

ENRICO BAFFI

LA TUTELA DELLA PRIVACY FRA EGUAGLIANZA ED ECONOMIA

L'articolo analizza le teorie sviluppate sia a favore sia contro la tutela della privacy, nei modi in cui è essa tutelata oggi nei paesi occidentali. Si esaminano tanto le giustificazioni economiche della tutela della privacy elaborate da giuristi ed economisti americani quanto i vantaggi economici di una possibile eliminazione di tale tutela. Viene sviluppata una nuova idea economica secondo la quale la tutela della privacy è necessaria quando un soggetto è interessato al comportamento di un altro individuo per scoprirne aspetti diversi che sono correlati con il comportamento che è oggetto di possibile controllo. Se non si vieta il controllo sul comportamento altrui, l'individuo non terrà più quel comportamento per non rilevare quali comportamenti correlati mette in atto, subendo una perdita di benessere, mentre l'interessato alle informazioni non otterrà alcun beneficio, in quanto nessuna informazione riuscirà a ricavare. Da qui discende una diversa giustificazione per la tutela della privacy. Nell'articolo, tuttavia, si fa notare come la tutela della privacy sia anche uno strumento per favorire l'uguaglianza, se non l'egualitarismo. Dietro lo schermo della privacy, infatti, tutti gli uomini sono grigi. La tutela della privacy rende non distinguibili gli individui e ciò implica che le scelte nei rapporti sociali avvengano dietro un velo di ignoranza, con tutti i costi che ciò comporta. Le giustificazioni economiche elaborate dai sostenitori della tutela della privacy potrebbero quindi dover essere messe in disparte per favorire la trasparenza fra gli individui.

«Biblioteca della libertà»

Direttore: Pier Giuseppe Monateri

ISSN 2035-5866

Rivista quadrimestrale online del Centro Einaudi

[www.centroeinaudi.it/centro/bdl.html]

Direttore responsabile: Giorgio Frankel

© 2010 Centro di Ricerca e Documentazione

“Luigi Einaudi”

Anno XLV, n. 197 online
gennaio-aprile 2010
ISSN 2035-5866

**PROPERTY RIGHTS AND
THE RULE OF LAW:
CLASSICAL LIBERALISM
CONFRONTS THE MODERN
ADMINISTRATIVE STATE**

Richard A. Epstein

Deepak Lal
Towards a New Paganism:
The Family, the West
and the Rest

Raimondo Cubeddu
Regolare tramite *Authorities?*
Una critica serrata
al pensiero dominante

Enrico Baffi
La tutela della privacy
fra eguaglianza ed economia

Il libro annotato
Adele Lebano
Note in margine a
«Nudge. La spinta gentile»
di Cass R. Sunstein
e Richard H. Thaler

*Attività del Centro Einaudi
(luglio-dicembre 2009)*

bdl
Biblioteca della libertà

ENRICO BAFFI

**LA TUTELA DELLA PRIVACY
FRA EGUAGLIANZA
ED ECONOMIA**

Se la borghesia liberale di due secoli fa sentiva l'esigenza della privacy per essere lasciata sola, oggi la riservatezza è forse maggiormente sentita come strumento per non essere discriminati. Le normative contro la discriminazione e le normative a tutela della privacy vedono così convergere la loro funzione

1. INTRODUZIONE

Il verbo «discriminare» ha nel suo significato più semplice quello di «distinguere», anche se si connota di un aspetto negativo, in quanto comprende il concetto di «escludere».

Distinguere un ristorante di qualità da uno non buono, al fine di decidere dove andare a trascorrere una serata, significa discriminare il peggiore a favore del migliore. E distinguere, ad esempio, fra più diversi tipi di vino ha il senso di discriminare fra essi. Anche in questo senso il verbo discriminare può essere utilizzato.

Discriminare significa, quindi, tenere un comportamento diverso verso due soggetti: il cliente che sceglie il ristorante migliore discrimina il peggiore a favore del primo; e l'esperto degustatore di vini che sceglie il migliore discrimina gli altri a vantaggio del primo.

Ogni individuo, nella sua vita quotidiana, compie delle discriminazioni: così Tizio può scegliere di passare il pomeriggio con Caio, discriminando Sempronio; oppure Sempronio può discriminare Tizio decidendo di comprare da Caio. Ogni individuo che si rechi a fare la spesa quotidiana compie una discriminazione: in primo luogo, perché sceglie l'esercizio commerciale dove andare, escludendo gli altri; in secondo luogo, perché fra le merci esposte in vendita sceglie quella che preferisce, discriminando le altre¹.

La discriminazione si fonda spesso su elementi esistenti nei vari beni, prodotti e persone che fan sì che colui che deve scegliere abbia una maggiore preferenza per

¹ J. MacIntosh, *Employment Discrimination: An Economic Perspective*, «Ottawa Law Review», 19, 1987, p. 275 e seguenti (p. 277).

certe caratteristiche. Colui che sceglie il vino a gradazione alcolica alta preferisce tale tipo di bevanda piuttosto che il vino a gradazione bassa. Oppure chi sceglie un tipo di pasta più morbida ha una esatta preferenza sul tipo di cibo che intende acquistare. Nel caso in cui la discriminazione avvenga su dati certi che riguardano le persone o i beni si può parlare di «discriminazione perfetta».

Una forma diversa di discriminazione, ma ugualmente molto diffusa, è la discriminazione statistica². In questo caso l'individuo che deve compiere una scelta fra due tipologie di persone o prodotti, calcola le caratteristiche medie delle due categorie e sceglie il bene o la persona appartenente alla categoria con caratteristiche migliori: per fare un esempio, se Tizio, rientrando a casa, incontra su un marciapiede una giovane cinese e sull'altro un uomo vestito tutto di scuro, preferirà forse passare per il marciapiede con la giovane cinese, in quanto, statisticamente parlando, è più probabile subire un'aggressione da un uomo completamente vestito di nero che da una giovane cinese. Sviluppando il ragionamento, può dirsi che Tizio sa che nel 5 per cento dei casi in cui si passa vicino a un uomo vestito di nero si viene aggrediti, mentre solo nell'1 per cento dei casi si viene aggrediti da una giovane cinese. Allora il calcolo economico porta Tizio a dirigersi verso il marciapiede dove si muove la giovane donna. In questo modo minimizza il danno atteso e massimizza così il suo benessere.

Tale discriminazione è accompagnata dall'aggettivo «statistica». Per spiegare tale aggettivo, si torni all'uomo vestito di nero: quest'ultimo potrebbe essere la persona più onesta che si possa incontrare, e la donna cinese una pericolosa killer, ma il calcolo delle probabilità dice che è più probabile essere aggrediti da un uomo vestito di nero piuttosto che da una giovane cinese.

La discriminazione statistica non si fonda su caratteristiche certe delle persone o dei beni, ma considera le caratteristiche medie della categoria a cui appartengono tali beni e tali persone. Per questo si distingue dalla discriminazione perfetta.

La discriminazione statistica è privatamente efficiente³, nel senso che il soggetto il quale faccia uso di essa massimizza il suo benessere. Diverso, e da affrontare, è il tema della desiderabilità sociale della discriminazione statistica.

Qui si può far notare che alla discriminazione statistica ricorre un gran numero di persone. Quando, ad esempio, si sceglie un ristorante perché ci appare più attraente e più pulito, stiamo compiendo una discriminazione statistica. È ben possibile che un ristorante che si presenta in condizioni peggiori sia il migliore e il più pulito, tuttavia, statisticamente parlando, è più probabile che il primo ristorante sia migliore rispetto al secondo. Oppure si immagini la persona che si accinge a compiere acquisti: si lascia attrarre dal *packaging* di un prodotto che appare ben concepito; sceglie così quel prodotto perché ritiene che vi sia stata una particolare cura nella sua preparazione. In tal caso si attua una discriminazione statistica: è ben possibile che un prodotto che si presenta in modo meno attraente sia di migliore qualità, ma ciò che conosce l'acquirente è che è più probabile, anche se non certo, che il prodotto scelto con il *packaging* ben curato sia di qualità migliore.

² E. Phelps, *The Statistical Theory of Racism and Sexism*, «American Economic Review», 62, 1972, p. 659 e seguenti.

³ E. Phelps, *op. cit.*, p. 659.

Ciò che può contrastare con il senso di equità degli individui sta nel fatto che un bene di qualità migliore venga discriminato, oppure che un individuo integerrimo venga discriminato nel momento in cui il passante cambia marciapiede.

La discriminazione si fonda su diversi tipi di informazioni: in primo luogo vengono in considerazione gli «indici» e i «segnali»⁴. Gli indici sono rappresentati da quelle caratteristiche delle persone o delle cose che non possono essere modificate se non a costi altissimi: si pensi al colore della pelle di una persona, alla razza, all'età, al sesso. In ipotesi di discriminazione fondata su tali elementi si deve parlare di discriminazione statistica. I segnali sono invece quei comportamenti che implicano un certo costo per essere attuati e che non possono essere mimati da soggetti con caratteristiche diverse. In questa ipotesi si dovrebbe parlare di discriminazione perfetta, in quanto solo e tutti gli individui che hanno una certa caratteristica possono emanare quel segnale.

Come si è detto, la discriminazione fondata sugli indici è quella che riguarda il sesso delle persone, il colore della pelle, la lingua, l'altezza e così via. I segnali più importanti sono rappresentati dall'educazione, dal modo di vestire, di guidare eccetera.

Contro le discriminazioni fondate soprattutto sugli indici esiste una complessa disciplina normativa *antidiscrimination*. Una caratteristica generale degli indici è che essi sono facilmente visibili all'occhio dell'osservatore. Ma la normativa *antidiscrimination* non si limita a vietare le discriminazioni fondate sugli indici. Ciò che caratterizza tale normativa sta nel fatto che, anche nel caso in cui l'individuo decida di manifestare le sue caratteristiche, egli non può, in certi contesti, essere discriminato.

Contro invece le discriminazioni riguardanti elementi che possono essere tenuti nascosti e che il soggetto «vuole» tenere segreti, esiste la normativa sulla riservatezza. Così, per esempio, un individuo può voler tenere nascosti i risultati di certe analisi mediche, il voto di laurea, lo stipendio. Nel caso della normativa a tutela della riservatezza l'ordinamento non pretende che l'individuo, pur manifestatosi nelle sue caratteristiche, non venga discriminato, ma attribuisce al soggetto il diritto di tenere segrete certe informazioni.

Con ciò peraltro non si vuole affermare necessariamente che la tutela della riservatezza sia finalizzata solo alla eliminazione delle discriminazioni, ma si vuole invece indicare che un effetto che essa produce è senz'altro questo.

Vi è infine da considerare la discriminazione fondata sui segnali. Sebbene la normativa *antidiscrimination* si occupi solo marginalmente di essa, quest'ultima può essere oggetto della normativa a tutela della riservatezza.

2. TUTELA DELLA PRIVACY E UGUAGLIANZA

Il soggetto agente, che intende massimizzare il proprio benessere, cerca di utilizzare tutte le informazioni che può ricavare, sia allo scopo di attuare una discriminazione statistica, sia al fine di attuare una discriminazione perfetta. Le norme sulla privacy e quelle contro la discriminazione lo inibiscono a fare ciò. Quali effetti producono tali dispo-

⁴ M. Spence, *Market Signaling: Informational Transfer in Hiring and Related Screening Process*, Harvard University Press, Cambridge 1974, p. 10: Spence definisce in tal modo gli *indexes* e i *signals*: i primi sono caratteristiche osservabili non alterabili; i secondi sono caratteristiche osservabili e alterabili.

zioni? Le norme prese in considerazione producono immediatamente un certo effetto: gli individui sono trattati in modo più uguale. Non potendo attuarsi una discriminazione sulla base delle analisi mediche, il malato sarà trattato allo stesso modo dell'individuo sano; non potendosi attuare discriminazioni sulla base della nazionalità, lo spagnolo sarà trattato allo stesso modo dell'americano. Tali comportamenti sono privatamente inefficienti se, come si è visto, l'individuo che opera per i propri interessi compie discriminazioni statistiche e discriminazioni perfette. Le norme *antidiscrimination* non si spingono molto avanti: non si può infatti obbligare un acquirente di una scatola di pomodori a scegliere a caso onde evitare una indesiderata discriminazione. Come, d'altra parte, non si può vietare all'uomo che cammina sulla strada di scegliere il marciapiede che preferisce.

Si potrebbe affermare che dietro lo schermo della privacy tutti gli individui sono grigi. La normativa sulla privacy appare allora come un via statunitense all'egualitarismo.

Con la tutela della privacy si crea un muro dietro il quale vengono a nascondersi comportamenti e informazioni degli individui, rendendo tutti più uguali. Non potendo conoscersi la busta paga di due operai, si tenderà a non considerare questo elemento nello scegliere il migliore amico, o si considereranno probabilmente equivalenti le due retribuzioni. Da questo punto di vista la normativa a tutela della riservatezza favorisce l'egualitarismo. A ciò si aggiunga l'influenza delle norme *antidiscrimination* che impediscono discriminazioni fondate principalmente sugli indici. Ne risulta una realtà sociale in cui l'uguaglianza fra gli individui è notevolmente aumentata, anche se a scapito dell'efficienza. Quest'ultima richiede, di regola, la maggior quantità di informazione possibile, per far sì che gli scambi fra i consociati abbiano il massimo valore.

3. GIUSTIFICAZIONE ECONOMICA DELLA TUTELA DELLA RISERVATEZZA

Vi è peraltro un connotato negativo nel concetto di discriminazione. Tale connotato negativo potrebbe derivare dal fatto che il termine «discriminazione» viene riferito principalmente alla discriminazione statistica, oppure al fatto che essa si fonda su pregiudizi sbagliati.

Si consideri questo caso: i datori di lavoro ritengono erroneamente le donne meno capaci degli uomini nelle attività intellettuali; da ciò conseguirà che per gli incarichi più alti saranno assunti uomini, mentre per gli incarichi più bassi donne. Che effetto produrrà tale comportamento? Un primo effetto sarà dato dal fatto che le donne non si impegneranno particolarmente nell'acquistare abilità intellettuali, ad esempio studiando, perché sanno che saranno ugualmente discriminate. Ne consegue così che il livello di abilità supposto delle donne si verificherà realmente. Si avrà una profezia (falsa) che si autorealizza. Se nessuna donna si impegna a migliorare le sue qualità intellettuali perché sa che sarà ugualmente discriminata, il livello intellettuale delle donne rimarrà basso, e la profezia dei datori di lavoro si realizzerà⁵.

⁵ K. Arrow, *Some Models of Job Discrimination*, in A.H. Pascal (a cura di), *Racial Discrimination in Economics Life*, Lexington Books, Lexington 1972, pp. 99-100 e *The Theory of Discrimination*, in O. Aschenfelter e A. Rees (a cura di), *Discrimination in Labor Markets*, Princeton University Press, Princeton 1973.

Vi sono autori estremamente contrari alla tutela della riservatezza, anche in presenza di considerazioni come quelle appena esposte. Richard Posner⁶ ha paragonato il soggetto che nasconde informazioni su se stesso al venditore che tiene segreti aspetti difettosi dei propri prodotti⁷. Le conseguenze del venditore che nasconde informazioni negative possono essere genericamente identificate nella perdita di valore dello scambio. Se un soggetto, con informazioni complete, valuterrebbe 10 un bene, in presenza di possibili informazioni nascoste lo valuterà 6. Si avrà quindi una perdita di ricchezza. E ciò perché la cosa può non andare bene al compratore, può avere un valore più basso se rivenduta, necessita di maggiori cautele nell'essere utilizzata perché può essere difettosa e così via. Lo stesso ragionamento deve applicarsi alle relazioni sociali: se alcune informazioni possono essere tenute nascoste il valore della relazione diminuisce; ciò perché non si può fare completamente affidamento su quella persona; non è possibile confidarsi liberamente, deve essere tenuta sotto controllo e così via. Come i giornali pubblicano i difetti dei prodotti commerciali, così, secondo Posner, si dovrebbero rendere pubblici i difetti delle persone fisiche.

Posner riporta nei suoi lavori⁸ la vicenda di una signora che nell'età giovanile si era dedicata alla professione di prostituta e che successivamente era stata implicata in un omicidio. Trascorsi questi eventi aveva cominciato una vita normale, si era sposata e aveva frequentato per diverso tempo la chiesa locale, diventando una persona rispettabile. Accadde che in un film fu ripresa la vicenda dell'assassinio e fu ricordata la storia di questa signora. Questa signora fece causa per il risarcimento del danno dovuto alla lesione della privacy e vinse. Per Posner quella sentenza fu sbagliata⁹. Chi nasconde fatti propri cerca di costruirsi una falsa reputazione positiva, ingannando gli altri. Fra l'altro, la buona reputazione è un capitale che facilita gli scambi sociali e commerciali e che non si può effettivamente costruire se vi è il dubbio che ciascuno nasconda qualcosa.

All'obiezione secondo cui i soggetti che rivelassero fatti propri negativi sarebbero ostracizzati, Posner rileva che gli individui, che tendono a massimizzare il loro benessere, sanno valutare quanto sia importante un certo fatto o se la persona sia cambiata nel tempo. Nessuno perderebbe uno scambio sociale con una persona che è stata recuperata totalmente alla vita normale e che ha qualità che possono arricchire la vita dell'altro soggetto.

È stato tuttavia sostenuto che una libertà di raccogliere e diffondere le notizie sugli altri avrebbe effetti distorsivi notevoli. Si immagini di essere fotografati mentre ci si tro-

⁶ R. Posner, voce *Privacy* in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Peter Newman, Londra 1998, vol. III, pp. 103-108. Le insolite idee sulla tutela della privacy furono inizialmente elaborate da Posner in un articolo intitolato *The Economics of Privacy*, «*American Economic Review*», Papers and Proceedings, 71, 1981, p. 405 e seguenti. Alcuni spunti erano peraltro già presenti nell'articolo *The Right to Privacy*, «*Georgia Law Review*», 12, 1978, p. 393 e seguenti.

⁷ Un'ottima introduzione all'analisi economica del diritto alla riservatezza si ha in K. Scheppele, *Legal Secrets: Equality and Efficiency in the Common Law*, The University of Chicago Press, Chicago 1988, pp. 24-42.

⁸ R. Posner, voce *Privacy*, cit., p. 106. Le idee di Posner sul diritto alla privacy sono espresse in modo maggiormente diffuso nel suo libro *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge 1981.

⁹ La causa è conosciuta come *Melvin v. Reid*, 297 P 91 (Cal. 1931).

va nelle proprie abitazioni. Al fine di nascondere ciò che si fa in esse gli individui ricorrebbero a spese per tendaggi o addirittura rinunciarebbero alle finestre. Oppure si pensi a tutti quei mini-comportamenti che si dovrebbero adottare per mantenere segrete informazioni diverse, come il nascondere la busta paga, tenere segrete le analisi mediche eccetera¹⁰.

Potrebbe dirsi che tali comportamenti sono perfettamente inutili in quanto in tali situazioni scatterebbe il meccanismo dell'*unravelling result*, cioè il principio della completa comunicazione¹¹. Secondo tale principio, i soggetti con migliori qualità non nasconderebbero nulla per non essere confusi con i soggetti di minore qualità. Una volta che si siano svelati i migliori, coloro che appartenevano alla seconda categoria vengono a trovarsi nella nuova posizione di soggetti con migliori qualità. Essi, non potendosi più confondere con coloro che appartenevano alla iniziale migliore categoria, e rischiando solo di essere confusi con i soggetti peggiori, a questo punto si sveleranno. Così accadrà anche per la iniziale terza categoria e alla fine del processo tutti i soggetti si saranno svelati (ad eccezione, forse, della peggiore categoria, ma ciò è indifferente, perché dal loro non svelarsi si può indurre che appartengano alla peggiore essendo tutte le altre categorie già svelatesi, per cui non possono confondersi con esse).

Ma vi è un'obiezione a tale ragionamento che lo stesso Posner si pone: le informazioni che un soggetto tende a nascondere non sono solo quelle *discrediting*, cioè che gettano discredito sulla persona, ma anche quelle *embarrassing*, che creano quindi imbarazzo in una persona anche se non hanno alcun valore discredificante. Si immagini il signore che non vuole mostrarsi dalla finestra mentre si trova in bagno. In questo caso non vi è nulla di discredito – egli non può ingannare sulla sua età e anche sulle sue condizioni fisiche o sul comportamento naturale che tiene –, tuttavia gli crea imbarazzo farsi vedere dalla finestra.

Il fatto che le informazioni tenute nascoste siano tanto quelle *discrediting* quanto quelle *embarrassing* fa sì che il meccanismo della completa comunicazione non possa funzionare completamente: una certa categoria di individui potrebbe celare le informazioni che la riguardano non perché tali individui appartengono alla categoria peggiore, bensì perché provano imbarazzo a svelare certe informazioni. Aumenterebbero così i costi sociali sopportati dagli individui per non svelare le informazioni *embarrassing*.

Si è già messo, peraltro, in evidenza che una possibile giustificazione delle norme *antidiscrimination* e a tutela della riservatezza (le possiamo a questo punto del lavoro considerare congiuntamente) sta nell'evitare che false profezie si autorealizzino.

Si possono individuare anche altre giustificazioni di carattere economico per la tutela della riservatezza. È essenziale tener presente che alcuni comportamenti formano

¹⁰ R. Murphy, *Property Rights in Personal Information: An Economic Defence of Privacy*, «Georgetown Law Journal», 84, 1996, p. 2381 e seguenti.

¹¹ R. Gertner, voce *Disclosure and Unravelling* in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, cit., vol. I, pp. 605-608; R. Frank, nel suo *Microeconomia*, McGraw-Hill Libri Italia, Milano 1992, così definisce sinteticamente il principio di completa comunicazione: «[Il principio di completa comunicazione] afferma che se alcuni individui traggono beneficio dal rilevare una propria caratteristica, gli altri saranno incentivati a comunicare i loro dati corrispondenti, anche se ciò risulta per essi meno favorevole» (p. 570).

oggetto di interesse da parte degli altri consociati perché normalmente sono correlati con altri comportamenti o con aspetti della personalità: si immagini il caso del fedele osservante che frequenta la propria chiesa e si ipotizzi che gli adepti di quella religione abbiano scarsa propensione alla competitività. Un imprenditore interessato ad avere lavoratori altamente competitivi potrebbe voler conoscere i soggetti che partecipano ai riti religiosi per discriminare quelli appartenenti alla fede che non è correlata con una elevata competitività. È il problema della correlazione che qui si vuole sottolineare. Un comportamento è correlato con un diverso comportamento che interessa a terzi a causa della identica attitudine che spinge a compierli. Conoscere i primi comportamenti significherebbe ricavare gli ultimi, per attuare una selezione (una discriminazione). Ci si deve chiedere cosa accade se i comportamenti che interessano solo indirettamente non vengano tutelati da un diritto alla riservatezza. Si immagini che il datore di lavoro cerchi di scoprire coloro che frequentano una certa chiesa. In questo caso si avrebbe un effetto notevolmente disincentivante: i soggetti che frequentano la chiesa rinuncerebbero a farlo, con una conseguenza negativa per essi (la perdita di benessere dovuta alla mancata partecipazione al rito religioso), e ciò al fine di non essere licenziati. Ma ciò che più conta è che da tale comportamento il datore di lavoro non ricava nessuna informazione: coloro che non partecipano al rito religioso conserveranno l'attitudine a non essere competitivi, solo che ora, non potendo più essere individuati per la loro partecipazione al rito religioso, non possono più venire discriminati. Il datore di lavoro non ricava alcun vantaggio, mentre i lavoratori che rinunciano alla cerimonia religiosa subiscono una perdita di benessere. Si ha una inefficienza che potrebbe essere curata tutelando con il diritto alla riservatezza la partecipazione alle cerimonie religiose.

Il discorso è diverso se fra due comportamenti vi è un rapporto di causa ed effetto: si immagini un lavoratore che trascorre la sera al pub e beve molto. Il giorno dopo, a causa dell'alcol che ha in corpo, non è produttivo come dovrebbe essere, ad esempio perché è distratto nel compiere le operazioni di lavoro. In questo caso, l'interesse del datore di lavoro sul comportamento consistente nell'andare al pub può avere effetti benefici in termini di benessere: il lavoratore, per non essere licenziato, rinuncia ad andare al bar e a ubriacarsi. In questo caso l'effetto benefico sta nella maggiore produttività che egli avrà sul lavoro. Il lavoratore può sempre decidere di continuare a frequentare il pub, ma in questo caso sarà sostituito con un lavoratore più attento. Il lavoratore perde qualcosa (il lavoro e con esso la retribuzione), ma non tanto da fargli rinunciare ad andare a bere al pub, mentre il datore di lavoro incrementa la produttività dei suoi lavoratori. L'effetto netto può ben essere positivo.

Tuttavia, negli esempi considerati prima di quest'ultimo non vi era un rapporto di causa ed effetto fra i due comportamenti, bensì essi discendevano da una stessa attitudine caratteriale, con la conseguenza che l'interruzione di un certo comportamento non implicava l'eliminazione dell'altro. Si consideri un'ulteriore ipotesi: Tizio gioca a pallone quotidianamente e questo suo comportamento ha alla sua fonte un'attitudine a fare squadra con altri soggetti. La stessa attitudine lo spinge a non svelare, sul lavoro, i nomi dei lavoratori meno produttivi. Se il datore di lavoro comincia a indagare su coloro che giocano a calcio, questi ultimi possono interrompere l'attività, ma l'attitudine a fare squadra non cambierà, per cui saranno sempre pronti a non far scoprire i lavoratori meno produttivi.

Un'altra giustificazione economica della tutela della riservatezza può essere ravvisata nell'esigenza di evitare l'*oversignalling*. Questo fenomeno si ha quando i consociati spendono molto, nel tentativo di segnalare le proprie qualità a una controparte, senza riuscirci¹². Si consideri l'ipotesi di lavoratori che nell'intento di segnalare le loro qualità investano nello studio universitario. Lo studio universitario può esser visto come un mezzo per acquisire conoscenze, ma anche come uno strumento per segnalare le proprie capacità (chi riesce all'università presenta delle qualità particolari). Si immagini ora che tutti riescano negli studi. In questo caso l'acquisizione del diploma o della laurea non trasmette informazioni al datore di lavoro, mentre l'attività di *signalling* è risultata costosa per i potenziali offerenti il proprio lavoro. Si potrebbe dire che in tal caso nessuno sarebbe incentivato ad affrontare i corsi di studio in quanto il titolo non trasmette informazioni. In questa ipotesi, però, colui che non ottenesse il titolo di studio verrebbe considerato come un soggetto potenzialmente incapace di ottenerlo e quindi discriminato. In tali casi un divieto di divulgazione dei titoli di studio potrebbe aumentare il benessere sociale. Ma non può dimenticarsi che l'ipotesi appare abbastanza particolare.

Più chiaramente, si può sostenere che il livello dell'istruzione può essere di vari gradi, in quanto anche livelli più bassi di istruzione riescono a realizzare un *separating equilibrium*, cioè a funzionare come segnali. I soggetti sono invece spinti a ottenere quanto richiesto dai datori di lavoro, che si muovono secondo un certo pregiudizio, e ottengono il livello di istruzione, magari eccessivamente alto, per avere il *separating equilibrium*, sprecando risorse in educazione¹³.

Vi è infine una giustificazione della tutela della riservatezza elaborata dall'autorevole giurista Charles Fried¹⁴ che, sebbene egli probabilmente non definirebbe mai «economica», tuttavia fa riferimento a concetti che si possono considerare appartenenti all'economia. Scrive Fried: «nella mia teoria... [la privacy] è necessariamente collegata a fini e relazioni di maggiore importanza: rispetto, amore, amicizia e fiducia. [...] Senza la privacy queste relazioni sono semplicemente inconcepibili. Esse richiedono un contesto di privacy o la possibilità di privacy per la loro esistenza»¹⁵ (traduzione mia). Ma cosa è esattamente la privacy per Fried? Egli asserisce che «la privacy sembra essere collegata al concetto di segreto, per limitare la conoscenza degli altri riguardo noi stessi [...]. La privacy non è semplicemente un'assenza di informazioni riguardo noi stessi nelle menti degli altri, piuttosto essa è il *controllo* che noi abbiamo sull'informazione su di noi»¹⁶ (traduzione mia). Sorge qui il problema di comprendere il pensiero di Fried: perché la privacy, che è il controllo delle informazioni su noi stessi, dovrebbe essere necessaria per costruire relazioni fondate sull'amore, l'amicizia e la fiducia? La spiega-

¹² B. Hermalin e P. Aghion, *Legal Restrictions on Private Contracts Can Enhance Efficiency*, «The Journal of Law, Economics, and Organization», 6, 1990, p. 381 e seguenti, passim.

¹³ M. Spence, *op. cit.*, p. 20. Si immagini di aver due classi di lavoratori, i bravi e i distratti. Richiedendo una laurea triennale si riesce a separare i buoni dai distratti perché questi ultimi non riescono a ottenerla. Tuttavia i datori di lavoro ritengono che per separare i soggetti ci voglia una laurea quinquennale. In questo caso i distratti a maggior ragione non riusciranno, mentre i bravi, sacrificandosi di più, otterranno la laurea quinquennale. In questa ipotesi vi è stato uno spreco, perché anche con la laurea triennale si sarebbe ottenuto il *separating equilibrium*.

¹⁴ C. Fried, *Privacy*, «Yale Law Journal», 77, 1968, p. 475 e seguenti.

¹⁵ C. Fried, *op. cit.*, p. 477.

¹⁶ C. Fried, *op. cit.*, p. 482.

zione sta nel fatto che un individuo approfondisce una relazione con un altro trasferendo informazioni segrete su se stesso. L'innamorato che confida le proprie cose alla ragazza o l'amico che si apre con un altro amico non fanno altro che rendere più stabili rapporti sociali che generano benessere per gli individui. Per questo la teoria di Fried può considerarsi «economica», in quanto mira a garantire la costituzione di rapporti che danno benessere ai soggetti e accrescono la ricchezza complessiva di una comunità. Si può ben notare come la teoria di Fried mal si concili con l'ipotesi di Posner.

4. LE FORME DI TUTELA DELLA PRIVACY

Una prima forma di tutela della privacy consiste nel vietare all'interessato di chiedere informazioni sulle caratteristiche del soggetto che intende apprezzare o discriminare. Così, si potrebbe vietare ai datori di lavoro di chiedere il test del virus Hiv per evitare che i soggetti contagiati vengano discriminati. Posner sosterebbe che nascondere un'informazione del genere sarebbe una frode al pari delle frodi che compiono i venditori quando nascondono i difetti dei loro prodotti. Tuttavia, immaginando che siano valide talune delle giustificazioni economiche offerte precedentemente, si potrebbe sostenere che sia desiderabile che il datore di lavoro non richieda tali informazioni. Una forma di tutela del genere non è sufficiente a garantire la riservatezza dei consociati. Vale anche in questo caso il principio della completa comunicazione. Come si comporterebbero, infatti, i soggetti che dai loro test risultassero negativi al virus Hiv? Se sono soggetti egoisti e razionali, privi di sentimenti di empatia o antipatia verso gli altri consociati, mostrerebbero spontaneamente il test per essere preferiti ai malati. Coloro che non risultano infetti dal virus si svelerebbero. Rimarrebbero coloro che non intendono fare dichiarazioni e allora sorge il dubbio di capire cosa si possa inferire da tale comportamento. Il datore di lavoro potrebbe inferire che coloro che non si dichiarano nascondono un'informazione negativa, discreditanza, e cioè nel nostro caso quella di essere affetti dal virus. Vi potrebbe essere anche la possibilità che qualcuno consideri l'informazione sulla propria salute come *embarrassing* e quindi non la dia per tali motivi, anche se negativo al test. Tuttavia è privatamente efficiente per il datore di lavoro preferire coloro che si sono svelati perché fra essi la probabilità della presenza del virus è zero, mentre fra gli altri è sconosciuta e potrebbe ben essere positiva (si deve peraltro immaginare un ordinamento che punisca la trasmissione di false informazioni; altrimenti tutti i soggetti interessati presenterebbero un falso test da cui risulta la loro negatività al virus).

Lo stesso accadrebbe se si vietasse al datore di lavoro di chiedere il voto di laurea ai potenziali candidati. Opererebbe anche in questo caso il principio della completa comunicazione. Coloro che hanno infatti un voto più alto (per esempio 100) comunicherebbero spontaneamente il loro voto al datore di lavoro per non essere confusi con quelli con un voto più basso. A questo punto anche coloro che hanno ottenuto 99 si vedranno incentivati a comunicarlo perché non possono più confondersi con coloro che hanno avuto 100, i quali si sono già svelati, ma rischiano soltanto di essere confusi con coloro che hanno un voto più basso. Per bloccare questo meccanismo di *unravelling* è necessaria una norma che non solo vieti al datore di lavoro di chiedere il risultato ottenuto, ma anche al potenziale lavoratore di comunicarlo spontaneamente.

Una adeguata tutela della riservatezza esige non solo che il soggetto interessato sia obbligato a non richiedere informazioni, ma anche che l'altro soggetto sia obbligato a non dare spontaneamente le informazioni stesse.

5. CONCLUSIONI

Una giustificazione convincente per la tutela della riservatezza forse non è stata trovata. È possibile che gli individui abbiano semplicemente un *taste for privacy*, cioè una innata preferenza per la riservatezza sviluppatasi evolutivamente¹⁷, e che quindi argomentazioni giuseconomiche (conseguenzialiste) non riescano a cogliere i bisogni sottostanti a tale tutela. Se da una parte si afferma che essa avvantaggi la nascita delle relazioni commerciali e sociali, all'opposto si sostiene che essa distrugga tali relazioni, in quanto in mancanza di trasparenza tutti gli scambi, economici e sociali, avverrebbero nel sospetto che qualche notizia negativa sia celata. Un principio chiaro non è facilmente ricavabile. Le opinioni di Fried sono poco conciliabili con le idee di Posner¹⁸. L'idea che maggiormente sembra convincere – a favore della tutela della riservatezza – è quella degli effetti distorsivi che in caso di mancata tutela si avrebbero: maggiori spese per nascondersi dagli altri, più circospezione nel comportarsi con gli altri, e soprattutto, come si è sostenuto in questo breve saggio, rinuncia a comportamenti che possono rivelare un'attitudine da cui discendono altri comportamenti. Se la persona che fa attività politica fuori del luogo di lavoro è poi anche un elemento che non si impegna sul posto di lavoro, perché non ha simpatia per l'impresa, allora permettere di osservarlo fuori dall'impresa quando fa attività politica produce questo effetto: egli si trattiene dal farla, ma l'antipatia verso l'impresa che porta a lavorare poco persiste.

Rimane un aspetto di non poco conto che riguarda la tutela della riservatezza: essa favorisce l'eguaglianza fra gli individui, nascondendoli dietro uno schermo che li rende maggiormente simili.

Se la borghesia liberale di due secoli fa sentiva l'esigenza della privacy per essere lasciata sola (ma nell'ottica di Posner si dovrebbe dire: per poter compiere atti che non si volevano rendere pubblici perché *discrediting*), oggi la riservatezza è forse maggiormente sentita come strumento per non essere discriminati, o meglio distinti, dagli altri. Le normative *antidiscrimination* e le normative a tutela della privacy vedono così convergere la loro funzione. Tutto ciò potrebbe avere un costo in termini di efficienza economica tale da superare il beneficio sopra indicato della possibilità di vivere secondo le proprie attitudini.

Quanto alle forme di tutela della riservatezza, si è visto come esse siano difficili da trattare a causa dell'*unravelling result*, o principio della perfetta comunicazione. Sarebbe necessario un obbligo anche a carico del soggetto interessato a non rivelare in-

¹⁷ J. Hirshleifer, *Privacy: Its Origin, Function and Future*, «Journal of Legal Studies», 9, 1980, pp. 649-664, spec. pp. 651-652.

¹⁸ Fried, in una occasione, ha riconosciuto la possibile validità delle idee di Posner. Cfr. C. Fried, *Privacy, Economics and Ethic: A Comment on Posner*, «Georgia Law Review», 12, 1978, p. 423 e seguenti.

Enrico Baffi

La tutela della privacy
fra eguaglianza ed economia

formazioni, ma questo risultato sembra complicato da raggiungere perché tali scambi di informazioni possono ben avvenire nella «segretezza». È necessario un maggiore sviluppo delle idee giuridiche se si vuole assicurare alla riservatezza una tutela efficace.