

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

SUPPLEMENTO

OTTOBRE / DICEMBRE

2023

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALESSANDRA
CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, PAOLA DASSISTI, ALBERTO
GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI
(SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA
MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MACER, MASSIMO
MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO,
ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA,
CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

Rivista | dottrina
di Diritto Bancario | e giurisprudenza
commentata

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

La vulnerabilità del consumatore di servizi di pagamento: alla ricerca di un punto di equilibrio tra competitività ed inclusione.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Consumatore medio vs Consumatore vulnerabile nella direttiva PSD2. – 2.1. L’archetipo dell’individuo razionale e del consumatore responsabile tra codice civile, Testo Unico bancario e Codice del consumo. – 2.2. Quali margini per un ripensamento. – 3. La vulnerabilità e l’approccio di private enforcement. – 4. Conclusioni: l’opzione di public enforcement.

1. Introduzione

Parafrasando Christine Desan, la moneta non è uno strumento neutrale ma un fenomeno costituzionale costruito dalle scelte collettive che istituzionalizzano relazioni, assegnano ruoli e distribuiscono profitti¹. Colta in questi termini, la moneta diventa un peculiare strumento identitario², che disegna gli equilibri di una comunità, nella quale raggiungere chi resta escluso³ o ai margini del sistema dei pagamenti⁴ è una priorità di politica legislativa.

L’esclusione finanziaria è una situazione che riguarda chi non ha un conto di pagamento⁵ ma anche coloro i quali, pur avendolo, soffrono

¹ C. DESAN, *The constitutional approach to money*, in *Money talks. Explaining how money really works*, N. BANDELJ - F. WHERRY - V. ZELIZER (a cura di), Princeton-Oxford, 2017, 109-130.

² «La moneta come genuina espressione della socialità: la sua evoluzione accompagna ed esprime l’evolversi e l’infittirsi dei rapporti sociali». S. STAMMATI, voce «Moneta», in *Enc. Dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, 748.

³ Cfr.: Committee on Payment and Market Infrastructure (CPMI), World Bank Group, *Payment aspects of financial inclusion*, 2016, 7 ss. <https://www.bis.org/cpmi/publ/d144.pdf>

⁴ Per sistema dei pagamenti si intende «l’insieme degli strumenti, delle procedure, degli operatori, delle infrastrutture, delle norme volte ad assicurare il trasferimento della moneta tra gli operatori economici»: v., Banca d’Italia, *Libro Bianco sul sistema dei pagamenti in Italia*, Roma 1987, 4; F. PLUCHINO, *Profili istituzionali del Libro Bianco della Banca d’Italia sul sistema dei pagamenti*, in *Dir. economia*, 2001, 215.

⁵ La nozione di conto di pagamento - «un conto detenuto a nome di uno o più utilizzatori di servizi di pagamento utilizzato per l’esecuzione di operazioni di pagamento» - è introdotta dalla direttiva sui servizi di pagamento nel mercato interno (o PSD1) risalente al 2007 ed è conservata tale e quale quando la PSD2, nel 2015, sostituisce la direttiva PSD1 tenendo fermo l’impianto ed ammodernandone i

una scarsa dimestichezza con la tecnologia digitale (la c.d. vulnerabilità tecnologica)⁶ da essere più esposti al rischio di subire trasferimenti di fondi non autorizzati⁷. Se per gli uni la direttiva PAD ha riconosciuto il diritto ad un conto di pagamento di base⁸, per gli altri il discorso è più

contenuti. L'acronimo PSD1 si riferisce alla Direttiva CE n. 64 del 2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE e 2006/48/CE, che abroga la direttiva 97/5/CE, in GUCE [2007] L 319/1; con l'acronimo PSD2 si intende la Direttiva UE n. 2366 del 2015, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le direttive 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il regolamento (UE) n. 1093/2010, e abroga la direttiva 2007/64/CE, in GUCE [2015] L337/35. La definizione di conto di pagamento, di cui sopra, è attualmente offerta dall'art. 4, n. 2, PSD2; questa fattispecie rappresenta una *species* del contratto quadro di servizi di pagamento, definito all'art. 4, n. 21, PSD2, come un contratto che disciplina «la futura esecuzione delle operazioni di pagamento individuali e successive e che può comportare l'obbligo di aprire un conto di pagamento e le relative condizioni». Per un inquadramento critico si rinvia a: V. SANTORO, *I conti di pagamento degli istituti di pagamento*, in *Giur. Comm.*, 2008, 855 ss.

⁶ Nel contesto europeo, fin dalla seconda età degli anni ottanta, è stata promossa l'*elettronificazione* del trasferimento di fondi per superare la frammentazione su base nazionale nell'esercizio della libertà di circolazione dei pagamenti. L'idea era di raggiungere la piena automazione ed integrazione delle diverse fasi del trattamento dell'ordine di pagamento dal momento in cui è impartito, tramite home banking o moneta digitale. Si rinvia a: ECB, *E-payments in Europe – The Eurosystem's perspective*, 16 September 2002; ECB, *Electronification of payments in Europe*, in *ECB Monthly Bulletin* May 2003, 61-72; ECB, *Issue paper for the ECB conference on 10 November 2004*, www.ecb.int.

⁷ Le operazioni di pagamento non autorizzate sono i prelievi, i “depositi” ed i trasferimenti di fondi per i quali il pagatore, i.e., il titolare del conto, non ha dato il proprio consenso. Per operazione di pagamento elettronico si intende, secondo il Reg. n. 2560 del 2001, un trasferimento di fondi eseguito con uno strumento elettronico di pagamento ovvero con moneta elettronica. La definizione suona tautologica, ma nella stessa sede è chiarito che lo strumento di pagamento è elettronico dal momento che richiede l'utilizzo di un codice digitale di identificazione (o elementi simili) per accedere al conto o alla disponibilità monetaria immagazzinata sul supporto plastico o digitale. Pertanto, l'accesso remoto avviene tramite un terminale fisso, mobile o tramite smartphone.

⁸ L'acronimo PAD indica la Direttiva UE n. 92 del 2014, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, in GUCE [2014] L257/214, recepita con il d.lgs. n. 37 del 2017, in G.U. n. 75 del 2017. Per un commento sulla direttiva e sulla trasposizione nel diritto intero, nonché sulla precedente esperienza italiana in tema di conti di pagamento-base, si rinvia a: S. MEZZACAPO, *La nuova disciplina nazionale dei “conti di pagamento” alla luce dell'armonizzazione attuata con la Payment*

articolato. Il problema può essere sintetizzato in questi termini: un consumatore⁹, che non è un esperto e solerte utente di rete (Internet), conclude un contratto di conto corrente o di emissione di moneta elettronica per eseguire e ricevere pagamenti online e, dopo qualche tempo, si rende conto che degli impostori informatici sono riusciti a carpire o ad intercettare le chiavi di accesso al conto, appropriandosi di somme ivi disponibili. Il consumatore, che *in realtà* non voleva eseguire quelle operazioni di pagamento ma ha *apparentemente* dato il proprio consenso, avrà diritto al rimborso delle somme dal prestatore dei servizi di pagamento¹⁰? La vulnerabilità tecnologica rappresenta un

Accounts Directive, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, 787 ss.; v., anche, A. BLANDINI – C. FIENGO, *Sulla funzione sociale del conto corrente bancario*, in *Riv. trim. dir. econ.* 2020, 365. Concludendo sugli strumenti di inclusione finanziaria, si può far riferimento anche all'ABF (Arbitro Bancario e Finanziario) come organismo di risoluzione stragiudiziale delle controversie, istituito nel 2009 dando attuazione all'Art. 128-bis Tub, introdotto dalla legge sul risparmio n. 262 del 2005. Del resto, anche la PSD1 (Art. 80) prevedeva che gli utenti – senza distinzione tra consumatori e professionisti – nonché le rispettive associazioni potessero presentare reclami ad autorità indipendenti in relazione a presunte violazioni da parte dei prestatori di servizi di pagamento di norme di diritto interno che recepiscono quelle europee. Analoga disposizione è stata conservata anche nella PSD2 (v., Art. 102).

⁹ Il consumatore è «una persona fisica che, nei contratti di servizi di pagamento contemplati dalla presente direttiva, agisce per scopi estranei alla sua attività commerciale o professionale» (V., art. 4, n. 11, PSD1, ed art. 4, n. 20, PSD2). Secondo la giurisprudenza più recente della Corte di giustizia, per stabilire se il contraente è un consumatore si deve aver riguardo alla natura e alle finalità che il contratto concluso intende soddisfare, in termini obiettivi, mentre sarà irrilevante lo svolgimento da parte della persona fisica di un'attività di lavoro subordinato o autonomo. Se il contratto concluso presentasse una duplice finalità – professionale e privata –, l'interprete sarà chiamato a verificare se sia trascurabile l'uso professionale dell'operazione considerata (Corte di giustizia, 9 marzo 2023, causa B-177/22, JA v. Wurth Automotive GmbH, § 22-27).

¹⁰ I prestatori di servizi di pagamento rappresentano una categoria chiusa e sono le banche, gli istituti di moneta elettronica, gli istituti di pagamento, nonché Poste Italiane s.p.a. Sono contemplati nell'elenco una serie di soggetti pubblici: la Banca Centrale Europea e le banche centrali nazionali se non agiscono in veste di autorità monetarie, le pubbliche amministrazioni statali, regionali, locali, sempreché non agiscono in veste di autorità pubblica. Cfr., Art. 1, lett. g), d.lgs. n. 11/2010. Per un commento analitico delle disposizioni della direttiva PSD2 sull'autorizzazione degli istituti di pagamento, si rinvia a: C. CORVESE, *Title II 'Payment Service Providers'. Chapter 1 'Payment Institutions'*, in *The Payment Services Directive II. A*

rischio del quale deve farsi carico l'intermediario in qualità di imprenditore? Uno scenario di questo tipo può verificarsi quando il pagatore ha emesso l'ordine di pagamento ma quest'ordine è intercettato e indirizzato ad un destinatario diverso dal debitore dell'obbligazione pecuniaria, cosicché il pagatore sarà costretto ad eseguire un nuovo pagamento. Questa situazione, però, si può presentare anche quando non era affatto nelle intenzioni del titolare movimentare il conto, ma altri si sono appropriati delle chiavi di accesso.

Di questo genere di vicende dà conto anche la relazione annuale della Banca d'Italia sugli esposti dei clienti delle banche e delle finanziarie¹¹ così come la relazione annuale dell'Arbitro Bancario e Finanziario (ABF)¹². Entrambe registrano una crescente diffusione in Italia dei servizi e degli strumenti di pagamento digitali, sia per unità che per valore delle transazioni, con uno squilibrio tra uomini e donne; entrambe constatano un aumento di 130 punti percentuali del numero dei ricorsi per utilizzo fraudolento degli strumenti di pagamento, nel periodo 2017-2022. Per questo motivo la Banca d'Italia, in qualità di banca centrale nazionale, promuove programmi di educazione finanziaria¹³: è in gioco la fiducia nel sistema dei pagamenti visto che

Commentary, G. GIMIGLIANO – M. BOZINA BEROS (a cura di), Cheltenham: UK, 2021, 31- 65.

¹¹ Banca d'Italia, *Relazione sugli esposti dei clienti delle banche e delle finanziarie. Anno 2022*, 6 luglio 2023, <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/relazione-esposti/2023/index.html>

¹² Banca d'Italia, *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario. Anno 2022*, <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/abf/relazione-annuale/index.html>

¹³ L'art. 2, cod. cons. (d.lgs. n. 205/2005), ha incluso l'educazione al consumo tra i diritti fondamentali del consumatore, poi ripresa dall'art. 4 dello stesso Codice. L'educazione finanziaria può essere considerata come una forma di educazione al consumo: v., M. BIANCO - D. MARCONI - A. ROMAGNOLI - M. STACCHINI, *Le sfide per l'inclusione finanziaria e il ruolo dell'educazione finanziaria*, Questioni di economia e finanziaria (occasional paper), n. 723, Banca d'Italia: Roma, 2022, https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/qef/2022-0723/QEF_723_22.pdf In senso critico sulle ricadute positive dei programmi di educazione finanziaria, v., C. BRENNAN – M. COPPACK, *Consumer empowerment: global context, UK strategies and vulnerable consumers*, in *International Journal of Consumer Studies* 2008, 312. Del resto, anche sull'educazione al consumo è stato criticamente osservato che «(...) malgrado la educazione al consumo sia oggetto di molteplici programmi resta, a parere di molti, tuttora in attesa di una effettiva realizzazione in termini di diritto

la percezione della sicurezza dei trasferimenti online diventa un elemento essenziale per dare concretezza alla dimensione identitaria della moneta¹⁴.

Ci sono pochi dubbi, però, che l'educazione finanziaria rappresenti uno strumento di inclusione di lungo periodo, mentre nel breve periodo viene in gioco l'allocazione del rischio delle operazioni di pagamento fraudolente o non autorizzate. Così, in questa analisi, ci si chiede se nel quadro giuridico vigente la vulnerabilità tecnologica del consumatore imponga un più elevato standard di diligenza al prestatore del servizio e, nel caso, entro quali margini la vulnerabilità tecnologica assuma rilevanza giuridica nel rapporto di conto di pagamento.

Nel dare una risposta a questa duplice domanda, si considera preliminarmente stabilire chi sia il consumatore *vulnerabile* in un quadro giuridico, come quello dei servizi bancari, che da sempre considera la figura del contraente *debole*. Le due figure coincidono? V'è da dire in premessa che nel diritto europeo del contratto di servizi di pagamento non soltanto il consumatore (medio) riveste una centralità solo apparente¹⁵, ma né le direttive PSD¹⁶ né la disciplina di recepimento fanno riferimento alla vulnerabilità per esigere dall'intermediario il rispetto di uno standard di diligenza più rigoroso. Dunque, si potrebbe

azionabile». V., L. ROSSI CARLEO, *I diritti fondamentali dei consumatori*, in *Concorrenza e mercato* 2015, 183 ss.

¹⁴ Sulla dimensione fiduciaria della moneta, v., C. GIANNINI, *L'età delle banche centrali*, 54 ss.; F. BELLI, *Corso di legislazione bancaria (1861-2010)*, I, Pisa, 2010, 37 ss.; anche F. BELLI, *Qualche osservazione a margine dei pagamenti e del controllo del sistema (dei sistemi) di pagamento*, in *Il diritto dei sistemi di pagamento*, V. SANTORO (a cura di), Milano, 2007, 19-27

¹⁵ Benché molti considerando della direttiva PSD2 (e PSD1) siano dedicati al consumatore e alla finalità di salvaguardarne un elevato livello di tutela, l'articolato normativo privilegia la nozione di utente del servizio di pagamento, definito come la «persona fisica o giuridica che si avvale di un servizio di pagamento in qualità di pagatore o di beneficiario o di entrambi». Di questo avviso anche: V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. Giur.* 2009, 267. In sintesi, la qualità di consumatore limita l'autonomia contrattuale delle parti che non possono derogare alle disposizioni dei Titoli III e IV, rispettivamente sulla trasparenza e sui diritti e obblighi nella prestazione dei servizi di pagamento. Era così nella direttiva PSD1 ed è una scelta confermata nella PSD2. (Cfr. Art. 38(1) PSD2; Art. 30 e 51 PSD1).

¹⁶ Con l'espressione "direttive PSD" si intende far congiuntamente riferimento alla PSD1 e alla PSD2.

concludere che il silenzio escluda la rilevanza giuridica della vulnerabilità nel rapporto contrattuale tra consumatore e prestatore del servizio di pagamento. Tuttavia, la rilevanza del principio costituzionale di solidarietà nei rapporti inter-privati¹⁷ può offrire argomenti per sostenere che la vulnerabilità del consumatore entri nella valutazione della colpa grave del consumatore (per le operazioni non autorizzate eseguite) facendo leva sulla funzione integrativa della buona fede nell'esecuzione del rapporto contrattuale¹⁸.

Da ultimo, si fa strada – e sarà privilegiata - l'ipotesi di un sistema di etero-tutela¹⁹ (o *public enforcement*) del consumatore vulnerabile di servizi di pagamento. L'opzione valorizza la funzione di sorveglianza delle banche centrali nazionali dell'Eurozona da un canto e il ruolo dei sistemi di pagamento come accordi verticalmente integrati, dall'altro. Questa ipotesi ricostruttiva presenta però un *caveat*: imparare la lezione offerta dall'esperienza maturata nel quadro MIFID²⁰. La disciplina del consumatore di servizi finanziari, a valle di un'armonizzazione ventennale, soffre ancora l'incertezza sulle conseguenze giuridiche

¹⁷ Gli studi al riguardo sono risalenti (Mengoni, Rodotà) ma l'attenzione sulla rilevanza del principio costituzionale di solidarietà nei rapporti inter-privati e, in particolare, nelle relazioni tra l'intermediario bancario/finanziario e il cliente è stata rilanciata di recente in occasione della presentazione del volume di G. ALPA, *Solidarietà. Un principio normativo*, Bologna 2022. Gli atti della presentazione sono stati pubblicati su: *Riv. trim. dir. econ.*, Suppl. 2023 (1).

¹⁸ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2001, IX edizione, 777 s. Il punto è approfondito al § 3.

¹⁹ La riflessione sul modello di auto-tutela e di etero-tutela era stata già svolta da Raffaele Lener (R. LENER, *Trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *Società*, 1994, 1694) nel commentare la disciplina sulla trasparenza bancaria nel Testo Unico. In quella sede, infatti, l'Autore evidenziava come il modello dell'autotutela, seguito nella disciplina sulla trasparenza bancaria, contemplasse la «possibilità per il contraente 'debole' di reagire in via 'autonoma'», mentre il modello di etero-tutela che, ad esempio, è applicato nella l. n. 77/1983 sui fondi comuni, prevede che la «tutela è demandata, proprio in ragione della 'debolezza' del contraente, ad un soggetto esterno al rapporto contrattuale: alle autorità di vigilanza o a privati investiti di compiti lato sensu pubblicistici, come la banca depositaria del fondo comune».

²⁰ L'acronimo MIFID2, come noto, sta per Markets in Financial Instruments Regulation (Direttiva UE n. 65 del 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa a i mercati di strumenti finanziari che modifica le direttive 2002/92/CE e 2011/61/UE, in GUCE L173/349. Il problema è stato esaminato in modo particolare da: O. CHEREDNYCHENKO, *Rediscovering the public/private divide in EU private law*, in *Eur. Law J.*, 2020 (26), 27- 47.

della violazione delle regole di condotta degli intermediari²¹, come il rischio di comportamenti opportunistici dei clienti²².

2. *Consumatore medio vs Consumatore vulnerabile nella direttiva PSD2*

La disciplina dei contratti di servizi di pagamento presenta le criticità tipiche dell'approccio europeo, tra queste la funzionalizzazione del quadro giuridico alla costruzione di un mercato interno competitivo. Infatti, il legislatore si rivolge agli intermediari e ai consumatori più come attori del mercato che come parti di un contratto bilaterale²³. Ciò, però, non vuol dire che la disciplina armonizzata non presenti sensibili ricadute sul rapporto contrattuale²⁴, che adotta il modello del consumatore medio.

²¹ V'è una letteratura sterminata sulle regole di comportamento e la disciplina contrattuale nella prestazione di servizi di investimento, si rinvia come punto di partenza a: E. GABRIELLI – R. LENER, *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2010.

²² M. RABITTI, *Disorientamento ed opportunismo nei contratti del mercato finanziario*, in *Ianus. Rivista di Studi Giuridici*, 2019 (19), 41 ss.

²³ Cfm: A. PLAIA, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 69, ha sostenuto che «Il fatto è che nel diritto privato 'funzionalizzato', regolatorio di scambi reali, viene meno la prospettiva tradizionale del codice civile, di un orizzonte normativo cioè strutturato per gli scambi individuali: la dimensione seriale e standardizzata in cui operano gli attori del mercato marginalizza lo scambio individuale e conseguentemente anche i congegni rimediali operanti al suo interno».

²⁴ Si può pensare, ad esempio, all'obbligo di contrarre imposto agli enti creditizi dalla direttiva PAD nella prestazione del servizio di conto di pagamento o conto-base di pagamento, ma anche agli obblighi di informazione preliminari e successivi alla conclusione del contratto, alla prescrizione della forma scritta e di un contenuto minimo del contratto, o ancora alla tempistica scandita nell'esecuzione dell'ordine di pagamento, per non parlare dello standard di diligenza prescritto all'intermediario con riferimento ad operazioni di pagamento non-autorizzate, non eseguite o eseguite tardivamente o in modo non corretto. D'altro canto, il regolamento MIF è intervenuto sulle condizioni economiche stabilendo un tetto alle commissioni interbancarie multilaterali nel contratto di servizi di pagamento su carta - di debito e di credito – (Artt. 3-4, Regolamento UE n. 751 del 2015, del Consiglio e del Parlamento europeo, del 29 aprile 2015, in GUCE [2015] L123/1).

Viene in gioco il c.d. *responsible consumer*, che cerca, valuta e coglie le opportunità che il mercato unico offre²⁵. Si confrontano due linee-guida di *policy*, che reciprocamente si integrano: se da un canto si intende coadiuvare gli utenti in una scelta consapevole e razionale, dall'altra se ne vuole favorire la mobilità nel mercato interno. Infatti, dalla fase preliminare alla conclusione del contratto quadro, il cliente è delineato come un soggetto che riflette sulla convenienza delle condizioni contrattuali proposte, delle quali ha ricevuto copia su un supporto durevole – prima della conclusione del contratto –; raccoglie e confronta le proposte alternative presenti sul mercato di riferimento o, ancora, quando il contratto sarà concluso, verifica la congruenza tra le condizioni contrattuali pubblicizzate e quelle applicate alle singole operazioni di pagamento²⁶. Inoltre, per rafforzare gli effetti virtuosi della valutazione comparativa, è riconosciuto al consumatore il diritto di trasferire ad altro operatore, su base transfrontaliera, il conto di pagamento o soltanto alcuni servizi prestati in quella cornice, secondo una procedura ben scandita nella direttiva PAD²⁷. Dello stesso tenore la scelta con la quale si prescrive agli Stati membri di mettere a disposizione dei consumatori, gratuitamente, siti web di comparazione, «funzionalmente indipendenti», che assicurano la parità di trattamento tra tutti gli operatori, indicano chiaramente i proprietari (del sito),

²⁵ Hans Micklitz lo ha definito come «dynamic, open-minded, flexible, well-informed, self-standing and self-conscious mobile worker or consumer who is seeking the best job opportunities and the best prices on the market of consumer goods and services so as 'to reap up the benefits of the internal market'» (HANS-W. MICKLITZ, *Social justice and access justice in private law*, EUI Working Papers, 2011, 2). V., HANS-W. MICKLITZ – S. WEATHERILL, *Consumer policy in the European Community: before and after Maastricht*, in *Journal of Consumer Policy*, 1993 (16), 285 – 321; HANS-W. MICKLITZ - N. REICH - S. WEATHERILL, *EU Treaty revision and consumer protection*, in *Journal of Consumer Policy* 2004 (27), 367 – 399).

²⁶ M. RISPOLI FARINA – A. SPENA, *La trasparenza delle condizioni e dei requisiti informativi per i servizi di pagamento*, in *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, M. RISPOLI FARINA – V. SANTORO – A. SCIARRONE ALIBRANDI – O. TROIANO (a cura di), Milano 2009, 77 ss.; G. GIMIGLIANO, *Title III. Transparency of conditions and information requirements for payment services*, in *The payment services directive II. A commentary*, G. GIMIGLIANO - M. BOZINA BEROS (a cura di), Cheltenham, UK, 2021, 103-120.

²⁷ Artt. 9-14, PAD.

utilizzano criteri «chiari e oggettivi» di confronto fornendo una gamma di offerte così ampia da coprire una parte significativa del mercato²⁸.

Nella prospettiva accennata, dunque, il consumatore è per definizione *debole* perché soffre l'asimmetria informativa nella relazione con l'intermediario e con il mercato. Coerentemente il legislatore interviene per colmare il divario nella fase di formazione del consenso, dando per scontato che il consumatore possa operare scelte consapevoli dopo aver ricevuto le informazioni necessarie. Posta in questi termini, la *debolezza* e la *vulnerabilità* sono sinonimi anche sul piano giuridico, mentre il concetto di debolezza contrattuale nella PSD2 esibisce – se ne darà conto di seguito - una sensibile continuità con l'approccio del codice civile, della disciplina dei servizi bancari e finanziari nel Testo Unico Bancario (Tub) e del codice del consumo.

2.1 *L'archetipo dell'individuo razionale e del consumatore responsabile tra codice civile, Testo Unico bancario e codice del consumo*

Pensando alla vulnerabilità nel sistema del codice civile, viene in mente l'istituto della rescissione per lesione *ultra dimidium*. Come la letteratura giuridica ha evidenziato da tempo, l'art. 1448 c.c. non persegue la finalità di proteggere il contraente debole in quanto tale, dal momento che non corregge il rapporto tra il valore della prestazione e della contro-prestazione. Al contrario, questa disposizione prende atto che vi è un contraente forte e uno debole, che l'uno possa approfittare delle condizioni di bisogno dell'altro procurandogli una perdita attuale e persistente, ma pone un limite all'approfittamento consentito, secondo una logica tipica dell'usura reale, dunque per ragioni di ordine pubblico economico²⁹.

Gli art. 1341 e 1342 c.c. assecondano la stessa logica rispetto alla contrattazione di massa e ai rapporti di forza che separano i contraenti. L'art. 1341, co.2, c.c., prescrive alla parte non predisponente una sottoscrizione aggiuntiva in calce alla clausola *onerosa* o *vessatoria*, al momento della stipulazione del contratto, dando per certo che la

²⁸ Art. 7, PAD.

²⁹ L. CORSARO, voce «Rescissione», in *Digesto, Disc. Priv.*, sez. civ., vol. XVI, 1997, 629 ss.

sottoscrizione *ad hoc* crea informazione e, a cascata, consapevolezza degli obblighi che il contraente non predisponente sarà chiamato ad assolvere³⁰. Tuttavia, come è stato osservato³¹, se l'intento del legislatore fosse stato quello di «costituire una sorta di statuto del contraente debole contro l'imposizione di regolamenti iniqui», le clausole contrattuali sarebbero state considerate vessatorie in sé, anche se inserite in contratti individualizzati; al contrario, esse sono vessatorie solo se integrano contratti standardizzati. Allora, appare evidente che anche in questo caso la disciplina codicistica si limita a registrare, in sintonia con gli umori del tempo, i rapporti di forza esistenti sul mercato, constatando che vi è una parte forte (predisponente) ed una debole (non predisponente). Quest'ultima, al più, può intavolare una trattativa e cercare di spuntare clausole personalizzate che, ex art. 1342, co. 1, c.c., sono destinate a prevalere sul regolamento standard³².

Lo spartito non cambia sensibilmente quando alla disciplina delle condizioni generali di contratto si aggiunge la disciplina sulla trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con le banche, al Titolo VI del Testo Unico Bancario (Tub). Anche in questa sede, il concetto di debolezza contrattuale è declinato secondo il paradigma informazione-consapevolezza-consenso, già utilizzato nel codice

³⁰ Come scrive Cavalli, «La conoscenza (...) rappresenta solo il primo gradino o, se si preferisce, il semplice presupposto di una (libera) volizione, mentre (...) nulla ha a che vedere con giudizi oggettivi di tutelabilità o di meritevolezza degli interessi emergenti dal programma negoziale». G. CAVALLI, *Le clausole vessatorie nei contratti bancari*, in *Le operazioni bancarie*, G. PORTALE (a cura di), I, Milano, 1978, 111.

³¹ G. CAVALLI, *op. cit.*, 103 ss.

³² In alternativa, il contraente non predisponente può cercare un'offerta concorrente: nei fatti questa ricerca è frustrata dalla generale applicazione - tipica di quella fase e di quel mercato - delle norme bancarie uniformi (NBU). Nonostante la disciplina codicistica avesse recepito forme contrattuali socialmente tipiche, le NBU rimasero «la vera legge regolatrice delle operazioni bancarie», al punto da lasciar concludere che la nuova disciplina codicistica «non servì a dare ascolto e seguito agli accorati ed autorevoli inviti di Asquini a 'calmierare' lo strapotere contrattuale delle banche, e ciò perché il numero di disposizioni (dichiarate espressamente) inderogabili fu alquanto esiguo». In questi termini, M. DE POLI, *Il "contratto bancario" tra tutela della liquidità e trasparenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2004 (2), 261 ss.

civile³³: il consumatore³⁴ è debole perché subisce la divaricazione informativa con l'intermediario. Così, per correggere questo stato di fatto, è sancita la nullità delle clausole di rinvio agli usi ed è disciplinato un meccanismo di etero-integrazione del contratto se l'intermediario applica condizioni (economiche)³⁵ diverse da quelle pubblicizzate. In questo modo il consumatore non potrà essere colto di sorpresa né da condizioni contrattuali sulle quali non ha sufficientemente riflettuto né dal rinvio agli usi dei quali verosimilmente non ha conoscenza³⁶.

Vi è però un elemento di novità rispetto alla disciplina codicistica ed è l'approccio pro-competitivo, che fa del Titolo VI Tub un antesignano dello spirito delle direttive PSD. Infatti, prendendo atto che l'«uniformità degli schemi contrattuali è un dato di fatto difficilmente eliminabile»³⁷, la pubblicità promuove la comparazione tra le offerte presenti sul mercato con potenziali ricadute sulla contendibilità dello stesso, al fine di offrire alternative al consumatore, debole e insoddisfatto delle condizioni contrattuali³⁸.

L'approccio cambia solo leggermente nel codice del consumo: le clausole vessatorie sono, diversamente dall'ipotesi precedente, le clausole normative che, contrarie alla buona fede (oggettiva), possono

³³ F. SARTORI, *Vigilanza di tutela e trasparenza*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2022 (1), Suppl. n. 3, 2 ss.; E. CATERINI–G. MURGOLO, *La trasparenza bancaria*, in *I contratti delle banche*, E. CAPOBIANCO (a cura di), Torino, 2021, 141; A. NIGRO, *La nuova normativa sulla trasparenza*, in *Dir. banc. fin.*, 1993, 571.

³⁴ Il Titolo VI Tub fa riferimento al cliente anziché al consumatore, includendo quindi anche i clienti-professionisti.

³⁵ Sull'interpretazione del termine condizioni molto si è discusso. Nel testo si aderisce alla tesi prevalente: A. NIGRO, *Disciplina di trasparenza delle operazioni bancarie e contenuto delle condizioni contrattuali: note esegetiche*, in *Dir. banc. fin.*, 1998, 511; M. PORZIO, *La disciplina generale dei contratti bancari*, in C. ANGELICI–F. BELLI–G.L. GRECO–M. PORZIO–M. RISPOLI FARINA, *I contratti delle banche*, Torino, 2002, 47.

³⁶ Così, può dirsi che la disciplina promuove il riequilibrio della relazione contrattuale solo in via mediata e riflessa, visto che il Testo Unico non prescrive una soglia minima, al di sotto della quale non si possono spingere le condizioni economiche del contratto. Di questo parere: A. DOLMETTA, *Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d'Italia*, in *Dir. banc. fin.*, 1998, 1-29.

³⁷ In questi termini, E. CAPOBIANCO, *I contratti delle banche: trasparenza ed equilibrio nei rapporti con la clientela*, in *Dir. banc. fin.*, 2002, 198 ss.

³⁸ A. DOLMETTA, *Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d'Italia*, 54; E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, 97 ss.

ingenerare un «significativo squilibrio»³⁹. Anche in questo caso la disciplina contempla una nullità di protezione, come nell'ipotesi precedente, che analogamente interviene nella fase di formazione del contratto⁴⁰ e presidia un interesse meta-individuale al corretto funzionamento del mercato (interno). Nel caso dei servizi bancari e finanziari, persegue l'interesse «pubblicistico alla stabilità e alla solvibilità del mercato finanziario»⁴¹.

L'effetto di riequilibrio del rapporto contrattuale sembra estraneo al disegno legislativo se si considera che non soltanto l'accertamento della vessatorietà non concerne la determinazione dell'oggetto del contratto o l'adeguatezza del corrispettivo rispetto al bene o al servizio prodotto ma, in più, il professionista (nel nostro caso, l'intermediario) può ribaltare la presunta vessatorietà della clausola provando che una trattativa è stata svolta. Forse, si potrebbe dire che per le clausole normative indicate nella c.d. lista nera, all'art. 36, co. 1, cod. cons., la disciplina persegue finalità di riequilibrio dal momento che la presunzione di vessatorietà non può essere ribaltata ricorrendo

³⁹ Artt. 33 – 37 bis, Codice del consumo (cod. cons.).

⁴⁰ A mo' di conclusione del resoconto, si può dire che attiene sempre all'equilibrio raggiunto in sede di stipulazione del contratto lo *ius variandi*: infatti, il potere di modifica unilaterale ad opera dell'intermediario – potere che è attribuito da una clausola inserita nel contratto e che è considerato come un diritto potestativo dell'intermediario – richiede l'indicazione chiara di un giustificato motivo. L'intermediario può esercitare questo diritto potestativo con almeno due mesi di anticipo rispetto alla data in cui la modifica sarà efficace. Ma, come chiarisce la Banca d'Italia nella delibera n. 197 del 2017, lo *ius variandi* è uno strumento per conservare l'originario equilibrio contrattuale e non per inserire clausole nuove. Analoga disposizione opera anche per lo *ius variandi* dei contratti quadro di servizi di pagamento ex art. 54 PSD2 (cfr.: Art. 126-sexies Tub): nella decisione n. 15627 del 25 giugno 2021, il Collegio di coordinamento accoglie il ricorso del cliente-consumatore argomentando che una proposta di modifica unilaterale può comprendere anche l'introduzione del bonifico istantaneo in aggiunta a quello ordinario SEPA ma deve spiegare chiaramente i maggiori rischi perché l'indicazione del diverso costo non basta a rendere chiaro questo aspetto - per nulla marginale -, disattendendo all'obbligo di corredare la modifica con un coerente “giustificato motivo”. Si segnala un recente studio in argomento: G. ROTONDO, *Ius variandi bancario. Fondamenti teorici e prassi applicativa*, Napoli 2022.

⁴¹ R. LENER, *Le clausole abusive nei contratti del mercato finanziario*, in *I contratti del mercato finanziario*, E. GABRIELLI – R. LENER (a cura di), Torino, 2004, 121 ss.

all'argomento della trattativa, ma solo all'altro dell'equilibrio complessivo dell'operazione economica⁴².

2.2 *Quali margini per un ripensamento*

A questo punto del discorso emerge la sostanziale continuità di approccio dell'esperienza giuridica italiana, dal codice civile alle direttive PSD: il modello è rappresentato dal consumatore responsabile, che è debole per definizione perché soffre il divario informativo con il suo interlocutore, generico professionista o intermediario bancario/finanziario⁴³. Posta la questione in questi termini, l'informazione può correggere la debolezza perché, se trasmessa in forma intellegibile, consente al consumatore di operare scelte consapevoli, delle quali assume i rischi economici e normativi, a meno che intervengano prevalenti interessi di ordine pubblico economico (ad esempio, la c.d. usura reale del rimedio rescissorio)⁴⁴.

⁴² L'operazione economica indica «una sequenza unitaria e composita che comprende in sé il regolamento, tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti, e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano, poiché anche tale situazione concorre nel definire la rilevanza sostanziale dell'atto di autonomia privata» (*Amplius*, E. GABRIELLI – A. ORESTANO, voce Contratti del consumatore, in *Digesto/sez. civ.*, agg. I, Milano, 2000, 256). Dunque, tenendo conto della natura del bene o del servizio e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto, l'intermediario può provare che l'operazione economica presenta elementi di riequilibrio, nonostante il significativo squilibrio tra le prestazioni che contraddistingue il singolo contratto.

⁴³ Un'accorta dottrina suggerisce di adottare una «prospettiva dinamica della 'vulnerabilità' da intendersi, cioè, non tanto come debolezza che già si è manifestata (per fattori tanto oggettivi quanto soggettivi) ma, al contrario, come rischio incombente su chiunque di potersi trovare in una situazione di difficoltà». Si rimanda a: G. BERTIDE MARINIS, *La tutela del cliente 'vulnerabile'*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, 651.

⁴⁴ Dunque, il legislatore prende atto di questa debolezza sistematica e la registra nel quadro giuridico offrendo però a tutti i consumatori (o i clienti, nel Tub) di impugnare con l'azione di nullità (relativa e parziale) il contratto concluso svolgendo *ex post* quelle riflessioni e valutazioni non adeguatamente condotte nella fase preliminare alla prestazione del consenso. Non si fa alcuna differenza in funzione delle singole qualità dei consumatori, avendo riguardo alla loro maggiore o minore capacità di comprensione o abilità alla trattativa perché l'interesse protetto non è

Dunque, se fosse declinato come debolezza contrattuale, il concetto di vulnerabilità avrebbe riguardo al momento della formazione del consenso, con la conseguenza di adattarsi poco e male alle vicende tipiche delle operazioni di pagamento non autorizzate, che danno luogo a fenomeni di *phishing*, *spoofing*, *smishing* o *vishing*⁴⁵. Sono tutti situazioni che possono ricorrere solo in sede di esecuzione del contratto quadro e non attengono alle condizioni economiche e normative dello stesso.

Il divario tra i due termini si accentua considerando che il concetto di debolezza contrattuale⁴⁶, come accolto nel nostro ordinamento, si radica nel modello liberale del consumatore medio che, a sua volta, è oggetto di un profondo ripensamento già da un po' di tempo⁴⁷. Gli studi di economia comportamentale ne hanno sollecitato una “riconcettualizzazione” sul rilievo che l’efficienza stessa del mercato

quello del singolo bensì quello meta-individuale di mantenere la fiducia dei consumatori nel buon funzionamento del sistema bancario.

⁴⁵ Con il *phishing*, i truffatori inviano via mail alla vittima la richiesta di inserire le proprie credenziali in un sito web che di regola rappresenta il clone di quello dell’intermediario che presta il servizio di conto (banca o altro intermediario). Questa prassi ha due varianti: il *vishing*, quando il *phishing* avviene telefonicamente, e lo *smishing*, quando il *phishing* avviene tramite sms. La Relazione 2022 dell’ABF introduce il fenomeno dello *spoofing*, con il quale «i truffatori camuffano la provenienza della e-mail, dell’SMS o della telefonata in modo che il mittente sembri l’intermediario, e il *man in the browser*, un software malevolo (malware) che si interpone tra il computer della vittima e il sistema della banca». ABF, *Relazione sull’attività dell’Arbitro Bancario Finanziario. Anno 2022*, 58 s., disponibile su www.arbitrobancariofinanziario.it

⁴⁶ Questa distinzione è accolta anche da C. RIEFA, *Protecting vulnerable consumers in the Digital Single Market*, in *Eu. Bus. L. Rev.*, 2022, 607, in un recente studio sulla vulnerabilità del consumatore di servizi digitali in generale.

⁴⁷ L. AMMANNATI, *Il paradigma del consumatore vulnerabile nell’era digitale: consumatore digitale o digitalizzazione del consumatore?*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, 8 ss., ha evidenziato che «... proprio i contributi che fondano il loro approccio alla regolazione sulla razionalità limitata degli individui e quindi rivolgono la loro attenzione al consumatore-utente ‘reale’ gettano una luce diversa sulla nozione di asimmetria informativa e sui suoi effetti sui soggetti coinvolti nelle contrattazioni» (pagina 21). Si segnala anche l’ordinanza del Consiglio di Stato n. 8650 del 2022 con la quale è sollevato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia proprio sul concetto di consumatore medio. Per un primo commento, si rinvia a: A. MAGLIARI, *Consumatore medio, razionalità limitata e regolazione di mercato*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2023, 374.

postuli un approccio aderente alla realtà e, dunque, un approccio che prenda in esame i pregiudizi che guidano le scelte di consumo, sia in termini di sopravvalutazione che di sottovalutazione delle proprie capacità⁴⁸.

Forse è più corretto scrivere che è l'intera filosofia del mercato interno ad essere sollecitata ad operare una scelta più chiara sul proprio modello di giustizia sociale. Quando con la programmazione 2002-2006 il passaggio da un'armonizzazione minima ad una piena ha lasciato margini di manovra risibili agli Stati membri nel processo di trasposizione del diritto europeo, la scelta del modello di giustizia sociale è stata interamente rimessa all'Unione⁴⁹. Da questa premessa muove il ragionamento proposto da Hans Micklitz: proprio la scelta dell'armonizzazione piena privilegia il modello di *access justice*, secondo il quale non basta che i consumatori abbiano la possibilità *teorica* di partecipare alle dinamiche del mercato unico; al contrario, è compito del sistema giuridico europeo trasformare la possibilità teorica in occasione concreta eliminando le barriere che rendono difficile o frustrano in qualche modo la partecipazione. In altri termini, se i consumatori sono tutelati nella misura in cui il mercato interno funziona e offre loro una più ampia scelta di beni, servizi ed occasioni di lavoro, allora, sembra irragionevole ignorare quei consumatori che non sono in grado di esercitare le libertà fondamentali o comunque di beneficiare dei vantaggi offerti dal processo di liberalizzazione.

Si rafforza così l'idea che la vulnerabilità non si risolve nella debolezza contrattuale ma non se ne chiarisce la valenza giuridica. Allo scopo, il primo ambito di confronto è rappresentato dal diritto positivo. Vengono in esame la direttiva sulle pratiche commerciali sleali⁵⁰ e la direttiva PAD, che svolgono un ruolo complementare rispetto alla

⁴⁸ Per tutti, R.H. THALER, *Behavioural economics: past, present, and future*, in *The American Economics Review*, July 2016, vol. 106 /7), 1577. V., anche, HANS-W. MICKLITZ, *The transformation of private law through competition*, in *Eur. Law J.*, 2016, 627-643; Per una suggestiva lettura nel contesto nordamericano, si rinvia a: M. NEIL BROWNE ET AL, *Protecting consumers from themselves: consumer law and the vulnerable consumer*, in *Drake Law Review*, 2015, 157.

⁴⁹ HANS-W. MICKLITZ, *Social justice and access justice in private law*, 21 ss.

⁵⁰ Direttiva n. 29 del 2005 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005, sulle pratiche commerciali sleali, in G.U.C.E. L 149 dell'11 giugno 2005 (versione consolidata pubblicata in G.U.C.E. L/29 del 28 maggio 2022).

PSD2 (e prima ancora alla PSD1)⁵¹; entrambe utilizzano la nozione di *consumatore vulnerabile* ricorrendo ad un approccio identitario ma con accezioni differenti⁵².

La disciplina sulle pratiche commerciali sleali dispone che i comportamenti omissivi o commissivi sono tali se «possono falsare in misura rilevante il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista può ragionevolmente prevedere sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo»⁵³. Quindi, si presume vulnerabile quel consumatore che appartiene ad uno dei gruppi indicati e lo standard di valutazione è rappresentato dal consumatore medio all'interno del gruppo di riferimento: l'«equilibrio tra le esigenze di protezione dell'impresa e le esigenze di protezione del consumo (...) viene raggiunto compensando la minore estensione dell'onere di diligenza del consumatore vulnerabile con la maggiore estensione dell'onere di diligenza professionale»⁵⁴.

Nella direttiva PAD il gruppo di consumatori vulnerabili è rappresentato dai meno abbienti e, per antonomasia, dai migranti e dai richiedenti asilo che hanno diritto di accedere ad un conto di pagamento di base a condizioni più favorevoli o gratuitamente. La problematicità e l'importanza di questa ipotesi è chiara nell'*opinion* dell'Autorità Bancaria Europea (ABE) che, consapevole del rischio di sanzioni al quale sono esposti gli intermediari nella disciplina antiriciclaggio, sollecita la ricerca di un *escamotage*, come di un *trade-off* tra inclusione finanziaria ed affidabilità del sistema finanziario. Ad esempio, l'ABE

⁵¹ Lo stretto collegamento sistematico tra la direttiva PAD e la PSD2 (a quei tempi PSD1) è rilanciato dalla Corte di giustizia dell'UE, nella causa C-191/17, a tenore della quale «Al considerando 14 della direttiva sui conti di pagamento viene precisato anche che le definizioni che figurano in quest'ultima dovrebbero essere, nei limiti del possibile, allineate a quelle contenute in altri atti normativi dell'Unione, in particolare a quelle contenute nella direttiva sui servizi di pagamento» (paragrafo 26). Al contrario è diretto il collegamento tra la direttiva PSD2 e la direttiva sulle pratiche commerciali sleali, visto che la prima al considerando (55) PSD2.

⁵² Artt. 33-37 bis, cod. cons.; Artt. 126-decies – 126-quaterdecies, Tub.

⁵³ Art. 5, co. 3, Direttiva sulle pratiche commerciali sleali; Art. 20, co. 3, cod. cons.

⁵⁴ A. BARBA, *Capacità del consumatore e funzionamento del mercato. Valutazione e divieto delle pratiche commerciali*, Torino, 2021, 542 ss.

suggerisce di concludere un contratto di conto di pagamento-base con i richiedenti asilo ma con una serie di cautele, come non offrire scoperti in conto o porre un tetto alle operazioni di pagamento nell'Unione così come a quelle da e verso Stati terzi⁵⁵.

La letteratura che si occupa del tema è incline a generalizzare ora la valenza di consumatore vulnerabile offerta dalla disciplina sulle pratiche commerciali sleali ora l'altra desumibile dalla direttiva PAD⁵⁶. Entrambe le ipotesi interpretative sono interessanti ma, sul piano metodologico, è lo stesso approccio particolaristico ad essere sotto accusa da più parti.

Sembra opportuno segnalare che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha manifestato la tendenza a superare la logica identitaria⁵⁷: nella vicenda *V.M. and other v. Belgium*, ad esempio, la Corte evidenzia che i richiedenti asilo rappresentano un gruppo della popolazione particolarmente svantaggiato e vulnerabile, ma altresì considera che essi «may vary in their degree of vulnerability according to their means of subsistence, the type of treatment or persecution of

⁵⁵ EBA, Opinion of the European Banking Authority on the application of customer due diligence measures to customers who are asylum seekers from higher-risk third countries or territories, 12 April 2016.

⁵⁶ Alla direttiva PAD si richiama: G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria degli immigrati. La tutela del consumatore vulnerabile nei servizi bancari*, Torino, 2021, 20 ss. Più ricorrente è la scelta di privilegiare il criterio dell'anzianità per individuare i più vulnerabili. In questo senso: M.C. PAGLIETTI – M. RABITTI, *A matter of time. Digital financial consumers' vulnerability in the retail payments market*, in *Eu. Bus. L. Rev.*, 2022, 582 ss.; M.C. PAGLIETTI, *The vulnerable digital payment systems consumer. A new normative standard?*, in *Competition and payment services*, V. PROFETA (a cura di), Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale, Banca d'Italia: Roma, 2022, n. 93, 29 ss.

⁵⁷ Sul rischio di stereotipizzazione e le tendenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, v., E. DICIOTTI, *La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ars interpretandi*, 2018 82), 13. V., anche, S. RANCHORDAS – M. BECK, *Vulnerability*, in *Handbook on digital criminology*, M. KAUFMANN – M. LOMELL (a cura di), Berlino 2024 (in corso di stampa). È stato convincentemente osservato che «(...) una disposizione che si limita a menzionare alcune categorie non altre risulterebbe arbitraria, in quanto non fondata su nessun criterio sostanziale se non quello del rispetto del principio democratico», con il rischio di sovra-inclusione, perché potrebbero essere qualificati come vulnerabili soggetti che, in relazione alle circostanze, non dovrebbero essere considerati tali. Sul punto si rimanda a: R. CHENAL, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Ars interpretandi*, 2018, 35 ss.

which they have been or are liable to be victims, their age, their family situation or their state of health or their disability. As rightly pointed out by Judge Sajó in his dissenting opinion in *M.S.S. v. Belgium and Greece*, ‘although many asylum-seekers are vulnerable persons, they cannot be unconditionally considered as a particularly vulnerable group ... Asylum-seekers are far from being homogeneous, if such a group exists at all’⁵⁸.

Del resto, sul piano della teoria generale del diritto, il tentativo di superare l’approccio demografico è sollecitato dalla tesi della vulnerabilità universale, a tenore della quale la vulnerabilità interessa tutti perché consustanziale alla natura dell’essere umano. Se – si scrive - nel corso della vita il corpo cambia, in positivo e in negativo, in termini di benessere fisico e sociale, questi cambiamenti influenzano le relazioni sociali e istituzionali che il singolo intesse al pari delle responsabilità dello Stato nei suoi confronti⁵⁹.

L’entusiasmo che questo modello di vulnerabilità può suscitare si scontra con una preoccupazione: l’approccio può alimentare una forte incertezza giuridica (*tutti vulnerabili, nessuno vulnerabile*), così come può aumentare i costi della produzione – e quindi dell’utilizzo – dei servizi di pagamento. Sembra difficile negare che, dando spazio alla

⁵⁸ C. Dir. Uomo, 17 novembre 2016, *V.M. and Others v. Belgium*, n. 60125/11, § 6. La dottrina che si è occupata dell’argomento ha evidenziato come, sempre più spesso nell’esperienza della Corte, «i soggetti appartenenti alle diverse categorie vulnerabili non risultano (...) intrinsecamente vulnerabili, ma lo possono diventare in ragione della loro storica esposizione alla discriminazione e all’esclusione. Non è dunque possibile presumere la vulnerabilità, ma secondo il giudice di Strasburgo quest’ultima va accertata caso per caso». Cfm., M.G. BERNARDINI, *Vulnerabilità e disabilità a Strasburgo: il “vulnerable group approach” in pratica*, in *Ars interpretandi*, 2018, , 77 ss. In questi termini anche: E. PARIOTTI, *Vulnerabilità ontologica e linguaggio dei diritti*, in *Ars interpretandi*, 2019 (2), 155 ss.; L. CORSO, *Vulnerabilità, giudizio di costituzionalità e sentimentalismo*, in *Ars interpretandi*, 2018, 57; M.G. BERNARDINI, *Status prospettive di una categoria (giuridicamente) controversa*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2017, 365.

⁵⁹ Questo approccio alla vulnerabilità è proposto da Martha Albertson Fineman (M. ALBERTSON FINEMAN, *The significance of understanding vulnerability: ensuring individual and collective well-being*, in *Int. J. Semiotic L.*, 2023, 1371 – 1383) che nel chiarirne la portata scrive: «Vulnerability should be understood as universal, originating in the empirical and material realities of the ontological body, and developed conceptually as a ‘term of art’ with a specific, precise, and inclusive meaning».

vulnerabilità tecnologica, aumenti il rischio di un comportamento opportunistico del consumatore. Così si ripropone la domanda iniziale: il prestatore di servizi di pagamento deve sollevare il consumatore da questo rischio/costo?

Si può dire che, come in altri segmenti di mercato, è compito del prestatore di servizi di pagamento intercettare i bisogni del consumatore, anche in termini di aspettative di sicurezza digitale. Allora, sarà necessario stabilire se, nella relazione con i consumatori tecnologicamente vulnerabili, l'applicazione di un più rigoroso standard di informazione, sicurezza e assistenza, sia imposto all'intermediario o lasciato alla sua scelta.

3. *La vulnerabilità e l'approccio di private enforcement*

Dall'analisi è emerso finora che la *vulnerabilità* non può essere considerata sinonimo di *debolezza* contrattuale perché nel quadro giuridico – dal codice civile, al Tub, al codice del consumo – la *debolezza* attiene alla corretta formazione del consenso, dunque è strettamente collegata al momento della stipulazione del contratto o alle eventuali modifiche del regolamento contrattuale introdotte con l'esercizio dello *ius variandi*. Al contrario, le operazioni di pagamento non autorizzate sono situazioni eventuali che possono sopravvenire durante l'attuazione del rapporto contrattuale, ponendo un problema che travalica l'intellegibilità delle condizioni economiche e normative del contratto stesso. Infatti, la situazione di *vulnerabilità* tecnologica è creata dal rischio insito in questo tipo di servizi che, nell'approccio privilegiato nel presente scritto, non riguarda l'una o l'altra categoria di consumatori (gli anziani anziché i giovani), ma può coinvolgere chiunque non abbia la giusta attenzione, familiarità o cautela, con la *rete (Internet)*. Visto che il rischio di operazioni fraudolente può essere ridotto ma mai azzerato, il problema è stabilire chi sostiene il costo ad esso associato, secondo le coordinate giuridiche attuali⁶⁰.

⁶⁰ Sembra opportuno chiarire che le conclusioni raggiunte in merito all'allocatione del rischio da vulnerabilità tecnologica potrebbero essere riviste quando si concluderà l'iter di revisione della direttiva PSD2, recentemente iniziato con la pubblicazione di due proposte legislative – un'ipotetica PSD3 e un regolamento sui servizi di pagamento nel mercato interno – che per ora sono ancora in una fase iniziale. Cfr: COM (2023) 366 e COM (2023) 367.

Adottando una prospettiva di *private enforcement*, la vulnerabilità del consumatore si presenta come un problema tutto interno al rapporto contrattuale tra prestatore e utente del servizio, che può determinare il rimborso dell'intera somma di denaro addebitata in conto⁶¹.

Secondo una recente pronuncia della Cassazione, la responsabilità della banca per frodi informatiche ha, in base al combinato disposto degli artt. 1218 e 1176 c.c., «natura tecnica e deve valutarsi tenendo conto dei rischi tipici della sfera professionale di riferimento, assumendo come parametro la figura dell'accorto banchiere». Questo implica, secondo la Corte, che «la diligenza esigibile dal professionista o dall'imprenditore, nell'adempimento delle obbligazioni assunte nell'esercizio dell'attività, ha contenuto tanto maggiore quanto più è specialistica e professionale la prestazione richiesta». Si dovrà tener conto delle «circostanze concrete del caso, con adeguato sforzo tecnico e con impiego delle energie e dei mezzi normalmente e obiettivamente necessari o utili all'adempimento della prestazione dovuta e al soddisfacimento dell'interesse creditorio, nonché ad evitare possibili effetti dannosi». In questo quadro, la responsabilità contrattuale del professionista incontra un limite nei comportamenti dolosi del titolare del conto o, anche, in «comportamenti talmente incauti da non poter essere fronteggiati in anticipo»⁶².

La linea interpretativa declinata dalla giurisprudenza di legittimità non offre però un argomento sicuro per includere la vulnerabilità tecnologica nel rischio d'impresa. Resta ancora qualche interrogativo aperto. Ad esempio, non è chiaro se il riferimento della Corte alle *circostanze concrete del caso* prescriva al prestatore di servizi di pagamento lo svolgimento di un'indagine preliminare sul livello di

⁶¹ Tra i contributi più recenti in argomento si segnalano: G. BASTIANELLI, *Contratto di conto corrente – La diligenza del correntista nell'ipotesi di danno da "ignoto tecnologico"*, in *Nuova giur. comm.*, 2023, 1229; S. CIRELLI, *Utilizzo non autorizzato dello strumento di pagamento e responsabilità della banca*, in *Giur. Comm.*, 2022, II, 438; G. STELLA, *I prelievi bancari disconosciuti dal cliente nelle decisioni della giurisprudenza ordinaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 2056; U. MINNECI, *Pagamenti elettronici non autorizzati: la tutela del cliente alla luce degli orientamenti ABF*, in *Giur. Comm.*, 2022, 1052; A. DALMARTELLO, *Il sistema europeo dei servizi di pagamento e i pagamenti anonimi "contactless"*, in *Nuova giur. comm.*, 2021, 837. Per una trattazione più organica dell'argomento, si rimanda a: F. MARASÀ, *Servizi di pagamento e responsabilità degli intermediari*, Milano 2020.

⁶² Cass., 20 maggio 2022, n. 16417.

dimestichezza informatica che il consumatore presenta o, ancora, se il riferimento all'*adeguato sforzo tecnico* suggerisca che il professionista predisponga dei presidi diversi e ulteriori rispetto a quelli già contemplati dalla disciplina europea e dalla normativa di recepimento. Orbene, per valutare l'opzione del *private enforcement*, sembra opportuno darle una più precisa cornice giuridica.

Il processo di armonizzazione dei pagamenti al dettaglio nel mercato interno ha promosso la bipartizione tra il contratto quadro e il contratto per singole operazioni di pagamento⁶³ ma, nell'economia di questo lavoro, interessa un particolare tipo di contratto quadro, precisamente quello regolato in conto corrente⁶⁴. Limitatamente all'esecuzione di operazioni di pagamento con gli strumenti contemplati dalla direttiva PSD2, si applica la disciplina degli obblighi e delle responsabilità di cui al Titolo IV PSD2, poi trasposte nel Capo II del d.lgs. n. 11/2010⁶⁵.

Il quadro normativo può essere sintetizzato nei seguenti termini⁶⁶: il consenso (all'esecuzione dell'operazione di pagamento) può essere dato direttamente dal pagatore, il cui conto sarà addebitato, ovvero con la collaborazione del beneficiario o, ancora, indirettamente dal beneficiario o da un prestatore di servizi di disposizione di ordini di pagamento. Se il pagatore nega di aver dato il proprio consenso all'operazione, può esercitare il diritto alla rettifica entro tredici mesi

⁶³ Si desume dalla definizione del contratto quadro che il contratto per singole operazioni di pagamento è concluso o per versare, o per prelevare o per trasferire fondi.

⁶⁴ Sul contratto bancario di conto corrente, consta un'ampia letteratura. Si rinvia ai seguenti titoli anche per l'ampio corredo bibliografico: N. SALANITRO, voce «Conto corrente bancario», in *Digesto Comm.*, 1989, 1 ss.; V. SANTORO, *Il conto corrente bancario*, in *Il Comm. Schlesinger*, Milano, 1992; M. PORZIO, *Il conto corrente bancario*, in C. ANGELICI – F. BELLI – G.L. GRECO – M. PORZIO – M. RISPOLI FARINA, *I contratti delle banche*, Torino 2002, 129 ss. Sul confronto tra conto di pagamento degli istituti di pagamento e conto corrente bancario, si rinvia a: V. SANTORO, *I conti di pagamento degli istituti di pagamento*, 859.

⁶⁵ Art. 126-bis, co. 2, Tub, dispone che, ai soli fini della trasparenza contrattuale e della disciplina sui diritti e gli obblighi delle parti, l'attività di emissione (e rimborso) di moneta elettronica è considerata un servizio di pagamento, nonostante non sia contemplata nell'elencazione all'art. 1, co. 1, h.septies.1), Tub (che riproduce l'elencazione all'Allegato I della direttiva PSD2). Quindi, nell'economia della presente indagine, assume rilevanza anche il contratto di moneta elettronica.

⁶⁶ Per tutti si rinvia a: F. MARASÀ, *Servizi di pagamento e responsabilità degli intermediari*, 130 ss.

dalla data dell'addebito, limitandosi a contestare l'operazione; allora, l'intermediario è tenuto a rimborsare la somma di denaro «erroneamente» addebitata, «immediatamente» o al massimo entro il giorno lavorativo successivo⁶⁷.

Secondo l'art. 8, d.lgs. n. 11/2010, l'intermediario deve impedire l'accesso improprio alle credenziali personalizzate del cliente, astenersi dall'inviare strumenti di pagamento non richiesti, assicurare al cliente le risorse necessarie alla comunicazione di cui all'art. 7⁶⁸, con l'impegno a bloccare tutti gli ordini di pagamento ricevuti dopo la data della comunicazione.

In caso di operazioni di pagamento non autorizzate, l'intermediario può dimostrare di aver usato la diligenza richiesta con riferimento ai seguenti aspetti: (i) l'operazione di pagamento è stata «autenticata, correttamente registrata e contabilizzata»; (ii) non ha subito le conseguenze di un malfunzionamento delle procedure necessarie per la sua esecuzione o altri inconvenienti; (iii) il cliente ha tenuto un comportamento fraudolento o gravemente colposo. Se la tracciatura informatica consente all'intermediario di soddisfare i primi due punti, non soccorre per il terzo: in questo caso deve offrire la prova positiva della frode o della colpa grave, eventualmente tramite presunzioni gravi, precise e concordanti; qualora non ne fosse in grado, sarebbe considerato (definitivamente) responsabile per l'esecuzione di operazioni di pagamento non autorizzate⁶⁹.

Le coordinate giuridiche presentate finora permettono di operare qualche precisazione sul regime di responsabilità del prestatore di servizi di pagamento per le operazioni di pagamento non autorizzate: si è in presenza di una responsabilità presunta anziché oggettiva giacché

⁶⁷ Cfm: Art. 11, co. 1, d.lgs. 11/2010. L'utilizzazione di uno strumento di pagamento registrato non è *di per sé* sufficiente a dimostrare che l'operazione di pagamento sia stata autorizzata dal pagatore, che questi abbia agito in modo fraudolento o ancora che abbia dolosamente o con colpa grave adempiuto ai suoi obblighi. Cfm., Art. 12, d.lgs. 11/2010.

⁶⁸ L'art. 7, d.lgs. n. 11/2010, dispone che il cliente utilizza lo strumento di pagamento e le credenziali personalizzate in aderenza ai termini e alle condizioni del contratto quadro, ne notifica «senza indugio» al prestatore di servizi di pagamento - o ad altri da questi indicato - lo smarrimento, il furto, l'appropriazione indebita o l'uso non autorizzato delle medesime, «non appena ne viene a conoscenza».

⁶⁹ In questi termini, il Collegio di coordinamento ABF, decisione n. 22745, del 10 ottobre 2019.

è consentita la prova contraria; non sono prescritti obblighi di comportamento, amministrativamente sanzionati, che impongono la verifica dell'adeguatezza dello strumento o del servizio di pagamento offerto alla destinatezza informatica del cliente; consta un'inversione dell'onere della prova dal cliente (che disconosce l'operazione) all'intermediario.

A questo punto il dovere di protezione dell'intermediario verso il titolare del conto potrebbe dilatarsi fino a sollevare il consumatore da qualsiasi minaccia informatica. Non sembra questo, però, l'approccio coerente con lo spirito della direttiva PSD2 (come della PSD1) che, anche riguardo agli obblighi di informazione, responsabilizza il consumatore. Del resto, attribuire un ruolo passivo al consumatore non appare in sintonia con l'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 1175 e 1375 c.c., a tenore della quale lo svolgimento del rapporto contrattuale secondo buona fede prescrive, in attuazione del principio di solidarietà, l'obbligo di cooperazione reciproca delle parti⁷⁰.

Questo vuol dire, ribaltando l'intero discorso sul contratto in esame, che il cliente sarà tenuto non soltanto a quanto espressamente stabilito all'art. 7 ma anche al monitoraggio delle operazioni eseguite in conto corrente, nonché al rispetto delle precauzioni basilari – quello che si potrebbe definire una posologia dello strumento di pagamento - per far fronte alle minacce ormai acquisite alla cultura dei pagamenti, nel contesto di riferimento. Infatti, la negligenza (o colpa grave) è associata ad un comportamento che «appaia abnorme ed inescusabile», non semplicemente imprudente⁷¹. D'altro canto, sempre in virtù del criterio

⁷⁰ Secondo la Cass., l'impegno solidaristico trova il «suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte» ma, pur sempre, «nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico». Cfm: Cass., 30 luglio 2004, n. 14605.

⁷¹ Cfr.: A. Milano, 14 dicembre 2022, n. 3940. In questo procedimento, i legali della correntista avevano avanzato la tesi, coerente con le dichiarazioni del consulente tecnico d'ufficio, che fosse «ravvisabile in capo a F. non una scarsa diligenza, quanto piuttosto una poca confidenza con l'utilizzo di Internet le procedure da svolgere, avendo la correntista utilizzato il servizio di home banking solo raramente». Questa argomentazione non è stata accolta dalla Corte che, preso atto dei quattro file log depositati dall'intermediario appellante, attraverso i quali sono state ricostruite le

della buona fede costituzionalmente orientata, l'intermediario è tenuto non soltanto all'osservanza degli obblighi di cui all'art. 8, d.lgs. 11/2010 o all'utilizzo del meccanismo dell'autenticazione forte⁷², ma anche ad usare la professionalità dell'*accorto banchiere*. Questo vorrà dire seguire i presidi di sicurezza che – secondo le conoscenze tecniche e scientifiche del tempo – sono considerati basilari, anche se non legislativamente istituzionalizzati, come l'SMS alert, ma vorrà anche dire interpretare gli elementi di fatto coerentemente con la cultura professionale dell'epoca, ad esempio considerando sette richieste di autorizzazione ravvicinate in una stessa giornata come segnale di un comportamento fraudolento (bloccando lo strumento di pagamento)⁷³.

Se si conviene su questo punto, è ragionevole ridimensionare la portata dell'espressione *adottare i presidi più evoluti*, utilizzata dalla Corte di Cassazione nella sentenza richiamata all'inizio di questo paragrafo⁷⁴. Dunque, al prestatore di servizi di pagamento non è prescritto di investire in ricerca e sviluppo per fronteggiare la continua evoluzione dei comportamenti fraudolenti. Se decidesse di farlo, sarebbe una scelta di competitività. In questo senso, il quadro giuridico attuale appare in sintonia con l'esperienza dei titoli bancari di pagamento. Infatti, la giurisprudenza di legittimità si esprime nel senso che «Nel caso di pagamento, da parte di una banca, di un assegno con

modalità secondo le quali sono avvenuti gli accessi abusivi al conto corrente e sono stati impartiti gli ordini, conclude per la *colpevole incredulità* rispetto a delle forme di inganno telematico e telefonico note anche ai consumatori meno esperti. Trib. Milano, sez. VI, 2 febbraio 2023, n. 847; Trib. Venezia, sez. I, 17 maggio 2022, n. 914, Trib. Firenze, sez. III, 24 maggio 2022; Trib. Verona, sez. III, 10 gennaio 2022, nonché la sentenza della Cass., ord. 15 maggio 2023, n. 13204. Anche il Collegio di coordinamento nella decisione n.6168 del 2013 – più volte richiamata negli anni successivi – ha concluso che la prova della colpa grave non può essere offerta dimostrando «una condotta del cliente contraria ai presidi minimi di attenzione normalmente richiesti ai consociati laddove usino strumenti di pagamento», bensì provando «un comportamento abnorme e, in quanto tale, non scusabile»: Coll. Coord. ABF, dec. 29 novembre 2013, n. 6168.

⁷² V., Artt. 1, lett. q-bis), Art. 10-bis, Art. 12, co. 2-bis, d.lgs. n. 11/2010. in caso di inottemperanza a questo obbligo, sarà tenuto a rimborsare il pagatore per le operazioni di pagamento non autorizzate, con il solo limite del comportamento fraudolento.

⁷³ Art. 6, co. 1, d.lgs. n. 11/2010.

⁷⁴ Per una conferma degli esempi fatti, si rimanda a: Coll. Coord., decisione 6 novembre 2019, n. 24366.

sottoscrizione apocrifa, l'ente creditizio può essere ritenuto responsabile non a fronte della mera alterazione del titolo, ma solo nei casi in cui una tale alterazione sia rilevabile *ictu oculi*, in base alle conoscenze del bancario medio, il quale non è tenuto a disporre di particolari attrezzature strumentali o chimiche per rilevare la falsificazione, né è tenuto a mostrare le qualità di un esperto grafologo»⁷⁵.

Orbene, già nel vigore della legge bancaria, lo standard di diligenza sembra prescindere dalle caratteristiche del consumatore. La conclusione appare coerente con l'inquadramento sistematico del c/c bancario come una fattispecie ibrida: un appalto di servizi contraddistinto da un'obbligazione di mezzi dell'intermediario in ragione del rinvio alle regole del mandato nell'art. 1856 c.c., limitatamente all'esecuzione degli incarichi di pagamento. Questa dottrina coerentemente sostiene che «(...) il comportamento diligente della banca è quello inteso a predisporre l'organizzazione adeguata allo svolgimento degli incarichi di pagamento in modo conforme alla specifica professionalità imprenditoriale del banchiere; in particolare, posto il carattere di massa del servizio, l'adeguatezza si misura in termini di idoneità delle procedure standard al fine del trasferimento delle somme di denaro»⁷⁶.

D'altronde, se fosse conferita rilevanza alla vulnerabilità tecnologica, facendo leva sul concetto di gravità del comportamento colposo del pagatore, si consentirebbe al pagatore di aggirare il meccanismo e i termini per l'esercizio del diritto di rettifica, il che si scontra con la natura dell'armonizzazione piena. Infatti, la Corte di giustizia ha statuito e ribadito che «(...) il regime armonizzato di responsabilità per le operazioni non autorizzate o effettuate in modo inesatto stabilito dalla direttiva 2007/64 può coesistere con un regime alternativo di responsabilità previsto dal diritto nazionale basato sugli stessi fatti e sullo stesso fondamento solo a condizione che non sia

⁷⁵ Cfm: Cass., 19 giugno 2018, n. 16178.

⁷⁶ V. SANTORO, *Il conto corrente bancario. Artt. 1852-1857*, 162. Questa dottrina sostiene, appunto, che la banca «mette a disposizione del cliente la propria organizzazione affinché questi possa conseguire il risultato utile del trasferimento del denaro da un luogo all'altro e/o da un soggetto all'altro, ma tale risultato non assicura».

pregiudicato il regime in tal modo armonizzato e che non siano compromessi gli obiettivi e l'effetto utile di detta direttiva»⁷⁷.

4. Conclusioni: l'opzione di public enforcement

Tirando le fila del discorso, sembra opportuno ripercorrere i passaggi-chiave dell'analisi svolta. Questo lavoro si è proposto di esaminare il concetto di *vulnerabilità* del consumatore al rischio di operazioni di pagamento fraudolente – definita in questa sede come vulnerabilità tecnologica –. Il punto sta nel comprendere se questo concetto è riconducibile all'altro di *debolezza* contrattuale, al quale tradizionalmente si ricorre nella costruzione della posizione del contraente non predisponente nel sistema del codice civile, del Tub e del codice del consumo. Una volta appurata la distinta valenza giuridica, l'analisi ha optato per il superamento di un approccio identitario e particolaristico al consumatore vulnerabile, per privilegiare quello universalistico che, accompagnando alla presunzione (di vulnerabilità) una verifica casistica, colloca la persona nel contesto delle sue relazioni e si presenta più aderente al principio di solidarietà, costituzionalmente sancito.

A questo punto, il lavoro si è posto un diverso problema: esaminare come il rischio (di frode informatica) e i costi ad esso associati sono distribuiti tra pagatore e prestatore nella prestazione dei servizi di pagamento. Ha concluso che l'interpretazione sistematica dell'art. 8 d.lgs. n. 11/2010 esclude la rilevanza delle qualità del pagatore anche nella valutazione della gravità del comportamento colposo: una maggiore o minore dimestichezza del consumatore per l'uso di dispositivi informatici non rappresenta un argomento sufficiente per valutare con maggiore mitezza la sua negligenza. Con ciò si supera

⁷⁷ C. Giust. UE, 2 settembre 2021, Causa C-337/20, § 45. Per una più ampia riflessione sul punto, si rimanda a: M.C. PAGLIETTI, *Armonizzazione massima e regole del diritto nazionale nella disciplina dei pagamenti non autorizzati (a proposito della sentenza della Corte di Giustizia UE C-337/20)*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 1147. Cfr.: C. Giust. UE, 16 marzo 2023, Causa C-351/21.

l'idea che, allo stato⁷⁸, il quadro giuridico offre elementi per ricorrere a rimedi di *private enforcement*⁷⁹.

Raggiunta questa conclusione, il discorso potrebbe essere chiuso. Si può dire che la vulnerabilità tecnologica non presenta rilevanza giuridica al di fuori delle ipotesi che espressamente la contemplanò, precisamente la disciplina delle pratiche commerciali sleali e l'accesso al conto-base nella direttiva PAD⁸⁰.

Sarebbe questa una scelta fondativa del progetto costituzionale a monte (della moneta), per dirla con Christine Desan⁸¹. Una scelta del genere, però, appare poco coerente con quel modello di giustizia sociale che l'Unione ha già accolto, secondo la tesi di Hans Micklitz – che questo lavoro segue⁸².

Allora, l'opzione percorribile può essere rappresentata dal c.d. *public enforcement*, che offre strumenti di etero-tutela del consumatore vulnerabile. In altri termini, diviene compito dello Stato - o dell'Unione – farsi carico dei consumatori tecnologicamente vulnerabili di servizi di pagamento attraverso il proprio apparato istituzionale, tenendo fermi i principi del libero mercato e l'approccio pro-concorrenziale che contraddistingue la disciplina europea dei pagamenti.

Questa opzione può sollevare perplessità negli economisti che non considerano la moneta come un bene pubblico⁸³, meno nell'analisi giuridica, anche se non è l'inclusione finanziaria non figura tra i compiti della BCE o del Sistema Europeo delle Banche Centrali (SEBC). Quando, infatti, si ragiona in termini di sovranità monetaria, è chiaro che lo Stato ha il potere-dovere di battere moneta, stabilire l'unità di conto, salvaguardare la stabilità del poter d'acquisto, presidiare il

⁷⁸ Sarà importante seguire anche l'esame della proposta di regolamento sull'euro digitale che a più riprese fa riferimento alla tutela delle persone vulnerabili. Cfr.: COM (2023) 369 final; COM(2023) 368 final.

⁷⁹ Questa conclusione presenta dei profili di rischio, soprattutto su base transfrontaliera (il c.d. FIN-NET), laddove il sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie bancarie non presenta una struttura chiara ed un funzionamento elementare come, al contrario, accade sul piano nazionale.

⁸⁰ Si rinvia al §2.2.

⁸¹ Supra § 1.

⁸² Si rimanda al §2.2.

⁸³ Con riferimento alla posizione di Paul Samuelson, Lawrence White, Stanley Fisher, si rimanda a N. ANTHONY, *Money is not a public good*, disponibile su <https://www.cato.org/blog/money-not-public-good>.

regolare funzionamento del sistema dei pagamenti, giusto per richiamare alcune delle prerogative tradizionalmente riconducibili alla sovranità monetaria⁸⁴.

Allora, la domanda è se la tutela del consumatore vulnerabile o, in altri termini, l'inclusione finanziaria, possa essere parte integrante del ventaglio di poteri-doveri riconducibili al concetto di sovranità monetaria. Al riguardo, si può richiamare la suggestiva tesi della *essentially contested concept* che scandisce la sovranità monetaria di elementi di diritto positivo ed elementi normativo-valoriali, elaborando un concetto di sovranità monetaria di carattere evolutivo, che adatta i suoi contenuti ai tempi, per non disattendere le attese di protezione dei diritti e dei principi condivisi dalla comunità di riferimento⁸⁵.

L'approccio evolutivo puntella la scelta di considerare l'inclusione finanziaria come parte integrante di quel fascio di poteri-doveri che sono riconducibili alla sovranità monetaria. Una scelta di questo segno, del resto, è coerente con la tavola di valori sintetizzata dal modello europeo di *access justice*⁸⁶.

Il diritto derivato offre elementi a sostegno dell'approccio evolutivo richiamato. Nella direttiva PAD, infatti, è attribuito a tutti i consumatori il diritto ad un conto di pagamento nonché il diritto ad un conto con caratteristiche di base che può essere esercitato da chiunque sia legalmente residente nel territorio dell'Unione⁸⁷. Si rafforza così la conclusione che l'inclusività – come il regolare funzionamento - di un

⁸⁴ R.M. LASTRA, *International financial and monetary law*, 2015, II ed., Oxford, 18.

⁸⁵ V., C.D. ZIMMERMANN, *The concept of monetary sovereignty revisited*, in *The European Journal of International Law*, 2013, vol. 24, 797. L'Autore attinge l'*essentially contested concept* dalla filosofia del linguaggio e gli fa gioco per includere nella declinazione di sovranità monetaria anche la tutela della stabilità finanziaria e per indicare nell'Eurozona una forma di *cooperative monetary sovereignty* che rafforza anziché indebolisce la sovranità degli Stati membri.

⁸⁶ Supra §2.2.

⁸⁷ In altri termini, nella consapevolezza che gli intermediari non avrebbero interesse a prestare questo servizio a certe categorie di persone o comunque non lo presterebbero alle stesse condizioni quali- e quantitative, è imposto un obbligo di servizio universale, anche su base transfrontaliera. V., A. MAZIARZ, *Services of general economic interest: towards common values?*, in *European State Aid Law*, 2016 16(1), 16.

sistema di pagamento è già considerata un *bene pubblico*⁸⁸, mentre il servizio di cassa nella forma del conto corrente o del conto di pagamento) è disciplinato come un servizio di interesse economico generale⁸⁹.

Se si conviene su questa premessa, allora, la direttiva PAD non rappresenta più il perimetro entro il quale circoscrivere ma il punto di partenza dal quale criticamente partire per la costruzione del meccanismo di *public enforcement* del consumatore vulnerabile di servizi di pagamento. Si possono fare due osservazioni al riguardo. Quanto al diritto ad un conto-base di pagamento, la possibilità riconosciuta in sede europea è apparsa più teorica che concreta: la dottrina, infatti, rileva la difficoltà ad applicare in maniera uniforme la clausola di ragionevolezza sottesa ad una serie di disposizioni che nel concreto condizionano l'accesso e rendono possibile il rifiuto al conto-base; il report sull'applicazione della direttiva PAD conferma questi timori⁹⁰. Inoltre, la tesi della vulnerabilità universale o, comunque, il superamento dell'approccio demografico e particolaristico alla vulnerabilità, che questa indagine condivide, evidenzia come l'accesso non basti a tutelare l'interesse a monte del conto corrente (o del conto

⁸⁸ «Per un verso, lo Stato non può darsi fini sociali oltre la misura in cui ciò comporti una compromissione degli scambi all'interno della Comunità: questa costituisce una prima scelta definitiva in ordine al tipo di organizzazione economica che deve assumere il mercato comunitario e pone un limite al carattere solidaristico dell'organizzazione economica interna (...). Per altro verso, il mercato non può fagocitare certe esigenze sociali, ed è escluso quindi che l'organizzazione economica possa ispirarsi, almeno in questi limitati ambiti, ad un puro liberismo». In questi termini, S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, Milano, 2007, 238.

⁸⁹ Considerando (34) – (48), direttiva PAD. Sulla definizione di servizio di interesse economico generale, si rinvia a: COM (2000) 580 final. In letteratura, la trattazione è molto ampia. Per un primo inquadramento, v., G. NAPOLITANO, *Towards a European legal order for services of general economic interest*, in *European Public Law*, 2005(11), 565. Affronta la questione di servizi bancari come SIEG: J. GÓMEZ-BARROSO – R. MARBÁN-FLORES, *Basic financial services: a new service of general economic interest?*, in *Journal of European Social Policy*, 2013, 332.

⁹⁰ J. HOFFMANN, *Implementation of the Payment Accounts Directive*, in *ERA Forum*, 2019, 241. L'Autore adduce come esempio il Regno Unito, nel quale la disciplina di trasposizione della Direttiva consente l'accesso solo a coloro i quali non sono eleggibili per i conti di pagamento "regolari" offerti dall'intermediario interessato. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52023DC0249>.

di pagamento) come servizio generale. Infatti, nell'attuazione di questo contratto di durata possono manifestarsi fasi di vulnerabilità che, senza assistenza e senza rimedi di *private enforcement* di fatto svuotano il diritto del consumatore a partecipare al sistema dei pagamenti o, più in generale, al sistema finanziario⁹¹.

Per dare forza e concretezza alla configurazione come servizio di interesse (economico) generale del servizio di cassa offerto con il c/c bancario ovvero con il conto di pagamento, si rendono così necessarie delle misure di carattere organizzativo che riguardano l'intermediario in sé e nella relazione con il consumatore. Allora, si pone il problema di stabilire il quadro giuridico di riferimento.

Si può scegliere di privilegiare l'applicazione di regole poste nell'esercizio della funzione di vigilanza prudenziale, le c.d. *regulatory supervision rules*⁹². Sarebbe così riproposta una situazione simile a quella già sperimentata rispetto alla tutela del cliente di servizi di investimento, con tutti i dubbi di *enforcement* che essa alimenta. La dottrina, infatti, ha esaminato il delicato *spillover* delle *regulatory supervision rules* rispetto alla disciplina, di matrice civilistica, che governa il rapporto contrattuale tra intermediario e cliente, rimarcando la disparità di approccio degli Stati membri al trade-off tra profili pubblicistici e privatistici⁹³.

In alternativa – ed è questo il contesto che appare più convincente –, il quadro giuridico di riferimento è rappresentato dalla funzione di sorveglianza dei sistemi di pagamento. Possono essere segnalati tre aspetti che *segnano il passo* rispetto all'ipotesi precedente.

In primo luogo, la funzione di sorveglianza insiste sui sistemi di pagamento e non semplicemente sugli intermediari⁹⁴. I sistemi di pagamento sono accordi stipulati tra prestatori bancari e non bancari di servizi di pagamento con i quali di regola si istituisce un'organizzazione

⁹¹ V., § 3.

⁹² O. CHEREDNYCHENKO, *Rediscovering the public/private divide in EU private law*, 667.

⁹³ O. CHEREDNYCHENKO, *Two sides of the same coin: EU financial regulation and private law*, in *Eur. Bus. Org. L. Rev.*, 2021, 147.

⁹⁴ Il sistema di pagamento è inteso come «sistema di scambio, di compensazione e di regolamento»: un sistema di trasferimento di fondi con meccanismi di funzionamento formali e standardizzati e regole comuni per il trattamento, la compensazione e/o il regolamento di operazioni di pagamento». Cfm.: Art. 1, lett. d), d.lgs. n. 11/2010.

d'impresa per internalizzare le esternalità esibite dagli strumenti di pagamento. Nel quadro giuridico europeo, i sistemi di pagamento rappresentano una cerniera tra il piano pubblicistico e quello privatistico della disciplina dei servizi di pagamento. Infatti, l'esperienza antitrust e la regolazione pro-competitiva riconoscono e disciplinano le ricadute a valle degli accordi costitutivi dei sistemi di pagamento, dunque ammettono che quanto concordato tra gli imprenditori aderenti al sistema possa avere effetti giuridici vincolanti a valle. In altre parole, si assiste al riconoscimento dello *spillover* di regole di organizzazione dei singoli intermediari (ad esempio, la distribuzione e la misura delle tariffe interbancarie per l'utilizzo dei servizi offerti dal sistema di pagamento) nei rapporti di diritto privato che intervengono tra intermediari e clienti, nonché tra pagatore e beneficiario.

In secondo luogo, la funzione di sorveglianza ha una limitazione esclusivamente funzionale e come tale presenta una discreta elasticità. Essa infatti comprende poteri informativi, ispettivi e regolamentari che hanno ad oggetto tutto ciò che è strumentale al passaggio della moneta da un operatore all'altro, in altri termini gli strumenti, le procedure, i circuiti, gli intermediari bancari e non bancari, ma anche il rapporto intermediario-cliente nella misura in cui è riconducibile all'obiettivo (efficienza e affidabilità, tutela dei consumatori)⁹⁵.

Infine, i poteri riconducibili alla funzione di sorveglianza rappresentano patrimonio comune alle banche centrali dell'Eurozona, visto che questa funzione è contemplata nei trattati e nello Statuto del Sistema Europeo delle Banche Centrali, il che potrebbe semplificare il coordinamento nell'esercizio delle rispettive funzioni.

Il discorso è ancora lungo ma, a questo punto, è aperto e non resta che approfondirlo.

⁹⁵V., P. MARCHETTI – F. MERUSI – L. PROSPERETTI, *Funzione, estensione, strumenti della sorveglianza sui sistemi di pagamento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, 289.