. Private Sector, 80 IOWA L. REV. 497, 519 (1996). Jerry Kang's proposal to allow routine use only to the extent "functionally necessary" to the operation of the data processor's business is a significant improvement. See Kang, supra note 13, at 1271-72.

2- See text accompanying notes 87-88 supra.

3- See 17 U.S.C. § 203 (1994 & Supp. IV 1998)



در ارزش اثر یا پیشرفت‌های پیش‌بینی نشده در فن‌آوری توزیع، از حق نویسنده حمایت کند.^۱ همین مقرر در قانون‌گذاری حریم خصوصی داده می‌تواند از افراد در مقابل استفاده‌های جدید و پیش‌بینی ناپذیر از اطلاعات‌شان حمایت کند. با این حال، باید مدت زمان رضایت برای استفاده‌ی دوباره از داده‌های هویتی فردی کوتاه‌تر باشد. درباره‌ی کپی‌رایت، هم نویسنده و هم ناشر در دادن مهلت کافی به ناشر برای جبران ارزش سرمایه‌گذاری‌اش در اثر، سود می‌برند. اما در جایی که درباره‌ی داده‌های هویتی فردی بحث می‌شود، چنین اشتراک منفعتی وجود ندارد.

مطلب سوم اینکه در صورتی که دریافت‌کنندگان داده بتوانند داده را بدون هیچ‌گونه محدودیتی پس از انتقال اولیه به اشخاص ثالث منتقل کنند. پس رضایت درباره‌ی استفاده‌ی دوباره و داد و ستد محدود داده‌های هویتی فردی، بی‌معنی است. در عوض، آن‌گونه که در دستورالعمل اروپایی حمایت از داده‌ها آمده، هر گونه استفاده‌ی اشخاص ثالث دریافت‌کننده از داده و یا انتقال آن به گرفتن رضایت جداگانه نیاز دارد.^۲ این نکته‌ی مثبت به طور مشخص از برگرفته خط مشی قانون کپی‌رایت است. بر اساس قانون کپی‌رایت، نویسنده تنها می‌تواند بر اولین فروش اثرش نظارت داشته باشد.^۳ با این حال، این مسئله نمونه‌ی خوبی درباره حوزه‌ای است که در آن باید به خط‌مشی‌های زیر بنایی متفاوت درباره‌ی حمایت از کپی‌رایت و حریم خصوصی داده توجه شود. نظریه‌ی اولین فروش، نشانگر این قضاوت مفروض است: که منافع جامعه در انتشار وسیع آثار خلاقانه و انتقال‌پذیری آزاد کالاهای ملموس، منافع نویسنده را درخواست پاداش اضافی از بین می‌برد.^۴ در مقابل، به کارگیری محدودیت‌های مدت‌دار درباره‌ی استفاده از داده‌های هویتی فردی، بر کرامت و خودمختاری افراد می‌افزاید و دیگر هیچ نفع اجتماعی قابل مقایسه‌ای در انتشار آزاد آنها وجود ندارد. در عوض، آن‌گونه که در قسمت (الف)

1- See H.R. REP. NO. 94-1476, at 124 (1976); 3 MELVILLE . NIMMER & DAVIDN IMMER, NIMMERO NC OPYRIGHT ?9.02 (1999).

2- See European Data Protection Directive, supra note 4, at arts. 6, 7.

3- 17 U.S.C. ? 109(a) (1994). But see 17 U.S.C. ? 1201 (1994 & Supp. 1998) (prohibiting tampering with technological measures designed to limit access to a copyrighted work).

4- See H.R. REP. NO. 94-1476, 124 (1976); Bobbs-Merrill Co. v. Straus, 210 U.S. 339 (1908); 2 MELVILLE . NIMMER & DAVIDN IMMER, NIMMERO NC OPYRIGHT ?8.12 (1999).

بخش ششم گفته شد، اساساً منافع جامعه با منافع افراد به هم سو بوده و در یک ردیف قرار دارند.^۱

شاید اعتراض شود که ممکن است این مقررات، رضایت را آن قدر محدود کنند که دیگر هیچ قلمرو معناداری برای انتخاب‌های افراد درباره‌ی حریم خصوصی اطلاعاتی باقی نماند. اگرچه این امر، در واقع با نادیده گرفتن معیارهای اساسی انتخاب، خطای طبقاتی را که در بخش سوم بررسی شد، تکرار می‌کند. جامعه همواره شرائط رضایت موثر را تعیین می‌کند و این همان چیزی است که حقوق قرارداد درباره‌ی آن بحث می‌کند.^۲ بدون تردید، مقررات حریم خصوصی داده، تصمیمی جمعی را به افراد تحمیل می‌کند؛ یعنی هر جا درباره‌ی اطلاعات هویتی فردی بحث می‌شود، حد رضایت باید محدود باشد. اگر حفظ حریم خصوصی اطلاعاتی ضرورتی اساسی برای استقلال و خودمختاری فردی و خود حاکمیتی جمعی شمرده می‌شود، این نوع تحمیل، ضروری است و می‌توان گفت اصلاً تحمیل محسوب نمی‌شود.^۳

مطلب آخر اینکه قانون‌گذاری مؤثر درباره‌ی حریم خصوصی داده همچنین باید دیگر الزامات غیر رضایت محور را برای کاربرد منصفانه‌ی اطلاعات در برداشته باشد. این نظریه که رضایت آگاهانه، به تنهایی برای حمایت از منافع افراد در استفاده از داده‌های هویتی فردی کافی است، به طور خاص نظریه‌ای آمریکائی است.^۴ اصولی که به صورت بین‌المللی درباره‌ی کاربرد منصفانه‌ی اطلاعات، بر آن توافق شده انواع دیگری از حمایت‌های ماهوی و تشریفاتی را به همراه دارد. و به ویژه کاربرد منصفانه‌ی اطلاعات به توجه خاص به شفافیت روش‌های پردازش داده، امنیت داده‌های گردآوری شده، دسترسی فرد به داده‌های هویتی فردی خود و فرصت اصلاح موارد اشتباه و پاسخ‌گوئی پردازش‌گردان نیاز دارد.^۵ این اصول

1- See text accompanying notes 188-206 supra.

2- See Lawrence Lessig, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, 113 HARV. L. REV. 501, 529-31 (1999).

3- See Allen, supra note 192, at 739-40.

4- am indebted to Joel Reidenberg for reminding me of this point.

5- See European Data Protection Directive, supra note 4, at Arts. 10-21; Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, OECD Doc. C(80)⁸ (Final) (1980).

برای تضمین پاسخ‌گویی عملی و نظری پردازش‌گران داده‌ها به افراد طراحی شده‌اند و این پاسخ‌گویی با فراهم کردن تشریفات مؤثر و ساده برای افراد صورت می‌گیرد تا پردازش‌گران داده را به شروطی که بر آن توافق کرده‌اند و استانداردهای اصلی بازی منصفانه پای‌بند نگه دارد.

علاوه بر این، پاسخ‌گویی ابعاد فردی و جمعی دارد. همان‌گونه که در قسمت (ب) بخش چهارم گفته شد، روش‌های تشکیل پرونده‌های فردی نه تنها فردی شدن رضایت و پردازش منصفانه، بلکه ارزش‌های جمعی مربوط به احترام شایسته به افراد را نیز در بردارد.^۱ به همین دلیل، دستورالعمل اروپایی حمایت از داده، به هر فرد، حق داده، تا اینکه موضوع تصمیمی که تأثیرات حقوقی برای او همراه دارد و یا تأثیر فراوانی بر او می‌گذارد، قرار نگیرد؛ تصمیمی که تنها با توجه به پردازش خودکار برخی داده‌ها و برای ارزش‌یابی جنبه‌های فردی خاصی از فرد گرفته می‌شود.^۲ همچنین قانون‌گذاری حریم خصوصی داده باید برای مطمئن ساختن افراد به پاسخ‌گویی پردازش‌گران داده‌ها در مقابل جامعه، حداقل درباره‌ی بعضی انتخاب‌ها، تضمیناتی داشته باشد. شکل دقیق و محتوای این تضمینات، موضوع تصمیم جمعی است.

حریم خصوصی اطلاعاتی، بنیان اساسی آن‌گونه شخصیت و آن‌گونه جامعه‌ای است که ما آن را ارزشمند می‌دانیم. قانون‌گذاری درباره‌ی حریم خصوصی اطلاعاتی نوع متفاوتی از توجه به آن‌گونه نیاز دارد طبقاتی که بر بحث مربوط به حمایت از حریم خصوصی داده، حاکم بوده‌اند. حمایت مؤثر از حریم خصوصی داده باید مرز شایسته‌ی میان مالکیت و بیان و همچنین معیارهای رضایت مؤثر را مشخص کند و حمایت‌های ماهوی و شکلی معناداری را برای کاربردهای اطلاعات در نظر بگیرد.

اجرای ساختن مقرراتی که کاربردهای منصفانه‌ی اطلاعات را تضمین می‌کنند، موضوع مقاله‌ی دیگری است. اگرچه درباره‌ی خطوط کلی و اساسی حمایت از حریم خصوصی داده می‌توان با توجه به خطوطی که در این جا توصیف شد، قانون‌گذاری کرد اما مدل پیشنهادی من احتمالاً نمی‌تواند تنها با قانون‌گذاری ادامه یابد. احتمالاً برخی از کاربردهای منصفانه‌ی اطلاعات به قانون‌گذاری در زمان‌های

1- See text accompanying notes 126-133s supra.

2- European Data Protection Directive, supra note 4, at art. 15(1) (emphasis added).

منظم نیاز دارند؛ مثلاً، پیش‌بینی اینکه چگونه قانون گذاری به تنهایی می‌تواند اقسام استفاده‌ها از داده‌ها دریافت کنندگان آنها را با اهداف افشاء در مقابل پیش زمینه‌ی دائماً متغیر کاربرد تجاری مشخص کند، مشکل است. این مسائل و دیگر جزئیات رژیم جامع حریم خصوصی داده، به بررسی دقیق نیاز دارد. این مقاله تنها به دنبال شفاف‌سازی درباره‌ی موانع نظری این بحث بوده، به گونه‌ای که پروژه‌ی طراحی حمایت‌های حقوقی عینی و ملموس از حریم خصوصی اطلاعاتی، پی‌گیری شود.

بخش هفتم؛ نتیجه: طرح حریم خصوصی اطلاعاتی

گفتن این جمله که حمایت شدید از حریم خصوصی داده مشکلات قضائی حل‌نشده‌ی را پدید می‌آورد، آسان و در نتیجه وسوسه‌برانگیز است. اما این گفته، اشتباه است. داده‌های هویتی فردی، به وضوح نه جزء اموال پردازش‌گران داده‌اند و نه تنها بیان آنها محسوب می‌شوند. در هر صورت این بحث، اولین بحث نبود و آخرین بحث نیز نیست که بر اساس آن، استدلال طبقاتی به خوبی پاسخ می‌دهد و صرف نظر کردن از استقلال و خودمختاری، در عوض رضایت به سلائق از پیش ساخته، تنها نوع انتخاب نیست. با استناد به مدل آرمانی افلاطونی درباره‌ی مالکیت، بیان، حقیقت و انتخاب می‌توان از مسائل سخت خط‌مشی دوری جست و در ظاهر و لباس آزادی، مسائل سیاسی و روش اعتراض را ثبت کرد. خط‌مشی معقول درباره‌ی اطلاعات می‌تواند و باید بهتر عمل کند.

با این حال، در این جا اعتراض نهائی باقی می‌ماند: موضوعی مورد علاقه و جذاب و آکادمیکی (دانشگاهی)؛ اما این موضوع چیست؟ شایع شده که بگوییم، ضمانت اجراهای حقوقی درباره‌ی حریم خصوصی، با تغییرات فن‌آوری سریع، به امری پوچ تبدیل می‌شوند. بر اساس این دیدگاه، حمایت شدید از حریم خصوصی داده امری خیال‌انگیز و پر زرق و برق است و تا رسیدن به موفقیت، تغییرات زیادی را با خود به همراه دارد.^۱ اینکه حریم خصوصی اطلاعاتی، امری مطلوب یا غیر مطلوب و اصولی یا غیر اصولی است مهم نیست، بلکه ما تنها آن قدر سریع حرکت کرده‌ایم و آن قدر از آن دور شده‌ایم که دیگر نمی‌شود برگشت.

1- See, e.g., DAVIDB RIN, T HET RANSPARENTSO CIETY: WILLT ECHNOLOGYFO RCEU S TO CHOOSEB ETWEENP RIVACYA ND FREEDOM?(۱۹۹۸); Polly Sprenger, Sun on Privacy: "Get Over It," WIRED NEWS, Jan. 26, 1999 <<http://www.wired.com/news/politics/0,۱۲۸۳,۱۷۵۳۸,۰۰.html>> (quoting Scott McNealy, the CEO of Sun Microsystems).



با این حال من تلاش کرده‌ام تا ثابت کنم که ویژگی مشکل حریم خصوصی داده، آن گونه که از موازنه‌ی فن آوری ناشی می‌شود، بیش از حد، انتخاب‌هایی که با آن روبرو هستیم را ساده می‌کند. معماری گردآوری داده، انتخاب شده است. بنابراین، مسائل مربوط به حریم خصوصی آخرین انتخاب نبوده، بلکه می‌توان مسئله‌ی انتخاب شده را تغییر داد.

در واقع، فن آوری‌ها به سوی طرح معیارهای فنی برای به کارگیری انتخاب مستقل و گمنام پیش‌روی اساسی کرده‌اند. روش‌های برنامه‌ریزی هدف محور این امر را ممکن ساخته‌اند که برخی از داده‌ها با طیف وسیعی از ویژگی‌ها که انواع پردازش مجاز را تعیین می‌کنند، در اختیار افراد گذاشته شوند. داده‌های هویتی فردی را می‌توان با اطلاعات گسترده درباره‌ی محدودیت‌های استفاده و داد و ستد کدگذاری کرد یا آنها را در دیوار آتش دیجیتالی قرار داد که از استخراج انباشت داده‌ها در شکل هویتی فردی جلوگیری کند.^۱ علاوه بر این، همان‌گونه که "فیل آگر" توصیف می‌کند، فن آوری‌های دیجیتال، ساخت فن آوری‌های هویتی را ممکن می‌سازد؛ یعنی سیستم‌های داد و ستدی که به صورت گمنام یا با نام مستعار فعالیت می‌کنند و بنابراین از گردآوری داده‌های هویتی فردی جلوگیری می‌کند.^۲ مجموعه‌ی روبه رشد گزینه‌های مطرح برای طرح سیستم‌های داد و ستد، بار دیگر به یک جانبه نبودن پیشرفت را به ما یادآوری می‌شوند. ما می‌توانیم سیستم یا سیستم‌هایی را انتخاب کنیم که به خوبی با دیگر ارزش‌ها و اولویت‌های اجتماعی سازگار باشند.

1- See, e.g., Bellotti, supra note 128; Burkert, supra note 60; Tessa Lau, Oren Etzioni & Daniel S. Welch, Privacy Interfaces for Information Management, COMM. ACM, Oct. 1999, at 89.

2- See, e.g., Agre, supra note 60; Burkert, supra note 60; Michael K. Reiter & Aviel D. Rubin, Anonymous Web Transactions with Crowds, COMM. ACM, Feb. 1999, at 32; David Goldschlag, Michael Reed & Paul Syverson, Onion Routing for Anonymous and Private Internet Connections, COMM. ACM, Feb. 1999, at 39; Eran Galbraith, Phillip B. Gibbons, David M. Kristol, Yossi Matias & Alain Mayor, Consistent, Anonymous, Web Access with PWA, COMM. ACM, Feb. 1999, at 42 (1999); Robin Lloyd, Total Digital Privacy May Be on the Horizon, CNN INTERACTIVE, Aug 18, 1999, <<http://www.cnn.com/TECH/computing/1998/18/freedom/>>. See generally Phillip B. Agre, The Architecture of Identity: Embedding Privacy in Market Institutions, 2 INFO. COMM. & SOC'Y (1999) (arguing that privacy practices and market institutions are mutually constituting).

همچنین روشن است که از نظر فن آوری، حمایت شدید از حریم خصوصی داده نباید مانع ایجاد تعهدات جدی برای حل مشکلات واقعی اطلاعات شود؛ مشکلاتی که در جامعه‌ی اطلاعات پیش‌روی فراهم‌کنندگان کالاها و خدمات قرار دارد. ضروری است تا نگاهی فراتر از ناکارآمدی ادعا شده درباره‌ی موازنات داشته باشیم و دیگر احتمالات را نیز پیش‌بینی کنیم. ما می‌توانیم سیستم‌هایی اطلاعاتی را طراحی کنیم که به فروشندگان برای یافتن مشتری و هدف‌گذاری آنها کمک کند. ما همچنین می‌توانیم سیستم‌هایی را طراحی می‌کنیم که اطلاعات را از تجاوز و مزاحمت رها می‌سازند، و این کار با کمک به فروشندگان صورت می‌گیرد تا خواسته‌ها و سلیقه‌های مشتریان را درباره‌ی انباشت داده‌ها بشناسند. و ما می‌توانیم سیستم‌هایی اطلاعاتی طراحی کنیم که به مشتریان برای پیدا کردن فروشندگان کمک کند، به عبارت دیگر، سیستم‌هایی که نمایندگی و انتخاب هدفمند را برای افراد به همراه دارد.

و نهایت آنکه، ما باید از فن آوری و حقوق برای ایجاد و ثبات شرائطی برای انتخاب هدفمند و خودمختار استفاده کنیم.¹ با این حال، حقوق، در سطح متوسط می‌تواند و باید بتواند مجموعه‌ی جدیدی از معیارهای نهادینه شده را تأسیس کند که انگیزه‌هایی را برای طراحی فن آوری‌های افزایش دهنده‌ی حریم خصوصی، پدید آورده و آنها را رونق بخشد. حمایت حقوقی به تنهایی نمی‌تواند حریم خصوصی اطلاعاتی را ایجاد و آن را تضمین کند. اما حمایت حقوقی می‌تواند نقطه‌ی شروع راه باشد.

1- Whether law should play a more direct role in fostering the design of privacy-enhancing technologies, and if so how, are questions beyond the scope of this article. For a discussion of such questions, see generally L. ESSIG, supra note 36 (discussing how technology, law, and policy shape each other); Joel R. Reidenberg, Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology, 76 TEX. L. REV. 53 (1998) (same).

