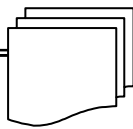




## مالکیت (و حریم) خصوصی

نویسنده: مارک ای لملی \*

مترجم: دکتر علی جعفری \*\*



بیشتر کارشناسان اینترنت - و در حقیقت، بیشتر مردم - بر این عقیده‌اند که ما به حفظ حریم خصوصی آنلاین (در خط)<sup>۱</sup> نیاز داریم.<sup>[۱]</sup> زیرا به راحتی داستان‌های هولناکی را در اینترنت درباره‌ی تحصیل شما، استخراج داده‌ها، رایانه‌ها و ابزارهای دیگری که اطلاعات مربوط به پرونده‌ها، محل و فعالیت‌های شما به دیگران خبر می‌دهند، پیدا کرد.<sup>[۲]</sup> از این رو بیش‌ترین بحث‌ها درباره‌ی حریم خصوصی اینترنت، بر لزوم افزایش امنیت حریم خصوصی تأکید نداشته، بلکه بر نحوه‌ی انجام این کار تأکید دارد. از گذشته همواره به دو نوع راهکار توجه شده است: اول، «خود سامان بخشی»<sup>۲</sup> در شرکت‌هایی که اطلاعات را به دست آورده و از آنها استفاده می‌کنند و دوم، وضع مقرراتی به دست دولت برای به دست آوردن و استفاده از اطلاعات. تاکنون اروپا رویکرد دوم<sup>[۳]</sup> و آمریکا روش اول را در پیش گرفته است.<sup>[۴]</sup>

با این حال، به تازگی کارشناسان موضوع برای تأمین امنیت حریم خصوصی به روش سومی نیز توجه کرده‌اند و آن عبارت است از: دادن نوعی حق مالکیت

\*Mark A.Lemley. Professor of Law, Boalt Hall School of Law, University of California 2000.

\*\* استادیار و مدیر گروه حقوق دانشگاه حضرت معصومه (ع)

1- Privacy Online.

2- self-regulation.

فکری<sup>۱</sup> به هر یک از شهروندان درباره‌ی اطلاعات مربوط به خودشان.<sup>(۵)</sup> ایجاد این نوع حق مالکیت فکری جدید به ظاهر دارای جاذبه است. به طور کلی ایجاد حقوق معنوی نوعی سامان بخشی خصوصی دانسته<sup>۲</sup> می‌شود<sup>(۶)</sup> و لذا در این عصر مدرن که احتمال جنگ در کشور بیشتر است، از نظر سیاسی به این موضوع بیش از وضع مقررات جدید دولتی توجه می‌شود.<sup>(۷)</sup> دولت نیز در سال‌های اخیر بیش از پیش اشکال جدیدی از مالکیت فکری را پدید آورده است.<sup>(۸)</sup> اما ایجاد حق مالکیت فکری جدید چه فایده‌ای دارد؟ کسانی که با برخی از انواع حقوق مالکیت فکری جدید، و به ویژه با طرح‌های جدید، برای حفاظت پایگاه داده‌ها مخالف‌اند، ممکن است موضوع حریم خصوصی مالکیت فکری را طنزی جالب بدانند. با این حال، شرکت‌های دارنده‌ی پایگاه داده‌ها که این اطلاعات شخصی را گردآوری کرده و می‌فروشند، سال‌هاست که بر ضرورت حمایت از مالکیت فکری داده‌ها تأکید می‌کنند، برای نخستین بار این در شرایط صاحب امتیاز بودن و هم‌چنین صادر کننده‌ی امتیاز مالکیت فکری بودن قرار می‌گیرند.<sup>(۹)</sup>

با این حال، با وجود این ویژگی‌های به ظاهر جالب و خوشایند، معتقدم، در نظر گرفتن حق مالکیت فکری برای داده‌های شخصی، هرگز روش خوبی نیست و تا حد زیادی نقدهای «پاملا سموئلسن»<sup>۳</sup> درباره‌ی چنین حقی را می‌پذیرم<sup>(۱۰)</sup>؛ و در این مقاله به جای مخالفت با ارزیابی‌های او، به طور کلی به شرح نکاتی که او بیان کرده، می‌پردازم و چند نکته‌ی دیگر نیز به آنها می‌افزایم. وی، با وجود نقد محکم و روشمند در خصوص حق مالکیت فکری داده‌های شخصی، از کاربرد برخی قوانین پیش فرض که از به دست آوردن داده‌ها بدون رضایت فرد جلوگیری می‌کند، حمایت می‌کند.<sup>(۱۱)</sup> من به اندازه‌ی سموئلسن تردید دارم که چنین رویکردی، دست کم در خارج از کشور، منطقی و یا کارکرد مورد نظر را داشته باشد. در ادامه‌ی بحث سعی می‌کنم به برخی از مشکلات مربوط به ایجاد حق مالکیت فکری برای داده‌های شخصی بپردازم.

1- intellectual property right.

2- private ordering.

3- Pamela Samuelson.

## سیاست نادرست

در آغاز، تصور می‌کنم چنین حقی از نظر سیاسی، خریداری ندارد. یکی از مشکلاتی که حامیان حریم خصوصی در امریکا با آن روبرو شده‌اند، نبود جبهه‌ی سیاسی قدرتمند برای حمایت از گسترش حریم خصوصی است. هر چند فعالان مستقل، از این هدف حمایت و بیش‌تر افکار عمومی نیز حمایت خود را از این مسئله اعلام می‌کنند، باز هم شرکت‌هایی که خواهان به دست آوردن، انتشار و یا استفاده از اطلاعات شخصی هستند، مبالغ بیشتر (و در نتیجه نفوذ سیاسی بیشتری) هزینه می‌کنند.<sup>[۱۲]</sup> این شرکت‌ها تاکنون توانسته‌اند از هرگونه تلاش دولت برای وضع مقررات مؤثر جلوگیری و یا آن تلاش‌ها را از مسیر خود خارج کنند.<sup>[۱۳]</sup> دادن حقوق مالکیت فکری به هر یک از شهروندان درباره‌ی اطلاعات، باعث برخورد بیشتر حامیان حریم خصوصی و استفاده‌کنندگان از اطلاعات می‌شود؛ در حقیقت، در بسیاری از موارد به تهدید مستقیم مدل‌های تجاری شرکت‌ها می‌انجامد.<sup>[۱۴]</sup> این شرکت‌ها برای جلوگیری از دادن چنین حقی، به سختی تلاش خواهند کرد و من تردیدی ندارم که در این باره موفق نیز خواهند بود.

مسئله‌ی دشوارتر اینکه اگر حامیان حریم خصوصی از وجود حق مالکیت فکری بر داده‌های شخصی حمایت کنند، این کار باعث تضعیف مخالفت جوامع علمی، دانشگاهی و عام‌المنفعه برای ایجاد حقوق مالکیت فکری جدید و قوی درباره‌ی گردآوری اطلاعات می‌شود. در حال حاضر گفت‌وگوئی در کنگره آغاز شده که آیا حمایت از پایگاه داده‌ها (که هم‌اکنون ایجاد آن، ممکن به نظر می‌رسد) باید بر اساس اصول گردآوری منصفانه‌ی اطلاعات باشد یا بر اساس دادن حقوق مالکیت فکری به گردآورندگان اطلاعات.<sup>[۱۵]</sup> اگر حامیان حریم خصوصی با طرح حقوق مالکیت فکری برای خود، وارد بحث شوند، این نظر را می‌پذیرند که داده‌ها باید تحت مالکیت باشند؛ در این صورت، تنها سؤالی که باقی می‌ماند این است: «تحت مالکیت چه کسی؟» اگر این چنین باشد، تصور می‌کنم کنگره بدون هیچ تردیدی، حق مالکیت را به گردآورندگان پایگاه داده‌ها اعطا می‌کند.<sup>[۱۶]</sup>

حفظ حوزه‌ی عمومی<sup>۱</sup>: این مسئله ما را به دلیل دومی که بیشتر جنبه‌ی فلسفی دارد، نزدیک می‌کند تا درباره‌ی ادعای افراد برای مالکیت داده‌های خودشان تردید داشته باشیم. از قدیم، حقوق مالکیت فکری به صورت نقش‌هایی محدود و برگرفته از حوزه‌ی عمومی وسیع‌تر تلقی می‌شده که استفاده از آن برای همگان آزاد است.<sup>[۱۷]</sup> هر چند حوزه‌ی عمومی قطعاً آثاری که کپی‌رایت آنها منقضی شده، آثار متعلق به دولت فدرال و سایر کارهای خلاق را دربر می‌گیرد، اما تنها به آثار خلاق، محدود نمی‌شود؛ وقایع و سایر عناصر اصلی تشکیل دهنده‌ی آثار خلاق، نقشی اساسی در حوزه‌ی عمومی دارند.<sup>[۱۸]</sup> تصور کنید، اگر نتوانیم بدون مجوز به حقایق مراجعه کنیم، چه محدودیت‌هایی برای افشای عمومی ایجاد می‌شود. رسانه‌های خبری از بین می‌روند و بخش‌های روابط عمومی مشترک، جایگزین آنها می‌شود و گفتگو درباره‌ی تاریخ و شاید علوم امکان نخواهد داشت، یا دست کم به شدت محدود می‌شود.

آیا با حقایق و اطلاعات مربوط به افراد باید به گونه‌ای دیگر برخورد کرد؟ اشکال این نوع رویکرد، به گونه‌ای که «داین تیمرمان»<sup>۲</sup> گفته، این است که «زندگی من مبنای داده‌های شماست».<sup>[۱۹]</sup> استفاده از حقایق و اطلاعات مربوط به افراد، برای انواع فعالیت‌های مفید اجتماعی (یا دست کم بی‌اثر، از نظر اجتماعی) مهم هستند؛ از جمله‌ی این فعالیت‌ها می‌توان به زندگی‌نامه، گزارش خبری، بیمه، آزمایش داروهای جدید در حوزه‌ی پزشکی، دفترچه‌ی راهنمای تلفن، پیش‌بینی روند شناسایی و پیش‌گیری از کلاه‌برداری، خدمات درمانی<sup>۳</sup> و آزمون آموزشی<sup>۴</sup> اشاره کرد. تمام این فعالیت‌ها مستلزم اطلاعاتی درباره‌ی افراد و یا گروه‌های افراد است. شرکت‌ها می‌توانند به این فعالیت‌ها بپردازند، زیرا قادرند حقایق و اطلاعاتی را درباره‌ی افراد به دست آورند و چنانچه نتوانند این کار را بکنند - و چنانچه افراد بتوانند مانع از دست‌یابی، انتشار، یا استفاده از اطلاعات درباره‌ی خودشان شوند - بخش قابل توجهی از تجارت مدرن امکان نخواهد داشت.<sup>[۲۰]</sup>

۱- public domain.

2- Diane timmerman.

3- health care.

4- educational testing.

همچنین ایجاد این حق برای اصول مالکیت فکری زیان‌بار خواهد بود. به طور کلی، مالکیت فکری تنها زمانی وجود دارد که مسئله‌ی منافع عمومی مطرح است که مردم در سرمایه‌گذاری برای ساختن چیزهای جدید به انگیزه نیاز دارند.<sup>[۲۱]</sup> درباره‌ی اطلاعات شخصی چنین نیازی وجود ندارد. در حقیقت، هدف از حفظ حقوق حریم خصوصی، عکس این مسئله است و آن، جلوگیری از انتشار برخی اطلاعات خاص است. چنانچه برای این گونه داده‌ها حقوق مالکیت در نظر بگیریم، آن‌گاه مخالفت با درخواست بعدی برای دستیابی حقوق مالکیت اطلاعات بسیار دشوارتر خواهد بود؛ خواه مالکیت آن اطلاعات به صورت آکادمیک (علمی)، «ضرورت» داشته باشد یا نداشته باشد.

افزون بر آن، برای ایجاد این گونه حق مالکیت فکری باید درباره‌ی نوع اطلاعاتی که باید مالک آنها باشیم نیز تصمیمات دشواری بگیریم. آیا شرکت‌ها باید بر داده‌های مربوط به خودشان حق مالکیت داشته باشند، یا اینکه فقط افراد می‌توانند صاحب حق باشند؟ آیا حق مالکیت باید محدود به اطلاعاتی باشد که به طور شخصی قابل تشخیص است؟ اگر چنین باشد، آن‌گاه برای تعیین اینکه چه اطلاعاتی می‌توانند این گونه باشند، با مشکلات دشواری روبرو خواهیم شد. حقوق مالکیت احتمالاً باید درباره‌ی تک‌تک بایتهای داده‌ها وجود داشته باشد، لذا ممکن است بخواهیم حتی برای بایتهای داده‌های به ظاهر بی‌خطر، که ممکن است در آینده انباشته شوند، مالکیت شخصی در نظر بگیریم. اما هرچه تعریف وسیع‌تری برای این حق ارائه کنیم، بیشتر با تجارت روزمره درگیر می‌شویم. تنها یک نمونه‌ی آن، داده‌های بازار سهام است که از میلیاردها بایت اطلاعات شخصی تشکیل شده و هر یک از آنها نشان‌گر معامله‌ی مالی مشخص یک شخص یا شرکت است. آیا من «مالک» اطلاعات مربوط به قیمت سهام خریداری شده در شرکت مایکروسافت هستم؟ اگر مالک آنها نیستم، چگونه می‌توان این اطلاعات را از سایر اطلاعات وضعیت مالی خودم که بسیار علاقه‌مندم محرمانه باشند، باز ساخت؟ و اگر مالک آنها هستم، آیا باید از انتشار قیمت‌های سهام در نشریه «وال استریت»<sup>۱</sup> جلوگیری کنم؟



ناکامی در صدور مجوز<sup>۱</sup>: بسیاری از موارد استفاده از اطلاعات شخصی، مواردی هستند که افراد با کمال اختیار رضایت خود را از آنها اعلام می‌کنند. به طول مثال، افراد، اطلاعات شخصی مربوط به وضعیت سلامتی خود را در اختیار پزشک خود قرار می‌دهند؛ زیرا می‌دانند که اگر پزشک، اطلاعات کاملی داشته باشد، آنها خدمات درمانی بهتری دریافت می‌کنند. لذا ممکن است حامیان حقوق مالکیت فکری بر داده‌های شخصی چنین استدلال کنند که افراد زمانی به استفاده از اطلاعات مربوط به خود و یا افشای آنها رضایت می‌دهند که به نفع آنها باشد. اما این استدلال چند اشکال دارد.

اشکال اول و عجیب این استدلال ممکن است بسیار چشم‌گیر باشد. افراد در برخی موارد برای استفاده از داده‌های شخصی خود، با کمال میل رضایت می‌دهند،<sup>[۲۲]</sup> اما موارد بسیار زیادی هست که ممکن است افراد، برخلاف میل خود «رضایت» دهند، تنها به دلیل آنکه احساس می‌کنند در آن وضعیت، حق انتخاب ندارند. برای توضیح بیشتر این مسئله، مثال مربوط به سلامتی شخص را یک گام پیش‌تر می‌بریم. بیمار مبتلا به ایدز احتمالاً می‌خواهد پزشک جدید را از وضعیت خود آگاه کند تا درمان او نتیجه‌بخش باشد. تا این‌جا در رضایت او مشکلی نیست؛ اما ممکن است از همین شخص بخواهند برای دادن سوابق پزشکی او به شرکت بیمه و کارفرمایش «رضایت دهد». این شخص حتی اگر از دادن این اطلاعات به شرکت بیمه‌کننده و کارفرمایش راضی نباشد، اما اگر بداند که با ندادن اطلاعات، بیمه‌ای دریافت نکرده و یا شغلش را از دست می‌دهد، احتمالاً برای افشای اطلاعات، رضایت می‌دهد. آیا این «رضایت» است؟ احتمالاً در متن قانون قراردادها، پاسخ به این سؤال مثبت است - ما در بیشتر مواقعی که یک طرف «تحت فشار است»، قرارداد را اجرا می‌کنیم. اما از منظر حریم خصوصی، حق مالکیت فکری که اغلب به افراد داده می‌شود، ممکن است کمتر از حد انتظار ما حمایت لازم را برای آنها فراهم کند.<sup>[۲۳]</sup>

برای آنکه این کار، فایده‌ای داشته باشد، شاید لازم باشد که این حق، انتقال

1- Licesing.

ناپذیر<sup>۱</sup> باشد<sup>[۲۴]</sup> و تنها تحت برخی شرایط خاص بتوان از آن چشم‌پوشی کرد. پیشنهاد «سمولسن» این است که در این باره راه میانه‌ای را در پیش بگیریم و در آغاز، حق کنترل اطلاعات شخصی را به افراد بدهیم و اجازه دهیم که از حق خود بگذرند، اما مفادی را درباره‌ی عدم ایفای تعهد در قرارداد<sup>۲</sup> پیش‌بینی کنیم که به تعیین روش‌های صدور مجوز کمک می‌کند. به طور خاص، او به انتقال‌پذیر بودن<sup>۳</sup> این حق به دست افراد توجه ندارد، بلکه به انتقال‌پذیر بودن اطلاعاتی توجه دارد که زمانی توسط گردآورنده‌ی اطلاعات کسب شده است. «سمولسن»، خاطر نشان می‌کند که حقوق اسرار تجاری، به طور کلی چنین فرض نمی‌کند که دارنده‌ی مجوز،<sup>۴</sup> غیر انحصاری، حق انتقال یا استفاده‌ی مجدد اطلاعات دارای مجوز را به دست می‌آورد، و معتقد است این مدل می‌تواند به عنوان راهی برای جلوگیری از فروش مجدد داده‌های مربوط به افراد، مفید باشد.<sup>[۲۵]</sup> از سوی دیگر، «سمولسن»، انتقال‌ناپذیر بودن را تنها یک قاعده قصوری<sup>۵</sup> می‌داند. هر چند در تحقیق تجربی اخیر، در قاعده قصوری به جانب‌داری وضع موجود<sup>۶</sup> اشاره شده است.<sup>[۲۶]</sup> من تردید دارم که، قاعده قصوری باشد یا نباشد، افراد اندکی پس از انعقاد قرارداد با یک گردآورنده‌ی بزرگ داده‌ها در نهایت صاحب حق کنترل بر انتقال داده‌های شخصی خود می‌شوند.<sup>[۲۷]</sup>

دوم اینکه حتی اگر فرد واقعاً راضی باشد که از اطلاعات مربوط به او استفاده کنند، در عمل گرفتن مجوز برای استفاده از تمام اطلاعات لازم، هزینه‌بر، دشوار و وقت‌گیر خواهد بود.<sup>[۲۸]</sup>

در ساده‌ترین حالت، همه‌ی ما فرم‌های بیشتری را پر می‌کنیم، هر چند ممکن است این کار موجب ناراحتی افراد شود. کسانی که حجم وسیعی از داده‌ها را گردآوری می‌کنند، ممکن است هزینه و تلاش برای انباشتن اطلاعات را بسیار

- 
- 1- Inalienable.
  - 2- Default contract tern.
  - 3- Alienability.
  - 4- Licensee.
  - 5- Default rule
  - 6- Status quo bias.

سرسام آور و دشوار بدانند. به طول مثال، فرض کنید که من با مطالعه‌ی «فیست»<sup>[۳۹]</sup> تصمیم بگیرم صفحات سفید دفترهای راهنمای تلفن سراسر کشور را در یک جا گردآوری نمایم. به نظر می‌رسد، بدیهی است که می‌توانم فهرست شماره تلفن‌ها را به طور مستقیم از دفاتر راهنمای موجود که در شرکت‌های تلفن محلی نگهداری می‌شوند؛ کپی کنم. اما اگر حق جدید مالکیت فکری بر داده‌ها اجرا می‌شد، احتمالاً باید از تک‌تک صدها میلیون نفری که باید فهرستی از شماره تلفن‌های آنها تهیه می‌کنم اجازه می‌گرفتم. حتی در صورت رضایت همه‌ی آنها، حجم کار بسیار زیاد خواهد بود.<sup>[۳۰]</sup>

بدتر از آن اینکه نمی‌توانم امیدوار باشم از تک‌تک کسانی که با آنها تماس می‌گیرم، اجازه‌ی لازم را به دست آورم. آنها ممکن است به دلایل مختلف و خاص، اجازه‌ی چنین کاری را به من ندهند؛ به طور مثال، چون من هرگز نتوانستم با آنها تماس بگیرم، یا اینکه چون آنها فرم را پر نکردند، یا فقط به دلیل آنکه لجوج بودند و یا اینکه ممکن است فقط به خاطر سرگردان کردن من - و اخاذی کردن - از دادن اجازه خودداری کنند، زیرا می‌دانند که اجازه گرفتن من از همه مهم است. مجموع مشکلات مربوط به جلب موافقت تعداد زیادی از افراد یا چیزی را می‌توان در اسناد و مدارک موجود مشاهده کرد<sup>[۳۱]</sup>. نظریه‌ی حقوق و اقتصاد می‌گوید، قانون به آنهایی که در بهترین وضعیت قرار دارند حق معامله می‌دهد تا راه‌حل مناسبی پیدا کنند و به این ترتیب این مشکلات را به حداقل می‌رساند.<sup>[۳۲]</sup> حقوق مالکیت فکری بر داده‌های شخصی واقعاً می‌تواند به ایجاد میلیاردها حق مالکیت فکری جدید در روز بینجامد؛ اقتصاد هوشیارانه به ما توصیه می‌کند که در چنین شرایطی انتظار نداشته باشیم که صدور مجوز بدون درگیری روی می‌دهد.<sup>[۳۳]</sup>

سوم اینکه موارد فراوان و قابل توجهی هست که ممکن است جامعه خواهان استفاده از اطلاعاتی باشد که شخص، راضی به افشای آنها نیست. به طور مثال، قطعاً کسی مایل به افشای سوابق کیفری یا رانندگی خود نیست. در برخی شرایط هم دولت و هم شرکت‌های خصوصی نیاز دارند که به طور مشروع از این نوع داده‌ها استفاده کنند، اما فرد از افشای آنها جلوگیری می‌کند.<sup>[۳۴]</sup> همچنین؛ به طور طبیعی به موجب نظام مالکیت فکری، اعلام نتایج تحقیقات، بدون رضایت فردی که مورد





بررسی واقع شده، طبیعتاً ممکن نخواهد بود؛ افرادی که چیزی برای پنهان کردن دارند، به طور کلی این کار را انجام می‌دهند؛ حتی اگر فکر کنیم که بهتر است جامعه از این اطلاعات با خبر باشد. حتی تحقیق درباره‌ی زندگی دیگران که هزینه‌ی سیاسی کمتری دارد، مانند تهیه‌ی زندگی‌نامه، بدون گرفتن اجازه هرگز ممکن نخواهد بود. چنانچه بخواهیم که این گونه فعالیت‌ها ادامه یابند، باید موارد استثنای فراوانی را برای حق مالکیت فکری در نظر بگیریم تا در کاربردهای بدون رضایت اما مشروع از اطلاعات مربوط به دیگران مشکلی پیش نیاید.<sup>[۳۵]</sup>

### حق مالکیت یا وضع مقررات؟

فرض کنید با اصلاح حق مالکیت فکری در نظر گرفته شده، به این مشکلات نیز توجه کردیم. آن‌گاه، این حق چگونه خواهد بود؟ فکر می‌کنم، پاسخ این باشد که دیگر شباهت چندانی به آنچه که مالکیت فکری می‌دانیم، نداشته باشد<sup>[۳۶]</sup> و تنها انواع خاصی از اطلاعات را دربربگیرد که دولت در شرایط خاصی تهیه کرده است و قابل خرید و فروش نخواهد بود؛ در حقیقت، تنها در موارد خاصی که قانون تعیین کرده، مجاز خواهد بود. این حق به «دارنده‌ی» مالکیت فکری داده می‌شود که استفاده از اطلاعات مربوط به خود کنترل داشته باشد، اما فقط در صورتی که استفاده از اطلاعات مورد نظر نادرست باشد. فرض بر این خواهد بود که فرد خود برای استفاده از اطلاعات مربوط به او در فهرستی از «کاربردهای پذیرفته شده» به طور خودکار رضایت داده است و این رضایت هرگز فهرست دیگری از «کاربردهای پذیرفته نشده» را در بر نمی‌گیرد.

خلاصه آنکه، حقی که به خوبی و به درستی در نظر گرفته شده باشد، بیشتر شبیه به نظامی از مقررات است و نه نظامی از حقوق مالکیت. دولت کاربرد غیر مجاز اطلاعات خاص را تعیین می‌کند. اگر کاربردی مجاز بود، احتمالاً فرد حق جلوگیری از کاربرد آن را نخواهد داشت. فکر می‌کنم که مسئله باید به این شکل باشد. اگر خواهان حریم خصوصی هستیم، باید این حقیقت را بپذیریم که هیچ «راه حل بازاری» مناسبی وجود ندارد و باید از وضع مقررات توسط دولت برای کنترل رفتار گردآورندگان داده‌ها حمایت کنیم.

به دلایلی که مطرح شد، فکر می‌کنم دادن حق مالکیت فکری بر داده‌ها به افراد، راه‌حل منطقی نیست. به طور خاص، این راه حل برای «بازار آزاد» مناسب

نیست؛ زیرا نمی‌توان انتظار داشت که بازار، این میلیاردها حق را به طرز کارآمدی به کار گیرد. راه‌حل قانونی که به طور کلی در آمریکا اجرا شده، «خود سامان دهی» توسط صنایع مربوطه است. اما خود سامان دهی مفهومی فریبنده است، زیرا معنای آن در واقع فقدان هرگونه مقررات است.<sup>[۳۷]</sup> بدون اعمال فشار دولت، بیش‌تر شرکت‌ها انگیزه‌ای برای افشای عملکرد خود با داده‌های گردآوری شده ندارند و محدودیت بسیار کمتری در نوع عملکرد خود دارند. این مسئله خصوصاً درباره‌ی شرکت‌هایی هست که هیچ «راه‌حل بازاری» مناسبی در مورد آنها وجود ندارد و لذا باید از مقرراتی که دولت برای کنترل رفتار گردآورندگان داده‌ها تعیین می‌کند، حمایت کنیم.

هم‌چنین این مسأله خصوصاً در مورد شرکت‌هایی هست که بیشترین استفاده را از داده‌های خصوصی بعمل می‌آورند. ممکن است بنا به درخواست تعداد قابل توجهی از مصرف‌کنندگان، این شرکت‌ها رفتار خود را تغییر دهند، اما همیشه این چنین بوده و هیچ‌گونه «خود سامان‌دهی» در این باره وجود ندارد. فعالیت جمعی بخش خصوصی با مشکلاتی از این‌گونه روبرو است. ممکن است شرکت‌ها به طور گروهی برخلاف منافع ظاهری خود عمل کرده و از حریم خصوصی افراد حمایت کنند، اما تنها در صورتی که بازار به نوعی این‌گونه عملکرد را بطلبد. دلیلی ندارد که تصور کنیم مجموعه صنایع ذینفع بخواهند داوطلبانه پیش از شرکت‌های خصوصی از تلاش برای گردآوری اطلاعات ارزشمند چشم‌پوشند. به هر حال، شرکت‌های صنعتی دوست دارند نوعی «ضوابط کاری» داوطلبانه را به کار گیرند که در عمل عمدتاً نادیده گرفته می‌شوند. بد نیست که تصمیم‌گیری درباره‌ی میزان تأمین حریم خصوصی را به عهده‌ی بازار بگذاریم؛ بسیاری استدلال می‌کنند که اگر سپردن تأمین حریم خصوصی به بازار نتیجه‌ی کارکرد خوبی داشته باشد، باید در تصمیم‌گیری خصوصی، آن را به هرگونه مداخله دولت در فعالیت‌ها ترجیح دهیم.<sup>[۳۸]</sup> اما نباید این دیدگاه آزادی اقتصادی<sup>۱</sup> را با هرگونه «مقررات» واقعی، خواه به صورت خود سامان یا غیره، اشتباه گرفت.

بنابراین، برای قانون دو انتخاب باقی می‌ماند: «وضع مقررات» برای مشاغل خصوصی و دخالت نکردن در حمایت از حریم خصوصی.<sup>[۳۹]</sup> البته این انتخاب

1- Laissez – fair.

همه یا هیچ نیست. امروزه حقوق قانونی امریکائیان درباره‌ی حریم خصوصی در قالب نظارت دولت بر مشاغل اجرا می‌شود. کنگره با تصویب قوانینی، اجازه‌ی استفاده از برخی داده‌های خاص را منع کرده است.<sup>[۴۰]</sup> مهم‌تر اینکه دادگاه‌ها طرحی را در کامن لا برای نظارت بر حریم خصوصی مطرح کردند که اساس آن نه مالکیت است و نه قرارداد، بلکه بر اساس شبه جرم<sup>۱</sup> است.<sup>[۴۱]</sup>

بنابراین، قانون می‌تواند به نوعی طبق روال گذشته ادامه داشته باشد و در صورت نیاز به حمایت قانونی از حریم خصوصی، حقوق حریم خصوصی به صورت محدود و متناسب با شرایط مورد نیاز در نظر گرفته شود. این حقوق که با دقت فراوان و متناسب با شرایط خاص ایجاد شده‌اند، احتمالاً تداخل چندانی با فعالیت سیاسی و اقتصادی مشروع نخواهند داشت، اما در عین حال، حمایت کمتری از حریم خصوصی صورت می‌گیرد. بنده خود درباره‌ی این مسئله حرف دارم که آیا باید بر استفاده از داده‌های شخصی و انتشار آنها نظارت کرد و چه موقع؟ افزایش قوانین و مقررات در حوزه‌ی حریم خصوصی، چنانچه هوشمندانه و با منافع مهم هماهنگ نباشد، می‌تواند با بسیاری از فعالیت‌های اقتصادی ارزشمند تعارض داشته باشد.<sup>[۴۲]</sup>

متأسفانه این درسی است که از دستورالعمل اروپا<sup>۲</sup> گرفتیم.<sup>[۴۳]</sup> از سوی دیگر، خودداری از انجام هر اقدامی هم تبعات مهمی برای استقلال فردی<sup>۳</sup> خواهد داشت. در این جا هدف من انتخاب بین وضع مقررات و عدم فعالیت<sup>۴</sup> نیست. هدف من تنها روشن کردن این مسئله است که چه گزینه‌هایی وجود دارد. من معتقد نیستم که در استفاده از بازار برای حمایت از حریم خصوصی، خواه از راه خودسامان‌دهی یا ایجاد مالکیت خصوصی «راه سوم» جادویی وجود داشته باشد. با این حال، ما هنوز یک گزینه در اختیار داریم که به گفته‌ی یودا<sup>۵</sup> عبارت است از: «وضع مقررات، یا عدم وضع مقررات».

1- Tort.

2- European Directive.

3- Personal autonomy.

4- Inaction.

5- Yoda.

- [1]. For a few examples, see generally Fred h. Cate, Privacy In The Information Age (1997) (arguing that government should intervene to protect privacy); Steven Hetcher, Shattering the One-Way Mirror: Can a Market in Personal Data Solve the Internet Privacy Crisis? (2000) (unpublished working paper, on file with the Stanford Law Review) (arguing for an efficient market in personal data on the Interet as a means of protecting privacy); Jerry Kang, Information Privacy in Cyberspace Transactions, 50 STAN. L. REV. 1193 (1998) (arguing for a legal scheme which has default rules for processing only "functionally necessary" personal information); Joel R. Reidenberg, Setting Standards for Fair Information Practice in the U.S. Private Sector, 80 IOWA L. REV. 497 (1995) (arguing for more comprehensive and flexible legal rules for protecting privacy).
- [2]. See, e.g., Paul M. Schwartz, Privacy and Democracy in Cyberspace, 52 Vand. L. Rev. 1609, 1616-47 (1999) (cataloguing Internet privacy violations).
- [3]. See Council Directive 95/46/EC, 1990 O.J. (L 281) 31. For detailed analysis of the European Directive, see Paul Schwartz & Joel Reidenberg, Data Privacy Law: A Study Of United States Data Protection (1996); Paul M. Schwartz, European Data Protection Law and Restrictions on International Data Flows, 80 Iowa L. Rev. 471 (1995).
- [4]. See Samuelson, Privacy as Intellectual Property, 52 STAN. L. Rev. 1125, 1127-28 (2000) (noting that U.S. commentators tend to favor market-oriented approaches). Joel Reidenberg argues that this divergence reflects fundamental differences in the political economy of the two systems. See Joel R. Reidenberg, Resolving Conflicting International Data Privacy Rules in Cyberspace, 52 Stav. L. Rev. 1339-51 (2000); see also Reidenberg, supra note 1, at 500-11 (tracing the lack of privacy legislation in the U.S. to fundamental principles of the U.S. political culture); Paul M. Schwartz, Privacy and Participation: Personal Information and Public Sector Regulation in the United States, 80 IOWA L. REV. 553, 613-16 (1995) (explaining the differences between American and European privacy controls as a function of citizens' attitudes towards the state).