

Rapporto Consumerism 2020 Lock-Up Economy e Cittadini

9 dicembre 2020

Intervento di

Pasquale Stanzone

Presidente del Garante per la protezione dei dati personali



GPDP

**GARANTE
PER LA PROTEZIONE
DEI DATI PERSONALI**

Il Convegno è un'occasione di confronto, quantomai utile in un periodo di così profonda innovazione e revisione delle categorie giuridiche tradizionali, per via della congiunzione tra emergenza e nuove tecnologie. Il titolo del rapporto, nell'individuare nella sostenibilità, da un lato e nella solidarietà, dall'altro, gli estremi della tensione che innerva le relazioni tra Stato, mercato e cittadini (nella loro veste di consumatori), coglie la caratteristica principale di questa fase emergenziale, in tutta la sua complessità.

La sostenibilità (etica, giuridica, sociale oltre che economica) è, infatti, uno dei principali parametri con i quali deve confrontarsi ogni scelta, necessitata dalla gestione di un periodo così drammatico.

È un problema di sostenibilità etica quello del sovrannumero dei malati rispetto ai posti di terapia intensiva, che in alcuni Paesi europei (per fortuna non ancora da noi) ha richiesto la definizione di priorità nell'erogazione delle cure ospedaliere secondo il criterio dell'aspettativa di vita e di guarigione.

Mai scelta fu più tragica, inverando le parole di Guido Calabresi, non potendosi ammettere "calcoli" di alcun tipo laddove in gioco siano la vita e la dignità di ciascuna persona, come soggetto di diritti innanzitutto.

Così come è un problema di sostenibilità economica (e per certi versi anche sociale) quello della definizione della soglia di diffusione del virus oltre la quale è necessaria la sospensione di ogni attività produttiva: si tratta di bilanciare, con equilibrio e lungimiranza, esigenze di sanità pubblica, di diritto al lavoro, di libertà d'iniziativa economica.

L'altro elemento evidenziato nel titolo è la solidarietà: principio che ha ispirato, correttamente, molta parte delle scelte (sicuramente le più difficili) di gestione della pandemia, a partire dall'esigenza di proteggere i soggetti più fragili imponendo a ciascuno regole di condotta volte a ridurre la circolazione del virus, pur a prezzo di inevitabili sacrifici individuali. Come da taluno si è affermato, si è chiesto ad Enea di portare sulle sue spalle Anchise: soprattutto in un ordinamento, come il nostro, che vanta nell'art. 32 della Costituzione una mirabile sintesi di solidarietà e libertà, nel segno della centralità della persona.

Tra i due corni della sostenibilità e della solidarietà, la tutela consumeristica- come ben rileva il rapporto- gioca un ruolo quantomai centrale, coniugando esigenze di protezione della parte debole del rapporto negoziale ed iniziativa economica.

L'originaria vocazione riequilibratrice delle asimmetrie negoziali, sottesa alla disciplina consumeristica si rivela, in questo senso, una risorsa straordinaria perché capace di adeguamenti costanti e progressivi.

La normativa consumeristica ha, sin dalle sue origini, determinato una singolare inversione del passaggio- proprio del diritto liberale- dallo status al contratto, verso una riemersione, in forme nuove, degli status, espressivi tuttavia non più di un privilegio, ma di un'istanza di protezione verso gli abusi della libertà contrattuale.

Anche se io sono convinto che, invece di individuare una serie pressoché inesauribile di status - proiettandoci singolarmente all'indietro, in una sorta di rinnovato Medioevo -, sia più opportuno discorrere di uno status personae, inteso come valore primario che attiene alla persona in quanto tale, a prescindere dall'essere oppur no parte di un rapporto (art. 2 cost.).

E tuttavia l'istanza riequilibratrice che innerva, nella forma e nella sostanza, la disciplina consumeristica, è emersa in maniera ancora più forte in questi mesi di pandemia, quando il contratto è divenuto il terreno elettivo delle sopravvenienze, manifestando l'esigenza di un ripensamento della loro disciplina in favore di tutele conservative e della rinegoziazione del vincolo contrattuale.

Ma ciò che l'emergenza ha rivelato con nettezza è la profonda interrelazione tra il nostro modo di vivere e il digitale, che sul piano del mercato propone una nuova, profonda congiunzione tra consumatori e nuove tecnologie.

A partire dai mesi di lockdown e con effetti, tuttavia, verosimilmente destinati a perdurare, alle piattaforme è stata affidata la stragrande maggioranza delle attività che prima mai avremmo pensato di svolgere

altrimenti che *vis-a-vis*; infatti la parte più significativa degli scambi commerciali è avvenuta grazie agli intermediari on-line, persino le prestazioni sociali più rilevanti (dalla scuola all'università, dai servizi amministrativa alla giustizia) sono state erogate da remoto.

In fondo, se il distanziamento fisico imposto per esigenze sanitarie non è divenuto anche sociale, lo si deve alle nuove tecnologie, capaci di ricreare nello spazio virtuale quei legami impediti nel reale.

Il digitale ha, così, dimostrato di poter essere davvero al servizio dell'uomo, ma non senza un prezzo di cui bisogna essere consapevoli: l'accentramento progressivo, in capo alle piattaforme, di un potere che non è più soltanto economico ma anche - e sempre più -, performativo, sociale, persino informativo.

Le piattaforme stanno assumendo un ruolo sempre più determinante nelle dinamiche intersoggettive, collettive, economiche, financo politiche, assurgendo a veri e propri poteri privati scevri, tuttavia, di un adeguato statuto di responsabilità.

La pandemia ha dimostrato l'indispensabilità dei servizi da loro forniti ma, al contempo, anche l'esigenza di una strategia difensiva rispetto al loro pervasivo 'pedinamento digitale', alla supremazia contrattuale, alla stessa egemonia culturale/informativa, realizzata con pubblicità mirata e microtargeting, come insegna il caso di Cambridge Analytica.

Il consumatore si trova a fronteggiare congiunture e rapporti del tutto inediti, in cui le regole su cui si è fondata la tutela antitrust, come in particolare l'abuso di posizione dominante stentano ad affermarsi in un contesto caratterizzato:

dall'assenza di un mercato di riferimento nel senso tradizionale del termine, in cui il prezzo del servizio e quindi anche la principale fonte di profitto e potere sono i dati;

dalla dissimulazione delle pratiche commerciali scorrette in illeciti privacy, quali informative decettive, presentazione, quali gratuiti, di servizi remunerati invece mediante la licenza d'uso dei dati;

dalla personalizzazione dell'offerta e dalla segmentazione del mercato, rese possibili dalla profilazione algoritmica del consumatore, dalla pubblicità targettizzata e dalle conseguenti discriminazioni di prezzo, che mettono in crisi la nozione stessa di "consumatore medio" su cui si fonda l'applicabilità delle pratiche commerciali scorrette; dalla sovrapposizione delle figure di professionista e consumatore che, tradizionalmente contrapposte nella disciplina consumeristica, sembrano invece in parte convergere, nella società delle piattaforme, nel nuovo tipo soggettivo del "prosumer" o "consumatore", con il connesso interrogativo sull'eventuale configurabilità di doveri di comportamento in capo al "privato" che decida di offrire un bene o servizio in via non "professionale", ma comunque neanche occasionale. In questa fattispecie la disparità di potere negoziale che connota tradizionalmente il rapporto di consumo cede il passo a un rapporto "tra pari", che come tale priva tuttavia l'utente delle garanzie altrimenti accordate al consumatore.

Il New Deal for consumers e il prossimo Digital Service Act si muovono nella direzione del doveroso adeguamento delle tutele del consumatore a una realtà così peculiare – e peraltro in costante trasformazione – quale quella digitale, anzitutto riconoscendo al consumatore una gamma di strumenti di intervento volti a promuoverne, anche in forma proattiva, la tutela ad ampio spettro.

Per altro verso (e questo soprattutto nella prospettiva del Digital Service Act), si rafforzano gli obblighi (di informazione, di lealtà, di correttezza ma più in generale di responsabilizzazione) delle piattaforme.

Non si giunge, insomma, ad ascrivere- come ha fatto una corte californiana- ad una piattaforma come Amazon la responsabilità per i difetti del prodotto venduto da altri e dalla stessa solo pubblicizzato, ma sicuramente si rafforzano le tutele preventive e quelle remediali in favore del consumatore, anche nel contesto meno presidiato del commercio elettronico.

Si tratterà - se l'innovazione verrà confermata in sede di approvazione del testo - di un passaggio importante, se consente di superare lo schermo immunitario che, sinora, ha reso i big tech attori egemoni – tanto quanto irresponsabili – nel contesto economico, informativo, sociale.

Del resto, analoghe cautele dovrebbero circondare, a fortiori, la commercializzazione, in particolare on-line, di servizi e dispositivi sanitari dei quali si è fatto largo uso in questi mesi, assicurando la corretta funzionalità di strumenti ai quali si affida, spesso con troppa leggerezza, la cura della salute (si pensi alle app di rilevazione dei livelli di saturazione dell'ossigeno, utilizzate persino per monitorare lo stato di salute di pazienti covid-positivi). Su questo la ricerca offre spunti interessanti, anche in ordine al rischio di un uso secondario dei dati personali raccolti mediante i dispositivi o le app sanitarie.

Da questo punto di vista, si conferma ancora una volta la lungimiranza della scelta italiana in favore della titolarità interamente pubblica del sistema di allerta per le notifiche da esposizione al virus, che riduce i rischi di uso secondario o comunque illegittimo dei dati: altra risorsa sfruttata dal "capitalismo estrattivo" delle piattaforme.

Ma di là dai singoli aspetti, le così profonde innovazioni determinate dal digitale nei rapporti (anche) commerciali esigono nuove e diverse istanze di tutela, gran parte delle quali trova nella privacy il denominatore comune.

Sul piano preventivo, infatti, emerge come ineludibile anzitutto la garanzia della libertà cognitiva dell'utente-consumatore, quale diritto di non subire il potere pervasivo

di condizionamento del microtargeting e del marketing fondato su tecniche psicometriche, volto a potenziarne la capacità persuasiva adattando il messaggio alle preferenze e alle inclinazioni desunte dalla profilazione algoritmica.

Questa potentissima forma di "nudging", tesa ad orientare le scelte di consumo degli utenti proponendo loro i prodotti o i servizi ritenuti suscettibili di gradimento secondo la stima predittiva dell'algoritmo, rivela quanto i singoli siano disarmati di fronte al potere performativo del digitale e quanto, invece, sia necessario preservarne l'autodeterminazione come nucleo intangibile di autonomia e libertà e prefigurando una nuova stagione volta a tutelare i neurodiritti.

La disciplina europea fa della privacy comportamentale – presupposto necessario per il contrasto del microtargeting invasivo - un punto qualificante della sua strategia, per impedire che i dati disseminati in rete dagli utenti siano sfruttati a fini (in particolare, ma non solo) commerciali.

La massima tutela è affidata al più forte presidio dell'autodeterminazione: il consenso specifico, inequivoco (come la Corte di giustizia ha ribadito anche a novembre) e informato e che, per essere tale deve, tuttavia, essere anzitutto consapevole.

Per questo il Garante insiste, da tempo, sull'educazione digitale quale presupposto di scelte libere e, appunto, consapevoli, tanto difficili quanto indispensabili al tempo della "zero-price economy", in cui servizi apparentemente gratuiti sono invece pagati al caro prezzo dei nostri dati e, quindi, della nostra libertà. Perché "quando è gratis, il prodotto sei tu".

Dobbiamo dunque partire dall'esperienza della pandemia per ricostruire, attorno alla nuova consapevolezza maturata, un'educazione (al) digitale come presupposto essenziale di cittadinanza nella società delle piattaforme..

Una più netta presa di coscienza del valore dei propri dati è, del resto, l'unico, effettivo baluardo contro il rischio della monetizzazione della privacy (e, con essa, della nostra libertà), che rappresenta oggi la vera questione democratica nel governo della rete.

Da un lato, infatti, l'economia delle piattaforme ha reso prassi ordinaria lo schema negoziale 'servizi contro dati', dall'altro tuttavia ammettere la possibilità della remunerazione del consenso rischia di condurre alla formazione di un sottoproletariato (del) digitale, ovvero di strati sociali disposti a cedere, con i propri dati, il nucleo essenziale della propria libertà.

Su questo "pendio scivoloso" è in gioco, forse più che in ogni altro campo, l'identità europea come "Comunità di diritto" fondata sulla sinergia tra libertà, dignità, eguaglianza, quali presidi essenziali che nessuna ragion di Stato o, tantomeno, di mercato può violare.

E proprio in questo senso, la protezione dati può rappresentare uno straordinario argine al rischio di rifeudalizzazione dei rapporti sociali e di ricostituzione di discriminazioni di tipo censitario persino tra gli utenti della rete, la cui vocazione inclusiva e democratica rischia di soccombere sotto il peso del capitalismo della sorveglianza.

Sul piano remediale, un impulso importante al rafforzamento delle garanzie dei consumatori può venire dalle tutele collettive, ammesse anche nel settore privacy dal Regolamento generale per la protezione dei dati, anche secondo i canoni dell'opt out (purtroppo non previsto dal d.lgs. 101/2018).

Queste forme di tutela ben potrebbero rappresentare un efficace deterrente avverso violazioni massive di dati personali, realizzate su larga scala, come insegna il caso Lloyd c. Google in Inghilterra, promuovendo- ogniqualvolta la figura del consumatore e quella dell'interessato coincidano- una effettiva convergenza tra tutele consumeristiche e rimedi privacy, con il solo limite della sovraqualificazione della fattispecie.

Ecco, dunque, che la direzione della massimizzazione delle tutele e della convergenza dei rimedi privacy e di quelli consumeristici può rappresentare, davvero, la chiave di volta per adeguare il diritto e le sue liturgie alla complessità della realtà di oggi, contesa tra emergenza sanitaria e potenza della tecnica.

Riflessioni come quella odierna e lavori quali il Rapporto che oggi presentiamo, sono sicuramente passi importanti in tale direzione, attorno a cui la tensione tra sostenibilità e solidarietà- per tornare al binomio del titolo- può trovare una sintesi nel segno della tutela della persona e della sua dignità, in una visione - che io auspico - autenticamente antropocentrica del diritto.