

A Comparative Study of Theoretical Challenges of Transferability of Personal Data from the Perspective of Contract Rights



Masoud Narimanpour

Holder of LLM in Private Law, University of Tehran, Farabi Campus, Tehran University, Ghom, Iran
(Corresponding author)
masoudnarimanpour@gmail.co



Mehdi Narimanpour

Holder of PhD in Jurisprudence and Private Law, Shahid Motahari University, Shahid Motahari University and Higher School. Tehran, Iran
narimanpour71@gmail.com

Received: 2024-08-11

Accepted: 2024-10-19



Abstract

The concept of personal data refers to any objective or subjective information relating to an identified or identifiable natural person. Such a broad semantic scope has caused theoretical discourse to see a variety of human-related values involved in it, and in the first place, it has imposed confusion in legal literature about the nature of personal data. Such confusion organizes the main question of the present research in the form of the topic of "the limits of the individual's right to control and manage" his or her data : whether the individual to whom the data relates has the right to contractually transfer such legal data or not. And if so, to what extent?

Journal of Research and Development
in Comparative Law

Iranian Law and Legal Research
Institute

Vol. 8 | No. ۲۸ | Autumn 2025
(Original Article)

www.jcl.illrc.ac.ir

DOI:

10.22034/law.2025.2048760.1583

The source of the problem is that concern for the right to protect personal data, given its status as a fundamental right, have somewhat overshadowed considerations related to personal data from a contractual perspective. While there are not enough specific regulations to address this shadow, an appropriate response to the issue of transferability of personal data is essential. In this regard, in the present research, using an analytical-descriptive method and relying on library resources, an attempt has been made to reach a realistic analysis while delineating the theoretical challenges, part of which go back to the legal foundations of the concept of personal data and some to the general rules of contracts. The results of the research show that, given the intertwining of the functions of personal data in economic and non-economic terms, such as human rights and personality rights, adopting a single legal system will not have a clear outcome and will only increase the complexity of personal data. Therefore, the plurality of the legal system must be defended while preserving its specific characteristics. Thus, in the field of non-economic functions, it follows the system of personal law, and in the field of economic functions, it follows the system of contract law. This approach is actually the result of the ineffectiveness of the human rights and the property rights systems, and conflict between the transferability of personal data and the general rules of contracts.

Keywords: personal data, transferability, law of contract, human rights, personality rights



مطالعه تطبیقی چالش‌های نظری انتقال پذیری داده‌های شخصی از منظر حقوق قراردادها

دانش آموخته ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تهران، پردیس فارابی
دانشگاه تهران، قم، (نویسنده مسئول)
masoudnarimanpour@gmail.com
دانش آموخته دکتری فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری،
دانشگاه و مدرسه عالی شهید مطهری، تهران، ایران
narimanpour71@gmail.com

مسعود نریمان پور



مهدی نریمان پور



تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۷/۲۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۵/۲۱

چکیده

مفهوم داده‌های شخصی به هر گونه اطلاعات عینی یا ذهنی راجع به یک شخص حقیقی معین یا قابل شناسایی اشاره دارد. چنین گستردگی معنایی، باعث شده است که گفتمان نظری انواع ارزش‌های مربوط به انسان را در آن دخیل ببیند و در وهله اول، در ادبیات حقوقی آشفتگی را در مورد ماهیت داده‌های شخصی تحمیل کند. چنین آشفتگی سؤال اصلی پژوهش حاضر را در قالب موضوع «حدود حق کنترل و مدیریت فرد» بر داده‌های خود ترتیب می‌دهد که آیا فرد موضوع داده، حق انتقال قراردادی چنین موجودیت‌های حقوقی را دارد یا نه؟ و اگر دارد به چه میزان؟ منشأ مشکل، این است که نگرانی برای حق حفاظت از داده‌های شخصی با توجه به رتبه آن به عنوان یک حق اساسی، تا حدودی بر ملاحظات مربوط به داده‌های شخصی از منظر قراردادی سایه انداخته است.

فصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی

پژوهشکده حقوق و قانون ایران

دوره ۸ | شماره ۲۸ | پاییز ۱۴۰۳

(مقاله پژوهشی)

www.jcl.illrc.ac.ir

DOI:

10.22034/law.2025.2048760.1583



در حالی که مقررات خاص کافی جهت رفع کردن این سایه وجود ندارد، پاسخ مناسب به مسئله انتقال‌پذیری داده‌های شخصی ضروری می‌نماید. در همین راستا، در پژوهش حاضر با روش تحلیلی-توصیفی و با استناد به منابع کتابخانه‌ای سعی می‌شود ضمن بیان چالش‌های نظری، که بخشی از آن به مبانی حقوقی داده‌های شخصی بر می‌گردد و بخشی از آن به قواعد عمومی قراردادها، به تحلیلی واقع بینانه‌ای برسد. نتایج پژوهش نشان می‌دهد با توجه به درهم‌آمیختگی کارکردهای داده‌های شخصی از حیث اقتصادی و غیر اقتصادی همچون حقوق بشر و حقوق شخصیت عملاً اتخاذ یک نظام حقوقی واحد سرانجامی روشن نخواهد داشت و به گره‌های کور داده‌های شخصی خواهد افزود. لذا باید از کثرت نظام حقوقی در عین حفظ ویژگی‌های خاص آن دفاع کرد؛ بدین ترتیب که در حوزه کارکردهای غیر اقتصادی از نظام حقوق شخصیتی تبعیت کرد و در حوزه کارکردهای اقتصادی از نظام حقوق قراردادها پیروی کرد. این رویکرد عملاً نتیجه ناکارآمدی نظام حقوق بشری و نظام حقوق مالکیتی و تعارض انتقال‌پذیری داده‌های شخصی با قواعد عمومی قراردادهاست.

کلیدواژه‌ها: داده‌های شخصی، انتقال‌پذیری، حقوق قراردادها، حقوق بشر، حقوق شخصیت

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

مقدمه

به‌طور مشخص تاریخ زندگانی بشر، در هر برهه زمانی به‌فراخور پیشرفت‌های علمی، با انقلاب‌های نوینی مواجه شده است؛ انقلاب‌هایی که عملاً تاریخ بشر را به قبل و بعد از آن تقسیم می‌کند. یکی از این انقلاب‌های که به وقوع پیوسته است و به تدریج به پیچیده‌ترین سیر حرکتی خود می‌رسد، دیجیتالی‌بودن زندگی بشر است. از این برهه تاریخی بشر به عصر دیجیتال یاد می‌شود که در آن بشر با انبوهی از داده‌ها مواجه می‌شود (Manuel, 1996) و لذا شاید بتوان گفت مهم‌ترین یا حداقل یکی از مهم‌ترین عناصر تشکیل‌دهنده عصر دیجیتال را داده‌ها تشکیل می‌دهند. این داده‌ها صرفاً یک پدیده دیجیتالی، اجتماعی و یا اقتصادی نیست، بلکه تبدیل به یک پدیده حقوقی شده است و لذا در دنیای امروزی مقررات حقوقی متعددی برای آن در نظر گرفته‌اند.

شناسایی داده‌ها به‌عنوان یک پدیده حقوقی که سرمنشأ مسائل حقوقی متعدد است، به‌شدت تحت‌تأثیر اهداف و انگیزه‌های به‌کارگیری داده‌هاست و لذا از این حیث داده‌ها، «بر اساس رسانه‌ای که در آن تحقق می‌یابد» به آنالوگ و دیجیتالی؛ بر اساس «منبع شناخت آن» به خام و مشتق شده، «بر اساس تعلق به افراد یا کل کشور» به عمومی یا خصوصی و نهایتاً بر اساس «محتوا» به داده‌های شخصی، داده‌های غیرشخصی و داده‌های ناشناس تقسیم می‌شوند (Chrobak, 2018, pp. 254-255). هرکدام از داده‌های مذکور به‌فراخور کارکردی خودشان منشأ مسائل حقوقی متعدد شده است؛ به‌عنوان مثال در تقسیم براساس منبع شناخت سخن از پردازش داده‌های شخصی به‌میان آمده است یا براساس تعلق آن به افراد یا عموم جامعه سخن از آزادی اطلاعات مطرح شده است. در همین راستا تقسیم داده‌ها براساس محتوا منجر به ظهور مسائل حقوقی پدیده، جنجالی و اختلافی شده است که عمدتاً در کشورهای مختلف با عنوان «مقررات داده‌های شخصی» شناخته می‌شوند.

بیشتر مقررات مذکور، داده‌های «شخصی» را به‌عنوان داده‌ای معرفی کرده‌اند که هویت یک شخص حقیقی (در مقابل شخص حقوقی) را شناسایی یا امکان شناسایی آن را فراهم می‌کند. به‌عنوان مثال بند ۱ ماده ۴ GDPR، «داده‌های شخصی» را به معنای هرگونه

اطلاعات مربوط به یک شخص حقیقی شناخته‌شده یا قابل‌شناسایی، موضوع داده‌ها می‌داند. تجزیه و تحلیل این مفهوم، مبتنی بر سه مؤلفه اصلی است که در تعریف داده‌های شخصی قابل‌تفکیک است، یعنی: تمام اطلاعات، شناسایی یا قابل‌شناسایی و شخص حقیقی. این سه مؤلفه یکدیگر را تکمیل و با همدیگر تعیین می‌کنند که آیا اطلاعات خاصی باید داده‌های شخصی در نظر گرفته شوند یا خیر. درمقابل داده‌های «غیرشخصی» داده‌هایی هستند که هویت یک شخص حقیقی (در مقابل شخص حقوقی) را شناسایی یا عدم شناسایی آن را فراهم می‌کند. به‌عنوان مثال، داده‌های اشخاص حقوقی، داده‌های جمع‌آوری شده از یک فرایند صنعتی، داده‌های زیست‌محیطی، داده‌های اقتصاد کلان، نتایج مالی و غیره. تبدیل داده‌های شخصی به یک پدیده حقوقی هرچند از لحاظ تاریخی قدمت قابل‌توجهی دارد؛ لیکن برخی از جوانب این پدیده از مسائل نوپدید است و نهادهای حقوقی سنتی، در رویارویی با پدیده‌های جدید به جهت اینکه تا پیش از لحظه رویارویی فرصت تعامل نداشته است، همواره دچار یک توقف یا تأمل می‌شود تا امر نوپدید را یا با ساختارهای سنتی خود هماهنگ سازد یا در مقابل آن مقاومت کند. مسئله انتقال‌پذیری داده‌ها و به‌طور خاص داده‌های شخصی نیز در تداوم این فرهنگ حقوقی چیزی کم نگذاشته است. در مورد این موضوع که «آیا داده‌های شخصی را می‌توان در چهارچوب قراردادها به دیگری انتقال داد یا نه؟» یا به عبارت دقیق‌تر، اینکه چنین داده‌هایی بتوانند موضوع یک قرارداد مالکیتی قرار بگیرند و یا به‌طور کلی موضوع مبادله تجاری قرار بگیرند، بحث‌های جدی مطرح می‌شود. همان‌طور که در سرتاسر پژوهش نمایان خواهد شد، با توجه به ابعاد این سؤال، مسئله انتقال‌پذیری اهمیت خود را یا از دست می‌دهد یا برجسته‌تر می‌شود. از آنجاکه چنین مسئله‌ای نیاز به توضیح بیشتری دارد، به‌منظور نظم‌دهی هر چه بیشتر، پژوهش حاضر در سه بخش مجزا مورد بحث قرار گرفته، در بخش اول دیدگاه موافقین و مخالفین انتقال‌پذیری مورد بحث قرار گرفته است و در بخش دوم به ارزیابی استدلال‌ها و تحلیل‌های موافقین و مخالفین پرداخته شده است و در نهایت در بخش سوم به راه‌حلی که توسط برخی از نویسندگان پیشنهاد شده است، پرداخته می‌شود.

۱. بیان دیدگاه‌ها

نویسندگانی که در حوزه انتقال‌پذیری داده‌های شخصی قلم‌فرسایی کرده‌اند، دو دیدگاه کلی در این زمینه ابراز داشته‌اند؛ برخی اصولاً با انتقال‌پذیری مخالفتی ندارند؛ هرچند از حیث توجیه و مستدل کردن دیدگاه خود، رویه یکسانی را نپیموده‌اند؛ در مقابل عده‌ای نیز با انتقال‌پذیری به مخالفت برخاسته‌اند (Prins, 2006, p. 272). این عده نیز به‌مانند گروه نخست تحلیل‌های نسبتاً مجزایی ابراز داشته‌اند. در این بخش به تبیین استدلال‌های هر دو گروه پرداخته خواهد شد.

۱-۱. دیدگاه پذیرش انتقال‌پذیری

براساس این دیدگاه که خاستگاه اصلی آن در حقوق آمریکاست و از اوایل ۱۹۹۰ روزبه‌روز بر دامنه خاستگاه آن افزوده می‌شود، داده‌های شخصی محصول موضوع داده است؛ بدین ترتیب که همان‌طوری که انسان در عالم ماده مالک شیئی می‌شود، در حوزه داده‌های شخصی نیز موضوع داده مالک داده شخصی است و جزء دارایی و اموال او شمرده می‌شود و در نتیجه به‌مانند دیگر اموال انسان، قابل انتقال به دیگران خواهد بود (Purtova, 2009, p. 507). این رویکرد که مفهوم داده‌های شخصی را از صاحب آن انتزاع می‌کند و آن را به‌عنوان یک محصول مستقل (یک ارزش اقتصادی) ارزیابی می‌کند، به‌طورکلی، مبتنی بر دو تحلیل عمده است: الف) داده‌های شخصی باید در محدوده حق مالکیت مالک واجد شرایط باشند یا ب) باید در محدوده حقوق مالکیت معنوی مالک واجد شرایط باشند. این مواضع به ترتیب در ذیل خواهد آمد.

۱-۱-۱. تحلیل براساس حقوق اموال

برخی از حقوق‌دانان آمریکایی امکان انتقال قراردادی را در قالب حقوق اموال تحلیل می‌کنند. بر اساس این دیدگاه که عمدتاً به نسخه‌هایی از ابرارگرایی یا پیامدگرایی و نیز دئونتولوژیک^۱ توسل می‌جوید، موضوع داده‌ها می‌تواند با استفاده از اختیارات و

1. Deontological argument

در اینجا، استدلال دئونتولوژیک در مقابل استدلال‌های پیامدگرایانه استفاده شده است. در حالیکه استدلال‌های پیامدگرایانه (Consequentialist arguments) همان‌طور که از نام آن پیداست- بر پیامدها یا نتایج یک عمل متمرکز است و برهانی است

فرصت‌های حفاظتی ارائه‌شده توسط حق مالکیت در صورت نقض غیرقانونی داده‌های خود، کنترل کامل را به دست آورد یا می‌تواند استفاده از آنها را «با یا بدون» ملاحظه معقول منتقل کند و نیز می‌تواند هر گونه روابط حقوقی از جمله روابط قراردادی را در حیطه داده‌های شخصی خود ایجاد کند (Kang, 1998, p. 1193; Litman, 2000, p. 1283;) (Bartow, 1999, p. 633).

این دسته از حقوق دانان استدلال‌های متعددی را به نفع دیدگاه خود مطرح کرده‌اند. برخی از نویسندگان اخیراً یک استدلال فلسفی جالب توجهی مبنی بر اینکه داده‌های شخصی با ماهیت مالکیت تضادی ندارد، ارائه می‌دهند (استدلال دئونولوژیک). ایده این است که اگر کار خود را با برخی از داده‌های شخصی ترکیب کنید، خواه داده‌های مربوط به خودتان یا دیگری باشد، حداقل مالکیت جزئی بر آنها به دست خواهید آورد. (DaCosta, 2021, p. 36) (Cheneval, 2018; 36) محور استدلال او تکیه بر این استدلال آزادی خواهانه جان لاک است:

مقدمه ۱: اگر افراد مالک اصلی شخصیت، بدن و ذهن خود باشند، اختلاط کار آنها با چیزی غیرمالکیتی موجب ایجاد حقوق مالکیت بر آن چیز می‌شود.

مقدمه ۲: افراد صاحبان اصلی شخصیت، بدن و ذهن خود هستند.

نتیجه: اختلاط نیروی کار شخص با چیزی که مالکیت ندارد، موجب ایجاد حقوق مالکیت بر آن چیز می‌شود (Jakob, 2021, p. 279)

به عبارت دیگر ادعای مالکیت در مورد داده‌های شخصی از این شهود ناشی می‌شود که افراد صاحبان اصلی شخصیت، بدن و ذهن خود هستند و به همین دلیل نیز مالکیت بر اطلاعاتی که هویت شخصی آنها را تشکیل می‌دهد و یا توسط فعالیت‌های ثبت داده‌های خصوصی آنها ایجاد می‌شود، با همین شهود توجیه می‌شوند. کسی که مالک اصل است، مالک آنچه از اصل انتزاع می‌شود (فرع) نیز می‌شود. بنابراین، اگر اطلاعات توسط فعالیت

که اجازه می‌دهد یک عمل یا رویداد بر اساس پیامدهای مطلوب یا نامطلوب آن ارزیابی گردد؛ استدلال‌های دئونولوژیک، به جای توجه به بهترین پیامدها، به یک عمل آنگونه که فی‌نفسه ایجاب می‌کند، توجه دارد.

Walton, D. (1999). Historical Origins of Argumentum ad Consequentiam. *Argumentation* 13, 251–264, 252.

خود شخص یا با مشارکت او در چنین فعالیتی به صورت دیجیتالی پردازش شود، باید در مالکیت و کنترل او باشد. با پذیرش این نکته مالک داده باید توجه داشته باشد که می‌تواند ... ادعای جزئی در مورد مزایای ناشی از فعالیت‌های اقتصادی داشته باشند که از داده-

های شخصی آنها به‌عنوان منبع استفاده می‌کند.» (Cheneval, 2018, p. 4)

برخی از حقوق دانان برخلاف استدلال دئوتولوژیک، از استدلال‌های ابزارگرایانه یا پیامدگرایانه در مورد توجیه ایده مورد بحث، استفاده می‌کنند. آن‌ها استدلال می‌کنند: از آنجایی که افراد به‌عنوان بخشی از یک جامعه زندگی می‌کنند، نمی‌توان از تعاملات آن‌ها در جامعه و اطلاعات شخصی‌شان به‌طور مطلق محافظت کرد. اما حقی وجود دارد که به مردم حق مطلق تصرف و دفاع از دارایی‌شان را در برابر اشخاص ثالث می‌دهد و آن حق مالکیت است. برای اینکه افراد نه‌تنها از داده‌های شخصی خود محافظت کنند، بلکه از داده‌های خود نیز استفاده کنند، لازم است پذیرفته شود که داده‌های شخصی با حقوق مالکیت مرتبط است. حق مالکیت قاعداً در زمره حقوق اساسی پذیرفته شده و از این حیث حقی خارج از اختیارات قانون‌گذار تلقی می‌شود. براین اساس، نمی‌توان اختیار تصرف در حق مالکیت را به هیچ قدرت مسلطی غیر از رضایت مالک واگذار کرد. (Hazel, 2020, pp. 1074-1078). در واقع مطابق این استدلال هیچ نظامی به‌اندازه نظام حقوق مالکیتی در دفاع از داده‌های شخصی افراد موفق نیست.

از نظر نظریه پردازان تحلیل اقتصادی مانند ورا برگلسون، ملاک ترجیح یک قاعده بر قاعده دیگر «کارایی» است. در اینجا نیز نظام مالکیت ترجیح آشکاری بر نظام حقوق شبه جرم (حقوق بشر یا حقوق شخصیت و به‌طور کلی حقوق کیفری) دارد. (Bergelson, 2003, p. 379)؛ چراکه اولاً حقوق شبه جرم بر حمایت از موضوع داده تنها پس از وقوع نقض حقوق تمرکز می‌کند و قادر بر جلوگیری از چنین نقض‌هایی در آینده نیست؛ ثانیاً، حفاظت ارائه‌شده توسط حقوق شبه جرم اثربخشی کمی دارد؛ زیرا ممکن است صرفاً علیه متخلف اعمال شود. با این حال، در عمل شناسایی متخلف در حوزه حفاظت از داده‌ها به جهت سرعت بسیار بالای انتقال از فردی به فرد دیگر بسیار دشوار است. (Purtova, 2009, p. 512)؛ ثالثاً و مهم‌تر از همه، مهم‌ترین امتیاز انتخاب نظام مالکیت بر شبه جرم این است که

استحقاق [یک دارایی] تا حدی توسط قاعده مالکیت محافظت می‌شود که شخصی که می‌خواهد آن استحقاق را از دارنده آن محروم کند، باید آن را در یک معامله داوطلبانه که در آن ارزش استحقاق مورد توافق فروشنده است، از او خرید کند (Calabresi & Melamed, 1972, p. 1079). برعکس، قاعده مسئولیت (از جمله شبه‌جرم)، از «یک استحقاق» به این معنا محافظت می‌کند که دارندگان هر زمان که این حق بدون رضایتشان سلب می‌شود، باید غرامت دریافت کنند، ارزش این استحقاق «توسط برخی ارگان‌های دولت تعیین می‌شود، نه توسط خود طرفین»؛ این در حالی است که قانون مالکیت به کمترین میزان مداخله دولت نیاز دارد؛ بنابراین قاعده مالکیت کارآمدترین است، مگر اینکه شرایط خاصی وجود داشته باشد. (Calabresi & Melamed, 1972, p. 1010)

همسو با این نظریه اما با استدلالی متفاوت، جری کانگ معتقد است برداشت‌های غیربازاری قانع‌کننده‌ای از حریم خصوصی وجود دارد که حریم خصوصی را یک ارزش انسانی می‌داند و چنین رویکردی حق بر حریم خصوصی را کمتر شبیه حق مالکیتی می‌داند که به راحتی آن را در بازار می‌فروشیم (Kang, 1998, p. 1265). باین وجود، او از رویکرد بازار حمایت می‌کند؛ به این دلیل که رویکرد حقوق بشر اتخاذ قواعد سلب‌ناپذیری را پیشنهاد می‌کند که «به همان اندازه که ممکن است حریم خصوصی را در برابر حملات بخش خصوصی تقویت کند، خطر واگذاری کنترل حریم خصوصی اطلاعات به دولت را در پی دارد.» علاوه بر این، اجرای دقیق یک قاعده سلب‌ناپذیری می‌تواند دولت را ملزم به نظارت اساسی بر تعاملات خصوصی کند و در نتیجه به حریم خصوصی افراد تجاوز کند (همچنان که برای بسیاری دیگر، ر.ک: Westin, 1967, p. 324; Fried, 1968, p. 482).

از سوی دیگر، مورفی بر اساس دوگانگی بین قاعده پیش‌فرض «حفاظت» یا «عدم حفاظت از» حریم خصوصی، به نفع مالکیت فردی در داده‌های شخصی استدلال می‌کند (Murphy, 1996, p. 2381) که در نوع خود استدلال اقتصادی محکم‌تری است. براساس قاعده نخست، صرفاً داده‌های شخصی «خصوصی» به موضوع داده و بر اساس قاعده دوم، این اختیار در ابتدا به گردآورنده داده اختصاص داده می‌شود. باین حال، هیچ یک از این دو قاعده بر دیگری مرجح نیست، چرا که در دنیای فرضی که هزینه‌های معامله در حداقل

باشد، تخصیص اولیه اهمیتی ندارد؛ زیرا طرفی که ارزش بیشتری قائل است، به نفع خود مذاکره خواهد کرد (Ibid, 2381).

با این وجود، به عقیده مورفی، در دنیای واقعی که هزینه‌ها وارد معاملات می‌شود، مزایای اقتصادی قابل توجهی برای حفاظت از حریم خصوصی شخصی وجود دارد. از آنجایی که در محاسبات سودمندی، نه تنها ارزش‌های مالی، بلکه برخی از ارزش‌های روانی مانند شرم یا ذوق محرمانه به حساب می‌آیند، عدم افشا ممکن است کارآمدتر از افشای پیش فرض باشد، «محدود کردن افشای اطلاعات ممکن است هر زمان که فرد مربوطه به هر دلیلی غیر از فریب دادن، برای حریم خصوصی خود ارزش زیادی قائل باشد.» به علاوه، خطر افشا، آثار سوء بر ترک ترجیحات فردی و یا اعمالی که می‌تواند ارزش مثبتی داشته اما مستلزم تنبیه اجتماعی باشند، شود (Ibid, 2397).

این تحلیل به این نتیجه ختم می‌شود که در دنیای واقعی، حسب آنکه حریم خصوصی برای صاحب اطلاعات چه میزان ارزش دارد، موضوع افشا یا عدم افشا قرار گیرد. در نتیجه، داشتن حق مالکیت فردی در اطلاعات شخصی تنها جایگزین برای عدم حفظ حریم خصوصی و دیدگاه‌های رقیب دیگر است (Ibid, 2409). هر قانون جایگزین (مسئولیت) تنها انتقال داده‌های شخصی را تضمین می‌کند، البته در مقابل برخی از جبران خسارت‌های تعریف شده عینی. نسخه‌های باقی‌مانده از استدلال فایده‌گرایانه برای مالکیت بر همان درک مالکیت استوار است.

۱-۱-۲. تحلیل براساس حقوق مالکیت فکری

در مقابل تحلیل نخست، برخی از تحلیل‌گران در قالب حقوق مالکیت فکری به نفع مالکیت داده‌های شخصی استدلال می‌کنند. منظور از حقوق فکری، حقوق شخص بر فرآورده‌های فکری خود است.

در این رویکرد یک ارتباط مبتنی بر هدف بین حق حمایت از داده‌های شخصی و مفهوم مالکیت معنوی که هدف آن حمایت از حقوق معنوی است، برقرار می‌شود (Zittrain, 2000, p. 1203; Bartow, 1999, p. 685, 693; Lessig, 2002, p. 201). زیربنای حفاظت از داده‌های شخصی، حفاظت از اطلاعات و کنترل توزیع آن است

درست مانند حمایت از حقوق معنوی یا فکری)، در نتیجه، هر دو نهاد از نظر هدف یکسان هستند (Prins, 2006, p. 279; Samuelson, 2000, p. 1134). این امر، مشابه حقوق و اختیارات یک شخص بر داده‌های خود در قانون حفاظت از داده‌های شخصی است. این دیدگاه، تأکید می‌کند که اهداف حفاظت از اثر نویسنده در چارچوب قوانین مالکیت معنوی و حفاظت از داده‌های صاحب داده از نظر حفاظت از اطلاعات و کنترل توزیع اطلاعات مشابه است.

۱-۲. دیدگاه عدم پذیرش انتقال‌پذیری

حقوق دانان اروپایی به‌طور گسترده و حقوق دانان آمریکایی به‌طور جزئی تمایلی به امکان انتقال قراردادی داده‌های شخصی ندارند (Prins, 2006, p. 272)؛ آن‌ها برای توجیه دیدگاه‌های خودشان متوسل به دو نوع تحلیل شده‌اند: تحلیل براساس حقوق بشر و تحلیل براساس حقوق شخصیت.

۱-۲-۱. تحلیل براساس حقوق بشر

ایده حقوق بشر که گاهی از آن به حقوق طبیعی و حقوق اساسی تعبیر می‌کنند، به این معناست که هر فردی برای آزادی‌ها و مزایای معینی از جامعه خود مطالبات مشروعی دارد (Henkin, 1989, p. 10-16). به این معنا، «حق بشر»: «... یک حق اخلاقی جهانی است؛ آنچه که همه انسان‌ها در همه جا و همیشه باید داشته باشند... چیزی که متعلق به هر انسانی صرفاً به‌خاطر انسان بودنش است» (Cranston, 1973, p. 36).

در گفتمان نظری، داده‌های شخصی به روش‌های متفاوتی با رویکرد انسان‌گرایانه یا حقوق بشری پیوند می‌خورد. در گفتمان آمریکایی، این پیوند عمدتاً با ارجاع به حق حریم خصوصی و در گفتمان اروپایی قاره‌ای، با ارجاع مستقیم به مفاهیم حقوق بشر و یا حقوق بنیادین شکل می‌گیرد (Prins, 2004, p. 2; Rempell, 2006, p. 814)؛ با این وجود نام کمترین اهمیت را دارد؛ چراکه همان‌طور که دانیل سولوو به درستی اشاره می‌کند «حریم خصوصی (...) مفهومی در هم ریخته است. هیچ کس نمی‌تواند معنی آن را بیان کند. در حال حاضر، حریم خصوصی یک مفهوم گسترده است که شامل (از جمله موارد دیگر)

آزادی فکر، کنترل بر بدن، خلوت در خانه، کنترل بر اطلاعات شخصی، آزادی از نظارت، حفاظت از آبرو و حفاظت از تفحص و بازجویی است» (Solove, 2008, p. 420). طرفداران این رویکرد استدلال‌های نسبتاً قوی به نفع موضع خود ارائه می‌دهند که عمدتاً با تجزیه و تحلیل مفاد مقررات حفاظت از داده‌های شخصی (GDPR) از جمله ماده ۸۸ پشتیبانی می‌شود (Lynskey, 2013, p. 59)؛ همچنان‌که بند یک ماده ۸ منشور حقوق اساسی اتحادیه اروپا که مقرر می‌دارد: «هرکس حق دارد از اطلاعات شخصی خود حفاظت کند» بر صبغه حق بشری بودن آن تصریح دارد؛ خصوصاً اینکه ماهیت اساسی منشور حقوق اساسی و آزادی‌های اتحادیه اروپا (CFR) بر غیرقابل انصراف بودن حق حفاظت داده‌ها دلالت دارد که اساساً با حقوق مالکیت ناسازگار است (Buttarelli, 2016, pp. 77-78). فارغ از چنین مقرراتی، برخی از نویسندگان به لحاظ تحلیل نظری، هنوز طور دیگری فکر می‌کنند و در جایی که مقررات حقوقی غایب است، تحلیل نظری و مبنای محکمی ارائه می‌دهند. ون دن هوون، در پشتیبانی از این رویکرد، از استقلال اخلاقی و کرامت انسانی موضوع داده صحبت می‌کند که به نوبه خود، اولیت را در دومی ذاتی می‌بیند. به عقیده او، فقدان حریم خصوصی ممکن است افراد را در معرض نیروهای خارجی قرار دهد که بر انتخاب‌هایشان تأثیر می‌گذارد و آنها را به تصمیم‌گیری وادار می‌کند که در غیر این صورت نمی‌گرفتند. نظارت انبوه منجر به وضعیتی می‌شود که در آن افراد به طور معمول، سیستماتیک و پیوسته به انتخاب و تصمیم‌گیری می‌پردازند؛ زیرا می‌دانند دیگران آنها را زیر نظر دارند. این بر وضعیت آنها به‌عنوان موجودات خودمختار تأثیر می‌گذارد. ون دن هوون، سپس داده‌های شخصی را از منظر ارتباط با حیثیت و کرامت انسانی تحلیل می‌کند. بنابر عقیده وی، توانایی تشخیص افراد بر اساس داده‌های کلان آنها یک بی‌حیائی معرفتی و اخلاقی است (...). و به این واقعیت که انسان‌ها سوژه‌هایی با حالت‌های ذهنی خصوصی هستند، احترام نمی‌گذارد و این نقض احترام افراد، مستقیماً منجر به نقض کرامت انسانی می‌شود (van den Hoven, 2024).

به‌هرروی، استدلال‌های اخیر عمده استدلال‌هایی است که به نفع رویکرد حقوق بشری مطرح شده است و تلفیق این رویکرد با ویژگی‌های حقوق بشر پیشاپیش با انتقال قراردادی

و به‌طورکلی بهره‌برداری تجاری از داده‌های شخصی را سخت و بلکه غیرممکن می‌کند؛ زیرا یکی از عمده‌ویژگی‌های حقوق بشر یا حقوق طبیعی، سلب‌ناپذیری آن است؛ چراکه درک مرسوم این است که این حقوق، حقوق مطلق هستند و هرگز نمی‌توان آنها را با ملاحظات دیگر نادیده گرفت (Van De Veer, 1980, p. 165-176).

1-2-2. تحلیل براساس حقوق شخصیت

حق شخصیت در معنای عام خود، به حق فرد نسبت به تمام دارایی‌هایی اطلاق می‌شود که او را قادر می‌سازد از حیثیت خود در جامعه محافظت کند و شامل ارزش‌هایی است که فرد را تبدیل به یک شخص می‌کند. در عرصه حقوق عمومی وقتی در مورد این حق صحبت می‌کنیم معمولاً در چارچوب ادبیات «حقوق طبیعی» یا «اساسی» بحث می‌شود. به‌هرروی، اگرچه به‌عنوان یک تحول تاریخی، حقوق شخصی در درجه اول توسط قواعد حقوق عمومی حمایت شده است تا مردم بتوانند دارایی‌های مادی و معنوی خود را علیه دولت توسعه دهند، اما باگذشت زمان، این حق در حوزه حقوق مدنی نیز باهدف لزوم حمایت از آن در برابر اشخاص حقوق خصوصی گنجانده شد. در واقع، در این بخش، حفاظت از حقوق شخصیت و داده‌های شخصی در محدوده قانون مدنی موردتوجه قرار گرفته است؛ امری که باعث می‌شود از رابطه میان دولت و ملت (رابطه عمودی)، به رابطه ملت با ملت (رابطه عرضی) برسیم. به‌علاوه، نباید فراموش کرد که اگرچه دو رویکرد از یک منبع تغذیه می‌کنند (و اساساً دلیل شباهتشان در آثار نیز همین نکته است) و ممکن است داده‌های شخصی با هر یک از ارزش‌های حقوق بشر (تمامیت فیزیکی، شرافت و حیثیت، محرمانه بودن و غیره) مرتبط باشد، بااین‌وجود، برخی از حقوق شخصیت به این معنا لزوماً به نیروی فوق‌العاده حقوق بشر نمی‌رسد.

در همین راستا، در دکتترین اروپایی، تحلیل‌های مشاهده می‌شود که سعی می‌کند به‌جای تمرکز بر تحلیل حقوق بشر، بر تحلیل در قالب حقوق شخصیت متمرکز شود. مطابق این تحلیل، داده‌های شخصی با حمایت از حقوق شخصی مرتبط است و در نتیجه با پذیرش اینکه داده‌های شخصی مربوط به حقوق شخصی است، مقررات حفاظت از شخصیت در مورد داده‌های شخصی نیز اعمال خواهد شد. دامنه حقوق شخصیت به معنای وسیع‌تر از

مفهوم شخصی متشکل از حقوق و اهلیت عمل است و حق شخصیت را نیز شامل می‌شود که ارزش‌های شخصیتی را در بر می‌گیرد. طرفداران حقوق شخصی استدلال می‌کنند که داده‌های شخصی دارای ارزش خصوصیت‌های شخصی است

(Bergkamp, 2002, p. 33; Jes Prins, p. 2004: 2; Samuelson, 2000, p. 1128). بنابراین، حق درخواست حفاظت از داده‌های شخصی دارای ویژگی‌هایی است که مانند یک حق شخصی، بدون ارزش مادی و عدم امکان چشم‌پوشی یا انتقال حق است و باید طبق مقررات حمایت از حقوق شخصیت محافظت شود.

برخی دیگر از این تحلیل‌گران، فارغ از ارزش ذاتی حق شخصیت، بر آسیب‌هایی که بر حق شخصیت وارد می‌شود، متمرکز می‌شوند. مطابق این استدلال در یک جامعه اطلاعاتی، آسیب‌پذیری جدیدی در برابر آسیب‌های گسترده ناشی از فناوری نوین وجود دارد که بر اساس سرقت داده‌های شخصی، سرقت یا کلاهبرداری هویت یا آسیب مستقیم بر اساس اطلاعات شناسایی و یا حتی ایجاد شهرت انجام می‌شود و بدین ترتیب حق شخصیت افراد که از ارزش ذاتی برخوردار است، در معرض آسیب جدی قرار می‌گیرد.

محدود کردن آزادی دسترسی به اطلاعات افراد - که می‌تواند باعث ایجاد آسیب به او شود - بر اساس اصل عدم آسیب‌رسانی، با استدلال فایده‌گرایانه «میل» نیز قابل توجیه است؛ بدین ترتیب، همان‌گونه که محدود کردن دسترسی به سلاح گرم، آزادی فردی را محدود می‌کند؛ ولی درعین حال آسیب را کاهش می‌دهد، حفاظت از اطلاعات هویتی نیز اگرچه آزادی معرفتی برای دانستن آن اطلاعات را کاهش می‌دهد؛ اما هم‌زمان احتمال آسیب رساندن به شخصیت افراد را نیز کاهش می‌دهد (Van De Veer, 1980, p. 165-176). به‌واقع جلوگیری از آسیب مبتنی بر اطلاعات، دلیل اخلاقی محکمی جهت محدودیت دسترسی به داده‌های شخصی است (Van De Veer, 1980, p. 165-176) و این به نوبه خود پیوند آن، با حقوق شخصیت، را با اذعان به تعلق دائمی آسیب به موضوع داده، نشان می‌دهد و رویکرد حاضر را از رویکرد حقوق بشری نیز واضح‌تر تمییز می‌دهد.

۲. ارزیابی دیدگاه‌ها

پذیرش انتقال‌پذیری داده‌های شخصی از طریق ایجاد «مالکیت داده» در قالب حقوق مالکیت یا حقوق مالکیت معنوی به‌طور اخص یا عدم پذیرش انتقال‌پذیری داده‌های شخصی از طریق گرایش به‌سوی ارزیابی انسانی از داده‌های شخصی در قالب رویکرد حقوق بشر یا حقوق شخصیت به‌معنای مدنی آن، اغلب بدون تحلیل کافی از توجیه اجتماعی و اقتصادی و بدون توضیح مشکلات احتمالی در طراحی و اجرای آن انجام می‌شود؛ لذا غالباً در این‌گونه نظریات که اطلاق‌گرایی از صفات بارز آن‌هاست، توأم با چالش‌ها و مشکلات مرتبط است. بدین ترتیب، در این بخش کاستی‌های دو رویکرد موردارزیابی قرار می‌گیرد.

۲-۱. نقد رویکرد پذیرش انتقال‌پذیری

همان‌طوری که سابقاً مطرح شد، انتقال‌پذیری داده‌های شخصی مبتنی بر حقوق اموال و حقوق مالکیت معنوی بود؛ در این بخش به ارزیابی هر دو دیدگاه پرداخته خواهد شد. به‌نظر می‌رسد این دیدگاه با مشکلات و اشکالات عدیده‌ای مواجه است؛ اشکالاتی که به‌تبع آن می‌توان گفت این دیدگاه و تحلیل‌های موجود به مراتب از دیدگاه مخالفین ضعیف‌تر است و حتی بالاتر از آن می‌توان آن را ادعای غیرمنطقی دانست. به‌هرروی این دیدگاه با چهار انتقاد کلی مواجه است.

۲-۱-۱. استدلال‌های طرفداران انتقال‌پذیری ناتمام است

درباره استدلال دئوتولوژیک مربوط به نظام مالکیت، مقدمات استدلال چنوال، نادرست و در بهترین حالت، ناسازگار به نظر می‌رسد. اولاً مقدمه اول چنوال (ایجاد حقوق مالکیت بر امر غیرمالی، در نتیجه اختلاطش با تز خودمالکیتی^۱) آشکارا نادرست به نظر می‌رسد؛ چرا

^۱. تز خودمالکیتی :

Self Ownership Thesis

تز خودمالکیتی به این معناست که: «افراد، صاحبان اصلی شخصیت، جسم و ذهن خود هستند. به نظر می‌رسد ایده چنوال این است که داده‌های مربوط به خویش، بخشی از آنچه این خویش را تشکیل می‌دهد، هستند و بنابراین تز خودمالکیتی در مورد داده‌های شخصی نیز اعمال می‌گردد.»

(See: Jakob, 2021, p. 279)

که به این نتیجه غیرمستقیم ختم می‌شود که دیگران می‌توانند مالک اطلاعات شخصی ما بشوند، اگر قبل از ما کار خود را با آن مخلوط کنند. این مقدمه با مقدمه دوم او (افراد مالک اصلی شخصیت، بدن و ذهن خود هستند) نیز ناسازگار است؛ اگر مقدمه دوم درست باشد، چنوال توضیح خود را درباره نحوه مالکیت جزئی افراد بر داده‌های شخصی دیگران از دست می‌دهد، زیرا توضیح او بر مقدمه اول متکی است (Jakob, 2021, pp. 279-283).

در خصوص استدلال پیامدگرایانه نیز، اولاً انتقادی که بدان وارد است، این است که از ایده حمایت مطلق در برابر اشخاص ثالث، حمایت می‌کند و تصور می‌شود که داده‌های شخصی دارنده حقوق از این طریق (حقوق مالکیت) بیشتر محافظت می‌شود. این امر مستلزم یک کالا، دارایی یا چیزی است که موضوع داده دارای اختیار کامل برای دفع آن است. این باید ارزشی داشته باشد که بتوان آن را با پول اندازه‌گیری کرد و برای مبادله و انتقال مناسب باشد. با این حال، داده‌های شخصی ممکن است ارزشی نداشته باشند که بتوان آن را با پول اندازه‌گیری کرد؛ مانند برخی از داده‌های شخصی کم‌ارزش، همچون عکس گرفتن در یک عروسی یا همچنان که ممکن است تعیین ارزش بازاری آن ممکن نباشد و یا بسیار دشوار باشد و حتی چه بسا ممکن است برای مبادله و انتقال مناسب نباشد، مانند اکانت فیکس که دارای محتوای خاصی نیست؛ در نتیجه قدرت تصرفی که موضوع می‌تواند بر چنین مال یا ملکی اعمال کند، بسیار محدود خواهد بود.

۲-۱-۲. انتقال‌پذیری با ماهیت مالکیت در تعارض است

قوی‌ترین شکل تخصیص حقوق، حقوق مالکیت است که بر اساس ماده ۱۴۰ قانون مدنی در شایع‌ترین شکل خود توسط قرارداد و تعهدات حاصل می‌شود و از فردی به فرد دیگر منتقل می‌شود (ماده ۳۰ قانون مدنی). همچنین چنین حقی دارای ویژگی مطلق بودن (ماده ۳۰ همان)، انحصاری (ممانعت از دخالت و تصرف دیگران، نک: اصل ۴۰ و ۴۷ ق.ا؛ ماده ۳۱ قانون مدنی) و دائمی بودن است (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۵۵-۱۰۷). وقتی داده‌ای در ازای خدمات کنترل‌گر ارائه می‌شود، تردید وجود دارد که این ارائه داده تا چه حد اختیار ایجاد می‌کند (به عبارت دیگر، مشکوک بودن مفهوم ملک، نک: ماده ۲۹ قانون مدنی؛ کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۰۳-۱۰۴؛ محقق داماد، سید مصطفی، ۱۴۰۶، ج ۱: ۱۷). آیا

به‌راستی در این تبادل حقوقی، حق مالکیتی شکل می‌گیرد و باعث ورود داده‌های شخصی فرد موضوع داده به دارایی کنترل‌گر داده می‌شود؟

با این حال، انتقال‌پذیری داده‌های شخصی با استمداد از حقوق مالکیت با ویژگی‌های سه‌گانه مالکیت سازگار نیست. با این توضیح که حق مالکیت کلیه اختیارات استفاده، بهره‌مندی و واگذاری کالا را به مالک اعطا می‌کند و این توانایی شخص مربوط در استفاده از داده‌های شخصی با ماهیت داده‌های شخصی ناسازگار است. در واقع، در صورت وجود حق مالکیت بر داده‌های شخصی، شخص مربوط می‌تواند با واگذاری مالکیت آن‌ها به شخص ثالث (با استفاده از قدرت خود) تمام اختیارات خود را بر آن داده‌ها به طور نامحدود به اشخاص ثالث واگذار کند و او دیگر نمی‌تواند از این اختیارات استفاده کند؛ از طرف دیگر، انتقال کامل حق مطلق بر ماهیت برخی از داده‌های شخصی یک شخص حقیقی (نه تنها حقوق استفاده)، مانند باورهای مذهبی، سابقه کیفری، ترجیحات جنسی، داده‌های بیومتریک، به شخص دیگری به معنای قانون مالکیت امکان‌پذیر نیست.

همچنین، تملیک، یعنی خروج از ملکیت فروشنده و ورود در ملکیت خریدار؛ و بارزترین اثر آن عبارت است از منع اشخاص ثالث از تصرف در آن؛ در حالی که داده چیزی نیست که از ملکیت یا دسترسی یا علم فروشنده خارج شود؛ لذا برخی اظهار اشاره می‌کند که داده‌ها و اطلاعات به جای فرسودگی (مثل چیزها) تمایل به افزایش و گسترش از طریق استفاده دارند. عنصر محدودکننده دیگر خود منبع نیست، بلکه زمان و ظرفیت محاسباتی موجود برای پردازش داده‌ها و اطلاعات است. داده‌ها قابل تراکم و با سرعت نور قابل انتقال هستند و بر خلاف اشیا، نمی‌توانند موضوع روابط مبادله‌ای باشند (مثلاً پس از فروش یک ایده، خریدار و فروشنده همچنان آن را دارند)؛ بنابراین، مفاهیم حقوق مالکیت با این «منبع بی‌قرار» تناسب چندانی ندارند (Cleveland, information as resource).

از همه مهم‌تر مشخصاً ویژگی دائمی بودن مالکیت بیش از باقی ویژگی‌ها مرتبط و تعیین‌کننده است. در نتیجه‌ی چنین مواجهه و برخوردی، طبقه بندی قراردادهای داده شخصی بر اساس قراردادهای موجب مبادله و یا انتقال باید به عنوان یک احتمال تحلیلی ضعیف رد شود. با توجه به حق خودسری ارائه‌دهنده داده در زمینه مبادله مبتنی بر داده

از نظر پس گرفتن رضایت-، چنین ویژگی صرفاً می‌تواند آن دسته از قراردادهایی را نشان دهد که در آن خدمات ارائه‌دهنده (مانند ارائه دائمی یک پلتفرم) بر اساس نهادهای حقوقی که قابلیت تملیک و تملک را دارند، واجد شرایط بوده و الزامات آن‌ها را برآورده کند. به‌علاوه، نباید فراموش شود که گنجاندن این نوع قراردادها ذیل عقود تملیکی با یک مشکل دیگر مواجه خواهد شد: به این صورت که چنین گنجاندنی به‌ویژه برای قراردادهای مبادله‌ای مبتنی بر داده‌ها در بستر اینترنت که به شکل «تعهدات مستمر و بلندمدت» است، شکست خواهد خورد. این مشکل در انتقال داده‌های شخصی و کسب رضایت حفاظت از داده‌ها برای پردازش داده‌های آن‌ها، در تمام دوره رابطه مبادله نهفته است؛ به این صورت که قرارداد یادشده، دارای ویژگی‌های یک تعهد مستمر است و با یکبار انجام شدن تعهدات به‌خصوص کنترل‌گر تمام نمی‌شود؛ حقیقتی که در عقود تملیکی مانند بیع که مبتنی بر تبادل فوری به محض انعقاد قرارداد هستند (ماده ۳۶۲ قانون مدنی؛ جهت مطالعه تفصیلی در خصوص زمان انتقال مالکیت میب، نک: قنواتی، جلیل. (۱۳۸۲). مطالعه تطبیقی زمان انتقالی مالکیت در عقد بیع. مجله علمی «حقوق خصوصی»، ۱(۵)، ۲۹-۶۱، صص ۴۸-۴۹) دیده نمی‌شود. با توجه به آنچه گفته شد، یعنی تعارض با ویژگی مطلق، انحصار و خصلت استمرار مالکیت، صحبت از انتقال‌ناپذیری داده‌های شخصی مسلم است.

در تأیید و توضیح نکات اخیر، در سطح قانون‌گذاری، این ادعا قابل رویت و تقویت است. ماده ۵ قانون تجارت الکترونیکی در مقام پذیرش اصل توافق راجع به داده‌های شخصی مقرر می‌دارد: «هرگونه تغییر در تولید، ارسال، دریافت، ذخیره و یا پردازش داده پیام با توافق و قرارداد خاص طرفین معتبر است.» همچنین ماده ۵۸ همین قانون نیز نسبت به داده‌های حساس «رضایت صریح» را شرط می‌داند و در نهایت بند الف ماده ۱۴ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات از موارد جواز دسترسی دیگران به داده‌های شخصی را رضایت وی («شخص ثالث به نحو صریح و مکتوب به افشاء اطلاعات راجع به خود رضایت داده باشد») می‌داند. علی‌رغم ظاهر این دو ماده و به‌ویژه ماده ۵، که مبین نوعی عقد است که ممکن است قابلیت انتقال و بهره‌برداری انحصاری را نیز در پی داشته باشد، استدلال

نظری و مواد دیگر همین قانون استنباط مخالف را تقویت می‌کند که این قاعده کلی تابع ضوابط و محدودیت‌های خاص و مهمی است.

از لحاظ قوانین موضوعه، دسترسی و کنترل موضوع داده به داده‌های مربوط به خود هرگز قطع نمی‌شود، امری که در سمبل عقود تملیکی مانند بیع (و قطع دسترسی بایع به مبیع، نک: ماده ۳۳۸ قانون مدنی) و اجاره (قطع دسترسی مالک به منافع عین مستأجره: ماده ۴۶۶ ق.م)، سراغ داریم (درباره این خصوصیت، نک: کاتوزیان ۱۳۹۲: ص ۱۰۵-۱۱۰).

بنابر بندهای «د» و «ه» ماده ۵۹ قانون تجارت الکترونیکی، شخص موضوع داده «باید به پرونده‌های رایانه‌ای حاوی (داده پیام)‌های شخصی مربوط به خود دسترسی داشته و بتواند (داده پیام)‌های ناقص و یا نادرست را محو یا اصلاح کند.» (همچنین عین همین حکم ر.ک: شیوه‌نامه تشخیص و تفکیک اطلاعات مربوط به حریم خصوصی و اطلاعات شخصی از اطلاعات عمومی، موضوع مواد ۱۴ و ۱۵ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات) و همچنین «بتواند در هر زمان با رعایت ضوابط مربوطه درخواست محو کامل پرونده‌ی رایانه‌ای (داده پیام)‌های شخصی مربوط به خود را بنماید». بنابراین، مسئله «رضایت» باعث نمی‌شود شخص موضوع داده کنترل خود را بر داده‌های شخصی خود از دست بدهد و صرفاً پردازش و بهره‌برداری توسط دیگری را ممکن و مشروع می‌سازد.

چنین حق انصرافی از ارائه رضایت به پردازش داده‌ها که با ماهیت عقود تملیکی در تضاد قرار دارد، بر مبانی مهم و عمیقی تکیه دارد که انتقال‌پذیری را نه فقط غیرممکن می‌سازد بلکه خود نیز موضوع محدودیت قراردادی نمی‌تواند قرار بگیرد (Kosta, 2020, p. 347).

پشتوانه این نظر در ادبیات داده‌های شخصی، به طور عمده به مفهوم بنیادی‌تر خودآیینی اطلاعاتی باز می‌گردد که سلب حقوق افراد بر داده‌های شخصی را غیرممکن می‌سازد و در هر صورت کنترل‌کننده این داده‌ها را فرد موضوع داده عنوان می‌کند. ایده و مفهوم خودمختاری اطلاعاتی، به حق و فرصت هر فرد برای تعیین اینکه کدام اطلاعات مربوط به خودش برای دیگران فاش می‌شود و برای چه اهدافی می‌توان از این اطلاعات استفاده کرد، اشاره دارد. همان‌طور که مشخص است، این ایده به حقوق شخصیت بازمی‌گردد که سلب‌ناپذیراند. باتوجه به اینکه قوانین ناظر بر داده‌های شخصی، مأخوذ از این

پشتوانه‌های نظری‌اند در تفسیر مواد قانونی در این حوزه بایستی این خصلت مورد توجه قرار گیرد. شاهد این گزاره را به‌خصوص بایستی مواد ۳ و ۴ قانون تجارت الکترونیکی عنوان کرد که در آن تفسیر قانون یادشده را در پرتو خصلت بین‌المللی قانون یادشده حکم می‌سازد.

۲-۱-۳. اهداف حقوق مالکیت در تعارض با اهداف حفاظت از داده‌های شخصی است

موضوع دیگری که باید مورد انتقاد قرار گیرد این است که از نظر اخلاقی انطباق حق استفاده تجاری که همراه با حق مالکیت داده‌های شخصی ایجاد می‌شود، اشتباه است؛ زیرا هدف اصلی حفاظت از داده‌های شخصی، جلوگیری از انتشار ناخواسته داده‌ها در مورد ساختار روانی، عاطفی و اجتماعی فرد است. با این حال، عملکرد حق مالکیت ذکر شده در بالا با دلایل زیربنای ایده حفاظت از داده‌های شخصی ناسازگار است. از نظر نگارندگان، پذیرش نظر مذکور شاید صاحب حقوق را قادر سازد تا از داده‌های خود از جمله جنبه مالی آن در مقابل اشخاص ثالث محافظت مطلق کند، اما با دادن اختیارات کامل به آن و تبدیل آن به کالای مبادله شده، داده‌های شخصی را کالایی می‌کند و آن را از فلسفه اساسی حفاظت بیگانه می‌سازد.

۲-۱-۴. انتقال‌پذیری در تعارض با برخی از قواعد حقوق قراردادهاست

علاوه بر نقدهای پیشین، اصولاً انتقال‌پذیری داده‌های شخصی چالش‌های جدی با برخی از قواعد حقوق قراردادهای دارد؛ بخشی از این چالش‌ها قابل حل است ولی بخش دیگری از آن قابل حل نیست. این چالش‌ها را می‌توان به دودسته مربوط به چالش‌های ماهوی و چالش‌های ناظر بر امور غیرماهوی به شرح ذیل تقسیم کرد.

الف) مالیت داشتن داده‌های شخصی

مطابق ماده ۲۱۵ قانون مدنی، از شرایط مورد معامله، مالیت داشتن آن است. با مراجعه مجدد به تعریف داده‌های شخصی، در نگاه نخست به نظر می‌رسد، با این ایده چندان قرابتی ندارد. با این وجود، اینکه داده‌های شخصی مال محسوب می‌شوند یا نه بستگی به تعریفی دارد که آن را برمی‌گزینیم.

در تعاریف فقها از مال عناصر مختلفی برجسته می‌شوند: برای برخی، «رغبت عمومی و ذخیره‌سازی برای انتفاع در وقت نیاز» (خویی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۳) و برای برخی دیگر، «منفعت یا خاصیت داشتن، قابلیت انتفاع، رغبت عقلا به پرداخت مابه‌ازاء و نهایتاً عدم نهی شارع از منفعت یا خاصیت آن شی (نائینی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۳۶۵). ملاک مال بودن است. به عقیده مرحوم حکیم، مال بودن ناشی از این است که شیء برای غرضی موجب رغبت مردم به آن باشد؛ به گونه‌ای که در آن خواستنی ایجاب می‌کند و برای آن رقابت و یا مناقشه می‌کنند و نهایتاً باید کمیابی نیز داشته باشد (حکیم، بی‌تا، ج ۱: ۳۲۵). در میان حقوق دانان، درحالی‌که کاتوزیان مال را چیزی می‌داند که دارای دو ویژگی مفیدبودن (رفع نیاز مادی یا معنوی) و قابل اختصاص یافتن به کسی، باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۲ ش، ص ۹؛ همچنین ببینید: مطهری، ۱۳۹۰، ج ۱۵: ۷۰۰-۷۰۳). جعفری لنگرودی در تعریف مال، صرفاً به رغبت فردی و ارزش اقتصادی آن تکیه می‌کند (۱۳۸۷ ش، ص ۵۹۵). به عقیده مرحوم امام (ره) اگر چیزی مطلقاً خالی از منفعت یا منفعت عقلایی باشد، اما در معامله‌ای خاص غرض عقلایی باشد موجب صحت و عقلایی بودن معامله می‌شود؛ همین رغبت و غرض عقلائی موجب ایجاد مالیت در آن چیز می‌شود (خمینی، ۱۴۳۴، ج ۳: ۷-۸). این دیدگاه به لحاظ منطقی، درست به نظر می‌رسد؛ زیرا اینکه عرف عام، چیزی مانند داده‌های شخصی را واجد ارزش اقتصادی یا منفعت نمی‌داند، بدین خاطر است که این یک موضوع نوپدید است، و هنوز عرف با آن آشنا نشده است؛ حال آنکه امروزه برای خواص واضح است که داده‌ها می‌توانند منبع ارزشمندی برای سازمان‌ها باشند، جایی که ارزش واقعی با مزایای موفقیت تجاری شرکت تعریف می‌شود. بسیاری از مدل‌های کسب‌وکار نوظهور مبتنی بر داده‌های شخصی کاربرانشان هستند و موفقیت مالی بازیگران بزرگی مانند گوگل، فیس‌بوک و توییتر نشان می‌دهد که این مدل‌ها چقدر می‌توانند سودآور باشند.

ب) عدم صدق مبیع بر داده‌های شخصی

دومین چالشی که داده شخصی با آن مواجه است، تنافی آن با ماده ۳۸۸ قانون مدنی و دیدگاه برخی از حقوق دانان و فقهیان است که بر باورند که موضوع بیع باید عینیت داشته

باشد. این دیدگاه گرچه طرفداران قابل توجهی در میان فقهیان دارد که با استناد به صحت سلب و تبادر و حتی ادعای اجماع از دیدگاه خود دفاع می‌کنند؛ ولی در مقابل برخی از فقیهان از این نظریه عدول کرده‌اند و با استشهاد به روایاتی که در آن از خدمت منافع سخن به میان آمده است، از دیدگاه خود دفاع کرده‌اند.

به‌هرروی به‌نظر می‌رسد این چالش نیز چالش جدی و مستحکمی نباشد؛ چراکه این چالش صرفاً در حوزه بیع است و شامل سایر قراردادها نمی‌شود؛ در نتیجه حتی با فرض پذیرش شرط عینیت، صرفاً عقد بیع را ممنوع می‌سازد، نه سایر قراردادها و از سوی دیگر از این نظریه امروزه استقبال چندانی نمی‌شود؛ لذا برخی اظهار داشته‌اند که شرط عینیت با ضرورت‌های اقتصادی امروزه سازگاری ندارد. آنچه که دیدگاه اخیر را تقویت می‌کند این است که شرط عینیت نه مستند قرآنی دارد و نه مستند روایی.

ج) عیب اراده

عنصر سازنده عقود عبارت است از اراده متعاقدين مبنی بر انعقاد عقد، خواه قائل به ضرورت ابراز آن باشیم و خواه نه؛ هرچند در فقه امامیه و حقوق ایران، تمایل به ضرورت ابراز اراده است. در مسیر این اراده که منجر به انعقاد عقد می‌شود، ممکن است، سلسله اتفاقاتی بیفتد که اراده متعاقدين را مخدوش کند و به تبع رضایت آن‌ها را تحت شعاع قرار دهد. از این اتفاق در حقوق به عیب اراده تعبیر می‌کنند که نمونه بارز آن را می‌توان در اشتباه متعاقدين دانست.

در داده‌های شخصی نیز غالباً اتفاقاتی می‌افتد که اراده صاحب داده مخدوش و معیوب می‌شود. توضیح مطلب اینکه مدل‌های رضایت آگاهانه مبتنی بر خودتعیین‌گری اطلاعاتی نمی‌توانند حفاظت کافی از افراد ارائه دهند، زیرا چنین مدل‌هایی دارای موانع بسیار زیادی هستند (Solove, 2013: see)؛ زیرا اولاً مردم خط‌مشی‌های حفظ حریم خصوصی را نمی‌خوانند؛ چراکه خواندن سیاست‌های حفظ حریم خصوصی و تصمیم‌گیری بر اساس این اطلاعات ممکن است زمان زیادی طول بکشد؛ بنابراین اغلب هر بار که رضایت درخواست می‌شود، اطلاعات بسیار گسترده از اطلاعات مورد نیاز در اختیار دیگران قرار داده می‌شود (Ibid, 1884-1885). یافته‌های مطالعات تجربی نیز صحت این

مطلب را تأیید می‌کند و نشان می‌دهد که افراد به‌سادگی هر زمان که با درخواست رضایت مواجه می‌شوند، رضایت می‌دهند، بدون اینکه از دامنه داده‌های درخواستی آگاه باشند و در نتیجه چنین مکانیزم‌هایی رضایت ناکارآمد هستند و ممکن است ارزش آنها مورد مناقشه باشد. ثانیاً حتی اگر مردم خط‌مشی‌ها را بخوانند و درک کنند، اغلب فاقد دانش پیش‌زمینه کافی برای تصمیم‌گیری آگاهانه هستند؛ در حالی که یک خط‌مشی مختصر و ساده به زبان ساده قابل خواندن است، این جزئیات پنهان هستند که اهمیت دارند (Ibid, 1885).

د) به‌خطراتدان آزادی اراده

اصل حاکمیت اراده و اصل آزادی قرارداد از مفاهیم اساسی در حوزه حقوق قراردادهاست که کمتر کسی در وجود این اصل تردید به خود را می‌دهد؛ هرچند ممکن است براساس مصالح عمومی و نظم عمومی محدودیت‌های بر این اصل ایجاد شود؛ ولی همان‌طوری که روشن است، این محدودیت‌ها صرفاً استثناً بر آن اصل هستند و در شرایط خاصی اعمال می‌شوند.

این اصل در داده‌های شخصی به طرق متعدد در معرض تهدید جدی است؛ زیرا میان صاحب‌داده و پردازشگر داده تقارن اطلاعاتی وجود ندارد؛ زیرا صاحب‌داده نمی‌داند که داده‌های شخصی را با چه هدفی پردازش می‌کند و اگر هم بداند، مطمئن نیست که در آن هدف موردنظر پردازش صورت می‌گیرد و از طرف دیگر چون داده‌های شخصی مرتبط با حریم خصوصی است، چه‌بسا نگرانی‌های جدی در خصوص حریم خصوصی خود داشته باشد؛ لذا این عدم تقارن قدرت چانه‌زنی او را بسیار محدود می‌کند. قدرت چانه‌زنی نابرابر، به دلیل عدم تقارن اطلاعاتی می‌تواند انگیزه‌های افراد را مخدوش کند و منجر به ناکارآمدی قابل‌توجهی شود (1: Posner, 1979)؛ ممکن است آن‌ها را به تصمیم‌گیری اشتباه سوق دهد؛ برای مثال، ممکن است به دلیل اینکه نگران پردازش داده‌های شخصی خود هستند، در نتیجه از ارائه داده‌های شخصی خود خودداری کند و در نتیجه از مزایایی مانند تخفیف‌هایی که برای مصرف‌کننده گذاشته شده است، محروم شود (Choi & Triantis, 2012, pp. 1665-1743).

این در حالی است که فرد موردنظر از یک سو به دنبال رفع نیازهای خود است و از سوی دیگر این امر موکول به دادن داده‌های شخصی به تأمین‌کننده خدمات است. مادام که چنین خطراتی موجود باشد، نظریه کلاسیک آزادی یا استقلال اراده در شکل‌گیری قرارداد به خطر می‌افتد. در همین رابطه استیون بیباس می‌نویسد:

در بیشتر معاملات، ارزش حریم خصوصی برای مصرف‌کنندگان، درعین حال که قابل توجه است، احتمالاً با توجه به هزینه‌های مبادله راه‌اندازی و سایر ملاحظات، ناچیز است. برای مثال، فردی که مایل به ویزاکارت است، زمانی که هزینه مذاکره مجدد در مورد شرایط استاندارد از تفاوت بین ارزش حریم خصوصی برای فرد و ارزش اطلاعات برای بانک بیشتر باشد، شرایط استاندارد بانک را بدون شرایط حفظ حریم خصوصی می‌پذیرد. این درست است حتی اگر ارزش حریم خصوصی برای او بیشتر از ارزش اطلاعات برای بانک باشد (Bibas, 1994: N. 101, 606).

به‌علاوه، تصمیم برای موافقت با پردازش داده‌ها ممکن است به سطح حفاظت از داده‌های شخصی بستگی داشته باشد. از نقطه نظر اقتصادی، این بازاری را شکل می‌دهد که در آن کالاهای باکیفیت بالا با کالاهای باکیفیت پایین رقابت می‌کنند؛ زیرا از آنجایی که چنین تفاوتی توسط خریداران قابل‌درک نیست، سطح بالای حفاظت از حریم خصوصی را نمی‌توانند از سطوح پایین‌تر حفاظت متمایز کنند؛ در نتیجه ممکن است به‌سادگی با هر چیزی موافقت کنند (Custers & et al, 2018).

ه) غرری بودن قرارداد داده‌های شخصی

موضوع غرر در مورد مبادله داده‌ها از دو جهت محل بحث می‌تواند باشد. اولی (حداقل در حال حاضر) از حیث اینکه گاهی رضایت فرد با آنچه مقصودش از موافقت بوده است، همخوانی ندارد. برای مثال، معمولاً هنگام ثبت‌نام در پلتفرم‌ها رضایت درخواست می‌شود؛ اما پس از آن تمدید نمی‌شود. در نتیجه، یک‌بار رضایت اغلب به معنای رضایت «برای همیشه» است، حتی اگر رضایت اعطاشده - خواه به جهت تغییر طراحی وب‌سایت، خواه تغییر ضوابط یا خط‌مشی‌ها - با ترجیحات اولیه کاربر مطابقت نداشته باشد (Custers, 2016, pp. 1-6). به‌ویژه کلان‌داده‌ها، «امید کمی را که برای رژیم اخطار و انتخاب باقی

می‌ماند، خاموش می‌کند» (Barocas & Nissenbaum, 2014, pp. 31-33)؛ زیرا در صورتی که ارزش اطلاعات شخصی در زمان اعلام رضایت، آشکار نباشد، امکان اطلاع قبلی وجود ندارد؛ چه رسد به اینکه طبقات جدید کالاها و خدمات، معمولاً در زمره استفاده‌های آتی و پیش‌بینی‌نشده قرار دارند (Cate & Mayer-Shönberger, 2013, pp. 67-73).

دوم، به بازپس‌گیری رضایت و آثار آن مربوط می‌شود. در گفتمان نظری، این یک حق مسلم برای موضوع داده شناخته می‌شود. بسیاری معتقدند حق انصراف از حق تعیین سرنوشت اطلاعاتی ناشی می‌شود (Kosta, 2013, p. 251) و در نتیجه، ابزاری برای بیان استقلال فرد و اعمال حق شخصی برای حفظ حریم خصوصی است (Curren & Kaye, 2010, p. 273). چنین ملاحظاتی باعث شده است که امروزه مفهوم حق فراموشی (بند ۱ ماده ۱۷ GDPR، همچنین در حقوق ایران مستنبط از مواد ۵۸ و ۵۹ قانون تجارت الکترونیک، در تأیید همین نظر نگاه کنید به: خوباری، ۱۴۰۳: ۱۳۰) و نیز ماده ۹ پیش‌نویس لایحه صیانت و حفاظت از داده‌های شخصی) نیز پدیدار شود. امروزه حق فراموشی به‌عنوان بخشی از استقلال اطلاعاتی شناخته می‌شود که نتیجه آشکار شدن حریم خصوصی است. این حق به افراد امکان می‌دهد تا اطلاعات شخصی خود را پس از عمومی شدن حذف کنند. در میان سایر موارد، این حق در شرایطی مرتبط است که در آن فرد رضایت خود را بنا به هر دلیلی، پس می‌گیرد.

اکنون مشکل دوم، ممکن است آشکار شود. حتی اگر جنبه فنی مشکل نخست برطرف شود، موضوع محدودیت یا عدم محدودیت زمانی مربوط به حق انصراف است که باعث می‌شود وضعیت مالکیت عوضین، به‌پیش از قرارداد بازگردد. در اینجا، برخلاف حالت نخست که موضوع داده مشمول ادله نفی غرر (به‌معنای جهل) می‌شود، این پردازشگر داده است که مشمول ادله نفی غرر (به‌معنای خطر) می‌شود. اعمال نابهنگام حق انصراف، شبیه موردی است که خیار فسخی در قرارداد ذکر شود بدون اینکه بازه زمانی موردنیاز جهت اعمال خیار فسخ برای یکی از طرفین قرارداد تعیین شود. در این حالت، بنابر نص قانون مدنی (ماده ۴۰۱) و اتفاق فقها، معامله غرری و باطل است.

و) مخالفت با اصل لزوم قراردادها

مفهوم رضایت برای نظریه پردازان قرارداد مرکزی است و از اصلی ترین منابع مشروعیت ساز تلقی می شود. با این وجود، در عرصه داده ها، تنش فزاینده ای برای استفاده از رضایت ناشی از مزایای بالقوه تجزیه و تحلیل کلان داده ها و نیاز به رضایت شکل گرفته است. در حالی که برخی علیه رضایت استناد می کنند (Tene & Polonetsky, 2012, p. xxvii). از نظر اغلب محققان، نه فقط رضایت، الزامی است، بلکه انصراف از رضایت نیز حق مسلمی برای موضوع داده است. در واقع، زمانی که افراد با مجوز قانون و با هدف اعمال استقلال می توانند به استفاده از داده هایشان توسط دیگران رضایت دهند، منطقی است که گزینه مربوطه برای لغو رضایت یا ایجاد تغییرات بعدی، وجود داشته باشد (Curren & Kaye, 2010, pp. 273-83).

اگر این تحلیل درست باشد (همان گونه که در بند سوم ماده ۷ و همچنین ماده ۸ در GDPR)، با یک مفهوم بنیادی در قراردادها، در تنش وارد می شود. به این معنا که: به منظور اینکه عقد به صورت ایمن و پایدار محقق شود، این یک قاعده است که عقدی که معتبر است باید لازم الاجرا باشد، یعنی با اراده یک طرفه یکی از طرفین از بین نرود (بنگرید به: موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹ ش، ج ۲: ۳۸۵، قانون مدنی، ماده ۱۸۵ و نیز ۲۱۹). اما نظم حقوقی به دلیل هدف و ساختاری که دارد، قراردادهایی را که یکی از طرفین بدون رضایت طرف دیگر حق دارد از آنها صرف نظر کند، به رسمیت می شناسد. در آموزه فقهی، وضعیت الزام آور نبودن عقد عموماً به دو صورت ذکر شده است. اول اینکه عقدی که در ساختار خود الزام آور است به دلایلی نمی تواند این ماهیت الزام آور را کسب کند (عقود لازم، قابل فسخ) و دیگر اینکه عقد از نظر هدف و ساختار الزام آور نیست و به محض اراده، فوت و حجر یکی از طرفین، منحل می شود (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹ ش، ج ۲، ص ۳۸۶؛ شهیدی، ۱۳۹۶، ج ۲، ص ۲۵۳؛ ماده ۱۸۶). بنابر آنچه گفته شد، مشخص می شود که بازپس گیری رضایت، با منطق الزام آوری یک تعهد یا قرارداد در تنش قرار می گیرد (Carmen, 2015, p. 221).

۲-۱-۵. داده‌های شخصی از جنس اموال فکری نیست

انتقادات وارده نسبت به این رویکرد نیز بیشتر از رویکرد مالکیتی نباشد، کمتر نیز نمی‌تواند باشد. اولین انتقاد به دیدگاه حق فکری این است که آثاری که موضوع حق فکری را تشکیل می‌دهند در نتیجه اراده شخص پدید می‌آیند؛ در مقابل، داده‌های شخصی عموماً به طور غیرارادی از رفتارها و ترجیحات افراد ناشی می‌شود. به عبارت دیگر، برخلاف آثار مشمول حقوق مالکیت معنوی، افراد تلاش آگاهانه‌ای برای ایجاد داده‌های شخصی انجام نمی‌دهند. در نتیجه، در رابطه با مالکیت معنوی، صاحب اثر در روند خلق اثر تلاش و کوشش می‌کند و سپس اثر چاپ، توزیع، فروش و... می‌شود؛ در حالی که مالک داده‌های شخصی قصد ندارد در فرایند افشای داده‌های شخصی اثری ایجاد کند و اغلب حتی بدون اینکه تلاش خاصی انجام دهد بدون آگاهی، اطلاعات شخصی تولید می‌کند.

انتقاد دیگر به این رویکرد مربوط به تز شباهت هدف است. اهداف حفاظت از حقوق مالکیت معنوی و داده‌های شخصی را نمی‌توان مشابه دانست. هدف اصلی حقوق معنوی کمک به تولید فکری یک فرد با خدمت به حمایت از ایده‌هایی است که او تولید می‌کند. در حالی که، در حفاظت از داده‌های شخصی، هیچ کمکی به تولید شخص در جهت ایجاد داده‌های شخصی در نظر گرفته نشده است. قانون حمایت از داده‌ها علاقه‌ای به تولید شخص مربوطه ندارد و یا هیچ هدفی در کمک به تولید فکری وی ندارد. بنابراین نمی‌توان این دو را از نظر هدف مشابه دانست (Prins, 2006, p. 296; Samuelson, 2000, p. 14; Sholtz, 2001, p. 1141). در واقع، در حالی که قانون حمایت از مالکیت معنوی بیشتر بر نگرانی‌های اقتصادی تمرکز دارد، مهمترین چیز در ایده حفاظت از داده‌های شخصی این است که اطمینان حاصل شود که اطلاعات یک شخص حقیقی بدون اجازه و برخلاف خواست او استفاده نمی‌شود.

۲-۲. نقد دیدگاه عدم پذیرش انتقال‌پذیری

بنابر بر نقدهای اساسی که در مباحث اخیر مطرح شد، «انتقال‌پذیری داده‌های شخصی» موضوعی نیست که بتواند با ساختارهای حقوقی فعلی مورد دفاع قرار گیرد؛ و در نتیجه، یافته‌های پژوهش از حیث هدف - یعنی عدم انتقال‌پذیری - با رویکرد کسانی که مخالف

انتقال‌پذیری هستند، هماهنگ است. با این وجود، با توجه به انتقادهای که در ادامه خواهد آمد، روشن می‌شود که ابزارهای دفاعی متفاوتی در پیش گرفته شده است. به عبارت دقیق‌تر، پژوهش حاضر با مخالفین انتقال‌پذیری هم‌عقیده است؛ اما برآیند و نتیجه استدلال آن‌ها را علی‌الاطلاق و به صورت کلی نمی‌پذیرد.

به هر روی سابقاً مطرح شد که نویسندگانی که اصولاً با انتقال‌پذیری داده‌های شخصی موافق نیستند در قالب دورویکرد یعنی حقوق بشر و حقوق شخصیت به تحلیل پرداخته‌اند. به نظر می‌رسد این دو تحلیل نیز خالی از اشکال نباشد. بزرگ‌ترین انتقاد از دیدگاه حقوق شخصیت این است که حریم خصوصی فقط باهدف محافظت از اطلاعات محرمانه است؛ در حالی که انواعی از داده‌های شخصی نیز وجود دارد که به حریم خصوصی آسیبی وارد نمی‌کند. عدم حفاظت از این داده‌ها، به دلیل اینکه نمی‌توان آن‌ها را در محدوده زندگی خصوصی ارزیابی کرد، هدف حفاظت از داده‌های شخصی را تأمین نمی‌کند. برای مثال، افشا و پردازش ترجیحات سیاسی یک فرد بر اساس جلسات و راهپیمایی‌هایی که در آن شرکت می‌کند، ممکن است به شخص آسیب برساند که گاه تحت عنوان «داده‌های حساس» پیشنهاد می‌شوند (Reed ve Angel, 2003, p. 443).

انتقاد دیگر مناسب بودن رویکردها و قوانین کنونی، صرفاً در حوزه «خصوصی» فرد است و چنین رویکردی نمی‌تواند از داده‌های منتشر شده شخص که در حوزه عمومی موجود است، محافظت کند. هر چیزی که در معرض دید عموم قرار می‌گیرد، عمومی نیست (Schwartz, 2011, p. 1830; Bozlak, 2013, pp. 60 - 61; Slobogin, 2007, p. 92).

صرفاً به این دلیل که مردم گاهی اوقات از آن اجتناب نمی‌کنند یا سهل می‌گیرند به این معنی نیست که از حریم خصوصی دست می‌کشند. این وضعیت، دیدگاه جدید حقوق شخصیت را در چارچوب حق فرد برای «تعیین آینده داده‌های شخصی خود»، در نتیجه‌ی عدم کفایت حفاظتی نظریه سنتی، به منصف ظهور رسانده است. این رویکرد، با مسئله حقوق بشر پیوند عمیق‌تری دارد اما به جهت عدم تناسب با «واقعیت‌های رفتاری قطعی افراد در افشای جزئی اطلاعات خود برای دیگران» در تضاد قرار دارد.

تحلیل حقوق بشری نیز از انتقاد مصون نمانده است و یکی از بزرگ‌ترین انتقاداتی که در این زمینه مطرح شده است، این است که بسیاری از داده‌های شخصی را نمی‌توان از مقوله حقوق بشر دانست؛ به‌عنوان مثال عکس‌گرفتن از دیگران در یک مهمانی و ارسال آن‌ها در اینترنت بدون رضایت آن‌ها نقض قوانین حفاظت از داده‌ها، شمرده می‌شوند، حال آنکه چنین داده‌های دارای اهمیت کم تحت قلمرو حقوق اساسی (بشر)، همچون منع شکنجه، محاکمه عادلانه تلقی شوند، محل شک و تردید است. (Van Der Sloot, 2017, p. 15)

همچنین عملکرد مقررات حفاظت از داده‌ها، با عملکرد حقوق بشر متفاوت است؛ مقررات حفاظت از داده‌ها از ارزشی محافظت می‌کند که کاملاً متفاوت با ارزش‌هایی است که حقوق بشر از آن حمایت می‌کند. هدف از دستورالعمل‌ها، مقررات و قوانین حفاظت از داده‌ها، حفاظت از دو ارزش کاملاً متضاد، یعنی منافع افراد برای حفاظت از داده‌های شخصی خود و منافع کنترل‌کنندگان داده‌ها برای پردازش داده‌هاست؛ حال آنکه حقوق بشر عمدتاً بر منافع افراد متمرکز است، حتی اگر برخی از آن‌ها تحت شرایط خاصی محدود شوند. بنابراین به نظر می‌رسد که کارکرد حق حفاظت از داده‌ها با کارکرد بسیاری از حقوق (بشری) متفاوت است (Ibid, 16).

۳. بهره‌برداری از داده‌های شخصی: رویکرد نوین

بنابر آنچه گذشت، عملاً نظام حقوق مالکیتی نمی‌تواند نظام مطلوب حاکم بر داده‌های شخصی باشد؛ از طرف دیگر از میان اقسام داده‌های شخصی نیز، صرفاً بخشی از داده‌های شخصی می‌تواند ملبس به مرتبه والای حقوق بشر باشد؛ داده‌های که غالباً تحت عنوان داده‌های حساس طبقه‌بندی می‌شوند و مابقی داده‌های شخصی از اهمیت والایی که هم-پایه حقوق بشر باشد، برخوردار نیستند. دسته اخیر از داده‌های شخصی - یعنی داده‌هایی که هم‌پایه حقوق بشر نیستند، از نظام حقوق شخصیت تبعیت می‌کند.

از طرف دیگر بنابر هر نقد نظام حقوق مالکیتی (به‌جهت تعارض با ماهیت مالکیت و قواعد عمومی قراردادها) و با تکیه بر نظام حقوق بشری (به‌جهت سلب‌ناپذیری) و حقوق شخصیتی (به‌جهت غیرقابل دسترسی و عدم قابلیت انفکاک از ذات اشخاص) دانسته شد

که داده‌های شخصی امکان انتقال را ندارند. با این وجود برخی از نویسندگان اخیراً رویکرد نوینی را اتخاذ کرده‌اند.

با این توضیح که: امروزه بر کسی پوشیده نیست که داده‌های شخصی ماهیتی مختلط دارد؛ به این معنا که داده شخصی از آن جهت که دارای ارزش اقتصادی است، لذا جنبه مالی دارد و از آن جهت که مرتبط با شخصیت فرد است، لذا جنبه شخصی دارد.

برخلاف گذشته که عمدتاً تصور می‌شد حقوقی که ناظر بر شخصیت افراد هستند لزوماً در دسته‌بندی مالی و غیرمالی قرار می‌گیرند (برای ملاحظه این تصور، نک: کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۰-۱۱) و به جز مواردی خاص مانند جراحی‌های ضروری یا نفع عمومی انعقاد قرارداد درباره آن‌ها غیرممکن است (صفایی، ۱۳۸۷: ۳۰-۳۳)، امروزه چنین حقوقی به‌طور گسترده موضوع داد و ستد قرار گرفته و ارزش اقتصادی پیدا کرده‌اند. با این حال، اکنون ادبیات حقوقی چهره‌هایی از حقوق شخصیت را مورد بررسی قرار می‌دهند که با حفظ ویژگی‌های حقوق شخصی، مورد بهره‌برداری اقتصادی قرار می‌گیرد، مشابه حقی که مولف بر آثار خود دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۲-۱۳؛ جهت مشاهده اتخاذ همین رویکرد، نک: میرشکاری و ملکی، ۱۴۰۱؛ میرشکاری، ۱۳۹۸).

در واقع ادبیات حقوقی در حوزه حقوق شخصیت دو تحول را پشت سر گذاشته؛ اول اینکه حقوق شخصیتی که در گذشته در میان مردم قابل بهره‌برداری اقتصادی نبودند و به عبارتی از حیز انتفاع اقتصادی بیرون به نظر می‌رسیدند، دیگر به طریق گذشته صادق نیستند. دوم اینکه، آنچه با سلب‌ناپذیری حقوق شخصیتی در تضاد قرار دارد، «قراردادهای تملیکی» است. بنابراین، اگر این ویژگی در اختیار صاحب حقوق شخصیت حفظ شود، نمی‌توان دیدگاه حقوق بشر و حقوق شخصیت سنتی را پذیرفت.

از این جهت است که حقوق شخصیتی به دو دوره سنتی و جدید تقسیم می‌شود؛ در دوره سنتی امکان بهره‌برداری قراردادی در قالب‌های مختلف یعنی تملیک و بهره‌برداری ممکن نبود؛ حال آنکه در دوره جدید عدم امکان تملیک پابرجاست، ولی بهره‌برداری از آن با حفظ مالکیت شخص بر حقوق شخصیتی امکان‌پذیر است و این بهره‌برداری را در تناقض با جنبه سلب‌پذیری حقوق شخصیت نمی‌دانند؛ چون همچنان در سیطره اشخاص قرار دارد.

رویه اخیر که هم مورد پذیرش برخی از نویسندگان داخلی است و هم مورد پذیرش برخی از نظام‌های حقوقی از جمله آلمان است، از سوی برخی از نویسندگان که نگران نادیده‌انگاری اقتصاد داده و نقش کلیدی آن در اقتصاد جهانی است، در خصوص داده‌های شخصی نیز مورد پذیرش قرار گرفته است (Naef, 2023, p. 10, 42, 284ff)؛ بدین ترتیب که ضمن مخالفت با انتقال (تملیک) داده‌های شخصی، خواه به جهت نارسایی‌های ماهیتی مالکیت داده (نگاه کنید به: بخش نقدهای دیدگاه پذیرش انتقال‌پذیری داده‌های شخصی) و خواه به جهت رویکرد حقوق بشری و حقوق شخصیت، با حق استفاده از داده‌های شخصی موافق هستند. بدین ترتیب این نویسندگان میان تملیک و انتفاع از داده‌های شخصی تفصیل قائل شده‌اند.

این نویسندگان معتقد هستند به واسطه این تفکیک، عملاً نگرانی‌ها و اشکالات تحلیل‌های حقوق بشری و حقوق شخصیتی مرتفع می‌شود؛ بدین صورت که هر چند «حق حفاظت از داده‌ها» خواه به عنوان یک حق اساسی و خواه به عنوان اینکه به شخصیت فرد اختصاص داده می‌شود (حقوق شخصیتی) - که برای حفاظت از کسانی اختصاص داده می‌شوند که از نقض آن حقوق آسیب حیثیتی دریافت می‌کنند و انتقال آن به دیگران با هدف چنین اختصاص حقوقی در تعارض قرار دارد - نمی‌تواند سلب‌پذیر یا انتقال‌پذیر باشد؛ اما خود داده‌ها با حفظ «حق حفاظت» - یعنی با حفظ سلطه اشخاص بر داده‌ها و عدم انتقال آن در قالب تملیک به دیگران - قابلیت بهره‌برداری دارد (Versaci, 2018, p. 374).

با توجه به نکته اخیر، بایستی عنوان کرد «داده‌های شخصی، انتقال‌پذیر حقوقی (به معنای ماده ۳۰ ق.م.؛ کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۸۶) در معنای سنتی نیستند»؛ بلکه «قابل پردازش» تا جایی که به معنای نوعی انتفاع به معنای «بهره‌بردن» توسط دیگری هستند، تعریف می‌شوند. بند خ ماده یک قانون حفاظت و بهره‌برداری از منابع ژنتیکی کشور مصوب جلسه علنی روز یکشنبه مورخ ۲۴/۱۰/۱۳۹۶ تعریف دقیقی از معنای کلمه «بهره‌برداری» ارائه می‌دهد، مطابق این بند بهره‌برداری عبارت است از: «استفاده از منابع ژنتیکی به نحوی که منجر به فرسایش یا به مخاطره افتادن آنها نشود و مغایر قوانین و مقررات مربوط نباشد»؛ این مفهوم تصویری از انتفاع همراه با بقای عین در عقود معینی از

قبیل عاریه در ماده ۶۳۷ قانون مدنی دارد. عنوانی که ذیل اصطلاح «پردازش» (Processing) قرار می‌گیرد. اصطلاح «پردازش» همان‌گونه که GDPR عنوان می‌کند، «به معنای هر عملیات یا مجموعه‌ای از عملیات است که بر روی داده‌های شخصی یا مجموعه‌ای از داده‌های شخصی انجام می‌شود، خواه با ابزارهای خودکار مانند جمع‌آوری، ضبط، سازماندهی، ساختار، ذخیره‌سازی، تطبیق یا تغییر، بازیابی، استفاده، افشا از طریق انتقال، انتشار یا در دسترس قرار دادن، تراز یا ترکیب، محدودیت، پاک کردن یا تخریب.» در این تعریف اگرچه اصطلاح پردازش، شامل «انتقال» نیز می‌شود، اما نباید با مفهومی از انتقال که از لحاظ حقوقی مستلزم «انحصار» و «بیگانه کردن دیگران» (مانند آنچه در بیع و اجاره) است، اشتباه گرفته شود. به این معنا، انتقال داده‌ها از سیستمی (کنترل‌گر اول) به سیستمی دیگر (کنترل‌گر دوم) اگرچه در عمل ممکن است اما انتقال حقوقی یا تملیک آن از شخصی به شخص دیگر غیرممکن است؛ چراکه در هر حال، تخصیص حق به فرد موضوع داده قابلیت سلب ندارد.

بنابر مطالبی که گفته شد، عملاً این نتیجه حاصل می‌شود، انتقال‌پذیری داده‌های شخصی ممکن نیست؛ ولی بهره‌برداری از آن ممکن است؛ هرچند در اینکه ماهیت چنین قراردادی چه می‌تواند باشد، نیازمند، پژوهش مستقلی است؛ ولی با توجه به قواعد خاص مقررات داده‌های شخصی از جمله اصل انصراف از رضایت و تعارض و تنافی آن با قواعد عمومی قراردادها، یا باید آن را جزء عقود مستقل شناخت و یا اینکه به عقود همچون اباحه معوضه ملحق کرد.

پرتال جامع علوم انسانی

نتیجه‌گیری

بحث‌های مربوط به مسئله داده‌ها و به‌طور خاص داده‌های شخصی و مصالحه آن‌ها با حقوق سنتی و رویکردهای مرسوم، پایان‌ناپذیر است و هیچ پاسخ قانع‌کننده‌ای برای این مسائل حقوقی به نظر نمی‌رسد وجود داشته باشد؛ لذا انبوهی از دیدگاه و تحلیل‌ها را می‌توان مشاهده کرد. در همین راستا انتقال‌پذیری داده‌های شخصی نیز تحت‌تأثیر این دیدگاه‌ها و تحلیل‌ها قرار گرفته است؛ دیدگاه‌هایی که غالباً در دو سوی امکان و عدم امکان انتقال‌پذیری شروع به تحلیل‌های متنوع و متعددی کرده‌اند. آن‌هایی که تمایلی به انتقال-پذیری داده‌های شخصی دارند، غالباً با توسل به حقوق مالکیت سعی در توجیه این امکان کرده‌اند. در مقابل عده‌ای با این نظر مخالفت کرده‌اند؛ مخالفت‌هایی که غالباً با تکیه بر حقوق بشر و حقوق شخصیت که در عرف حقوق امروزی انتقال‌ناپذیری آن‌ها امر مسلم تلقی شده است، صورت گرفته است.

به‌نظر می‌رسد، این مطلق‌انگاری از سوی هر دو طرف ماجرا، چندان با منطق حقوقی سازگار نیست؛ چراکه اینکه به‌صورت سفت و سخت با انتقال‌پذیری مخالفت شود، هر چند از حیث نگرانی‌های حقوق بشری و حریم خصوصی قابل ستایش است، ولی روشن است که با نقش فوق‌العاده داده‌های شخصی در اقتصادی جهانی سرسازگاری ندارد و از طرف دیگر موافقت با انتقال‌پذیری نیز با ماهیت داده‌های شخصی از حیث سلب‌ناپذیربودن آن سازگار نیست.

در همین راستا برخی از نویسندگان با هدف ایجاد هماهنگی میان رویکردها و تحلیل‌ها راه میانه‌ای در پیش گرفته‌اند و آن اینکه به جای اینکه سخن از انتقال داده شخصی به میان بیاید، سخن از بهره‌داری از داده‌های شخصی به میان مطرح شده است؛ راه‌حلی که عملاً در تجاری‌سازی حقوق شخصیت از سوی برخی از نظام‌های حقوقی همچون آلمان و برخی از نویسندگان داخلی و خارجی پذیرفته شده است.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷ش). ترمینولوژی حقوق. تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ نوزدهم.
۲. حکیم، محسن (بی تا). نهج الفقاهاه. قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
۳. خمینی، روح الله (۱۴۳۴ق). کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ چهارم.
۴. خویباری، حامد (۱۴۰۳). مطالعه تطبیقی و انتقادی حق بر فراموش شدن در پرتو اسناد بین المللی و حقوق ایران. فصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی. ۷(۲۳). ۱۲۷-۱۵۲
<https://doi.org/10.22034/law.2024.2028152.1335>
۵. خوبی، سیدابوالقاسم موسوی (۱۴۱۷ق). مصباح الفقاهاه. چاپ یکم. قم: انصاریان.
۶. شهیدی، مهدی (۱۳۹۶ش). اصول قراردادهای و تعهدات. تهران: مجد.
۷. صفائی، سید حسین، قاسم زاده، مرتضی (۱۳۸۷ش). حقوق مدنی؛ اشخاص و محجورین، تهران: سمت.
۸. فنواتی، جلیل (۱۳۸۲). مطالعه تطبیقی زمان انتقالی مالکیت در عقد بیع. مجله علمی حقوق خصوصی، ۱(۵)، ۲۹-۶۱. https://jolt.ut.ac.ir/article_11387.html
۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲ش). حقوق مدنی، اموال و مالکیت. تهران: نشر میزان.
۱۰. محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ق). قواعد فقهی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۱۱. مطهری، مرتضی (۱۳۹۰ش). مجموعه آثار. تهران: صدرا.
۱۲. موسوی بجنوردی، محمد (۱۳۷۹ش). قواعد فقهیه. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۱۳. میرشکاری، عباس (۱۳۹۸ش). حق جلوت. مطالعات حقوق خصوصی، ۴۹(۳)، ۵۲۳-۵۴۲.
<https://doi.org/10.22059/jlq.2019.245902.1006959>
۱۴. میرشکاری، عباس؛ ملکی، نفیسه (۱۴۰۱). تحلیل حقوقی کالا انگاری شهرت. فصلنامه علمی رسانه، ۳۳(۲)، ۱۲۳-۱۴۸.
۱۵. نایینی، محمد حسین (۱۴۱۳ق). المکاسب والبیع. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

References

1. Barocas, S., & Nissenbaum, H. (2014). Big data's end run around procedural privacy protections. *Communications of the ACM*, 57(11), 31-33.
<https://doi.org/10.1145/2668897>
2. Bart, V. D. S. (2017). Legal fundamentalism: Is data protection really a fundamental right? In R. Leenes, R. van Brakel, S. Gutwirth, & P. De Hert (Eds.), *Data protection and privacy: (In) visibilities and infrastructure* (pp. 3-30). Springer.
3. Bartow, A. (1999). Our date, ourselves: Privacy, propertization and gender. *SSRN Electronic Journal*, 34(9). <https://doi.org/10.2139/ssrn.374101>
4. Bergelson, V. (2003). It's personal but is it mine? Toward property rights in personal information. *UC Davis Law Review*, 37, 379-451.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=870070
5. Bergkamp, L. (2002). EU data protection policy: The privacy fallacy: Adverse effects of Europe's data protection policy in an information-driven economy. *Computer Law and Security Review*, 18(1), 31-47. <https://pure.eur.nl/en/publications/eu-data-protection-policy-the-privacy-fallacy-adverse-effects-of/>
6. Bibas, S. (1994). A contractual approach to data privacy. *Faculty Scholarship at Penn Carey Law*, 17(2), 591-611.
https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1016/
7. Buttarelli, G. (2016). The EU GDPR as a clarion call for a new global digital gold standard. *International Data Privacy Law*, 6(2), 78-85.
<https://doi.org/10.1093/idpl/ipw006>
8. Calabresi, G., & Melamed, D. (1972). Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the cathedral. *Harvard Law Review*, 85(2), 1089-1099.
<https://www.amherst.edu/media/view/123372/original/CalabresiMelamed.PDF>
9. Carmen, L., & Schmidt-Kessel, M. (2015). Consumer data as consideration. *Journal of European Consumer and Market Law*, 4, 218-223.
10. Cate, F. H., & Mayer-Schönberger, V. (2013). Notice and consent in a world of big data. *International Data Privacy Law*, 3(2), 67-73.
<https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/2662/>

11. Cheneval, F. (2018). Property rights of personal data and the financing of pensions. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 3(2), 1-23. <https://www.zora.uzh.ch/entities/publication/38381d25-153f-457f-a1ca-b36c8c6e0ff6>
12. Choi, A., & Triantis, G. (2012). The effect of bargaining power on contract design. *Virginia Law Review*, 98(8), 2004-2012. [https://virginialawreview.org/wp-content/uploads/2020/12/1665%20\(1\).pdf](https://virginialawreview.org/wp-content/uploads/2020/12/1665%20(1).pdf)
13. Chrobak, L. (2018). Proprietary rights in digital data? Normative perspectives and principles of civil law. In M. Bakhoun, B. Conde Gallego, M. O. Mackenrodt, & G. Surblytė-Namavičienė (Eds.), *Personal data in competition, consumer protection and intellectual property law* (Vol. 28, pp. 253-272). Springer.
14. Cranston, M. (1973). *What are human rights?* (2nd ed.). Bodley Head.
15. Curren, L., & Kaye, J. (2010). Revoking consent: A "blind spot" in data protection law? *Computer Law & Security Review*, 26(3), 273-283.
16. Custers, B. (2016). Click here to consent forever: Expiry dates for informed consent. *Big Data & Society*, 3(1), 1-6.
17. Custers, B., Dechesne, F., Pieters, W., Schermer, B., & van der Hof, S. (2018). Consent and privacy. In P. Schaber & A. Müller (Eds.), *The Routledge handbook of the ethics of consent* (pp. 247-258). Routledge.
18. DaCosta, S. (2021). Privacy-as-property: A new fundamental approach to the right to privacy and the impact this will have on the law and corporations. CMC Senior Theses.
19. De Hert, P., & Papakonstantinou, V. (2016). The new General Data Protection Regulation: Still a sound system for the protection of individuals? *Computer Law & Security Review*, 32(2), 194-179.
20. Edwards, L. (2016). Privacy, security and data protection in smart cities: A critical EU law perspective. *European Data Protection Law Review*, 2(3), 1-37.
21. Fried, C. (1968). Privacy. *Yale Law Journal*, 77(3), 78-95.
22. Hakim, M. (n.d.). *Nahj al-Fiqah* (1st ed.). 22 Bahman Publications. (In Arabic)
23. Hazel, S. (2020). Personal data as property. *Syracuse Law Review*. Forthcoming.

24. Henkin, L. (1989). The universality of the concept of human rights. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 506(1), 10-16.
25. Jafari Langroodi, M. J. (2008). *Legal terminology* (19th ed.). Ganj Danesh Library Publications. (In Persian)
26. Jakob, M. (2021). But anyone can mix their labor: A reply to Cheneval. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 24(2), 276-285.
27. Jensen, K., & Wirth, N. (1975). The concept of data. In *PASCAL User Manual and Report*, Lecture Notes in Computer Science (Vol. 18). Springer.
28. Kang, J. (1998). Information privacy in cyberspace transactions. *Stanford Law Review*, 50(4), 1193-1294.
29. Katouzian, N. (2013). *Civil law, property and ownership*. Mizan Publications. (In Persian)
30. Khoei, S. A. Q. M. (1417 AH). *Misbah al-Fiqah* (1st ed.). Ansarian. (In Arabic)
31. Khomeini, R. (1409 AH). *Al-Makasib al-Muhrmah* (1st ed.). Institute for the Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. (In Arabic)
32. Khoubiari, H. (1403). A comparative and critical study of the right to be forgotten in the light of international documents and Iranian law. *Journal of Research and Development in Comparative Law*, 7(23), 127-152.
<https://doi.org/10.22034/law.2024.2028152.1335> (In Persian)
33. Kosta, E. (2013). *Consent in European data protection law*. Martinus Nijhoff Publishers.
34. Kosta, E. (2020). Article 7. Conditions for consent. In C. Kuner, A. L. Bygrave, & C. Docksey (Eds.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A commentary* (pp. 345-354). Oxford University Press.
35. Lessig, L. (2002). Privacy as property. *Social Research*, 69(1), 247-269.
36. Litman, J. (2000). Information privacy / information property. *Stanford Law Review*, 52(2), 1283-1313.
37. Lynskey, O. (2013). From market-making tool to fundamental rights: The role of the Court of Justice in data protection's identity crisis in European data protection law. Springer.
38. Manuel, C. (1996). *The information age: Economy, society and culture*. Blackwell.

39. Mirshekari, A. (2019). Right to advancement. *Private Law Studies*, 49(3), 523-542. (In Persian)
40. Mirshekari, A., & Maleki, N. (2018). Legal analysis of the commodity concept of fame. *Scientific Journal of Media*, 33(2), 123-148.
<https://doi.org/10.22059/jlq.2019.245902.1006959> (In Persian)
41. Mittelstadt, B. D., & Floridi, L. (2016). The ethics of big data: Current and foreseeable issues in biomedical contexts. *Science and Engineering Ethics*, 22(3), 303-341.
42. Mohaghegh Damad, S. M. (1406 AH). *Rules of jurisprudence*. Islamic Sciences Publishing Center. (In Persian)
43. Morrison, A., McMillan, D., & Chalmers, M. (2014). Improving consent in large scale mobile HCI through personalised representations of data. *Proceedings of the 8th Nordic Conference on Human-Computer Interaction: Fast, Foundational*, 470-480.
44. Motahari, M. (2011). *Collection of works*. Sadra. (In Persian)
45. Murphy, R. S. (1996). Property rights in personal information: An economic defence of privacy.
46. Naef, T. (2023). Data protection without data protectionism. *EYIEL Monographs - Studies in European and International Economic Law*, 28.
47. Nayini, M. H. (2013). *Al-Makasib Wal-Bi* (1st ed.). Islamic Publications Office. (In Arabic)
48. Posner, R. A. (1979). Privacy, secrecy, and reputation. *Buffalo Law Review*, 28(1).
49. Prins, C. (2006). When personal data, behavior and virtual identities become a commodity: Would a property rights approach matter? *Script-ed*, 3(4).
50. Prins, J. E. J. (2004). The propertization of personal data and identities. *Electronic Journal of Comparative Law*, 8, 1-7. <https://www.ejcl.org/83/art83-1.PDF>
51. Purtova, N. (2009). Property in personal data: A European perspective on the instrumentalist theory of propertisation. *European Journal of Legal Studies*, 2(3).
<https://ssrn.com/abstract=2363634>
52. Qanavati, J. (2003). Comparative study of the transitional time of ownership in a sale contract. *Scientific Journal of Private Law*, 1(5), 29-61.
https://jolt.ut.ac.ir/article_11387.html (In Persian)

53. Rempell, S. (2006). Privacy, personal data and subject access rights in the European Data Directive and implementing UK statute.
54. Samuelson, P. (2000). Privacy as intellectual property? *Stanford Law Review*, 52(3), 1125-1173.
55. Schwartz, P. M., & Solove, D. J. (2011). The PII problem: Privacy and a new concept of personally identifiable information. *New York University Law Review*, 86(6), 1814-1894.
56. Sholtz, P. (2001). Transaction costs and the social cost of online privacy. 6(5).
57. Slobogin, C. (2007). *Privacy at risk: The new government surveillance and the Fourth Amendment*. University of Chicago Press.
58. Solove, D. J. (2013). Privacy self-management and the consent dilemma. *Harvard Law Review*, 126(7), 1880-1903.
59. Tene, O., & Polonetsky, J. (2013). Big data for all: Privacy and user control in the age of analytics. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 11(2), 239-273.
60. van Brakel, S., Gutwirth, S., & De Hert, P. (Eds.). *Data protection and privacy: (In) visibilities and infrastructure* (pp. 3-30). Law, Governance and Technology Series.
61. Van De Veer, D. (1980). Are human rights alienable? *Philosophical Studies*, 37(2), 165-176.
62. van den Hoven, J., Blaauw, M., Pieters, W., & Warnier, M. (2024). Privacy and information technology. In E. N. Zalta & U. Nodelman (Eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2024 Edition).
<https://plato.stanford.edu/archives/win2024/entries/it-privacy/>
63. Van der Sloot, B. (2017). Legal fundamentalism: Is data protection really a fundamental right? In R. Leenes, R. van Brakel, S. Gutwirth, & P. De Hert (Eds.), *Data protection and privacy: (In) visibilities and infrastructure* (pp. 3-30). Springer.
64. Versaci, G. (2018). Personal data and contract law: Challenges and concerns about the economic exploitation of the right to data protection. *European Review of Contract Law*, 14(4), 374-392.
65. Westin, A. (1967). *Privacy and freedom*. New York.