



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]
Prof. Avv. Saverio Ruperto.....	Membro designato dal Conciliatore Bancario e Finanziario – per le controversie in cui sia parte un consumatore
Dott.ssa Daniela Primicerio	Membro designato dal C.N.C.U.

nella seduta del 10.09.2010 dopo aver esaminato

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

Fatto

Il 19 ottobre 2009 alla cliente veniva sottratto, in un autobus affollato, il portafoglio contenente, tra gli altri, una carta Bancomat, di cui disponeva il blocco il 20 ottobre alle ore 09:15; dall'estratto conto del mese di ottobre risultavano effettuate il 19 e 20 ottobre, tra le ore 15:52 del 19 e le ore 00:11 del 20 ottobre, n. 7 operazioni tra prelievi bancomat e pagamenti POS per un totale di € 2.689,70. La cliente con note del 10 novembre 2009 e 4 dicembre 2009, contestava formalmente la corrispondente decurtazione operata dalla Banca, la quale, a suo



avviso, a norma della disciplina contrattuale vigente fra le parti in tema di utilizzo fraudolento da parte di terzi di carta di pagamento smarrita o sottratta, poteva addebitarle esclusivamente l'importo massimo di € 150,00, e perciò doveva restituire la differenza parti a € 2539,70.

A seguito del rigetto delle sue richieste da parte dell'intermediario, il 14 aprile 2010 la cliente proponeva ricorso a questo Collegio, chiedendo la restituzione della somma complessiva di € 2.539,70 (pari all'importo sottratto mediante i prelievi fraudolenti, al netto della franchigia di € 150), in quanto a suo avviso illegittimamente addebitata sul suo conto corrente a seguito del furto. Precisava che il furto era avvenuto con particolare destrezza, integrando quindi la fattispecie di minorata difesa che l'art. 625 c.p., come novellato dalla l. 94/2009, ed escludeva comunque di aver commesso la leggerezza di annotare il PIN sulla o nelle vicinanze della carta sottratta, adducendo fra l'altro che il portafoglio rubato conteneva anche altre due carte di credito munite di PIN, tuttavia non utilizzate dai malfattori, e che in tale circostanza può ravvisarsi la conferma che l'annotazione del PIN non era presente nel portafoglio, perché altrimenti lo sarebbe stata per tutte le carte che ivi si trovavano.

Nelle proprie controdeduzioni del 18 maggio 2010, l'intermediario imputava al comportamento gravemente colposo della cliente la responsabilità dell'accaduto. In particolare, dichiarava di averle inviato, per i due prelievi ed il pagamento POS di maggiore ammontare, i relativi SMS Alert e che la cliente aveva bloccato la carta solo dopo la ricezione del terzo SMS. Al riguardo, la cliente replicava di non essere stata informata dell'importanza degli SMS Alert e di aver sottoscritto le clausole contrattuali relative al servizio di SMS Alert solo a seguito del furto.

Ritenuto il ricorso maturo per la decisione, questo Collegio lo ha esaminato in data 10 settembre 2010.

Diritto

Si deve preliminarmente ritenere che la domanda proposta dalla 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 dalla ricorrente sul saldo disponibile del proprio conto corrente bancario, non è condiviso da questo Collegio. Neppure, tuttavia, può essere condivisa la tesi propugnata dalla ricorrente, secondo la quale il rimborso le sarebbe integralmente dovuto, al netto solamente della franchigia – prevista dal contratto – di € 150,00.

In vero, la clausola del contratto di rilascio dello specifico strumento di pagamento, che rileva ai fini della soluzione della presente controversia, così recita: [art. 3.1] “Il titolare è tenuto a custodire con ogni cura la carta ed il PIN; quest’ultimo, in particolare, deve restare segreto e non deve essere riportato sulla carta né conservato insieme ad essa. Fermo restando quanto previsto al successivo art. 4 [sull’obbligo di segnalazione immediata del furto ecc., ai fini del blocco della carta: n.d.r.], il titolare è responsabile di ogni conseguenza dannosa che può derivare dall’abuso o dall’uso illecito della carta o del PIN. [art. 3.2] Fermo restando quanto previsto dall’art. 4, comma 1, in caso di smarrimento o sottrazione della carta e/o del PIN, il titolare (...) è responsabile per le perdite derivanti da eventuali prelievi fraudolenti nel limite di euro 150,00, fatti salvi i casi di dolo o colpa grave, fino al momento in cui risulti opponibile alla banca la segnalazione di smarrimento o sottrazione della carta e/o del PIN medesimi (...)”.

La cliente ritiene che nel caso di specie trovi applicazione la regola enunciata nell’art. 3.2 e chiede infatti che le venga rimborsata l’intera somma fraudolentemente sottratta, al netto della franchigia di € 150,00; ad avviso della banca, per converso, la cliente sarebbe incorsa in colpa grave, avendo richiesto il blocco della carta soltanto dopo il terzo SMS, e ciò varrebbe a scardinare quella regola, rovesciando sulla cliente stessa, per intero, il rischio dei prelievi illegittimamente operati da terzi.

Ritiene il Collegio che la vicenda debba essere oggetto di analisi articolata in relazione ai diversi momenti e ai diversi prelievi, e precisamente che il primo debba essere trattato distintamente da quelli successivi.

Infatti, detto primo prelievo, pari a € 750,00, è avvenuto anteriormente alla segnalazione operata dalla banca per il tramite di un SMS, dunque nella totale



inconsapevolezza da parte della cliente, che, come riferito nella narrativa dei fatti, era rimasta vittima di un furto perpetrato con destrezza su un mezzo di trasporto pubblico in quel momento particolarmente affollato. Con riferimento a tale prelievo, la banca, sulla quale indubbiamente cade il relativo onere, non ha fornito la prova che la cliente sia incorsa in un comportamento gravemente colposo, quale avrebbe potuto essere, per esempio, l'annotazione del codice identificativo segreto (PIN), necessario ai fini dell'utilizzo della carta, sulla carta stessa o comunque nelle vicinanze di essa, all'interno del portafoglio sottratto.

Tale prova, come già più volte riconosciuto da questo Collegio, non può essere offerta mediante presunzioni, e cioè ricavando il fatto ignoto (l'annotazione del PIN sulla carta o nelle immediate vicinanze di essa) dal fatto noto (l'utilizzo della carta da parte di terzi, attraverso la digitazione del PIN).

Infatti, è dato ormai 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 l'eventualità che al cliente vengano sottratti, da parte di un terzo frodatore e con l'utilizzo di sofisticati software, i codici identificativi che gli erano stati attribuiti per l'accesso ai servizi bancari *on line* o per l'utilizzo di strumenti di pagamento, e questo 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), per esempio perché il furto stesso è stato perpetrato con l'utilizzo di specifici programmi di software, che permettono di carpire o estrarre i codici addirittura senza che il cliente perda il possesso dello strumento di pagamento.

Il dato in questione, frutto – come si diceva – dell'evoluzione tecnologica, che consente ai malfattori operazioni fino a qualche anno fa neppure immaginabili, è noto al (ed è stato recepito altresì dal) legislatore comunitario: l'art. 59.2 della direttiva 2007/64/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, pubblicata nella G.U.C.E. del 5 dicembre 2007, prevede infatti che, *“quando l'utente di un servizio di pagamento nega di aver autorizzato un'operazione di pagamento eseguita, l'utilizzo di uno strumento di pagamento registrato dal prestatore di servizi di pagamento non è di per sé necessariamente sufficiente a dimostrare che*



l'operazione di pagamento sia stata autorizzata dal pagatore né che questi abbia agito in modo fraudolento o non abbia adempiuto, con negligenza grave o intenzionalmente, agli obblighi” di custodia, di notifica immediata del furto o dello smarrimento, ecc.

Anche la giurisprudenza di merito ha preso atto di un siffatto dato della realtà, decidendo di conseguenza nel senso che la colpa del cliente non può presumersi in base alla circostanza che un terzo abbia perpetrato prelievi a suo danno, facendo uso del PIN attribuito al cliente stesso per l'utilizzo dello strumento di pagamento: cfr., ad esempio, Trib. Roma, 20 marzo 2006, secondo cui *“il fatto, noto, che dopo il furto una tessera bancomat venga indebitamente utilizzata, previa digitazione del PIN, non consente affatto di risalire ex art. 2727 c.c. al fatto ignorato che il suddetto codice segreto fosse custodito insieme alla carta. L'illecita acquisizione del PIN potrebbe essere avvenuta, ad esempio, attraverso l'impiego di speciali software in grado di 'leggere' le informazioni contenute nella banda magnetica apposta sulla tessera, oppure potrebbe essere stato carpito prima ancora del furto, in esito ad appostamenti o pedinamento della vittima prescelta”*.

Pertanto, in relazione al primo prelievo di € 750,00, non sussistendo (e non essendo stata comunque provata dalla Banca) la colpa grave della cliente, deve trovare applicazione la regola contrattuale sopra riportata, alla stregua della quale deve affermarsi il diritto della cliente al rimborso della somma fraudolentemente sottratta, al netto della franchigia convenzionalmente fissata in € 150,00, e dunque al rimborso di un importo complessivo di € 600,00, oltre interessi legali dalla data della domanda e perciò del reclamo.

Con riferimento ai prelievi successivi, subiti dalla ricorrente, si pone invece la questione se valga o no ad integrare il presupposto della colpa grave la circostanza che – in occasione di ciascuno di essi – la banca aveva provveduto ad inviare, al numero di cellulare indicato dalla cliente, messaggi SMS recanti la segnalazione dell'avvenuto prelievo.

Si deve al riguardo considerare che il servizio denominato di “SMS Alert” è, nel caso che ci occupa, messo dalla banca gratuitamente a disposizione del cliente (che accetta di avvalersi del servizio stesso, nel momento in cui comunica alla banca il proprio numero di cellulare), per consentirgli di monitorare il corretto



utilizzo dello strumento di pagamento, *“nell’ottica della riduzione dei rischi derivanti da possibili utilizzi fraudolenti e/o clonazioni”* (come recita, *in parte qua*, il contratto stipulato fra la banca e l’odierna ricorrente).

La “riduzione dei rischi”, di cui si discorre nella citata clausola contrattuale, è legata ovviamente al presupposto che il cliente, non appena ricevuto il messaggio SMS che segnala il prelievo, immediatamente si attivi per effettuare, nei confronti dell’intermediario, la comunicazione richiesta, da altra clausola contrattuale, ai fini del blocco della carta. Tale comunicazione costituisce uno specifico obbligo per il cliente, che è tenuto ad eseguirla con la massima sollecitudine possibile, per evitare di aggravare la perdita a proprio danno, ma anche a danno della banca. Alla stregua infatti della disciplina convenzionalmente adottata dall’intermediario in questione in epoca ancora antecedente l’attuazione nel nostro ordinamento della direttiva europea sui servizi di pagamento (PSD – direttiva 2007/64/CE) ed oggi (dal 1° marzo 2010) obbligatoria per tutti gli intermediari, il rischio delle perdite derivanti da prelievi fraudolenti a danno del titolare di uno strumento di pagamento grava sulla banca, che è tenuta a rimborsare quasi integralmente (salva una franchigia dell’importo massimo di € 150,00) le somme fraudolentemente sottratte, a meno che il comportamento del cliente non risulti viziato da dolo o colpa grave.

Per colpa grave s’intende, come la giurisprudenza, anche del Supremo Collegio, ha contribuito in termini generali a chiarire (cfr. Cass., 19 novembre 2001, n. 14456), il comportamento caratterizzato da inescusabile negligenza od imprudenza; ed è evidente che il giudizio circa la violazione, a tal punto grave da risultare inescusabile, dei criteri di diligenza e di prudenza deve essere formulato non in astratto, bensì in relazione e con riguardo al contesto ed alle circostanze del caso concreto.

Ora, ad avviso del Collegio, deve ritenersi affetto da colpa grave il comportamento del cliente che, avendo ricevuto il messaggio SMS con il quale l’intermediario lo avvisa di un prelievo operato sul suo conto corrente, e riconoscendo o dovendo riconoscere quel prelievo come frutto di un’operazione non riconducibile alla sua volontà né da lui autorizzata, non si affretti ad eseguire con immediatezza la comunicazione necessaria ai fini del blocco dello strumento di pagamento, in tal modo violando un obbligo specifico che gli incombe per



contratto. Né vale a modificare il giudizio la circostanza che il cliente non si sia avveduto del messaggio, ovvero lo abbia letto soltanto alcune ore dopo averlo effettivamente ricevuto: si deve infatti ritenere che il cliente, accettando di avvalersi del servizio di “SMS Alert”, accetti altresì di assoggettarsi all’onere di controllare costantemente i messaggi SMS pervenuti al numero di cellulare comunicato alla banca, senza di che sarebbe completamente frustrata la finalità specifica del servizio suddetto che, come espressamente dichiarato nel testo contrattuale, consiste nel controllo costante (“monitoraggio”) del corretto utilizzo dello strumento di pagamento.

Pertanto, rispetto ai prelievi successivi al primo SMS, versando il cliente in colpa grave, viene meno il suo diritto al rimborso (salva la franchigia) delle somme illecitamente sottratte. Di conseguenza, nel caso di specie, l’importo dovuto alla ricorrente corrisponde a quello del (solo) primo prelievo, pari a € 750,00, dal quale va detratta la franchigia di € 150,00 ed al quale vanno aggiunti gli interessi legali dalla data del reclamo.

Peraltro il Collegio, nell’esercizio del proprio potere/dovere di formulare indicazioni utili per migliorare i rapporti fra banche e clienti, ritiene di dover sottolineare l’esigenza che la messa a disposizione, da parte della banca e nei confronti del cliente, del servizio di SMS Alert, sia accompagnata dalla specifica puntuale segnalazione, da parte della banca, delle conseguenze che derivano in capo al cliente dalla decisione di avvalersi di tale servizio: in particolare dalla specifica indicazione dell’onere di attenzione e di monitoraggio continuo dell’utilizzo dello strumento di pagamento che viene in tal modo a gravare sul cliente; onere il cui mancato assolvimento è suscettibile di configurare colpa grave ai fini della disciplina relativa alla ripartizione dei rischi connessi all’utilizzo strumento.

P.Q.M.

Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso, nei sensi di cui in motivazione.

Dispone, inoltre, ai sensi della vigente normativa, che l’intermediario corrisponda alla Banca d’Italia la somma di Euro 200,00 (duecento/00) quale contributo alle spese della procedura e al ricorrente quella di Euro 20,00



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

(venti/00) quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
GIUSEPPE MARZIALE