

ARTICOLI

**Vulnerabilità dinamica
nei mercati digitali.
Riflessioni a partire
dalla Consumer
Agenda 2030.**

LAURA ZOBOLI

Assistant Professor
IE Law School, IE University, Madrid

Dialoghi di Diritto dell'Economia

Rivista diretta da

Danny Busch, Raffaele Lener, Roberto Natoli, Andrea Sacco Ginevri,
Filippo Sartori, Antonella Sciarrone Alibrandi

Direttore editoriale

Andrea Marangoni

Coordinatore editoriale

Francesco Petrosino

Direttori di area

Attività, governance e regolazione bancaria

Prof. Alberto Urbani, Prof. Diego Rossano, Prof. Francesco Ciraolo, Prof.ssa Carmela Robustella, Prof. Gian Luca Greco, Prof. Federico Riganti, Dott. Luca Lentini, Dott. Edoardo Cecchinato

Mercato dei capitali finanza strutturata

Prof. Matteo De Poli, Prof. Filippo Annunziata, Prof. Ugo Malvagna, Prof. Alain Pietrancosta, Prof.ssa Paola Lucantoni, Dott.ssa Anna Toniolo

Assicurazioni e previdenza

Prof. Paoloefisio Corrias, Prof. Michele Siri, Prof. Pierpaolo Marano, Prof. Giovanni Maria Berti De Marinis, Prof. Robert Merkin, Prof.ssa Kyriaki Noussia, Dott. Massimo Mazzola

Contratti di impresa, concorrenza e mercati regolati

Prof.ssa Maddalena Rabitti, Prof.ssa Michela Passalacqua, Prof.ssa Maddalena Semeraro, Prof.ssa Mariateresa Maggiolino, Dott. Gianpaolo Panetta

Diritto della crisi di impresa e dell'insolvenza

Prof. Aldo Angelo Dolmetta, Prof. Gianluca Mucciarone, Prof. Francesco Accettella, Dott. Antonio Didone, Prof. Alessio di Amato, Prof. Ignacio Tirado

Fiscalità finanziaria

Prof. Andrea Giovanardi, Prof. Nicola Sartori, Prof. Francesco Albertini

Istituzioni dell'economia e politiche pubbliche

Prof.ssa Michela Passalacqua, Prof. Francesco Moliterni, Prof. Giovanni Luchena, Dott.ssa Stefania Cavaliere, Dott. Lorenzo Rodio Nico

Criteri di Revisione

I contributi proposti alla Rivista per la pubblicazione sono sottoposti a una previa valutazione interna da parte della Direzione o di uno dei Direttori d'Area; il quale provvede ad assegnare il contributo a un revisore esterno alla Rivista, selezionato, *rationes materiae*, fra professori, ricercatori o assegnisti di ricerca.

La rivista adotta il procedimento di revisione tra pari a singolo cieco (*single blind peer review*) per assicurarsi che il materiale inviato rimanga strettamente confidenziale durante il procedimento di revisione.

Qualora il valutatore esprima un parere favorevole alla pubblicazione subordinato all'introduzione di modifiche, aggiunte o correzioni, la Direzione si riserva di negare la pubblicazione dell'articolo. Nel caso in cui la Direzione decida per la pubblicazione, deve verificare previamente che l'Autore abbia apportato le modifiche richieste dal Revisore.

Qualora il revisore abbia espresso un giudizio negativo, il contributo può essere rifiutato oppure inviato, su parere favorevole della maggioranza dei Direttori dell'area competente *rationes materiae*, a un nuovo revisore esterno per un ulteriore giudizio. In caso di nuovo giudizio negativo, il contributo viene senz'altro rifiutato.

Vulnerabilità dinamica nei mercati digitali. Riflessioni a partire dalla Consumer Agenda 2030.

LAURA ZOBOLI

Assistant Professor
IE Law School, IE University, Madrid

SOMMARIO: 1. Introduzione. La Consumer Agenda 2030 e la crisi del paradigma informativo della tutela consumeristica. – 2. Il consumatore come categoria regolatoria del mercato europeo. – 2.1. La funzione del consumatore nella costituzione economica europea. – 2.2. Dal consumatore debole al consumatore medio. – 2.3. Il consumatore medio come dispositivo di equilibrio. – 2.4. La vulnerabilità come correttivo del paradigma informativo. – 3. Dal paradigma dell'informazione all'economia dei dati. – 3.1. Il mercato informazionale come presupposto del paradigma consumeristico europeo. – 3.2. Dall'informazione all'inferenza comportamentale. – 3.3. La personalizzazione tra preferenze e suscettibilità. – 3.4. L'emersione del consumatore profilato. – 4. Vulnerabilità dinamica e nuove forme di sfruttamento della scelta. – 4.1. I limiti della vulnerabilità categoriale. – 4.2. L'inadeguatezza dell'art. 5 UCPD: status normativo e suscettibilità inferita. – 4.3. La vulnerabilità dinamica come chiave interpretativa. – 4.4. Dalla vulnerabilità come status alla vulnerabilità come funzione. – 4.5. Preferenze, suscettibilità e sfruttamento della scelta. – 5. Il limite strutturale della trasparenza. – 5.1. Razionalità limitata, information overload e crisi della disclosure. – 5.2. Perché la trasparenza non basta nell'economia dei dati. – 6. Dalla correttezza dell'informazione alla regolazione dell'architettura della scelta. – 6.1. Il Digital Services Act come primo superamento del paradigma informativo. – 6.2. La Consumer Agenda 2030 come riconoscimento istituzionale della trasformazione dei mercati digitali. – 6.3. Il Digital Fairness Act e la ricerca di un nuovo equilibrio regolatorio. – 6.4. Le sfide dell'enforcement: l'invisibilità della vulnerabilità dinamica. – 6.5. Alcuni criteri per il futuro Digital Fairness Act. – 7. Conclusioni. Dal consumatore informato al governo dell'architettura della scelta.

1. Introduzione. La Consumer Agenda 2030 e la crisi del paradigma informativo della tutela consumeristica

La tutela del consumatore costituisce uno degli elementi strutturali dell'ordinamento economico dell'Unione europea. Lungi dal rappresentare una mera parentesi solidaristica, essa si colloca al centro del progetto di integrazione europea, contribuendo al funzionamento del mercato interno attraverso la correzione delle asimmetrie che fisiologicamente connotano le relazioni tra professionisti e consumatori. Non è casuale che i Trattati attribuiscono a tale protezione una rilevanza sistemica che trascende la mera dimensione settoriale: l'art. 12 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE) impone, infatti, che le esigenze di tutela dei consumatori siano integrate nella definizione e nell'attuazione delle altre politiche dell'Unione, mentre l'art. 169 TFUE individua la promozione degli interessi economici dei consumatori e l'elevato livello di protezione quali obiettivi permanenti dell'azione europea. Un'analoga centralità risulta dall'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a tenore del quale le politiche dell'Unione devono garantire un elevato livello di protezione dei consumatori.

Storicamente, la politica europea dei consumatori è stata concepita non soltanto quale strumento di salvaguardia individuale, ma anche come meccanismo funzionale alla realizzazione del mercato interno, nella convinzione che consumatori informati e fiduciosi costituiscano una precondizione essenziale per il corretto dispiegarsi della concorrenza e degli scambi transfrontalieri⁰¹. L'impianto del diritto europeo dei consumatori si è così sviluppato attorno a una specifica rappresentazione dell'autonomia privata, fondata sulla capacità del soggetto di assumere decisioni razionali ed efficienti, purché supportate da un apparato informativo adeguato⁰².

La figura del consumatore medio non rappresenta, pertanto, soltanto una categoria di protezione, ma opera come vera e propria costruzione regolatoria, funzionale a definire il livello di autonomia che il mercato può legittimamente presupporre e, di riflesso, il grado di intervento correttivo che l'ordinamento ritiene necessario. La disciplina consumeristica costituisce, di conseguenza, un punto di caduta e di mediazione tra diritto privato, diritto dell'economia e regolazione del mercato.

Questa architettura concettuale merita oggi di essere sottoposta a un vaglio critico. Una parte preponderante della legislazione consumeristica europea è stata elaborata in un contesto economico fondato sulla centralità dell'informazione. All'interno di simi-

⁰¹ La stretta correlazione tra tutela del consumatore e integrazione del mercato interno è ampiamente evidenziata in dottrina. Cfr. S. WEATHERILL, *EU Consumer Law and Policy*, Cheltenham, 2013, 14 ss. Per un inquadramento sistemico della protezione consumeristica quale principio cardine dell'ordinamento eurounitario, si rinvia altresì a G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2002.

⁰² Il paradigma dell'*informed consumer* costituisce uno degli assunti di fondo della costruzione europea della tutela consumeristica; v. N. REICH, H.-W. MICKLITZ, P. ROTT, K. TONNER, *European Consumer Law*, Cambridge, 2014; S. WEATHERILL, *EU Consumer Law and Policy*, cit.

le cornice, il paradigma consumeristico attribuisce all'informazione e alla trasparenza una funzione centrale nel riequilibrio delle relazioni di mercato. Da questa impostazione discende un corollario noto: se l'informazione è falsa, incompleta o ingannevole, la decisione economica risulta viziata e l'intervento correttivo si rende necessario; se, al contrario, l'informazione è corretta, completa e trasparente, il consumatore è presunto in grado di esercitare in piena autonomia la propria libertà di scelta. Il diritto europeo dei consumatori risulta così radicato in un paradigma dell'informazione, che elegge la *disclosure* a strumento principe per garantire l'autonomia decisionale del consumatore.

I mercati digitali contemporanei sembrano però operare secondo logiche differenti. Le piattaforme online, i sistemi di raccomandazione, la pubblicità comportamentale e le tecniche di personalizzazione non si limitano più a trasmettere informazioni. Essi contribuiscono, in modo sempre più pervasivo, alla costruzione stessa dell'ambiente decisionale (la c.d. architettura della scelta) entro cui le preferenze vengono formate ed espresse. L'estrazione del valore economico non deriva più soltanto dalla disponibilità di informazioni, ma dalla capacità algoritmica di raccogliere dati granulari, elaborare inferenze e identificare condizioni di particolare suscettibilità⁰³.

La criticità non risiede nel fatto che il consumatore acquisti un bene o un servizio, né nella circostanza che l'impresa riesca a incrementare le proprie vendite. In ogni economia di mercato gli operatori cercano fisiologicamente di influenzare le scelte dei consumatori. La questione assume rilievo quando il vantaggio competitivo viene ottenuto attraverso l'identificazione e lo sfruttamento di condizioni individuali di particolare suscettibilità. In tali ipotesi, la competizione tende a spostarsi dalla qualità dell'offerta e dall'efficienza dell'organizzazione produttiva alla capacità di incidere sulle condizioni di formazione della scelta.

Le implicazioni di tale fenomeno si manifestano su un duplice piano. Da un lato, il consumatore rischia di vedere compromessa la propria autonomia decisionale, poiché l'influenza commerciale si fonda su inferenze relative a condizioni di vulnerabilità o particolare suscettibilità che egli non è ragionevolmente in grado di osservare, comprendere o controllare. Dall'altro, il mercato tende a premiare non tanto l'operatore che offre il prodotto migliore o più efficiente, quanto quello dotato delle più efficaci capacità di profilazione e personalizzazione. In questi casi, ciò che viene messo in discussione non è soltanto il risultato della decisione individuale, ma anche il criterio attraverso cui il mercato seleziona i propri vincitori.

Questo scenario fa emergere una complessità che il paradigma informativo fatica a intercettare. La vulnerabilità cessa di apparire esclusivamente come una caratteristica

⁰³ Si veda, in proposito, il Rapporto BEUC, *EU Consumer Protection 2.0. Structural asymmetries in digital consumer markets*, Bruxelles, 2021. Il rapporto segnala come le asimmetrie strutturali dell'ambiente digitale impongano di riconsiderare il tradizionale equilibrio tra consumatore medio e consumatore vulnerabile, dando luogo a forme di vulnerabilità non riconducibili alle categorie classiche.

stabile del soggetto da proteggere, per assumere i contorni di una condizione situazionale, temporanea e, soprattutto, inferita attraverso l'analisi dei dati comportamentali. La questione regolatoria emerge quando la personalizzazione si salda con inferenze comportamentali capaci di intercettare e sfruttare condizioni di particolare suscettibilità del singolo. Il nodo centrale non è, dunque, la personalizzazione in sé, ma il suo impiego come strumento di influenza fondato sull'utilizzo di inferenze comportamentali⁰⁴.

È in questo orizzonte che prendono le mosse i più recenti sviluppi della politica consumeristica dell'Unione. La Consumer Agenda 2030 pubblicata nel novembre 2025 individua tra le proprie priorità strategiche l'equità digitale (*digital fairness*), la tutela dei consumatori online e il rafforzamento della vigilanza. Parallelamente, il *Fitness Check* del 3 ottobre 2024 sull'equità digitale ha evidenziato come gli strumenti tradizionali, pur continuando a svolgere una funzione essenziale, incontrino crescenti difficoltà nel contrastare pratiche quali *dark patterns*, forme di progettazione orientate alla dipendenza (*addictive design*) e sfruttamento algoritmico delle vulnerabilità.

Il presente contributo sostiene che l'evoluzione dei mercati digitali solleciti un ripensamento del rapporto tra autonomia negoziale, vulnerabilità e regolazione economica. Se il diritto europeo dei consumatori è stato edificato per correggere asimmetrie prevalentemente informative, l'ecosistema digitale contemporaneo è sempre più caratterizzato da forme di squilibrio nelle quali il vantaggio competitivo risiede nella capacità di inferire condizioni di particolare suscettibilità e di orientare le condotte individuali. In tale contesto, la vulnerabilità non rileva più soltanto come condizione preesistente del soggetto, ma tende a diventare oggetto di identificazione, classificazione e sfruttamento attraverso processi di profilazione e personalizzazione.

2. Il consumatore come categoria regolatoria del mercato europeo

2.1 La funzione del consumatore nella costituzione economica europea

Nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea, la figura del consumatore occupa una posizione peculiare. Essa non costituisce il mero destinatario di misure protettive, ma opera come uno degli strumenti attraverso cui il diritto europeo contribuisce all'organizzazione e al corretto funzionamento del mercato interno. In questa prospettiva, la tutela consumeristica non può essere letta esclusivamente attraverso le lenti della solidarietà o della redistribuzione sociale. Piuttosto, essa assolve primariamente una funzione economica, volta a favorire quelle condizioni di fiducia, trasparenza e prevedibilità che costituiscono premesse essenziali per il corretto svolgimento degli scambi.

La tutela del consumatore svolge, in questa prospettiva, una funzione che trascende il

⁰⁴ Per una ricostruzione del rapporto tra profilazione, architettura della scelta e vulnerabilità digitale, v. N. HELBERGER, M. SAX, J. STRYCHARZ, H.-W. MICKLITZ, *Choice Architectures in the Digital Economy: Towards a New Understanding of Digital Vulnerability*, in *Journal of Consumer Policy*, 2022, 175 ss.; J. STRYCHARZ, B. DUIVENVOORDE, *The Exploitation of Vulnerability through Personalised Marketing Communication*, in *Internet Policy Review*, 2021.

mero riequilibrio del singolo rapporto contrattuale. Come noto, il progetto europeo non si è limitato a introdurre strumenti di riequilibrio sinallagmatico, ma ha progressivamente costruito una specifica immagine del soggetto economico, chiamata a svolgere una funzione sistemica nel mercato. La protezione del consumatore passa, così, da tecnica di salvaguardia individuale a strumento di regolazione economica.

La costruzione normativa del consumatore non è mai neutrale, riflettendo il livello di razionalità che il mercato può legittimamente presumere e, di riflesso, il grado di intervento correttivo che l'ordinamento ritiene necessario. In questo senso, il consumatore si colloca al crocevia tra diritto privato, diritto dell'economia e regolazione del mercato.

2.2 Dal consumatore debole al consumatore medio

L'assunzione del "consumatore medio" a parametro di riferimento non costituisce il punto di partenza della politica europea, ma l'esito di un processo evolutivo che riflette le trasformazioni del mercato e delle tecniche di regolazione⁰⁵. La storia del diritto europeo dei consumatori può essere proficuamente riletta come una successione di differenti paradigmi soggettivi, ciascuno dei quali riflette una diversa rappresentazione delle vulnerabilità del consumatore e delle tecniche di regolazione ritenute necessarie per fronteggiarle.

La prima fase è generalmente ricondotta all'immagine del consumatore quale soggetto debole del rapporto di mercato, frequentemente denominato consumatore 'ignorans'. I primi programmi d'azione europei, a partire dalla Risoluzione del Consiglio del 1975, muovevano dalla consapevolezza della posizione di debolezza che caratterizza il consumatore rispetto al professionista e individuavano nella tutela degli interessi economici, nell'informazione e nell'educazione del consumatore gli strumenti attraverso cui correggere tali squilibri⁰⁶. In questa fase, l'intervento pubblico si fonda prevalentemente su una logica protettiva⁰⁷.

Con la maturazione del mercato interno, tuttavia, tale impostazione evolve progressi-

05 Una ricostruzione delle diverse immagini del consumatore elaborate dal diritto dell'Unione è offerta da D. LECZYKIEWICZ, S. WEATHERILL (a cura di), *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law*, Oxford, 2016, v., in particolare, il capitolo di H. MICKLITZ, *The Consumer: Marketised, Fragmentised, Constitutionalised*, 21 ss.

06 In tal senso, v. la Risoluzione del Consiglio del 14 aprile 1975, *riguardante un programma preliminare della Comunità economica europea per una politica di protezione e di informazione dei consumatori* (in GU C 92 del 25.4.1975).

07 Cfr. A.M. BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, 2012, 374, il quale osserva che «il consumatore in definitiva è debole perché non sa». Cfr., per un inquadramento sistematico, 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, 769 ss.

vamente⁰⁸. L'obiettivo regolatorio muta: non si tratta più di proteggere passivamente il contraente debole, ma di abilitarlo a partecipare attivamente agli scambi. In questa seconda fase si consolida il paradigma informativo. L'assunto di base cambia radicalmente: il consumatore non è incapace di curare i propri interessi, ma necessita degli strumenti conoscitivi per farlo. Gli obblighi di *disclosure*, i doveri informativi precontrattuali e le stringenti regole sulla trasparenza divengono l'architrave della regolazione. Il mercato si presume efficiente laddove l'asimmetria tra consumatore e professionista, prevalentemente informativa, venga colmata⁰⁹.

La cristallizzazione della figura del "consumatore medio", introdotta in via generale dalla Direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali (UCPD), rappresenta il vertice di questo percorso¹⁰. Recependo l'orientamento pretorio inaugurato dalla Corte di Giustizia nel noto caso *Gut Springenheide*¹¹, il considerando 18 della Direttiva eleva a standard di valutazione il consumatore "normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto".

Tale figura non corrisponde a un consumatore reale in carne ed ossa, né a una media statistica empiricamente rilevabile¹². Si tratta di uno standard normativo calibrato per individuare la soglia di attenzione e razionalità che l'ordinamento può legittimamente presumere in capo al consumatore e, conseguentemente, il livello di tutela che l'ordi-

08 Sulla progressiva marginalizzazione della logica puramente protettiva a favore di una concezione funzionale e partecipativa del consumatore, cfr. H.-W. MICKLITZ, *The Expulsion of the Concept of Protection from Consumer Law and the Return of Social Elements in the Civil Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 2012, 283 ss.

09 Sulla centralità e sui limiti dell'approccio informativo, cfr. H.-W. MICKLITZ, L. REISCH, K. HAGEN, *An Introduction to the Special Issue on Behavioural Economics, Consumer Policy and Consumer Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 2011, 271 ss.; A. OEHLER, S. WENDT, *Good Consumer Information: The Information Paradigm at its (Dead) End?*, in *Journal of Consumer Policy*, 2017, 153 ss.

10 Per un commento generale alla Direttiva 2005/29/CE, v. A. GIANOLA, voce *Pratiche negoziali sleali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., agg.*, vol. IV, Torino, 2009, 381 ss. Sulla complessiva disciplina delle pratiche commerciali, si rinvia al recente volume di G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Pratiche commerciali, diritti dei consumatori e contratti conclusi a distanza e fuori dai locali commerciali*, Pisa, 2025; nonché a M. BERTANI, *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, Milano, 2016.

11 Il parametro è stato compiutamente delineato a partire da CGUE, 16 luglio 1998, causa C-210/96, *Gut Springenheide*, ove la Corte individua il parametro del consumatore medio quale soggetto normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto. Tale standard ha assunto valenza trasversale nell'ordinamento europeo: cfr. CGUE, 22 giugno 1999, causa C-342/97, *Lloyd Schuhfabrik Meyer*; nonché CGUE, 12 maggio 2011, causa C-122/10, *Konsumentombudsmannen c. Ving Sverige*, che ne ribadisce la centralità in tema di trasparenza informativa. In commento anche R. Senigaglia, *Consumatore, vulnerabilità e principio di trasparenza tra razionalità e bias cognitivi*, in *Nuova giur. comm.*, 2024, 1522 ss.

12 Il consumatore ragionevolmente avveduto e circospetto non esiste nella realtà, cfr. R. NATOLI, *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012, 62.

namento ritiene necessario assicurare¹³. La progressiva affermazione di tale standard segna il consolidamento di una logica maggiormente partecipativa¹⁴. Resta tuttavia da verificare se il consumatore medio continui a rappresentare un parametro adeguato per descrivere e governare le dinamiche dei mercati digitali.

2.3 Il consumatore medio come dispositivo di equilibrio

La centralità dogmatica e operativa assunta dal consumatore medio non si esaurisce nella sua funzione di parametro applicativo per la disciplina delle pratiche commerciali scorrette¹⁵. Più in profondità, essa incarna una precisa scelta di politica del diritto in merito al bilanciamento tra libertà di iniziativa economica e tutela della parte debole. Il consumatore medio opera come vero e proprio dispositivo di equilibrio normativo.

La giurisprudenza euromunitaria ha a più riprese ribadito la natura astratta e normativa di tale parametro. Lo standard del consumatore medio assolve una funzione di mediazione tra istanze confliggenti: da un lato, la necessità di sanzionare le condotte idonee ad alterare significativamente il processo decisionale; dall'altro, l'esigenza di preservare la fisiologica dinamica concorrenziale del mercato, evitando che qualsiasi forma di suggestione o pressione commerciale si traduca automaticamente in una pratica scorretta¹⁶. Il consumatore medio traccia la linea di demarcazione tra le fisiologiche dinamiche persuasive del mercato e le pratiche suscettibili di alterare indebitamente il comportamento economico del consumatore.

La perdurante centralità di tale costrutto normativo è emersa con particolare eviden-

13 Sulla dialettica tra regole e standard nel diritto dell'economia e sulla funzione del consumatore medio quale canone ermeneutico flessibile, idoneo a rimediare alla naturale *underinclusiveness* della regola rigida, cfr. G. MATTARELLA, *Polizze abbinate a finanziamenti, consumatore medio e pratiche commerciali scorrette*, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 2024. Per un inquadramento teorico generale, si rinvia a A. PERRONE, *Il diritto del mercato dei capitali*, Milano, 2016, 49 ss.; L. KAPLOW, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, in *Duke Law Journal*, 1992, 557 ss.

14 Le radici di tale concetto si rinvencono nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale ha progressivamente riempito di contenuto questa formula per incapsulare le caratteristiche medie dei consumatori come classe. Sul punto, si veda la ricostruzione di M. RABITTI, *Il consumatore vulnerabile e la fragilità del diritto. Brevi considerazioni*, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 2023, 1 ss.

15 Sul consumatore medio quale standard normativo v. E. BACCIARDI, *Lo standard del consumatore medio tra homo oeconomicus e homo euristicus*, in *Accademia. Rivista dell'Associazione Civilisti Italiani*, 2023, 79 ss.; R. SENIGAGLIA, *Consumatore, vulnerabilità e principio di trasparenza tra razionalità e bias cognitivi*, in *Nuova giur. comm.*, 2024, 1522 ss.; A. MAGLIARI, *Consumatore medio, razionalità limitata e regolazione del mercato*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2023, 374 ss.

16 L'adozione di uno standard ancorato al "consumatore più debole" rischierebbe di inaridire i flussi informativi essenziali per la concorrenza, favorendo una delega paternalistica al potere pubblico. La scelta del legislatore e della giurisprudenza europea riflette, al contrario, l'intento di promuovere un mercato caratterizzato dall'attivismo dei consumatori; così M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella direttiva sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Contratto e impresa*, 2009, 104 ss.

za nella recente sentenza *Compass Banca* del 14 novembre 2024¹⁷. Chiamata a chiarire se la nozione di consumatore medio dovesse essere riletta alla luce delle acquisizioni dell'economia comportamentale, la Corte di giustizia ha confermato la centralità di tale parametro, pur precisandone la portata. In linea con le conclusioni dell'Avvocato Generale Emiliou, i giudici di Lussemburgo hanno chiarito che il consumatore medio non coincide con un decisore perfettamente razionale, immune da *bias* cognitivi o da forme di razionalità limitata. Al contempo, la mera esistenza di tali limiti non è sufficiente a qualificare una pratica come scorretta, essendo necessario dimostrare la sua concreta idoneità ad alterare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio.

La pronuncia conferma la capacità del paradigma del consumatore medio di incorporare le acquisizioni dell'economia comportamentale senza rinunciare alla propria funzione di standard generale del mercato. Il consumatore medio continua a operare come parametro oggettivo di valutazione delle pratiche commerciali, pur potendo il giudice tenere conto, nelle circostanze del caso concreto, dell'incidenza di *bias* cognitivi e di altre limitazioni della capacità decisionale¹⁸.

2.4 La vulnerabilità come correttivo del paradigma informativo

L'assolutizzazione del parametro del consumatore medio trova un limite testuale e sistematico all'interno della stessa legislazione europea. Il legislatore, consapevole dell'inadeguatezza di uno standard unico di fronte a situazioni di manifesta debolezza, ha introdotto un correttivo esplicito: l'art. 5, par. 3, della Direttiva 2005/29/CE impone di valutare la scorrettezza della pratica commerciale assumendo a parametro il membro medio di un gruppo di consumatori particolarmente vulnerabili, qualora la pratica sia suscettibile di alterarne il comportamento in ragione dell'età, dell'infermità mentale o

¹⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Emiliou (presentate il 25 aprile 2024 nella causa C-646/22) e successiva sentenza CGUE, 14 novembre 2024, causa C646/22, *Compass Banca SpA c. AGCM*. Come osservato in dottrina, la Corte mostra di governare le teorie cognitive esigendo tuttavia che la distorsione sia debitamente dimostrata nelle circostanze concrete, affidando al giudice il delicato bilanciamento tra tutela e paternalismo. Così F. BARTOLINI, *Il "consumatore medio" in crisi di identità. Commento alla Corte di Giustizia Europea, 14 novembre 2024, causa C-646/22*, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 2/2025, 93 ss. (spec. 100). Si vedano altresì i commenti di C. BONA, N. BONINI, *Una formidabile partita a scacchi: Consiglio di Stato, Corte di giustizia e pratiche commerciali sleali*, in *Foro it.*, 2025, I, 30 ss.; F. MEZZANOTTE, *Né Homo Oeconomicus né Homer Simpson: il «consumatore medio» nella direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Nuova giur. comm.*, 2025, 374 ss.; E. BACCIARDI, *La Corte di giustizia e il consumatore euristico: (non) tutto ciò che è reale è razionale*, in *Accademia*, 2025, 63 ss.; F. TRUBIANI, *I "tipi" di consumatore tra categorie tradizionali e nuove qualificazioni*, in *Accademia*, 2025, 43 ss.

¹⁸ Sulla crisi del paradigma del consumatore medio e sull'emersione di nuove forme di debolezza, con particolare riguardo all'ambiente digitale, si veda la ricostruzione di M. RABITTI, *op. cit.* Per una prospettiva critica sull'adeguatezza del parametro normativo europeo (*consumer benchmark*), cfr. altresì F. ESPOSITO, M. GROCHOWSKI, *The Consumer Benchmark, Vulnerability, and the Contract Terms Transparency: A Plea for Reconsideration*, in *European Review of Contract Law*, 2022, 1 ss.

fisica, o dell'ingenuità¹⁹.

Tale disposizione rappresenta una significativa valvola di flessibilità del sistema. Essa impedisce che il parametro del consumatore medio si irrigidisca in una presunzione assoluta di razionalità, riconoscendo che non tutti i soggetti si affacciano al mercato dotati del medesimo corredo cognitivo, informativo o esperienziale.

Cionondimeno, la logica sottesa all'art. 5, par. 3, UCPD rimane profondamente coerente con l'impianto tradizionale della direttiva. La vulnerabilità ivi codificata si configura come una vulnerabilità categoriale e statica (*status-based vulnerability*), costruita attorno a caratteristiche soggettive riconoscibili e relativamente stabili. Essa è legata a connotati anagrafici, fisici o cognitivi che precedono l'interazione di mercato e che il professionista è, almeno in linea di principio, in grado di individuare *ex ante*. La vulnerabilità opera dunque come eccezione alla regola generale rappresentata dal consumatore medio e consente di modulare l'intensità della tutela in presenza di specifiche condizioni di debolezza strutturale²⁰.

La previsione rivela una tensione interna al diritto europeo dei consumatori. Se da un lato il consumatore medio continua a costituire il parametro generale di riferimento, dall'altro il legislatore riconosce che determinate condizioni di fragilità richiedono una protezione differenziata²¹. Resta tuttavia da verificare se tale correttivo sia sufficiente a intercettare le forme di vulnerabilità che emergono nei mercati digitali. La risposta a tale interrogativo dipende, in ultima analisi, dalla persistenza dei presupposti economici su cui si fonda il paradigma del consumatore medio. Se tali presupposti risultano mutati, anche gli strumenti costruiti per governarli potrebbero rivelarsi meno adeguati. È proprio la verifica di tali presupposti a richiedere uno spostamento dell'attenzione dal consumatore al mercato entro cui egli opera. Su questo terreno si colloca l'analisi della transizione dal paradigma del mercato informazionale ai mercati digitali fondati sui dati e sulle inferenze algoritmiche.

19 Sulla funzione della vulnerabilità quale correttivo al paradigma generale, fondato sul presupposto che in determinate circostanze i consumatori siano più suscettibili a specifiche minacce, cfr. M. RABITTI, *op. cit.*, 2. Per un inquadramento nel diritto dell'Unione, v. L. WADDINGTON, *Vulnerable and Confused: The Protection of Vulnerable Consumers under EU Law*, in *European Law Review*, 2013, 757 ss.

20 Per una riflessione sistematica sulla vulnerabilità nella dottrina italiana si rinvia ai contributi raccolti in P.E. CORRIAS, E. PIRAS (a cura di), *I soggetti vulnerabili nell'economia, nel diritto e nelle istituzioni*, Napoli, 2021.

21 La possibilità di introdurre presidi più rigorosi nei settori regolati conferma come la tutela del consumatore si intrecci con le logiche del diritto privato regolatorio. Sul punto v. R. NATOLI, *Il diritto privato regolatorio*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2020, 134 ss. Più in generale, sui confini tra poteri delle Autorità di vigilanza e strumenti di tutela civile, v. F. Sartori, «*Impresa, mercati e tutela civile*»: note introduttive, in *Rivista di diritto bancario*, 2020, 1 ss.

3. Dal paradigma dell'informazione all'economia dei dati

3.1 Il mercato informazionale come presupposto del paradigma consumeristico europeo

Il paradigma informativo che ha caratterizzato lo sviluppo del diritto europeo dei consumatori presuppone una specifica rappresentazione del mercato. In tale contesto, il corretto funzionamento del mercato è affidato principalmente alla riduzione delle asimmetrie informative tra professionista e consumatore. Su questo presupposto si è consolidata una parte significativa dell'*acquis* consumeristico europeo: obblighi informativi precontrattuali, regole di trasparenza e disciplina delle pratiche commerciali scorrette condividono l'assunto secondo cui la qualità delle informazioni costituisce il principale strumento di tutela dell'autonomia decisionale del consumatore.

Il paradigma informativo, pur avendo costituito l'infrastruttura concettuale del diritto europeo dei consumatori, ha progressivamente rivelato i propri limiti strutturali²². Ancor prima dell'avvento dell'economia delle piattaforme, le acquisizioni dell'economia comportamentale (*behavioural economics*) avevano incrinato l'assunto della perfetta razionalità del decisore²³. I consumatori operano fisiologicamente in condizioni di razionalità limitata, sono soggetti a bias cognitivi sistematici e incontrano significativi ostacoli cognitivi nell'elaborazione di moli crescenti di informazioni. La mera informazione diviene una condizione necessaria, ma non sempre sufficiente, per garantire una reale autonomia decisionale.

Le trasformazioni indotte dall'attuale ecosistema digitale pongono, tuttavia, una sfida regolatoria ulteriore, che non si esaurisce nella presa d'atto dei limiti cognitivi umani. Nei mercati digitali, la decisione economica è sempre più frequentemente influenzata da fattori che precedono e indirizzano la stessa esposizione all'informazione. Sistemi di raccomandazione algoritmica, metriche di *ranking*, personalizzazione dinamica dei contenuti, profilazione mirata e, più in generale, il design delle interfacce (la c.d. architettura della scelta) determinano a monte quali opzioni siano rese visibili, in quale

22 L'influenza del paradigma dell'asimmetria informativa sulla costruzione del diritto europeo dei consumatori è ampiamente riconosciuta in dottrina, v. V. ROPPO, *op. cit.*, 45 ss.; G. ALPA, *op. cit.* Per una ricostruzione critica dell'evoluzione successiva, v. anche H.-W. MICKLITZ, L. REISCH, K. HAGEN, *An Introduction to the Special Issue on Behavioural Economics, Consumer Policy and Consumer Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 2011, 271 ss.; G. HOWELLS, *The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information*, in *Journal of Law and Society*, 2005, 349 ss.; A. OEHLER, S. WENDT, *Good Consumer Information: The Information Paradigm at its (Dead) End?*, in *Journal of Consumer Policy*, 2017, 153 ss.

23 Sull'impatto dell'economia comportamentale (*behavioural economics*) sul diritto dei contratti, si vedano D. KAHNEMAN, *Thinking, Fast and Slow*, New York, 2011; R. THALER, C. SUNSTEIN, *Nudge*, New Haven, 2008. Per un inquadramento nella dottrina italiana, cfr. V. ROPPO, *Behavioural Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 167 ss.; nonché A. DAVOLA, *Bias cognitivi e contrattazione standardizzata: quali tutele per i consumatori*, in *Contratto e impresa*, 2017, 637 ss.; per una sistematizzazione interdisciplinare, v. J.F. TOMER, *Behavioral Economics*, Cheltenham, 2017.

momento temporale e secondo quali modalità persuasive²⁴. In questo mutato scenario, il baricentro del problema regolatorio si sposta: non rileva più soltanto l'informazione che il consumatore riceve, ma il processo attraverso cui l'ambiente decisionale viene costruito e personalizzato²⁵.

3.2 Dall'informazione all'inferenza comportamentale

Se il paradigma informativo ha costituito l'infrastruttura concettuale del diritto europeo dei consumatori, i mutamenti strutturali dell'economia ne hanno progressivamente eroso i presupposti materiali. La pervasività delle piattaforme digitali, l'estrazione massiva di dati comportamentali e l'affinamento delle tecniche di profilazione algoritmica hanno inciso profondamente sulle modalità di generazione e di cattura del valore all'interno del mercato.

In un'economia fondata sulla centralità dell'informazione, una componente essenziale del vantaggio competitivo risiedeva nella disponibilità del dato e nella capacità di elaborarlo o trasmetterlo in modo più efficiente rispetto agli operatori rivali. Nell'economia dei dati, invece, il dato grezzo rappresenta l'*input* di un processo di valorizzazione più sofisticato. Le tracce digitali lasciate dagli utenti vengono aggregate, processate e trasformate in inferenze predittive relative a preferenze, abitudini, vulnerabilità emotive e propensioni all'acquisto. Il valore economico non si concentra più nel dato in sé, ma nella capacità computazionale di ricavarne indicazioni utili a orientare le scelte individuali.

In virtù di tale mutazione, il vantaggio competitivo nei mercati digitali dipende sempre meno dalla mera disponibilità di informazioni e sempre più dalla capacità di elaborare inferenze e personalizzare l'interazione²⁶.

Tale mutazione nelle modalità di generazione del valore pone nuove questioni interpretative che investono le categorie tradizionali del diritto dei consumatori. In questa prospettiva, la dottrina italiana ha evidenziato come la mercificazione dell'identità digitale e l'estrazione massiva di dati trasformino la persona da soggetto di diritto a vero e proprio fattore produttivo, incidendo sui presupposti stessi dell'autonomia negoziale²⁷.

24 Sul rapporto tra dati, profilazione e architettura della scelta, v. N. HELBERGER, M. SAX, J. STRYCHARZ, H.-W. MICKLITZ, *op. cit.*, 175 ss.; J. STRYCHARZ, B. DUIVENVOORDE, *The Exploitation of Vulnerability through Personalised Marketing Communication*, in *Internet Policy Review*, 2021.

25 Rabitti evidenzia come la digitalizzazione favorisca la frammentazione della figura del consumatore e l'emersione di forme di vulnerabilità differenziate anche in funzione del settore economico e del contesto. Cfr. M. RABITTI, *op. cit.*, 8 ss.

26 Sulla trasformazione dei dati comportamentali in risorsa economica e sul ruolo delle capacità previsionali nell'economia della sorveglianza, il riferimento fondamentale è S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, New York, 2019.

27 Sulla trasformazione del dato in fattore di produzione e sulla mercificazione dell'identità digitale, cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto della datasfera*, Roma, 2021, 35 ss.; G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del Diritto*, 2019, 199 ss.

Questa transizione produce conseguenze rilevanti sul piano della regolazione giuridica. In un mercato informazionale, il quesito regolatorio dirimente attiene principalmente alla qualità, veridicità e completezza dell'informazione fornita al consumatore. Anche le modalità di veicolazione del messaggio erano giuridicamente rilevanti, come dimostra la disciplina delle pratiche aggressive. Nei mercati digitali, tuttavia, il problema assume una configurazione diversa: contenuti, tempistiche e modalità di presentazione possono essere adattati dinamicamente sulla base di inferenze individuali. L'attenzione del giurista non può quindi arrestarsi al messaggio o alla tecnica persuasiva in quanto tali, ma deve estendersi ai processi di profilazione e personalizzazione che ne condizionano l'efficacia²⁸.

La trasformazione più significativa riguarda il progressivo spostamento del controllo: dal controllo dell'informazione al controllo dell'ambiente decisionale. Le piattaforme non operano come meri fornitori di contenuti, ma come architetti delle condizioni entro cui le scelte vengono formulate. Attraverso sistemi di raccomandazione, *ranking*, opzioni di *default* e tecniche di design comportamentale, l'infrastruttura digitale determina quali alternative risultino immediatamente visibili, quali più accessibili e quali comportamenti più probabili²⁹.

La crescente centralità delle inferenze algoritmiche incide così sul nucleo stesso del rapporto tra mercato e autonomia negoziale. Se il paradigma informativo postulava un consumatore chiamato a orientare le proprie scelte principalmente sulla base delle informazioni disponibili, i mercati digitali si caratterizzano per la crescente capacità di incidere sulle condizioni entro cui tali scelte vengono formulate. La trasparenza continua a rappresentare una condizione necessaria, ma non più sufficiente. Il problema regolatorio consiste allora nel comprendere in che misura i processi di profilazione e l'architettura delle interfacce incidano sulle condizioni entro cui le decisioni vengono formulate.

In questo contesto, il vantaggio competitivo non dipende più soltanto dalla disponibilità di informazioni, ma sempre più dalla capacità di inferire condizioni di particolare suscettibilità e di utilizzarle per orientare le interazioni economiche. È da questa trasformazione che prende avvio la riflessione sul consumatore profilato e, successivamente,

28 Il concetto di manipolazione strutturale del mercato digitale è stato compiutamente teorizzato da R. CALO, *Digital Market Manipulation*, in *George Washington Law Review*, 2014.

29 Le dinamiche di estrazione del valore fondate sulla previsione comportamentale e sull'alterazione dell'ambiente decisionale sono compiutamente indagate da S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, New York, 2019. Nella prospettiva giuridica, si vedano C. BUSCH, *The Future of Pre-Contractual Information Duties: From Behavioural Insights to Big Data*, in AA.VV., *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham, 2016, 221 ss.; R. CALO, *Digital Market Manipulation*, in *George Washington Law Review*, 2014, 995 ss.; K. YEUNG, 'Hypernudge': *Big Data as a Mode of Regulation by Design*, in *Information, Communication & Society*, 2017, 118 ss.; N. HELBERGER, M. SAX, J. STRYCHARZ, H.-W. MICKLITZ, *Choice Architectures in the Digital Economy: Towards a New Understanding of Digital Vulnerability*, in *Journal of Consumer Policy*, 2022, 175 ss.

sulla vulnerabilità dinamica³⁰.

3.3 La personalizzazione tra preferenze e suscettibilità

Se l'uso delle inferenze algoritmiche descrive una trasformazione delle modalità di generazione del valore, occorre ora interrogarsi sulle conseguenze che tale trasformazione produce sul versante del consumatore. Il punto centrale non risiede nella personalizzazione in quanto tale, ma nella distinzione tra forme di personalizzazione orientate alle preferenze dell'utente e forme di personalizzazione orientate alla sua suscettibilità.

La personalizzazione è stata frequentemente inquadrata come un meccanismo idoneo ad accrescere il benessere del consumatore. La possibilità di calibrare offerte, contenuti e servizi sulle caratteristiche dell'utente promette di ridurre i costi di ricerca, aumentare la rilevanza delle informazioni e migliorare l'incontro tra domanda e offerta. In questa prospettiva, la personalizzazione rappresenta uno strumento di efficienza allocativa e di valorizzazione delle preferenze individuali.

Tale prospettiva sconta tuttavia un evidente deficit di aderenza alla realtà tecnologica. Le pratiche di personalizzazione contemporanee non si limitano a un allineamento tra preferenze esplicite e catalogo dei prodotti. Esse si fondano sulla raccolta di dati comportamentali, elaborazione di inferenze, profilazione e personalizzazione dell'interazione. La personalizzazione non agisce più soltanto sull'oggetto della scelta, ma anche sulle condizioni entro cui la scelta viene esercitata.

L'aspetto centrale di questa evoluzione risiede nel progressivo slittamento dall'ottimizzazione delle preferenze all'ottimizzazione della suscettibilità. In un modello di personalizzazione fisiologico, l'algoritmo ricerca ciò che il consumatore desidera e organizza l'offerta in funzione di tali preferenze. Nei modelli di personalizzazione più avanzati, l'attenzione si sposta invece sulle condizioni nelle quali il soggetto risulta maggiormente influenzabile: momenti di stanchezza, fragilità emotiva, urgenza o particolare ricettività.

La differenza non concerne soltanto l'intensità dell'influenza commerciale, ma il suo oggetto. Nel primo caso l'intervento algoritmico si concentra sui contenuti dell'offerta; nel secondo sulle condizioni entro cui il consumatore esercita la propria capacità decisionale. È in questo slittamento che si manifesta la trasformazione giuridicamente rilevante della personalizzazione.

Al fine di orientare l'analisi giuridica del fenomeno, appare utile distinguere tra personalizzazione delle preferenze e personalizzazione della suscettibilità. Tale distinzione non individua categorie giuridiche autonome, ma propone un criterio interpretativo volto a distinguere forme di personalizzazione compatibili con l'autonomia decisionale

³⁰ In dottrina si è osservato come la frammentazione dei mercati e il policentrismo normativo inducano a superare una concezione uniforme del consumatore medio, valorizzando forme di vulnerabilità differenziate anche in funzione del contesto. Cfr. M. RABITTI, *op. cit.*

del consumatore da pratiche che si fondano sull'identificazione e sullo sfruttamento di condizioni di particolare suscettibilità. In questa prospettiva, è possibile individuare un gradiente di tecniche di personalizzazione.

In primo luogo, si individua una personalizzazione informativa, finalizzata esclusivamente ad accrescere la rilevanza dei contenuti (ad esempio attraverso raccomandazioni basate su acquisti precedenti), senza alterare l'architettura della scelta. Un secondo livello può essere definito personalizzazione persuasiva, che impiega tecniche di marketing tradizionali – quali leve di scarsità o urgenza – adattate al profilo dell'utente, pur mantenendosi entro i limiti della fisiologica pressione commerciale. Il salto di qualità si registra con la personalizzazione manipolativa, che combina profilazione e alterazione del design dell'interfaccia mediante *dark patterns*, percorsi asimmetrici o opzioni di default ingannevoli, incidendo materialmente sulla libertà di scelta. Infine, il livello di massimo rischio è costituito dalla personalizzazione basata sulla suscettibilità, che si fonda sull'identificazione algoritmica e sullo sfruttamento di stati temporanei di fragilità emotiva, economica o psicologica.

L'utilità della distinzione proposta non risiede nella pretesa di tracciare confini rigidi tra categorie necessariamente sfumate, ma nel mostrare come la personalizzazione possa assumere significati diversi sul piano giuridico. Se in alcuni casi essa contribuisce a migliorare la rilevanza delle informazioni e l'esperienza dell'utente, in altri può incidere sulle condizioni entro cui le decisioni vengono formulate. Il problema dell'equità digitale riguarda l'utilizzo di inferenze comportamentali opache al consumatore per orientarne il processo decisionale.

3.4 L'emersione del consumatore profilato

Le dinamiche fin qui descritte rendono evidente il progressivo disallineamento tra le categorie soggettive tradizionalmente impiegate dal diritto dei consumatori e le logiche di funzionamento dei mercati digitali. Se il paradigma informativo era imperniato sul consumatore medio, i mercati digitali sembrano presupporre una figura differente: un soggetto costantemente osservato, segmentato e ricostruito attraverso processi di profilazione.

Per descrivere tale fenomeno, l'espressione *consumatore profilato* sarà utilizzata quale figura analitica idonea a rappresentare il soggetto come ricostruito dai processi di profilazione algoritmica. Essa non sostituisce il consumatore medio sul piano normativo, ma descrive il soggetto economico costruito attraverso i processi di profilazione algoritmica.

Il discrimine tra consumatore medio e consumatore profilato attiene al diverso piano sul quale le due figure operano. Il primo è uno standard normativo di valutazione elaborato dall'ordinamento; il secondo è una rappresentazione operativa costruita dai sistemi digitali attraverso la raccolta e l'elaborazione di dati comportamentali. Esso non coincide con la persona fisica nella sua interezza, ma con un costrutto probabilistico generato da inferenze e correlazioni statistiche.

Il consumatore profilato rappresenta così il punto di intersezione tra processi di raccolta dei dati, tecniche di personalizzazione e strategie di influenza comportamentale. È proprio tale figura a rendere evidente il disallineamento tra le categorie tradizionali del diritto dei consumatori e le logiche di funzionamento dei mercati digitali. Se il diritto continua a presupporre un consumatore medio destinatario di informazioni, il mercato opera sempre più frequentemente attraverso rappresentazioni individualizzate costruite mediante processi di profilazione³¹.

L'analisi di tale disallineamento conduce direttamente al problema della vulnerabilità. La questione non riguarda più soltanto la posizione del consumatore nel mercato, ma le forme di fragilità che possono emergere all'interno di relazioni economiche strutturate dall'uso dei dati e delle inferenze comportamentali.

4. Vulnerabilità dinamica e nuove forme di sfruttamento della scelta

4.1 I limiti della vulnerabilità categoriale

L'impostazione dogmatica della vulnerabilità categoriale di cui all'art. 5, par. 3, della Direttiva 2005/29/CE manifesta una crescente frizione rispetto alle modalità di funzionamento dei mercati digitali. Le pratiche di profilazione e personalizzazione algoritmica non necessitano infatti di ancorarsi a caratteristiche stabili, anagrafiche o patologiche del decisore. La disponibilità di dati comportamentali e la loro elaborazione consente di individuare condizioni temporanee di particolare suscettibilità, che emergono all'interno di specifici contesti decisionali.

Ne discende una conseguenza rilevante. Il consumatore può trovarsi esposto a forme di influenza particolarmente incisive non in ragione della sua appartenenza a una categoria normativa predeterminata, bensì in funzione di circostanze contingenti, di situazioni transitorie o di specifiche modalità di interazione con l'ambiente digitale.

Tale circostanza evidenzia il limite della vulnerabilità categoriale prevista dall'art. 5, par. 3, UCPD. La disposizione presuppone infatti condizioni di debolezza riconoscibili e relativamente stabili, mentre le tecniche di profilazione consentono di individuare e sfruttare forme di suscettibilità situazionale che non coincidono necessariamente con tali categorie. La questione concerne le modalità attraverso cui la vulnerabilità viene individuata e valorizzata all'interno della relazione di mercato.

In questa prospettiva, appare significativo che molte delle pratiche oggi al centro dell'attenzione delle istituzioni europee – dai *dark patterns* all'*addictive design*, sino alle forme più aggressive di personalizzazione – non abbiano come destinatari esclusivi soggetti tradizionalmente qualificabili come vulnerabili. Esse operano piuttosto attraverso la capacità di adattare contenuti, tempistiche e modalità di interazione alle

³¹ Sul concetto di *relational vulnerability* nel contesto digitale v. N. HELBERGER ET AL., *op. cit.*; nello stesso senso M. RABITTI, *op. cit.* Sul rapporto con la protezione dei dati personali, G. MALGIERI, J. NIKLAS, *Vulnerable Data Subjects*, in *Computer Law & Security Review*, 2020.

caratteristiche dell'utente.

Il Fitness Check del 2024 sulla *digital fairness* ha evidenziato come pratiche di profilazione, personalizzazione e influenza guidata dai dati possano sollevare criticità che rendono più complessa l'applicazione degli strumenti tradizionali del diritto dei consumatori. Pur confermando la perdurante validità dell'impianto vigente, la Commissione ha individuato aree nelle quali l'effettività della tutela e dell'*enforcement* risulta particolarmente problematica³².

4.2 L'inadeguatezza dell'art. 5 UCPD: status normativo e suscettibilità inferita

Di fronte ai fenomeni descritti, si potrebbe obiettare che non sia necessario elaborare nuove categorie interpretative e che sia sufficiente un'interpretazione estensiva dell'art. 5, par. 3, della Direttiva 2005/29/CE. In altri termini, ci si potrebbe chiedere se l'ordinamento non disponga già degli strumenti necessari per contrastare lo sfruttamento della debolezza del consumatore, semplicemente ampliando la nozione di vulnerabilità elaborata dal legislatore europeo.

Una simile soluzione presenta tuttavia limiti difficilmente superabili. La vulnerabilità disciplinata dall'art. 5, par. 3, UCPD è costruita attorno a caratteristiche soggettive riconoscibili e relativamente stabili, quali l'età, l'infermità o l'ingenuità. Essa costituisce una condizione preesistente all'interazione di mercato e giustifica una modulazione della tutela in presenza di specifiche situazioni di debolezza. Una logica analoga sembra emergere anche dal più recente AI Act. L'art. 5, par. 1, lett. b), del Regolamento (UE) 2024/1689 vieta infatti i sistemi di intelligenza artificiale che sfruttano le vulnerabilità di persone o gruppi di persone dovute all'età, alla disabilità o a una specifica situazione sociale o economica, quando ciò sia idoneo a distorcerne il comportamento. Pur rappresentando un significativo avanzamento nella tutela contro le pratiche manipolative basate sull'intelligenza artificiale, anche tale disposizione continua a fondare il divieto sullo sfruttamento di vulnerabilità individuabili *ex ante* attraverso caratteristiche o situazioni espressamente considerate dal legislatore³³.

Le forme di suscettibilità che emergono nei mercati digitali presentano una struttura differente. Esse non sono necessariamente riconducibili a categorie predeterminate, ma possono essere individuate attraverso processi di profilazione e personalizzazione che operano sul singolo individuo e nel contesto della specifica interazione economica. La questione concerne la natura del fenomeno che il diritto è chiamato a disciplinare.

La recente sentenza *Compass Banca* ha mostrato la notevole capacità adattiva del parametro del consumatore medio, consentendo di incorporare le acquisizioni dell'eco-

³² Commissione europea, *Fitness Check of EU Consumer Law on Digital Fairness*, SWD(2024) 230 final, 45 ss.

³³ Per una ricostruzione sistematica dell'art. 5, par. 1, lett. b), AI Act, v. M.R. LEISER, *Report for the European Commission on Article 5(1)(a) & (b) of the AI Act*, European Commission, 2026, spec. 5, 34 ss., che analizza gli elementi costitutivi delle pratiche ivi vietate.

nomia comportamentale senza abbandonare lo standard normativo tradizionale³⁴. Le dinamiche proprie dei mercati digitali fondati sulle inferenze algoritmiche pongono tuttavia una questione diversa. Non si tratta più soltanto di prendere atto dell'esistenza di *bias* cognitivi che possono incidere sul processo decisionale del consumatore, bensì di confrontarsi con pratiche capaci di identificare, inferire e utilizzare condizioni individuali di particolare suscettibilità³⁵.

È proprio questo scarto a rendere problematica una semplice estensione della vulnerabilità categoriale prevista dall'art. 5, par. 3, UCPD. La questione non consiste nel riconoscere un numero maggiore di soggetti vulnerabili, ma nel prendere atto dell'emersione di forme di fragilità che non si lasciano descrivere adeguatamente attraverso le categorie tradizionali della direttiva. In questa prospettiva, la riflessione più recente ha evidenziato come le trasformazioni dell'ambiente digitale abbiano posto il diritto europeo dei consumatori di fronte a un'alternativa: estendere la nozione di consumatore vulnerabile ovvero prendere atto della crisi del paradigma del consumatore medio. Il presente contributo si colloca in quest'ultima prospettiva, sostenendo che le forme di suscettibilità generate dai processi di inferenza algoritmica non possano essere adeguatamente ricondotte a un semplice ampliamento della nozione tradizionale di consumatore vulnerabile, poiché riflettono una diversa modalità di individuazione e sfruttamento della vulnerabilità, che richiede una diversa chiave interpretativa³⁶.

4.3 La vulnerabilità dinamica come chiave interpretativa

Le considerazioni svolte nei paragrafi precedenti inducono a ritenere che le categorie tradizionalmente impiegate dal diritto europeo dei consumatori non siano sempre in grado di descrivere le forme di suscettibilità che emergono nei mercati digitali contemporanei³⁷. Ciò non implica, beninteso, l'obsolescenza della nozione di vulnerabilità consolidata nell'*acquis* eurounitario, la quale continua a svolgere una funzione essenziale di tutela nei confronti dei soggetti strutturalmente deboli. Tuttavia, le pratiche di profilazione, personalizzazione e influenza comportamentale rendono visibili forme di suscettibilità che sfuggono alle categorie costruite attorno a caratteristiche soggettive stabili e riconoscibili.

34 CGUE, 14 novembre 2024, causa C-646/22, *Compass Banca SpA c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, ECLI:EU:C:2024:957.

35 Bartolini richiama opportunamente l'esigenza di evitare tanto una sopravvalutazione delle capacità del consumatore medio quanto un recepimento acritico delle acquisizioni dell'economia comportamentale. Cfr. F. BARTOLINI, *op. cit.*

36 Rabitti individua un duplice percorso evolutivo: da un lato la crisi dell'*homo oeconomicus*, dall'altro la progressiva frammentazione della figura del consumatore; cfr. M. RABITTI, *op. cit.*

37 L'inadeguatezza del paradigma del consumatore medio a intercettare le effettive condizioni di debolezza era stata peraltro già evidenziata a livello istituzionale. Si veda la Risoluzione del Parlamento Europeo del 22 maggio 2012 *su una strategia per rafforzare i diritti dei consumatori vulnerabili* (2011/2272(INI)), la quale sottolineava l'incapacità delle direttive allora vigenti di tenere conto delle vulnerabilità sociali, economiche e legate alla scarsa alfabetizzazione, sollecitando misure mirate in settori a rischio.

Per descrivere tali fenomeni si propone la nozione di *vulnerabilità dinamica*³⁸. Essa non designa una nuova categoria soggettiva del diritto positivo, ma una chiave interpretativa volta a descrivere forme di suscettibilità che non coincidono con uno status permanente del soggetto, bensì emergono dall'interazione tra individuo, dati e contesto decisionale. La vulnerabilità dinamica presuppone, in particolare, che condizioni di particolare suscettibilità siano individuate attraverso processi di inferenza algoritmica, incorporate nei processi di profilazione e utilizzate come criterio di personalizzazione dell'interazione economica. È questo nesso tra inferenza, suscettibilità e personalizzazione a distinguerla dalla più generale nozione di autonomia limitata³⁹. La nozione proposta si inserisce nel più ampio dibattito sulle forme di vulnerabilità nell'ambiente digitale, senza tuttavia sovrapporvisi integralmente. La vulnerabilità dinamica individua infatti le situazioni nelle quali condizioni di particolare suscettibilità vengono inferite attraverso processi algoritmici e utilizzate nei processi di profilazione e personalizzazione⁴⁰.

La prima caratteristica della vulnerabilità dinamica è il suo carattere situazionale. La suscettibilità non costituisce una qualità permanente del soggetto, ma si manifesta in relazione a specifiche circostanze, contesti o fasi della vita. Il medesimo individuo può risultare perfettamente in grado di orientare autonomamente le proprie scelte in un determinato contesto e manifestare, in un altro, una particolare esposizione a condizionamenti e influenze. Un consumatore finanziariamente avveduto può trovarsi in una condizione di particolare suscettibilità se intercettato in un momento di lutto, di perdita del lavoro o di forte stress personale. La vulnerabilità non risiede dunque stabilmente nel soggetto, ma emerge all'interno della situazione decisionale.

Un secondo tratto distintivo attiene alla sua natura inferita. Le condizioni di particolare suscettibilità non vengono necessariamente osservate direttamente, ma possono essere ricavate attraverso l'elaborazione di dati comportamentali. Le piattaforme digitali sono in grado di dedurre informazioni relative alle preferenze, alle abitudini e agli stati di particolare suscettibilità degli utenti mediante processi di profilazione che operano

38 Per un inquadramento teorico della vulnerabilità quale condizione stratificata e intersezionale, non riducibile a etichette categoriali fisse ma dipendente da circostanze di luogo, tempo e *status*, si veda F. LUNA, *Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers Not Labels*, in *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, 2009, 121 ss.

39 Sul rapporto tra autonomia privata e trasformazioni del mercato digitale v. A. DAVOLA, *Autonomia privata e mercato digitale*, in *Scritti in onore di Antonella Antonucci*, Torino, 2025. Il presente contributo si inserisce in tale prospettiva, proponendo di descrivere tali fenomeni attraverso la categoria della vulnerabilità dinamica, intesa quale forma di suscettibilità inferita e utilizzata nei processi di personalizzazione.

40 Sul dibattito relativo alle forme di vulnerabilità nell'ambiente digitale, v., tra gli altri, N. HELBERGER, M. SAX, J. STRYCHARZ, H.-W. MICKLITZ, *Choice Architectures in the Digital Economy*, cit.; G. MALGIERI, J. NIKLAS, *Vulnerable Data Subjects*, cit.; M. RABITTI, *Il consumatore vulnerabile e la fragilità del diritto*, cit. La proposta sviluppata nel presente contributo si colloca in continuità con tali riflessioni, concentrando l'attenzione sul ruolo dell'inferenza algoritmica quale meccanismo di individuazione e sfruttamento di condizioni di particolare suscettibilità.

attraverso correlazioni statistiche e inferenze probabilistiche. Il consumatore può non essere consapevole delle inferenze elaborate sul proprio conto né delle modalità attraverso cui esse vengono impiegate per personalizzare l'ambiente decisionale.

4.4 Dalla vulnerabilità come status alla vulnerabilità come funzione

Una volta definita nei suoi elementi costitutivi, la vulnerabilità dinamica consente di cogliere una trasformazione che trascende la sola tutela del consumatore e investe il funzionamento stesso del mercato. Nel paradigma tradizionale, la vulnerabilità costituisce una condizione soggettiva preesistente all'interazione economica, che giustifica l'attivazione di specifici meccanismi protettivi. Nei mercati digitali, invece, essa tende ad assumere una diversa rilevanza: non soltanto come fattore da proteggere, ma come elemento che può essere individuato attraverso inferenze, incorporato nei processi di profilazione e impiegato nella personalizzazione.

Questo mutamento modifica le modalità attraverso cui si genera il vantaggio competitivo. Se nel paradigma informazionale l'attenzione era rivolta principalmente alla disponibilità delle informazioni, nei mercati digitali assume crescente rilievo l'elaborazione e l'utilizzo di inferenze sui comportamenti individuali per orientare le interazioni economiche. Le condizioni di particolare suscettibilità non rilevano quindi soltanto sotto il profilo della tutela del consumatore, ma anche come elemento che incide sulle modalità di competizione tra gli operatori.

In questa prospettiva, la vulnerabilità cessa di apparire esclusivamente come una qualità del soggetto da proteggere e diviene una funzione della relazione tra individuo, dati e ambiente decisionale digitale. È proprio tale trasformazione a evidenziare come le categorie tradizionali della tutela consumeristica, elaborate per fronteggiare prevalentemente asimmetrie informative, siano chiamate a confrontarsi con forme di squilibrio fondate sull'elaborazione e l'uso di inferenze comportamentali.

In altri termini, la vulnerabilità dinamica non coincide con qualsiasi limitazione dell'autonomia decisionale, ma con una forma di suscettibilità che acquista rilevanza economica in quanto inferita e incorporata nei processi di personalizzazione.

4.5 Preferenze, suscettibilità e sfruttamento della scelta

Se la vulnerabilità dinamica costituisce il risultato strutturale dei mercati digitali, il discrimine regolatorio risiede nell'individuare la soglia oltre la quale la personalizzazione cessa di operare quale strumento di incontro tra domanda e offerta per trasformarsi in una tecnica di sfruttamento della scelta. È su questo terreno che assume rilievo la distinzione tra personalizzazione delle preferenze e personalizzazione della suscettibilità.

La personalizzazione delle preferenze si iscrive, in linea generale, nella fisiologia dell'economia digitale. Essa mira ad adattare l'offerta agli interessi espressi o desumibili dell'utente, riducendo i costi di ricerca e aumentando la rilevanza delle informazioni disponibili. In questa prospettiva, la personalizzazione costituisce uno strumento di

efficienza che opera in continuità con il paradigma informativo: l'algoritmo si limita a organizzare l'offerta sulla base di ciò che il consumatore desidera.

Strutturalmente diversa è la personalizzazione orientata alla suscettibilità. In questo caso, l'obiettivo non consiste nell'individuare il contenuto maggiormente rilevante per il consumatore, ma le condizioni nelle quali egli risulta maggiormente influenzabile. L'attenzione si sposta dall'oggetto della scelta alle circostanze entro cui la scelta viene esercitata. Il sistema non si limita a chiedersi che cosa l'utente preferisca, ma cerca di individuare quando e in quali condizioni egli sia maggiormente ricettivo a una determinata sollecitazione.

La particolarità di tali pratiche risiede inoltre nel fatto che il consumatore può ignorare non soltanto le modalità attraverso cui la scelta viene orientata, ma anche le inferenze che rendono possibile tale orientamento. Le condizioni di particolare suscettibilità vengono infatti individuate attraverso processi di elaborazione dei dati che rimangono normalmente opachi al soggetto interessato.

Le ricadute giuridiche di tale distinzione sono significative. Le preferenze appartengono alla sfera volitiva del soggetto; la suscettibilità attiene invece alle condizioni di permeabilità del suo processo decisionale. Mentre la prima tende ad assecondare l'esercizio dell'autonomia privata, la seconda può incidere sulle condizioni entro cui tale autonomia viene concretamente esercitata. La rilevanza giuridica emerge quando l'identificazione di condizioni di particolare suscettibilità diviene il presupposto di strategie di personalizzazione progettate per orientare il comportamento del consumatore.

La distinzione tra personalizzazione delle preferenze e personalizzazione della suscettibilità consente così di individuare un criterio interpretativo utile a comprendere le nuove forme di sfruttamento della scelta che caratterizzano l'economia dei dati. Nel primo caso l'algoritmo tende prevalentemente ad adattare l'offerta alle caratteristiche dell'utente; nel secondo tende a incidere sulle condizioni entro cui le decisioni vengono formulate. È precisamente in questo passaggio che si manifesta la specificità della vulnerabilità dinamica. La distinzione proposta non mira quindi a qualificare come problematica qualsiasi forma di influenza commerciale, ma soltanto quelle pratiche che trasformano la suscettibilità inferita del consumatore in un criterio di progettazione dell'interazione economica.

Naturalmente, la distinzione proposta non pretende di individuare un confine netto tra pratiche lecite e illecite, né di fornire un test giuridico esaustivo. Essa mira piuttosto a orientare l'analisi del fenomeno. Alcuni indici possono tuttavia assumere particolare rilievo: l'utilizzo di inferenze relative a condizioni temporanee di suscettibilità; la selezione personalizzata del momento o del contesto dell'interazione; la finalità di incidere sulle condizioni del processo decisionale, piuttosto che sul contenuto dell'offerta; e l'opacità delle inferenze utilizzate. Quanto più tali elementi ricorrono congiuntamente, tanto più la personalizzazione tende a spostarsi dal piano delle preferenze a quello della suscettibilità. Tali indici non costituiscono un test giuridico autonomo, ma possono

orientare la valutazione delle pratiche di personalizzazione.

5. Il limite strutturale della trasparenza

5.1 Razionalità limitata, information overload e crisi della disclosure

Se la trasparenza ha storicamente rappresentato il rimedio d'elezione per correggere le asimmetrie informative, l'exasperazione di tale modello nell'odierno ecosistema digitale ne rivela i limiti strutturali⁴¹. Le crepe del paradigma informativo si erano manifestate ben prima dell'affermazione dell'economia delle piattaforme. Le acquisizioni dell'economia comportamentale hanno infatti incrinato l'assunto del decisore perfettamente razionale, dimostrando come gli individui operino in condizioni di razionalità limitata e siano fisiologicamente esposti a *bias* cognitivi ed euristiche decisionali⁴².

In questa prospettiva, la letteratura ha evidenziato come l'incremento delle informazioni disponibili non si traduca necessariamente in un incremento della capacità decisionale. Oltre una determinata soglia, l'accumulo di dati può generare il fenomeno dell'*information overload*: il sovraccarico informativo riduce la capacità del consumatore di elaborare le informazioni ricevute e favorisce il ricorso a scorciatoie cognitive che incidono sulla qualità della decisione⁴³.

Tale fenomeno assume particolare rilevanza nell'ambiente digitale. La proliferazione di informative privacy, *cookie banner*, termini di servizio e richieste di consenso ha contribuito alla formazione di un ecosistema nel quale la trasparenza rischia di trasformarsi in un adempimento meramente formale. Questa dinamica è stata efficacemente descritta attraverso la nozione di *privacy fatigue*: l'utente, esposto a un flusso continuo di informazioni e richieste di attenzione, finisce frequentemente per prestare consensi senza una reale elaborazione del loro contenuto.

La moltiplicazione degli obblighi informativi può produrre un effetto paradossale. L'in-

41 Cfr. H.-W. MICKLITZ, *The Politics of Justice in European Private Law*, cit., il quale evidenzia come la trasparenza rappresenti la modalità d'elezione per presidiare l'autonomia privata senza scivolare in un paternalismo contenutistico; nonché G. HOWELLS, *The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information*, cit., 349 ss.

42 Sui fondamenti dell'approccio comportamentale v. D. KAHNEMAN, *Thinking, Fast and Slow*, New York, 2011; R. THALER, C. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, 2008 (per l'inquadramento civilistico, v. A. DAVOLA, *Razionalità limitata e asimmetrie informative nel diritto dei contratti*, in *Rivista di diritto civile*, 2020, I, 137 ss.). Per una recente applicazione al diritto dei mercati finanziari, v. G. LIACE, *Il denaro nei Simpson: dall'homo oeconomicus all'Homer economicus. Finanza comportamentale, vulnerabilità decisionale e diritto regolatorio*, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 2026.

43 Sull'inefficacia della disclosure a causa dell'*information overload*, cfr. N.K. MALHOTRA, *Reflections on the Information Overload Paradigm in Consumer Decision Making*, in *Journal of Consumer Research*, 1984, 436 ss.; A. OEHLER, S. WENDT, *Good Consumer Information: The Information Paradigm at its (Dead) End?*, in *Journal of Consumer Policy*, 2017, 153 ss. Sul fenomeno della *privacy fatigue*, che induce l'utente a un'accettazione passiva e routinaria delle condizioni a causa dell'esaurimento cognitivo, il riferimento fondamentale è H. CHOI, J. PARK, Y. JUNG, *The role of privacy fatigue in online privacy behavior*, in *Computers in Human Behavior*, 2018, 42 ss.

formazione continua a rappresentare una condizione necessaria dell'autonomia privata, ma non sempre è in grado di riequilibrare gli squilibri sostanziali esistenti tra le parti. La trasparenza rischia così di degradare a requisito formale, senza incidere effettivamente sulla capacità del consumatore di orientare consapevolmente le proprie scelte.

Le criticità evidenziate dall'economia comportamentale presuppongono pur sempre un consumatore chiamato a processare informazioni, seppur gravato da limiti cognitivi. I mercati digitali pongono una sfida ulteriore. Nell'ecosistema *data-driven*, infatti, il problema tende a collocarsi a monte: la scelta viene progressivamente pre-strutturata da meccanismi algoritmici che operano prima ancora che l'informazione giunga alla soglia della consapevolezza. È su questo terreno che la trasparenza rivela il proprio limite strutturale.

5.2 Perché la trasparenza non basta nell'economia dei dati

Il limite strutturale della trasparenza nei mercati digitali contemporanei risiede in un disallineamento tra il rimedio giuridico e il fenomeno che esso è chiamato a governare. Il diritto europeo dei consumatori è stato tradizionalmente costruito sull'assunto che la correzione delle asimmetrie informative costituisca uno strumento idoneo a preservare l'autonomia decisionale del consumatore. Tale assunto conserva una significativa capacità esplicativa laddove la distorsione del mercato si manifesti sul piano della *misrepresentation*, ossia dell'informazione falsa, incompleta o ingannevole.

Nei mercati digitali, tuttavia, la distorsione non si annida principalmente nel contenuto dell'informazione, ma nelle modalità attraverso cui l'ambiente decisionale viene costruito e personalizzato. Il consumatore può essere formalmente informato del fatto che una piattaforma utilizzi sistemi di profilazione algoritmica o raccomandazioni personalizzate. Ciò nondimeno, la mera conoscenza dell'esistenza del trattamento non gli consente di comprendere quali inferenze siano state elaborate sul suo conto, né in che modo tali inferenze incidano sulla selezione delle informazioni, sul *ranking* delle opzioni o sulle modalità di presentazione dell'offerta.

La consapevolezza di essere profilati non equivale, dunque, a comprendere come la profilazione operi concretamente. È proprio in questo scarto tra trasparenza formale ed effettiva capacità di controllo che emerge uno dei limiti più evidenti della *disclosure*. La conformità agli obblighi informativi può risultare pienamente rispettata e, al tempo stesso, rivelarsi insufficiente a garantire una reale autodeterminazione del destinatario. Il problema non consiste soltanto nella difficoltà di comprendere le informazioni ricevute, ma nel fatto che il consumatore può continuare a subire forme di influenza fondate su inferenze e personalizzazioni che incidono sulle condizioni di formazione della scelta.

La criticità si accentua ulteriormente quando le tecniche di influenza non agiscono principalmente sul contenuto del messaggio, ma sulla struttura stessa della scelta. Opzioni predefinite, *ranking* personalizzati, percorsi decisionali asimmetrici e altre tecniche di progettazione dell'ambiente decisionale incidono sulle modalità attraverso cui

le alternative vengono rese disponibili e cognitivamente accessibili. In tali contesti, la capacità di influenza dipende meno da ciò che il consumatore conosce e più dal modo in cui l'ambiente decisionale viene configurato.

La questione centrale consiste nel riconoscere i limiti strutturali della trasparenza di fronte a fenomeni che non si fondano sull'occultamento dell'informazione, bensì sulla capacità di incidere sulle condizioni entro cui le scelte vengono formulate. È da questa presa d'atto che deriva la progressiva ricerca di strumenti regolatori idonei a intervenire non soltanto sui contenuti dell'informazione, ma anche sulle architetture della scelta che ne governano la fruizione.

6. Dalla correttezza dell'informazione alla regolazione dell'architettura della scelta

6.1 Il Digital Services Act come primo superamento del paradigma informativo

Le trasformazioni analizzate nei capitoli precedenti consentono di rileggere sotto una nuova prospettiva alcune delle più recenti evoluzioni della regolazione europea dei mercati digitali. Se il paradigma informativo era costruito attorno alla qualità e alla trasparenza delle informazioni fornite al consumatore, le iniziative normative più recenti mostrano una crescente attenzione per le modalità attraverso cui l'ambiente decisionale viene progettato e organizzato.

Sotto tale lente, il Digital Services Act (DSA) rappresenta uno dei segnali più significativi di questo mutamento. Pur non collocandosi formalmente nel perimetro del diritto dei consumatori in senso stretto, il Regolamento (UE) 2022/2065 interviene direttamente sulle modalità di interazione tra piattaforme e utenti⁴⁴. La sua portata innovativa non risiede soltanto nell'introduzione di nuovi obblighi di trasparenza, ma nel riconoscimento che la struttura stessa dell'ambiente digitale può incidere sulla capacità degli utenti di assumere decisioni autonome.

Il risultato normativo più emblematico di tale consapevolezza è rappresentato dall'art. 25 DSA, che vieta ai fornitori di piattaforme online di progettare, organizzare o gestire le proprie interfacce in modo da ingannare, manipolare o compromettere materialmente la capacità degli utenti di assumere decisioni libere e informate. L'elemento dirimente risiede nell'oggetto della disciplina: l'intervento regolatorio non colpisce il contenuto dell'informazione, ma la configurazione dell'interfaccia e dell'ambiente decisionale. Il DSA rappresenta così una delle più esplicite codificazioni del principio secondo cui la distorsione della scelta può derivare dalla struttura del contesto digitale e non soltanto dall'informazione veicolata all'utente.

La medesima logica emerge nelle disposizioni dedicate ai sistemi di raccomandazione e alla profilazione pubblicitaria. L'art. 27 DSA impone alle piattaforme online di rendere trasparenti i principali parametri utilizzati dai sistemi di raccomandazione e, nel caso

⁴⁴ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali (*Digital Services Act*).

delle piattaforme online di dimensioni molto grandi, di offrire almeno un'opzione non basata sulla profilazione. Analogamente, le disposizioni in materia di pubblicità online e di tutela dei minori riflettono una crescente attenzione per gli effetti che determinate architetture digitali possono produrre sui processi decisionali degli utenti. Il DSA non vieta la personalizzazione in quanto tale, ma interviene sulle modalità attraverso cui essa può essere utilizzata per compromettere la capacità decisionale degli utenti.

Il regolamento non abbandona il paradigma informativo, che continua a costituire una componente essenziale della disciplina dei mercati digitali. Esso affianca tuttavia alla trasparenza una diversa logica regolatoria, fondata sulla correttezza dell'ambiente decisionale. In questa prospettiva, l'autonomia dell'utente non dipende più esclusivamente dalla qualità delle informazioni ricevute, ma anche dalle caratteristiche dell'architettura digitale entro cui la scelta viene formulata.

6.2 La Consumer Agenda 2030 come riconoscimento istituzionale della trasformazione dei mercati digitali

Se il Digital Services Act rappresenta una delle più significative manifestazioni normative dello spostamento dell'attenzione regolatoria verso l'architettura della scelta, la Consumer Agenda 2030 ne offre la più esplicita traduzione sul piano strategico e politico⁴⁵.

A una prima lettura, la Comunicazione della Commissione appare in continuità con la tradizionale politica europea dei consumatori. La tutela consumeristica continua infatti a essere concepita come strumento funzionale alla competitività, alla crescita sostenibile e al corretto funzionamento del mercato interno. Una lettura più approfondita delle priorità individuate dall'Agenda evidenzia tuttavia un progressivo mutamento di prospettiva. Tematiche quali la digital fairness, il contrasto ai dark patterns, l'addictive design, la regolazione dell'influencer marketing e la protezione dei consumatori online condividono un elemento comune: non riguardano primariamente la qualità delle informazioni fornite al consumatore, ma le modalità attraverso cui l'ambiente digitale viene progettato per orientarne il comportamento.

Tale consapevolezza emerge con particolare evidenza se la Consumer Agenda 2030 viene letta congiuntamente al *Fitness Check* sulla *digital fairness* del 3 ottobre 2024. Pur confermando la perdurante centralità dell'*acquis* consumeristico esistente, la Commissione riconosce le crescenti difficoltà incontrate dagli strumenti tradizionali della tutela consumeristica nel confrontarsi con pratiche fondate su processi di profilazione, personalizzazione e influenza comportamentale. Le criticità individuate non riguardano soltanto l'informazione disponibile al consumatore, ma anche la progettazione dell'ambiente decisionale.

La Consumer Agenda 2030 non abbandona il paradigma informativo, ma ne evidenzia i limiti di fronte a fenomeni che si sviluppano attraverso processi di profilazione, personalizzazione e influenza comportamentale. La centralità attribuita alla *digital fairness* segnala il progressivo spostamento dell'attenzione regolatoria dall'informazione all'ambiente decisionale entro cui le scelte vengono formulate. È su questo terreno che si

⁴⁵ Commissione europea, *Consumer Agenda 2030*, novembre 2025.

colloca il percorso evolutivo destinato a sfociare nel futuro Digital Fairness Act.

6.3 Il Digital Fairness Act e la ricerca di un nuovo equilibrio regolatorio

Alla luce delle coordinate fin qui tracciate, il cantiere del Digital Fairness Act (DFA) può essere letto come il tentativo di adattare il diritto europeo dei consumatori alla mutata struttura dei mercati digitali. La questione non riguarda semplicemente la disciplina di nuove tecnologie, ma la capacità dell'ordinamento di preservare l'autonomia del consumatore in contesti nei quali processi di profilazione, personalizzazione e influenza comportamentale assumono un ruolo crescente nelle dinamiche di mercato.

Le indicazioni provenienti dalla Consumer Agenda 2030, dal Fitness Check sulla *digital fairness* e dalla Call for Evidence conclusasi nell'ottobre 2025 consentono di individuare alcune direttrici di intervento significative⁴⁶. Tra queste figurano il contrasto ai *dark patterns*, la limitazione delle pratiche di *addictive design*, la regolazione delle forme più aggressive di personalizzazione e una maggiore attenzione allo sfruttamento delle vulnerabilità online. Si tratta di fenomeni accomunati dal fatto di incidere non tanto sul contenuto dell'informazione, quanto sulle condizioni entro cui le decisioni vengono formulate.

Il DFA sembra destinato a collocarsi in uno spazio intermedio tra la disciplina tradizionale delle pratiche commerciali scorrette e le più recenti forme di regolazione strutturale inaugurate dal Digital Services Act. L'oggetto della tutela rimane l'autonomia del consumatore, ma il bersaglio della regolazione tende progressivamente a spostarsi verso i processi di progettazione, personalizzazione e adattamento dell'ambiente decisionale.

Ciò non implica un'opzione normativa volta a escludere la personalizzazione in quanto tale. La stessa Commissione riconosce che molte forme di personalizzazione generano benefici in termini di efficienza, riduzione dei costi di ricerca e miglioramento dell'esperienza dell'utente.

È proprio in questo passaggio che la distinzione tra personalizzazione delle preferenze e personalizzazione della suscettibilità assume una particolare rilevanza sistematica. Il punto consiste nell'individuare quando essa cessi di operare come strumento di adattamento dell'offerta alle esigenze dell'utente e inizi invece a fondarsi sull'identificazione e sullo sfruttamento di condizioni di particolare suscettibilità. La rilevanza giuridica si concentra, in questa prospettiva, non sulla personalizzazione in sé, ma sull'utilizzo di inferenze comportamentali per costruire ambienti decisionali capaci di incidere significativamente sulla libertà di scelta.

La nozione di vulnerabilità dinamica assume qui una funzione interpretativa specifica. Essa consente di distinguere tra forme di personalizzazione compatibili con l'autonomia dell'utente e pratiche che, sfruttando condizioni di particolare suscettibilità, alte-

⁴⁶ Sulle prospettive di riforma e la necessità di un nuovo bilanciamento regolatorio, si veda Commissione europea, *Call for Evidence – Digital Fairness Act*, conclusasi nell'ottobre 2025.

rano significativamente le condizioni entro cui le decisioni vengono formulate.

Il Digital Fairness Act potrebbe rappresentare, in questo senso, un tentativo sistematico di integrare la tradizionale tutela contro le asimmetrie informative con strumenti rivolti a governare le architetture della scelta. La tutela dell'autonomia non dipenderebbe più soltanto dalla qualità delle informazioni disponibili, ma anche dalle modalità attraverso cui l'ambiente decisionale viene progettato.

6.4 Le sfide dell'enforcement: l'invisibilità della vulnerabilità dinamica

Le criticità sollevate dalla vulnerabilità dinamica non si esauriscono nella fatica definitiva del precetto sostanziale, ma si riverberano in misura ancor più significativa sul piano dell'applicazione delle norme. La vulnerabilità dinamica presenta, infatti, un tratto costitutivo che la sottrae alle logiche tradizionali dell'illecito consumeristico: la sua strutturale tendenza all'invisibilità.

Le pratiche commerciali classiche sono, per loro natura, fenomenologie osservabili. Un'informazione decettiva, una clausola vessatoria o un *claim* ambientale ingannevole possiedono una materialità documentabile, suscettibile di essere cristallizzata e vagliata dalle autorità di vigilanza. Nei mercati digitali, al contrario, il nucleo problematico risiede nei processi algoritmici che governano la profilazione e la personalizzazione dell'interazione.

Tale differenza genera un ostacolo probatorio di elevata complessità. Per accertare lo sfruttamento di una vulnerabilità dinamica, non è sufficiente analizzare il contenuto del messaggio; occorre decifrare *perché* quello specifico innesco sia stato somministrato a quel determinato utente, in quel preciso istante e attraverso quella peculiare interfaccia. La ricostruzione della condotta postula l'accesso alla "scatola nera" delle logiche di profilazione e di selezione del destinatario, informazioni che giacciono nella disponibilità esclusiva del professionista e che sfuggono all'osservazione empirica esterna⁴⁷.

La difficoltà, come lucidamente rilevato dal *Fitness Check* del 2024, paralizza non soltanto i consumatori, ma le stesse autorità garanti. La dirompente individualizzazione dell'esperienza digitale – per cui due utenti che accedono alla medesima piattaforma visualizzano architetture della scelta divergenti – rende l'identificazione stessa della pratica manipolativa un esercizio impervio. L'oggetto dell'attività di vigilanza si smaterializza: dai risultati osservabili (il contratto, il *banner*) ai processi latenti che li hanno generati.

Questa dinamica mette in luce una criticità sistemica che caratterizza l'intera regolazione dell'economia dei dati: la profonda asimmetria epistemica tra regolatori e soggetti regolati. Le piattaforme beneficiano di un vantaggio cognitivo strutturale sui sistemi

⁴⁷ Sulla difficoltà di accertamento dell'illecito algoritmico e l'opacità dei sistemi di *targeting*, cfr. F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge (MA), 2015.

di segmentazione e sui modelli di personalizzazione, mentre le autorità pubbliche sono chiamate a operare una complessa ingegneria inversa (*reverse engineering*) *ex post*, sovente sprovviste degli strumenti computazionali adeguati⁴⁸.

La vulnerabilità dinamica pone così una sfida epistemica: essa impone di ripensare non soltanto il contenuto delle regole sostanziali, ma anche le modalità attraverso cui le autorità possono accedere, comprendere e valutare i processi che governano la personalizzazione delle interazioni digitali.

6.5 Alcuni criteri per il futuro Digital Fairness Act

Le considerazioni svolte nelle pagine precedenti suggeriscono che la sfida posta dai mercati digitali non possa essere affrontata mediante un semplice rafforzamento degli obblighi informativi. Se le criticità dei mercati digitali derivano dall'inferenza di condizioni di particolare suscettibilità e dalla capacità di incidere sulle condizioni entro cui le decisioni vengono formulate, il futuro Digital Fairness Act sarà chiamato a confrontarsi con fenomeni che eccedono il perimetro tradizionale della *disclosure*.

Un primo criterio dovrebbe riguardare la distinzione tra personalizzazione delle preferenze e personalizzazione della suscettibilità. La rilevanza giuridica non dovrebbe concentrarsi sulla personalizzazione in quanto tale, che può generare benefici in termini di efficienza e riduzione dei costi di ricerca, ma sull'utilizzo di inferenze comportamentali finalizzate a individuare e sfruttare condizioni di particolare suscettibilità del consumatore. In questa prospettiva, il discrimine regolatorio non coincide con la personalizzazione, bensì con il suo impiego per incidere sulle condizioni di esercizio dell'autonomia decisionale.

Un secondo criterio concerne il riconoscimento della rilevanza giuridica delle architetture della scelta. Le pratiche suscettibili di compromettere l'autonomia del consumatore non si esauriscono infatti nei contenuti informativi veicolati dalle imprese, ma possono derivare dalla configurazione stessa dell'ambiente digitale entro cui la decisione viene assunta. La regolazione non può quindi limitarsi a presidiare la correttezza dell'informazione, ma deve considerare anche le modalità attraverso cui interfacce, sistemi di raccomandazione e meccanismi di personalizzazione orientano il comportamento degli utenti.

Un terzo criterio riguarda l'effettività della tutela. Come si è osservato, la vulnerabilità dinamica e le asimmetrie informative fondate sulla capacità di elaborare inferenze pongono problemi di accertamento che difficilmente possono essere affrontati attraverso gli strumenti tradizionali dell'enforcement consumeristico. In tale contesto, il rafforzamento dei meccanismi di *accountability* algoritmica, degli obblighi di audit e delle

48 Sulla triplice frammentazione (istituzionale, procedurale ed epistemica) dell'enforcement europeo e la necessità di nuovi strumenti, si rinvia a L. ZOBOLI, J. MAZUR, *Enforcement Design in EU Digital Regulation: Lessons for the Digital Fairness Act*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2026, 1 ss.

capacità investigative delle autorità rappresenta una condizione essenziale per ridurre gli effetti delle asimmetrie epistemiche che caratterizzano i mercati digitali. L'accesso alle informazioni necessarie per comprendere i processi di profilazione e personalizzazione diviene, in questa prospettiva, una componente imprescindibile dell'effettività della tutela.

Più che introdurre un nuovo catalogo di divieti, il Digital Fairness Act potrebbe quindi contribuire a integrare il paradigma informativo tradizionale con una disciplina maggiormente attenta alle inferenze comportamentali, alle architetture della scelta e ai problemi di *enforcement* che caratterizzano i mercati digitali. L'obiettivo consiste nell'adeguare gli strumenti della tutela consumeristica a un contesto economico nel quale la capacità di raccogliere dati, elaborare inferenze comportamentali e orientare i processi decisionali assume un ruolo crescente nelle dinamiche di mercato.

In questa prospettiva, la distinzione tra personalizzazione delle preferenze e personalizzazione della suscettibilità non costituisce soltanto una chiave di lettura dei mercati digitali, ma può rappresentare anche un possibile criterio per orientare l'evoluzione della futura disciplina europea della *digital fairness*.

7. Conclusioni. Dal consumatore informato al governo dell'architettura della scelta

L'indagine svolta nelle pagine che precedono muove da una constatazione di fondo: le categorie attraverso cui il diritto europeo dei consumatori continua a interpretare il mercato sono il prodotto di una stagione economica nella quale la principale fonte di distorsione delle decisioni era individuata nell'asimmetria informativa tra professionista e consumatore. La figura del consumatore medio, il paradigma informativo e la stessa nozione tradizionale di vulnerabilità riflettono tale impostazione e hanno rappresentato, per lungo tempo, strumenti efficaci di regolazione del mercato.

Le trasformazioni indotte dalla digitalizzazione hanno tuttavia modificato i presupposti economici di questo assetto. Nei mercati digitali, il valore deriva sempre più dalla raccolta dei dati, dall'elaborazione di inferenze e dalla personalizzazione dell'ambiente decisionale. Il vantaggio competitivo dipende meno dalla conoscenza di ciò che il consumatore desidera e sempre più dalla capacità di incidere sul processo decisionale.

Tale trasformazione non modifica soltanto le modalità della competizione tra imprese. Essa incide anche sulla posizione del consumatore, che può essere destinatario di strategie fondate non sulle sue preferenze, ma su condizioni di particolare suscettibilità. Il rischio consiste nello spostamento della competizione dalle caratteristiche dell'offerta alle condizioni di esercizio dell'autonomia decisionale.

In questo contesto si delinea la figura del consumatore profilato e la vulnerabilità assume una configurazione differente rispetto a quella presupposta dal diritto europeo dei consumatori. La vulnerabilità dinamica, come si è cercato di mostrare, non coincide con una condizione permanente del soggetto né con l'appartenenza a categorie pre-determinate di consumatori. Essa emerge dall'interazione tra individuo, dati, inferen-

ze e architetture della scelta e diviene giuridicamente rilevante nella misura in cui può essere incorporata nei processi di personalizzazione e di influenza comportamentale.

La distinzione tra personalizzazione delle preferenze e personalizzazione della suscettibilità individua il nucleo problematico delle nuove forme di sfruttamento della scelta. Il problema non risiede nella personalizzazione in quanto tale, né nell'influenza commerciale che costituisce una componente fisiologica delle dinamiche di mercato, ma nell'identificazione di condizioni di particolare suscettibilità quale presupposto di strategie progettate per incidere sull'autonomia decisionale del consumatore.

Sotto questa lente, il Digital Services Act, la Consumer Agenda 2030 e il futuro Digital Fairness Act possono essere letti come manifestazioni di una più ampia trasformazione regolatoria. La crescente attenzione per *dark patterns*, *addictive design*, sistemi di raccomandazione e sfruttamento delle vulnerabilità digitali segnala il progressivo spostamento dell'attenzione europea dalla sola correttezza dell'informazione alle modalità attraverso cui gli ambienti digitali organizzano e orientano i processi decisionali.

La distinzione tra personalizzazione delle preferenze e personalizzazione della suscettibilità non rappresenta soltanto una chiave di lettura dei mercati digitali contemporanei, ma anche un possibile criterio per orientare l'evoluzione futura della disciplina europea della digital fairness. Essa delimita la nozione di vulnerabilità dinamica, identificandola non con qualsiasi limitazione dell'autonomia decisionale, bensì con forme di particolare suscettibilità inferite attraverso l'elaborazione di dati comportamentali e utilizzate nei processi di personalizzazione.

Più che introdurre una nuova categoria soggettiva del diritto europeo dei consumatori, la vulnerabilità dinamica costituisce una chiave interpretativa attraverso cui leggere una specifica modalità di condizionamento dell'autonomia decisionale nei mercati digitali. In questa prospettiva, essa evidenzia il progressivo spostamento dell'attenzione regolatoria dalla correttezza dell'informazione alle condizioni entro cui le decisioni vengono formulate e le architetture della scelta vengono progettate e personalizzate. È in questa trasformazione che si colloca una delle principali direttrici evolutive del diritto europeo dei consumatori e, più in generale, del diritto dell'economia.