

RIVISTA
TRIMESTRALE
DI DIRITTO
DELL'ECONOMIA

RASSEGNA
DI
DOTTRINA
E
GIURISPRUDENZA

COMITATO DI DIREZIONE

M. ANDENAS – F. CAPRIGLIONE
M.PELLEGRINI – D. ROSSANO – M. SEPE

Supplemento al n. 1/2024

ISSN: 2036 - 4873

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'ECONOMIA

WWW.RTDE.LUISS.IT

La sede della Rivista è presso
la Fondazione G. Capriglione Onlus,
Università Luiss G. Carli,
Viale Romania 32, 00197 Roma.

Comitato di Direzione

M. Andenas - F. Capriglione – M. Pellegrini – D. Rossano – M. Sepe

Direttore Responsabile

F. Capriglione

Comitato Editoriale

F. Affinito – N. Casalino – C. Giustiniani – V. Lemma – C. Marasco – A. M. Pancallo

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno
essere riprodotti dalla Fondazione G. Capriglione Onlus
su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Autorizzazione n. 136/2009, rilasciata dal Tribunale di Roma in data 10 aprile 2009.

COMITATO SCIENTIFICO

E. Bani, P. Benigno, R. Bifulco, A. Blandini, C. Brescia Morra, M. Brogi, R. Calderazzi, M. Clarich, R. Cocozza, G. Colavitti, G. Conte, P. E. Corrias, G. C. Corvese, M. De Poli, G. Desiderio, L. Di Donna, F. Guarracino, F. Di Porto, V. Donativi, P. Gaggero, I. Ingravallo, R. Lener, P. Lucantoni, L. Ludovici, N. Lupo, A. Mangione, E. Maria Lombardi, G. Martina, R. Miccù, F. Moliterni, G. Napolitano, M. Passalacqua, M. Rabitti, P. Reichlin, A. Sacco Ginevri, I. Sabbatelli, F. Sartori, A. Sciarrone, M. Sepe, D. Siclari, V. Troiano, A. Urbani, P. Valensise, A. Zimatore

REGOLE DI AUTODISCIPLINA PER LA VALUTAZIONE DEI CONTRIBUTI

Al fine di assicurare uno standard elevato della qualità scientifica dei contributi pubblicati, nel rispetto dei principi di integrità della ricerca scientifica, la Rivista adotta un modello di revisione dei manoscritti proposti per la pubblicazione che contempla il referaggio tra pari a doppio cieco (double blind peer review). I contributi inviati alla Rivista sono oggetto di esame da parte di due valutatori individuati all'interno di un elenco, periodicamente aggiornato, di Professori ordinari, associati e ricercatori in materie giuridiche. L'assegnazione è effettuata dal Comitato di Direzione in accordo con il Direttore Responsabile tenendo conto delle aree di competenza di ciascun revisore e in assenza di conflitti di interessi con l'autore/l'autrice del contributo. Il contributo è trasmesso dal Comitato editoriale ai referees in forma anonima, unitamente ad una scheda di valutazione.

A seguito del referaggio, attraverso comunicazione telematica da parte del Comitato editoriale, l'Autore riceve la scheda contenente il parere anonimo reso dai valutatori. Se i valutatori si esprimono a favore della pubblicazione senza modifiche, il contributo è avviato alla pubblicazione. Se anche uno solo dei valutatori si esprime a favore della pubblicazione subordinandola a modifiche, i rilievi così formulati sono trasmessi all'Autore (sempre in forma anonima). Nel caso in cui l'Autore decida di uniformarsi, egli trasmette il contributo modificato al Comitato editoriale che, su indicazione del Comitato di Direzione, può inoltrarlo di nuovo al valutatore oppure procedere direttamente alla pubblicazione. In caso di valutazione finale positiva, il contributo è avviato alla pubblicazione; in caso contrario, il Comitato di Direzione valuta se rifiutare il contributo o procedere a un'ulteriore fase di revisione. In ogni caso, in presenza di pareri dissenzienti tra i valutatori, il Comitato di direzione si assume la responsabilità di procedere alla pubblicazione, previo parere di un componente del Comitato scientifico scelto *ratione materiae*. Qualora entrambi i valutatori esprimano parere negativo alla pubblicazione, il contributo viene rifiutato a meno che il Direttore non ne autorizzi la pubblicazione se ritiene che esso soddisfi gli standard scientifici della Rivista. Per ogni ulteriore chiarimento si rinvia al Codice Etico pubblicato sul sito internet della Rivista.

TEMI E PROBLEMI

DI

DIRITTO DELL'ECONOMIA

Liber amicorum Laura Ammannati

A cura di Allegra Canepa e Gian Luca Greco*

* I curatori del *Liber Amicorum* ringraziano il Prof. Diego Rossano per la preziosa collaborazione prestata nella raccolta dei contributi e la Fondazione G. Capriglione onlus per aver ospitato la pubblicazione degli scritti nella prestigiosa 'Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia'.

INDICE

ALLEGRA CANEPA, GIAN LUCA GRECO – *Presentazione* (Introduction)1

PARTE I. GOVERNANCE DELL'ECONOMIA

FRANCESCO CAPRIGLIONE – *Concorrenza e stabilità nel paradigma digitale*
(Competition and stability in the digital paradigm)3

MAURO GIUSTI – *Il requisito (desueto) dell'annualità della "legge per il mercato e la concorrenza"* (The outdated annual frequency requirement for the 'market and competition law')37

GIOVANNI LUCHENA – *Il governo degli aiuti di Stato nell'economia in transizione* (The governance of state aid in the transition economy)53

ANDREA SACCO GINEVRI – *Rileggendo "Le privatizzazioni in Italia" di Laura Ammannati* (Reading again the book "Privatizations in Italy" directed by Laura Ammannati)71

BRUNELLA RUSSO – *La tutela dell'integrità dei mercati e ruolo proattivo dello Stato nell'evoluzione della disciplina golden power: le possibili criticità applicative dei nuovi profili operativi* (The protection of market integrity and proactive role of the state in the evolution of the golden power discipline: the possible critical applications of the new operational profiles).....83

DOMENICO SICLARI – *Codice della crisi di impresa ed efficienza dei mercati: la relative priority rule dopo la Direttiva (UE) 2019/1023* (Italian Code for business crisis and

insolvency and market efficiency: the relative priority rule after Directive (EU) 2019/1023).....109

SANDRO AMOROSINO – *La localizzazione delle opere pubbliche e di interesse pubblico nel Codice dei contratti (d.lgs. n.36/2023)* (The location of public works and public interest projects in the Contracts Code (Legislative Decree No. 36/2023)).....125

PARTE II. MERCATI DIGITALI, TUTELA DEI CONSUMATORI E SOSTENIBILITÀ

ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI – *AI ACT e Giustizia Digitale* (AI Act and Digital Justice).....140

MADDALENA RABITTI, FABIO BASSAN – *L'“evoluzione” del consumatore: dal consumatore medio al consumatore attivo* (From average to engaged: some consideration on consumer evolution).....154

FEDERICO FERRETTI – *Mercato digitale ed empowerment del consumatore: verso la necessità di una nuova interpretazione del consumatore ‘medio’. Implicazioni per la regolamentazione del mercato interno dell’Unione europea* (Digital market and consumer empowerment: towards a new interpretation of the ‘average’ consumer. Implications for the regulation of the internal market of the European Union).....184

GIAN LUCA GRECO – *Il credito al consumatore in tempo di infodemia* (Consumer Credit in the infodemic age)211

MATTEO ORTINO – *Rigidità ed elasticità delle norme nell’era digitale: dal diritto dei consumatori al diritto bancario, al diritto della concorrenza* (Rules and standards in the digital era: from consumer law to banking law, to competition law).....239

GIULIANO LEMME – *La proposta di Regolamento europeo sulla intelligenza artificiale e la gestione dei rischi: una battaglia che può essere vinta?* (The proposal for a European regulation on artificial intelligence and risk management: a battle that can be won?).....259

FILIPPO SARTORI – *Attività bancaria e processi di transizione* (Banking activities and transition processes).....276

MARIA ELENA SALERNO – *Le nuove linee guida dell'ESMA in materia di requisiti di sostenibilità nella prestazione dei servizi di consulenza e di gestione di patrimoni* (ESMA's new guidelines on sustainability requirements in the provision of consultancy and asset management services).....307

FRANCESCO ACCETTELLA – *Sostenibilità e disclosure nei mercati finanziari: uno sguardo oltre le apparenze* (Sustainability and disclosure in financial markets: a look beyond appearances).....332

ELISABETTA BANI, PIERLUIGI DE BIASI – *I green bond e la loro prima disciplina ai sensi del Regolamento (UE) 2023/2631* (The Green Bonds and their first legal frame work under Regulation (UE) 2023/2631).....351

CARMELA ROBUSTELLA, MARIO NATALE – *La regolamentazione del buy now, pay later alla luce della nuova direttiva sul credito ai consumatori* (The regulation of Buy Now, Pay Later in the new consumer credit directive).....369

PARTE III. SERVIZI FINANZIARI TRA TRADIZIONE E INNOVAZIONE

- MIRELLA PELLEGRINI, ANTONIO DAVOLA – *Indipendenza economica ed empowerment femminile: riflessioni in prospettiva di genere sul diritto del mercato finanziario* (Economic independence and female empowerment: a feminist perspective on financial market law).....406
- RAFFAELE LENER, SALVATORE LUCIANO FURNARI – *La “decentralizzazione” dei mercati finanziari. Innovazione tecnologica e nuove istanze di regolamentazione* (Decentralization of financial markets. Technological innovation and new regulatory issues).....447
- FILIPPO ZATTI – *La regolamentazione della finanza decentralizzata tra sfide attuali e prospettive future: un “primer”* (Regulating decentralized finance: key challenges and future outlook: a primer)467
- MARIA TERESA PARACAMPO – *La transizione a MICA tra framework armonizzato, misure transitorie e clausole di salvaguardia. Il caso dei prestatori di servizi per le crypto-attività di diritto nazionale* (The transition to MICA between harmonized framework, transitional measures and grand-fathering clause. The case of crypto-asset service national law providers).....481
- FRANCESCO CIRAIOLO – *L’offerta di servizi bancari nel metaverso. Prodromi di un nuovo ecosistema finanziario nella dimensione virtuale, tra opportunità di sviluppo e ostacoli normativi* (The provision of banking services in the metaverse. Harbingers of a new financial ecosystem in the virtual dimension, between development opportunities and regulatory obstacles).....504

ALLEGRA CANEPA – <i>“Alla ricerca del tempo perduto” nei mercati finanziari: l’accelerazione digitale nei pagamenti, nell’accesso al credito e nella movimentazione dei depositi</i> (Financial services and digital acceleration: payment services, consumer credit and bank deposits).....	525
ROBERTO CARATOZZOLO – <i>Nuovi contratti di credito e tutele del consumatore: i modelli di buy now pay later</i> (New credit agreements and consumer protection: buy now pay later models).....	552
VALERIO LEMMA – <i>Sviluppi della corporate governance bancaria tra innovazione, efficienza e responsabilità</i> (Advancements in Banking Corporate Governance Balancing Innovation, Efficiency and Accountability)	573
ANTONELLA BROZZETTI – <i>Alcune riflessioni su indipendenza, accountability e assetto della vigilanza bancaria nell’UE</i> (Some reflections on independence, accountability, and the structure of banking supervision in the eu).....	591
PAOLO GAGGERO – <i>Correttezza nei, e trasparenza dei rapporti di intermediazione creditizia: una relazione dialogica</i> (Fairness and transparency of credit intermediation relationships: a dialogic relationship).....	629
PAOLA LUCANTONI – <i>La trasparenza bancaria nella prospettiva dell’atto e del contratto, dell’organizzazione e del mercato</i> (Banking transparency from the perspective of act and contract, organization and market).....	654
ROSA CALDERAZZI – <i>Appunti sullo studio della sostenibilità bancaria</i> (Notes on the study of banking sustainability).....	673

PAOLOEFISIO CORRIAS – <i>Value for money, product governance e obbligo di adeguatezza nel mercato assicurativo: uno sguardo d’insieme</i> (Value for money, product governance and adequacy obligation in the insurance market: an overall look).....	689
FILIPPO ANNUNZIATA – <i>Spunti per lo sviluppo di un mercato dei capitali europeo rivolto agli investitori retail</i> (Ideas for the development of a european capital market aimed at retail investors).....	709
SARA LANDINI – <i>Piattaforme e Crowdfunding nel credito alle PMI agricole</i> (Platforms and Crowdfunding in lending to agricultural SMEs).....	733
STEFANO LOMBARDO – <i>La sentenza del BVerfG sul Next Generation EU fra unione monetaria e futuribile unione fiscale</i> (The decision of the BVerfG on the Next Generation EU between monetary union and futuristic fiscal union).....	751
FRANCESCA MATTASOGLIO – <i>Euro digitale. Tra moneta programmabile e pagamenti condizionati</i> (Digital euro. Among programmable money and conditional payments).....	769

**MERCATO DIGITALE ED *EMPOWERMENT* DEL CONSUMATORE:
VERSO LA NECESSITÀ DI UNA NUOVA INTERPRETAZIONE DEL
CONSUMATORE 'MEDIO'. IMPLICAZIONI PER LA
REGOLAMENTAZIONE DEL MERCATO INTERNO DELL'UNIONE
EUROPEA***

(Digital market and consumer empowerment: towards a new interpretation of the 'average' consumer. Implications for the regulation of the internal market of the European Union)

ABSTRACT: *Il presente contributo rivisita il concetto di consumatore nell'ambito del diritto dell'UE alla luce del consolidamento e dell'espansione dei mercati digitali. Evidenzia l'inadeguatezza delle politiche di empowerment dei consumatori e il conseguente paradigma dell'informazione che ha dominato il diritto dei consumatori dell'UE. In particolare, l'articolo affronta i concetti giuridici di consumatore medio e vulnerabile che finora hanno permeato la regolamentazione dei mercati. Rileva che la nuova ondata di sforzi normativi per regolare i mercati digitali non si discosta dalla visione tradizionale della protezione dei consumatori. Al contrario, essi tendono a rafforzare ulteriormente i consumatori. È dunque necessaria una reinterpretazione della nozione di consumatore medio. In definitiva, questo contributo sostiene che nei mercati digitali una nuova e più ampia forma di vulnerabilità è la norma, e il consumatore medio è vulnerabile. Ciò implica che il legislatore dovrebbe affrontare le fonti di questa nuova vulnerabilità e cambiare radicalmente il modo in cui protegge i*

*Contributo approvato dai revisori.

Questa ricerca è stata condotta nell'ambito della Jean Monnet Chair in Digital Market Law (E-DSM), rif. E-DSM - 101047038 - GAP-101047038 e del Jean Monnet Network European Network on Digitalization and E-governance (ENDE), rif. ENDE - 101127038 - GAP-101127038. Il sostegno della Commissione europea alla ricerca non costituisce un'approvazione dei contenuti, che riflettono esclusivamente il punto di vista dell'autore. La Commissione non può essere ritenuta responsabile per l'uso che può essere fatto delle informazioni in essa contenute.

consumatori. In definitiva, l'articolo suggerisce che questa protezione dovrebbe avvenire attraverso disposizioni sostanziali ex ante che includano l'equità architettonica by default e by design.

This paper revisits the concept of the consumer under EU law in light of the consolidation and expansion of digital markets. It highlights the inadequacy of consumer empowerment policies and the ensuing information paradigm that has dominated under EU consumer law. In particular, it contrasts the legal concepts of both the average and the vulnerable consumer that so far have permeated the regulation of markets. It notes that the new wave of normative efforts to regulate digital markets does not depart from traditional views of consumer protection. On the contrary, they tend to empower consumers further. A reinterpretation of the notion of the average consumer is necessary. Eventually, this contribution puts forward that in digital markets a new broader form of vulnerability is the norm, and the average consumer is vulnerable. This implies that the legislator should tackle the sources of this new vulnerability and radically change the way it protects consumers. Ultimately, it suggests that this protection should occur by way of ex ante substantive provisions that include architectural fairness by default and by design.

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi - 2. La persistente influenza neo-classica nel diritto dei consumatori: il consumatore medio - 3. L'eccezione: il consumatore vulnerabile - 4. Mercati digitali ed empowerment del consumatore - 5. Il consumatore nei mercati digitali: la vulnerabilità come norma, non eccezione - 6. Riflessioni conclusive: la necessità della fine del paradigma informativo e di una nuova concettualizzazione del consumatore.

1. Non è certo una novità che la creazione e il consolidamento del mercato unico digitale siano una dichiarata priorità per il legislatore europeo.¹

¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle regioni, Strategia per il mercato unico digitale in Europa,

Il percorso per realizzare la trasformazione digitale dell'UE entro il 2030 è volto a conseguire gli obiettivi del decennio nei settori delle competenze digitali, delle infrastrutture digitali e della digitalizzazione delle imprese e dei servizi pubblici.² Sorprendentemente, i consumatori non fanno parte direttamente e specificamente di questa ambiziosa agenda europea. Eppure, essi dovranno sempre più confrontarsi con questa nuova frontiera – se non addirittura diventarne dipendenti - man mano che i servizi si spostano sempre più verso il digitale e la vita privata e quella digitale divengono progressivamente intrecciate.

Allo stesso tempo, nella retorica e narrativa dell'Unione Europea la tecnologia dovrebbe dare più potere agli individui, mettendoli al centro dei mercati digitali come arbitri.³

Di pari passo, è da riconoscere come negli ultimi tempi il legislatore europeo sia stato particolarmente impegnato nell'attuazione di un programma di modernizzazione che, in una qualche misura, ha preso in considerazione la protezione dei consumatori, con la creazione di molteplici iniziative normative volte ad allineare le esigenze degli stessi alla spinta della digitalizzazione. Tra queste, il Regolamento sui mercati digitali (*Digital Markets Act -DMA*),⁴ il Regolamento sui servizi digitali (*Digital Services Act -DSA*),⁵ la proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale (*Artificial*

COM/2015/0192 final. Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen, A Union that strives for more - My agenda for Europe. Political guidelines for the next European Commission 2019-2024, 16 luglio 2019.

² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle regioni, Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale, COM/2021/118 final; Commissione europea, Un percorso per il decennio digitale: governance comune e coordinamento degli investimenti per la trasformazione digitale dell'UE entro il 2030 (15 settembre 2021);

³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Nuova agenda dei consumatori - Rafforzare la resilienza dei consumatori per una ripresa sostenibile, COM/2020/696 final.

⁴ Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali), GU L 265 del 12.10.2022, 1–66.

⁵ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali), GU L 277 del 27.10.2022, 1–102.

Intelligence Act - AIA),⁶ la proposta di Regolamento sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (*Data Act*)⁷ - oltre a normative chiave per il dominio digitale quale il Regolamento sulla protezione dei dati personali (GDPR)⁸ e a normative settoriali quali la revisione della direttiva sul credito al consumo⁹ e la direttiva sui sistemi di pagamento (PSD2),¹⁰ solo per nominarne alcune.

Affrontare le esigenze di specifici gruppi di consumatori, ivi inclusi alcuni aspetti della vulnerabilità degli stessi, è uno degli obiettivi più critici della Nuova Agenda dei Consumatori (*New Consumer Agenda*).¹¹ Ad esempio, si sottolineano in modo specifico le esigenze di consumatori sovra-indebitati, minori di età e disabili. Tuttavia, seppure apprezzabile negli intenti, il difetto principale di queste politiche e dei risultanti atti normativi è che rimangono permeati di vecchi concetti e paradigmi che già faticavano a proteggere i consumatori nel c.d. mondo analogico.

In una certa misura, a causa dell'asimmetria informativa, della differenza di potere negoziale e della relativa mancanza di trasparenza spesso insita nei rapporti di diritto privato tra i singoli consumatori e le imprese fornitrici di beni e servizi, nonché a causa del rischio sempre presente di cadere vittima di pratiche commerciali scorrette, tutti i consumatori possono essere considerati come parte 'debole' o

⁶ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione, COM/2021/206 final.

⁷ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (normativa sui dati), COM/2022/68 final.

⁸ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), GU L 119 del 4.5.2016, 1–88.

⁹ Direttiva (UE) 2023/2225 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 ottobre 2023, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 2008/48/CE, GU L, 2023/2225, 30.10.2023.

¹⁰ Direttiva (UE) 2015/2366 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, GU L 337 del 23.12.2015, 35–127 – la cui revisione è al momento al vaglio della Commissione europea.

¹¹ Cit. nota 3.

‘vulnerabile’.¹² Ciò è specialmente vero nel caso di mercati caratterizzati da transazioni particolarmente complesse, in cui i consumatori sono spesso poco preparati a prendere decisioni oculate. Esempi tradizionali sono rappresentati dal mercato finanziario e dal mercato dei servizi di interesse generale, non solo a causa di asimmetrie informative tra le parti o di un limitato livello educativo dei consumatori, ma anche a causa di complessità o altri fattori inerenti ai mercati che spingono gli individui verso scelte incoerenti con le proprie esigenze nel lungo termine.¹³

L'Unione Europea, pur riconoscendo le insidie di questi mercati problematici, sembra in gran parte non volersi discostare dal suo tradizionale e inflessibile standard di comportamento dei consumatori, basato sull'ideale del c.d. consumatore ‘medio’ come agente del mercato ragionevolmente ben informato e attento, al quale è sufficiente fornire adeguate informazioni per riequilibrare il rapporto commerciale con le imprese. Tuttavia, le carenze del paradigma informativo tradizionale diventano particolarmente evidenti nei casi in cui la quantità e la complessità delle informazioni disponibili, nonché la complessità dei prodotti e servizi stessi e sottostanti tecnologie, rendono paradossalmente più difficile per il consumatore non specializzato prendere decisioni informate.

Alla luce di questi problemi, il presente saggio si propone di contrastare questo standard di consumo del legislatore, specialmente alla luce delle complessità dei mercati digitali e sofisticazione delle sottostanti tecnologie.

2. Storicamente, il diritto dei consumatori si è sviluppato in continuità con l'economia neoclassica. Quest'ultima parte dalla premessa che gli individui cercano di

¹² In questa sede non è possibile dar conto in modo esaustivo della abbondante letteratura scientifica in merito. Sia consentito a titolo meramente esemplificativo rinviare all'autorevole ALPA, CATRICALA', *Diritto dei Consumatori*, Bologna, 2016; Fra i più recenti, PAGLIANTINI, *Il consumatore “frastagliato”*, Pisa, 2021; BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Milano, 2020.

¹³ CORRIAS, *I soggetti vulnerabili nella disciplina comune e nei mercati regolamentati*, Napoli, 2022; CARTWRIGHT, *Understanding and Protecting Vulnerable Financial Consumers*, in 38(2) *Journal of Consumer Policy*, 2015, 119.

massimizzare l'utilità del consumo e sono in grado di compiere scelte oculate una volta ottenute tutte le informazioni rilevanti su un prodotto. Pertanto, l'utilizzo del modello economico neoclassico tradizionale implica la comprensione del consumatore come un *homo oeconomicus*, vale a dire un soggetto che agisce in modo sempre razionale, capace di prendere in considerazione tutte le informazioni disponibili, comprendendole appieno ed elaborandole, nonché in grado di soppesare tutte le opzioni a propria disposizione prima di giungere a una decisione perfettamente informata e logica. Questa visione, a sua volta, implica che i consumatori vengano considerati come agenti attivi arbitri dei mercati, poiché la capacità di ottimizzare le proprie scelte costringerebbe i mercati ad autoregolarsi.¹⁴

In questo quadro, il diritto dei consumatori si è evoluto sulla premessa che nel mercato esiste uno squilibrio tra consumatori e imprese, laddove sono soprattutto le asimmetrie informative a causare una sostanziale differenza nel potere contrattuale delle parti in grado di portare a un'importante inefficienza del mercato (*market failure*). Pertanto, a fronte di agenti economici contrattualmente deboli e in una condizione di intrinseca vulnerabilità, il diritto dei consumatori è stato concepito come mezzo per riequilibrare il mercato, proteggendo il contraente debole nel rapporto con le imprese.¹⁵

Nella narrativa economica neoclassica c'è sempre stata, e per molti versi c'è ancora, una forte convinzione che l'efficienza allocativa delle risorse debba essere lasciata al mercato più che alla regolamentazione,¹⁶ anche in quelle giurisdizioni dove il diritto dei consumatori viene concepito nel contesto di un'attenzione di più ampio respiro sociale, come avviene ad esempio nella maggior parte dei paesi membri

¹⁴ Per tutti, ALPA, CATRICALA', *Diritto dei Consumatori*, cit.; MICKLITZ, REICH, ROTT, TONNER, *European Consumer Law*, Cambridge, 2014; HOWELLS, WEATHERILL, *Consumer Protection Law*, Aldershot, 2005; WEATHERILL, *EU consumer law and policy*, Cheltenham, 2013; ZORZI GALGANO, *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contratto E Impresa Europa*, 2010, 442.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ CSERES, *Competition Law and Consumer Protection*, The Hague, 2005, 178.

dell'Unione Europea.¹⁷

Pertanto, il diritto dei consumatori dell'UE si è rapidamente orientato verso l'utilizzo dell'informazione come strumento primario di regolamentazione. Più o meno fin dagli albori, si è riconosciuto che la concorrenza nei mercati può funzionare solo se i consumatori dispongono di tutte le informazioni necessarie per prendere decisioni economiche efficienti. Di conseguenza, i rimedi informativi offerti dalla regolamentazione sono diventati rapidamente una scorciatoia largamente adottata per la correzione dei mercati.¹⁸ Tale tendenza e tecnica normativa si è protratta fino ai tempi recenti. Anzi, vale la pena notare come nel tempo l'interpretazione del paradigma dell'informazione da parte dell'UE si sia estesa e divenuta sempre più pervasiva, se non invasiva. Si veda, per esempio, come la direttiva sul credito al consumo¹⁹ non solo abbia imposto ai creditori di fornire ai consumatori informazioni esaurienti, ma anche di renderle accessibili in forma standardizzata.²⁰ La direttiva sulle pratiche commerciali sleali²¹ ha fatto un ulteriore passo avanti: la sua formulazione mostra un tentativo di conciliare i due obiettivi della libertà del mercato interno e di un'adeguata protezione dei consumatori, passando dall'approccio di armonizzazione minima delle direttive precedenti a quello di massima armonizzazione. Con questo approccio, il diritto europeo del consumatore diviene in grado di limitare la discrezionalità degli Stati Membri per quanto riguarda la possibilità di introdurre elementi di carattere sociale nella recezione delle norme sulla

¹⁷ RUTGERS, *European Contract Law and the Welfare State*, Zutphen, 2012; DOMURATH, *Consumer Vulnerability and Welfare in Mortgage Contracts*, Oxford, 2017.

¹⁸ SICILIANI, RIEFA, GAMPER, *Consumer Theories of Harm, an Economic Approach to Consumer Law Enforcement and Policy Making*, Oxford, 2019, 19.

¹⁹ Cit. nota 9.

²⁰ DOMURATH., *The Case for Vulnerability as the Normative Standard in European Consumer Credit and Mortgage Law – An Inquiry into the Paradigms of Consumer Law*, in (2018) 2 *EuCML* (2018), 124.

²¹ Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), GU L 149 dell'11.6.2005, 22–39.

protezione dei consumatori, pur mantenendo il criticato elemento di responsabilizzazione degli stessi.²²

D'altra parte, l'uso di uno standard elevato di consumatore sembra essere in linea con la considerazione che il regime di protezione dei consumatori dell'UE viene generalmente governato da considerazioni economiche e non sociali. Come scrive Norbert Reich, infatti, la protezione dei consumatori intesa come forma di protezione sociale è generalmente di competenza della legislazione nazionale degli Stati membri, non certo della UE.²³

L'impostazione adottata dal legislatore europeo - e a cascata dai legislatori nazionali - è pertanto stata quella di obbligare i mercati a fornire il maggior numero di informazioni possibili, senza curarsi troppo dell'efficienza di tale strumento, nella convinzione che il consumatore 'razionale e responsabile' sarebbe stato in grado di fare il resto.

In una tale ottica, nel quadro del diritto europeo, l'informazione è stata elevata da 'metodo' a 'diritto' ed è considerata, a torto o a ragione, il più fondamentale diritto specifico del consumatore.²⁴

Quando l'informazione è sovrana, al consumatore viene data la responsabilità di prestare attenzione, utilizzare gli strumenti messi a disposizione per difendersi dagli eccessi del mercato e valutare l'adeguatezza o meno dell'offerta alle proprie esigenze. Non sorprende, pertanto, che la posizione di default delle Corti di giustizia nell'UE sia stata, e continui a essere, quella per cui i consumatori siano dotati di elevate facoltà cognitive in grado di digerire le informazioni ad essi fornite. Parallelamente al paradigma dell'informazione, così, la giurisprudenza ha sviluppato

²² REICH, *Vulnerable Consumers in EU Law*, in LECZYKIEWICZ e WEATHERILL, *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law*, Oxford, 2018, 139.

²³ Ibid.

²⁴ Nella causa *GB- INNO- BM contro Confédération du Commerce Luxembourgeois* del 7 marzo 1990, ECLI: ECLI:EU:C:1990:102, la Corte di giustizia europea ha confermato come l'informazione ai consumatori sia 'sovrana'. In letteratura, STUYCK, *European consumer law after the Treaty of Amsterdam: Consumer policy in or beyond the internal market* in *37 Common Market Law Review*, 2000, 367.

la nozione di consumatore 'medio' come punto di riferimento. Nell'interpretare il termine giuridico 'consumatore' come "persona fisica che (...) agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale",²⁵ la Corte di giustizia ha dovuto determinare l'entità della protezione da accordare a chiunque rientri nell'ambito di applicazione del termine. In linea con casi precedenti in cui la questione si poneva in via incidentale,²⁶ la Corte ha costruito la sua decisione sulle aspettative di un 'consumatore medio ragionevolmente informato e ragionevolmente attento e avveduto'.²⁷

La giurisprudenza della Corte di giustizia europea ha continuato a utilizzare la formula *Gut Springenheide* per interpretare il comportamento del consumatore medio stabilendo un chiaro precedente giuridico,²⁸ peraltro introdotto anche nella legislazione europea in materia di tutela dei consumatori con la direttiva sulle pratiche commerciali sleali,²⁹ la quale nell'articolo 2 fa esplicito riferimento al

²⁵ Definito per esempio dalla Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori GU L 95 del 21.4.1993, 29–34 e dalla Direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE, GU L 133 del 22.5.2008, 66–92.

²⁶ Si vedano, ad esempio, le cause C-238/89 *Pall Corp. contro P.J. Dahlhausen & Co.* del 13 dicembre 1990, ECLI:EU:C:1990:473; C-126/91 *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V. contro Yves Rocher GmbH* del 18 maggio 1993 ECLI:EU:C:1993:191; C-315/92 *Verband Sozialer Wettbewerb eV contro Clinique Laboratoires SNC e Estée Lauder Cosmetics GmbH* del 2 febbraio 1994, ECLI:EU:C:1994:34; C-456/93 *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV contro Privatkellerei Franz Wilhelm Langguth Erben GmbH & Co. KG* del 25 giugno 1995, ECLI:EU:C:1995:206. Di particolare interesse è la causa C-470/93 *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV contro Mars GmbH* del 6 luglio 1995, ECLI:EU:C:1995:224, in quanto segna il primo riferimento esplicito alla categoria dei "consumatori ragionevolmente avveduti".

²⁷ Causa C-210/96 *Gut Springenheide GmbH e Rudolf Tusky contro Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung* del 16 luglio 1998, ECLI:EU:C:1998:369.

²⁸ Si vedano, per esempio, le cause C-342/97 *Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH contro Klijsen Handel BV* del 22 giugno 1999, ECLI:EU:C:1999:323; C-465/98 *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV contro Adolf Darbo AG* del 4 aprile 2000, ECLI:EU:C:2000:184; C-239/02 *Douwe Egberts NV v Westrom Pharma NV and Christophe Souranis, carrying on business under the commercial name of "Etablissements FICS" and Douwe Egberts NV contro FICS-World BVBA* del 15 luglio 2004, ECLI:EU:C:2004:445. In letteratura, si vedano in particolare DE GIULI, *Sul concetto di "vulnerabilità" secondo la Corte di Giustizia UE*, in *Diritto Penale e Uomo*, 2020, 1; PONCIBO', *Il consumatore medio*, in *Contratto Impresa Europa*, 2007, 756-757; INCARDONA, PONCIBO', *The average consumer, the unfair commercial practices directive and the cognitive revolution* in 30 *Journal of Consumer Policy*, 2007, 21.

²⁹ Cit. nota 21.

comportamento economico del consumatore medio di un determinato prodotto nella definizione di 'pratica commerciale sleale'.³⁰

L'assunto, pertanto, diventa che il consumatore medio non possa essere facilmente ingannato, stabilendosi uno standard elevato che pone l'accento sull'responsabilizzazione, autosufficienza e trasferimento di potere al consumatore agente economico attivo (*consumer empowerment*).

Un tale standard di consumatore è stato già ampiamente criticato dal mondo accademico come irrealisticamente esigente, eccessivamente semplificato e, più in generale, come una finzione giuridica lontana dal comportamento effettivo del singolo consumatore, sia in termini di informazione che di ragionevolezza.³¹

L'idea dell'*empowerment* del consumatore come 'Sacro Graal' della strategia dell'UE, spesso combinata con politiche di deregolamentazione del mercato, diviene di difficile accettazione se rapportata al sovraccarico di informazioni, alla crescente complessità (a volte artificiale) dei mercati e alle modalità eccessivamente (spesso artificialmente) complesse con cui vengono fornite le informazioni essenziali. In un tale contesto di mercato, nella realtà i consumatori finiscono spesso per essere esautorati, agendo così in modo meno informato e meno avveduto, in netto

³⁰ Si noti altresì come il Considerando 18 del preambolo chiarisca che la direttiva "prende come riferimento il consumatore medio, ragionevolmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, tenendo conto dei fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia".

³¹ Si veda, senza pretesa di completezza, HOWELLS, *The potential and limits of consumer empowerment by information*, in *Journal of law and Society*, 2005, 349; BEN SAHAR, SCHNEIDER, *More than you wanted to know – the failure of mandated disclosure*, Princeton, 2016; RABITTI, *Il consumatore vulnerabile e la fragilità del diritto. Brevi considerazioni*, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 2023; PAGLIANTINI, *Il consumatore "frastagliato"*, cit.; MICKLITZ, *The consumer: marketised, fragmentised, constitutionalised*, in LECZYKIEWICZ, WEATHERILL, *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law*, Oxford, 2018, 21; MEZZASOMA, *Consumatore e Costituzione*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2015, 311; NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004; PERLINGERI, *Il diritto privato europeo tra riduzionismo economico e dignità della persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 345-360; CORRIAS, *I soggetti vulnerabili nella disciplina comune e nei mercati regolamentati*, cit.; RUBINO, *L'evoluzione della nozione di "consumatore" fra tutela dei diritti della persona, economia collaborativa e futuro del mercato interno dell'Unione Europea*, in AA.VV. *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, 363; GENTILI, *La nullità di protezione*, in *Eur. Dir. priv.*, 2011, 79.

contrasto con gli obiettivi stessi dall'UE.³² Non ci si può certo aspettare che un consumatore reale sia sempre in grado di comprendere e/o disposto a valutare in modo approfondito la quantità di informazioni a sua disposizione prima di prendere una decisione di consumo; né ci si può aspettare che compia scelte perfettamente razionali, non offuscate da emozioni e influenze sociali di vario tipo.³³

All'opposto, in questa sede si sostiene perfino che per i consumatori sia razionale essere passivi o disimpegnati, un meccanismo attraverso il quale essi diventano vulnerabili o che amplifica una vulnerabilità già esistente. In questo senso, peraltro, si può arguire che i settori di mercato più problematici siano proprio i settori più essenziali per il benessere dei consumatori, tra cui alcuni servizi di interesse generale come l'energia e le telecomunicazioni, nonché il settore dei servizi finanziari, spesso tacciato di essere caratterizzato da un'inutile complessità dei prodotti, mancanza di trasparenza all'interno delle imprese e mancanza di fiducia nelle imprese stesse, cattiva o insufficiente consulenza e/o commissioni nascoste per gli intermediari con conseguenti vendite inadatte di prodotti, o costi e rischi elevati rispetto ai ricavi degli investimenti.³⁴

Come si vedrà oltre, lo stesso dicasi per un mercato digitale che permea sempre più in modo essenziale la società contemporanea.

3. Il benchmark del consumatore 'medio' può essere utilizzato per prendere in

³² Cfr. BEUC, *EU Consumers' 2020 Vision* (2012) <https://www.beuc.eu/publications/2012-00316-01-e.pdf>.

³³ INCARDONA, PONCIBO', *The average consumer, the unfair commercial practices directive and the cognitive revolution*, cit.

³⁴ BERTI DE MARINIS, *La tutela del cliente vulnerabile*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2018, 651; CARTWRIGHT, *Banks, Consumers and Regulation*, Oxford, 2004; CARTWRIGHT, *Understanding and Protecting Vulnerable Financial Consumers*, cit.; JOHNSTON, *Seeking the EU 'Consumer' in Services of General Economic Interest* in LECZYKIEWICZ, WEATHERILL, *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law*, Oxford, 2018, 93; MICKLITZ, DOMURATH, *Consumer debt and social exclusion in Europe*, Farnham, 2015; MICKLITZ, *Access to, and exclusion of, European consumers from financial markets after the global financial crisis*, in WILSON, *International responses to issues of credit and over-indebtedness in the wake of the crisis*, Farnham ; 2013, 47.

esame i concetti di 'debolezza del consumatore' e 'vulnerabilità'. Questo in quanto la nozione di consumatore 'vulnerabile' è stata sviluppata per distinguere il consumatore meno abile rispetto ai suoi pari c.d. 'medi'.

Il concetto di vulnerabilità è problematico, in primo luogo perché non in linea con gli obiettivi economici originari del diritto dei consumatori sopra esaminati. In secondo luogo, la difficoltà concettuale, e giuridica, derivano dalla stigmatizzazione di alcuni consumatori nei confronti di altri. Attraverso questa lente, i consumatori vulnerabili sono visti come consumatori di rango inferiore, non capaci come le controparti 'medie'. Così, il concetto di 'vulnerabilità' viene classificato come 'inferiorità rispetto alla media', non da ultimo nella direttiva sulle pratiche commerciali sleali, dove i consumatori vulnerabili vengono presentati come di rango inferiore rispetto alla media per via della loro infermità mentale o fisica, età o credulità.³⁵

Un più ampio concetto di 'vulnerabilità' è per molti versi legato all'influenza dell'economia comportamentale (*behavioural economics*), la disciplina che incorpora lo studio della psicologia nell'analisi economica per riconoscere i limiti che i consumatori hanno nel valutare le informazioni e nel compiere scelte razionali. Riconoscendo che in realtà i consumatori non prendono spesso decisioni razionali o logiche, e che le imprese possono sfruttare i pregiudizi comportamentali per indirizzare a proprio vantaggio il comportamento dei consumatori, l'economia comportamentale cerca di comprendere come tali meccanismi si sviluppino e se ne possano superare i pregiudizi.³⁶

³⁵ Cfr. Articolo 5(3) della direttiva sulle pratiche commerciali sleali, cit. Nella dottrina italiana, per tutti si vedano i contributi in CORRIAS, PIRAS, *I soggetti vulnerabili nell'economia, nel diritto e nelle istituzioni*, Napoli, 2021.

³⁶ Questa disciplina è stata introdotta da KHANEMAN, TVERSKY, *Prospect theory: An analysis of decision under risk*, in 47 *Econometrica*, 1979, 263. KHANEMAN, TVERSKY, *Loss aversion in riskless choice: A reference dependent model*, in 106 *Quarterly Journal of Economics*, 1991, 1039; KHANEMAN, TVERSKY, *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*, in 185 *Science*, 1974, 1124. Tale disciplina è stata ulteriormente sviluppata da THALER e SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, 2008, i quali hanno portato aspetti

Così, la dottrina è andata oltre alla valutazione delle caratteristiche strettamente personali (età, genere, localizzazione geografica, istruzione e lingua) per prendere in considerazione una gamma sempre più ampia di fattori socio-economici, oltre a osservare come elementi esterni possano creare, influenzare o rafforzare le vulnerabilità. Precursore di questo mutamento dottrinale lo si deve al lavoro di David Caplovitz, che già negli anni sessanta ha evidenziato la situazione di fattiva vulnerabilità dei consumatori a basso reddito.³⁷ Più recentemente, Martha Fineman ha sviluppato una teoria della vulnerabilità che serve sempre più come punto di riferimento per lo studio del diritto dei consumatori.³⁸ Fineman concepisce la vulnerabilità come un'esperienza universale e sempre presente, che può emergere in qualsiasi momento per via di circostanze individuali o da quella che l'autore definisce *embeddedness* (cioè il rapporto o l'integrazione di un individuo con le istituzioni, la società e la cultura che lo circondano). L'approccio di Fineman si concentra così sulla struttura della società e adotta una visione più sostanziale del concetto di uguaglianza. Tale teoria è utile in un contesto consumeristico perché elimina la necessità di categorizzare gli individui e, nel caso dei consumatori, evita di stigmatizzare i consumatori vulnerabili, troppo spesso percepiti come coloro che non possono, o non possono più, far fronte alle esigenze della moderna società dei consumi.³⁹

Riflettendo sul diritto europeo, si sarebbe potuto pensare che il lavoro della Commissione europea potesse mostrare un'apertura normativa verso le più recenti teorie comportamentali e il riconoscimento dei consumatori vulnerabili. Il Rapporto

dell'economia comportamentale, come la teoria dei *nudge*, nelle politiche legislative dominanti. La teoria dei *nudge* sostiene che i processi decisionali e i comportamenti possono essere influenzati attraverso suggerimenti e rinforzi indiretti con un'efficacia pari o superiore a quella che può essere ottenuta attraverso l'imposizione di regole, leggi o istruzioni dirette.

³⁷ CAPLOVITZ, *The Poor pay more*, New York, 1967.

³⁸ FINEMAN, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in 20 *Yale Journal of Law and Feminism*, 2008, 1; FINEMAN, *Vulnerability and Inevitable Inequality*, in 4 *Oslo Law Review*, 2017, 133.

³⁹ *Ibid.*

sulla vulnerabilità dei consumatori nei mercati chiave dell'unione europea ha infatti proposto l'adozione di una definizione più esaustiva di consumatore vulnerabile, sottolineando come le caratteristiche socio-demografiche, le caratteristiche comportamentali, la situazione personale o l'ambiente di mercato possano avere un effetto decisivo sul consumo. La Commissione evidenzia come a causa di una combinazione di questi fattori, i consumatori siano più a rischio di subire esiti negativi sul mercato, abbiano una capacità limitata nel massimizzare il proprio benessere, abbiano difficoltà a ottenere o assimilare informazioni, siano meno in grado di scegliere o accedere a prodotti adeguati, o siano più suscettibili a subire determinate pratiche di marketing.⁴⁰

Questo modesto spiraglio non trova tuttavia eco nel diritto dell'UE e, a cascata, nel diritto nazionale degli Stati Membri, dove permane una concettualizzazione limitata della vulnerabilità dei consumatori.

Vale comunque la pena ricordare che, nonostante la maggior parte della giurisprudenza della Corte di giustizia europea continui a perseguire fedelmente il paradigma dell'informazione al consumatore medio,⁴¹ in rari casi la Corte stessa ha adottato un approccio più protettivo.⁴² Tale orientamento ha tuttavia avuto una portata molto limitata, applicabile solo in contesti specifici, rimanendo un'eccezione alla regola generale dell'interpretazione del consumatore come ragionevolmente avveduto, applicabile solo nei casi in cui la Corte ha esaminato la legislazione

⁴⁰ Commissione Europea, *Consumer vulnerability across key markets in the European Union* (Gennaio 2016), <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/79b42553-de14-11e6-ad7c-01aa75ed71a1>

⁴¹ Da ultimo, si vedano le cause C-139/22 *AM and PM contro mBank S.A.* del 21 settembre 2023, ECLI:EU:C:2023:692; C-265/22 *ZR e PI contro Banco Santander, SA.* del 13 luglio 2023, ECLI:EU:C:2023:578.

⁴² La prima e più significativa di queste decisioni è stata la sentenza della Corte nella causa C-382/87 *R. Buët e Educational Business Services (EBS) SARL contro Pubblico Ministero* del 16 maggio 1989, ECLI:EU:C:1989:198, dove ha ritenuto che un regolamento francese che vietava la vendita porta a porta di materiale didattico non costituisse una restrizione sproporzionata alle disposizioni del Trattato UE sulla libera circolazione delle merci, dato che il potenziale acquirente solitamente appartiene a una categoria di persone che, per un motivo o per l'altro, sono poco istruite e cercano di colmare una tale mancanza, rendendoli particolarmente vulnerabili di fronte ai venditori di materiale didattico.

nazionale che fornisce una protezione aggiuntiva a un gruppo ristretto e specifico di consumatori.⁴³

Tuttavia, con la più recente legislazione dell'UE in materia di tutela dei consumatori che propende per un approccio di armonizzazione totale - sia in generale che nel contesto specifico delle vendite fuori dai locali commerciali - è dubbio che si possano verificare eccezioni nazionali che possano portare al medesimo risultato.³³

4. Procedendo con una disamina verso il mercato digitale, occorre sin da subito rilevare come la percezione del consumatore non sia cambiata.

Al contrario, le politiche e la regolamentazione UE puntano sempre più sul c.d. *empowerment* dei consumatori, rafforzandone il ruolo e mirando a garantire loro modalità più immediate per ottenere informazioni, confrontare prodotti e condividere esperienze, oltre che ad avere il controllo sui propri dati.

È interessante rimarcare come la Nuova Agenda dei Consumatori osservi come questi ultimi siano la parte più debole di una transazione e che necessitino di protezione per la salute, sicurezza e interessi economici. Si sottolinea che alcuni gruppi possono essere particolarmente vulnerabili, per cause legate alla situazione sociale o a particolari caratteristiche (età, genere, salute, alfabetizzazione digitale, capacità di calcolo o situazione finanziaria, mancanza di accessibilità).⁴⁴

Tuttavia, una rapida carrellata della regolamentazione in essere, o prospettata, dal legislatore europeo evidenzia una mancanza di discostamento dalla visione del consumatore medio tradizionalmente inteso, all'opposto rinforzandone la responsabilizzazione in talune fattispecie nell'aspirare a porre i consumatori al centro

⁴³ Un ridotto numero di decisioni successive presentano argomentazioni simili. Si veda, per esempio, la causa C-441/04 *A-Punkt Schmuckhandel contro Claudia Schmidt* del 23 febbraio 2006, ECLI:EU:C:2006:141.

⁴⁴ Nuova Agenda dei Consumatori, cit. nota 3.

del progetto digitale e in pieno controllo dei propri dati.⁴⁵

Il *DMA*, considerata un'iniziativa a tutela dei consumatori, cerca di promuovere la concorrenza nei mercati digitali tenendo sotto controllo le grandi piattaforme online e imponendo obblighi per favorire la libera scelta, ad esempio attraverso la portabilità.⁴⁶ Tuttavia, la normativa non menziona affatto situazioni di vulnerabilità.

Allo stesso modo, il *DSA*, incentrato sulla protezione dei consumatori, cerca di garantire fiducia nell'economia digitale con una sezione dettagliata sui mercati online e norme ritenute complementari all'*acquis* in materia di protezione dei consumatori⁴⁷ - in particolare la direttiva (UE) 2019/2161 che stabilisce norme specifiche per aumentare la trasparenza di alcune caratteristiche offerte da determinati servizi della società dell'informazione.⁴⁸ Tuttavia, nel *DSA* la vulnerabilità dei consumatori viene appena menzionata. Nelle rare occasioni in cui questo avviene, la concettualizzazione della vulnerabilità è ancora molto limitata. In piena continuità con il passato, il *DSA* si concentra sul genere, razza o origine etnica, religione o convinzioni personali, disabilità, età o orientamento sessuale come fattori che rendono gruppi o persone vulnerabili o svantaggiate nell'uso dei servizi digitali. La visione della vulnerabilità rimane ancora molto ancorata a fattori personali, così come avviene nel caso della

⁴⁵ Si veda, ad esempio, la strategia UE sull'Open Finance, con dichiarata intenzione del legislatore di porre i consumatori al centro del progetto, conferendo loro pieno controllo sui propri dati, consapevolezza sul relativo utilizzo e protezione da usi impropri. Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni relativa a una strategia in materia di finanza digitale per l'UE, COM/2020/591 final; Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni relativa a una strategia in materia di pagamenti al dettaglio per l'UE, COM/2020/592 final; Commissione europea, Targeted consultation on open finance framework and data sharing in the financial sector, https://finance.ec.europa.eu/regulation-and-supervision/consultations/finance-2022-open-finance_en.

⁴⁶ Cit. nota 4.

⁴⁷ Cit. nota 5.

⁴⁸ Direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori, GU L 328 del 18.12.2019, 7–28.

normativa in materia di protezione dei dati personali (GDPR), che considera come sensibili i dati inerenti a tali categorie.⁴⁹

Parimenti, l'AIA⁵⁰ si concentra principalmente su attributi personali. La proposta di regolamento vieta alcune pratiche di intelligenza artificiale che abbiano un potenziale significativo di manipolare le persone attraverso tecniche subliminali al di là della loro coscienza o di sfruttare le vulnerabilità di specifici gruppi vulnerabili, come i bambini o le persone con disabilità, al fine di distorcere materialmente il loro comportamento in modo tale da causare a loro o a un'altra persona danni psicologici o fisici. Altre pratiche manipolative o di sfruttamento nei confronti degli adulti che potrebbero essere facilitate dai sistemi di intelligenza artificiale potrebbero essere coperte dalla legislazione esistente in materia di protezione dei dati, protezione dei consumatori e servizi digitali, che garantisce che le persone fisiche siano adeguatamente informate e abbiano la possibilità di scegliere liberamente di non essere soggette alla profilazione o ad altre pratiche che potrebbero influenzare il loro comportamento.⁵¹ Nel dettaglio, l'articolo 5(1)(b) della proposta vieta:

“l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di IA che sfrutta le vulnerabilità di uno specifico gruppo di persone, dovute all'età o alla disabilità fisica o mentale, al fine di distorcere materialmente il comportamento di una persona che appartiene a tale gruppo in un modo che provochi o possa provocare a tale persona o a un'altra persona un danno fisico o psicologico;”

Il danno economico sembra quindi escluso dall'ambito di protezione, lasciando la possibilità dell'uso dell'intelligenza artificiale nello sfruttamento e nella loro manipolazione dei consumatori in contesto economico. Tuttavia, la definizione di intelligenza artificiale ad alto rischio contenuta nell'articolo 7, che consente alla Commissione di adottare atti delegati, tiene conto della vulnerabilità in modo

⁴⁹ MALGIERI, *Vulnerability and Data Protection Law*, Oxford, 2023.

⁵⁰ Cit. nota 6.

⁵¹ Relazione, para. 5.2.3

leggermente più ampio. L'articolo 7(2)(f) della proposta tiene conto della misura in cui le persone potenzialmente danneggiate o con un impatto negativo si trovino in una posizione vulnerabile rispetto all'utente di un sistema di intelligenza artificiale, in particolare a causa di uno squilibrio di potere, di conoscenze, di circostanze economiche o sociali o di età. Questa è di gran lunga la concezione più ampia di vulnerabilità, ma può essere presa in considerazione solo in presenza di un rischio elevato per la salute e la sicurezza o per i diritti fondamentali, limitandone così drasticamente la possibilità di applicazione.

Ancora, sempre nell'ottica di favorire l'innovazione e la concorrenza, la Commissione europea ha recentemente presentato una proposta di Regolamento sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (*Data Act*).⁵² La proposta affronta il tema della concentrazione dei dati nel mercato e ha l'obiettivo di garantire equità nell'allocazione del valore dei dati stessi e promuoverne l'accesso e l'uso, creando un quadro di *governance* orizzontale e intersettoriale. Per raggiungere l'obiettivo, il Data Act mira a garantire che una più ampia gamma di soggetti interessati abbia accesso a un maggior numero di dati per usi innovativi. Di rilievo in questa sede è l'isolata menzione alla vulnerabilità del consumatore e la conseguente ininterrotta visione del consumatore medio da parte del legislatore. La proposta normativa mira a evitare che gli operatori digitali ricorrano a mezzi coercitivi, ingannevoli o manipolatori nei confronti degli utenti, sovvertendone o pregiudicandone l'autonomia, il processo decisionale o le scelte, anche mediante l'uso di interfacce digitali. In tale contesto, non dovrebbero fare affidamento sui cosiddetti *dark patterns*, vale a dire tecniche di progettazione che ingannano i consumatori spingendoli verso decisioni che hanno conseguenze per loro negative. Ebbene, il Considerando 34 del Data Act si limita a riconoscere che queste tecniche di manipolazione possano essere utilizzate per persuadere gli utenti, in particolare i consumatori vulnerabili, ad adottare

⁵² Cit. nota 7.

comportamenti indesiderati, per indurli con l'inganno a prendere decisioni in favore di operazioni di divulgazione dei dati, o per distorcere indebitamente il processo decisionale degli utenti del servizio, in modo da sovvertirne e pregiudicarne l'autonomia, il processo decisionale e la scelta.

Passando alla disamina di legislazione settoriale, la proposta di direttiva sul credito al consumo⁵³ menzionava i consumatori vulnerabili solo due volte nella relazione esplicativa. Dapprima, riconosce come la crisi del COVID-19 e le conseguenti misure di confinamento abbiano accelerato la trasformazione digitale e abbia altresì avuto un impatto significativo sul mercato del credito e sui consumatori, in particolare quelli vulnerabili, rendendo molte famiglie finanziariamente più vulnerabili.⁵⁴ Inoltre, limita l'intervento ai servizi di consulenza in materia di debito (*debt advice*), all'informazione e ad alcuni miglioramenti delle norme relative al merito creditizio, sebbene possa ritenersi che l'allargamento del proprio ambito di applicazione a una serie di prestiti precedentemente esclusi e a nuove misure di tolleranza dovrebbero rivelarsi utili ad assistere i consumatori più vulnerabili.⁵⁵ Il testo della risultante Direttiva 2023/2225⁵⁶ appena emanato si limita all'enunciato del Considerando 76, secondo cui:

“Il quadro dell'Unione applicabile dovrebbe dare ai consumatori fiducia nel fatto che i creditori e gli intermediari del credito tengono conto degli interessi del consumatore, compresi la sua eventuale vulnerabilità e le sue difficoltà a comprendere il prodotto, sulla base delle informazioni a disposizione del creditore o dell'intermediario del credito nel momento considerato e di ipotesi ragionevoli circa i rischi cui è esposta la situazione del consumatore per tutta la durata del contratto di credito proposto.”

⁵³ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del consiglio relativa ai crediti al consumo, COM/2021/347 final.

⁵⁴ Relazione esplicativa alla proposta di direttiva relativa ai crediti al consumo, cit. nota 53, punto 1.

⁵⁵ Ibid., punto 3.

⁵⁶ Cit. nota 9.

Nell'ambito delle priorità della *Digital Financial Strategy*⁵⁷ – la politica della Commissione volta a promuovere l'innovazione guidata dai dati nel settore finanziario - l'UE mira a creare uno spazio comune di dati finanziari attraverso una serie di misure più specifiche. Di rilievo è la priorità di creare una maggiore condivisione e accesso ai dati per il loro riutilizzo nel settore finanziario, aprendo così la strada alla cd. 'finanza aperta' (*Open Finance*). L'*Open Finance* intende essere un'iniziativa incentrata sul cliente, il cui cardine si fonda sul controllo dei dati da parte dello stesso. Tra le possibili questioni giuridiche da analizzare, diviene essenziale determinare quale sia la condizione giuridica per il trattamento dei dati, nonché gli strumenti giuridici affinché i consumatori vengano responsabilizzati e mantengano un effettivo controllo, sempre che queste siano le soluzioni idonee a una effettiva tutela nel mercato digitale.⁵⁸

5. La ricerca di equità per i consumatori nei mercati digitali richiede la messa in discussione dello *status quo* e delle basi consolidate del diritto dei consumatori dell'UE. La Nuova Agenda dei Consumatori si limita ad aggiornare la direttiva sulla tutela dei consumatori e gli orientamenti della direttiva sui diritti dei consumatori per garantire che i consumatori beneficino di un livello di protezione e di equità online paragonabile a quello di cui godono offline.⁵⁹ Questa posizione appare miope in quanto presuppone che i mercati offline funzionino in modo ottimale per i consumatori. In tutti questi anni si è pensato che l'equità sarebbe stata raggiunta affidandosi all'informazione come rimedio, aspettandosi che il consumatore medio garantisse che le imprese fossero tenute sotto controllo.

⁵⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni relativa a una strategia in materia di finanza digitale per l'UE, COM/2020/591 final.

⁵⁸ Sull'*Open Finance* si veda FERRETTI, *L'Open Finance: Quali prospettive regolatorie per una strategia UE in materia di protezione dei consumatori nella finanza digitale?*, in *Banca Impresa Società*, 2023, 277; PARACAMPO, *Trasformazione digitale del settore finanziario e open finance: quali prospettive per un credito "sostenibile"?* Prime riflessioni, in *Media Laws*, 2023, 1.

⁵⁹ Nuova Agenda dei Consumatori, cit. nota 3.

Nel momento in cui l'UE cerca di muoversi verso un'Europa digitale, la realizzazione della protezione dei consumatori nel mercato unico digitale richiede diversi cambiamenti radicali nei concetti e nei metodi utilizzati finora per proteggere i consumatori, andando ben oltre rispetto a quanto lasci intendere la nuova agenda dei consumatori.

I mercati digitali sono un terreno fertile per la vulnerabilità. In linea di principio, tutti i consumatori sono coinvolti. Di conseguenza, questa realtà contrasta con il culto del consumatore medio. Nell'ambiente digitale, più che nel mercato tradizionale, il consumatore medio si scontra con una realtà dove è lecito aspettarsi che fatichi maggiormente a comportarsi come idealizzato.

La tecnologia stessa è un fattore trainante della vulnerabilità, intesa non in senso prettamente giuridico ma di fatto. Come già notato da altri, le fonti di vulnerabilità possono essere individuate non solo nelle vulnerabilità attuali (quelle che esistono e si sono già concretizzate) ma anche in quelle disposizionali (quelle latenti e non ancora concretizzate). Così, la raccolta di dati può non danneggiare i consumatori al momento e in ogni istante in cui essi vengono raccolti. Ma la raccolta di grandi quantità di dati da fonti diverse e non correlate, unitamente alla loro fusione in un profilo, potrebbero rendere i consumatori 'disposizionalmente' vulnerabili. Per prevenire abusi o usi imprevedibili, la protezione dovrebbe quindi pensare all'uso futuro dei dati e non solo a quello effettivo.⁶⁰

La vulnerabilità deriva anche dal fatto che, nei mercati digitali, i consumatori spesso si disimpegnano. Lasciano che sia l'algoritmo a guidarli. È quanto mai raro che tentino di disattivare gli avvisi sulla privacy o di cercare un'offerta migliore, pur sapendo che i prezzi possono essere personalizzati. Non leggono i termini e le condizioni che consentono all'operatore di raccogliere dati e utilizzarli a proprio vantaggio, e così via. A questo proposito, viene evidenziato come i consumatori

⁶⁰ HELBERGER, LYNSKEY, MICKLITZ, ROTT, SAX, STRYCHARZ, *EU Consumer Protection 2.0, Structured Asymetries in digital consumer markets*, Bruxelles, 2021.

‘disimpegnati’ si trovino in situazioni di acquisto vulnerabili, non per particolari carenze cognitive o caratteristiche socio-demografiche, ma perché la struttura stessa dei mercati di consumo su cui si evolvono porta all'apatia attraverso l'offuscamento. In questi casi, infatti, diviene del tutto razionale che i consumatori si disimpegnino. In generale, i consumatori sono vittime della manipolazione online, ovvero dell'uso delle tecnologie per influenzare in modo occulto il processo decisionale di una persona, sfruttandone le vulnerabilità decisionali. Il disimpegno è il risultato del funzionamento di un mercato che si ostina a trattare i consumatori in modo iniquo, creando così una vulnerabilità, oltre a creare malfunzionamenti nel mercato stesso. I consumatori fanno solo la cosa più razionale possibile: non perdono tempo a leggere le note sulla privacy o i termini e le condizioni.⁶¹

Torna utile, quindi, considerare anche il ruolo delle strutture nel profilo di vulnerabilità dei consumatori. Come sostenuto da Helberger et al., nella società digitale la vulnerabilità risiede nelle architetture di scelta digitale in cui i consumatori si muovono quotidianamente, in quanto progettate per indurre o creare vulnerabilità. Tali vulnerabilità - siano esse disposizionali o contingenti - non sarebbero uno sfortunato sottoprodotto dei mercati digitali, ma il prodotto stesso dei mercati digitali. Così, nelle pratiche digitali la configurazione commerciale diviene solo una parte di un approccio più ampio e sistemico per influenzare il comportamento dei consumatori.⁶²

Pertanto, se da un lato si riconosce che la vulnerabilità sia più variegata di quanto previsto dal diritto, dall'altro le cause strutturali della creazione o aggravamento della vulnerabilità risultano meno documentate.

Come prospettato da Fineman, un crescente riconoscimento del fatto che gli elementi esterni creino, influenzino o rafforzino le vulnerabilità producono un

⁶¹ SICILIANI, RIEFA, GAMPER, *Consumer Theories of Harm, An economic approach to consumer law enforcement and policy making*, cit.

⁶² Ibid.

fenomeno che può essere identificato come ‘vulnerabilità sistemica’, cioè una vulnerabilità creata dal sistema stesso, una vulnerabilità della persona che deriva dal modo in cui un sistema è concepito - in altre parole, dalla sua architettura.⁶³

Tuttavia, la vulnerabilità sistemica del mercato digitale non sarebbe limitata esclusivamente alla sua architettura, ma sarebbe anche il risultato di sistemi che non riescono ad assisterli, come una regolamentazione mal concepita o inefficiente. Trattasi, ad esempio, di regole di concorrenza obsolete o di una scarsa protezione dei dati o di un eccessivo affidamento alle informazioni - fragilità normative tutte ben documentate in letteratura.⁶⁴

Piuttosto che regolamentare facendo una distinzione tra sistemi o tra gruppi di consumatori e la loro capacità come avviene oggi, pertanto, sembrerebbe più opportuno puntare sulle asimmetrie digitali riconoscendo il concetto di ‘vulnerabilità digitale’ caro a Helberger et al., al fine di poter descrivere uno stato universale di incapacità di difendersi e suscettibilità a squilibri di potere economico, in aggiunta al potenziale sfruttamento tipico della crescente automazione commerciale, delle relazioni dati-consumatore-venditore e dell'architettura stessa dei mercati digitali.

6. Come ampiamente notato sopra, nonostante i limiti ben documentati e le numerose critiche, l'informazione rimane a tutt'oggi il principale strumento giuridico di tutela dei consumatori.

In questa sede, si sostiene che con il mercato digitale il paradigma dell'informazione sia sempre meno appropriato e, di pari passo, vi sia la necessità di rivalutare le principali nozioni del diritto del consumo a cominciare dal concetto giuridico di

⁶³ FINEMAN, *Vulnerability and Inevitable Inequality*, cit.

⁶⁴ HELBERGH et al., *EU Consumer Protection 2.0, Structured Asymmetries in digital consumer markets*, cit.; RIEFA, SAINTIER, *The way forward: For an inclusive access to justice to protect vulnerable consumers* in RIEFA, SAINTIER *Vulnerable Consumers and the Law: Consumer Protection and Access to Justice*, Oxford, 2021, 248; CREUTZFELDT, GILL, CORNELIS, MCPHERSON, *Access to justice for vulnerable and energy-poor consumers, Just Energy?* Oxford, 2021.

consumatore ‘medio’.

A quest’ultimo proposito, si riscontra una modesta prospettiva con una domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia UE da parte del Consiglio di Stato, laddove si chiede se la nozione di consumatore ‘medio’, inteso come consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, non debba essere formulata con riferimento alla miglior scienza ed esperienza delle più recenti teorie sulla ‘razionalità limitata’. Queste, infatti, hanno dimostrato come le persone agiscono spesso riducendo le informazioni necessarie con decisioni irragionevoli se parametrize a quelle che sarebbero prese da un soggetto ipoteticamente attento ed avveduto, acquisizioni che impongono una esigenza protettiva maggiore dei consumatori nel caso, sempre più ricorrente nelle moderne dinamiche di mercato, di pericolo di condizionamenti cognitivi.⁶⁵

Seppure una tale interpretazione possa già rappresentare un passo in avanti nella protezione del consumatore, specialmente nei mercati digitali, come notato sopra gli attuali dibattiti dottrinali sulla psicologia dei consumi e nelle scienze sociali sembrano essere già andati ben oltre l’idea di ‘razionalità limitata’, per tenere conto non solo dei limiti cognitivi ma anche di vincoli sociali, abitudini, motivazioni, etc.

Spingendosi oltre alle predette teorie dottrinali, qui si sostiene che occorrerebbe, piuttosto, riconoscere che nelle dinamiche dei mercati digitali il consumatore medio è vulnerabile di default– o, in altre parole, la vulnerabilità rappresenta lo standard del consumatore ‘medio’.

Riconoscendo che la vulnerabilità dei consumatori nei mercati digitali è di ampia concezione, disancorata dalla sua limitata nozione giuridica e che, anzi, rappresenta la norma nella misura in cui ogni consumatore è vulnerabile, implica che verrebbe a

⁶⁵ Causa C-646/22, Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato (Italia) il 13 ottobre 2022 — *Compass Banca SpA / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, OJ C 24, 23.1.2023, 28–29. Sulla nozione economica di razionalità limitata, si veda in particolare BANCA D’ITALIA, *Bounded rationality and expectations in economics*, in *Questioni di economia e finanza*, luglio 2020.

cambiare il modo in cui viene immaginato il diritto e la sua applicazione. L'attenzione normativa dovrebbe così spostarsi dalla definizione di vulnerabilità o dall'individuazione di particolari gruppi verso un concetto di vulnerabilità rivolto alla gestione delle fonti di vulnerabilità, che ricomprendono *in primis* l'asimmetria digitale come fonte primaria. A tal fine, è auspicabile un approccio che preveda un quadro normativo costituito da obblighi positivi e sostanziali piuttosto che affidarsi, come guida, all'equità procedurale. Si tratterebbe di sviluppare standard di condotta più prescrittivi tali da introdurre regole volte a garantire un dovere positivo di correttezza da parte dei prestatori di servizi digitali.

La promozione di un siffatto approccio alla regolamentazione non eliminerebbe del tutto i doveri informativi, che in una certa misura rimarrebbero comunque necessari, ma cesserebbe di affidarsi alle informazioni come proxy di protezione.

L'attuale ondata normativa dei mercati digitali rappresentata dal GDPR, DMA, DSA, Data Act, AIA etc. prosegue con un approccio frammentario che affronta vari aspetti, ma non affronta il tema della vulnerabilità intesa come asimmetria digitale. A tal uopo, occorrerebbe un dovere positivo in capo ai prestatori di servizi di operare in modo equo, invitando il legislatore a ripensare le operazioni digitali in termini di correttezza progettuale proprio allo scopo di ridurre quella asimmetria digitale causa della nuova vulnerabilità.

Come recentemente sostenuto in modo convincente da Gianclaudio Malgieri e Frank Pasquale, con la richiesta di misure di controllo di qualità prima dell'impiego delle nuove tecnologie digitali, un approccio *ex ante* spesso attenuerebbe e talvolta impedirebbe del tutto i danni che esse provocano o contribuiscono a provocare. Ad esempio, un sistema di concessione di licenze sarebbe un importante strumento di regolamentazione *ex ante* da utilizzarsi in diversi mercati digitali, specialmente quelli ad alto rischio. Le agenzie di autorizzazione dovrebbero richiedere ai prestatori di servizio di dimostrare che le loro tecnologie digitali soddisfano chiari requisiti di sicurezza, non discriminazione, accuratezza, adeguatezza e correggibilità prima di

essere impiegate. Secondo questo modello di regolamentazione *ex ante*, gli sviluppatori di nuove tecnologie avrebbero l'onere di dimostrare che il loro utilizzo non è discriminatorio, manipolativo, ingiusto, impreciso o illegittimo.⁶⁶ Malgeri e Pasquale riconoscono altresì che, a differenza delle normative sin qui in essere applicabili al dominio digitale, un modello del genere trova già riscontro nel AIA come primo timido tentativo di regolamentazione verso un regime di licenze *ex ante* in aree ad alto rischio. Questo avviene attraverso la procedura di valutazione di conformità che i fornitori di sistemi di IA ad alto rischio devono eseguire per dimostrare la conformità a diversi principi e garanzie di progettazione, tra cui la *governance* dei dati, l'integrità e la supervisione umana.⁶⁷ Tuttavia, un siffatto impianto normativo dovrebbe essere rafforzato attraverso un ampliamento del suo ambito di applicazione e del suo contenuto sostanziale a causa della portata limitata del modello di autorizzazione, della mancanza di trasparenza del processo di giustificazione *ex ante* e del contenuto limitato della giustificazione dell'AIA.⁶⁸

Un tale invito a riconsiderare il diritto dei consumatori, specialmente nei mercati digitali, trova giustificazione dal fatto che, in difetto, i danni subiti dai consumatori non solo persisterebbero, ma rischierebbero altresì di peggiorare laddove si affermasse la sfiducia dei consumatori nei mercati, oltre a rappresentare un limite per un sano sviluppo dell'economia digitale. Ripensare al diritto in termini di obblighi di correttezza *by default* e *by design* condurrebbe a garantire che i consumatori possano essere trattati in modo equo, giusto o comunque ragionevole *ex ante*, riflettendone la reale natura comportamentale. Allo stesso tempo, responsabilizzerebbe i prestatori di servizi facilitando la supervisione e l'applicazione del diritto stesso.

⁶⁶ MALGERI, PASQUALE, *Licensing high-risk artificial intelligence: Toward ex ante justification for a disruptive technology*, in 52 *Computer Law & Security Review*, 2024.

⁶⁷ Articoli 9-15 AIA.

⁶⁸ MALGERI, PASQUALE, *Licensing high-risk artificial intelligence: Toward ex ante justification for a disruptive technology*, cit.

In definitiva, la correttezza nei mercati digitali diverrebbe essere di natura architeturale e non qualcosa da offrire ai consumatori come rimedio dopo che il danno si è già verificato.

Per concludere, una reinterpretazione giuridica del concetto di consumatore 'medio' in termini di vulnerabilità *lato sensu* appare quanto mai necessaria. Di pari passo, sarebbe desiderabile una regolamentazione che, riconoscendo una tale vulnerabilità, non si concentri su tentativi di darne una definizione ma si rivolga a contrastarne le fonti *ex ante*, con obblighi di correttezza architeturale *by design e by default*. Questo risponderebbe non solo a esigenze di equità nella protezione della parte debole nel sinallagma contrattuale in un momento storico particolarmente critico sul piano socio-economico, ma favorirebbe anche quella fiducia nei mercati essenziale per l'espansione degli stessi.

Federico Ferretti

Associato di Diritto dell'economia

nell'Alma Mater Studiorum Università di Bologna