

Alberto Maria Gambino *

Prefazione

La conformazione giuridica degli ordinamenti “occidentali” fa perno su due grandi vicende: libertà e diritti, da intendersi – questi ultimi – come interessi protetti e immediatamente azionabili, ossia libertà che gli ordinamenti ritengono di giuridificare nel loro esercizio attraverso presìdi di tutela.

Fino a una trentina d’anni fa i consumatori, in quanto tali, non erano titolari di diritti soggettivi, nel senso che la loro libertà economica e consumeristica fosse assistita da azione giudiziaria. Piuttosto, la legittimazione ad agire in giudizio era attribuita alle sole imprese con riferimento al rispetto delle regole della concorrenza. I diritti dei consumatori si limitavano al campo civilistico, nella loro veste di acquirenti; nessuno o, comunque, scarso rilievo invece nella loro veste pubblicistica di attori del mercato. Questa è la dinamica di gran parte dei Paesi di *civil law*, in Italia con l’art. 2598 c.c.: atti di concorrenza sleale, dove l’interesse collettivo recupera terreno attraverso fattispecie che implicano la violazione della correttezza professionale; ma per il codice del 1942 non è il consumatore che può recarsi dinnanzi ad un giudice bensì l’impresa che trascina anche, eventualmente, l’interesse dell’utente, in quanto una volta ristabilita la concorrenza violata, questi avrà di nuovo più scelta, più prodotti e servizi nel suo paniere. Tant’è che l’art. 2601 c.c. era – fino alla stagione dell’azione collettiva risarcitoria – l’unica possibilità di legittimare realtà associative e, comunque, la giurisprudenza lo ha sempre interpretato restrittivamente, legando l’azione ad interessi di natura strettamente professionale; la legittimazione diretta delle associazioni di consumatori sarebbe poi avvenuta, quasi settant’anni dopo, appunto, con la *class action*.

Dal punto di vista costituzionale molto si gioca sulla libertà d’iniziativa economica – art. 41 Cost. – là dove gli interessi consumeristici si muovono

* Ordinario di diritto privato e Prorettore vicario dell’Università Europea di Roma, Presidente dell’Accademia Italiana del Codice di Internet – IAIC.

entro l'endiade dell'utile e del sociale ("utilità sociale"), che altro non significa che l'impresa può perseguire il profitto purché non contrasti con l'interesse anche dei consumatori, complessivamente intesi.

Tale era il sistema *de iure condito*, prima ancora di una grande rivoluzione, che non è la rivoluzione digitale, ma è stata la rivoluzione delle *authorities*.

La legge *antitrust* – in Italia siamo nel 1990 – ha introdotto la prospettiva che quell'interesse del consumatore – che non era un diritto azionabile direttamente – possa essere rappresentato anche autonomamente, disgiuntamente dall'interesse dell'impresa in concorrenza. Poi, soprattutto, negli anni successivi – nel 1992 con le pratiche commerciali scorrette (oggi si chiamano così, ma all'epoca era la pubblicità ingannevole) si è consentito al consumatore di segnalare messaggi promozionali decettivi per difendere la sua libertà di scelta. Non è una legittimazione ad agire in senso tecnico ma l'Antitrust comincia ad ascoltare il consumatore, assegnandogli prerogative che davanti all'autorità giudiziaria ordinaria non avevano cittadinanza alcuna.

Si scardina un primo assioma: l'archetipo tradizionale dello schema "più concorrenza uguale più scelta di consumo"; non sembra sufficiente per il consumatore che i suoi interessi vengano rappresentati dall'impresa, secondo quel postulato legato a opzioni e benefici da un punto di vista squisitamente economico, ma non della "qualità" della scelta, che piuttosto richiede un *surplus* informativo anche a discapito dell'interesse imprenditoriale dei concorrenti.

Con l'avvento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (1997) si è perfezionata la percezione che l'interesse del consumatore non collimi con quello dell'impresa che reclama la violazione della concorrenza.

Nella fase odierna si verifica un "ritorno", forse un po' meccanicistico, alla vecchia tesi che tanto più c'è concorrenza tanto più si corrisponde alle ragioni del consumatore. *Zero rating* è l'espressione massima del paradigma. Il consumatore ha interesse ad ottenere servizi "a costo zero" anche se ciò produce nocimento sull'impresa concorrente che, evidentemente, si vede depauperata di una fetta di mercato laddove quel servizio venga offerto sostanzialmente a titolo gratuito in un'economia di scala. Il tema si lega alle tecniche di gestione del traffico che consentono agli ISP di attribuire canali trasmissivi più veloci a determinati contenuti o a certi soggetti, esponendo quindi la comunicazione *online* a condotte discriminatorie, con le conseguenti problematiche che ne derivano in ordine alla tutela non solo della concorrenza tra i soggetti che offrono i propri servizi via Internet, ma anche delle libertà fondamentali dei cittadini (informazione, privacy).

Nel quadro della responsabilità e delle relazioni contrattuali tra gli ISP e gli utenti, il dibattito rientra nello scenario della cd. neutralità della Rete (*net neutrality*) e registra la contrapposizione tra i sostenitori di un intervento regolamentare che obblighi gli operatori a garantire la non discriminazione, e coloro che ritengono necessario assicurare agli operatori la possibilità di differenziare il servizio reso e di essere per questo remunerati, considerando sufficiente l'intervento *ex post* delle autorità. Un mercato che sempre più fugge dalle regole tipiche del diritto privato. L'AGCOM con la sua rete "di prossimità" dei Corecom – sistema efficace che dà anche l'idea che il mercato si possa formare, creare, attraverso lo strumento negoziale – è il modello italiano sul quale si regolano i rapporti economici connessi al mercato digitale delle comunicazioni.

Eppure con la Net Neutrality la grande distinzione è ora tra l'accesso (negoziale) tecnico/tecnologico alla rete e l'accesso (libero) ai contenuti. Si tratta – ovviamente – di due scenari completamente diversi.

La posizione assunta sul tema dall'Unione europea, espressa già nel pacchetto di direttive in materia di comunicazioni elettroniche, rispetto alle pratiche di *zero rating*, non le vieta né espressamente le autorizza, ma vengono piuttosto ricondotte alla più ampia fattispecie degli accordi commerciali tra i fornitori di accesso a Internet e gli utenti finali, da valutare – secondo un metodo *case by case* – in relazione agli effetti che producono o hanno la potenzialità di produrre sul diritto degli utenti finali di accedere a un'Internet aperta, ponendo l'obbligo per i fornitori dei servizi di accesso di trattare tutto il traffico allo stesso modo.

L'introduzione di tale obbligo condiziona, dunque, l'ambito della verifica di legittimità di pratiche commerciali e protocolli tecnici attuati dagli ISP, legandolo all'incidenza che essi hanno, in primo luogo, sui flussi di traffico veicolato e sui servizi in rete, quindi, in definitiva, sui soggetti che rendono tali contenuti e servizi disponibili. Si rifugge, dunque, dall'idea che il mercato si crei in forza di piccoli-grandi monopoli tecnologici dove chi arriva prima e ha la capacità di conquistare l'area commerciale potrebbe – se ha attitudine innovativa – bloccare l'accesso di altri soggetti. Tali pratiche non sono, però, vietate in termini assoluti e sono ammesse ove riscontrabile una prova di "ragionevolezza".

Ma trasparenza, e soprattutto pluralismo, non sono più funzionali all'interesse – che ora appare clamorosamente angusto – del consumatore di stampo economico; con le tecnologie la filiera dell'offerta in parte è strumento commerciale ma in parte è strumento formidabile di formazione delle opinioni. E il tema oggi è soprattutto questo. Da un lato c'è l'operatore libero, che rispetta le regole, che intraprende la sua iniziativa economica e

che, nella correttezza e lealtà professionale, mette tutto il suo afflato imprenditoriale per essere il più apprezzato sul mercato. Dall'altro, c'è l'interesse dell'utente consumatore, che però – ed è qui la seconda rivoluzione – in uno scenario tecnologicamente avanzato e attrezzato non è più un soggetto “passivo”, che ascolta, guarda l'offerta, cerca, decide. È un soggetto che direttamente e indirettamente contribuisce ai processi che consentono alle imprese di attestarsi in una posizione di supremazia in termini concorrenziali. Si tratta di un passaggio cruciale. Il consumatore, con il suo attivismo interattivo con forte valenza sociale, non è più solo destinatario dell'offerta ma – spesso – fattore del successo delle imprese sul mercato di riferimento.

In questo scenario, ci troviamo in un contesto unico dove la libertà economica è strettamente connessa anche con la libertà di generare e ricevere informazioni, rilevano i *big data*, e la quota di informazione che riguarda noi stessi, individualmente indifferente dal punto di vista economico, ma che determina, nel complesso, il lucro di operatori che ricollocano le pagine pubblicitarie a seconda delle scelte degli utenti, prevedibili proprio attraverso la registrazione dei loro dati, creandosi una sorta di accaparramento di tratti dell'identità soggettiva e comportamentale dei consumatori.

Da un punto di vista giuridico questa situazione non si armonizza facilmente con i consueti principi dell'autonomia negoziale. Si discute se il consenso, ogniqualvolta lo esercitiamo, sia un'autorizzazione a disporre di alcuni elementi identificativi. Appare angusta una prospettiva di tutela ancorata alle sole fattispecie contrattuali; ne andrebbe ridisegnata la fisionomia – in termini di cittadinanza – incardinata sulla sfera di libertà individuale che, appunto, non è però soltanto di matrice economica.

Dall'altro lato, gli operatori si muovono entro regole e prassi su cui si riflette un interesse pubblico di stampo prevalentemente concorrenziale già a livello europeo. La tutela degli attori del mercato europeo, consumatori compresi, si muove nell'orizzonte del rispetto delle regole del gioco competitivo. Occorre, allora, neanche troppo metaforicamente, aprire la cassetta degli attrezzi *regolativi* per adattarli all'obiettivo della trasparenza e controllo sui processi sottesi, perché si possa garantire una competizione *fair* (ecco la parola chiave che attraversa il volume qui curato da Valeria Falce) delle imprese nell'orizzonte imprescindibile della missione europea della protezione del cittadino europeo e non più soltanto cittadino-consumatore; endiadi questa che qualifica la matrice economica degli utenti della rete, mimetizzando i rischi di travalicamento dei diritti di matrice pubblicistico-costituzionale e/o universale.

Le tecnologie digitali consentono esponenzialmente di trasmettere e porre in circolazione idee e contenuti informativi che possono determinare for-

me di disinformazione e di propaganda. Sul punto occorre segnalare che proprio l'AGCOM ha rilevato la sussistenza di fenomeni patologici quali *fake news*, e, più in generale, disinformazione veicolata sempre più spesso attraverso le nuove piattaforme *online*. *Fake news* non è solo la notizia totalmente o parzialmente falsa, che presenta i connotati tipici della fraudolenza, ma anche notizie errate perché imprecise, distorte, incomplete o non ben documentate.

La vicenda si complica ulteriormente quando accesso e circolazione di dati si realizzano sulla base di algoritmi o altri meccanismi automatici di riconoscimento e rimozione, specie laddove si tratti di misure non trasparenti che possano arbitrariamente limitare la libera diffusione di idee e notizie in rete.

È necessaria una maggiore possibilità di accedere alla logica sottesa al funzionamento degli algoritmi stessi, un maggiore controllo circa la qualità dei dati da questi elaborati e una maggiore vigilanza sugli scopi perseguiti.

I *big data* e la loro analisi sono l'anello debole di questo profilo di vulnerabilità del consumatore, che si fa cittadino; qui è ancora più urgente la necessità di ristabilire fino in fondo la libertà degli utenti che navigano in rete. Rileva ancora più il ruolo svolto dalle autorità di regolazione e dei parametri di *fairness*, rimeditati nell'orizzonte della promozione del pluralismo informativo e della trasparenza dei processi di *governance* del *web*, come si rintraccia compiutamente nei saggi di questo volume.

