

# Privacy, da costo a risorsa

## *Analisi economica del diritto alla riservatezza*

di Marco Maglio

1. *La privacy tra law in the books e law in action*
2. *Gli scarsi precedenti di analisi economica del diritto alla riservatezza*
3. *Una riflessione sulla classificazione dei costi della privacy*
4. *Il nodo della clausola del bilanciamento di interessi*
5. *Le norme sulla privacy come strumento per una corretta allocazione dei dati personali*
6. *L'evoluzione della privacy da diritto negativo a diritto civico*
7. *L'efficienza delle regole in materia di data protection*
8. *Alcuni spunti di riflessione per futuri interventi.*
9. *Il rischio intrinseco nell'analisi economica*
10. *Le opportunità dell'analisi economica del diritto: la trasformazione della privacy da costo statico ad investimento dinamico*
11. *La nobile e mobile frontiera della privacy*

## *Analisi economica del diritto alla riservatezza*

di Marco Maglio

### *La privacy tra law in the books e law in action*

*L'origine delle cose ne condiziona il destino*: se questo è vero non deve sorprendere che la radice etica della privacy abbia portato a sviluppare la riservatezza come un complesso di norme di comportamento, utilizzando le forme ed i metodi della scienza giuridica.

Coerentemente con questo approccio, nella storia secolare della privacy, finora ci si è preoccupati di fissare dei principi generali, di tradurli in regole giuridiche formalizzate e di stabilire meccanismi e procedure attraverso le quali tutelare questo diritto, che è anche un profondo e diffuso valore sociale. L'immediata conseguenza di questa impostazione è che la discussione prevalente in materia di privacy si anima attorno alla ricerca in astratto dell'equilibrio tra diritti e doveri, tra obblighi e sanzioni.

Ma cosa succede nella pratica? Mi sarei aspettato che il buon senso comune sollecitasse la curiosità di analizzare in che modo questi diritti vengono recepiti ed esercitati in concreto. Ma probabilmente aveva ragione Cartesio quando affermava con ironia che *“il buon senso è la cosa del mondo meglio distribuita: infatti ciascuno crede di esserne così ben provvisto, che perfino coloro che nelle altre cose difficilmente si accontentano, non sono soliti desiderarne più di quel che ne hanno”*. Così mi sembra che la purezza della teoria abbia finora evitato contaminazioni con le esigenze della ragion pratica, anche se il buon senso avrebbe suggerito una maggior attenzione ai comportamenti effettivi dei destinatari delle norme. Resta confermata la classica contrapposizione che la tradizione giuridica anglosassone descrive ben con la formula: *law in the books vs. law in action*.

Ma vorrei cimentarmi con un esercizio di saggezza pratica, che credo sia una delle aspirazioni cui deve tendere l'attività del giurista, e provo con una semplificazione estrema a ridurre alla radice l'essenza del meccanismo giuridico sul quale si basa la protezione dei dati personali.

Da questa semplificazione emerge evidente che questo strumento di tutela si traduce in un fatto molto semplice: nella facoltà individuale di scegliere quale ambito di circolazione attribuire alle proprie informazioni

personali. Esercitando questo potere di scelta ognuno di noi, come è stato autorevolmente osservato, è chiamato ad essere “garante di se stesso”.

Ma secondo quali criteri queste scelte individuali vengono effettuate? E quali conseguenze producono queste scelte individuali rispetto al benessere complessivo della società? In altri termini: quali benefici e quali sacrifici comporta, per l'individuo e per la collettività, riconoscere e proteggere la riservatezza individuale?

Per dare una risposta a queste domande l'approccio giuridico tradizionale da solo non mi sembra sufficiente per cogliere la complessità del problema. Va integrato con una ricostruzione che esamini, secondo i metodi dell'analisi economica del diritto, in che misura le regole esistenti siano in grado di indirizzare le scelte individuali verso la massimizzazione del benessere collettivo e sappiano quindi incentivare i comportamenti efficienti, tanto da parte di coloro ai quali i dati personali si riferiscono, quanto da parte dei soggetti che trattano tali informazioni.

Certamente non vanno trascurati altri elementi che esulano da valutazioni di carattere esclusivamente economico. Non va ad esempio dimenticato che il meccanismo del consenso per la tutela dei dati personali è chiamato ad operare in una società che la moderna sociologia qualifica come “orizzontale”, fortemente influenzata dal consumismo nei suoi miti e nelle sue strutture. Il consumo è oggi un linguaggio sociale, qualcosa che tende ad aumentare i desideri degli individui piuttosto che a soddisfarli. Nel mondo contemporaneo si assiste ad una dematerializzazione della realtà e l'attenzione dell'uomo è distolta dal mondo naturale e concentrata sulla televisione, sul mondo della comunicazione che è divenuta un valore assoluto, un obiettivo in sé. Credo che sarebbe ingenuo pensare che tutto questo non abbia conseguenze sul corretto utilizzo dello strumento del consenso da parte di ognuno di noi.

Anche le valutazioni psicologiche che orientano le scelte individuali vanno accuratamente tenute presenti e mi piace segnalare da questo punto di vista l'esperienza di Daniel Kahneman e John Cole premiati proprio in questi giorni con il Premio Nobel per l'Economia. La lezione dei due studiosi è anzitutto di carattere metodologico e riguarda il ruolo dell'osservazione empirica nello sviluppo delle scienze dell'uomo.

Sociologia e psicologia hanno quindi il loro peso nell'esame dei meccanismi che portano alle scelte individuali. Ma è certo che la prospettiva introdotta dall'analisi economica del diritto alla riservatezza è stata finora trascurata rispetto ad un tema che invece sollecita un

interesse sempre crescente non solo sul piano dei diritti rivendicati, ma anche su quello dei limiti alla libera iniziativa economica.

Peraltro va messo in evidenza che questa sovrapposizione di valutazioni economiche rispetto a un valore sociale e culturale come la privacy rappresenta una provocazione *in re ipsa*, come ha già avuto occasione di dire a questo proposito oltre vent'anni fa chi si è occupato di questo tema.

### ***Gli scarsi precedenti di analisi economica del diritto alla riservatezza***

Il contributo dell'analisi economica del diritto nel panorama delle teorie dei diritti della personalità è stato modesto e solitamente accompagnato dal sospetto di essere o inutile o dissacrante. Infatti, si è a lungo dubitato che in questa materia, concernente gli aspetti ideali o morali della persona, gli strumenti di indagine economici potessero essere in alcun modo utili o adeguati

La privacy ha attirato l'interesse degli economisti a partire dalla fine degli anni settanta; in tale periodo troviamo alcuni lavori di Richard Posner della fine degli anni 70, nonché un simposio su "*The Law and Economics of Privacy*" coordinato dal *Center for the Study of the Economics and the State* dell'università di Chicago, i cui atti sono stati poi pubblicati in un fascicolo monografico del *Journal of Legal Studies* nel 1980. Anche in Italia l'eco di questi dibattiti d'oltreoceano venne raccolto da un Seminario sul diritto all'identità personale nel 1981 promosso dal Centro di Iniziativa Giuridica Piero Calamandrei.

L'impostazione seguita da Posner, dalla quale non si può prescindere in una ricostruzione dei rapporti tra *Law and Economics* e privacy, considera la riservatezza non come un bene o valore in sé, ma piuttosto come un bene o un valore intermedio, strumentale rispetto alla produzione di reddito, benessere o qualche altra utilità. In secondo luogo, secondo Posner la nozione corrente di privacy può essere rapportata ad almeno quattro ordini di interessi: *seclusion, innovation, confidentiality of communication, concealment of personal facts*.

In particolare la *seclusion* è la volontà di ridurre le relazioni sociali, il che da un punto di vista economico è segno di egoismo: se le transazioni economiche creano utilità per i terzi (è quello che la scienza economica definisce *surplus* del consumatore), lo stesso può valere anche per le relazioni umane che stanno fuori dal mercato: nei rapporti d'amore e d'amicizia probabilmente si dà o è disposti a dare anche più di quanto riceva, col risultato che chi si ritira dal mondo riduce il proprio contributo

al benessere della società. Nel discorso di Posner la privacy acquista una valenza positiva quando essa costituisce parte integrante di un lavoro intellettuale, ad esempio come segreto professionale, oppure ogniqualvolta sia necessaria a promuovere l'innovazione produttiva; da quest'ultimo punto di vista, infatti, una volta che l'informazione è di pubblico dominio, essa perde in tutto o in parte il suo valore economico; pertanto, per incoraggiare la ricerca e l'innovazione è essenziale garantire all'inventore il segreto, oppure diritti di privativa. Inoltre, un certo grado di *seclusion* può essere economicamente giustificato al fine di garantire la segretezza delle comunicazioni e della corrispondenza; al contrario in un regime di liberalizzazione delle intercettazioni, il probabile effetto sarebbe non tanto quello di scoraggiare il diffondersi di notizie false, quanto quello di indurre ad affinare le tecniche di criptazione delle comunicazioni riservate, rendendo quindi più costoso controllare tali informazioni. Posner esamina in particolare il problema del controllo da parte dell'individuo sulle informazioni che lo riguardano parlando a tale proposito di *concealment of personal facts*, quali potrebbero essere dei precedenti penali, o una condotta morale difforme dagli standard comuni. L'interesse ad evitare la circolazione di notizie personali è strettamente connesso al desiderio di diffondere di sé un'immagine positiva, che permetta di instaurare relazioni sociali (rapporti di amicizia, legami affettivi, rapporti di lavoro) a condizioni favorevoli: l'individuo si "vende" sul mercato delle relazioni sociali allo stesso modo in cui un produttore vende i suoi prodotti, ed è portato quindi ad evidenziare le proprie qualità e ad occultare i difetti; d'altro canto, ed esattamente per gli stessi motivi, anche i terzi possono avere un interesse apprezzabile a conoscere informazioni personali sulle persone con cui vengono a contatto a vario titolo.

Ma come dicevo all'inizio del mio discorso, a parte questo tentativo provocatorio di Posner, tradizionalmente la privacy è stata oggetto di un approccio eminentemente giuridico, che risente quindi di un'impostazione rigidamente ermeneutica: il diritto è incorporato in testi legislativi ed il compito del giurista è quello di interpretare questi testi scoprendo il significato delle scelte collettive e legislative di cui tali testi sono la risultante. In questo senso l'approccio tradizionale, che utilizza gli strumenti classici della scienza giuridica, guarda indietro e sostanzialmente "nega" le scelte dell'interprete. Il giurista non compie delle scelte, queste sono già state fatte dalla legislazione; semmai il giurista opera scelte limitate, fra i significati lasciati aperti dal testo, attraverso appunto, strumenti interpretativi che applicano il precetto generale al caso concreto. Questo metodo di approccio presenta però problemi di indeterminatezza dovendo in ogni caso fare i conti con un problema di linguaggio che lascia spazio a più significati.

Questa situazione è tanto più rilevante se si pensa che la privacy tende sempre più a configurarsi come un prerequisito per il libero sviluppo della personalità individuale. Quindi il modo di intendere la privacy “segue” l’individuo in tutte le sue relazioni nei rapporti con la collettività. E in una società sempre più dinamica (propensa quindi a relazioni tra soggetti che operano in ordinamenti giuridici differenti) e caratterizzata da una sovrapposizione, non sempre coordinata, tra diverse legislazioni nazionali questo relativismo, intrinseco nell’analisi giuridica, rischia di creare situazioni di reale o potenziale conflitto.

Se l’approccio giuridico guarda “indietro”, al contrario l’approccio basato sull’analisi economica del diritto guarda in avanti: guarda, cioè, alle conseguenze delle regole ammesse e seleziona i significati da attribuire alle norme in base alla desiderabilità di tali conseguenze. In quest’ottica le scelte operate dal ceto dei giuristi non sono negate ma sono valutate ed indirizzate in base a criteri di efficienza. Utilizzando gli strumenti economici (in particolare quelli dell’analisi costi/benefici e dell’allocazione delle risorse secondo criteri di efficienza) il linguaggio, e quindi le interpretazioni che su esso si basano, diventa molto meno importante: le regole hanno una loro giustificazione non ermeneutica, le parole sono solo un modo per rappresentarle, ed esse possono essere verbalizzate in vari modi.

Proprio in questa capacità di limitare le incertezze interpretative e di dare un valore sopranazionale alle scelte individuali in materia di privacy risiede l’utilità di un’analisi della tutela della riservatezza in chiave economica. In particolare assumono valore in questo contesto gli strumenti tipici dell’analisi microeconomica la quale si occupa proprio dei meccanismi e dei metodi delle scelte di piccoli gruppi (individui, famiglie, imprese o enti pubblici).

Ed appunto sul terreno delle scelte individuali si colloca il punto di convergenza dell’analisi giuridica e di quella economica rispetto ad un tema “trasversale” quale è la privacy: occorre infatti tenere presente che la tutela della riservatezza, secondo il meccanismo di protezione al quale si ispirano le attuali legislazioni in materia di *data protection*, si traduce appunto in una scelta operata dagli interessati circa la loro facoltà di concedere o meno il consenso al trattamento dei dati personali.

In questo senso le regole di protezione dei dati personali, ricostruite con i metodi dell’analisi economica del diritto, si traducono in un meccanismo attraverso il quale ogni singolo soggetto determina quale livello di riservatezza deve essere attribuito alle informazioni che lo riguardano, e

quindi come devono essere distribuite (gli economisti parlerebbero, in questo senso, di allocazione di una risorsa scarsa).

Per condurre questa analisi occorre partire da un esame dei costi che tutti i soggetti (tanto il singolo quanto la collettività) sono chiamati a sostenere per adeguarsi al meccanismo di tutela previsto dalla normativa di *data protection*.

### ***Una riflessione sulla classificazione dei costi della privacy***

Per poter muoversi in questo contesto credo sia importante formulare alcune valutazioni generali sulla natura dei costi legati alla tutela della riservatezza. In senso generale pongo in evidenza due considerazioni:

- a) la prima è di carattere pregiudiziale: i criteri di calcolo di tali sacrifici individuali sono tutt'altro che univoci e caratterizzati da una forte ambiguità soggettiva. A tale proposito credo sia sufficiente accennare al dibattito apertosi nel corso del 2001 negli Stati Uniti a proposito della valutazione dei costi legati all'approvazione di una legislazione in materia di privacy nei sistemi di commercio elettronico e in internet. Le cifre indicate dai vari partecipanti alla discussione variavano da 1 a 36 miliardi di dollari a seconda delle variabili esaminate da chi proponeva questi calcoli. Le polemiche legate a queste ricostruzioni hanno lasciato traccia in Internet ma non hanno contribuito a far chiarezza su una questione essenziale. Credo che alla luce di questa esperienza diventi essenziale individuare un metodo attraverso il quale calcolare univocamente i costi della privacy. Ma per potersi cimentare in questa operazione non mi sembra si possa prescindere da una classificazione dei costi in base a criteri oggettivi.
  - b) Da questo deriva la seconda considerazione che ha carattere sostanziale ed è legata appunto alla necessità di distinguere tra loro i costi legati alla privacy. Mi cimento con questo tentativo di classificazione e provo ad individuare le categorie di costi della privacy in relazione a tre specifici criteri:
    - i) i soggetti che sopportano tali costi
    - ii) il tempo in relazione al quale sono sostenuti tali costi
    - iii) la natura dei costi
- i) Dal punto di vista soggettivo possiamo parlare di:
- **costi individuali**: sono i costi sostenuti tanto dall'interessato per esercitare i suoi diritti di riservatezza, quanto dal titolare per adeguarsi alla protezione dei dati personali.

- **costi sociali** : sono i costi che la collettività sopporta per garantire il rispetto della riservatezza individuale. In questo contesto rientrano i costi di organizzazione che lo Stato sostiene per rispondere alla domanda di privacy dei suoi consociati

ii) Dal punto di vista cronologico va osservato che i costi possono essere

- **preventivi o di prevenzione** per evitare che si verifichino violazioni della privacy
- **successivi o di correzione** per porre rimedio a violazioni che si siano già verificate

Da questo punto di vista può essere utile qualche approfondimento, soprattutto dal punto di vista dei titolari di trattamento che dispongano di organizzazioni complesse.

Se consideriamo i **costi preventivi** necessari per garantire a questi soggetti il rispetto delle normative in materia di privacy vanno indicati essenzialmente:

- 1) L'inserimento di risorse umane da destinare alla gestione delle procedure in materia di privacy
- 2) Lo sviluppo e l'aggiornamento della procedura interna in materia di privacy
- 3) La formazione e l'aggiornamento del personale
- 4) Il controllo e l'audit delle attività di gestione della privacy
- 5) L'adozione di strumenti tecnologici ed informatici che garantiscano la protezione dei dati personali
- 6) La comunicazione interna per diffondere le privacy policies
- 7) La relazione diretta con i soggetti cui si riferiscono i dati personali trattati

Se valutiamo i **costi successivi** al verificarsi di contestazioni derivanti dal mancato rispetto della privacy vanno evidenziati in caso di effettiva violazione della privacy dobbiamo distinguere

1) Costi di ristrutturazione e riadeguamento dei dati alle esigenze di protezione della privacy

2) Costi derivanti dai rapporti con soggetti posti al di fuori dell'organizzazione interna

- Sanzioni amministrative
- Risarcimenti dei danni
- Riduzione del valore delle azioni della società

- Danno rispetto alla reputazione pubblica dell'azienda
- Riduzione della percezione dei valori dei prodotti aziendali
- Perdita potenziale di opportunità economiche

Attraverso l'analisi dei costi di prevenzione e dei costi di correzione è possibile valutare l'indice di rischio che un'organizzazione corre rispetto al trattamento dei dati personali ed i costi che deve sostenere per ridurre adeguatamente questo rischio.

iii) Dal punto di vista della natura distinguiamo

- **costi di transazione** cioè i sacrifici patrimoniali veri e propri derivanti dalla scelta effettuata
- **costi di opportunità** ossia le rinunce che ogni soggetto è disposto a sostenere in conseguenza della propria scelta.

Finora il dibattito sui costi della privacy si è sviluppato tenendo come punto di riferimento esclusivo i costi di transazione, evidenziando solo l'impatto negativo nascente dall'esistenza di costi monetari.

Credo che invece andrebbe valorizzata la riflessione sui costi opportunità perché sono quelli che incidono più direttamente sul meccanismo di tutela. Vale allora la pena di approfondire questo aspetto specifico.

Che cos'è un costo-opportunità?

Il costo-opportunità è il costo della rinuncia a una possibile alternativa. Ad esempio, se stasera decidete di andare al cinema, il costo opportunità è dato dalla rinuncia a vedere il vostro programma televisivo preferito (se l'alternativa a uscire è stare in casa a guardare la TV). Il costo opportunità è pertanto rappresentato dal valore che viene dato alla alternativa migliore alla quale si rinuncia adottando un certo comportamento. Poiché individui diversi hanno alternative diverse a disposizione, sopportano anche costi-opportunità diversi.

Credo che sia soprattutto sul versante dei costi opportunità che occorre condurre l'analisi per capire in che modo il meccanismo di tutela dei dati personali incida rispetto alle scelte individuali.

Infatti va tenuto presente che l'interessato posto di fronte alla scelta di concedere o meno il consenso al trattamento dei dati personali compie una valutazione dei costi – benefici derivanti da quella decisione. Se decide di limitare la circolazione dei suoi dati personali rinuncia all'opportunità di entrare in contatto con chi gli ha chiesto il consenso ma

in questo modo rafforza il proprio livello di riservatezza. Al contrario, se sceglie di consentire il trattamento, riduce il livello di riservatezza dei propri dati ma aumenta le possibilità di entrare in contatto con altri soggetti.

Allo stesso modo, il titolare di un trattamento che deve decidere se chiedere all'interessato il consenso per ulteriori iniziative rispetto ai suoi dati, fa una valutazione in termini di costo-opportunità. La mancata richiesta ridurrà i costi derivanti dalla gestione dei consensi ma ridurrà l'opportunità di entrare nuovamente in contatto con l'interessato.

### ***Il nodo della clausola del bilanciamento di interessi***

Peraltro l'urgenza di affrontare, con certezza di metodi e di calcolo, il capitolo dei costi della privacy non è data solo da valutazioni che mirano all'efficienza del sistema. Preme con urgenza la necessità di interpretare con coerenza una precisa previsione normativa, contenuta nella direttiva comunitaria del 1995, che va sotto il nome di clausola di bilanciamento degli interessi. Da questo punto di vista, per meglio comprendere l'essenza del fenomeno, può essere utile proporre alcune riflessioni di diritto comparato che diano conto del modo in cui questa clausola è stata finora recepita ed applicata in alcuni ordinamenti giuridici omogenei.

L'idea che gli interessi del titolare del trattamento dei dati e quelli della persona interessata debbano equilibrarsi nasce in Germania, Paesi Bassi, Austria e Finlandia che per primi hanno conosciuto la clausola di bilanciamento *degli Interessi*.

Tutte le Costituzioni prevedono tanto il diritto della persona (interessata) di essere tutelata dallo Stato contro qualsiasi violazione della propria "privacy", quanto il diritto di altre persone (titolari del trattamento) di svolgere la propria legittima attività. Pertanto, l'equilibrio degli interessi in materia di tutela dei dati personali richiama fundamentalmente l'equilibrio dei diritti costituzionali del cittadino.

- Germania      Art. 1, par. 1, Art. 2 par 1 Grundgesetz
- Paesi Bassi    Art. 10, par. 2,3 della Costituzione
- Austria        Sezione 1, par. 1 DSG
- Finlandia      Sezione 8, par. 1 della Costituzione

In tutti gli Stati Membri che conoscono la clausola di *Equilibrio degli Interessi*, il legislatore ha deciso anticipatamente di equilibrare gli interessi: egli considera proibito il trattamento di taluni dati senza il consenso della persona interessata e consente invece, senza necessità di

altrui consenso, il trattamento di dati considerati generici e quindi non invasivi.

Il trattamento dei dati personali, senza il consenso del diretto interessato, è vietato se esso riguarda i dati sensibili, che sono principalmente quelli specificati nell'Art. 8 della Direttiva.

Se un dato è sensibile, normalmente non è più necessaria alcuna ulteriore valutazione degli interessi.

Per converso, i legislatori nazionali hanno individuato specifiche categorie di dati personali i cui trattamenti essi hanno previamente deciso di considerare del tutto "liberi". Si tratta di dati generici e talmente innocui che il loro trattamento è consentito per scopi specifici

A titolo di esempio in Germania (§ 28 par. 3 n°12 N 1b BDSG), Danimarca (§ Sezione 12), Austria (§. 262 par. 5 GewO) e Finlandia (§ 19) sono stati individuati i seguenti dati "normali":

- *nome* Germania, Danimarca, Austria, Finlandia
- *indirizzo* Germania, Danimarca, , Austria, Finlandia
- *dati contenuti*
  - in registri commerciali:* Danimarca
- *numero di telefono* Finlandia, Danimarca
- *qualifica* Germania, Finlandia, Austria, Danimarca
- *occupazione, profess.* Germania, Finlandia, Austria, Danimarca
- *titoli accademici* Germania, Austria
- *sesso* Finlandia
- *anno di nascita* Germania, Austria, Finlandia
- *lingua d'origine* Finlandia
- *appartenenza a gruppi* Germania, Austria, Finlandia

L'idea di fondo dei legislatori nazionali è stata quella di determinare una clausola generale per esprimere il principio di bilanciare gli interessi del titolare del trattamento dei dati e quelli della persona interessata.

il trattamento è considerato legittimo se l'interesse della persona cui si riferiscono i dati personali non prevale sul legittimo interesse del titolare del trattamento.

Occorre pertanto definire quale sia l'interesse legittimo del titolare del trattamento e quello della persona interessata.

Negli Stati Membri dell'Unione europea che hanno recepito nei propri ordinamenti *l'Equilibrio degli Interessi*, tutti gli specifici interessi

economici ragionevoli sono considerati legittimi. Ma è il titolare del trattamento a dover verificare lo scopo specifico dell'operazione.

Ai sensi dell'Art. 6 della Direttiva sulla protezione dei dati personali, questi ultimi possono essere trattati solo per fini determinati ed espliciti.

Ora, l'interesse legittimo sussiste solo se i dati sono necessari per il fine specificato. In generale, il fatto che questi dati siano soltanto utili ai fini del trattamento non è sufficiente. Già in questa prima fase il titolare deve dunque verificare se i dati personali sono necessari in relazione ai suoi scopi determinati ed espliciti, e così facendo esso prende la prima decisione ai fini della legittimità del trattamento.

Se si ritiene che gli interessi del titolare del trattamento sono legittimi, il passo successivo è di verificare se vi siano interessi legittimi della parte interessata che possano prevalere su quelli del titolare. Sono tre i principali motivi per i quali possono prevalere gli interessi della persona interessata: la sua opposizione, i dati sensibili o altri interessi.

In particolare per questo terzo elemento vi possono essere altri giustificati interessi della persona interessata, che potrebbero portare in un caso specifico a proibire il trattamento dei dati per ottenere un risultato giustificato. In tale contesto, lo scopo specifico del trattamento può giocare un ruolo importante nella valutazione.

Il Tribunale Civile Federale di Germania (*Bundesgerichtshof, BGH*) si è così espresso nel 1986:

*"Il termine interesse giustificato richiede una valutazione del peso del diritto fondamentale personale della persona interessata e dell'importanza che la rivelazione e l'uso dei dati personali significano per tale persona in contrapposizione agli interessi del titolare del trattamento o di terzi per i cui scopi vengono raccolti i dati. Pertanto, tipo, contenuto e significato dei dati debbono essere valutati in base allo scopo per il quale essi vengono raccolti ed al costo sociale derivante dal loro mancato utilizzo.*

*Soltanto se tale valutazione, ispirata al principio costituzionale della proporzione, non dà motivo di presumere che la conservazione dei dati per gli scopi prefissati potrebbe influire sugli interessi giustificati della persona interessata, tale conservazione dei dati è ammessa."*

(BGH NJW 86, 2505)

Quindi anche rispetto all'applicazione del principio di bilanciamento di interessi, la corretta valutazione dei costi e dei vantaggi comparati è

essenziale per l'adeguato utilizzo di questa che è una vera e propria clausola generale nella teoria del trattamento dei dati personali

### ***Le norme sulla privacy come strumento per una corretta allocazione dei dati personali***

Da queste riflessioni nasce una domanda ulteriore: quale regolamentazione giuridica della privacy va nella direzione di una migliore efficienza allocativa? Il nodo da sciogliere in relazione all'efficienza della tutela della riservatezza resta quello generato dalla necessità di armonizzare le scelte in materia di privacy, che sono scelte strettamente individuali, nel contesto del massimo benessere collettivo. Sarebbe probabilmente utile se all'approccio giuridico, che suggerisce una valutazione puramente legata all'esercizio di un diritto soggettivo, si affiancasse anche una riflessione orientata in termini di ricerca del maggior benessere possibile non solo nei confronti del titolare del diritto ma anche di tutti gli altri soggetti .

Da questo punto di vista il contributo dell'analisi economica del diritto, se saprà evitare osservazioni eminentemente provocatorie, potrà essere particolarmente utile per aprire nuove prospettive al dibattito che si andrà sviluppando nei prossimi anni. L'evoluzione della tecnologia e dei metodi di comunicazione commerciale tende inesorabilmente a trasformare i dati personali in merce, dotata di un valore intrinseco. L'esigenza di tutela tende quindi a crescere, ma per garantirne l'efficacia non si potrà prescindere da valutazioni che tengano conto anche della matrice economica della privacy che si affianca a quella etica originaria.

### ***L'evoluzione della privacy da diritto negativo a diritto civico***

In questo senso si può anche stimolare una riflessione ulteriore in base alla quale la privacy non è più soltanto un diritto negativo, consistente nel dovere collettivo di astenersi passivamente da comportamenti lesivi della riservatezza. Essa ha invece assunto le connotazioni tipiche del diritto civico (secondo le categorie classiche di Jellinek) ed è divenuto una pretesa giuridicamente tutelata di prestazioni poste a carico della collettività. In questa nuova prospettiva i costi, sia pubblici che privati, della *data protection* sono destinati inevitabilmente a salire.

Questo peraltro è un elemento che fa parte della fisiologia di un sistema efficiente e induce a guardare verso il futuro con ottimismo: perché, con una considerazione di buon senso, in generale i diritti, intesi come posizioni giuridicamente protette, esistono non solo nella misura in cui un

determinato ordinamento decide di riconoscerli e tutelarli ma dipendono anche dalle risorse che la società è disposta a destinare a tale scopo.

### ***L'efficienza delle regole in materia di data protection***

In termini economici mi sembra non si possa ignorare che il meccanismo di funzionamento della privacy è basato sulla comparazione tra i costi opportunità dell'interessato al trattamento e quelli del titolare del trattamento.

Se il vantaggio comparato del titolare del trattamento supera quello dell'interessato si verifica un riequilibrio del sistema in cui l'energia necessaria per aumentare il livello di privacy non dipende solo dalla scelta dell'interessato e dall'investimento di risorse da parte dell'Autorità.

Riecheggiano qui le considerazioni che ormai 25 anni fa Poster aveva prospettato con una vena indubbiamente provocatoria: il singolo fa una valutazione essenzialmente egoistica rispetto alle conseguenze sociali che produrrà la sua scelta in materia di privacy.

E da questo punto di vista va tenuto poi presente che i meccanismi sempre più raffinati che permettono di trasformare gli estranei in amici e gli amici in clienti (come vuole lo slogan di successo, usato da Seth Godin, il creatore del *permission marketing*) non sono un elemento rassicurante. Ho interpretato come un segno di ingenuità l'atteggiamento dei sostenitori della naturale convergenza tra i sostenitori della privacy ed i sostenitori del *permission marketing*.

Le cose non stanno in questi termini: mi permetto di dirlo con fermezza per l'esperienza acquisita come Presidente del comitato italiano di controllo che sovrintende all'autodisciplina nel settore del marketing diretto e come studioso dei rapporti tra diritto dei consumatori e diritto della comunicazione. Con estremo realismo e con senso di responsabilità devo qui sottolineare una pericolosa tendenza in corso che rischia di compromettere l'effettiva tutela della privacy ed il futuro sviluppo del mercato della comunicazione interattiva.

Chi raccoglie dati personali per finalità commerciali è portato a spingere alle estreme conseguenze, in modo spesso sotterraneo e con sottili strategie psicologiche, il principio della centralità del consenso individuale come strumento per la definizione del livello di privacy e per l'esercizio del conseguente diritto di autodeterminazione informativa: il consenso può diventare merce di scambio (secondo un meccanismo che banalizzando si esprime in questi termini: "*se mi dai il tuo consenso*

*all'uso dei tuoi dati personali, ti faccio partecipare ad un concorso a premi o ti regalo un gadget"”) ed in questa sua mercificazione rischia di perdere il ruolo di garanzia, che pure i meccanismi di protezione della data protection gli attribuiscono.*

Questo è un indubbio pericolo.

Ripeto qui concetti pronunciati, in tempi non sospetti, circa trentenni fa da alcuni tra i primi divulgatori italiani delle allora neonate teorie della *data protection* in Europa: il consenso da solo non basta per garantire effettivamente la tutela piena della riservatezza.

La legge italiana contiene significative tracce di questa impostazione. Pensiamo al regime che caratterizza la gestione dei dati sensibili ad esempio per i quali al consenso scritto dell'interessato si deve affiancare l'autorizzazione del garante per la protezione dei dati personali.

E la stessa funzione del Garante, che ha meritoriamente sollecitato ed organizzato questo Convegno, non è semplicemente quella che, secondo una formula statunitense che trovo particolarmente felice, definirei di *sporting theory* della giustizia. Il Garante non è solo un arbitro che verifica che i contendenti in gioco rispettino le regole fissate dal legislatore. Egli ha, per espressa previsione normativa, un ruolo attivo di promozione della legge, di indagine e di prevenzione di possibili violazioni.

Riportando queste considerazioni sul piano normativo credo che occorra affrontare la questione relativa alla individuazione di meccanismi che aumentino l'interesse ad assumere comportamenti *privacy oriented* da parte di tutti. Il presupposto di questo ragionamento è che la privacy sia un valore trasversale la cui affermazione porta benefici condivisi che riguardano tanto i singoli quanto la collettività, tanto i cittadini, quanto le imprese ed i soggetti pubblici, e in senso lato le persone sia come soggetti individuali quanto come soggetti sociali.

Il problema di fondo quindi è quello di verificare se sia possibile riequilibrare il meccanismo di tutela alleggerendo la pressione che oggi inevitabilmente grava sull'interessato.

### ***Alcuni spunti di riflessione per futuri interventi.***

Attraverso quali leve può essere raggiunto questo risultato? Ne indico alcune, senza pretese di completezza ma solo per sollecitare un dibattito aperto su questo argomento:

- 1) *Prevenzione*: gli abusi nel trattamento dei dati personali spesso avvengono all'insaputa dell'interessato. I cosiddetti trattamenti occulti vanificano il ruolo di controllo del consenso. Va quindi rafforzata l'attività di prevenzione di queste violazioni
- 2) *Controllo*: il ruolo di controllo dell'Autorità Indipendente può permettere di attenuare e regolamentare la pressione che viene esercitata dai titolari di trattamento sul singolo interessato per ottenere il suo consenso all'uso dei dati.
- 3) *Sanzioni*: l'applicazione di sanzioni pecuniarie e di rimedi risarcitori e punitivi potrà indurre i titolari dei trattamenti a formulare più prudentemente le loro valutazioni circa i vantaggi comparati derivanti dalla violazione delle norme poste a tutela della riservatezza.
- 4) *Incentivi*: l'individuazione di profili premiali che incrementino i vantaggi comparati dei titolari e dei responsabili del trattamento può indurre una maggiore propensione al rispetto della riservatezza anche da parte dei titolari del trattamento. Non so se sia vero l'assunto di fondo di un bel libro di Stephen Holmes e Cass Sunstein – Il costo dei diritti - in base al quale la libertà dipende dalle tasse, ma probabilmente la leva fiscale, mediante sgravi, deduzioni e detrazioni di imposta, può essere di aiuto per incentivare il rispetto della privacy altrui e disincentivare le violazioni. Lo stesso discorso vale per la semplificazione degli adempimenti amministrativi legati alla protezione dei dati che si potrebbe concedere, in senso premiale, solo ai titolari di trattamento che si adeguano a standard elevati di riservatezza. Anche strumenti di certificazione che dichiarino pubblicamente il rispetto delle procedure di privacy sono uno strumento dal forte contenuto incentivante, che le imprese in particolare potrebbero usare per elevare il loro rapporto di fiducia con il consumatore.

Ma prima di affrontare questo tema, che si colloca nella tradizionale sezione che la teoria generale del diritto qualifica nell'area degli strumenti di tutela del diritto, sarà importante comprendere in che modo si realizza la dinamica dei dati personali all'interno di un sistema economico. Si tratterà di fare valutazioni essenzialmente legate alla microeconomia, utilizzandone schemi e criteri.

Seguendo la tradizionale impostazione dell'analisi microeconomica (che è appunto lo studio dell'allocazione di risorse scarse tra scopi alternativi)

è possibile analizzare le dinamiche generate dalla tutela dei dati personali attraverso cinque aspetti:

1. come vengono effettuate le scelte del consumatore rispetto alla domanda di privacy ( e quindi come un consumatore tipo, vincolato da un reddito determinato, scelga tra i diversi livelli di privacy messi a sua disposizione)
2. come vengono operate le scelte in materia di privacy dalle società e imprese commerciali (in quest'ottica si potrà descrivere come l'impresa decida quale a quale livello di privacy sia accettabile adeguarsi, come adeguarsi a che prezzo raggiungere la tutela della riservatezza)
3. come interagiscono tra loro imprese e consumatori (combinando la teoria del consumatore e dell'impresa si possono analizzare le decisioni degli uni e delle altre verificando se siano coordinate attraverso il movimento dei prezzi di mercato, nell'individuazione del punto di equilibrio e quale sia quindi il livello di privacy accettabile in un mercato efficiente)
4. come si strutturano l'offerta e la domanda di privacy nel processo produttivo (analizzando come incidono domanda ed offerta nell'ambito dei fattori di produzione: lavoro, capitale e capacità imprenditoriale)
5. come si organizzano i mercati e come possono raggiungere l'efficienza nell'allocazione delle scelte dei soggetti economici in materia di privacy

Certamente questo apre nuove prospettive di analisi, che dovrà essere condotta con grande rigore scientifico e con la capacità di valorizzare i risultati conseguiti finora dalla ricerca giuridica.

### ***Il rischio intrinseco nell'analisi economica***

Peraltro va messo chiaramente in evidenza un rischio: la sovrapposizione di valutazioni di carattere economico rispetto ad un diritto fondamentale come la privacy si presta a fraintendimenti e confusioni che è necessario scongiurare. D'altra parte non credo che sarebbe corretto ignorare questa prospettiva di analisi alla quale siamo chiamati dallo sviluppo del sistema sociale e tecnologico entro il quale avviene il flusso dei dati personali.

Mi sembra anzi che questa sia una sfida alla quale non possiamo sottrarci. Anche a costo di affrontare passaggi rischiosi o complessi. Certamente non va ignorato che su questo tema si affolleranno nei prossimi anni gli

interventi di quelli che **Yves Dezalay** ha definito, con straordinaria efficacia, i mercanti del diritto. Esistono autentiche multinazionali del diritto che intervengono per la ristrutturazione dell'ordine giuridico internazionale perseguendo interessi particolari che nulla hanno a che spartire con la tutela dei principi generali, che sono stati determinati attraverso le regole democratiche. La *privacy* è un piatto troppo ricco perché su questo argomento non si esercitino le pressioni della cosiddetta *business community*.

Con l'orgoglio del giurista, non credo che un argomento così trasversale possa essere definito esclusivamente attraverso considerazioni legate alla relazione tra costi e benefici. Penso tuttavia che la scienza giuridica non è mai solo forma. E sono convinto che i veri problemi che il giurista è chiamato ad affrontare e risolvere sono, intimamente, questioni che attengono alla coscienza sociale. Per raggiungere questo scopo occorre valutare anche l'impatto economico che le regole determinano ed esaminare, con rigore, il grado di efficienza delle norme nel perseguimento dell'interesse generale.

### ***Le opportunità dell'analisi economica del diritto: la trasformazione della privacy da costo statico ad investimento dinamico***

L'accostamento tra categorie giuridiche ed economiche non presuppone però l'adesione alle posizioni di quanti, soprattutto oltreoceano, affermano che le regole giuridiche si evolvono necessariamente verso soluzioni efficienti. Il ricorso agli strumenti analitici della microeconomia serve invece ad illuminare gli incentivi e i vincoli che condizionano i comportamenti dei privati. E una maggiore consapevolezza della logica economica sottesa a quei conflitti, quindi, è in grado di offrire un notevole contributo all'interpretazione e all'eventuale adeguamento delle regole.

C'è poi un'ulteriore considerazione da fare rispetto all'evoluzione del nuovo mercato globale. La pluralità di regole e le differenze di approccio rispetto ai temi della circolazione dei dati personali rischia di generare la stessa confusione ed incomprensione di linguaggi che secondo la leggenda caratterizzava il mondo di Babele. Recuperare i dati economici della discussione può favorire l'affermazione di un linguaggio condiviso, principalmente ma non solo, tra le due sponde dell'Atlantico e porre le basi per un approccio più consapevole di entrambi i punti di vista. L'auspicio è quello di far emergere una crescente "attenzione incrociata"- come sono abituati a dire i comparatisti - ,basata sul reciproco rispetto, tra le posizioni che emergono nelle le varie aree continentali. Credo che senza questa riflessione la strada per raggiungere la globalizzazione delle

garanzie in materia di privacy, vero obiettivo di questo processo, sarebbe più difficile.

Non vedo all'orizzonte una prospettiva di *deregulation* per la privacy ma sono certo che non mancheranno coloro che, anche utilizzando strumentalmente l'analisi economica, invocheranno l'esigenza di liberare il mondo imprenditoriale da quelli che un luogo comune del lessico contemporaneo qualifica "*lacci e laccioli*", con immagine volutamente polverosa. E non mancheranno neanche coloro che per dar spazio alle esigenze dell'economia, invocheranno di fare a meno delle regole e delle ragioni del diritto. Invito a diffidare di questi richiami alla liberalizzazione.

Questo è un pericolo che va denunciato a chiare lettere e proprio per scongiurarlo credo sia essenziale che l'analisi economica del diritto faccia chiarezza nel futuro dibattito sulla riservatezza e offra il suo contributo a questo settore della ricerca giuridica. Occorre quindi che anche in quest'analisi economica del diritto alla riservatezza, i fondamenti giuridici sui quali poggia la privacy vengano mantenuti e difesi. L'obiettivo è quello di configurare una visione armoniosa della privacy che possa trasformarsi **da costo statico a investimento dinamico**, per incentivare la crescita di valore delle risorse e favorire lo sviluppo economico generale: una privacy ben temperata, se così posso dire.

### ***La nobile e mobile frontiera della privacy***

Si delinea così anche per la privacy un fenomeno evolutivo che ha caratterizzato lo sviluppo della teoria generale della responsabilità civile e che ormai appartiene al lessico dei giuristi italiani: la **nobile** frontiera della privacy si modifica costantemente a causa dell'evoluzione della tecnologia e della società, diventando quindi una **mobile** frontiera in costante spostamento. Siamo chiamati a inseguire la privacy in questo ampliamento dei suoi confini. Per raggiungerli credo sia indispensabile evitare, da parte di tutti, arroccamenti su posizioni consolidate ed aprirsi a nuove prospettive. Per affrontare questo viaggio credo che sia importante tenere conto che non è il possesso della conoscenza, della verità irrefutabile, a caratterizzare l'uomo di scienza, ma la ricerca critica persistente e inquieta della verità.

Con entusiasmo e passione, ricordo sempre a me stesso quello che Karl Popper concludeva, descrivendo il modo attraverso il quale il progresso scientifico procede. Sulla base di quella lezione credo che anche per la privacy sia corretto dire: "**la ricerca non ha fine**".

## Riferimenti bibliografici

- **A.A.V.V.** *The Law and Economics of Privacy*, in "The Journal of Legal Studies", vol. IX, 1980, 4, con contributi di: G. Stigler, J. Coleman, J. Hirshleifer, R. Epstein, E. Kitch, D. Carlton, A. Kronman, F. Easterbrook, K. Scott, J. Lorie, G. Becker, J. Gould.
- **J. Baudrillard**, *La società dei consumi*, Bologna, 1976
- **G. Calabresi**, *L'inutilità di Pareto: un tentativo di andare oltre Coase*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1996 n. 2 pagg 399-436
- **R. Coase**, *Blackmail* in *Virginia Law review*, vol. 74, 1987, pagg 655-677 traduzione italiana "*Il Ricatto*" in *Contratto e Impresa* 1996, pagg. 284-305
- **R. Cooter**, *Le migliori leggi giuste: i valori fondamentali nella analisi economica del diritto*, in "Quadrimestre" Giuffrè 1991 pagg. 526 - 555
- **Francesco Denozza**, *Norme efficienti*, Milano, 2002
- **R Dworkin** *Why efficiency? A response to Professor Calabresi and Posner* in "Hofstra Law Review", VII, 1980 pp. 563 ss
- **R. Epstein**, *Libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione. Una critica di analisi economica del diritto alla via americana* in "Il diritto dell'informazione e dell'informatica", 1987, pp. 825-861.
- **R. Gellman**, *Does Privacy law work*, in **A.A.V.V.** *Privacy and Technologies: the new landscape*, Boston, 1997 pagg. 193-218
- **C. Hartmann, S. Renas**, *Massimizzazione dei profitti editoriali e diffamazione: una analisi economica dei modelli di responsabilità* (1984), in "Il diritto dell'informazione e dell'informatica", 1986, pp. 343-358
- **S. Holmes- C. Sunstein**, *Il costo dei diritti*, Bologna, 2000
- **M. Maglio** *La tutela dei dati personali: principi giuridici e spunti di analisi economica* in "Responsabilità, Comunicazione, Impresa" 2001, Fasc. 2, pagg. 123-164
- **G. Minda** - *Teorie Postmoderne del diritto*, 2001, Bologna, pagg 141- 177
- **K. Miyoshi Chih-Ming Ho**, *Calculating the Cost of Privacy*, Vanderbilt University, 2002
- **M. Siegert**, *Updated and extended methodology for the use and control of the balance of interest clause due to the article 7f of the EU Directive 95/46*, Friburg am Rein, 2001
- **R. Pardolesi**, *Privacy e identità personale nell'analisi economica del diritto*, in G. Alpa, M. Bessone, L. Boneschi (a cura di), *Il diritto alla identità personale*, Cedam, Padova, 1982, pp. 168-179.
- **G. Pino**, *Giudizi di valore e dottrine civilistiche. Il caso dei diritti della personalità*, in *Diritto e Questioni pubbliche* n. 2/2002
- **R. Posner** *Privacy as Secrecy* (1978) e *A Broader View of Privacy* (1979), entrambi riprodotti in **R. Posner**, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) and London, 1982, cap. 9 e 10.
- **R. Poster**, *Economic analysis of law: an essential tool for legal theory and practice*, Discorso letto il 18 settembre 2002 alla XIX conferenza Annuale dell'Associazione Europea per l'analisi economica del diritto
- **J. Rawls**, *A theory of Justice*, Boston 1971 pagg. 77 e segg
- **S. Rodotà** *Per la globalizzazione dei diritti* in *Micromega*, 2002 p. 156-165