

DIRITTO DELL'ECONOMIA

Collana diretta da

Eugenio Picozza e Raffaele Lener

GIORGIO MATTARELLA

L'inclusione finanziaria degli immigrati

**La tutela del consumatore vulnerabile
nei servizi bancari**



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

Capitolo Primo

L'INCLUSIONE FINANZIARIA COME LIMITE ALL'AUTONOMIA PRIVATA

SOMMARIO: 1. Inclusione finanziaria: definizioni e delimitazione del campo di indagine. – 2. L'inclusione finanziaria come limite all'autonomia privata; il divieto di discriminazione nell'accesso ai servizi bancari. – 3. Le peculiarità dell'esclusione finanziaria degli immigrati. – 3.1. L'omesso rilievo della diversità culturale del consumatore. – 4. Il principio di effettività della tutela: oltre il consumatore medio.

1. Inclusione finanziaria: definizioni e delimitazione del campo di indagine

Poiché nella società odierna l'inclusione finanziaria è un presupposto dell'inclusione sociale¹, l'accesso ai servizi bancari sollecita una riflessione sul problema dell'inclusione finanziaria degli immigrati, per i quali l'accesso ai servizi finanziari² trova ostacoli non solo economici ma, ancor prima, sociali, culturali, linguistici e religiosi.

L'esclusione finanziaria, alla quale dunque gli immigrati sono più di altri esposti, consiste, secondo una definizione comunemente accettata, nella diffi-

¹G. COMPARATO, *The Financialisation of the Citizen. Social and Financial Inclusion through European Private Law*, Hart Publishing, Oxford, 2018, *passim*; E. MACCHIAVELLO, *La regolazione della microfinanza tra equità ed efficienza*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2012, 2, p. 319 ss.; E. MACCHIAVELLO, *Microfinance and Financial Inclusion. The Challenge of Regulating Alternative Forms of Finance*, Taylor & Francis Group, New York, 2018, *passim*; G. CORRADO, *L'esclusione finanziaria*, Giappichelli, Torino, 2012, *passim*; EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR EMPLOYMENT, SOCIAL AFFAIRS AND EQUAL OPPORTUNITIES, *Financial Services Provision and Prevention of Financial Exclusion*, Bruxelles, 2008, p. 1 ss.

²Si veda L. ANDERLONI, E.M. CARLUCCIO, *Access to Banks Accounts and Payment Services*, in L. ANDERLONI, M.D. BRAGA, E.M. CARLUCCIO (a cura di), *New Frontiers in Banking Services Emerging Needs and Tailored Products for Untapped Markets*, Springer, 2006, p. 7.

coltà che si incontra nell'accedere e nell'utilizzare prodotti e servizi finanziari adeguati ai propri bisogni e che consentano alle persone di condurre lo stile di vita comune alla società cui appartengono³.

Tra tali ostacoli gioca un ruolo di indiscutibile rilievo la regolamentazione giuridica, soprattutto privatistica, la quale, pur fortemente conformata dalla legislazione sovranazionale di matrice eurounitaria, si mostra invero "cieca alle differenze"⁴, essendo l'inevitabile portato di una cultura giuridica, quella occidentale di matrice liberale, spesso assai distante dalla cultura degli immigrati; basti pensare al principio della naturale fecondità del denaro, su cui si fonda il capitalismo occidentale, radicalmente in contrasto con il precetto islamico del divieto di interessi.

Se riguardato sotto l'angolo visuale degli immigrati, al quale questo lavoro è dedicato, il problema della inclusione finanziaria è che la regolamentazione giuridica delle nostre società democratiche si mostra, per dirla con Habermas, espressione di «una cultura maggioritaria, politicamente dominante, [che] impone alle minoranze la propria forma di vita, negando così l'effettiva eguaglianza giuridica a cittadini di origine culturale diversa»⁵.

Ne segue che, in un'epoca di moneta scritturale, con sempre maggiori limiti all'uso del contante⁶, l'accesso a un conto corrente diventa presidio di citta-

³ EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR EMPLOYMENT, SOCIAL AFFAIRS AND EQUAL OPPORTUNITIES, *Financial Services Provision and Prevention of Financial Exclusion*, Bruxelles, 2008, p. 4; v. anche, in senso più generico, G. GOMEL, F. BERNASCONI, M.L. CARTECHINI, V. FUCILE, R. SETTIMO, R. STAIANO, *Inclusione finanziaria, le iniziative del G 20, il ruolo di Banca d'Italia*, in *Quest. ec. fin. (Occasional Papers)*, 2011, 96, p. 12, ove si fa riferimento anche alla riluttanza nell'accesso ai servizi finanziari. Come si vedrà, tale comportamento è presente soprattutto negli immigrati, per i quali è particolarmente accentuata l'importanza della fiducia nel rapporto con l'intermediario.

⁴ Cfr. C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, in J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, tr. it. di G. Rigamonti, V ed., Feltrinelli, Milano, 2003, p. 29-30. Cfr. anche A. BUCKINGHAM, *Considering Cultural Communities in Contract Interpretation*, in *9 Drexel L. Rev.* 129, 2016, pp. 152-156, la quale evidenzia che, in caso di controversie interpretative sulle norme contrattuali tra parti culturalmente diverse, le Corti statunitensi adottano il significato che ad esse attribuirebbe l'uomo ragionevole, inevitabilmente coincidente con quello diffuso nella cultura egemone, a discapito del contraente appartenente ad un'altra cultura.

⁵ J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro*, trad. it. a cura di Leonardo Ceppa, Feltrinelli, Milano, 1998, p. 156.

⁶ Per effetto della legge 160/2019 (Legge di Stabilità 2020), il limite ai pagamenti in denaro contante (precedentemente fissato, ai sensi dell'art. 49, comma 1, d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, ad Euro 3.000) sarà abbassato ad Euro 2.000 dal 1° luglio 2020, e ad Euro 1.000 dal 1° gennaio 2022. L'economia italiana, tuttavia, è ancora fortemente dipendente dal contante: secondo le analisi dell'Osservatorio *Cashless Society*, l'uso del contante è aumentato nel 2017 di circa il 3,8% rispetto al 2016; v. THE EUROPEAN HOUSE AMBROSETTI, *Cashless society: a che punto siamo e cosa resta da fare per l'Italia*, 2018, 90, p. 1, in www.ambrosetticlub.eu. Se-

dinanza non solo perché, senza di esso, è impossibile effettuare transazioni diverse da quelle *cash* – come la ricezione e l'esecuzione di bonifici, la conversione di assegni in denaro contante o pagamenti in moneta elettronica – e conservare i propri risparmi in un luogo sicuro⁷, ma anche perché il possesso di un conto corrente è presupposto per usufruire delle misure di assistenza al reddito⁸ o, comunque, di tutte quelle forme di credito privato che, in conseguenza del ridimensionamento del *Welfare State* causato dalle politiche di austerità imposte dall'Unione Europea col Patto di Stabilità (c.d. *Fiscal Com-*

condo uno studio della Banca Centrale Europea (H. ESSELINK, L. HERNÁNDEZ, *The use of cash by households in the euro area*, in *European Central Bank (Occasional paper series)*, 2017, n. 201, p. 20), in Italia l'85% dei pagamenti è effettuato in contanti e ciò colloca il nostro paese al di sopra della media europea. I limiti all'uso del contante anno indotto la dottrina a superare la concezione reale dell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie, inteso come trasferimento materiale di danaro, attribuendo efficacia solutoria a scritturazioni contabili A. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 269-282. Anche la giurisprudenza ha superato la concezione reale, equiparando al pagamento in contanti il pagamento con moneta bancaria (assegno circolare), la quale non costituisce una *datio in solutum* e non può essere rifiutata dal creditore di un'obbligazione pecuniaria salvo un giustificato motivo, da valutare però alla luce del principio di buona fede: Cass., sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26617, in *Corr. giur.*, 2008, p. 500 ss., con nota di A. DI MAJO, *I pagamenti senza denaro contante nella cashless society*. Sul tema v. in generale M. GIULIANO, *L'adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell'era digitale. Dalla moneta legale alla moneta scritturale e digitale legalmente imposta*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*; G. MARINO, *Dalla traditio pecuniae ai pagamenti digitali*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*. Sul contratto di conto corrente v. in generale V. SANTORO, *Il conto corrente bancario: artt. 1852-1857 c.c.*, in *Codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1992, *passim*; F. PIRAINO, *Il conto corrente bancario*, in F. PIRAINO, S. CHERTI (a cura di), *I contratti bancari*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 65-67.

⁷ V. G. CORRADO, *L'esclusione finanziaria*, cit., p. 8.

⁸ Si pensi al reddito di emergenza, di cui all'art. 82, d.l. 34/2020, o, per usare la terminologia dell'economista Milton Friedman, di helicopter money, come il contributo a fondo perduto per i lavoratori autonomi di cui all'art. 25 del medesimo decreto: esso, ai sensi del comma 11 dell'art. 25, d.l. 34/2020 (c.d. "Decreto Rilancio"), è erogato dall'Agenzia delle Entrate mediante accreditamento diretto in conto corrente bancario o postale intestato al beneficiario: si veda M. FRIEDMAN, *The Optimum Quantity of Money*, in *Journal of Money, Credit and Banking* Vol. 2, No. 4 (Nov., 1970), p. 397 ss. Nei paesi in via di sviluppo l'erogazione di aiuti finanziari a molti individui è resa problematica dal mancato possesso di un conto corrente, anche a causa della mancanza di sufficienti documenti di identità. Dal 2016 l'ONU fornisce aiuti finanziari ai rifugiati in Giordania, sotto forma di contributi a fondo perduto o voucher per il cibo, utilizzando un sistema di identificazione biometrico (*Iris Guard's Eye Pay*) per identificare i beneficiari, i quali possono così effettuare pagamenti e ritirare il contante anche in mancanza di un conto corrente: D.W. ARNER, R.P. BUCKLEY, D.A. ZETSCHE, R. VEIDT, *Sustainability, FinTech and Financial Inclusion*, in *European Business Organization Law Review*, 21, 2020, p. 7 ss.

pact)⁹, sono oggi uno strumento per accedere a bisogni primari anche diversi rispetto all'acquisto di un'abitazione¹⁰.

Quando non si tratta di far fronte a situazioni di urgenza legate a disabilità, l'inclusione finanziaria degli immigrati trova poi ulteriori ostacoli ad esempio nella subordinazione dell'accesso alle erogazioni pubbliche a requisiti, come il requisito della presenza stabile sul territorio italiano, non richiesti ai cittadini italiani, reputati peraltro costituzionalmente legittimati dalla Corte costituzionale¹¹.

⁹C. CROUCH, *Privatised Keynesianism: An Unacknowledged Policy Regime*, in *The British Journal of Politics and International Relations*, 2009, vol. 11, p. 390 che parla di *privatised keynesianism* per descrivere il contributo alla crescita economica fornito dall'accesso al credito in un contesto di riduzione della spesa pubblica. Una delle conseguenze è stata l'estensione anche ai consumatori dell'accesso a procedure di gestione del sovraindebitamento: v. A. IULIANI, *Il diritto privato tra crisi economica ed «economia del debito»: dinamiche della giustizia ed autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 3, p. 353 ss. Tale cambio di paradigma viene altrettanto lucidamente descritto nella dottrina italiana: cfr. S. PAGLIANTINI, *Il debito da eccezione a regola*, in *Pers. merc.*, 2014, 2, pp. 104-107, che parla di *homo consumens* che sostituisce *l'homo faber*, in una società in cui l'assunzione di debito è incentivata e non più considerata una colpa. La parabola del debito come regola si inserisce nel contesto europeo di uno spiccato *favor market oriented*, volto ad eliminare i costi transattivi e a favorire l'espletamento del maggior numero di transazioni. Con l'aumento costante dei prezzi degli immobili, infatti, divenne comune concedere mutui anche a mutuatari *subprime*, data la doppia possibilità di soddisfacimento del creditore col flusso di cassa e l'escussione della garanzia ipotecaria, il cui apprezzamento futuro – previsione rivelatasi fallace – avrebbe garantito la restituzione del finanziamento. V. S.L. SCHWARCZ, *The Financial Crisis and Credit Unavailability: Cause or Effect?*, in *72 Business Lawyer* (2017), p. 409 ss.; v. ID., *Secured Transactions and Financial Stability: Regulatory Challenges*, in *81 Law and Contemporary Problems*, 2018, p. 45 ss.

¹⁰Sul ruolo del credito nella tutela del diritto all'abitazione v. A. MUSIO, *Il diritto all'abitazione di proprietà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 3, pp. 373-395. Con riferimento al contesto italiano, evidenze empiriche confermano tali rilievi: v. G. D'ALESSIO, R. GAMBACORTA, *L'accesso alla abitazione di residenza in Italia*, in *Quest. ec. fin. (Occasional papers)*, 2007, n. 7, p. 26. La garanzia di diritti come quello all'abitazione dipende sempre più dall'accesso al credito bancario: come evidenziano dati empirici, l'Italia è tra i paesi con minori risorse destinate all'edilizia sociale, e le abitazioni popolari rappresentano solo il 4% del totale del patrimonio abitativo, contro il 21% di Svezia e Regno Unito e il 35% dell'Olanda: G. D'ALESSIO, R. GAMBACORTA, *op. ult. cit.*, p. 26.

¹¹V. Corte cost. 30 luglio 2008, n. 306, in www.cortecostituzionale.it, secondo cui «è possibile [...] subordinare l'erogazione di determinate prestazioni – non inerenti a rimediare a gravi situazioni di urgenza – alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno nel territorio dello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata [...]». La Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, legge 23 dicembre 2000, n. 388 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2001), e dell'art. 9, comma 1, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (T.U. immigrazione) nella parte in cui escludono che l'indennità di accompagnamento, di cui all'art. 1 della legge 11 febbraio 1980, n. 18, possa essere attribuita agli stranieri extracomuni-

Ne segue un *vulnus* di tutela evidente, ad esempio, per la tutela del diritto all'abitazione¹², poiché la legge richiede che tali individui, per accedere all'edilizia pubblica, già godano del medesimo bene oggetto del diritto: l'art. 11 del d.l. 112/2008 (conv. in legge 133/2008), infatti, subordina l'accesso degli stranieri alle abitazioni di edilizia residenziale alla residenza decennale nel territorio nazionale o quinquennale nella stessa regione; tuttavia, a monte il d.lgs. 286/1998 subordina il rinnovo del permesso di soggiorno – necessario per la permanenza nel territorio italiano – al possesso di un'abitazione adeguata, e la direttiva 2003/109/CE richiede il possesso di un alloggio per il rilascio del permesso di soggiorno di lungo periodo¹³.

Il presente lavoro è dunque dedicato all'analisi degli ostacoli che impediscono una forma basilare di inclusione finanziaria, per tale intendendosi quella che consente di accedere ai servizi essenziali per la persona nella società in cui

tari soltanto perché essi non risultano in possesso dei requisiti di reddito ora previsti, per effetto del d.lgs. 8 gennaio 2007, n. 3 per il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo. Cfr. Cass. 1 ottobre 2018, n. 23763, in www.altalex.it, relativa all'illegittima richiesta del permesso di soggiorno per la pensione di invalidità civile.

¹² Sul diritto all'abitazione v. in generale U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, Giuffrè, Milano, 1980, *passim*, spec. 1-76; ID., *Il diritto all'abitare. L'abitare e i diritti sociali*, XXI secolo (2009), in www.treccani.it; T. MARTINES, *Opere, IV, Libertà e altri temi*, Giuffrè, Milano, 2000, *passim*; M. BALDINI, *La casa degli italiani*, Il Mulino, Bologna, 2010, *passim*; E. BARGELLI, *Abitazione (Diritto alla)*, in *Enc. dir., Ann. VI, Abitazione-Volontariato*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 1-19. Nel nostro ordinamento il diritto all'abitazione è implicitamente protetto a livello costituzionale dagli artt. 2 e 47 Cost.: Corte cost. 25 febbraio 1988, n. 217, in www.giurcost.org; Corte cost. 7 aprile 1998, n. 404, *ivi*, entrambe nel senso che il diritto all'abitazione costituisce un diritto inviolabile ai sensi dell'art. 2 Cost., sebbene la seconda sentenza rinvienga il suo fondamento anche nell'art. 3, comma 2, Cost., in quanto trattasi di un diritto strumentale a realizzare il principio di uguaglianza sostanziale. Il diritto all'abitazione non coincide con il diritto di proprietà sull'abitazione, ma ha un contenuto più ampio, potendo essere soddisfatto anche dall'attribuzione di un diritto di godimento di natura personale tramite contratti di locazione o di *leasing*. Mentre la tutela del diritto all'abitazione tramite l'accesso alla proprietà trova riconoscimento esplicito nell'art. 47, comma 2, Cost., anche se più come "sbocco" del risparmio privato (V. F. MERUSI, *Art. 47*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici, Tomo III*, Zanichelli-Soc. ed. Foro italiano, Bologna-Roma, 1980, p. 183-185, per il quale meritevole di tutela secondo l'art. 47 è il risparmio che si traduce in una utilizzazione economica del *surplus* monetario, non invece il semplice accantonamento di moneta, e ciò conseguentemente avalla l'idea che l'abitazione, il cui acquisto è destinazione del risparmio, sia protetta anche dall'art. 47; cfr. P. PERLINGIERI, M. MARINARO, *Art. 47*, in P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione italiana*, II ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, pp. 324-328) le altre forme di godimento del diritto trovano implicito riconoscimento nell'art. 2 Cost.

¹³ F. PALLANTE, *Gli stranieri e il diritto all'abitazione*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, 3, pp. 147-149. Non è dunque sufficiente il possesso di un permesso di soggiorno biennale, come prescrive l'art. 40, comma 6, d.lgs. 58/1998.

gli immigrati sono destinati a integrarsi nel rispetto delle regole della comunità¹⁴. Da esso esula, dunque, l'analisi degli ostacoli all'accesso ai servizi assicurativi e d'investimento; i quali, sebbene pur latamente riferibili al tema dell'inclusione finanziaria, tuttavia postulano esigenze finanziarie più complesse e riguardano dunque persone con un livello di inclusione maggiore¹⁵.

Sotto questo profilo, non è casuale che la dottrina occupatasi del tema si sia concentrata soprattutto sull'accesso al credito – spesso con riferimento al microcredito – e sui servizi di pagamento¹⁶, né che il legislatore europeo si sia preoccupato principalmente di assicurare l'accesso universale al conto corrente (v. *infra*, cap. IV).

Fin qui l'attenzione per il tema dell'inclusione finanziaria, acuitasi peraltro in conseguenza della crisi finanziaria globale¹⁷, è stata declinata dal legislatore europeo più come uno strumento per ampliare il mercato interno che non come un obiettivo in sé: si vedano il considerando 2 della Raccomandazione UE 18 luglio 2011 sul conto corrente; il considerando 3 della direttiva 2014/92

¹⁴ La definizione di esclusione finanziaria, pertanto, si riferisce ovviamente ai prodotti e ai servizi acquistabili nel mercato finanziario legale, e, pertanto, non può considerarsi finanziariamente incluso l'immigrato che abbia accesso soltanto al mercato del credito usurario. Per un'analisi critica della normativa antiusura del 1996 v. D. MASCIANDARO, *Usura e antiusura in Italia: l'analisi economica*, in F. MACARIO, A. MANNA, *Mercato del credito e usura*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 65-81.

¹⁵ Come dimostrano dati empirici, infatti, solo dopo un periodo di permanenza nel territorio italiano il migrante acquisisce un profilo finanziario evoluto stipulando polizze assicurative, mentre l'investimento in prodotti finanziari, pur in aumento, interessa ancora una bassa percentuale di immigrati. La percentuale di polizze assicurative stipulate è direttamente proporzionale all'anzianità migratoria: v. D. FRIGERI (a cura di), *Osservatorio nazionale sull'inclusione finanziaria dei migranti, sesto rapporto*, 2017, p. 67, in www.migrantiefinanza.it. Al 31 dicembre 2016, tra gli immigrati possessori di un conto corrente, solo il 3,4 % aveva investito in un fondo di investimento: v. ID., *op. ult. cit.*, p. 25. Cfr. G. CORRADO, *L'esclusione finanziaria*, cit., p. 9.

¹⁶ V. G. COMPARATO, *The Financialisation of the Citizen. Social and Financial Inclusion through European Private Law*, cit., *passim*; v. anche E. MACCHIAVELLO, *Microfinance and Financial Inclusion. The Challenge of Regulating Alternative Forms of Finance*, cit., *passim*. G. CORRADO, *L'esclusione finanziaria*, cit., p. 8, per la quale l'accesso al conto corrente è la principale forma di inclusione finanziaria.

¹⁷ Di esso si sono occupati l'OCSE, il G-20 e la Banca Mondiale, che ha istituito il database *Global Findex*. In particolare, nel Summit del G20 di Toronto del 2010 il *Financial Inclusion Experts Group* (FIEG) ha elaborato i «*Principles for Innovative Financial Inclusion*», sancendo l'impegno dei governi del G-20 per un'inclusione finanziaria finalizzata a ridurre la povertà, a promuovere l'educazione finanziaria e le innovazioni tecnologiche: v. *G20 Financial Inclusion Experts Group, Innovative Financial Inclusion. Principles and Report on Innovative Financial Inclusion from the Access through Innovation Sub-Group of the G20 Financial Inclusion Experts Group, 25 May 2010*, p. 1 ss.

UE¹⁸ istitutiva del diritto al conto di base, il quale riconosce l'importanza di servizi di pagamento universalmente accessibili per il funzionamento del mercato interno e lo sviluppo di un'economia inclusiva; ed il considerando 6 della direttiva 2014/17 UE¹⁹, per il quale l'inclusione finanziaria è essenziale per il funzionamento del mercato immobiliare. In questa luce si comprende l'enfasi posta, quale strumento per aumentare l'inclusione finanziaria, sull'educazione finanziaria²⁰, per la quale, sebbene in ritardo rispetto ad altri paesi, anche l'Italia ha previsto una strategia²¹. L'educazione finanziaria, tuttavia, pur costituendo astrattamente uno strumento di *empowerment*, non è certamente un mezzo sufficiente ad assicurare l'inclusione finanziaria degli immigrati poiché essa prende quale modello di riferimento il cittadino italiano e, per conseguenza, ignora le difficoltà (anzitutto di tipo linguistico) che affliggono gli immigrati, per l'educazione finanziaria dei quali occorrerebbero diversi, e ben più

¹⁸ Sulla direttiva 2014/92/UE ed il suo recepimento nell'ordinamento italiano, V. in generale R. FERRETTI, *Art. 126-decies*, in F. CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, tomo II, ed. IV, Cedam, Padova, 2018, pp. 2295-2301; sulla direttiva v. anche G. COMPARATO, *The Financialisation of the Citizen. Social and Financial Inclusion through European Private Law*, cit., pp. 88-114.

¹⁹ Sulla direttiva 2014/17/UE v. in generale S. TOMMASI, *La tutela del consumatore nei contratti di credito immobiliare*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, *passim*.

²⁰ A. DI SALVATORE, F. FRANCESCHI, A. NERI, F. ZANICHELLI, *Measuring the financial literacy of the adult population: the experience of Banca d'Italia*, in *Quest. Ec. Fin. (Occasional Papers)*, 2018, 435, p. 5. Sul tema v. anche L. KLAPPER, A. LUSARD, P. VAN OUDHEUSDEN, *Financial Literacy Around the World (2015): Insights From The Standard & Poor's Ratings Services Global Financial Literacy Survey*, http://gflec.org/wp-content/uploads/2015/11/Finlit_pa_per_16_F2_singles.pdf. L'OCSE ha definito l'educazione finanziaria come «*il processo attraverso il quale i risparmiatori e gli investitori, e in generale la più ampia platea dei consumatori dei servizi finanziari, migliorano la propria comprensione di prodotti e nozioni finanziarie e [...] sviluppano le capacità e la fiducia necessarie per diventare maggiormente consapevoli dei rischi e delle opportunità finanziarie [...]*»: OECD, *Advancing National Strategies for Financial Education. A Joint Publication by Russia's G20 Presidency and the OECD*, p. 17, in https://www.oecd.org/finance/financial-education/G20_OECD_NSFinancialEducation.pdf. Attualmente 45 Stati membri dell'OCSE hanno adottato proprie strategie nazionali per l'educazione finanziaria degli individui, il cui riesame e coordinamento spetta, per quanto riguarda i paesi europei, ai sensi degli artt. 9, comma 1, lett. b), reg. UE 1093, 1094 e 1095 all'EBA (*European Banking Authority*), all'EIOPA (*European Insurance and Occupational Pension Authority*) e all'ESMA (*European Security Market Authority*).

²¹ Con l'art. 24 *bis*, legge 15/2017, istitutiva del Comitato di programmazione e coordinamento delle attività di educazione finanziaria, tra le cui iniziative si annovera la creazione di un sito *internet* dedicato alla diffusione della cultura finanziaria (disponibile peraltro solo in lingua italiana, non in inglese): www.quellocheconta.gov.it. Il ddl. 50/2018 mira ad introdurre norme per l'educazione alla cittadinanza economica della popolazione adulta: l'art. 2, ddl. 50/2018 vuole in particolare sperimentare l'introduzione dell'educazione finanziaria nei *curricula* scolastici nell'ambito dell'insegnamento "Cittadinanza e Costituzione".

costosi, programmi di educazione finanziaria *ad hoc* sull'esempio di altri paesi²².

In ogni caso, anche un'educazione finanziaria *ad hoc* non potrebbe risolvere da sola il problema dell'esclusione finanziaria degli immigrati, spesso causata dalla violazione delle regole di condotta gravanti sugli intermediari se non direttamente da condotte degli stessi correlate alla loro cultura di provenienza: si pensi, per gli immigrati musulmani, al rispetto dei precetti della *Shari'ah*, fondamentale anche nei rapporti di diritto privato²³, per il quale, a meno di non immaginare che il prezzo dell'inclusione finanziaria sia il rifiuto della propria educazione d'origine, l'unica soluzione è la conclusione di contratti c.d. *Shari'ah compliant* (v. *infra*, cap. V).

Ancora, rispetto all'esclusione finanziaria degli immigrati anche le tradizionali *policies* basate sulla riduzione delle asimmetrie informative si mostrano inadeguate e non solo perché, come gli studi della *behavioral economics* hanno dimostrato, anche un consumatore informato prende decisioni economiche irrazionali, usando in modo distorto le informazioni ricevute o ignorandole nei propri processi decisionali²⁴, ma soprattutto perché, per ritenere adeguati i prodotti e i servizi bancari ai bisogni degli immigrati, occorre anzitutto che il loro regolamento sia espresso in una lingua all'immigrato comprensibile (v. *infra*, cap. II).

In questo lavoro, dunque, si analizzeranno i singoli ostacoli che si frappongono a un'inclusione finanziaria minima degli immigrati e si tenterà, alla luce

²² È il caso degli Stati Uniti. Da quanto è stata inaugurata, nel 2006, la Strategia nazionale per l'Educazione finanziaria, il governo federale, città e fornitori di servizi per immigrati hanno lanciato programmi di alfabetizzazione finanziaria su misura per gli immigrati (in particolare ispanici), essendo svolti in diverse lingue e culturalmente sensibili. V. A. ATKINSON, F.A. MESSY, *Financial Education for Migrants and their Families*, *OECD Working Papers on Finance, Insurance and Private Pensions* No. 38, 2015, pp. 31-33, in www.oecd.org.

²³ V. *Inclusione Finanziaria e Mercato del Migrant Banking. Aspetti e criticità del mercato, esperienze nazionali e internazionali, proposte di sviluppo*, p. 40, in <http://briguglio.asgi.it/immigrazione-e-asilo/2011/giugno/rapp-interno-incl-finanz.pdf>; Cfr. D. FRIGERI, *Osservatorio nazionale sull'inclusione finanziaria*, cit., p. 84, ove si evidenzia che tra i *drivers* del rapporto banca-immigrato rientra il rispetto delle norme religiose (21%). L'esclusione finanziaria per motivi religiosi è maggiore nei paesi in via di sviluppo con popolazione a maggioranza musulmana, privi di una normativa *Shari'ah compliant*, nei quali il 25% degli individui bancarizzati individua nel mancato rispetto della propria religione un ostacolo all'inclusione finanziaria: A. DEMIRGUC-KUNT, L. KLAPPER, D. SINGER, P. VAN OUDHEUSDEN, *The Global Findex Database 2014, Measuring Financial Inclusion around the World*, in *World Bank Policy Research Working Paper 7255, April 2015*, in <http://documents.worldbank.org/curated/en/187761468179367706/pdf/WPS7255.pdf>, p. 61.

²⁴ C.E. SCHNEIDER, O. BEN-SHAHAR, *The Failure of Mandated Disclosure*, in *159 U. Pa. L. Rev.* 647, 2011, p. 697.

del diritto vigente e facendo anche riferimento ad esperienze comparatistiche di paesi sotto questo profilo più avanzati, di individuare strumenti atti a rimuoverli o, quanto meno, ridurli. L'ambizione è dunque di offrire una trattazione sistematica delle peculiarità dell'esclusione finanziaria degli immigrati e dell'apparato di rimedi a loro tutela, non limitata ai temi, sui quali la letteratura specialistica si è fin qui focalizzata, dell'accesso al microcredito o dell'uso delle rimesse²⁵, nel tentativo di restituire anche allo studio degli ostacoli giuridici quella dimensione complessa che è propria di uno dei fenomeni caratterizzanti l'epoca che viviamo, come quello dei flussi migratori²⁶.

2. L'inclusione finanziaria come limite all'autonomia privata; il divieto di discriminazione nell'accesso ai servizi bancari

L'obiettivo dell'inclusione finanziaria è perseguito dal legislatore con penetranti limiti all'autonomia privata, che si trovano in un rapporto di proporzionalità inversa con l'aumento dell'inclusione dei soggetti *unbanked*²⁷. Basti

²⁵ Sull'inclusione finanziaria in generale v. G. COMPARATO, *The financialisation of the citizen*, cit., *passim*; sul microcredito M. YUNUS, *Banker to the Poor*, trad. it., *Il banchiere dei poveri*, Feltrinelli, Milano, 2013, *passim*; E. MACCHIAVELLO, *Microfinance and Financial Inclusion. The Challenge of Regulating Alternative Forms of Finance*, cit., *passim*; ID., *Microfinance Regulation and Supervision: A Multi-Faced Prism of Structures, Levels and Issues (November 15, 2012)*, in *New York University Journal of Law and Business*, Vol. 9, N. 1, 2012, pp. 125-196; M. NOWAK, *Non si presta solo ai ricchi. La rivoluzione del microcredito*, Einaudi, Torino, 2005, *passim*; M. ARNONE, *Il microcredito come strumento per combattere l'esclusione finanziaria in Italia: quali differenze a livello regionale e locale*, in *Rass. ec.*, 2015, 2, pp. 10-45; LARIVERA, *Il microcredito. Uno strumento per combattere la povertà*, in *La Civiltà Cattolica*, 555-558, 2005, *passim*. Sull'accesso degli immigrati alle rimesse v. L. ANDERLONI, *Migrants and Remittances* (2007), in L. ANDERLONI, M.D. BRAGA, E.M. CARLUCCIO (a cura di), *New Frontiers in Banking Services*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2007 *passim*; sull'accesso ai servizi finanziari, con particolare riferimento alla *financial literacy* degli immigrati, v. L. ANDERLONI, *Flussi migratori e flussi finanziari: il social banking*, in D. MASCIANDARO (a cura di), *Secondo Rapporto Bocconi, DIA, DNA, UIC, Immigrazioni e flussi finanziari*, Egea, Milano, 2003, *passim*.

²⁶ Per una panoramica generale sui problemi connessi al fenomeno migratorio v. M. SAVINO (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione Europea: diagnosi e prospettive*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, *passim*; F. MACIOCE, *Il nuovo noi. La migrazione e l'integrazione come problemi di giustizia*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 9 ss. Sugli ostacoli giuridici all'integrazione sociale ed economica dei migranti v. H. CAROLI CASAVOLA, *L'integrazione dei migranti: gli ostacoli giuridici*, in M. SAVINO, *La crisi migratoria tra Italia e Unione Europea*, cit., p. 173 ss.

²⁷ In tal senso v. G. COMPARATO, *Private Autonomy and Regulation in EU case-law*, in H.W. MICKLITZ, Y. SVETIEV, G. COMPARATO (a cura di), *European Regulatory Private Law –*

pensare al generale obbligo, introdotto dall'art. 16 della direttiva 2014/92/UE²⁸, di stipulare un contratto avente ad oggetto un conto di pagamento di base, con correlativo diritto soggettivo azionabile dai consumatori in caso di rifiuto di stipulazione del contratto, il cui contenuto minimo è interamente tipizzato in via amministrativa, consentendo di usufruire solo delle operazioni e dei servizi determinati con decreto M.E.F., ai sensi dell'art. 126 *vicies semel*, t.u.b. Si pensi anche alla direttiva 2014/17/UE, che, secondo alcuni, introdurrebbe un obbligo di astensione del finanziatore dalla stipula di un contratto di credito inadeguato²⁹, con conseguente protezione del consumatore anche dalle sue

The Paradigms Tested, EUI Working Paper LAW 2014/04, p. 8: «it is clear that laying down mandatory rules might be an appropriate market-design tool to define a contrario a wider sphere of legitimate activities, while the imposition of duties on one parties might have the effect of including in the market categories of subjects who would otherwise be excluded, extending the autonomy of these latter, as in the case of non-discrimination». Sul tema v. in generale P. BARCELONA, *Intervento statale e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1969, *passim*. Per F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, *Tratt. Cicu-Messineo*, vol. XXI, t. I, Giuffrè, Milano, 1968, p. 40 ss, spec. pp. 52-54, l'intervento statale in economia determinerebbe una crisi del contratto. Per l'A. emblematico in tal senso è il fenomeno del contratto "dettato", non liberamente accettato da uno dei soggetti, come sarebbe il contratto costituito ex art. 2932 c.c., e l'inserzione automatica di clausole, ex art. 1339 c.c., che sostituisce la volontà della p.a. alla volontà dei contraenti; secondo l'A., se il contratto è comune volontà delle parti, il contratto "dettato" non rientra in tale definizione. In senso contrario v. V. ROPPO, *Il contratto*, II ed., in *Tratt. Zatti-Iudica*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 49.

²⁸ Sulla direttiva 2014/92 v. in generale G. COMPARATO, *The financialisation of the citizen*, cit., pp. 110-114; sulla normativa italiana ed europea precedente la direttiva v. V. MELI, *Il conto corrente di base tra inclusione finanziaria e controllo della ricchezza*, cit., pp. 56-78; ID., *Il conto corrente bancario con caratteristiche di base: sollecitazioni comunitarie e disciplina nazionale*, in *Ass.*, 2014, 3, pp. 445-463.

²⁹ O. CHEREDNYCHENKO, *Freedom of Contract in the Post-Crisis Era: Quo Vadis?*, cit., p. 412. *Contra* S. PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contr. Impr./Eur.*, 2-2014, p. 523 ss.; A. LUPOI, *La direttiva 17/14, il mercato dei crediti immobiliari e la consulenza al credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, 2, p. 247, non essendo possibile assimilare intermediari finanziari, obbligati nel servizio di consulenza ad astenersi in caso di operazione inadeguata, e intermediari bancari. «In altre parole: nel caso della consulenza finanziaria il cliente effettua un'operazione di investimento (l'intermediario eroga un servizio; nel caso della consulenza al credito è l'intermediario ad effettuare un'operazione di investimento (erogazione del credito)». Conforme A. MIRONE, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2010, p. 592, che evidenzia che l'intermediario finanziario, a differenza dell'impresa bancaria, non subisce conseguenze patrimoniali dirette in caso di cattivo affare del cliente. Più sfumata la posizione di altri autori: v. T. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *Contr.*, 2015, 1, p. 81. Un obbligo di non concedere crediti eccessivi è previsto in altri ordinamenti, come quello belga. L'art. 15, comma 2, legge 12 giugno 1991 sul credito al consumo

stesse scelte inavvedute. L'imposizione di un obbligo di contrarre in materia di conti di pagamento è una conseguenza della valutazione di essenzialità di tale servizio per soddisfare il fine dell'inclusione finanziaria³⁰. Lo stesso vale per l'imposizione di un canone ragionevole: anche la determinazione autoritativa del (modo in cui è determinato) il corrispettivo mira a rendere accessibile un servizio a soggetti che sarebbero esclusi, se il professionista potesse determinare liberamente le condizioni del contratto³¹.

La regolazione influisce fortemente sugli aspetti fondamentali dell'autonomia privata, quali l'*an* e il *quomodo* del contratto³², cercando di garantire l'effettivo esercizio dell'autonomia privata di soggetti irrazionali e privi di competenze finanziarie o che, come i consumatori discriminati per fattori connessi ad etnia o nazionalità, sarebbero altrimenti esclusi dall'accesso a beni o servizi. Sotto questo profilo, gli strumenti positivamente previsti per garantire l'inclusione finanziaria vanno anche al di là del sostegno all'autonomia privata offerto dal modello della autonomia «regolata», utilizzato per descrivere le caratteristiche della normativa sui servizi finanziari, di trasporto, di telecomunicazione ed energia, nella quale la regolazione è uno strumento di funzionalizzazione dell'autonomia privata verso l'obiettivo di *policy* del regolatore³³.

obbliga il finanziatore a non concludere il contratto di credito, se ritiene che il consumatore non possa rispettare gli obblighi derivanti dalla sua stipulazione, ed a ricercare il tipo e l'importo di credito più adatti alla situazione finanziaria del consumatore. La CGUE ha stabilito la compatibilità di tale normativa con gli artt. 5 e 8 della dir. 2008/48, rilanciando la prospettiva del *responsible lending*; per la Corte la direttiva armonizza solo taluni aspetti dei contratti di credito al consumo, rientrando nella competenza degli Stati membri la determinazione degli obblighi imposti al creditore a seguito della verifica di solvibilità e, ai sensi dell'art. 5 della direttiva, la specificazione delle modalità di assistenza al consumatore. CGUE 6 giugno 2019, C-58/18, *Schyns c. Belfius Banque SA*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1, p. 95 ss., commentata da G. LIBERATI BUCCIANI, *Merito creditizio e obbligo di non concludere il contratto*. Sul risarcimento del danno da abusivo finanziamento in favore del sovenuto v. L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Jovene, Napoli, 2012, p. 263 ss.; R. NATOLI, *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 139 ss.

³⁰ V. P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata*, cit. p. 91, con riferimento all'imposizione di qualsiasi obbligo a contrarre.

³¹ V. P. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, pp. 140-141; nello stesso senso v. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 15 ss.

³² G. COMPARATO, *Private Autonomy and Regulation in EU case-law*, cit., p. 8. Con riguardo alla limitazione della facoltà di determinare le condizioni economiche, si veda l'art. 18 della direttiva 2014/92/UE, per il quale i servizi compresi nel conto corrente di base devono essere offerti gratuitamente o ad un costo ragionevole.

³³ G. COMPARATO, *op. ult. cit.*, pp. 7-8. Del resto, né il mercato né la concorrenza perfetta esistono in rerum natura, ma sono il frutto della regolazione del diritto. Sull'argomento v. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, II ed., Laterza, Roma, 2004, *passim*, spec. pp. 1-50.

Anche il modello dell'autonomia regolata, infatti, è teso a far sì che i consumatori, muniti degli strumenti giuridici idonei a tutelare la propria pretesa, accedano al mercato e possano quindi usufruire di una maggiore disponibilità di beni e servizi; sotto questo profilo, è dunque espressione della c.d. "access justice"³⁴, alla quale è ad esempio informato l'art. 36 della Carta dir. UE, in base al quale tutti i consumatori devono usufruire dei servizi di interesse economico generale (corollario di tale norma è l'art. 16 della direttiva 2014/92/UE, che prevede un diritto di tutti i consumatori all'accesso al conto di pagamento e un corrispondente obbligo di servizio universale in capo alle imprese).

In una logica di *access justice*, volta a limitare l'autonomia privata degli intermediari, rientra anche il divieto di discriminazione per razza, etnia e nazionalità nell'accesso a beni o servizi, di cui agli artt. 43 e 44 d.lgs. 286/1998 e 2, d.lgs. 215/2003³⁵ (applicazioni del principio di cui agli artt. 7, Dic. univ. dir. uomo, 21 Carta dir. UE, 14 Conv. eur. dir. uomo, 3, comma 1, Cost.³⁶).

Da ciò deriva che il paradigma dell'*access justice*, anch'esso basato sul paradigma del consumatore medio europeo, non è un ombrello teorico sufficiente ad assicurare l'inclusione finanziaria degli immigrati, essendo questa un problema che implica soluzioni più complesse della mera apertura del mercato operata con la rimozione della discriminazione cagionata dalla nazionalità, dall'etnia o da altri fattori rilevanti ai sensi della normativa antidiscriminatoria.

Sebbene sia connaturato a un paradigma insufficiente, occorre però constatare che il divieto di discriminazione in esso contemplato, e che trova positivo riscontro in più norme positive, è la causa di esclusione finanziaria degli immigrati maggiormente approfondita dalla dottrina tradizionale.

La dottrina ha chiarito che il divieto di discriminazione non è un mero riflesso del principio di uguaglianza³⁷ e, di conseguenza, non impone la parità

³⁴ H. MICKLITZ, *Social justice and Access Justice in Private Law*, pp. 22-23.

³⁵ D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero; D.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.

³⁶ L'attuazione in Italia della direttiva 2000/43, ad opera del d.lgs. 215/2003, non ha dato seguito all'art. 14, lett. a) della direttiva, che disponeva l'abrogazione delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative contrarie alla parità di trattamento. Tuttavia, avendo l'art. 6 della direttiva autorizzato l'introduzione o il mantenimento di disposizioni più favorevoli, e avendo statuito che la direttiva non può ridurre il livello di tutela preesistente, si può ritenere che gli artt. 43 e 44 del t.u. immigrazione siano stati considerati maggiormente protettivi nei confronti dei soggetti discriminati. Ne consegue, però, la necessità di un coordinamento tra le varie leggi antidiscriminatorie. Per una disamina approfondita delle differenze tra il d.lgs. 286/1998 e il d.lgs. 215/2003 v. L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 241-307.

³⁷ La dottrina tradizionale ha trattato del principio di eguaglianza nell'ambito dei rapporti

di trattamento dei contraenti; ciò comporterebbe, peraltro, la distruzione dell'autonomia privata realizzando per mezzo del diritto privato una sorta di società utopica in cui tutti sono eguali in tutto³⁸.

Vietato, invece, è il trattamento peggiore di un contraente sulla base di un preconcetto, a causa di una qualità personale presa in considerazione dalla legge come fattore di discriminazione, a prescindere da un confronto col reale trattamento riservato ad altre controparti³⁹. La discriminazione può assumere due forme: il rifiuto di contrattare, che nel caso di servizi bancari produce esclusione finanziaria, e la contrattazione a condizioni peggiori di quelle applicate alla generalità della clientela, che sfocia in un'imperfetta inclusione finanziaria.

L'applicazione del divieto di discriminazione alla fornitura dei servizi bancari non è revocabile in dubbio, dato il chiaro disposto dell'art. 3, comma 1, lett. h), direttiva 2000/43, il quale si riferisce anche i soggetti privati fornitori di beni o servizi. Corollario di tale principio è l'art. 15, direttiva 2014/92/UE, che impone agli Stati membri di assicurare che gli enti creditizi non discriminino, in base alla cittadinanza, al luogo di residenza o per i motivi di cui all'articolo 21, Carta dir. UE, i consumatori legalmente soggiornanti nell'Unione nell'accesso alla stipula di un conto di pagamento con caratteristiche di base (v. *amplius*, cap. IV).

Non si può invocare in senso contrario il dato testuale dell'art. 116, comma 4, t.u.b., che, escludendo la natura di offerta al pubblico (art. 1336 c.c.) della pubblicità dei tassi e delle condizioni praticate dalle banche, ne suggerisce la natura di inviti ad offrire. Com'è noto, le maggiori controversie dottrinali sull'ambito del principio di non discriminazione hanno riguardato l'inclusione non solo delle dichiarazioni rivolte al pubblico ma anche delle dichiarazioni

giuridici associativi, quali le associazioni e le società: v. P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato (a proposito d'un libro tedesco)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, pp. 1515-1532.

³⁸ V. N. BOBBIO, *Eguaglianza e egualitarismo*, Armando, Roma, 1978, pp. 14-17. L'A. considera egualitaria ogni concezione per la quale è desiderabile che gli uomini siano uguali in tutti i campi della vita; tra le concezioni più egualitarie vi sarebbe il marxismo, poiché fonda l'eguaglianza degli uomini sul criterio egualitario per eccellenza, ovvero il bisogno, che accomuna indistintamente tutti gli uomini. Sul principio di eguaglianza nel diritto privato, v. in generale D. LA ROCCA, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Giappichelli, Torino, 2008, *passim*.

³⁹ D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 60. Se l'impresa che abbia rivolto un invito ad offrire rifiutasse, in base ad una qualità personale del contraente, la prima proposta che le sia giunta, sussisterebbe discriminazione pur essendo impossibile un confronto con altri contraenti. Così D. MAFFEIS, *op. ult. cit.*, p. 63. Non distingue invece tra parità di trattamento e non discriminazione R. SACCO, *Voce «Parità di trattamento»*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. Civ.*, IV ed., VII agg., Utet, Torino, 2012, p. 737 ss.

individualizzate⁴⁰. In generale, la dottrina distingue tra offerta al pubblico ed invito ad offrire in quanto la prima, avendo valore di proposta, espone il dichiarante al pericolo dell'accettazione da parte di soggetti sgraditi, mentre il secondo schema gli consente di selezionare tra i vari offerenti⁴¹. Altra parte della dottrina, tuttavia, non distingue tra i due schemi, entrambi soggiacendo al divieto di discriminazione per fattori presi in considerazione dalle leggi antidiscriminatorie. Ed infatti, poiché sono dati opinabili come le circostanze o gli usi a distinguere l'offerta al pubblico dall'invito ad offrire, un'esclusione del secondo schema dall'ambito di applicazione del divieto di discriminazione sarebbe irragionevole⁴². In ogni caso, per effetto di un processo di segmentazione della normativa di trasparenza⁴³, le disposizioni di cui agli artt. 115-120 *quater* t.u.b. non si applicano, in mancanza di un espresso richiamo (art. 115, comma 3, t.u.b.), ai contratti di credito al consumo, ai contratti di credito immobiliare e ai servizi di pagamento. Ne consegue che non si può escludere che la pubblicazione delle condizioni contrattuali costituisca offerta al pubblico e soggiaccia al divieto di discriminazione, qualora contenga gli elementi essenziali del contratto.

⁴⁰ V. D. MAFFEIS, *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1, 2015, pp. 161-180, nel senso che il divieto non è applicabile alle dichiarazioni contrattuali individualizzate ma solo quando il contraente si rivolge al pubblico; ID., *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., pp. 215-217, nel senso che tale tesi non depotenzerebbe l'efficacia del divieto, che non sarebbe aggirato tramite la plurima emissione di dichiarazioni individuali, posto che la rinuncia a rivolgersi al pubblico è costosa, implicando la ricerca separata di numerose controparti con le quali avviare plurime trattative individuali; E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 3, pp. 560-561; A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 2, pp. 221-223. In senso contrario, G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, p. 106; ID., *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, cit., pp. 1398-1405; B. CECCHINI, *Eguaglianza, non discriminazione e limiti dell'autonomia privata: spunti per una riflessione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 3, pp. 195-197, che arriva a tale conclusione in base ad un'interpretazione meramente letterale dell'art. 43, d.lgs. 286/1998, che non distinguerebbe in base alle modalità di conclusione del contratto; L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., pp. 303-304.

⁴¹ V. G. CIAN, *L'offerta al pubblico e l'art. 3 del d.lgs. 31 maggio 1998, n. 114, in materia di vendite al dettaglio*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 316, per il quale l'interesse a selezionare tra i vari aderenti è altresì funzionale ad evitare di trattare con un soggetto col quale il dichiarante non voleva avere rapporti contrattuali.

⁴² D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., pp. 209-210.

⁴³ Segnalato in dottrina da A. MIRONE, *La trasparenza bancaria*, Cedam, Padova, 2012, pp. 3-12 e ora ID., *Sistemi e sottosistemi della nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, 4, pp. 377-418.

Andrebbe poi respinta ogni interpretazione meramente letterale dell'art. 43, comma 1, t.u. immigrazione, la quale, facendo leva sul riferimento allo scopo o alla compromissione dei diritti umani e delle libertà fondamentali, richiederebbe la lesione attuale o potenziale di un diritto fondamentale⁴⁴.

Il divieto di discriminazione non si traduce, dunque, in un diniego dell'autonomia privata: in un dibattito animato da ideologiche prese di posizione in favore dell'autonomia privata o dei diritti fondamentali, è più saggio riferirsi alla lettera della legge e a ragioni logiche, che indicano che il divieto non si applica alle dichiarazioni individualizzate.

Tale limite, già contenuto nell'art. 43, comma 2, lett. b), d.lgs. 286/1998, è stato ribadito dall'art. 3, comma 1, direttiva 2000/43, in tutte le versioni linguistiche, e solo per una mera dimenticanza non è stato inserito nella versione italiana della direttiva⁴⁵. Anche l'art. 3, comma 1, direttiva 2004/113/CE in materia di discriminazioni basate sul sesso, specifica che il divieto non si applica ai beni e servizi offerti nell'ambito della vita privata e familiare. Tale esclusione, che va coordinata con il previo riferimento ai beni e servizi offerti al pubblico, indica due ambiti separati, che comprendono l'uno le dichiarazioni individualizzate, l'altro la materia testamentaria e i negozi familiari; la dottrina contestata, invece, legge tale disposizione come un'endiadi, riferendola solo ai negozi posti in essere nella vita familiare.

L'essenza del concetto di discriminazione diretta, inoltre, pur non risiedendo in una disparità di trattamento *reale*, postula comunque un giudizio di comparazione ipotetico⁴⁶. Mentre nell'offerta al pubblico o nell'offerta priva degli

⁴⁴ Ciò escluderebbe la tutela antidiscriminatoria nell'esercizio dell'autonomia privata ogni qual volta il contratto non soddisfi un interesse fondamentale della persona, data la discordanza di opinioni sulla copertura costituzionale dell'autonomia privata. Avverte il pericolo di un'interpretazione restrittiva L. SITZIA, *op. cit.*, p. 73 ss., criticando l'impostazione di G. SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione razziale e la sua tutela giurisdizionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 808; nell'ottica di quest'ultimo autore, tuttavia, l'interpretazione restrittiva è solo funzionale ad escludere l'applicazione del principio di non discriminazione agli atti giuridicamente irrilevanti. Ritiene che l'autonomia privata trovi una copertura costituzionale solo indiretta nell'art. 41 L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, p. 1 ss. Non manca però chi la annovera tra i diritti fondamentali, asserendo che essa, costituendo il mezzo per esplicare liberamente la propria personalità nei rapporti economici privati, rinverrebbe il proprio fondamento all'art. 3, comma 2, Cost. In tal senso C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, III ed., Giuffrè, Milano, 2019, pp. 22-24.

⁴⁵ Ciò è confermato dai *Principles of the Existing EC Contract Law* dell'*Acquis Group*, aventi lo scopo di fornire una base per l'interpretazione del diritto europeo (art. 1:101, comma 3), i quali indicano all'art. 3:201, comma 1 che il divieto di discriminazione è limitato all'offerta di beni e servizi al pubblico.

⁴⁶ Così L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., p. 248 che richiama l'art. 2, comma 1, lett. a), direttiva 2000/43, per la quale ricorre discriminazione diretta in presenza di un trat-

elementi essenziali, valevole come invito ad offrire, vi è una regola preesistente comune agli oblati o ai clienti alla quale fare riferimento, così non è nel caso di dichiarazioni individualizzate. Ciò rende impossibile, dunque, formulare un giudizio ipotetico sul contenuto del contratto che sarebbe stato stipulato se il contraente fosse stato privo di una determinata qualità personale⁴⁷.

3. Le peculiarità dell'esclusione finanziaria degli immigrati

Il diritto europeo dei contratti non ha come riferimento l'uomo o la donna immigrati che devono pagare di più per un'auto rispetto al bianco occidentale⁴⁸, bensì il paradigma del consumatore informato, coscienzioso e razionale, che si muove all'interno del mercato unico europeo per coglierne le opportunità e che, se educato finanziariamente e munito di informazioni nella sua lingua, può liberamente agire producendo utilità collettiva⁴⁹.

Una plastica conferma di questo disegno emerge dagli artt. 5, par. 2, lett. b) e 6, par. 1, direttiva 2005/29: qui la scorrettezza delle pratiche commerciali dipende dalla loro idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore *medio*; il consumatore con capacità inferiori alla media, pertanto, rischia di rimanere privo di tutela contro pratiche commerciali che ne falsino le decisioni di consumo⁵⁰. Inoltre, nonostante introduca il concetto di consuma-

tamento peggiore di quello praticato o che *sarebbe* stato praticato a una persona priva del fattore di rischio in una situazione analoga; nello stesso senso D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., p. 69.

⁴⁷ In tal senso A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, cit., pp. 221-223. Nel senso sostenuto nel testo, in giurisprudenza, cfr. Cass. 20 luglio 2018, n. 19443, in www.altalex.com: «È dubbio, quindi, specularmente, se invece rientrano nella tutela della libertà di manifestazione del pensiero le mere dichiarazioni, che non presentino almeno le caratteristiche di un'offerta al pubblico (cfr. art. 1336 c.c.)». Data la mancanza di una regola preesistente, anche incompleta, sarebbe poi impossibile un intervento giudiziale che integri, rettifici il contratto o ne produca gli effetti con sentenza costitutiva. In mancanza di condizioni generali di contratto cui fare riferimento, infatti, qualunque integrazione o sentenza costitutiva sarebbe arbitraria. Di tale aspetto sembra consapevole L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., p. 303, il quale però ritiene contrario all'interpretazione letterale e sistematica della legge una limitazione del divieto di discriminazione ai beni e servizi offerti al pubblico.

⁴⁸ L. AYRES, *Fair driving: gender and race discrimination in retail car negotiations*, in *Harv. Law Rev.*, 1991, 104, 4, p. 817 ss.

⁴⁹ H. MICKLITZ, *Social justice and Access Justice in Private Law*, cit., p. 21. Sul concetto di consumatore v. in generale G. ALPA, *Consumatore*, in *Contr. Impr.*, 1987, pp. 313-324.

⁵⁰ C. PONCIBÒ, *Il consumatore medio*, in *Contr. impr./Eur.*, 2007, 2, p. 735. Ai sensi dell'art. 5, par. 2, lett. b) una pratica commerciale è sleale «se falsa o è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico [...] del consumatore medio che raggiunge o al quale è

tore vulnerabile, l'art. 5, par. 3, della direttiva, considera fattori di vulnerabilità solo l'età, l'infermità e l'ingenuità, per cui non è chiaro se possano essere considerati vulnerabili consumatori con diversità linguistiche, religiose ed etniche⁵¹.

Al di fuori della materia delle pratiche commerciali scorrette il riferimento della giurisprudenza della Corte di giustizia è solo il consumatore medio: il requisito di chiarezza e comprensibilità delle clausole dei contratti *b2c*, di cui all'art. 4, direttiva 93/13/CE, è soddisfatto quando le stesse sono grammaticalmente chiare e permettono al *consumatore medio, informato e circospetto*, di comprendere tutte le conseguenze economiche implicate dal contratto⁵². Tale circostanza rileva soprattutto per quanto riguarda il rischio linguistico degli immigrati (v. *infra*, cap. II).

Com'è noto, il paradigma del consumatore razionale ha suscitato ampie critiche in dottrina e negli studiosi di economia comportamentale, concordi nell'affermare l'irrealisticità di tali assunzioni, ampiamente falsificate dalla recente crisi finanziaria⁵³.

Il riferimento a tale caricatura del consumatore reale – che invece è disinformato, eccessivamente fiducioso nelle proprie capacità e incapace di proces-

diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori». A favore del concetto di consumatore medio è invece N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2012, pp. 74-79, poiché la tutela del soggetto medio, cumulata con la tutela del consumatore vulnerabile, riuscirebbe a garantire un elevato livello di protezione.

⁵¹ C. PONCIBÒ, *Il consumatore medio*, cit., p. 756. La Corte di giustizia ha temperato l'astrettezza della figura di consumatore medio; da un lato ha giudicato con rigore pratiche commerciali aventi ad oggetto beni di largo consumo, in quanto il consumatore medio non specializzato, per il basso prezzo, procederebbe all'acquisto senza un'adeguata ponderazione; dall'altro ha giudicato scorrette pratiche che abusavano della vulnerabilità di determinati soggetti – obesi e bambini – seppure non offensive per il consumatore medio. V. N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., pp. 1-79.

⁵² CGUE 30 aprile 2014, C-26/13, *Kásler and Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt.*, par. 74, in <http://curia.europa.eu>; CGUE 20 settembre 2017, C-186/16, *Ruxandra Paula Andriuc e altri c Banca Românească SA*, ivi; in dottrina, nota un tendenziale allargamento del sindacato di vessatorietà, anche oltre il limite di cui all'art. 4, direttiva 93/13, M. DELLACASA, *Il sindacato sui termini dello scambio nei contratti di consumo: nuovi scenari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 6, pp. 324-338; in favore di un controllo di abusività sulla perequazione tra corrispettivo e beni o servizi scambiati M.W. HESSELINK, *Unfair Prices in the Common European Sales Law*, November 2014, in S. VOGENAUER, L. GULLIFER (eds.), *English and European perspectives on contract and commercial law: essays in honour of Hugh Beale*, Hart publishing, Oxford, 2014, p. 225 ss.

⁵³ Su tutti C. E. SCHNEIDER, O. BEN-SHAHAR, *The Failure of Mandated Disclosure*, cit., pp. 649-749; nella dottrina italiana v. R. NATOLI, *Il contratto "adeguato"*, cit., pp. 22-24, 49-53.

sare molte informazioni – non è privo di conseguenze sull'esclusione finanziaria degli immigrati: ed infatti nel diritto europeo non solo l'adeguatezza delle pratiche commerciali, ma anche degli obblighi di informazione posti in capo ai professionisti è parametrata alle caratteristiche del consumatore medio europeo, mentre gli immigrati che accedono ai servizi finanziari presentano profili di vulnerabilità ulteriori.

L'eccessiva standardizzazione degli obblighi informativi previsti dalle direttive europee, confermata dalla direttiva 2011/83/UE, riduce talvolta l'obbligo informativo alla mera consegna di un modulo con le informazioni legalmente previste, come dispone espressamente l'art. 5, direttiva 2008/48/UE, lasciando fuori ogni apprezzamento dell'adeguatezza del comportamento del professionista nei confronti di *quel* consumatore⁵⁴. L'idoneità dell'informazione, in altri termini, è misurata non in rapporto al tasso di dati adeguato ad assicurare una scelta consapevole a *quel* consumatore, ma ad un parametro uniforme del quale può chiedersi il rispetto ad ogni professionista⁵⁵.

Ciò sembra emergere in alcune pronunce dell'A.B.F.⁵⁶, nelle quali l'adempimento degli obblighi informativi *standard* crea una presunzione di consenso

⁵⁴ Così R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 2, p. 325. Per l'A. l'esito è paradossale se si considera che scopo dell'informazione dovrebbe essere soprattutto nei servizi di credito la formazione di una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione del contratto, che, in pratica, dovrebbe essere un processo concreto e personale. In senso analogo v. S. PAGLIANTINI, *Il credito al consumo tra vecchi e nuovi formalismi*, in G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, cit., pp. 105-106.

⁵⁵ R. ALESSI, *op. ult. cit.*, p. 326.

⁵⁶ V. A.B.F. Milano 17 febbraio 2012, n. 537 in www.arbitrobancariofinanziario.it. Nella fattispecie, degli immigrati di nazionalità romena eccipivano ex art. 1418 c.c. la nullità di un contratto derivato a copertura del rischio di variazione del tasso di interesse di un finanziamento, in quanto non adeguatamente informati dall'intermediario, anche a causa del difetto di comprensione della lingua italiana. Il Collegio, rigettando il ricorso, si limita a rilevare l'avvenuta sottoscrizione della documentazione (il contratto quadro per le operazioni su strumenti finanziari derivati e il documento sulla natura e i rischi degli strumenti finanziari derivati), dalla quale risulta il corretto espletamento degli obblighi di comportamento previsti dalla legge. V. R. ALESSI, cit., p. 327, per la quale nemmeno la disciplina dei servizi di investimento è esente dal vizio della standardizzazione. Ed infatti, secondo la disciplina MiFID I, l'intermediario doveva fornire ai suoi interlocutori tutte le informazioni necessarie cosicché essi potessero comprendere la natura del servizio di investimento, il tipo di strumento finanziario che veniva loro proposto e i rischi connessi e, di conseguenza, potessero prendere una decisione di investimento con cognizione di causa. Ma anche a questo riguardo si consentiva, ex art. 19, § 3, direttiva 2004/39, che tali informazioni fossero fornite in formato standardizzato, pur con le precauzioni e i limiti di cui all'art. 3 della direttiva 2006/73, ma solo nel caso in cui non si tratti di informazione versata in supporto cartaceo. Tale scelta, peraltro, è stata confermata dall'art. 24, diretti-

informato del cliente, che impedisce a soggetti immigrati, con una scarsa conoscenza della lingua italiana, di far valere una responsabilità, anche risarcitoria, dell'intermediario⁵⁷.

Ed infatti, il t.u.b. non impone un obbligo di traduzione delle condizioni generali di contratto o dei documenti informativi nella lingua dell'altro contraente, diversamente dagli obblighi traduzione previsti agli artt. 122 c.p.c. e 143 c.p.p. nell'ambito del processo civile e penale⁵⁸. Occorrerebbe, tuttavia, un'informazione personalizzata per agevolare soggetti come gli immigrati, che spesso non padroneggiano la lingua⁵⁹ nella quale sono redatte le informative precontrattuali o i testi dei contratti bancari.

In definitiva, sul cliente immigrato graverebbe il rischio linguistico, cioè il rischio di dover sopportare le conseguenze negative derivanti dalla mancata o errata comprensione della dichiarazione di volontà a causa della lingua⁶⁰.

va 2014/65/UE (c.d. MiFID II). Per un commento alla MiFID II v. A. PERRONE, *Servizi di investimento e tutela dell'investitore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, 1, pp. 1-16.

⁵⁷ V. O. BEN-SHAHAR, O.B. GILL, *Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law*, in *50 Common Market Law Review* 109, 2013, p. 118 «This kind of mandated disclosure could be costly and harmful. It is costly because it compounds the transactions costs with extra forms, signatures, clicks, and much ceremony. It is harmful because it creates a presumption of "informed consent" that weakens the effect of other protections. When a term is disclosed, it is no longer "hidden". If courts are willing to strike ridde one-sided terms, they might hold back if consumers are presumed to be fully aware. For example, "written disclosure requirements, without other protections, can have the unintended effect of insulating predatory lenders where fraud or deception may have occurred».

⁵⁸ L'art. 122, comma 2, c.p.c. dispone che «Quando deve essere sentito chi non conosce la lingua italiana, il giudice può nominare un interprete»; l'art. 137 c.p.p. prevede che «L'imputato che non conosce la lingua italiana ha diritto di farsi assistere gratuitamente [...] da un interprete al fine di potere comprendere l'accusa contro di lui formulata e di seguire il compimento degli atti cui partecipa. Ha altresì diritto all'assistenza gratuita di un interprete per le comunicazioni con il difensore prima di rendere un interrogatorio, ovvero al fine di presentare una richiesta o una memoria [...] (comma 1). Negli stessi casi l'autorità procedente dispone la traduzione scritta [...] dell'informazione di garanzia, dell'informazione sul diritto di difesa, dei provvedimenti che dispongono misure cautelari personali, dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, dei decreti che dispongono l'udienza preliminare e la citazione a giudizio, delle sentenze e dei decreti penali di condanna (comma 2)».

⁵⁹ In base ad alcuni dati raccolti tramite *focus group* e interviste ad immigrati, al di là del profilo economico del richiedente o delle oggettive condizioni di mercato, l'accesso al credito sarebbe ostacolato da una minore conoscenza del contesto italiano e soprattutto dalle difficoltà con la lingua italiana: "Inclusione Finanziaria e Mercato del Migrant Banking". *Aspetti e criticità del mercato, esperienze nazionali e internazionali, proposte di sviluppo*, p. 7, in www.programmaintegra.it; con riferimento al contesto inglese, v. S. HIRSCHLER, *Migrants and financial inclusion*, in www.ecosocdoc.be.

⁶⁰ Sul rischio linguistico nel diritto privato v. D. MEMMO, *La lingua nel diritto. Il rischio linguistico nella dichiarazione contrattuale*, in *Contr. Impr.*, 1985, 2, pp. 475-493; ID., *Dichia-*

Come dimostrano studi empirici, le difficoltà linguistiche degli immigrati impediscono loro di integrarsi e, a causa dell'incomprensione dei testi contrattuali, si traducono nel pagamento di prezzi maggiori per l'acquisto di beni come un'abitazione⁶¹.

La mancanza di obblighi di traduzione nella lingua degli immigrati rende necessario individuare degli adeguati strumenti di tutela, per evitare che le difficoltà linguistiche vengano sfruttate dagli intermediari per porre in essere pratiche di *predatory lending*. Emblematica è la vicenda dei mutui *subprime* statunitensi, fonte della crisi finanziaria del 2008: secondo alcune commissioni di inchiesta i soggetti che stipularono mutui *subprime* erano prevalentemente afro americani o ispanici, con limitata conoscenza della lingua inglese, spinti a sottoscrivere contratti in tale lingua a condizioni peggiori rispetto a quelle pattuite nelle trattative, svoltesi, invece, nella loro lingua madre⁶².

Mentre la giurisprudenza statunitense ha trattato espressamente di questioni attinenti alla tutela di clienti stranieri nei confronti delle banche (v. *infra*, cap. II), la questione della diversità linguistica del consumatore è sostanzialmente sconosciuta alla giurisprudenza italiana.

In definitiva, è necessario il superamento del modello dell'*access justice*, che, pur rimuovendo le discriminazioni nell'accesso ai beni o servizi, si basa ancora sulla figura del consumatore medio. L'obsolescenza del paradigma di consumatore medio è già stata evidenziata in una Risoluzione del Parlamento Europeo, che ha sottolineato l'incapacità delle direttive consumeristiche di tenere conto delle vulnerabilità sociali, economiche e della scarsa alfabetizzazione di alcuni consumatori, essendo necessario invece introdurre misure a

razione contrattuale e comunicazione linguistica, Cedam, Padova, 1990, pp. 29-30, spec. pp. 73-148; ID., *Cittadini e stranieri nel diritto privato della modernità*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 163 ss.; C. CICALA, *Lingua straniera e testo contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 15-182. Più in generale v. L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 145-150; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 187-188.

⁶¹ A.M. FISCHER, *Immigrant Language Barriers and House Prices*, in *Federal Reserve Bank of Dallas Globalization and Monetary Policy Institute Working Paper No. 97*, <https://www.dallasfed.org/~media/documents/institute/wpapers/2011/0097.pdf>, pp. 1-32.

⁶² NATIONAL COMMISSION ON THE CAUSES OF THE FINANCIAL AND ECONOMIC CRISIS IN THE UNITED STATES, *The Financial Crisis Inquiry Report*, 2011, p. 109. Sul *predatory lending* v. in generale A. LUPOI, *Circolazione e contrabbando del rischio nei subprime loan*, in *Riv. dir. banc.*, 2015, 7, pp. 6-15; K.C. ENGEL, P.A. MCCOY, *Predatory Lending and Community Development at Loggerheads*, *Financing Low-Income Communities: Models, Obstacles, and Future Directions* (2007), p. 3 ss.; EID., *A Tale of Three Markets: The Law and Economics of Predatory Lending*, in *Texas Law Review* 80, no.6 (2002), p. 1257 ss.; C.W. CALORIMIS, C.M. KAHN, S.D. LONGHOFER, *Housing-Finance Intervention and Private Incentives: Helping Minorities and the Poor*, in *Journal of Money, Credit and Banking*, Vol. 26, No. 3, Part 2: *Federal Credit, Theory, Evidence, and History* (Aug., 1994), p. 634 ss.

tutela dei consumatori vulnerabili in settori a rischio come quello finanziario⁶³.

Il diritto europeo dei contratti, invero, si preoccupa solo di eliminare le asimmetrie informative, presupponendo che il consumatore sia debole solo perché non conosce il regolamento contrattuale e le caratteristiche del bene o servizio; tale impostazione, che esclude altre “debolezze”, non regge alla prova dei fatti, potendosi distinguere tra il consumatore in generale, vulnerabile per asimmetrie informative, e il consumatore svantaggiato anche per motivi linguistici, di scarsa alfabetizzazione ed economici⁶⁴.

L'insensibilità alle peculiari condizioni di debolezza economica del debitore, del resto, è una caratteristica del rapporto obbligatorio delineato dalla dottrina, imponendosi l'esecuzione della prestazione anche in caso di impotenza finanziaria (v. *infra*, cap. III, par. 5).

Da quanto esposto consegue la necessità di superare un approccio basato sulla standardizzazione degli obblighi informativi, individuando una possibile soluzione ai problemi citati negli obblighi di assistenza presenti nel t.u.b. e, più in generale, nella capacità espansiva del principio di buona fede, fonte di integrazione del contratto. Come si tenterà di dimostrare, da alcuni indici normativi si evince la codificazione della figura del consumatore “vulnerabile” nei servizi bancari. Le disposizioni del t.u.b. che introducono elementi di “personalizzazione” del rapporto negoziale obbligano gli intermediari a tenere conto delle diverse basi linguistiche e cognitive dei consumatori⁶⁵, garantendo nei loro confronti un *surplus* di tutela che colmi lo iato tra la tutela *standard* del consumatore medio e quella del consumatore vulnerabile; alcune disposi-

⁶³ Risoluzione del Parlamento Europeo del 22 maggio 2012 su una strategia per rafforzare i diritti dei consumatori vulnerabili (2011/2272 (INI)), p. 3 ss., in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52012IP0209>.

⁶⁴ Si veda il rapporto della Conferenza delle Nazioni Unite sul Commercio e lo Sviluppo: UNCTAD, *Working Group on Vulnerable and Disadvantaged Consumers*, 2018, p. 9. Sulla *ratio* della tutela del consumatore v. A.M. BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 374: «Il consumatore in definitiva è debole perché non sa, e questa sua ignoranza spazia dai contenuti dell'affare di cui il contratto è veste giuridica (nel duplice loro senso economico: caratteristiche del bene o servizio [...] contenuto del regolamento contrattuale [...]) alle modalità anche procedurali con cui egli è chiamato ad esprimere la propria volontà di concluderlo». Cfr. V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 4, p. 769 ss.

⁶⁵ Cfr. S. PAGLIANTINI, *Il debito da eccezione a regola*, cit., p. 106, per il quale nel diritto dei consumatori il consumatore rileva non in quanto persona, dotata di individualità e caratteristiche proprie, ma in quanto figura asettica, membro di una categoria anonima che sceglie tra i diversi prodotti sul mercato.

zioni, inoltre, impongono una condotta maggiormente cooperativa in presenza di una vulnerabilità economica del consumatore (v. *infra*, cap. III, par. 5).

3.1. L'omesso rilievo della diversità culturale del consumatore

Da quanto è emerso l'esclusione finanziaria degli immigrati, dunque, è un fenomeno con molte sfaccettature, che solo un'analisi superficiale può ricondurre ad una generale discriminazione nella fornitura dei servizi bancari. Data la minore educazione finanziaria e la maggiore asimmetria cognitiva che ricorre con l'intermediario (a causa della scarsa comprensione della lingua del contratto), si è evidenziata la necessità di un superamento di una tutela incentrata sul consumatore medio, informato e avveduto, basata sull'adempimento formale degli obblighi informativi imposti *ex lege* anche quando essi siano *ictu oculi* insufficienti. Più in generale la vulnerabilità del consumatore immigrato non dipende solo dall'asimmetria informativa, come sembra presupporre il diritto europeo dei contratti, ma è connessa soprattutto a fattori linguistici ed economici.

Tra le peculiarità dell'esclusione finanziaria degli immigrati vi è poi la mancanza di contratti conformi alla religione islamica. Come confermano studi empirici condotti dall'Osservatorio nazionale sull'inclusione finanziaria dei migranti, gli immigrati di religione musulmana spesso si auto-escludono dall'accesso ai servizi bancari, finanziari e assicurativi in quanto i relativi contratti non rispettano i precetti della religione islamica⁶⁶. Tra le varie forme di esclusione finanziaria, quella degli immigrati musulmani è cagionata da fattori non emendabili con l'educazione finanziaria o una maggiore responsabilizzazione degli intermediari.

L'introduzione della finanza islamica nel nostro ordinamento è necessaria per adeguare il diritto privato alle esigenze di una società multiculturale, che postula strumenti privatistici che permettano anche agli immigrati di religione musulmana l'esercizio di una piena cittadinanza economica.

Come già accennato, la normativa del Codice civile non solo è "*cieca alle differenze*"⁶⁷, ma è un prodotto della cultura occidentale, cosicché risulta estranea alla cultura degli immigrati; basti pensare al principio della naturale fecondità del denaro, *ex art. 1224 c.c.* radicalmente in contrasto con il precetto sharaitico del divieto di interessi. Il problema dell'imposizione della

⁶⁶ D. FRIGERI (a cura di), *Osservatorio Nazionale sull'inclusione finanziaria dei migranti in Italia, CeSPI, VI Rapporto*, 2017, p. 84. Si evidenzia, in particolare, che tra i *drivers* di tale rapporto rientra il rispetto delle norme religiose (21%).

⁶⁷ Cfr. C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, cit., pp. 29-30. Cfr. anche A. BUCKINGHAM, *Considering Cultural Communities in Contract Interpretation*, cit., pp. 152-156.

cultura maggioritaria alle minoranze, con negazione di un'effettiva eguaglianza giuridica a cittadini di origine culturale diversa⁶⁸, riguarda anche la scarsa considerazione del legislatore per il rischio linguistico nel diritto privato.

Occorre purtroppo rilevare il totale disinteresse del legislatore, che al momento si è tradotto in progetto di legge, del 2 maggio 2017, presentato presso la Camera dei Deputati⁶⁹, avente ad oggetto la disciplina dei contratti *Shari'ah compliant* ma attualmente fermo alla VI Commissione Finanze. Maggiore stupore desta soprattutto la scarsa attenzione che la dottrina privatistica ha prestato ai problemi derivanti dalla diversità culturale, connessi cioè a fattori linguistici o religiosi, a differenza di quanto avviene nel diritto penale, ove da tempo, anche in giurisprudenza⁷⁰, si parla di "reati culturalmente orientati". Tant'è che non si è mai posto un problema di "interpretazione culturalmente orientata del contratto", oggetto di attenzione, invece, da parte della dottrina straniera⁷¹, nei casi in cui il diverso *background* culturale delle parti le induce ad attribuire significati opposti alle previsioni contrattuali.

In base al Manifesto per la giustizia sociale nel Diritto Europeo dei Contratti, l'omesso rilievo della diversità culturale nel diritto privato pone un problema di giustizia sociale: da un lato, può condurre all'esclusione sociale dell'immigrato, dato lo stretto legame della stessa con l'esclusione finanziaria; dall'altro lato, fallisce nel tentativo di favorire l'integrazione dei popoli rispettandone al contempo i costumi⁷².

⁶⁸ J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro*, cit., p. 156.

⁶⁹ http://www.camera.it/leg17/126?tab=2&leg=17&idDocumento=4453&sede=&tipo=http://documenti.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0052870.pdf. Per un commento del progetto di legge v. G. MATTARELLA, *La compatibilità della finanza islamica con l'ordinamento italiano: commento al progetto di legge del 2017*, in *Riv. banc.*, 2019, 5/6, p. 59 ss.

⁷⁰ Cfr., *ex multis*, Cass. 29 gennaio 2018, n. 29613, in www.cortedicassazione.it; Cass. 4 dicembre 2013, n. 51059, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, con nota di P.F. POLI, *Una nuova pronuncia della Cassazione sull'aggravante dei futili motivi nei reati culturalmente motivati*, relativa ad un imputato di fede islamica, condannato per tentato omicidio della figlia, la quale aveva intrattenuto rapporti intimi prima del matrimonio con un uomo di diversa religione.

⁷¹ V. A. BUCKINGHAM, cit., *ibidem*; M. MAUTNER, *Contract, Culture, Compulsion, or: What Is So Problematic in the Application of Objective Standards in Contract Law?*, in *Theoretical Inquiries in Law* 3.2, 2002, p. 546 ss.

⁷² U. MATTEI, *Social Justice in European Contract Law A Manifesto*, in *10 European Law Journal* 653 (2004), pp. 664-665. Sul tema v. in generale H. COLLINS, *Does social justice require the preservation of diversity in the private laws of member states of Europe*, in T. WILHELMSSON, E. PAUNIO, A. POHJOLAINEN (eds.), *Private Law and the Many Cultures of Europe* (Kluwer Law International 2007) p. 161 ss.

4. Il principio di effettività della tutela: oltre il consumatore medio

Una tappa nel percorso di superamento della tutela incentrata sul consumatore medio e avveduto è rappresentata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Quello che emerge è il superamento dell'idea, destituita di fondamento, del consumatore quale soggetto sempre in grado di esercitare da sé i propri diritti, purché informato, e la consapevolezza della necessità di surrogare con un intervento esterno l'inerzia dei consumatori più vulnerabili, come gli immigrati, scarsamente consapevoli dei propri diritti. Il discorso si inserisce nella c.d. "costituzionalizzazione" del diritto europeo, che attraverso il principio di effettività della tutela, di cui all'art. 47 Carta dir. UE, ha contribuito all'innalzamento della tutela dei consumatori. L'art. 47 richiede che un diritto sia già attribuito da una direttiva, ed entra in gioco quando le disposizioni nazionali di attuazione del diritto europeo non assicurino una tutela effettiva, imponendone una interpretazione conforme all'art. 47, in alcuni casi in combinato con l'art. 38 Carta dir. UE⁷³.

L'ampiezza riconosciuta dalla Corte di giustizia al principio di effettività comporta, di fatto, una corrispondente limitazione della autonomia degli Stati membri. Se, in linea di principio, spetta a questi ultimi stabilire la competenza degli organi giurisdizionali e le modalità procedurali delle azioni a tutela dei diritti dei consumatori, la specificità di tali regole non deve tradursi in una privazione dei loro diritti: ciò avviene quando i rimedi nazionali o le regole procedurali rendono impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti previsti dal diritto dell'Unione europea⁷⁴.

In dottrina si parla di un "*hybridization approach*" della Corte, la quale combina l'autonomia procedurale degli Stati membri con il *test* di effettività: se risulta che le regole procedurali nazionali non assicurano un livello adeguato di effettività, esse devono essere modificate per conformarsi allo *standard* europeo⁷⁵. La sensazione, tuttavia, è che tramite il principio di effettività la Corte di giustizia stia procedendo surrettiziamente ad una armonizzazione delle regole di *enforcement* dei diritti dei consumatori⁷⁶, invadendo l'autonomia

⁷³ Art. 38 Carta dir. UE ("*Protezione dei consumatori*"): «Nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori».

⁷⁴ CGCE, 16 dicembre 1976, C-33/76, *Rewe Central Finanz*, e CGCE, 16 dicembre 1976, C-45/76, *Comet*, in curia.europa.eu.

⁷⁵ N. REICH, *The Principle of Effectiveness and EU Contract Law*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2013, 2, p. 337 ss.

⁷⁶ In tal senso, v. S. PAGLIANTINI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, cit., p. 812; G. PALMA, *Autonomia processuale ed effettività della tutela del consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 9, p. 1151. Osserva in generale E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e Diritto*

procedurale degli Stati membri, anche in ambiti non direttamente oggetto di direttive, tanto che, nel caso della Spagna, si è resa necessaria una riforma di numerose norme del Codice di procedura civile⁷⁷.

Il principio di effettività sottopone a scrutinio sia le garanzie procedurali sia l'area dei rimedi privatistici. Quanto al primo ambito, si può notare, sin dalla sentenza *Oceano*⁷⁸, una diffusa attenuazione del principio dispositivo, con l'imposizione di un obbligo di rilevare d'ufficio l'abusività delle clausole contrattuali nei contratti *b2c*⁷⁹: la *ratio* è la presa di coscienza che determinati consumatori hanno scarsa conoscenza dei propri diritti e, conseguentemente, potrebbero non esercitarli. Il principio di effettività, dunque, imponendo un abbandono dell'idea del consumatore medio, informato e accorto, può contribuire all'inclusione ed alla tutela di consumatori, come gli immigra-

privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità, Giappichelli, Torino, 2017, p. 86, che «l'affermazione della *Drittwirkung* non ha solo [...] l'effetto di potenziare il ruolo dell'interprete nell'elaborazione di nuove norme, ma anche e soprattutto l'effetto di incidere sulle competenze dell'Unione», e che «la *Drittwirkung*, associata al principio di effettività, ha creato [...] una connessione funzionale tra il diritto dell'Unione e il diritto degli Stati nazionali, tale da ascrivere al diritto di competenza dell'Unione le norme degli Stati nazionali finalizzate a garantire un apparato rimediale ai diritti e alle finalità dell'UE [...] il cui effetto è [...] anche un'estensione della competenza dell'Unione sulle discipline rimediali degli Stati nazionali».

⁷⁷ A seguito della pronuncia Aziz (CGUE 14 marzo 2013, *Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya*, cit.) con la quale, in una controversia riguardante un immigrato di nazionalità marocchina, è stata censurata la normativa spagnola che non prevedeva la possibilità di sospendere l'esecuzione ipotecaria a causa dell'abusività di alcune clausole del contratto di mutuo, il legislatore spagnolo ha introdotto la *Ley 1/2013, "Medidas para reforzar la protecció de los deudores hipotecarios, reestructuració de deuda y alquiler social"*, che permette di sospendere l'esecuzione ipotecaria in caso di abusività di clausole contrattuali. Sulle misure adottate dal legislatore spagnolo v. P. GUTIERREZ DE CABIEDES, M. CANTERO GAMITO, *Country Report Spain*, in H. MICKLITZ, I. DOMURATH (a cura di), *Consumer Debt and Social Exclusion in Europe*, Ashgate, 2015, pp. 70-82; J.M. MOLINA, *Spanish Law in 2010-2012: The influence of European Union Law and the Impact of the Economic Crisis*, in *Journal of Civil Law Studies*, 2013, 1, vol. 6, pp. 426-434.

⁷⁸ CGCE, 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98 a C-244/98, *Oceano Grupo c. Quintero*, par. 25-26, in curia.europa.eu; v. *ex multis* CGUE 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon Gsm Zrt c. Sustikné Gyorfí*, para. 35, *ibidem*; CGUE 6 ottobre 2009, C-40/08, *Asturcom c. Rodriguez*, par. 59, *ibidem*.

⁷⁹ Attenuazione che non equivale però al superamento del principio della domanda, poiché le nullità di protezione operano solo a vantaggio del consumatore. Come stabilito dalle Sezioni unite nel 2014, infatti, il giudice ha sempre l'obbligo di rilevare qualsiasi nullità, ma nel caso di nullità di protezione la relativa declaratoria è subordinata alla mancata opposizione del consumatore: Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, pp. 14-15, in *Corr. giur.*, 2015, 1, p. 88 ss., con nota di V. CARBONE, "Porte aperte" delle Sezioni Unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto.

ti, con una scarsa conoscenza dei propri diritti e degli obblighi gravanti sui professionisti.

Così, nel caso *Invitel*, la Corte ha stabilito che la dichiarazione di abusività di alcune clausole ex art. 3, direttiva 93/13/CE, utilizzate da un professionista nei contratti coi consumatori, non si limita a produrre effetti nella fattispecie concreta, ma i giudici nazionali devono attivarsi d'ufficio e dichiarare l'inefficacia di tali clausole anche nei confronti di altri consumatori cui il professionista applica tali clausole⁸⁰. Si è poi riconosciuto il superamento di preclusioni processuali, ammettendo il rilievo d'ufficio delle nullità in sede esecutiva – anche dinanzi ad un titolo esecutivo definitivo – e la revisione di un giudicato causato dalla inerzia del consumatore⁸¹, determinando «un dovere pressoché illimitato del giudice nazionale di intervenire in soccorso della parte debole per supplire alla sua scarsa reattività processuale»⁸².

Riguardo ai contratti di credito, nel caso *Radlinger* la Corte ha ritenuto il dovere dei giudici nazionali di rilevare d'ufficio, senza una previa domanda del consumatore, la violazione dei doveri informativi di cui all'art. 10, par. 2, direttiva 2008/48/CE. In questi casi viene in rilievo l'efficacia positiva del principio di effettività, che implica non solo la rimozione di ostacoli procedurali, ma addirittura la creazione di un rimedio – il rilievo d'ufficio – prima assente⁸³, che viene ritenuto adeguato, ex art. 23, direttiva 2008/48/CE, a sanzionare l'inadempimento degli obblighi di *disclosure*.

La violazione degli obblighi informativi di cui all'art. 10, par. 2, della direttiva 2008/48, per la Corte di Giustizia, è rilevabile d'ufficio dal giudice nazionale, a prescindere da una domanda del consumatore, non solo perché si tratta di soggetto che non conosce i propri diritti, ma perché l'art. 23, direttiva 2008/48, richiede sanzioni dissuasive per le violazioni delle disposizioni nazionali attuative della direttiva.

Nonostante alcuni commentatori abbiano definito paternalistico l'approccio

⁸⁰ CGUE 26 aprile 2012, C-472/10, *Hatóság c. Invitel*, in curia.europa.eu, commentata da N. REICH, cit., pp. 348-351.

⁸¹ CGUE 18 febbraio 2016, C-49/14, *Finanmadrid EFC SA*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1143, con nota di G. PALMA, *Autonomia processuale ed effettività della tutela del consumatore*, cit., 1147.

⁸² G. PALMA, *op. ult. cit.*, 1150.

⁸³ In tal senso, con riferimento alla sentenza *Radlinger*, v. F. BARTOLINI, *The Consumer-Debtor Dimension*, cit., p. 301. Per la Corte «le informazioni precedenti e concomitanti alla stipulazione di un contratto, relative alle condizioni contrattuali e alle conseguenze di detta stipulazione, rivestono per il consumatore un'importanza fondamentale. È segnatamente in base a tali informazioni che quest'ultimo decide se desidera vincolarsi alle condizioni preventivamente redatte dal professionista. Peraltro, esiste un rischio non trascurabile che, soprattutto per ignoranza, il consumatore non faccia valere la norma giuridica intesa a tutelarlo».

della Corte⁸⁴, tale rilievo d'ufficio non solo sanziona anche la violazione di un interesse generale, come del resto quello della nullità nel diritto nazionale⁸⁵, ma è coerente con il superamento dell'idea del consumatore come soggetto razionale, avveduto e circospetto.

La clausola generale di cui all'art. 23 direttiva 2008/48 fonda anche la pronuncia *Le Crédit Lyonnais SA*⁸⁶, nella quale la Corte giudica contraria al diritto dell'Unione la normativa francese per la quale, in caso di violazione dell'obbligo di valutare la solvibilità del debitore, il creditore decade dal diritto agli interessi convenzionali ma beneficia degli interessi al tasso legale, qualora ciò crei un arricchimento rispetto all'ipotesi in cui egli abbia ottemperato a tale obbligo. Ed infatti, pur spettando agli Stati membri la predisposizione di sanzioni per le violazioni delle disposizioni nazionali attuative della direttiva (considerando 47 e art. 23), tali misure devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive. Nonostante non sia menzionato nella pronuncia, è evidente che il canone ermeneutico della Corte è rappresentato dal principio di effettività di cui all'art. 47 Carta dir. UE, che, nella versione inglese, riferendosi alla garanzia di un rimedio effettivo, sembra comprendere non solo la garanzia dell'accesso ad un procedimento giurisdizionale, ma altresì a rimedi di diritto privato idonei a restaurare la violazione del bene della vita⁸⁷.

In definitiva, l'indirizzo adottato dalla Corte di giustizia, basandosi sull'interpretazione della normativa consumeristica conforme al principio di effettività, ha comportato il superamento di un modello di tutela fondato su un consumatore "astratto" e sempre informato, prendendo come riferimento il c.d. consumatore "costituzionalizzato"⁸⁸. L'indirizzo della Corte, però, non costituisce un dato isolato, inserendosi in un più ampio *trend* della normativa dei servizi bancari, come si dimostrerà nei capitoli seguenti.

⁸⁴ F. BARTOLINI, *The Consumer-Debtor Dimension*, cit., p. 300.

⁸⁵ *Ex multis*, Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, pp. 14-15, cit.

⁸⁶ CGUE 27 marzo 2014, C-565/12, *LCL Le Crédit Lyonnais SA c. Kalhan*, in *Contr.*, 2014, 10, pp. 873-887, commentata da T. RUMI, *Verifica del merito creditizio ed efficacia dei rimedi a tutela del consumatore*, e da T. DALLA MASSARA, *Obbligo del creditore di valutare la solvibilità del debitore: la Corte di Giustizia sulla sanzione della decadenza dagli interessi convenzionali prevista nell'ordinamento francese*, in *Dir. civ. cont.*, 2014, 3, ottobre/dicembre.

⁸⁷ Così S. PAGLIANTINI, *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di Giustizia: traccia per uno sguardo di insieme*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 4, p. 815; v. N. REICH, *The Principle of Effectiveness and EU Contract Law*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2013, 2, p. 339.

⁸⁸ Tale definizione viene coniata da H.W. MICKLITZ, *Il consumatore: mercantizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 3, pp. 879-888, ed è ripresa da E. BARGELLI, *La costituzionalizzazione del diritto privato attraverso il diritto europeo. Il right to respect for the home ai sensi dell'art. 8 CEDU*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 1, p. 81 ss.