

ELFR

EUROPEAN LAW AND
FINANCE REVIEW

Rivista Semestrale
(Giugno/Dicembre
2025)

ISSN: 2975-0911

COMITATO DI DIREZIONE

Antonella Brozzetti
Jose Ramon De Verda Beamonte
Morten Kinander
Patrizio Messina
Diego Rossano
Andrea Sacco Ginevri
Illa Sabbatelli
Alberto Urbani

COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppe Desiderio
Nina Dietz Legind
Andri Fannar Bergþórsson
Marco Fasan
Carmen Gallucci
Catherine Ginestet
Fabrizio Granà
Maria Federica Izzo
Matthias Lehmann
Paola Lucantoni
Giovanni Luchena
Rachele Marseglia
Roberto Mazzei
Andrea Minto
Francesco Moliterni
Raimondo Motroni
Alessio Paces
Anna Maria Pancallo
Laurent Posocco
Christoph U. Schmid
Stefania Supino
Rezarta Tahiraj

COMITATO EDITORIALE

Stefania Cavaliere
Emanuela Fusco
Mercedes Guarini
Claudia Marasco
Gianluigi Passarelli
Alessandra Polisenò

DIRETTORE RESPONSABILE

Diego Rossano

La sede della Redazione è presso l'Università San Raffaele di Roma,
Via di Val Cannuta n. 247, Roma, 00166

www.europeanlawandfinancereview.com

REGOLE PER LA VALUTAZIONE DEI CONTRIBUTI

Al fine di assicurare uno *standard* elevato della qualità scientifica dei contributi pubblicati, nel rispetto dei principi di integrità della ricerca scientifica, la Rivista adotta un modello di revisione dei manoscritti proposti per la pubblicazione che contempla il referaggio tra pari a doppio cieco (*double blind peer review*).

I contributi inviati alla Rivista sono oggetto di esame da parte due valutatori individuati all'interno di un elenco, periodicamente aggiornato, di Professori ordinari, associati e ricercatori in materie giuridiche.

Per ulteriori informazioni relative alla procedura di valutazione, si rinvia al Codice Etico pubblicato sul sito della Rivista.

EMAIL

info@europeanlawandfinancereview.com

L'ACCESSO DEGLI IMMIGRATI AI SERVIZI FINANZIARI NEL PRISMA DELLA TUTELA DEL CONSUMATORE VULNERABILE

Giorgio Mattarella

L'accesso degli immigrati ai servizi finanziari nel prisma della tutela del consumatore vulnerabile*

(The access of immigrants to financial services through the lens of vulnerable consumer protection)

Giorgio Mattarella

Ricercatore a tempo determinato in *tenure track* in Diritto dell'Economia presso l'Università degli Studi di Palermo

ABSTRACT [En]:

The article aims to analyse the issues linked to migrant's financial exclusion, linking these issues with the general topic of consumer vulnerability. In particular, the article provides a critical assessment of both european law and european case law, which in the fields of unfair commercial practices and unfair terms focus on the protection of the average consumer. However, according to a recent ruling of the Court of Justice of European Union average consumer's concept should take into account more realistic features. After an analysis of the recent reform of spanish consumer law, the article finally suggests some reforms to the current regulatory framework of financial services.

Keywords: migrants, financial services, b2c contracts, average consumer, vulnerable consumer.

ABSTRACT [It]:

L'articolo mira ad analizzare le questioni connesse all'esclusione finanziaria degli immigrati, collegando tali problemi alla tematica generale della vulnerabilità del consumatore. In particolare, l'articolo esprime una valutazione critica sul diritto e sulla giurisprudenza europea, i quali nei settori delle pratiche commerciali scorrette e delle clausole abusive si focalizzano sulla protezione del consumatore medio. Tuttavia, secondo una recente decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea il concetto di consumatore medio dovrebbe tenere in considerazione caratteristiche più concrete. Dopo un'analisi della recente riforma del diritto dei consumatori spagnolo, l'articolo in conclusione suggerisce alcune riforme all'attuale quadro normativo dei servizi finanziari.

Parole chiave: immigrati, servizi finanziari, contratti b2c, consumatore medio, consumatore vulnerabile.

SOMMARIO: 1. L'accesso degli immigrati ai servizi finanziari – 2. Il consumatore medio per la Corte di giustizia dell'UE – 3. Dal consumatore medio, informato e avveduto al consumatore reale – 4. Il “*consumidor vulnerable*” nell'ordinamento spagnolo – 5. Conclusioni e indicazioni *de iure condendo*

1. L'ACCESSO DEGLI IMMIGRATI AI SERVIZI FINANZIARI.

Il tema dell'inclusione finanziaria – cioè dell'accesso ai servizi bancari e del loro corretto utilizzo – e sociale degli immigrati in Italia, così come nel resto d'Europa, ha ormai assunto una rilevanza cruciale alla luce della dimensione epocale del fenomeno migratorio e del suo carattere irreversibile¹.

Recenti dati dell'Istat infatti evidenziano come, per effetto dell'attuale crisi geopolitica mondiale e delle conseguenti crisi umanitarie, i flussi migratori di stranieri verso il nostro paese tra il 2023 e il 2024 siano aumentati del 13% rispetto al biennio precedente, e come solo nel 2024 siano immigrati 382.000 cittadini stranieri².

Di contro, è ormai noto il problema dell'invecchiamento della popolazione europea e della diminuzione della popolazione in età lavorativa³, che, essendo particolarmente rilevanti anche in Italia, nel lungo periodo potrebbero contribuire ad una riduzione del PIL⁴ e già adesso producono una diffusa mancanza di figure lavorative anche qualificate che incide sulla produttività e l'innovazione dell'UE, creando un gap di competitività tra l'UE e le maggiori economie, come gli Stati Uniti, che hanno una popolazione ed una forza lavoro in crescita⁵.

L'invecchiamento della popolazione europea, inoltre, sta mettendo in crisi la sostenibilità dei sistemi pensionistici pubblici a ripartizione⁶, e la conseguente scarsità di risorse pubbliche aumenta l'esigenza di sviluppare il mercato della previdenza complementare privata affinché i pensionati possano mantenere il tenore di vita consentito dalle retribuzioni⁷.

Tali problemi di dimensione macro-economica potrebbero invece essere mitigati, oltre che da scelte di *policy* quali l'allungamento della vita lavorativa e l'aumento della partecipazione femminile al mercato del lavoro, dall'inclusione degli immigrati nel tessuto socio-economico italiano, che porterebbe ad un aumento della popolazione in età lavorativa⁸.

L'integrazione sociale degli immigrati passa però necessariamente dall'accesso e dal corretto utilizzo dei servizi bancari, dato che in assenza di essi gli immigrati sono costretti ad operare nell'ambito dell'economia

* Il contributo è stato approvato dai revisori.

¹ V. G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria dei migranti. La tutela del consumatore vulnerabile nei servizi bancari*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 1 ss.

² ISTAT, *Report migrazioni interne e internazionali della popolazione residente, anni 2023-2024*, pp. 1 ss., in www.istat.it.

³ Cfr. *Report on the Impact of Demographic Change* presentato dalla Commissione UE il 17 giugno 2020, p. 10.

⁴ F. BARBIELLINI AMIDEI, M. GOMELLINI, P. PISELLI, *Il contributo della demografia alla crescita economica: duecento anni di "storia" italiana*, in *Questioni di Economia e Finanza* (Occasional Papers), n. 431, 2018, p. 32, in www.bancaditalia.it.

⁵ V. il report di Mario Draghi *The future of European competitiveness Part A | A competitiveness strategy for Europe*, September 2024, pp. 22 ss. e 32, presentato alla Commissione UE.

⁶ V. *Report on the Impact*, cit., p. 19, ove si evidenzia che «Europe will face a major challenge in funding its age-related spending, in a way that is also fair across generations. This is because the ratio between people paying taxes and social security contributions and those receiving pensions and other benefits is decreasing rapidly. In 2019, there were on average 2.9 persons of working-age for every person above 65. In 2070, this ratio is projected to fall to 1.7».

⁷ M. PERSIANI, M. D'ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, ed. III, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 345-346.

⁸ F. BARBIELLINI AMIDEI, M. GOMELLINI, P. PISELLI, op. cit., pp. 1 ss.

sommersa rimanendo dunque in una condizione di estrema vulnerabilità.

Com'è noto, l'art. 1, commi 910 e 911, l. 205/2017, vieta ai datori di lavoro di corrispondere la retribuzione al lavoratore per mezzo di denaro contante, qualunque sia il tipo di lavoro instaurato e l'importo (art. 1, commi 910 e 911, l. 205/2017), punendo la violazione di tale divieto con una sanzione amministrativa pecuniaria. La norma prevede dunque che la retribuzione debba essere versata esclusivamente con un bonifico sul conto indicato dal lavoratore o con strumenti di pagamento elettronico.

In assenza di un conto di pagamento, dunque, l'immigrato non può nemmeno ricevere lo stipendio e di conseguenza non può essere assunto da nessun datore di lavoro; la questione peraltro è estremamente attuale, come dimostrano recenti report e alcune pronunce della giurisprudenza di merito sul diniego di apertura del conto ai richiedenti protezione internazionale ancora in attesa del rilascio di un permesso di soggiorno⁹.

Ancora, l'assenza di strumenti di pagamento elettronici pregiudica la possibilità degli immigrati di ricevere le erogazioni pubbliche previste per sostenere i soggetti in difficoltà economica¹⁰.

Dal punto di vista metodologico, dunque, uno studio dell'inclusione finanziaria degli immigrati che voglia fare corretta applicazione del metodo del diritto dell'economia deve necessariamente cogliere il nesso tra gli aspetti micro-economici – le singole relazioni contrattuali banca-consumatore/cliente immigrato atomisticamente considerate – e i riflessi macro-economici della questione¹¹; come è stato correttamente osservato, nel diritto dell'economia il raggiungimento di determinati obiettivi sociali giustifica il mutamento di determinati istituti che, isolatamente considerati, possiedono caratteri diversi¹².

Soltanto in questo modo è possibile comprendere, ad esempio, l'art. 126-*noviesdecies* t.u.b., il quale, in attuazione dell'art. 16 della dir. 2014/92/UE (*Payment Account Directive*, PAD), attribuisce a tutti i consumatori soggiornanti legalmente nell'UE il diritto di aprire un conto di pagamento di base presso le banche, Poste Italiane s.p.a. o gli altri prestatori di servizi di pagamento.

La previsione di un diritto al conto in capo a tutti i consumatori residenti nell'UE, e della fornitura del servizio ad un canone ridotto, *ex art. 126-vicies bis* t.u.b., o a titolo gratuito, *ex art. 126 vicies quater* t.u.b., sono indici di un obbligo di servizio universale in capo alle banche e agli altri PSP, indici tipizzati dall'art. 3, comma 1, dir. 2002/22/CE¹³. Tale limitazione della libertà di iniziativa economica privata garantita dal primo comma

⁹ V. "QUANDO DISCRIMINANO LE ISTITUZIONI. Uguaglianza, diritti sociali, immigrazione". Rapporto finale del Progetto L.A.W. Leverage the Access to Welfare, ASGI, Centro Studi Medi di Genova, pp. 23 ss., in www.asgi.it. V. Trib. Roma, ord. 26 gennaio 2021, in www.asgi.it.

¹⁰ V. Trib. Roma, ord. 27 gennaio 2022, in www.asgi.it.

¹¹ R. NATOLI, *Problema e sistema nel diritto dell'economia*, in *Riv. dir. banc.*, 2025, 1, pp. 71 ss. Esempio paradigmatico di tale metodo è il lavoro di Vivante sull'assicurazione: v. C. VIVANTE, *Dell'assicurazione*, in *Il Codice di commercio commentato*, VI, a cura di L. Bolaffio, C. Vivante, ed. III, Torino, 1909, 10. V. anche T. ASCARELLI, *Sul concetto unitario del contratto di assicurazione*, in ID., *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, pp. 361-362, il quale rinviene un nesso tra i singoli contratti di deposito e di mutuo e l'attività bancaria.

¹² R. NATOLI, *Problema*, op. cit., pp. 72-73.

¹³ F. DELL'ISOLA, *Art. 126-noviesdecies* t.u.b., in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. CAPRIGLIONE, tomo II, ed. IV, Cedam, Padova, 2018, p. 2356; G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria*, op. cit., pp. 139 ss.; tale tesi era stata sostenuta da V. MELI, *Il conto corrente di base tra inclusione finanziaria e controllo della circolazione della*

dell'art. 41 Cost. è giustificata ai sensi del secondo comma dell'art. 41 da una evidente ragione di utilità sociale, quale è appunto l'inclusione finanziaria e sociale dei soggetti vulnerabili. L'ancoraggio del fine di inclusione all'art. 41 Cost. può consentire peraltro, in determinati casi, di giustificare limiti all'autonomia privata di banche e prestatori di servizi di pagamento ulteriori rispetto all'obbligo di apertura di un conto di base previsto a livello europeo.

In tale prospettiva, pare condivisibile l'ordinanza emessa dal Tribunale di Roma nel 2022, con la quale ha ordinato a un prestatore di servizi di pagamento l'attivazione di una carta elettronica prepagata affinché un richiedente protezione internazionale potesse usufruire di un bonus spesa erogato dal Comune a favore di soggetti in difficoltà economica¹⁴, in quanto la previa fase pubblicistica di determinazione dei soggetti meritevoli del contributo non lasciava alcuno spazio di discrezionalità all'intermediario.

Nell'ottica dei limiti all'autonomia privata costituzionalmente giustificati va letto anche il divieto di discriminazione per razza, etnia e nazionalità nell'accesso a beni o servizi offerti al pubblico, di cui agli artt. 43 e 44 d.lgs. 286/1998 e 2, d.lgs. 215/2003¹⁵, espressioni del principio di eguaglianza insito nell'art. 3, comma 1, Cost., e del principio di non discriminazione espresso a livello internazionale dagli artt. 7, Dic. univ. dir. uomo, 21 Carta dir. Ue, 14 Conv. eur. dir. uomo¹⁶.

Tuttavia l'inclusione finanziaria degli immigrati richiede una normativa che non si limiti alla mera rimozione delle discriminazioni e delle asimmetrie informative, ma che fornisca una tutela specifica a consumatori che, rispetto al consumatore medio, sono vulnerabili sotto molteplici punti di vista e che, pertanto, necessitano di una protezione non standardizzata¹⁷. Basti pensare alla possibile scarsa o nulla conoscenza della lingua italiana e alla mancanza di un'adeguata alfabetizzazione finanziaria, che impedisce loro di comprendere le conseguenze normative ed economiche dei contratti che stipulano con gli intermediari¹⁸, particolarmente

ricchezza, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, 1, p. 63 con riferimento agli obblighi di cui al d.l. 201/2011. Sugli obblighi di servizio universale v. in generale C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 97 ss. V. DIRETTIVA 2002/22/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 7 marzo 2002 relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale).

¹⁴ Trib. Roma, ord. 27 gennaio 2022, cit.

¹⁵ D.lgs 25 luglio 1998, n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero; Decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215, Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.

¹⁶ Sul divieto di discriminazione nel diritto privato v. D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milano, 2007, *passim*, pp. 1 ss.; ID., *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 1, pp. 161 ss.; ID., *voce Discriminazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2011, pp. 490 ss.; L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Jovene, Napoli, 2011, *passim*, pp. 1 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, *passim*, pp. 1 ss.; ID., *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 6, pp. 1387 ss.

¹⁷ G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria*, op. cit., pp. 12 ss.

¹⁸ Sul c.d. rischio linguistico v. D. MEMMO, *Dichiarazione contrattuale e comunicazione linguistica*, Cedam, Padova, 1990, pp. 15 ss.; ID., *La lingua nel diritto. Il rischio linguistico nella dichiarazione contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1985, pp. 468 ss.; ID., *Cittadini e stranieri nel diritto privato della modernità*, Giappichelli, Torino, 2012, 163 ss.; C. CICALA, *Lingua straniera e testo contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2003, *passim*, spec. pp. 15 ss.

importanti soprattutto nel caso di servizi di credito che possono creare situazioni di sovraindebitamento.

Possono poi rilevare situazioni di vulnerabilità economica che, quando non inficiano negativamente la valutazione del merito creditizio e la possibilità di accedere al credito, rendono i migranti più inclini ad accettare termini contrattuali iniqui o ad incorrere in situazioni di mora e sovraindebitamento, foriere di conseguenze funeste sui diritti fondamentali, come quello ad una abitazione, in caso di avvio di procedure esecutive.

In un'epoca nella quale i beni e i servizi, anche bancari, vengono forniti *online*, soprattutto dopo la pandemia, l'inclusione finanziaria postula inoltre un'adeguata conoscenza dei canali digitali, rendendo insufficiente un'eventuale alfabetizzazione finanziaria non accompagnata da una adeguata educazione digitale¹⁹, che potrebbe mancare soprattutto a quei migranti attivi nell'economia informale.

La digitalizzazione dei servizi bancari può inoltre rendere i migranti più vulnerabili ad attività di profilazione algoritmica volte alla presentazione di pubblicità e offerte personalizzate in grado di sfruttarne le debolezze²⁰.

Rinviano ad altri scritti per la trattazione puntuale dei singoli elementi di vulnerabilità dei migranti²¹, in questa sede preme evidenziare che la pluralità di debolezze caratterizzanti i migranti nell'accesso ai servizi bancari richiedono un ripensamento della figura stessa di consumatore quale soggetto normalmente attento, informato e avveduto, affetto solo da asimmetrie informative. Com'è stato recentemente osservato con riferimento a vari ambiti del diritto, tra i quali la protezione dei consumatori, «*Uniformity, even if optimal on average, creates a poor fit for a lot of non-average people in a population with diverse preferences, characteristics, histories, and means*»²².

In questo senso, seguendo l'indicazione metodologica sopra indicata, poiché il diritto dell'economia deve rimediare ai fallimenti del mercato dovuti alle varie vulnerabilità di tali consumatori, esso non può più limitarsi alla mera rimozione delle asimmetrie informative; di conseguenza, oltre al contrasto delle singole debolezze affidato alle normative settoriali (GDPR, credito al consumo, PAD, ecc.), occorrerebbe una normativa europea che "orizzontalmente" codifichi una categoria generale di consumatore vulnerabile.

Vi sono invero indici all'interno delle normative su servizi bancari dell'esistenza della categoria del consumatore socialmente ed economicamente vulnerabile²³; si pensi all'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b., sull'inadempimento del contratto di credito immobiliare al consumo, che obbliga a gestire con rimedi

¹⁹ M. T. PARACAMPO, *FinTech e il mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, in M. T. Paracampo (a cura di) FINTECH, *Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 20 ss.

²⁰ V. G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria*, op. cit., 70 ss.; S. BAROCAS, A. D. SELBST, *Big Data's Disparate Impact*, in *California Law Review* 671, 2016, p. 693; D. K. CITRON, F. PASQUALE, *The Scored Society: due process for automated predictions*, in *Washington Law Review*, 2014, vol. 89, 1, pp. 13-14. Sulla vulnerabilità digitale derivante dal trattamento automatizzato di dati personali v. in generale N. HELBERGER, M. SAX, J. STRYCHARZ, H.-W. MICKLITZ, *Choice Architectures in the Digital Economy: Towards a New Understanding of Digital Vulnerability*, in *Journal of Consumer Policy*, 2022, pp. 175 ss.

²¹ V. G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria*, op. cit., 16 ss.

²² Così O. BEN SHAHAR, A. PORAT, *Personalized Law. Different Rules for Different People*, New York, 2021, p. 11.

²³ V. G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria*, op. cit., pp. 98 ss., spec. pp. 127 ss.; in senso contrario v. L. MODICA, *Effetti esdebitativi (nella nuova disciplina del sovraindebitamento) e favor creditoris*, in E. PELLECCIA, L. MODICA (a cura di), *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Pacini, Pisa, 2019, pp. 396-397.

manutentivi le difficoltà di pagamento dei consumatori; all'art. 126 *vicies-bis* t.u.b., che attribuisce ai consumatori socialmente ed economicamente vulnerabili il diritto ad usufruire gratuitamente di un conto di pagamento di base; all'art. 111, commi 3 e 4, t.u.b., che prevede l'erogazione di finanziamenti a condizioni più favorevoli di quelle di mercato, o addirittura a tassi non remunerativi, in caso di vulnerabilità economico sociale delle persone fisiche finanziate, qualificabili come consumatori in quanto stipulano il contratto al di fuori qualsiasi attività²⁴.

Si tratta però di indici normativi che non sono estendibili ad altri mercati regolati, come quello assicurativo e quello finanziario, e che, come vedremo meglio nel prosieguo, hanno il limite di codificare singole dimensioni di vulnerabilità, come quella socio-economica, trascurando le nuove forme di vulnerabilità derivanti dalla digitalizzazione dell'economia.

Ciò pare un sintomo della frammentazione della nozione di consumatore descritta da Micklitz come la conseguenza della crescente regolazione dei mercati e produttiva di una disomogeneità non solo terminologica, dato che talvolta il consumatore è definito “investitore” o “cliente”, ma soprattutto sostanziale poiché incide sul perimetro delle tutele che, in quest'ultimo caso, si estendono anche alle imprese²⁵. La frammentazione della nozione di consumatore però rappresenta un evidente ostacolo nella costruzione di mercato unico europeo dei servizi finanziari, se si considera l'assenza di confini rigidi tra i mercati assicurativo, bancario e finanziario, sempre più integrati tanto che il consumatore di servizi di credito immobiliare può essere obbligato ad usufruire contestualmente di una polizza assicurativa a protezione del credito²⁶, e ciò nonostante essere considerato “vulnerabile”, perché in difficoltà coi pagamenti, solo nei servizi di credito.

Recentemente si sono registrati però alcuni passi in avanti – che saranno trattati nel presente scritto – sia a livello normativo sia giurisprudenziale, verso una tutela generale e “orizzontale” dei consumatori vulnerabili, non più considerati come soggetti rispondenti al paradigma del c.d. *homo oeconomicus* ed appartenenti ad una astratta categoria normativa scollegata dai tratti reali dei consumatori²⁷, ma come persone dotate di propria individualità.

Occorre allora chiedersi se i singoli indici normativi settoriali, già presenti nel nostro ordinamento, possano essere letti come estrinsecazione di un principio più generale che attribuisce rilievo alle vulnerabilità del consumatore anche al di fuori dei servizi bancari, o se invece la tutela del consumatore vulnerabile richieda un

²⁴ V. G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria*, op. cit., 98 ss., spec. 127 ss; v. L. MODICA, *Effetti*, op. cit., pp. 396-397.

²⁵ H. W. MICKLITZ, *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 3, pp. 874 ss.

²⁶ V. A. CAMEDDA, *I contratti di assicurazione collegati a mutui e finanziamenti. L'obbligo di rimborso del premio assicurativo in caso di estinzione anticipata del finanziamento*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 2, 414 ss; S. LANDINI, *Polizze vita collegate a contratti di credito al consumo e interessi usurari*, in *Giur. it.*, 2022, pp. 1094 ss.; A. TINA, *Polizze formalmente facoltative ma sostanzialmente obbligatorie*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, 1, pp. 19 ss.; P. CORRIAS, *Le polizze collegate ai mutui: spunti di riflessione*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2019, pp. 137 ss.

²⁷ Per una critica del modello del c.d. *homo oeconomicus* v. C. E. SCHNEIDER, O. BEN SHAHAR, *The Failure of Mandated Disclosure*, in *159 University of Pennsylvania Law Review*, 2011, pp. 649 ss.; R. NATOLI, *Il contratto “adeguato”. La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 15 ss.

intervento del legislatore italiano o europeo.

2. IL CONSUMATORE MEDIO SECONDO LA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE.

Una tappa fondamentale del processo di superamento del paradigma del consumatore medio è rappresentata da una recente pronuncia della Corte di giustizia dell'UE, resa a seguito del rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato²⁸, avente ad oggetto l'interpretazione degli artt. 2, lett. j), 8 e 9 della direttiva 2005/29/CE e dell'art. 24, par. 3, della direttiva (UE) 2016/97²⁹.

La controversia riguardava la prassi di una banca di offrire congiuntamente ai clienti finanziamenti e prodotti assicurativi, sebbene la stipula dei contratti assicurazioni non fosse *condicio sine qua* non della concessione del credito. A seguito dell'avvio di un'istruttoria, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) riteneva che tale prassi costituisse una pratica commerciale «aggressiva» e quindi «sleale» ai sensi della direttiva 2005/29/CE, poiché l'abbinamento forzoso tra contratti di credito al consumo e prodotti assicurativi non collegati al credito induceva i consumatori a ritenere che la stipula della polizza assicurativa fosse obbligatoria al fine dell'erogazione del finanziamento³⁰.

Per l'AGCM la mancanza di separazione temporale tra la sottoscrizione del contratto di finanziamento e la sottoscrizione del contratto assicurativo, unita all'inclusione del premio assicurativo all'interno delle rate del finanziamento, non rendevano palese l'assenza di un obbligo di stipulare una polizza assicurativa, anche perché, per l'AGCM, il consumatore che necessita di un finanziamento si trova in una situazione di particolare debolezza.

La banca proponeva ricorso al Tar Lazio e, a seguito del suo rigetto, al Consiglio di Stato, il quale sollevava varie questioni pregiudiziali dinanzi alla Corte di Giustizia UE. In particolare, il Consiglio di Stato domandava alla Corte 1) se la nozione di consumatore medio di cui alla direttiva 2005/29/CE rimandi non solo alla nozione classica dell'*homo oeconomicus* ma anche alle teorie sulla razionalità limitata, che hanno dimostrato come le persone agiscono spesso riducendo le informazioni necessarie con decisioni «irragionevoli» rispetto a quelle di un soggetto attento ed avveduto, e 2) se possa essere considerata di per sé aggressiva una pratica commerciale nella quale una scelta possa apparire obbligata, tenendo conto che l'art. 6, paragrafo 1, della direttiva

²⁸ Cons. Stato, 10 novembre 2022, n. 8650, Compass Banca SpA-AGCM, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 4, pp. 781 ss., con nota di L. SPOSINI, *Dal consumatore medio alla razionalità limitata nella Direttiva n. 29/2005 CE*, ivi, pp. 787 ss. V. E. CAMILLERI, *Pratiche commerciali scorrette, safety net e nuove vulnerabilità: prospettive e limiti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 1, pp. 197 ss., spec. 216 ss.; v. E. BACCIARDI, *Lo standard del consumatore medio tra homo oeconomicus e homo euristicus*, in *Accademia, Rivista dell'Associazione Civilisti Italiani*, 2023, 1, pp. 77 ss.

²⁹ CGUE, 14 novembre 2024, causa C-646/22, Compass Banca SpA c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, consultabile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62022CJ0646>. Per un commento si rinvia a G. MATTARELLA, *Polizze abbinate a finanziamenti, consumatore medio e pratiche commerciali scorrette*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e Dell'Ambiente*, 2024, XXII, pp. 995 ss.

³⁰ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, delibera n. 28011 del 27 novembre 2019, in Boll. n. 52/2019, agcm.it; Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, delibera n. 28345 dell'8 settembre 2020, in www.agcm.it.

2005/29/CE considera ingannevole una pratica che inganni o possa ingannare il consumatore medio anche nella sua presentazione.

Com'è noto, gli studi di *behavioural law and economics* hanno dimostrato che i consumatori adottano le loro decisioni sulla base di “euristiche”, cioè procedimenti mentali semplificati, guidati non dalla razionalità ma da distorsioni comportamentali che li inducono, ad esempio, a sopravvalutare le proprie competenze, ad ignorare le informazioni in loro possesso o, quando invece le prendono in considerazione, a subire l'influenza del contesto di fruizione delle informazioni, cioè della modalità di presentazione di queste ultime (c.d. *frame effect*)³¹; nella fattispecie decisa dalla Corte di Giustizia era proprio quest'ultimo *bias* dei consumatori a venire in rilievo.

Prima della pronuncia della Corte di Giustizia il tema dell'astrattezza della nozione di consumatore medio era rimasto pertanto essenzialmente confinato nel dibattito dottrinale, se si eccettua una Risoluzione del Parlamento Europeo che ha sottolineato l'incapacità delle direttive sui contratti *b2c* di tenere conto delle vulnerabilità sociali, economiche e della scarsa alfabetizzazione di alcuni consumatori, le quali invece richiedono l'introduzione di misure protettive ulteriori soprattutto in settori come quello finanziario, data la complessità dei prodotti e degli strumenti finanziari³².

Di conseguenza la pronuncia della Corte di Giustizia assume un'importanza fondamentale, non solo perché è una delle prime a mettere in discussione il paradigma del consumatore medio, ma anche perché è resa con riferimento ad una normativa (la dir. 2005/29/CE) “orizzontale”, cioè applicabile in tutti i settori del mercato europeo dei beni e servizi erogati *b2c*; inoltre il grado di attenzione esigibile dal consumatore travalica l'ambito della disciplina delle pratiche commerciali sleali, influenzando ad esempio sul giudizio di chiarezza e comprensibilità delle clausole contrattuali nei contratti *b2c*³³, oggetto di numerose pronunce della Corte in materia di mutui in valuta estera³⁴.

³¹ V. C. E. SCHNEIDER, O. BEN SHAHAR, *The Failure*, op. cit., pp. 649 ss.; R. H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions About Wealth, Health, Happiness*, 2008, trad. it., *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Feltrinelli, 2014, pp. 25 ss.; E. RIGHINI, *Behavioural law and economics. Problemi di policy, assetti normativi e di vigilanza*, Milano, 2012, 26 ss.; R. NATOLI, *Il contratto*, op. cit., pp. 17 ss.; sull'influenza della modalità di presentazione dell'informazione sul processo decisionale è fondamentale la lettura di D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, in *Econometrica*, 1979, vol. 47, n. 2, pp. 263 ss.

³² Risoluzione del Parlamento Europeo del 22 Maggio 2012 su una strategia per rafforzare i diritti dei consumatori vulnerabili (2011/2272 (INI)), p. 3 ss., in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52012IP0209>; in dottrina v. C. PONCIBÒ, *Il consumatore medio*, in *Contr. impr./Eur.*, 2007, 2, pp. 734 ss.; R. NATOLI, *Il contratto*, op. cit., pp. 17 ss.

³³ E. BACCIARDI, *Lo standard*, op. cit., p. 79.

³⁴ V. CGUE, 5 giugno 2019, causa C-38/17, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1, 16 ss., con nota di E. VALLETTA, *Finanziamenti in valuta estera: l'omessa indicazione del tasso di cambio nel contratto*, ivi, 20 ss.; CGUE, 20 settembre 2017, causa C-186/16, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 4, p. 511, con commento di M. F. CAMPAGNA, *Contratto di credito e trasparenza: recenti orientamenti della Corte di giustizia*, ivi, 502 ss.; CGUE, 20 settembre 2018, causa C-51/17, in www.dirittobancario.it; CGUE, 30 aprile 2014, causa C-26/13, in www.dirittobancario.it; la sentenza è commentata da S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale ed ABF: “il mondo di ieri” o un trompe l'oeil concettuale?*, in *Contr.*, 2014, 10, pp. 853 ss. Sull'argomento v. G. D'AMICO, *La Corte di Giustizia e la vicenda (ungherese) dei mutui in valuta estera*

Sebbene per la Corte di giustizia l'obbligo di trasparenza di cui alla direttiva 93/13/CE non possa essere limitato solo alla comprensibilità formale e grammaticale delle clausole, ma implichi anche la trasparenza sulle conseguenze economiche del contratto e la spiegazione dei meccanismi di funzionamento di determinate clausole, come quelle sui rischi di cambio, tuttavia il giudizio di comprensibilità e chiarezza ha come riferimento il consumatore medio³⁵.

Di conseguenza, le clausole di un contratto b2c – avente ad oggetto ad esempio servizi di credito, di assicurazione o di pagamento – redatte in una lingua diversa da quella concretamente conosciuta o parlata dal consumatore, o con una terminologia difficilmente comprensibile senza un'adeguata educazione finanziaria, non sono di per sé contrarie al requisito di chiarezza e comprensibilità previsto dalla dir. 93/13/CE, posto che il *benchmark* per valutare tali clausole è il consumatore medio di servizi erogati da banche, assicurazioni e intermediari italiani, che è ragionevole, avveduto, ha una discreta educazione finanziaria e comprende la lingua italiana.

Poiché per la Corte la direttiva 2005/29/CE prende come parametro il consumatore medio che è normalmente informato, attento ed avveduto in base a fattori sociali, culturali e linguistici, e la nozione di consumatore medio prescinde dalle conoscenze concrete che l'interessato può avere o dalle informazioni di cui dispone, ne consegue che il consumatore vulnerabile non è riconducibile a tale criterio.

È evidente che tale scelta di politica del diritto, di matrice liberale, sia volta alla costruzione di un mercato europeo³⁶ eliminando i costi di transazione ritenuti eccessivi perché connessi ad eventuali maggiori tutele da riconoscere al consumatore vulnerabile.

In generale, la standardizzazione delle tutele rientra nella standardizzazione del contenuto dei rapporti contrattuali con i terzi, che è condizione necessaria della programmazione aziendale perché permette una previsione esatta del costo dell'erogazione dei servizi o della produzione dei beni riducendo i costi di produzione³⁷, ed eliminando l'incertezza legale riduce i costi derivanti da eventuali controversie³⁸.

Che questa sia la *ratio* della standardizzazione lo si evince implicitamente dalla direttiva 2011/83/UE, che solo al considerando 34, come tale non avente valore vincolante, specifica che nella fornitura delle informazioni precontrattuali nei contratti a distanza e fuori dai locali commerciali bisogna considerare le esigenze dei consumatori vulnerabili per età, infermità o ingenuità, pur precisando comunque che «la presa in

stipulati con un consumatore, in *Contratti*, 2020, 1, pp. 5 ss.; A. DALMARTELLO, *Appunti sulla distribuzione di mutui indicizzati a una valuta estera*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, 3, pp. 279 ss.

³⁵ V. ad esempio CGUE, 30 aprile 2014, causa C-26/13, cit., e il commento di S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio*, cit., pp. 853 ss.

³⁶ V. M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche scorrette*, in *Contr. impr.*, 2009, 1, pp. 103 ss., il quale parla di un onere di diligenza del consumatore nelle scelte di consumo.

³⁷ C. M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto*, 1. *Dir. Civ.*, in *Enc. giur. Trecc.*, VII, Roma, 1988, p. 9; ID., *voce Condizioni generali di contratto (tutela dell'aderente)*, in *Dig.*, IV, *Disc. priv. Sez. civ.*, III, Torino, 1988, pp. 397 ss.; O. BEN SHAHAR, A. PORAT, *Personalized*, op. cit., pp. 44-45.

³⁸ V. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 29 ss.

considerazione di tali esigenze specifiche non dovrebbe condurre a discrepanze nei livelli di tutela dei consumatori».

L'effetto dunque è quello di una standardizzazione e di un abbassamento della tutela generale dei consumatori che penalizza quelli più vulnerabili³⁹, come i migranti, le cui debolezze linguistiche, economiche, di alfabetizzazione finanziaria o digitale non sono tenute in considerazione. Ed infatti, come si evince dai considerando 18 e 19 dir. 2005/29/CE, che parlano di gruppi di consumatori, i consumatori vulnerabili, come i migranti, non sono considerati tali se la pratica commerciale non è specificamente loro diretta ma è diretta in generale a tutti i consumatori, perché in questo caso il consumatore medio corrisponde alla media della popolazione generale dei consumatori.

Anche quando si conferisce rilievo alle vulnerabilità individuali dei consumatori, come all'art. 5, par. 3, dir. 2005/29/CE, il novero delle debolezze è incompleto e destinato a rapida obsolescenza, posto che gli unici fattori di vulnerabilità ivi elencati sono l'ingenuità, l'infermità mentale e fisica e l'età, e, trattandosi di una direttiva di armonizzazione massima, come conferma il considerando 14, dir. 2005/29/CE, non pare possibile un'interpretazione estensiva dell'inciso "ingenuità" al fine di conferire rilievo ad altre situazioni di vulnerabilità⁴⁰. Di conseguenza non è vulnerabile il consumatore che sia tale per motivi diversi – ad esempio il migrante in condizioni economiche disagiate, con poca conoscenza della lingua del luogo e inesperto nell'uso dei canali digitali –.

In ogni caso la standardizzazione delle tutele è un approccio generale del diritto europeo dei consumatori, come conferma, al di fuori della materia delle pratiche commerciali scorrette, la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, anch'essa avente portata *cross-sectoral*, che al considerando 34 menziona i medesimi fattori di vulnerabilità – età, infermità fisica e mentale, ingenuità – da tenere in considerazione nella fornitura delle informazioni precontrattuali nei contratti a distanza e fuori dai locali commerciali.

In sostanza, la direttiva sulle pratiche sleali e il diritto europeo dei consumatori in generale adottano una concezione statica di vulnerabilità, assimilabile al c.d. *class-based approach* che considera la vulnerabilità una condizione inerente in modo permanente ad una persona – perché anziano o perché è affetto da disabilità fisica o mentale – e derivante da fattori interni a quest'ultima, prescindendo però dalla condizione socio-economica del consumatore e dalle debolezze – scarsa educazione finanziaria e digitale – derivanti dalla complessità dei prodotti e dei servizi e connesse alla sua interazione col mercato⁴¹.

Si pensi anche alla direttiva 2015/2366/UE (c.d. *Payment Services Directive 2*, PSD2), attuata in Italia con d.lgs. 218/2017, il quale, modificando il d.lgs. 11/2010, introduce all'art. 12 del decreto da ultimo citato un regime di speciale protezione e di *favor* probatorio a beneficio degli utenti – consumatori e non –, i quali sono

³⁹ C. PONCIBÒ, *Il consumatore*, op. cit., pp. 734 ss.

⁴⁰ L'interpretazione estensiva dei motivi di svantaggio è stata prospettata in termini dubitativi da C. PONCIBÒ, *Il consumatore*, op. cit., p. 756.

⁴¹ V. in generale N. HELBERGER, M. SAX, J. STRYCHARZ, H.-W. MICKLITZ, *Choice*, op. cit., pp. 178-179; sul c.d. *class-based approach* v. OECD, *Consumer vulnerability in the digital age*, OECD digital economy papers, June 2023, n. 355, pp. 12 ss.

tenuti al semplice disconoscimento delle operazioni di pagamento non autorizzate, mentre è onere del prestatore dei servizi di pagamento provare la regolare esecuzione e contabilizzazione dell'operazione e il dolo o la colpa grave dell'utilizzatore⁴².

L'art. 7, d.lgs. 11/2010, come modificato dal d.lgs. 218/2017, impone all'utente di adottare tutte le misure "ragionevoli" per proteggere lo strumento di pagamento e le credenziali di sicurezza, rinviando alla normale diligenza di cui all'art. 1176, comma 1, c.c. e attenuando pertanto la condotta richiesta rispetto al regime previgente, che si riferiva genericamente alle misure idonee⁴³.

Tuttavia tali obblighi, il cui inadempimento può configurare colpa grave e comportare il mancato riaccredito delle somme oggetto di pagamenti non autorizzati, prescindono dal livello di alfabetizzazione finanziaria e di padronanza degli strumenti digitali dell'utente, nonostante questi possano incidere sulla capacità dell'utente di reagire a tentativi di indebito utilizzo degli strumenti di pagamento, talvolta di non facile identificazione come nel caso dello *spoofing* o del *vishing*, consistenti in SMS o chiamate apparentemente provenienti dall'intermediario⁴⁴.

3. DAL CONSUMATORE RAZIONALE, INFORMATO E AVVEDUTO AL CONSUMATORE REALE?

Rispondendo al primo quesito, la Corte di giustizia sembra attenuare la rigidità della nozione di consumatore medio orientandosi verso un *benchmark* più flessibile.

In particolare, per la Corte il giudice deve sempre considerare caratteristiche reali nella valutazione della reazione del consumatore medio ad una pratica (par. 51), come ad esempio l'eventuale carenza informativa di quest'ultimo (par. 52) ed eventuali distorsioni cognitive (par. 53); per la Corte occorre considerare, soprattutto, che il livello di attenzione del consumatore medio varia in base alla tipologia di prodotti e servizi (par. 55) ed al settore del mercato (par. 56).

Alla luce di tali considerazioni, pare particolarmente importante il riferimento della Corte alla situazione di bisogno di chiede un finanziamento e alla complessità dei contratti in questione –

quelli assicurativi – quali elementi che devono essere considerati dal giudice del rinvio nella valutazione della slealtà della pratica commerciale attuata dall'intermediario.

Studi di *behavioural law and economics* hanno del resto dimostrato che l'offerta di una polizza assicurativa abbinata ad un altro servizio o all'acquisto di un bene crea una situazione di vulnerabilità definita "*situational*

⁴² ABF, Coll. Coord., 10 ottobre 2019, n. 22745, in www.arbitrobancariofinanziario.it; U. MINNECI, *Pagamenti elettronici non autorizzati: la tutela del cliente alla luce degli orientamenti dell'ABF*, in *Giur. comm.*, 2022, 6, pp. 1052 ss.; F. MARASÀ, *Servizi di pagamento e responsabilità degli intermediari*, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 110 ss.

⁴³ F. MARASÀ, *Servizi*, op. cit., pp. 112 ss.

⁴⁴ U. MINNECI, op. cit., pp. 1060 ss.; v. M. C. PAGLIETTI, *The Vulnerable Digital Payment Systems Consumer. A New Normative Standard?*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale* Competition and Payment Services, Conference Papers Banca d'Italia, Rome, 16-17 June 2022, Collection of contributions and writings by Vincenza Profeta, pp. 27 ss.

monopoly”, poiché l’acquisto del secondo servizio – quello assicurativo – avviene in un contesto che a differenza del primo non è concorrenziale, essendoci già un legame contrattuale, e per questo può comportare il pagamento di premi assicurativi più alti rispetto alla media, di cui i consumatori meno esperti possono essere inconsapevoli dato che non prestano attenzione al secondo contratto⁴⁵.

In definitiva, la Corte supera l’equazione tra consumatore medio e *homo oeconomicus* razionale e per certi versi – pur non parlando espressamente di “vulnerabilità” – ridimensiona la distinzione tra il consumatore medio e quello vulnerabile attuata dalla direttiva 2005/29/CE, poiché ipotizza che, anche in mancanza di uno dei motivi di vulnerabilità cui all’art. 5, par. 3, dir. 2005/29/CE, un consumatore – pur “medio” – possa essere più esposto ad una pratica commerciale per altre caratteristiche personali, che individua in modo esemplificativo nello stato di bisogno del mutuatario, nella carenza informativa o nello scarso livello di attenzione a determinati prodotti o servizi.

Inoltre, se per la Corte di Giustizia il livello di attenzione del consumatore medio varia in ragione del settore del mercato, ne consegue che un consumatore che non è vulnerabile a una pratica in un settore del mercato può invece diventarlo in un altro, e che la vulnerabilità non dipende solo da fattori endogeni al consumatore, come postula l’art. 5, par. 3, dir. 2005/29, ma anche da fattori esogeni dovuti alla sua interazione col mercato.

Di conseguenza, seguendo tale ragionamento, un consumatore che non è vulnerabile quando accede a prodotti e servizi forniti tramite canali fisici, potrebbe esserlo qualora gli stessi prodotti e servizi siano forniti digitalmente perché ha poca educazione digitale: tipico è il caso degli anziani, maggiormente vulnerabili quando i servizi di pagamento sono forniti digitalmente e che non a caso presentano una spiccata preferenza per l’utilizzo del contante⁴⁶.

Soprattutto, se trasponiamo il ragionamento della Corte di giustizia anche nel diverso ambito della direttiva 93/13/CE, ne segue che il giudizio sull’abusività delle clausole nei contratti b2c per mancanza di chiarezza e comprensibilità dovrà tenere conto delle caratteristiche concrete del consumatore, quali il livello di educazione finanziaria e la lingua.

La pronuncia della Corte di Giustizia sembra dunque intendere il concetto di consumatore medio in senso più aderente alla realtà, superando il precedente approccio che lo vedeva invece protagonista della costruzione del mercato tramite scelte sempre razionali, e ipotizzando che la vulnerabilità sia una condizione che può caratterizzare qualunque consumatore.

In questo senso la pronuncia pare maggiormente coerente – ma non coincidente – con le moderne teorie della vulnerabilità rispondenti al c.d. *state-based approach*, che ritengono quest’ultima una condizione universale

⁴⁵ T. BAKER, P. SIEGELMANN, *Behavioral economics and insurance law: the importance of equilibrium analysis*, in D. TEICHMAN, E. ZAMIR (a cura di), *Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford, 2014, pp. 17-18; v. N. HELBERGER, M. SAX, J. STRYCHARZ, H.-W. MICKLITZ, *Choice*, op. cit., pp. 192 ss.

⁴⁶ V. H. ESSELINK, L. HERNANDEZ, *The use of cash by households in the euro area*, *Occasional Paper Series*, November 2017, pp. 4 e 23-24.

dell'essere umano ma legata a fattori che possono essere anche provvisori, perché legati sia a fattori biologici (come l'età) sia a specifiche situazioni o forme di interazioni sociali esterne al consumatore⁴⁷, come tali non preventivamente tipizzabili.

Tra le situazioni fonte di vulnerabilità si pensi, ad esempio, alla vulnerabilità digitale derivante dal trattamento automatizzato di dati personali tramite algoritmi, riguardante anche i servizi finanziari, come la consulenza finanziaria, o singole fasi dell'attività creditizia, come la valutazione del merito di credito.

Il trattamento automatizzato dei dati prodotti dalla navigazione *online* consente di conoscere le preferenze di acquisto dei consumatori e la loro reazione all'esposizione a determinate pubblicità o offerte, rendendo possibile non solo lo sfruttamento delle debolezze di soggetti non considerabili tali nel mondo *offline*, ma addirittura la creazione delle debolezze stesse⁴⁸; basti pensare alla manipolazione delle interfacce *online* tramite le quali gli utenti accedono a beni o servizi, la quale, attraverso una accurata architettura delle scelte basata sul trattamento di dati, è in grado di trovare la migliore modalità presentazione di beni e servizi per indurre all'acquisto⁴⁹.

4. IL “CONSUMIDOR VULNERABLE” NELL’ORDINAMENTO SPAGNOLO.

Un esempio di un moderno approccio alla tutela dei soggetti vulnerabili è fornito dal legislatore spagnolo, che con il *Real Decreto Ley* 1/2021, convertito con la *Ley* 4/2022, ha inserito il concetto di consumatore vulnerabile all'interno dell'art. 3, comma 2, della *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (LGDCU), approvata col *Real Decreto Legislativo* 1/2007⁵⁰.

Con riferimento alla nozione di vulnerabilità, giova evidenziare che questa può derivare da necessità o circostanze personali, economiche, educative o sociali, anche di carattere temporaneo, che producano una

⁴⁷ Su queste teorie v. OECD, op. cit., pp. 11-12; M. RABITTI, *Il consumatore vulnerabile e la fragilità del diritto. Brevi considerazioni*, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, Settembre 2023, pp. 3 ss.; OECD, op. cit., 12 ss.; cfr. E. BATTELLI, *Vulnerabilità della persona e tutela del contraente*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 5, p. 942.

⁴⁸ N. HELBERGER, M. SAX, J. STRYCHARZ, H.-W. MICKLITZ, *Choice*, op. cit., pp. 175 ss., spec. 186 ss.; G. RUBIO GIMENO, *Vulnerabilidad y digitalización en la contratación de consumo: la perspectiva española*, in *European Journal of Privacy Law and Technologies*, 2024, 1, pp. 60, spec. 67 ss.; v. E. BACCIARDI, *Lo standard*, op. cit., pp. 84 ss.

⁴⁹ N. HELBERGER, M. SAX, J. STRYCHARZ, H.-W. MICKLITZ, *Choice*, op. cit., pp. 175 ss., spec. pp. 186 ss.; v. E. BACCIARDI, *Lo standard*, op. cit., pp. 84 ss. V. in generale M. MAGGIOLINO, *Big data e prezzi personalizzati*, in *Concorrenza e Mercato*, 2016, pp. 96 ss.; v. G. SMORTO, *The Protection of the Weaker Parties in the Platform Economy*, in N. M. DAVIDSON, M. FINCK, J. I. INFRANCA (a cura di), *The Cambridge Handbook of the Law of the Sharing Economy*, Cambridge University Press, 2018, pp. 433-434.

⁵⁰ Per un commento alla riforma v., nella dottrina spagnola, M. J. MARÍN LOPEZ, *El concepto de consumidor vulnerable en el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, in *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 2021, 37, pp. 112 ss.; M. L. PALAZÓN GARRIDO, *¿Existe un estatuto del consumidor vulnerable tras la reforma del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios?* in *Revista de Derecho Civil*, 2023, 4, pp. 200 ss.; R. BARCELÒ COMPTE, *El consumidor especialmente vulnerable: de la protección class-based a la protección state-based*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, 16, pp. 626 ss.; G. RUBIO GIMENO, *Vulnerabilidad*, op. cit., pp. 65 ss.

speciale situazione di subordinazione o di mancanza di protezione che impedisce l'esercizio dei diritti di consumatori in condizioni di parità.

Il legislatore spagnolo affianca tale definizione a quella generale di *consumidores* o *usuarios* quali «*personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*», così ponendo alcuni problemi di coordinamento tra le due definizioni. Invero, l'inserimento di una nozione di *consumidor vulnerable* separata e l'utilizzo di una diversa terminologia nell'art. 3, comma 2, LGDCU, che a differenza del comma 1 si riferisce alle «*personas*» *consumidoras vulnerables*, ha indotto la dottrina a chiedersi se il richiamo alla persona implichi un ambito di applicazione soggettivo esteso anche ai contraenti che stipulino il contratto nell'ambito della loro attività commerciale, imprenditoriale o professionale, sebbene la maggior parte dei commentatori ritenga che vi sia una relazione di specialità tra le due definizioni e che, pertanto, il *consumidor vulnerable* possa essere solo un consumatore⁵¹.

La riforma del legislatore spagnolo si lascia apprezzare per l'adozione di una nozione di vulnerabilità del consumatore dinamica e multi-dimensionale, superando sia l'approccio casistico alla vulnerabilità codificato nella direttiva sulle pratiche commerciali scorrette, sia il tipico approccio europeo volto alla standardizzazione degli obblighi informativi; come si illustrerà, invece, nonostante la varietà delle fonti di vulnerabilità, non si supera ancora il modello regolatorio europeo basato sulla semplice eliminazione delle asimmetrie informative⁵².

Il preambolo alla *Ley* 4/2022 fornisce un elenco di consumatori vulnerabili – tra i quali i migranti e i richiedenti protezione internazionale, i disabili, le minoranze linguistiche, i disoccupati, le vittime di violenza di genere –, e di circostanze fonte di vulnerabilità, come le scarse competenze linguistiche e i problemi connessi all'uso delle nuove tecnologie. Si tratta però di un elenco non esaustivo, come si evince dal rinvio ad ogni circostanza che comporti uno svantaggio nei rapporti di consumo, e che sottintende l'adozione di un concetto dinamico di vulnerabilità, come dimostra il richiamo alla circostanza che un consumatore può essere vulnerabile in un settore del mercato ma non in un altro.

La nozione di consumatore vulnerabile così enucleata ha però conseguenze applicative rilevanti solo in materia di informazione precontrattuale, se si eccettuano le norme programmatiche contenute nei nuovi artt. 8 e 17, comma 3, LGDCU, dedicate rispettivamente ai doveri delle autorità pubbliche di promuovere politiche a tutela dei consumatori vulnerabili, e di tenere conto delle fonti di tali vulnerabilità nelle attività di formazione ed educazione di questi ultimi.

Come si è detto, una delle cause dell'esclusione finanziaria dei migranti è la standardizzazione degli obblighi informativi previsti dalle direttive europee⁵³: come emerge dal considerando 34 della direttiva 2011/83/UE, l'obbligo informativo è spesso ridotto alla mera consegna di un modulo con le informazioni legalmente previste, lasciando fuori ogni apprezzamento dell'adeguatezza del comportamento del professionista

⁵¹ M. J. MARÍN LOPEZ, *El concepto*, op. cit., pp. 112 ss.; M. L. PALAZÓN GARRIDO, *¿Existe*, op. cit., pp. 206 ss.

⁵² In tal senso M. L. PALAZÓN GARRIDO, *¿Existe*, op. cit., p. 216.

⁵³ G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria*, op. cit., 17 ss.

nei confronti di *quel* consumatore⁵⁴.

Esemplari in tal senso sono il c.d. Prospetto Informativo Europeo Standardizzato (PIES), nel settore del credito immobiliare al consumo, e le Informazioni Europee di Base sul Credito ai Consumatori, nel settore del credito al consumo, che il finanziatore o l'intermediario del credito devono fornire al consumatore ai sensi, rispettivamente, degli artt. 120-*novies*, comma 2 e 124, comma 2, t.u.b. Il contenuto di tali documenti informativi è infatti interamente predeterminato dagli allegati 4E e 4C alle Disposizioni di Trasparenza della Banca d'Italia ed essi pertanto si presentano come moduli standardizzati precompilati, cui non è possibile apportare modifiche considerata anche la natura di armonizzazione massima della direttiva 2008/48/UE e dell'art. 14, parr. 8 e 9 della dir. 2014/17/UE.

Si pensi poi al documento contenente le informazioni chiave per i prodotti di investimento preassemblati (PRIIP) di cui al reg. 2014/1286/UE⁵⁵, che predetermina la lingua di redazione – una di quelle ufficiali dello Stato membro di distribuzione del PRIIP o una di quelle accettate dalle autorità dello Stato membro – e persino il formato di stampa – A4, massimo tre facciate –, impedendo così che l'informazione possa essere personalizzata in base alle esigenze del consumatore – ad esempio, fornendola nella lingua del migrante –.

Vero è che la normativa europea sui servizi di credito e sui servizi di investimento ha da tempo superato un modello di tutela incentrato solo sulla *mandatory disclosure* imponendo anche agli intermediari forme di assistenza qualificata⁵⁶. Così, valorizzando l'obbligo di fornire chiarimenti adeguati (art. 120-*novies*, comma 5, t.u.b., in materia di credito immobiliare ai consumatori, e 124, comma 5, t.u.b., in materia di credito al consumo), e l'obbligo di servire al meglio l'interesse del cliente in relazione ai suoi bisogni “particolari” (art. 120-*septies* t.u.b., in materia di credito immobiliare ai consumatori), pare possibile imporre agli intermediari obblighi di comportamento più rigorosi nei confronti di consumatori portatori di vulnerabilità specifiche, come ad esempio la spiegazione del contenuto del contratto in una lingua comprensibile a questi ultimi.

Tuttavia si tratta appunto di normative settoriali certamente non estendibili ai servizi di pagamento o comunque al di fuori dei servizi di credito, dei servizi di investimento e di assicurazione, i quali pure per effetto delle direttive MiFID I e II e 2016/97/UE sono soggetti al modello della “spiegazione” del contratto e degli obblighi di informazione “passiva”⁵⁷.

In contrasto con la generale standardizzazione degli obblighi informativi precontrattuali, la *Ley* 4/2022

⁵⁴ Così R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 2, p. 325. In senso analogo v. S. PAGLIANTINI, *Il credito al consumo tra vecchi e nuovi formalismi*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/Ce relativa ai contratti di credito ai consumatori e il diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 105-106.

⁵⁵ Per un commento al regolamento v. V. COLAERT, *The Regulation of PRIIPs: Great Ambitions, Insurmountable Challenges?*, in *Journal of Financial Regulation*, 2016, 2, pp. 203 ss.

⁵⁶ V. in generale R. NATOLI, *Il contratto “adeguato”*, cit., pp. 15 ss.

⁵⁷ Sulla protezione del cliente in questi settori del mercato v. R. NATOLI, *Il contratto*, op. cit., pp. 87 ss., spec. 131 ss.; sulla MiFID II v. F. ANNUNZIATA, *Il recepimento di MiFID II: uno sguardo di insieme tra continuità e discontinuità*, in *Rivista delle Società*, 2018, pp. 1100 ss.; sulla direttiva 2016/97/UE in materia di distribuzione assicurativa v. P. CORRIAS, *Profili generali della nuova disciplina recata dalla Direttiva 2016/97/EU*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2018, 2, pp. 158 ss.

pare invece adattare la modalità dell'informazione in base alle esigenze dei consumatori vulnerabili.

Ad esempio, il nuovo comma 2 dell'art. 20, LGDCU, dedicato alle pratiche commerciali *b2i*, prevede che le informazioni sull'imprenditore, sulle caratteristiche del bene o del servizio e sul prezzo, devono essere fornite «a los consumidores o usuarios, principalmente cuando se trate de personas consumidoras vulnerables, en términos claros, comprensibles, veraces y en un formato que garantice su accesibilidad, de forma que aseguren su adecuada comprensión y permitan la toma de decisiones óptimas para sus intereses».

In altri termini, la chiarezza e la comprensibilità dell'offerta commerciale non sono più parametrize al consumatore medio, ma al consumatore vulnerabile, cosicché le stesse informazioni dovranno essere fornite con una terminologia adeguata al diverso livello di alfabetizzazione generale e finanziaria del consumatore e, nel caso di migranti, in una lingua a questi ultimi comprensibile. Non è dunque una forma di *personalized law*, per usare una terminologia in voga nella dottrina americana, e cioè di creazione di una regola giuridica diversa per ciascun individuo – che in questo caso comporterebbe la fornitura di informazioni diverse –, ma è senz'altro una previsione che spinge verso una *personalized mandatory disclosure*⁵⁸ e la considerazione della debolezza concreta del singolo individuo al di là dell'appartenenza ad una categoria di contraenti.

In sostanza, poiché la direttiva 93/13/CE è di armonizzazione parziale, sfruttando tale spazio di manovra il legislatore spagnolo ha elevato lo standard del requisito di chiarezza e comprensibilità espresso dall'art. 5, dir 93/13/CE, che per la Corte di giustizia ha riguardo al consumatore medio⁵⁹, richiedendo che le informazioni siano chiare e comprensibili anche per un consumatore meno attento e avveduto di quello medio.

L'esigenza di un'informazione personalizzata emerge anche dal nuovo comma 1 dell'art. 60 LGDCU, inserito nel *Título I* sui contratti tra professionisti e consumatori e utenti, tra i quali l'art. 59-bis, comma 1, lett. p) annovera anche quelli relativi ai servizi finanziari e ai servizi di pagamento. L'art. 60, comma 1, dedicato all'informazione precontrattuale nei contratti con i consumatori, prevedendo che l'informazione contrattuale sia chiara e comprensibile «principalmente cuando se trate de personas consumidoras vulnerables», calibra quest'ultima sul consumatore vulnerabile e prevede anche l'obbligo di fornire a quest'ultimo la «asistencia necesaria, de forma que aseguren su adecuada comprensión y permitan la toma de decisiones óptimas para sus intereses».

Tale disposizione è di estrema rilevanza, perché estende ai servizi di pagamento obblighi di assistenza qualificata al contraente non professionale diretti all'assimilazione delle informazioni e all'assunzione di decisioni adeguate ai suoi interessi fin'ora limitati dalla normativa europea ai contratti di credito al consumo, di credito immobiliare al consumo, assicurativi e relativi a strumenti finanziari.

Peraltro, a differenza della nozione generale di vulnerabilità di cui all'art. 3, comma 2, LGDCU, l'art. 60

⁵⁸ V. O. BEN SHAHAR, A. PORAT, *Personalized*, op. cit., pp. 1, 8, 12.

⁵⁹ V. CGUE, 5 giugno 2019, causa C-38/17, cit., e E. VALLETTA, *Finanziamenti*, op. cit., pp. 20 ss.; CGUE, 20 settembre 2017, causa C-186/16, cit., e M. F. CAMPAGNA, *Contratto*, op. cit., pp. 502 ss.; CGUE, 20 settembre 2018, causa C-51/17, cit.; CGUE, 30 aprile 2014, causa C-26/13, cit. e il commento di S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio*, op. cit., pp. 853 ss.; v. G. D'AMICO, *La Corte*, op. cit., pp. 5 ss.; A. DALMARTELLO, *Appunti*, op. cit., pp. 279 ss.

comma 1 pare non limitare il suo ambito applicativo – e, dunque, l’obbligo di fornire spiegazioni sul contenuto del contratto – alle sole relazioni con consumatori vulnerabili, come si evince dall’avverbio “principalmente”.

Del resto, alla luce della concezione ampia di vulnerabilità accolta dal legislatore spagnolo all’art. 3, comma 2, LGDCU, che include ragioni sociali, economiche, personali, la limitazione della protezione avverso tali vulnerabilità ai soli consumatori non pare opportuna, dato che, come illustrato sopra, la vulnerabilità può essere una condizione universale di ogni contraente, soprattutto in determinati ambiti del mercato come quello dei servizi di pagamento digitali.

In altri termini, se le persone consumatrici vulnerabili sono tali «por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales», che producono anche settorialmente o temporaneamente una «especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos [...] en condiciones de igualdad», mentre invece «il consumatore [...] è debole perché non sa, e questa sua ignoranza spazia dai contenuti dell’affare [...] alle modalità anche procedurali con cui egli è chiamato ad esprimere la propria volontà [...]»⁶⁰, ne consegue che il fallimento del mercato da eliminare non è solo l’asimmetria informativa e, pertanto, non ha senso limitare la tutela avverso le vulnerabilità economiche, personali, educative o sociali ai soli contraenti consumatori.

Inoltre, tale delimitazione soggettiva pare in contraddizione con l’intento di fornire una protezione “orizzontale” e *cross-sectoral* ai soggetti vulnerabili, dato che numerose normative, di matrice europea e non, riconoscono la necessità di proteggere anche i contraenti professionali⁶¹, o alla luce della complessità della materia e della natura dei beni negoziati – è il caso dei clienti al dettaglio e di quelli professionali protetti nella normativa sui servizi di investimento contenuta nella MiFID II⁶² – o perché bisogna incrementare la fiducia nei pagamenti digitali – è il caso della protezione dell’utente dei servizi di pagamento –⁶³, o perché il contraente esercente attività di impresa si trova in una posizione di dipendenza economica nei confronti dell’impresa fornitrice⁶⁴; in quest’ultimo caso è peraltro evidente come venga in rilievo una “vulnerabilità economica”.

Il concetto di vulnerabilità di cui all’art. 3, comma 2, LGDCU risulta poi particolarmente indeterminato e non è nemmeno chiarito dall’elencazione non esaustiva nel preambolo alla *Ley* 4/2022⁶⁵.

⁶⁰ Così A.M. BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 374.

⁶¹ V. V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 4, pp. 769 ss.; V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 4, pp. 669 ss.

⁶² V. R. NATOLI, *Il contratto “adeguato”*, cit., pp. 53-75 e 98 ss.

⁶³ U. MINNECI, op. cit., 1052 ss.; cfr. ABF, Coll. Coord., 10 ottobre 2019, n. 22745, cit.

⁶⁴ V. R. NATOLI, *L’abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Jovene, Napoli, 2004, pp. 1 ss., spec. 11 ss.; ID., *L’abuso di dipendenza economica*, in *Trattato dei contratti, V. Mercati regolati*, diretto da V. Roppo, Milano, 2014, pp. 377 ss.

⁶⁵ J. A., GARCÍA HERNANDO, *La falta de concreción y determinación del concepto de consumidor vulnerable en el RDL 1/2021*, *Diario La Ley*, n° 9858, 26 mayo 2021.

5. CONCLUSIONI E INDICAZIONI *DE IURE CONDENDO*.

Alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia e delle indicazioni di diritto comparato può affermarsi che la visione dei consumatori quali soggetti razionali e normalmente informati sia in via di superamento, e che conseguentemente le specifiche caratteristiche e vulnerabilità debbano essere considerate per valutare la correttezza delle pratiche commerciali e la chiarezza e la comprensibilità delle clausole contrattuali.

Confrontando l'ordinamento italiano con quello spagnolo si può sottolineare come anche nel nostro ordinamento vi siano indizi dell'esistenza della figura del consumatore vulnerabile, in particolare all'interno delle normative sui servizi bancari⁶⁶.

Ad esempio l'art. 111, comma 3, t.u.b, che disciplina il microcredito c.d. "sociale," conferisce rilievo alla vulnerabilità economico-sociale delle persone fisiche che ricevono il finanziamento, le quali, stipulando il contratto per soddisfare bisogni essenziali familiari e al di fuori di un'attività professionale o imprenditoriale, non possono che essere qualificate come consumatori; questi ultimi possono usufruire di un finanziamento senza dover prestare garanzie e con un TAEG soggetto ai limiti di cui agli artt. 5 e 11, d.m. 176/2014, come la mancanza di remuneratività e l'idoneità al mero recupero delle spese⁶⁷. Ancora, la vulnerabilità-economico sociale del consumatore è il presupposto per la applicazione del diritto di usufruire gratuitamente del conto di pagamento di base, ai sensi dell'art. 126 *vicies-quater* t.u.b.

A differenza di quella prevista dal legislatore spagnolo si tratta però di discipline settoriali che si basano su presupposti disomogenei, come la disoccupazione, la sospensione dal lavoro, la contrazione del reddito nel caso del microcredito, e il livello dell'ISEE previsto dall'art. 4 del decreto MEF 70/2018 nel caso del conto di pagamento di base; come quella spagnola, si tratta poi di discipline che si applicano esclusivamente ai consumatori.

Basti pensare che un contraente straniero, da poco integrato in Italia, che chieda un finanziamento per avviare una piccola attività, o che chieda l'apertura di un conto di pagamento necessario a gestire i flussi di cassa connessi a tale attività, non sarà considerato vulnerabile nei confronti della banca o del prestatore di servizi di pagamento, nonostante si trovi nella medesima condizione di debolezza – economico-sociale, linguistica e di scarsa alfabetizzazione finanziaria – di un consumatore.

Poiché le normative dei servizi bancari e finanziari sono per lo più l'attuazione di direttive di armonizzazione massima, se si eccettua la 2014/17/UE, l'inclusione finanziaria dei soggetti vulnerabili, come i migranti, richiederebbe invece di codificare la figura del cliente vulnerabile a livello generale tramite una

⁶⁶ G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria degli immigrati*, cit., pp. 127 ss.; v. in senso contrario L. MODICA, *Effetti*, op. cit., pp. 396-397.

⁶⁷ Per un commento alla disciplina del microcredito v. F. PIRAINO, *Il microcredito*, in F. PIRAINO, S. CHERTI (a cura di), *I contratti bancari*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 311 ss.; E. BANI, *Microcredito*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., pp. 1637 ss.; G. A. VENTO, G. C. VECCHIO, *Il microcredito in Italia: alcune riflessioni per un assetto regolamentare efficace*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2014, pp. 118 ss.

normativa orizzontale e trasversale di matrice europea.

L'esigenza di una nozione generale e applicabile trasversalmente ai vari settori del mercato deriva anche dalla attuale esistenza di differenti definizioni di consumatori vulnerabili nella normativa europea e in quelle nazionali che pregiudica l'uniformità della tutela dei soggetti vulnerabili.

Si pensi, ad esempio, ad un settore fondamentale per l'inclusione sociale come quello dell'energia elettrica, recentemente disciplinato a livello europeo dalla dir. 2019/944/UE, che codifica all'art. 28 la figura del cliente vulnerabile di energia elettrica, ma lascia a ciascuno Stato membro la libertà di definire il concetto di cliente vulnerabile facendo riferimento ai livelli di reddito, alla quota del reddito destinata alle spese per l'energia, all'efficienza energetica delle abitazioni, alla dipendenza dalle apparecchiature elettriche per motivi di salute o ad altri criteri.

Il legislatore spagnolo, con gli artt. 3 e 4 del *Real Decreto* 897/2017, ha introdotto rispettivamente le definizioni di consumatore vulnerabile di energia elettrica e di consumatore a rischio di esclusione sociale; in Francia, infine, il legislatore ha introdotto l'art. 115-3 del *Code de l'action sociale et des familles*, che tutela il consumatore il quale, a causa delle proprie difficoltà economiche, non riesca a pagare la fornitura di energia elettrica, acqua e utenze telefoniche.

Una nozione di cliente vulnerabile si rivelerebbe poi particolarmente utile a fronte del ruolo crescente dell'intelligenza artificiale per lo svolgimento della valutazione del merito creditizio e della digitalizzazione dell'offerta di servizi finanziari, che espone i migranti a condizioni contrattuali inique volte a sfruttarne il maggior bisogno di accesso al credito, poichè i *Big Data* rendono possibile conoscere il prezzo al quale un consumatore è disposto ad acquistare un bene o un servizio⁶⁸, e a discriminazioni di prezzo⁶⁹.

Vero è che il principale rischio per i migranti è la discriminazione ad opera di algoritmi che, ad esempio, presentino loro delle offerte personalizzate di finanziamento applicando un prezzo maggiore a causa della nazionalità, dell'etnia o di altre caratteristiche associate al rischio di *default* dall'algoritmo, la cui opacità può impedire qualsiasi tutela, soprattutto nel caso di algoritmi *machine learning* che si evolvono nel tempo⁷⁰.

Vero è poi che dal punto di vista del contrasto alle discriminazioni rappresenta un passo in avanti la nuova direttiva sul credito al consumo (dir. 2023/2225/UE), che, vietando all'art. 18 il trattamento di dati sensibili, quali quelli biometrici o tutti quelli idonei a rivelare l'origine razziale, etnica o le convinzioni religiose, e vietando all'art. 19 di inserire tali dati nelle banche dati creditizie, impedisce di utilizzare tali dati per l'addestramento degli algoritmi e per negare l'accesso ad un finanziamento.

Tuttavia anche la normativa italiana anti-discriminatoria di cui al d.lgs. 286/1998 e al d.lgs. 215/2003, come già quella consumeristica di origine europea, adotta l'approccio *class-based* sopra menzionato, anche se nel

⁶⁸ M. MAGGIOLINO, *Big data*, op. cit., 2016, pp. 96 ss.

⁶⁹ G. SMORTO, *The protection*, op. cit., 433-434.

⁷⁰ V. S. BAROCAS, A. D. SELBST, *Big Data's*, op. cit., p. 693; D. K. CITRON, F. PASQUALE, op. cit., 13-14. F. PASQUALE, *The Black box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, Harvard, 2015, pp. 101 ss.

condivisibile intento di identificare con rigore i contorni di un divieto – quello di non discriminare negli atti di autonomia privata – che limita l'autonomia contrattuale e che, pertanto, non può estendersi a fattori diversi da quelli legalmente codificati⁷¹.

Di conseguenza, anche il divieto di discriminazione così com'è attualmente potrebbe non tutelare completamente i clienti vulnerabili sottoposti a trattamenti automatizzati di dati, qualora le condizioni contrattuali inique applicate dall'algoritmo non costituiscano discriminazioni per i motivi vietati dalla legge, ma derivino dallo sfruttamento di una situazione di debolezza temporanea –ad esempio, la situazione di precarietà lavorativa, lo scarso reddito, le condizioni di stress dovute a torture subite durante il percorso migratorio o l'essere vittime di tratta di esseri umani– non legata ad un fattore come nazionalità, sesso, etnia o religione.

Una definizione *cross-sectoral* di cliente vulnerabile nell'accesso ai servizi bancari e finanziari dovrebbe, dunque, prescindere dalla qualifica di consumatore e codificare varie dimensioni di vulnerabilità – sociale, economica, culturale, di alfabetizzazione finanziaria e digitale – senza limitarle all'appartenenza ad una determinata categoria – ad esempio, come anziani e minori⁷² –. Onde evitare però l'indeterminatezza del legislatore spagnolo, in tema di vulnerabilità economica si potrebbero individuare dei parametri oggettivi basati sul patrimonio o sul reddito, come ad esempio ha fatto il legislatore italiano all'art. 126 *vicies-quater* t.u.b., attribuendo ad un decreto MEF il potere di determinare i clienti aventi diritto alla fornitura gratuita di un conto di pagamento di base, poi individuati dall'art. 4 del decreto MEF 70/2018 nei consumatori con ISEE fino a 11.600 euro.

In tema di vulnerabilità digitale si potrebbe individuare l'età avanzata quale fattore esemplificativo di debolezza del contraente, cercando di individuare delle soglie dotate di qualche flessibilità, per evitare da un lato l'eccessiva indeterminatezza del perimetro soggettivo delle tutele⁷³ e dall'altro di introdurre degli automatismi.

Tale nuova categoria dovrebbe essere accompagnata dall'introduzione di obblighi di chiarezza e comprensibilità delle informazioni precontrattuali parametrati al cliente vulnerabile, analogamente a quanto previsto dal legislatore spagnolo.

La categoria del cliente vulnerabile dovrebbe però avere delle ricadute anche al di là degli obblighi informativi precontrattuali, permettendo, ad esempio, di graduare il giudizio di negligenza dell'utente in caso di pagamenti non autorizzati sulla base dell'effettivo livello di educazione digitale e finanziaria⁷⁴.

Ancora, la vulnerabilità digitale e la scarsa educazione finanziaria potrebbero imporre anche in materia di servizi di pagamento obblighi di assistenza al cliente vulnerabile simili a quelli previsti per i servizi di credito al consumo, per esempio sotto forma di assistenza in presenza presso la filiale dell'intermediario; in questo senso

⁷¹ L'interpretazione restrittiva è sostenuta da D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico*, op. cit., pp. 179 ss.

⁷² Diversa è la proposta di E. BATTIELLI, *Vulnerabilità*, op. cit., p. 967, che «auspica, pertanto, la costruzione di un diritto comune dei “soggetti vulnerabili” (minori, anziani, portatori di handicap, ecc.), che si approcci in maniera più duttile agli “istituti di protezione”, distinto da quello meramente patrimoniale che oggi pervade le diverse situazioni negoziali di “semplice” debolezza informativa o di disparità di potere contrattuale».

⁷³ In tal senso M. C. PAGLIETTI, *The Vulnerable*, op. cit., pp. 34 ss., in materia di servizi di pagamento.

⁷⁴ In tal senso M. C. PAGLIETTI, *The Vulnerable*, op. cit., pp. 38-39.

depone la terza disposizione addizionale della *Ley 4/2022*, che impegna il Governo Spagnolo a promuovere, in coordinamento con il *Banco de España* e rappresentanti del settore, «*Cuántas medidas se consideren necesarias para garantizar la atención presencial a las personas de mayor edad, y a todos aquellos colectivos para los que el acceso a los servicios financieros a través de las nuevas tecnologías constituya un motivo de exclusión financiera*».

Vero è che ai prestatori di servizi di pagamento operanti nell'ordinamento italiano si applicano gli obblighi di *product governance* derivanti dal recepimento degli orientamenti EBA del 22 marzo 2016⁷⁵, avvenuto con modifica del provvedimento “Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti” adottato il 29 luglio 2009⁷⁶.

Già *de iure condito*, dunque, nell'elaborazione e nell'offerta dei servizi e degli strumenti di pagamento digitali i produttori dovranno tenere conto delle caratteristiche dei clienti e dei pregiudizi che essi possono subire a causa dei prodotti, al fine di individuare un *target market* positivo e un *target market* negativo⁷⁷, che tengano conto della coerenza dei prodotti rispetto alle caratteristiche e al grado di alfabetizzazione finanziaria del mercato di riferimento⁷⁸. Si tratta, tuttavia, di regole attinenti al design ed alla distribuzione degli strumenti di pagamento e non alla fase di informazione precontrattuale.

Nella direzione di una maggiore tutela degli utenti vulnerabili nei servizi di pagamento depone la recente direttiva 2019/882⁷⁹, attuata in Italia con il d.lgs. 82/2022, il cui art. 3 prevede, in virtù del rinvio all'art. 1, comma 3, che nell'erogazione dei servizi di pagamento erogati ai consumatori si debba tenere conto delle esigenze dei soggetti disabili, rispettando i requisiti di accessibilità di cui all'allegato I, sezioni III e IV. Si prevede, in particolare, la fornitura di informazioni comprensibili sul funzionamento del servizio attraverso più di un canale sensoriale, l'utilizzo di siti *web* accessibili, comprese *app online* e servizi per dispositivi mobili, e la necessità di rendere disponibili servizi di assistenza anche telefonica.

⁷⁵ EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Orientamenti sui dispositivi di governance e di controllo sui prodotti bancari al dettaglio*, EBA/GL/2015/18, 22/03/2016, consultabili al seguente link: https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1412678/4a6942fc-a9c6-481a-afe8-885ecd2f3255/EBA-GL-2015-18%20Guidelines%20on%20product%20oversight%20and%20Governance_IT.pdf?retry=1; v. anche EUROPEAN BANKING AUTHORITY, SECOND EBA REPORT ON THE APPLICATION OF THE GUIDELINES ON PRODUCT OVERSIGHT AND GOVERNANCE (POG) ARRANGEMENTS (EBA/GL/2015/18), EBA/REP/2020/28, 4 e 13. Si veda anche EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Orientamenti sui dispositivi di governance e di controllo sui prodotti bancari al dettaglio*, EBA/GL/2015/18, 22/03/2016, 1 ss.

⁷⁶ Provvedimento del 5 dicembre 2018, che apporta modifiche al Provvedimento del 29 luglio 2009 e successive modifiche (“Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti”).

⁷⁷ Banca d'Italia, Provvedimento del 29 luglio 2009 e successive modifiche (“Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti”), sez. XI, par. 1 bis.1.

⁷⁸ Banca d'Italia, Provvedimento del 29 luglio 2009 e successive modifiche (“Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti”), sez. XI, par. 1 bis.2.

⁷⁹ DIRETTIVA (UE) 2019/882 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 17 aprile 2019 sui requisiti di accessibilità dei prodotti e dei servizi.

Tuttavia attuando alla lettera la direttiva il d.lgs. 82/2022 ha il limite di utilizzare *standard* generici come accessibilità, percepibilità e comprensibilità, che complicano sia la *compliance* degli intermediari sia l'eventuale sindacato giurisdizionale sulla corretta erogazione del servizio.

L'estensione del modello della "spiegazione", attualmente previsto solo per i servizi di credito, di investimento e di assicurazione⁸⁰, ai servizi di pagamento resi agli utenti vulnerabili troverebbe dunque una sua giustificazione nella crescente digitalizzazione dei pagamenti, che certamente ne ha complicato il funzionamento e la comprensione rispetto al semplice utilizzo del contante tanto da richiedere obblighi di governo del prodotto.

La digitalizzazione, infatti, ha sostanzialmente impattato, complicandola, sull'essenza del pagamento non solo rispetto alla *traditio pecuniae* ma anche rispetto al paradigma dell'adempimento mediato dalla banca, tanto che già da tempo autorevole dottrina evidenziava la prevalenza, nella prestazione del servizio di pagamento, del contenuto tecnologico e dell'appalto di servizi rispetto al paradigma puro del mandato⁸¹.

Basti pensare ai sistemi di pagamento basati sulla *blockchain*, valutati dalla BCE anche per l'emissione e il trasferimento dell'Euro digitale sebbene il loro funzionamento sia attualmente poco conosciuto dalla maggior parte degli utenti.

⁸⁰ R. NATOLI, *Il contratto*, op. cit., 87 ss.

⁸¹ V. SANTORO, *Il conto corrente bancario: Artt. 1852-1857*, in *Codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 45 ss. Sul passaggio dai pagamenti in contanti ai pagamenti digitali v. in generale B. INZITARI, voce «Moneta», in *Dig. disc. priv.*, XI, Torino, 1994, pp. 397 ss.; ID., *Delle obbligazioni pecuniarie. Art. 1277-1284*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Francesco Galgano, Bologna-Roma, 2011, pp. 1 ss.; ID., *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società contemporanea: tramonto della carta moneta e attribuzione pecuniaria per trasferimento della moneta scritturale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, 2, pp. 133 ss.; A. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 269 ss.; ID., *I pagamenti senza denaro contante nella cashless society*, in *Corr. giur.*, 2008, 4, pp. 504 ss.; G. LEMME, *La rivoluzione copernicana della cassazione: la moneta legale, dunque, non coincide con la moneta fisica*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, 5, pp. 562 ss.; G. MARINO, *Dalla traditio pecuniae ai pagamenti digitali*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 9 ss.