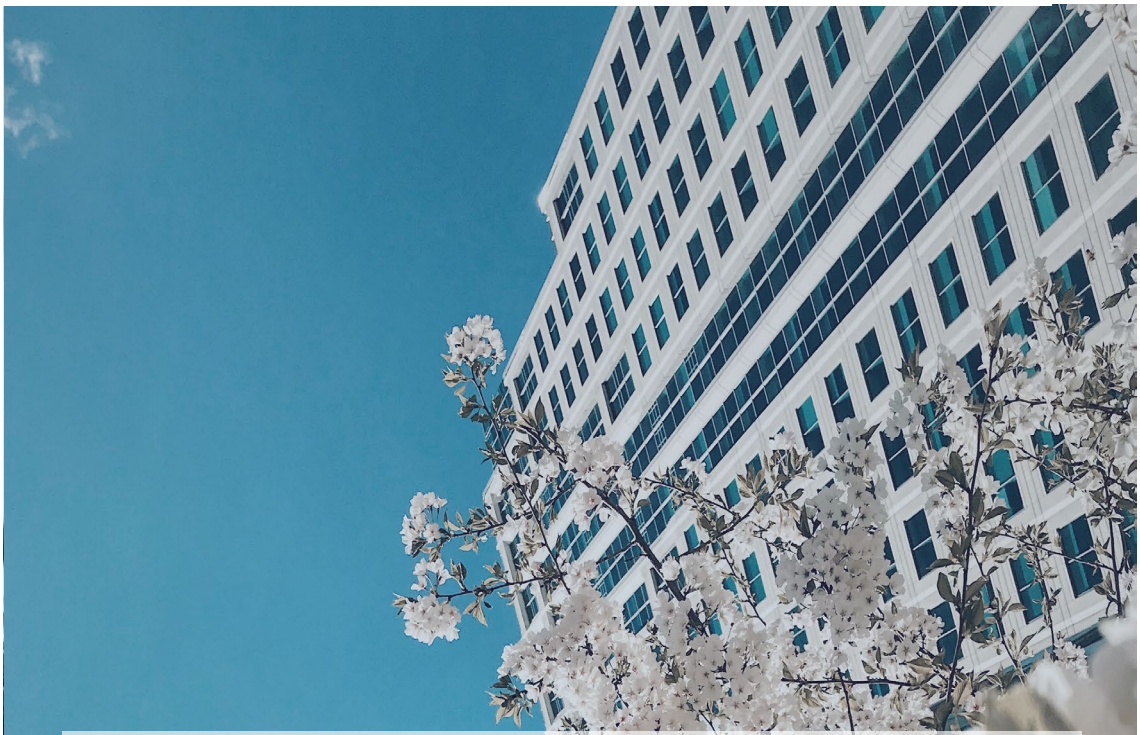
Scotti A, 'Soggetti vulnerabili e problemi di accesso al mercato bancario e finanziario' (2023) 1 EJPLT, 71-83.
DOI: : https://doi.org/10.57230/EJPLT231AS

EJPLT
ISSN 2704-8012



Soggetti vulnerabili e problemi di accesso al mercato bancario e finanziario.

Vulnerable people and difficulties in accessing the banking and financial market.

ANNA SCOTTI
Associate Professor
Università degli Studi di Napoli Federico II

Abstract

Il mercato bancario e finanziario rappresenta un ambito ideale per esaminare l'idoneità della normativa di protezione del cliente alla tutela di soggetti vulnerabili. In particolare, si rilevano frequenti ostacoli in fase di accesso ai servizi bancari e finanziari, in parte oggetto di normative speciali, in parte evitabili con una corretta applicazione delle regole generali di comportamento degli intermediari. Ma si considerano le opportunità che derivano dalla cooperazione tra discipline pubbliche e privatistiche e, in particolare, il valore dell'autoregolamentazione.

The banking and financial market represents an ideal area for examining the suitability of customer protection regulations for the protection of vulnerable individuals. In particular, it is possible to detect frequent obstacles when accessing banking and financial services, some of which are the subject of special regulations and some of which can be avoided by the proper application of general rules of conduct for intermediaries. But consider the opportunities arising from cooperation between public and private law and, in particular, the value of self-regulation.

© The author(s) 2023, published by Suor Orsola Benincasa Università Editrice.
This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Parole chiave: contratti bancari – servizi di investimento – nuove vulnerabilità – obblighi di condotta - divieto di discriminazione – autoregolamentazione.

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La tutela del cliente nel mercato bancario e finanziario. – 3 . I soggetti vulnerabili. – 4. Divario digitale e mercato bancario e finanziario. – 5. Soggetti vulnerabili e esclusione finanziaria. – 6. L'intervento del legislatore. – 7. Prospettive di tutela del cliente vulnerabile.

1. Introduzione.

I rapporti contrattuali che si costituiscono nel settore bancario e finanziario rappresentano un ideale punto di confluenza di un sistema di protezione che, talvolta con i medesimi strumenti, è diretto alla tutela di interessi individuali e generali[1], i primi dei clienti fisiologicamente in posizione asimmetrica rispetto agli intermediari, gli altri del sistema che esige la stabilità ed efficienza del settore bancario e finanziario. Gli interessi particolari, se non quando asserviti al soddisfacimento delle esigenze pubbliche[2], hanno concorso con queste su un piano di pari rilevanza: emblematico è il testo dell'art. 21 t.u.f. che impone all'intermediario di servizi finanziari di comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, *per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati.* Anche nelle pieghe della disciplina del rapporto bancario emerge la medesima doppia anima delle norme a tutela del cliente: basti pensare all'art. 127 tub che include nel perimetro della vigilanza delle Autorità creditizie, e, quindi, nel *public enforcement*, anche la trasparenza delle condizioni contrattuali e la correttezza dei rapporti con la clientela; oppure, ancora, alla normativa del credito ai consumatori, nella quale la previsione degli obblighi di condotta della banca è espressamente ricondotta non solo alla possibilità per il consumatore di assumere una decisione informata e consapevole, ma anche alla confrontabilità delle offerte sul mercato (art. 124 tub), quest'ultima interpretata come disposizione evidentemente inserita con finalità di garanzia della concorrenza[3].

Tale approccio ha quale termine di riferimento la relazione esistente tra tutela del consumatore e corretto funzionamento del mercato, giacché la protezione della libertà di scelta del consumatore favorisce l'interesse a una effettiva competizione[4]: nel settore che qui interessa, il legame è ancora più rafforzato dal valore – riconosciuto anche in sede costituzionale – del risparmio dei singoli e delle famiglie. Recentemente, tuttavia, il punto di equilibrio si è spostato progressivamente sulla centralità del

[1] E. CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, 2000, 55 ss.

[2] L'evoluzione da una normativa diretta a garantire la stabilità del mercato, fonte di tutele solo indirette per il cliente, alle discipline conformative della relazione con quest'ultimo è tratteggiata da A. ANTONUCCI, *Le regole del mercato finanziario: la tutela del risparmiatore tra passato, presente e futuro*, in *Janus*, 2019, 28 ss.

[3] M. SEMERARO, *Informazioni adeguate e valutazione del merito creditizio: opzioni interpretative nel credito ai consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 689.

[4] G. GUIZZI, *Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza*, in G. GUIZZI, *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti*, Milano, II ed., 2018, 60.

cliente/investitore[5], in linea con l'accresciuta rilevanza della persona e dei suoi diritti fondamentali anche nell'esercizio di prerogative e di facoltà a contenuto patrimoniale.

2. La tutela del cliente nel mercato bancario e finanziario.

In via generale, il processo appena accennato ha determinato una evoluzione dello stesso concetto di consumatore, oggi più che mai *frastagliato*[6]. L'insufficienza delle rigide maglie della definizione del Codice del consumo non ha impedito, infatti, la costruzione autonoma di un concetto di contraente debole nei rapporti bancari e finanziari, identificato nel *cliente*, che ricomprende anche soggetti che non sono consumatori, ma che sono ugualmente esposti alle conseguenze derivanti dall'asimmetria di posizione con l'impresa bancaria e finanziaria[7].

Alla *clientela* sono dedicate due fondamentali disposizioni nel Testo Unico Bancario e nel Testo Unico della Finanza: nel primo, come già ricordato, l'art. 127 dispone che le autorità creditizie esercitano i poteri avuto riguardo, tra gli altri, alla correttezza dei rapporti con la clientela, nel secondo, l'art. 21 stabilisce che gli intermediari sono obbligati ad agire con diligenza, correttezza e trasparenza per soddisfare al meglio gli interessi dei propri clienti.

Alla realizzazione dell'interesse di questi ultimi risponde, per entrambi i settori, una complessa disciplina del contratto, sia bancario che di investimento, declinata innanzitutto in puntuali e analitici obblighi di forma e di contenuto, essenziali per la sua validità: la relazione con il cliente, però, ha il suo più rilevante connotato negli obblighi di informazione che devono porre in condizione quest'ultimo di assumere una decisione consapevole. Ne è derivata la costruzione di un sistema molto complesso che, almeno in teoria, fa sì che l'intermediario accoglie il cliente e, nell'adempimento di numerosi e dettagliati obblighi di condotta – ora ispirati a una evidente logica paternalistica, ora mitigati dalla rilevanza dell'autoresponsabilità del cliente[8] – realizzano un percorso protetto dalla fase precontrattuale alla conclusione del rapporto. Peraltro, il complesso degli obblighi e delle relative tutele è modulato sulle diverse tipologie di contraenti, movendo da un dato comune per i rapporti bancari e finanziari rappresentato dall'esclusione dell'applicabilità del Codice del Consumo, in quanto la normativa di protezione è edificata sulle peculiarità delle attività bancarie e di investimento[9]. Infatti, poi, la diversificazione delle regole di condotta imposte agli intermediari non riguarda tanto i contratti bancari – sebbene siano dedicate specificamente al *consumatore* le disposizioni sul credito ai consumatori e sul credito immobiliare ai consumatori, di cui ai capi I e I bis del titolo V) del tub – ma i rapporti di investimento, per i quali è differenziata,

---

[5] G. GUIZZI, *Attualità e prospettive nel sistema della tutela del risparmio*, in *Corr. Giur.*, 2016, 746

[6] S. PAGLIANTINI, *Il consumatore "frastagliato" (Istantanee sull'asimmetria contrattuale tra vicende circolatorie e garanzie*), Bari, 2021.

[7] P. SIRENA-D. FARACE, *I contratti bancari del consumatore*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari,* in *Trattato dei contratti diretto da Pietro Rescigno e Enrico Gabrielli,* Torino, 2016*,* 303 ss..

[8] N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2004, 51.

[9] A. GENOVESE, *Pratiche commerciali scorrette e offerta di servizi di investimento*, in C. GIUSTOLISI (a cura di), *La direttiva Consumer Rights. Impianto sistematico della Direttiva di armonizzazione massima,* Roma, 2017, 95 ss.

con diversi corrispondenti fasci di obblighi e livelli di tutela, la clientela al dettaglio dalle controparti qualificate e dalla clientela professionale.

Un sistema così articolato e complesso si pone l'ambizione di chiudere un sistema circolare di protezione attorno al cliente, ma, ciò nonostante, non sono scongiurati vuoti di tutela nei confronti di soggetti che, anche a valle del corretto adempimento degli obblighi di condotta degli intermediari, si trovano a compiere scelte non ponderate o, comunque, non consapevoli, con effetti pregiudizievoli nella loro sfera patrimoniale. Talvolta, la causa è rintracciabile nel deficit strutturale del complesso di discipline, come l'eccesso di informazione[10], il suo elevato tecnicismo, piuttosto che nell'applicazione solo formale della normativa; in altri casi, si verificano situazioni che sfuggono agli stringenti vincoli di condotta per gli intermediari, perché le esigenze di protezione hanno origine direttamente nella situazione soggettiva del cliente.

3. I soggetti vulnerabili.

Lo scenario da ultimo accennato può presentarsi per una molteplicità di ragioni diverse: disabilità, anzianità, analfabetismo digitale, discriminazione razziale, povertà, secondo una tipologia descrittiva, giocoforza non completa, che è poi esattamente riproducibile per individuare categorie di soggetti per i quali sussistono rilevanti difficoltà nell'accesso ai servizi bancari e finanziari. A questi ultimi saranno dedicate le osservazioni che seguono.

Sono i soggetti vulnerabili. Ma, quali siano i caratteri della vulnerabilità nel sistema ordinamentale non è nodo facile da sciogliere. La figura – se si prescinde dalle misure di sostegno agli incapaci, contenute nel Codice civile, su cui *infra* nel testo[11] - ha nel diritto interno un minimo riconoscimento nella disciplina delle pratiche commerciali sleali (artt. 27 bis e ter cod. cons.); di converso, vi è ampia attenzione nella normativa europea e, soprattutto, in atti di *soft law* [12]. Tuttavia, per ragioni facilmente comprensibili, non esiste una nozione univoca di vulnerabilità[13], aspetto questo che se, da un lato, è un limite che potrebbe legittimare comportamenti ignavi, quando non anche dolosamente opportunistici, dall'altro è un'opportunità per evitare gli inconvenienti derivanti dalle tipizzazioni di una condizione cangiante e in continua evoluzione[14].

---

[10] A. ZOPPINI, *Contratto e economia comportamentale*, in G. D'AMICO (a cura di), *Enc. dir., I tematici, Il contratto*, Milano, 2021, 322.

[11] E che pure rappresenta la prima traduzione della vulnerabilità nel sistema giuridico (A. FUSARO, *Il negozio della persona vulnerabile e il linguaggio delle invalidità*, in *Ars interpretandi*, 2019, 45).

[12] Tra tutti basti ricordare che nell'Agenda Onu 2030 lo sviluppo sostenibile si fonda sull'armonizzazione tra crescita economica e inclusione sociale come ricorda A. A. MOLLO, *Vulnerabilità e sostenibilità: primi spunti per uno studio dell'impatto sulle persone con disabilità e sulle future generazioni dei dispositivi [neuro] tecnologici*, in questa *Rivista*, 2023, f. 1, alla quale si rinvia (in particolare, nella nota 3) per la bibliografia essenziale sul tema della vulnerabilità della persona.

[13] Si veda per tutti, E. PARIOTTI, *Vulnerabilità ontologica e linguaggio dei diritti*, in *Ars interpretandi*, 2019, 155 ss. e R. CHENAL, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali, ivi*, 2018, 35 ss.

[14] Sottolinea la diversità tra il contraente debole e quello vulnerabile E. BATTELLI, *Vulnerabilità della persona e debolezza del contraente*, in *Riv. dir. civ*., 2022, 950.

4. Divario digitale e mercato bancario e finanziario.

Un primo tema, di ordine generale, se vogliamo anche trasversale ai diversi punti di vista su cui appunteremo la nostra attenzione, è quello della informatizzazione dei servizi bancari e di investimento, tanto da determinare spesso una compresenza di situazioni di vulnerabilità sia digitale che finanziaria[15]. La rapidità di sviluppo della tecnologia ha determinato una rapida evoluzione nelle modalità di conclusione e di gestione dei rapporti negoziali con gli intermediari, non solo per la collocazione, spesso in via esclusiva, dei servizi sulle piattaforme digitali, ma anche per una spiccata digitalizzazione che caratterizza la prestazione dei servizi offerta presso le sedi "fisiche" delle banche; a titolo di esempio, si consideri la stipula del contratto – che, lo si ricordi, deve avere la forma scritta *ad substantiam* sia nel settore bancario che in quello finanziario – realizzata mediante l'apposizione della firma grafometrica, che, ad oggi, è stata oggetto di preoccupata attenzione per i problemi di sicurezza e di tutela della privacy derivanti dalla raccolta di dati biometrici[16], mentre non ci si è ancora sufficientemente interrogati se l'apposizione di una sottoscrizione su uno schermo digitale, solo seguita dalla consegna del documento cui si riferisce, agevola o rende più difficoltoso ricevere una informazione adeguata.

La rilevanza degli ostacoli che la digitalizzazione dei servizi può provocare investe, in primo luogo, la posizione degli incapaci legali, che, a rigore, dovrebbe essere esclusa dalle considerazioni che si stanno svolgendo, visto che l'ordinamento consente, con la sostituzione o l'assistenza di tutore, curatore o amministratore di sostegno, l'esercizio dei diritti del beneficiario. In particolare, l'attenzione è rivolta, per la sua frequenza nella prassi, all'amministrazione di sostegno, nella quale spesso il potere di rappresentanza attribuito all'amministratore concorre con il medesimo potere in capo al beneficiario, oppure il compito dell'amministratore è solo di natura *assistenziale*[17]: ci si può chiedere, per esempio, chi abbia diritto a ricevere le credenziali per l'accesso all'*home banking* e la relativa responsabilità per la loro custodia[18]. Ma si pensi anche ai rapporti di investimento, nei quali è oltremodo frequente che la sottoscrizione del contratto e la scelta dell'investimento sia effettuata con modalità esclusivamente digitali; altra questione ricorrente è l'individuazione del destinatario degli obblighi di protezione – ad esempio, quelli di profilatura del cliente, affidata alla gestione algoritmica – per i quali è necessaria un'articolazione e un adattamento alle peculiarità del caso concreto, cui

[15] M. C. PAGLIETTI - M. RABITTI, *A Matter of Time. Digital-Financial Consumers' Vulnerability in the Retail Payments Market*, in *European Business Law Review,* 2022, 594

[16] I. A. CAGGIANO, *Pagamenti non autorizzati tra responsabilità e restituzioni. Una rilettura del d. legisl. 11/2010 e lo scenario delle nuove tecnologie*, in *Riv. dir. civ*., 2016, 505.

[17] P. CENDON, *Amministrazione di sostegno: a) profili generali*, in *Enc. dir., Annali VII*, Milano, 2014, 28.

[18] A tale proposito, a fronte del diniego di molti intermediari, che consentivano all'amministratore di sostegno di accedere all'home banking relativo a un rapporto intrattenuto con il beneficiario solo in modalità rendicontativa, l'Arbitro bancario e finanziario ha ritenuto che l'estensione all'home banking della facoltà di operare sul conto corrente del beneficiario debba intendersi riconosciuta all'amministratore, anche se non espressamente attribuita dal decreto di nomina (ABF decisione del 1 dicembre 2020, n. 21509, e decisione del 17 gennaio 2022, n. 1154).

l'intermediario non sempre è attrezzato[19].

Il tecnicismo spesso elevato per l'utilizzazione dei servizi offerti dagli intermediari in forma digitale comporta, peraltro, che anche le persone munite di abilità primaria nell'uso delle tecnologie, trovino una barriera insormontabile in sistemi che, in definitiva, sono troppo complessi[20].

Il tema si inscrive nello scenario più ampio del divario digitale, che contrappone alcuni segmenti della società alle nuove tecnologie[21], nonostante l'attenzione sempre più estesa per la promozione di un «ambiente digitale antropocentrico»[22]; il problema, quindi, ha una latitudine molto più ampia della prospettiva osservata nel presente lavoro, e per questo ha sollecitato in più riprese, su un piano generale, l'intervento anche del legislatore nazionale. In questa sede, preme sottolineare che il divario digitale costituisce un fattore escludente ben più pregnante per le categorie raccolte nella variegata classe dei soggetti vulnerabili, cui sono riconducibili limitazioni di varia origine nell'utilizzazione degli strumenti informatici e, per tale motivo, l'emarginazione dal mercato dei servizi bancari e finanziari[23].

5. Soggetti vulnerabili e esclusione finanziaria.

Per tutti i soggetti vulnerabili, sopra descritti, le difficoltà di rapportarsi con gli intermediari per le caratteristiche personali si specifica poi nella difficoltà di accedere al mercato del credito, che si declina nelle diverse situazioni con differenti peculiarità. L'età, per esempio, è un fattore dissuasivo per le banche per la concessione di finanziamenti, per quanto l'anziano offra una idonea garanzia patrimoniale[24]. La povertà, all'opposto, è anche mancanza di risorse per sostenere le spese dei servizi bancari, ovvero per accedere al credito senza garanzie: nella legislazione più recente l'attenzione è rivolta precipuamente ai problemi di solvibilità del soggetto che è già debitore della banca, per il quale sono state predisposte misure volte al suo recupero,

[19] Alcuni intermediari inseriscono nei loro modelli contrattuali la clausola dedicata ai contratti intestati ai soggetti interessati da limitazioni legali di capacità, nella quale si precisa che il profilo è rilasciato dal rappresentante legale, e che la valutazione di appropriatezza è compiuta in riferimento alle conoscenze di quest'ultimo, mentre la valutazione di adeguatezza è effettuata con riferimento alla situazione finanziaria e agli obiettivi di investimento del rappresentato. In altri modelli, si procede a una duplice profilatura, specificandosi, ad esempio, che non va somministrato il questionario per gli aspetti relativi alla conoscenza e esperienza in materia di investimenti, e che, per quanto riguarda gli obiettivi e l'orizzonte temporale, si deve tenere conto delle indicazioni contenute nel provvedimento del Giudice Tutelare.

[20] Le differenze legate all'età nella capacità di utilizzare le nuove tecnologie sono rese più complesse dal fatto che la difficoltà dell'anziano può non essere compensata da altri fattori, come l'istruzione o il reddito (M. C. PAGLIETTI – M. RABITTI, *op. cit*., 596).

[21] L. SARTORI, *Il divario digitale: l'accesso a internet*, in *Nuova informazione bibliografica*, 2006, 683.

[22] A. MIGNOZZI, *Digital divide ed enti del terzo settore nella società del terzo millennio*, in questa *Rivista*, 2022, f. 2, 3 e *passim*, alla quale si rinvia per i riferimenti di *hard* e *soft law*.

[23] Tale esclusione, per alcune categorie – come gli stranieri – può verificarsi anche indipendentemente dalla mancanza di adeguata conoscenza degli strumenti digitali.

[24] M. FRANCESCA, *Inclusione finanziaria e modelli discriminatori. Note introduttive sugli epigoni della discriminazione razziale,* in M. FRANCESCA – C. MIGNONE (a cura di), *Finanza di impatto sociale. Strumenti, interessi, scenari attuativi*, Napoli, 2020, 217.

sia esso consumatore o imprenditore, quali le procedure per la gestione del sovraindebitamento, le garanzie marciane, le composizioni delle crisi di impresa, dedicate, come evidente, al cliente già inserito nel sistema e non al soggetto che nel sistema non riesce a entrare.

E' rilevante segnalare, peraltro, che anche l'applicazione delle tutele può trasformarsi in una causa di esclusione: nei servizi di investimento: infatti, la nuova formulazione dell'art. 21 tuf impone all'intermediario di proporre ai clienti prodotti *concepiti per soddisfare le esigenze di un determinato mercato di riferimento di clienti finali* e che *lo strumento finanziario sia distribuito ai clienti all'interno del mercato target*: l'approccio nuovo, che recepisce le istanze già presenti in dottrina, si connette ai principi della *product governance*, e appare evidente che, se il *target* dell'investitore anziano non risulta appetibile, gli emittenti non investiranno in strumenti destinati a tale fascia di risparmiatori, con l'effetto di limitare per questi ultimi le possibilità di investimento.

6. L'intervento del legislatore.

Le esigenze tratteggiate in ordine sparso hanno avuto, in alcuni casi, uno specifico riconoscimento nell'ordinamento[25].

L'obiettivo di una inclusione finanziaria è stato perseguito con l'introduzione nel testo unico bancario della disciplina del c.d. conto di base e del microcredito.

Per favorire l'inclusione finanziaria, l'art. 126 noviesdecies t.u.b. ha previsto il diritto per tutti i consumatori, *soggiornanti legalmente nell'Unione europea, senza discriminazioni e a prescindere dal luogo di residenza*, di aprire il conto corrente di base presso un prestatore di servizi di pagamento, cui è correlata l'indicazione di stringenti limiti a carico di quest'ultimo per l'esercizio del diritto di recesso, evitando così comportamenti elusivi dell'obbligo. Ciò perché si tratta di un vero e proprio obbligo a contrarre, al quale, per la strumentalità all'erogazione di un servizio essenziale, si ritengono applicabili le disposizioni degli artt. 1679 cod. civ. e ss., e sul piano rimediale, l'intervento costitutivo del giudice *ex* art. 2932 cod. civ.[26].

Con il microcredito, poi, è prevista l'agevolazione nell'accesso al credito – di importo contenuto - a soggetti che non hanno una storia creditizia né garanzie idonee al superamento delle valutazioni di ammissibilità compiute dagli intermediari, per l'avvio o l'esercizio di attività di lavoro autonomo o di microimpresa, ovvero per sostenere stati di difficoltà in cui versano persone fisiche. Quest'ultima figura, definita microcredito c.d. sociale, è caratterizzata, infatti, dalla destinazione a titolari di situazioni soggettive riconducibili a stati di *vulnerabilità economica o sociale* – disoccupazione, diminuzione

[25] Nella direzione indicata in appresso nel testo si situa anche la promozione dell'educazione finanziaria, che, tuttavia, sollecita l'esigenza di precisare, da un lato, la difficoltà di innestare i relativi programmi su una varietà di precondizioni che ne escludono l'efficienza (A. ANTONUCCI, *op. cit*., 37) e, dall'altro, di adattare i contenuti sui diversi bisogni educativi (M. T. PARACAMPO, *Educazione finanziaria e protezione dei risparmia- tori: miti e realtà*, in *An. giur. ec.,* 2010, 552; R. NANULA – M. TRIFILIDIS, *L'educazione finanziaria: problemi e prospettive*, in *Banca Impresa Società*, 2009, 213).

[26] G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria degli immigrati. La tutela del consumatore vulnerabile nei servizi bancari*, Torino, 2021, 135 ss. Diversamente G. LIACE, *Il diritto al conto corrente*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2022, 471, sul presupposto dell'insussistenza di una funzione di interesse pubblico nell'attività bancaria.

del reddito, aumento delle spese familiari, insufficienza economica del richiedente o di un familiare, secondo la specificazione svolta dalla regolamentazione di attuazione[27] – al fine di favorire la loro inclusione sociale e finanziaria: il contratto conserva la natura di mutuo di scopo, pur in presenza di una opportuna flessibilità quanto all'impiego della somma finanziata, che può essere utilizzata per il soddisfacimento di bisogni primari, elencati nell'art. 5 del d.m. di attuazione, dove si precisa il carattere non tassativo dell'elenco[28]. Non a caso, è stato rilevato che la specificità del microcredito risiede nella collaborazione tra finanziatore e beneficiario, che non costituisce più «una generica istanza, propria di qualunque rapporto giuridico, specie se negoziale, ed esaltata come elemento dovuto dalla buona fede in senso oggettivo di cui all'art. 1175 c.c.: ma una necessità giuridica che arricchisce la prestazione del finanziatore nei termini di vera e propria strumentalità rispetto alla finalità alla cui realizzazione il finanziamento è preordinato»[29]: nella sostanza, poi, gli obblighi a carico del sovvenente che arricchiscono in tale modo la causa del contratto sono quelli predeterminati dal legislatore nell'assistenza, monitoraggio e servizio di bilancio familiare, i quali si pongono in rapporto sinallagmatico con la prestazione di restituzione e di corresponsione degli interessi a carico del finanziato[30].

La normativa a tutela del cliente bancario – della quale fanno parte anche le fattispecie appena tratteggiate - offre ulteriori elementi su cui costruire un sistema di inclusione efficiente, grazie anche all'adeguamento degli obblighi che ne costituiscono l'ossatura a obiettivi di maggiore effettività. Ad esempio, ai fini dell'adempimento dell'obbligo di trasparenza non è più ritenuta sufficiente la chiarezza e completezza dell'informazione, da un lato, e il rispetto dei vincoli di forma dall'altro, poiché le Disposizioni di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari di Banca d'Italia prevedono attualmente che le informazioni devono essere rese in modo adeguato alle caratteristiche dei servizi e della clientela e che, in applicazione del principio di proporzionalità, devono articolarsi secondo modalità differenziate in relazione alle esigenze di diverse fasce di clientela e alle caratteristiche dei servizi[31]. Ancora, nella disciplina del credito al consumo – che si rivolge soprattutto a soggetti che facilmente possono trovarsi anche in condizioni di vulnerabilità – l'art. 124 t.u.b. prevede espressamente la strumentalità dei doveri informativi alla confrontabilità delle offerte sul mercato e alla possibilità per il consumatore di assumere una decisione informata e consapevole; a tale scopo, accanto alle informazioni inderogabili – contenute nel modulo "Informazioni europee di base sul credito ai consumatori" (c.d

[27] D.M. 17 ottobre 2014, n. 176.

[28] In ogni caso, la violazione della destinazione dell'importo finanziato è causa di risoluzione del contratto: F. PIRAINO, *Il microcredito*, in F. PIRAINO – S. CHERTI, *I contratti bancari*, Torino, 2016, 343. Si segnalano altri limiti imposti dal legislatore, in materia, ad esempio, di importo massimo finanziabile, così come del numero di finanziamenti concedibili, rendono più appetibili altre figure, come il *rent to buy* o il *leasing* immobiliare (G. MATTARELLA, *op. cit*., 125).

[29] F. PIRAINO, *op. cit*., 347.

[30] In senso contrario, L. NONNE, *Il microcredito solidale: profili tipologici e proposte disciplinari*, in *Banca borsa tit. cred*., 2011, 78, nota 81, il quale richiama, a tale proposito, il dibattito sviluppatosi in dottrina sulla sinallagmaticità nel mutuo di scopo, che avrebbe quale perimetro la concessione del finanziamento e la corresponsione degli interessi.

[31] A. BARENGHI, *Note sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo*, in *Banca borsa tit. cred*., 2018, I, 162.

modulo SECCI) – è contemplato l'obbligo dell'intermediario di fornire chiarimenti adeguati, illustrando le informazioni precontrattuali, le caratteristiche del prodotto e gli effetti specifici per il consumatore. Sembra, quindi, rafforzato il profilo consulenziale del rapporto con il cliente[32], come confermato anche nella disciplina del credito immobiliare ai consumatori, nella quale è previsto, accanto all'obbligo di fornire informazioni personalizzate per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato – anche in questo caso attraverso un modulo standardizzato, il "Prospetto informativo europeo standardizzato" (c.d. modulo PIES) - e di fornire chiarimenti adeguati, la possibilità per il cliente di ricevere servizi di consulenza[33].

Nell'applicazione concreta di tali obblighi possono trovare, dunque, riconoscimento e protezione le esigenze dei soggetti più deboli; ad esempio, può essere ritenuto che l'informazione per essere adeguatamente fornita debba essere resa in una lingua comprensibile al cliente[34]; oppure, ancora che l'intermediario si adoperi per contenere i disagi a cui è esposta la clientela vulnerabile nel processo irreversibile di digitalizzazione dei rapporti bancari e finanziari, ad esempio, prevedendo un'assistenza da remoto, come la disponibilità di un supporto "fisico" e così via[35].

7. Prospettive di tutela del cliente vulnerabile.

La ricerca di un principio sistematico che possa evidenziare la trama sottesa ai singoli interventi normativi[36], tra i quali quelli esemplificativamente qui ricordati, e che possa, quindi, costituire un «criterio di azione per il legislatore e di orientamento per il giudice»[37], può avvalersi delle riflessioni maturate sulla confluenza tra regole del mercato e valori della persona in un unico piano assiologico: «perché sul mercato si confrontano persone, e un mercato efficiente e libero è quel che serve per assicurare a ciascuno la maggior possibile esplicazione della libertà individuale, che è una componente – sicuramente non la prima, sicuramente non la più importante, ma di

[32] S. PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Cont. imp. Eur*., 2014, 532.

[33] Va segnalato che gli obblighi sono ulteriormente arricchiti nella proposta di nuova direttiva relativa al credito ai consumatori che sostituirà la direttiva UE/2008/48.

[34] G. MATTARELLA, *op. cit*., 37. Si consideri, per esempio, che il già ricordato art. 127 tub, disponendo che Le informazioni «sono rese almeno in lingua italiana», di fatto non impone all'intermediario di comunicare con il cliente straniero nell'idioma di quest'ultimo, o, quantomeno, in un'altra lingua selezionabile (G. MATTARELLA, *op. cit*., 30 ss., il quale, tuttavia, segnala l'onerosità, non sempre sostenibile per l'intermediario e, in ogni caso, ribaltata sul costo del servizio, dell'organizzazione di procedure per la predisposizione della documentazione informativa in un numero imprecisato, ma certamente ampio, di lingue straniere).

[35] M. C. PAGLIETTI - M. RABITTI, *op. cit.,* 597.

[36] Una prospettiva generale di attenzione e tutela al contraente vulnerabile non c'è, al momento, secondo L. MODICA, *Effetti esdebitativi (nella nuova disciplina del sovraindebitamento) e* favor creditoris, in *Contratti,* 2019, 477.

[37] P. POLLICE, *Introduzione allo studio dei diritti reali*, Torino, 1999.

certo molto importante – della dignità della persona»[38]. Ora, non si può revocare in dubbio che la centralità della persona rappresenta un obiettivo primario del diritto contrattuale in ogni occasione in cui sono coinvolti i bisogni essenziali del soggetto contraente[39]: qui entra in gioco l'applicazione dei valori costituzionali, e, in particolare, delle tecniche necessarie per salvaguardare il diritto di ciascun individuo alla socializzazione contrattuale, ovvero «il diritto a partecipare alla comunità mediante il contratto»[40]. Il riferimento più specifico evoca il contrasto alla discriminazione in ambito contrattuale, «divenuto quasi il paradigma dei nuovi obiettivi costituzionali dell'Europa»[41]; per la verità, i ragionamenti della dottrina sul tema si sono indirizzati ad approfondire alcuni scenari ben identificati, quali l'offerta al pubblico – cui si correlano le difficoltà di riconoscimento nella contrattazione individuale [42] - o, comunque, l'imposizione di condizioni più svantaggiose [43]. E, tuttavia, può trovarvi aggancio il tentativo di leggere in una prospettiva più ampia le fattispecie più ricorrenti, nei casi – come quelli di cui ci stiamo occupando – in cui la discriminazione sia tanto diffusa in un settore da compromettere l'esercizio dell'autonomia privata perché si traduce nell'inesistenza di alternative sul mercato o «a fattori contingenti che inficiano la sua piena autonomia»[44]. In tali casi, è opportuno non restare confinati nelle classificazioni tra lecito e illecito, fondate su caratteri formali, ma considerare la situazione concreta in cui l'atto si inserisce[45] .

L'ipotesi deve confrontarsi con i dubbi sollevati sulla compatibilità con la libertà contrattuale, dal momento che «se le diseguaglianze vanno combattute, è anche vero che, infranto il velo dell'uguaglianza formale, sono tali e tante le possibili diversità reali che, ad assecondarle tutte, si rischia di rimettere costantemente in discussione la vincolatività dell'accordo. Analogamente, se l'obiettivo della parità in concreto nell'accesso al contratto deve indurre ad un sindacato sulla scelta negoziale, un controllo troppo dilagante e pervasivo potrebbe minacciare la stessa autonomia che è a fondamento del contratto»[46].

---

[38] D. MAFFEIS, *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2015, I, 180; E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ*., 2014, I, 551.

[39] E. CONTU, *Povertà ed esclusione nella "società del debito"*, in *Cont. e imp*., 2019, 1545.

[40] P. FEMIA, *Discriminazione (divieto di*), in G. D'AMICO (a cura di), *Enc. dir., I tematici, Il contratto*, *cit.*, 519, A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 228 ss., e F. MACARIO, *La tutela della persona nel contratto*, in S. MAZZAMUTO – L. NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016, 147.

[41] E. NAVARRETTA, *op. cit.*, 549.

[42] Per una sintesi del dibattito, E. NAVARRETTA, *op. cit*., 552 ss.

[43] G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. civ*., 2015, I, 1389.

[44] E. NAVARRETTA, *op. cit*., 561 e 566. È stato osservato che «la diffusione del pregiudizio sociale in uno specifico mercato rilevante può comportare che, a fronte del medesimo comportamento discriminatorio, pur espresso nell'àmbito di negoziazioni individuali, sia for- temente ostacolato o addirittura precluso l'accesso dei componenti del gruppo svantaggiato a un determinato bene o servizio» (G. CARAPEZZA FIGLIA, *op. cit*., 1401).

[45] P. FEMIA, *op. cit*., 523.

[46] E. NAVARRETTA, *op. cit*., 551. Per questa ragione, si ritiene non esportabile il divieto di discriminazione al di fuori dell'offerta al pubblico, «poiché proiettato sul conflitto individuale vede venir meno proprio l'elemento della pluralità degli esclusi» (561).

Non viene revocato in dubbio, in ogni caso, che il divieto di discriminazione, con la previsione di agevolazioni di accesso a beni e servizi del mercato a soggetti vulnerabili, e con strumenti per evitare la fuoriuscita di tali soggetti, contribuisce a comporre il disegno della giustizia inclusiva[47]; anzi, è stato osservato che la discriminazione che sia causa di esclusione finanziaria è ancora più grave perché oggi l'accesso al credito costituisce anche uno strumento, talora necessario, per procurarsi beni primari[48].

D'altra parte, è stato anche correttamente osservato, che «having taken note of the ontological vulnerability of human beings – in general – with respect to digital technology structures, it should be emphasized that the law alone is not sufficient to reconcile the interests at stake and to achieve objectives of effective protection. The rules must express a direction, choosing to protect weakness as a value but they must also prepare concrete tools by foreseeing them»[49].

Il contratto non può da solo garantire l'inclusione dei soggetti svantaggiati – e, in generale, risolvere le *iniquità sociali* – ma può creare un *ponte* tra le criticità sociali e il mercato[50]; occorre, infatti, l'intervento del *buon diritto* - «giusto, equo e solidale» - che «anticipa e promuove la trasformazione della società per realizzare al suo interno (…) le maggiori chance di vita libera e dignitosa per tutti»[51].

In una prospettiva di sinergia tra potere pubblico e privato, nell'attuazione del principio di sussidiarietà[52], è condivisibile la proposta di valorizzare gli istituti del diritto privato idonei ad accogliere atti e attività nella direzione di una società sostenibile, primi tra tutti gli enti del terzo settore[53]: è stato sottolineato, infatti, che l'art. 55 CTS individua la co-programmazione, la co- progettazione e l'accreditamento, quali parole chiave per il coinvolgimento degli enti nella realizzazione di interessi generali[54], per cui ben si possono annoverare in tali attività compiti di sostegno ai soggetti vulnerabili anche in settori specifici, come quello bancario e finanziario.

In uno scenario più ampio, va considerato il rilevante apporto che può essere offerto dall'autoregolamentazione, tanto più se finalizzata alla creazione di un *Common Level Playing Field* per contratti bancari, assicurativi, finanziari comunque conclusi, affinché semplifichino la disciplina attuale armonizzandola per principi trasversali[55]. Come è stato puntualmente osservato, una disciplina normativa efficiente deve tenere conto delle peculiarità delle diverse condizioni di vita protette[56]; ma è intuibile la difficoltà, se

---

[47] E. NAVARRETTA, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, in *Giust. civ*., 2020, 259.

[48] F. MANOLITA, *op. cit*., 235

[49] L. GATT – I. A. CAGGIANO, *Consumers and Digital Environments as a Structural Vulnerability Relationship*, in questa *Rivista*, 2022, f. 2, 9.

[50] E. NAVARRETTA, *Giustizia contrattuale…, loc. cit.*

[51] P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ*., 1995, 93.

[52] P. PERLINGIERI, *La sussidiarietà nel diritto privato*, in *Rass. dir. civ*., 2016, 687 ss. e si veda anche P. CORRIAS, *Il mercato come risorsa della persona vulnerabile*, in *Riv. dir. civ*, 2022, 977 ss. e, su un piano più generale, R. CARLEO, *La sussidiarietà nel linguaggio dei giuristi*, in M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014, 9 ss.)

[53] P. CORRIAS, *op. cit*., 976.

[54] A. MIGNOZZI, *op. cit*., 67 ss.

[55] M. RABITTI, *Disorientamento e opportunismo del consumatore nei contratti del mercato finanziario,* in *Janus,* 2019, 51.

[56] E. BATTELLI, *op. cit*., 952.

non proprio l'impossibilità derivante dal carattere generale della legge, di operare efficacemente in tale senso[57]. L'autodisciplina, dunque, può soccorrere con la sua capacità a concretizzare principi e clausole generali[58], modulandole secondo le peculiarità del settore e le specificità dei destinatari delle regole che il predisponente o aderente impone a se stesso di osservare, per cui è evidente anche l'utilità della cooperazione dei soggetti coinvolti nella fase di selezione delle esigenze da soddisfare e di predisposizione delle regole, affinchè possano realizzarsi gli obiettivi di inclusione più volte ricordati[59]. Nella prospettiva dell'attuazione, e, soprattutto dell'effettività, l'esperienza dell'autodisciplina testimonia l'efficacia di sistemi di incentivi e sanzioni, in alcuni casi pubblici in altri anch'essi di natura privatistica – si pensi, all'attribuzione di *rating* o certificazioni di qualità, piuttosto che l'applicazione di sanzioni reputazionali[60] – che toccano, proprio nel settore bancario e finanziario di cui ci stiamo occupando, in maniera sensibile gli interessi degli intermediari. Infatti, da un lato, l'affidamento del cliente è una condizione per la sua acquisizione e conservazione[61]; dall'altro, la valutazione della correttezza dell'attività della banca è fortemente condizionata dai profili funzionali che, alla stregua della titolarità di un ufficio di diritto privato, investono sia il settore bancario che quello finanziario[62], ponendo al centro la figura del cliente. Il cerchio si chiude, quindi, con uno spunto di riflessione sul rischio della deriva paternalistica che può assumere la tutela dei soggetti vulnerabili[63]: in realtà, come è stato puntualmente osservato, proprio la permeabile platea dei soggetti vulnerabili comporta il superamento della dicotomia tra paternalismo e antipaternalismo[64] e conduce alla convivenza tra la difesa dell'autonomia e dell'autogoverno delle persone e la rilevanza di processi cognitivi e decisionali[65], in una sintesi sempre attenta alle peculiarità del caso concreto. E' stato osservato, dunque, che «da qui il ruolo

[57] E' stato osservato che «an excessively broadly defined approach – which would guarantee protection for a wide range of users – risks being excessively generalist (thus disregarding the principle that consumer protection is not the primary, or at least not the sole, purpose of the matter) and, conversely, one that too closely relies on a case-by-case assessment of risks introducing a criterion overly dependent on the individual facts of the case» (M. C. PAGLIETTI - M. RABITTI, *op.cit*., 595).

[58] Per una ricostruzione della rilevanza giuridica dell'autoregolamentazione – in particolare, dei codici di condotta – sul piano del contenuto del contratto sia consentito rinviare a A. SCOTTI, *I codici di condotta tra contratto, impresa e mercato*, Milano, 2019.

[59] G. ALPA, *I contratti di impresa, i regolamenti e gli usi normativi*, in G. ALPA, *Corso di diritto contrattuale*, Padova, 2006 478. Lo schema è definito «autoregolazione negoziata» per distinguerla dalla regolazione negoziata in cui i soggetti sono esponenti di poteri pubblici e parti private da F. CAFAGGI-P. IAMICELI, *Le dimensioni costituzionali della regolazione privata,* in P. PERLINGIERI-M. SESTA (a cura di)*, I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte Costituzionale, Napoli, 2007*, 85)

[60] A. SCOTTI, *op. cit*., 209 ss.

[61] G. SMORTO, *Reputazione, fiducia e mercati*, in *Eur. e dir. priv*., 2016, 61.

[62] R. DI RAIMO, *Ufficio di diritto privato e carattere delle parti professionali quali criteri ordinanti delle negoziazioni bancaria e finanziaria (e assicurativa)*, in *Giust. civ*., 2020, 320 ss.

[63] E. BATTELLI, *op. cit*., 954.

[64] Il superamento di cui nel testo può essere discusso anche dal punto di vista della «spinta gentile» del diritto (G. GRISI, *Gli obblighi informativi quali rimedio dei fallimenti cognitivi*, in G. ROJAS ELGUETA-N. VARDI, *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, 71 ss. Si veda anche R. NATOLI, *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012, 56).

[65] R. CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ*., 2005, 784.

dell'ermeneutica e dell'interprete impegnato, spesso, in valutazioni complesse e in decisioni difficili, che esigono risposte efficaci ed effettive: in caso di violazione della situazione protetta, si dovrà esaminare la tutela prevista da regole (interne e comunitarie) e dalla giurisprudenza consolidata. Tale tutela dovrà essere misurata. Se la protezione non è adeguata, andrà ricondotta a uno standard costituzionale interno o comunitario attraverso un'interpretazione integrativa legittimata da una fonte costituzionale»[66].

[66] G. VETTORI, *Dal "diritto mite" alla legge? Anche no*, in *Questione giustizia*, 2020, 86.