

IL COLLEGIO DI ROMA

composto dai signori:

Dott. Giuseppe Marziale	Presidente
Avv. Bruno De Carolis	Membro designato dalla Banca d'Italia
Prof. Avv. Giuliana Scognamiglio	Membro designato dalla Banca d'Italia (Estensore)
Avv. Dario Casa.	Membro designato dal Conciliatore Bancario Finanziario per le controversie in cui sia parte un consumatore
Prof. Liliana Rossi Carleo.....	Membro designato dal C.N.C.U. per le controversie in cui sia parte un consumatore

nella seduta del 20.04.2010 dopo aver esaminato

- il ricorso e la documentazione allegata;
- le controdeduzioni dell'intermediario e la relativa documentazione;
- la relazione istruttoria della Segreteria tecnica,

FATTO

Con raccomandata a.r. del 26 ottobre 2009, l'odierno ricorrente, titolare di un conto corrente e di una carta bancomat, ha presentato nei confronti della Banca, presso la quale era stato acceso, con contratto del 20 marzo 2009, il conto corrente bancario, un reclamo sul mancato rimborso delle somme prelevate sul proprio conto corrente, per effetto di uso fraudolento della propria carta bancomat.

Al riguardo, il cliente riferiva:

- che nei giorni 6 e 7 maggio 2009 venivano effettuate, a suo danno ed oltre "l'importo consentito", n. 8 prelievi bancomat da € 250,00 ciascuno e n. 2 operazioni pagobancomat per € 581,00;
- che in data 9 maggio 2009, accortosi del furto della propria carta bancomat, procedeva al blocco telefonico della stessa;
- che il bancomat veniva utilizzato per l'ultima volta in data 3 maggio 2009;

- di aver provveduto “tempestivamente” a richiedere il blocco della carta (9 maggio 2009) e di aver sporto n. 2 denunce all’A.G. (la prima in data 11 maggio 2009 e la seconda “ad integrazione e parziale rettifica” in data 14 maggio 2009);
- di aver compilato e consegnato alla Banca la “Dichiarazione per operazioni fraudolente avvenute mediante duplicazione/contraffazione”.

Ciò premesso, ritenendo che nessuna responsabilità potesse essergli addebitata, il cliente chiedeva alla Banca di provvedere con immediatezza al rimborso della somma complessivamente sottratta, pari a € 2.581,00.

Con lettera del 2 dicembre 2009, la banca riscontrava negativamente la richiesta di rimborso del cliente, adducendo che le verifiche eseguite in seguito alla denuncia con la quale egli aveva disconosciuto alcune operazioni effettuate con la propria carta bancomat non consentivano di accogliere la richiesta di rimborso.

In particolare, la banca precisava di aver proceduto, nel corso del 2009, a sostituire tutte le carte bancomat a banda magnetica in possesso dei propri clienti con le nuove carte a “microchip”, “poiché tale tecnologia non ne consente la clonazione”.

Nello specifico, la Banca aggiungeva di aver accertato che le operazioni contestate – n. 8 prelievi bancomat e n. 2 pagobancomat – erano state effettuate con carta “microchip” su apparecchiature che utilizzano la medesima tecnologia e che pertanto l’esecuzione delle stesse era stata possibile solo in conseguenza della digitazione del PIN, a suo tempo consegnato personalmente al cliente.

Con ricorso in data 26 gennaio 2010, il cliente, in relazione ai fatti esposti nel reclamo, adiva questo Arbitro Bancario Finanziario, esponendo che:

- le operazioni fraudolente sarebbero state compiute in conseguenza di furto della carta, denunciato appena avutane conoscenza con conseguente richiesta di blocco della carta bancomat;
- egli non ha mai ceduto, nemmeno temporaneamente, la carta a terzi e non ha mai rivelato ad alcuno il codice personale segreto.

Ciò posto, il cliente chiedeva che fosse disposto il rimborso in suo favore della somma totale complessiva di € 2.581,00, corrispondente a quanto illecitamente sottratto dal suo conto corrente bancario a seguito delle operazioni fraudolente subite.

Nelle proprie controdeduzioni del 2 marzo 2010, la Banca propone la propria ricostruzione dei fatti, sostanzialmente richiamando i contenuti della lettera di riscontro al reclamo del cliente, e riporta altresì il contenuto di alcune clausole contrattuali rilevanti. In particolare, con riferimento alla contestazione avanzata dal cliente sul punto che gli addebiti sarebbero stati effettuati “oltre l’importo massimo di utilizzo”, la banca precisa che le operazioni contestate rientravano tutte nei limiti (“plafonds”) di utilizzo contrattualmente stabiliti.

Pertanto, la Banca chiede il rigetto del ricorso.

Ritenuto il ricorso maturo per la decisione, questo Collegio lo ha esaminato in data 20 aprile 2010.

DIRITTO

Si deve preliminarmente ritenere che la domanda proposta dal ricorrente rientri nella competenza del Collegio e che i presupposti per la presentazione del ricorso, previsti nel Provvedimento della Banca d'Italia del 19 giugno 2009, si siano verificati nel caso di specie.

Passando al merito della vicenda, l'assunto della Banca, secondo il quale nessuna responsabilità potrebbe esserle addebitata in relazione ai prelievi fraudolenti subiti dal ricorrente sulle disponibilità presenti nel proprio conto corrente, non è condiviso da questo Collegio.

In vero, la clausola del contratto di rilascio dello specifico strumento di pagamento, invocata dalla Banca nelle proprie controdeduzioni, stabilisce che *“il Titolare è responsabile di ogni conseguenza dannosa che possa derivare dall'abuso o dall'uso illecito della Carta o del P.I.N.”*; e ancora che *“in caso di smarrimento o sottrazione della Carta o del P.I.N., il Titolare è responsabile per le perdite derivanti da eventuali prelievi fraudolenti, entro i limiti dei massimali concordati nel presente contratto (...)”*.

Tale clausola non è però idonea a suffragare l'assunto della irresponsabilità della Banca: infatti, essa è riconducibile, in considerazione del suo contenuto, alla previsione dell'art. 33, comma 2, lettera b) del codice del consumo (d. lgs. n. 206/2005), alla stregua del quale *“si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di (...); b) escludere o limitare le azioni o i diritti dei consumatori nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista”*. Pertanto, detta clausola, in quanto vessatoria, deve ritenersi inopponibile al consumatore: la legge citata (art. 36, comma 3) ne sancisce infatti la nullità, la quale *“opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice”*.

Ciò posto, e cioè messa fuori gioco la clausola inserita nel contratto di rilascio predisposto dalla Banca, occorre affrontare il problema alla luce dei principi generali in tema di adempimento delle obbligazioni nonché alla luce dei dati normativi di fonte comunitaria. La banca, nei rapporti contrattuali con il cliente, *“risponde secondo le regole del mandato”* (art. 1856 c.c.) e la diligenza a cui è tenuta va valutata con particolare rigore: come più volte statuito dalla giurisprudenza, anche della Suprema Corte, *“la diligenza del buon banchiere deve essere qualificata dal maggior grado di prudenza e attenzione che la connotazione professionale dell'agente consente e richiede”* (cfr. di recente Cass., sez. I civile, 24 settembre 2009, n. 20543).

In particolare, e con specifico riferimento all'utilizzazione di servizi e strumenti con funzione di pagamento o altra, che si avvalgono di mezzi meccanici o elettronici, *“non può essere omessa (...) la verifica dell'adozione da parte dell'istituto bancario delle misure idonee a garantire la sicurezza del servizio (...); infatti, la diligenza posta a carico del professionista ha natura tecnica e deve essere valutata tenendo conto dei rischi tipici della sfera professionale di riferimento ed assumendo quindi come parametro la figura dell'accorto banchiere”* (cfr. Cass., sez. I civile, 12 giugno 2007 n. 13777).

Vertendo in tema di responsabilità contrattuale, è la banca convenuta a dover fornire la prova della propria diligenza; prova che nel caso di specie non è stata raggiunta, essendosi la Banca limitata a dedurre sul punto, da un lato, che aveva provveduto a sostituire le “vecchie” carte di debito o di credito con carte a “microchip”, in quanto tale tecnologia ne impedirebbe la clonazione; dall’altro, che i prelievi fraudolenti erano comunque avvenuti attraverso la digitazione del P.I.N. a suo tempo consegnato personalmente al cliente.

In particolare, quest’ultima circostanza, quand’anche rispondente al vero, non sarebbe comunque sufficiente ad addossare al cliente la responsabilità per l’incauta o negligente custodia del P.I.N., non solo in considerazione del fatto che il ricorrente ha recisamente negato di aver mai rivelato a chicchessia il P.I.N. o adottato comportamenti idonei a rendere noto ai terzi detto codice identificativo; ma anche perché, come riconosciuto anche dalla giurisprudenza, “nel caso di uso illegittimo di una tessera bancomat, la società di servizi la quale eccepisca la colpa concorrente del titolare per difettosa custodia del codice personale (P.I.N.), ha l’onere di provare concretamente tale negligenza, la quale non può ritenersi *in re ipsa* per il solo fatto che una tessera bancomat, dopo il furto, sia stata utilizzata per prelevare contante facendo uso del P.I.N.” (cfr. Trib. Roma, sez. XIII civile, 20 marzo 2006).

E’ infatti dato acquisito, anche negli ambienti bancari (cfr. *Rapporto ABI CIPA CNIPA sul furto di identità elettronica tramite internet*, Bancaria editrice, 2006, p. 23 ss.), quello secondo cui, allo stato delle conoscenze tecnologiche, non si può affatto escludere la possibilità della sottrazione al cliente, da parte del terzo frodatore, dei codici identificativi attribuiti al primo per l’accesso ai servizi bancari *on line* o per l’utilizzo di strumenti di pagamento, senza che al comportamento del cliente possa riconoscersi alcuna efficienza causale nella produzione del fatto illecito (il “furto” dei detti codici d’accesso o numeri identificativi).

Sul piano, poi, dell’assetto impresso dalla Banca al rapporto contrattuale avente ad oggetto il rilascio della carta, deve osservarsi che, all’epoca dei fatti oggetto della presente controversia, era già entrata in vigore, essendo stata pubblicata nella GUCE del 5 dicembre 2007, la Direttiva n. 2007/64/CE relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno.

Ora, l’art. 60 di tale Direttiva enuncia, in termini generali, l’obbligo di integrale rimborso, da parte del prestatore di servizi di pagamento e in favore del pagatore, dell’importo relativo ad un’operazione di pagamento non autorizzata; l’art. 61 specifica che, in deroga al precedente art. 60, il pagatore sopporta, fino alla concorrenza massima di € 150,00, la perdita relativa ad operazioni di pagamento non autorizzate derivanti dall’uso di uno strumento di pagamento smarrito o sottratto o di cui altri si è indebitamente appropriato; la franchigia di € 150,00 non si applica, con la conseguenza che le perdite rimangono a carico esclusivamente del pagatore, (soltanto) nel caso in cui questi abbia agito in modo fraudolento o con negligenza grave.

Le citate disposizioni della direttiva riprendevano a loro volta il contenuto della Raccomandazione n. 97/489 CE del 30 luglio 1997, il cui art 6.1 era così formulato: “Fino al momento della notificazione, il titolare sostiene la perdita subita in conseguenza dello smarrimento o del furto dello strumento di pagamento elettronico nei limiti di un massimale non superiore ai 150 ECU. Detto massimale non si applica ove il titolare abbia agito con

colpa grave, in violazione dell'articolo 5, lettere a), b) e c), oppure in maniera fraudolenta". In termini non dissimili si era già espressa, in precedenza la Raccomandazione CE. n. 88/590/CEE del 17 novembre 1988 (*Allegato*, § 8.3)

Si tratta di una disciplina evidentemente ispirata al principio del "rischio d'impresa", e cioè all'idea secondo la quale è razionale far gravare i rischi statisticamente prevedibili legati ad attività oggettivamente "pericolose", che interessano un'ampia moltitudine di consumatori o utenti, sull'impresa, in quanto quest'ultima è in grado, attraverso la determinazione dei prezzi di vendita dei beni o di fornitura del servizio, di ribaltare sulla massa dei consumatori e degli utenti il costo dell'assicurazione di detti rischi. Si tende, in altri termini, a "spalmare" sulla moltitudine degli utilizzatori il rischio dell'impiego fraudolento di carte di credito e strumenti di pagamento, sì da evitare che esso gravi esclusivamente e direttamente sul singolo pagatore, in funzione dell'obiettivo di incrementare la fiducia del pubblico riguardo ai suddetti strumenti e di incentivarne l'uso e la diffusione, in quanto strumenti atti a facilitare e perciò a moltiplicare le transazioni commerciali, nell'interesse delle imprese, degli stessi utenti/consumatori, nonché, ovviamente, delle banche.

E' il caso di osservare, peraltro, che – all'epoca dei fatti per cui è causa (maggio 2009) – la menzionata direttiva comunitaria non era stata ancora attuata nel nostro ordinamento interno, pur essendo stata già emanata la relativa legge di delega, né era spirato il termine assegnato per il suo recepimento (1° novembre 2009); l'attuazione sarebbe intervenuta qualche mese dopo, con il d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 11.

Al riguardo, è noto, ovviamente anche a questo Collegio, l'indirizzo interpretativo secondo il quale le disposizioni delle direttive comunitarie non ancora attuate o non correttamente attuate negli ordinamenti nazionali, quando siano (come si reputano essere quelle sopra richiamate) incondizionate e sufficientemente precise (c.d. autoesecutive) e sia scaduto il termine per il loro recepimento, sono immediatamente applicabili nei rapporti fra Stato (o pubbliche amministrazioni in genere) e soggetti privati (c.d. efficacia verticale), non invece nei rapporti "orizzontali" fra privati; indirizzo che ha ricevuto in più occasioni l'avallo sia della Corte di Giustizia europea sia della nostra Corte Suprema (di recente cfr. Cass., sez. IV civile, n. 19771/2009; Cass., sez. I civile, n. 23937/2006).

Questo Collegio ritiene tuttavia che la limitazione così introdotta all'operatività negli ordinamenti nazionali delle disposizioni, di contenuto puntuale ed incondizionato, contenute in direttive comunitarie che sono ancora inattuate (o non correttamente attuate) e delle quali sia scaduto il termine per l'attuazione, non sia del tutto soddisfacente; condivide pertanto l'orientamento interpretativo di maggiore apertura, assunto da autorevole dottrina, secondo il quale dette disposizioni, quando abbiano un contenuto sufficientemente dettagliato, preciso ed incondizionato, possono essere invocate, all'interno degli Stati membri, anche nelle controversie tra privati. Del resto, la Corte di Giustizia - pur riaffermando la propria adesione all'orientamento contrario alla diretta applicabilità delle direttive nei confronti dei soggetti privati - ha, in più di un'occasione, puntualizzato che *"il giudice nazionale deve interpretare il diritto nazionale per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva [rimasta in tutto o in parte inattuata] onde conseguire il risultato [da essa] perseguito"*. Viene così a realizzarsi, come non si è mancato di rilevare, un effetto orizzontale "indiretto" delle direttive, mediante un'interpretazione "teleologicamente orientata alla realizzazione dei risultati prescritti" dal legislatore comunitario, che non deve rimanere circoscritta alle norme interne eventualmente introdotte per recepire la direttiva, ma deve essere esteso *"a tutto il diritto"*

nazionale, per valutare in quale misura possa essere applicato in modo tale da non addivenire ad un risultato contrario a quello a cui mira la direttiva” (cfr. Corte di Giustizia comunità Europee, 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer): infatti, “spetta ai giudici nazionali assicurare ai singoli la tutela giurisdizionale derivante dalle norme del diritto comunitario e garantirne la piena efficacia”.

Nella medesima prospettiva, non è irragionevole riconoscere che, anche prima della scadenza del termine per il loro recepimento, le disposizioni delle direttive comunitarie non siano prive di ogni rilievo negli ordinamenti nazionali.

Invero, gli Stati membri, pur non essendo ancora tenuti (perché non è scaduto il termine di adempimento del relativo obbligo) a recepire i contenuti della direttiva all'interno del proprio ordinamento, debbono astenersi dall'adottare disposizioni che possano compromettere “gravemente” la realizzazione del risultato prescritto dal legislatore comunitario (Corte di Giustizia, 18 dicembre 1997, in C- 129/96). E, al tempo stesso, i giudici debbono evitare di fornire interpretazioni del diritto interno idonee a pregiudicare “gravemente” il risultato imposto dalla direttiva e il suo effetto utile (Corte di Giustizia, 4 luglio 2006, in C- 221/04). Le Sezioni Unite della Corte di cassazione si sono spinte, a quest'ultimo riguardo, ancora oltre, affermando che il giudice nazionale è tenuto a “prendere in considerazione tutto il diritto interno ed a valutare, attraverso l'utilizzazione dei metodi interpretativi dallo stesso ordinamento riconosciuti, in quale misura esso possa essere applicato in modo da non addivenire ad un risultato contrario a quello cui mira la direttiva” (Cass., S.U., 17 novembre 2008, n. 27310; 16 marzo 2009, n. 6316); affermando, in altri termini, l'esistenza di un obbligo di interpretazione “conforme” al diritto comunitario configurato in termini non dissimili da quelli individuati dalla Corte di Giustizia in relazione alle direttive il cui termine di attuazione sia già scaduto (Corte di Giustizia, 5 ottobre 2004).

Tornando al caso di specie, l'indirizzo giurisprudenziale testé ricordato vale a corroborare ulteriormente l'assunto dell'impossibilità di risolvere la controversia alla stregua della regola, recepita nel contratto fra la banca ed il ricorrente, che addossa al titolare il rischio dello smarrimento, del furto, della sottrazione o in genere dell'utilizzazione fraudolenta ad opera di terzi delle carte di credito e degli altri strumenti di pagamento, facendo capo all'obbligo, contrattualmente imposto al titolare medesimo, di diligente custodia della carta e dei relativi codici di accesso.

Si deve piuttosto ragionare sulla base del rilievo che il risultato a cui mira la direttiva, e cioè l'assetto dei rischi e degli interessi da essa disegnato in applicazione del già ricordato principio del “rischio d'impresa”, era di già previsto nelle Raccomandazioni della Commissione europea del 1997 e prima ancora del 1988 e che, fin dal 2005, negli schemi contrattuali elaborati dall'Associazione delle Banche Italiane (ABI) era stata inserita una clausola (art. 4) con la quale, accogliendo le indicazioni formulate dalla Raccomandazione 489/97 – successivamente tradotte dall'art. 61 della direttiva in norme di carattere vincolante - si suggeriva di limitare la responsabilità del cliente per i prelievi effettuati anteriormente alla denuncia di furto o di smarrimento della carta, fatti salvi i casi di dolo o colpa grave, alla somma di € 150,00 (*Circolare* ABI, LG 000906 del 25 febbraio 2005).

Tale clausola, anche per effetto della *moral suasion* esercitata dall'Associazione rappresentativa delle principali banche italiane, era stata progressivamente introdotta con sempre maggiore ampiezza nella contrattualistica relativa alla materia di rilascio delle carte di pagamento. Si può pertanto ritenere - nel quadro di un'interpretazione conforme al

diritto comunitario, secondo i canoni elaborati dalla ricordata giurisprudenza di legittimità (Cass., S.U., 27310/08, *cit.*; 6316/09 *cit.*) - che detta clausola, diretta a realizzare una più razionale ed equilibrata ripartizione dei rischi derivanti dall'uso fraudolento delle carte di debito e di credito, avesse finito per assumere, a seguito dell'entrata in vigore della direttiva 2007/64/CE, il ruolo di "clausola d'uso" (art. 1340 c.c.) o comunque di fonte integrativa del contratto (art. 1374 c.c.), capace di vincolare le parti imponendosi sulle pattuizioni difformi eventualmente contenute nel contratto stesso (Cass., S.U., 15 novembre 2007, n. 23726; Cass. 12 aprile 2006, n. 8619); pattuizioni che, se tali da addossare al cliente ogni responsabilità per l'utilizzo delle carte di pagamento, non avrebbero potuto comunque sottrarsi, per quanto già sopra osservato, alla censura sia sotto il profilo della contrarietà al risultato a cui mira la direttiva, sia sotto il profilo della vessatorietà, con la conseguente inopponibilità al cliente stesso.

La presente controversia deve essere pertanto risolta sulla base della regola secondo la quale il cliente è chiamato a sopportare il rischio dell'utilizzo fraudolento ad opera di terzi dello strumento di pagamento nella misura forfetaria di € 150, mentre per il rimanente il rischio grava sulla banca, salvo che non venga da questa provata la colpa grave (o addirittura il dolo) del cliente stesso.

Non avendo la Banca dedotto, e tanto meno provato, l'esistenza di una colpa grave del ricorrente, la domanda di rimborso da lui proposta deve essere accolta, salvo che per l'importo di € 150,00 che segna il limite del rischio gravante sul titolare della carta.

P.Q.M.

Il Collegio, in parziale accoglimento del ricorso, dispone il rimborso da parte della banca in favore del cliente dell'importo di € 2.581,00, corrispondente agli addebiti operati fraudolentemente sul suo conto corrente, al netto dell'importo di € 150,00, e pertanto il rimborso, complessivamente, di € 2.431,00.

Il Collegio dispone inoltre, ai sensi della vigente normativa, che l'intermediario corrisponda alla Banca d'Italia la somma di € 200,00 (duecento/00) quale contributo alle spese della procedura e alla ricorrente la somma di € 20,00 (venti/00) quale rimborso di quella versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
GIUSEPPE MARZIALE