

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
- Prof. Avv. Saverio Ruperto..... Membro designato dal Conciliatore
Bancario Finanziario per le controversie in
cui sia parte un consumatore
- Dott.ssa Daniela Primicerio..... Membro designato dal C.N.C.U.
(Estensore)

nella seduta del 26 marzo 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

1. In data 7 agosto 2009 il ricorrente, domiciliato in Brasile, segnalava alla Banca, attraverso posta elettronica, la clonazione della propria carta di pagamento e dichiarava di disconoscere una serie di prelievi, per complessivi euro 1.470,06, *“tra l'altro eccedenti il numero massimo di prelievo giornaliero”*, tutti avvenuti in Brasile. Nello stesso giorno inviava, con le stesse modalità, copia della denuncia effettuata presso l'Autorità locale di Rio de Janeiro.

In tale occasione, il ricorrente faceva presente che nel periodo in cui sarebbero avvenuti i prelievi fraudolenti (1 agosto-6 agosto 2009) egli era in possesso della carta, e si trovava in luogo diverso da quello in cui i prelievi venivano effettuati.

La banca, avviata l'istruttoria per il rimborso della somma contestata, *“accreditava”* salvo buon fine l'importo di euro 1.470,06.

In data 29 settembre 2009 il reclamante formalizzava, mediante apposito modulo, ribadiva il disconoscimento delle n. 7 operazioni bancomat, per l'importo complessivo di euro 1.470,06, in relazione alla presunta clonazione della carta.



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

Con successiva lettera del 21 ottobre 2009 l'intermediario, effettuate le necessarie verifiche, comunicava il non accoglimento dell'istanza di rimborso, con la seguente motivazione: *"non esistono prove certe di contraffazione"*. Conseguentemente, provvedeva al riaddebito della somma di euro 1.470,06.

2. Il ricorrente proponeva quindi ricorso chiedendo:

1. il **riaccredito** della complessiva somma di euro **1.528,23**, pari - a suo dire - a quella indebitamente prelevata dal suo conto corrente nel periodo 1-6 agosto 2009;
2. il **rimborso delle spese legali** per la presente procedura.

La banca replicava che:

- tutte le operazioni contestate erano state chiaramente effettuate in data antecedente all'apposizione del blocco e con digitazione del *"Numero Personale Segreto"*, che è *"unico, irriproducibile e comunicato all'atto dell'emissione esclusivamente al cliente, che si assume la responsabilità contrattuale della sua corretta custodia"*;
- l'ipotesi dell'avvenuta clonazione non appariva confortata dall'esame delle circostanze emerse nel corso degli accertamenti svolti, sia perché tutte le operazioni contestate risultavano essere state effettuate *"nella località o nelle vicinanze del luogo di abituale domicilio del ricorrente"*, sia perché *"la [loro] scansione temporale"* non poteva dirsi *"incompatibile con un normale utilizzo della carta, e nemmeno"* rendeva plausibile la tesi di un possibile *"contemporaneo utilizzo di due strumenti"*;
- non poteva quindi la banca essere chiamata a rispondere delle operazioni contestate.

DIRITTO

1. Le clausole del contratto stabiliscono che il cliente:

- ha l'obbligo di custodire *"con ogni cura"* la Carta e il PIN;
- in caso di smarrimento, sottrazione o contraffazione della Carta o del PIN o dei codici di sicurezza, deve segnalare immediatamente tali eventi con le modalità indicate in contratto;
- è responsabile di *"ogni"* conseguenza dannosa derivante dall' *"indebito o illecito uso"* della Carta *"a seguito dei suddetti eventi"*, fino al momento in cui risulti opponibile alla Banca la segnalazione di *"smarrimento, sottrazione o contraffazione"*.

La sua responsabilità è tuttavia circoscritta *"entro il limite di euro 150"*.

Così disponendo, tali clausole hanno recepito l'indicazione inserita nell'art 4 delle *"Condizioni generali"* relative alla Carta Bancomat/Pagobancomat, elaborate dall'A.B.I. nel 2005, in accoglimento del suggerimento formulato dalle Raccomandazioni della Commissione UE n. 97/489 del 30 luglio 1997 (art. 6.1) e n. 88/590 del 17 novembre 1988 (art. 8.3). Suggerimento che, in epoca più recente, è stato tradotto dalla stessa UE in una disposizione di carattere *vincolante* con la direttiva 2007/64 del Consiglio CE (art. 61), cui è stata data attuazione, nel nostro ordinamento, con il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, entrato in vigore il 1° marzo u.s.



La ripartizione dei rischi tra titolare ed emittente della carta è ora regolata dall'art. 12, comma 3, di detto decreto, il quale è così formulato: "Salvo il caso in cui ... abbia agito con dolo o colpa grave ovvero non abbia adottato le misure idonee a garantire la sicurezza dei dispositivi personalizzati che consentono l'utilizzo dello strumento di pagamento, prima della comunicazione [dell'evento all'intermediario], l'utilizzatore ... può sopportare per un importo comunque *non superiore complessivamente a 150 euro* la perdita derivante dall'utilizzo indebito dello strumento di pagamento".

2. Quest'ultima disposizione non può essere applicata nel presente giudizio, che è relativo a fatti verificatisi prima della sua entrata in vigore. La decisione deve essere quindi fondata sulle clausole richiamate in apertura del precedente paragrafo.

Inizialmente, la disciplina convenzionale attribuiva al titolare della carta la responsabilità *esclusiva* di "ogni" conseguenza dannosa derivata dall'uso indebito della stessa da parte di terzi fino al momento della segnalazione del suo smarrimento, della sua sottrazione o della sua clonazione. Il rischio di eventuali pagamenti non autorizzati era così posto *solo* a suo carico, esonerando l'emittente da *ogni* responsabilità.

Simili previsioni - basate sulla supposizione, non di rado smentita dalla realtà, che l'uso non autorizzato della carta postuli *necessariamente* la violazione, da parte del titolare, dell'obbligo, assunto con il contratto, di custodire "con ogni cura" sia la carta medesima che il relativo "codice segreto" - non potevano (né possono) dirsi conformi al nostro ordinamento. L'art. 1229, comma 1, c.c., dichiara infatti "nullo ... qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave". Del pari "nulle", quantunque oggetto di trattativa, sono poi dichiarate, in quanto "vessatorie", dagli artt. 33, comma 2, lett. b, e 36, comma 2, lett. b, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 - con specifico riferimento a coloro che, come il ricorrente, sono da considerare quali "consumatori"- le clausole che hanno per oggetto o per effetto di "escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista".

3. Per la corretta soluzione del problema occorre muovere dalla considerazione che l'uso delle carte di pagamento si inserisce nel sistema dei "servizi di pagamento", vale a dire di quel complesso di attività che le banche e gli intermediari finanziari iscritti nell'albo speciale previsto dall'art. 106, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, sono autorizzati ad esercitare, su richiesta della propria clientela, sotto la vigilanza della Banca d'Italia, che ha il compito di assicurarne l'efficienza e l'affidabilità (art. 146, d.lgs. 385/93) . Si tratta, pertanto, di attività della cui esecuzione la banca risponde secondo le regole del mandato (art. 1856 c.c.), e che è quindi tenuta ad esercitare con una diligenza adeguata alla sua condizione professionale e alla natura dell'attività svolta (artt. 1710, comma 1, 1176, comma 2, c.c.), alla quale si ricollega "un obbligo di protezione dell'altro contraente" (Cass. 12 giugno 1996, n. 5409); obbligo che, in relazione al servizio bancomat, si specifica nel dovere di adottare "le misure idonee a garantire la sicurezza del servizio da eventuali manomissioni" (Cass., 12 giugno 2007, n. 13777).

Il che, naturalmente, non dispensa il titolare della carta dall'obbligo di osservare ogni cautela nella conservazione e custodia dei propri dati personali; la violazione di tale obbligo, incide sulla misura del risarcimento dovuto, secondo quanto stabilito dall'art. 1227 c.c., ma non esclude la responsabilità della banca (Cass. 13777/07, *cit.*), salvo che assuma una rilevanza talmente preponderante da assorbire ogni rilievo causale della condotta ad essa imputabile.



4. A differenza di quanto stabilito dal citato art. 12, d.lgs. 11/2010 - che riproduce fedelmente il criterio di ripartizione formulato dalla direttiva (art. 61.2) e dalle Raccomandazioni n. 97/489 e n. 88/590 già richiamate (*retro*, § 1.) - le clausole contrattuali non prevedono il venir meno della limitazione di responsabilità del titolare della carta nei casi in cui egli abbia agito con dolo o colpa grave. Ciò lascerebbe supporre che - seguendo le soluzioni adottate in alcuni ordinamenti stranieri e, segnatamente, negli U.S.A. - si sia inteso stabilire in misura *fissa* - e indipendente da ogni verifica del comportamento delle parti - il concorso di tale soggetto alle perdite derivanti da addebiti non autorizzati. Seguendo questa impostazione, l'accertamento di eventuali condotte colpose o dolose del titolare della carta non assumerebbe alcun rilievo ai fini della valutazione della fondatezza della richiesta di rimborso rivolta all'emittente, dovendo la controversia essere definita mediante l'adozione di un criterio prestabilito di carattere *oggettivo* per la ripartizione delle perdite.

Il ricorso dovrebbe essere conseguentemente accolto, al netto della franchigia, contrattualmente stabilita, di Euro 150,00.

E' tuttavia preferibile ritenere che tali limitazioni, pur non essendo esplicitate dal contratto, siano nel caso di specie ugualmente operanti. Invero, la derivazione delle clausole in esame dal modello "comunitario", che espressamente prevede la non operatività della "franchigia" in caso di dolo o di colpa grave del titolare della carta, risulta chiaramente evidenziata dalla circolare ABI del 25 febbraio 2005 che contiene gli schemi contrattuali relativi alle modalità d'uso del Bancomat/Pagobancomat. Ed è, pertanto, assai improbabile che sia stato invece seguito un diverso modello. A ciò si aggiunga che è certamente contrario al principio di buona fede enunciato dall'art. 1375 c.c. - che si configura nel nostro ordinamento quale fonte integrativa del contratto nella determinazione degli obblighi e dei diritti delle parti (Cass. 12 aprile 2006, n. 8619; 4 maggio 2009, n. 10182) - consentire che il titolare della carta possa pretendere dall'emittente il rimborso pressoché integrale delle somme indebitamente prelevate nei casi in cui abbia agito con dolo o colpa grave.

Ma, pur accedendo a questa diversa ricostruzione, l'esito del giudizio non può essere diverso. Non vi è dubbio, infatti, che la prova del dolo o della colpa grave del titolare della carta, debba essere data dall'emittente, in quanto sia l'uno che l'altra rilevano quali fattori di esclusione della sua responsabilità per l'inesatto adempimento della prestazione dovuta. E questa prova non è stata fornita.

La Banca ha infatti dichiarato che non intendeva "mettere in alcun modo in discussione la buona fede del ricorrente", ed ha quindi escluso - se le parole hanno un senso - che i prelievi dei quali il ricorrente chiede il rimborso siano ricollegabili ad un suo comportamento "doloso". Quanto al resto, si è limitata a formulare una serie di supposizioni alle quali non può essere attribuito alcun rilievo sul piano probatorio.

5. Deve pertanto disporsi, in accoglimento parziale del ricorso, che la Banca rimborsi al ricorrente la somma di € 1.378, 83 (euro milletrecentosettantotto/83), vale a dire al netto della franchigia di 150 euro, con gli interessi, nella misura legale, dal 7 agosto 2009 e, cioè dalla data del reclamo, e provveda, inoltre, al rimborso della somma (€ 20,00, *euro* venti/00) da lui versata quale contributo alle spese della procedura al momento della presentazione del ricorso.

La Banca dovrà inoltre corrispondere la somma di € 200,00 (euro duecento/00) alla Banca d'Italia quale contributo alle spese della procedura.

P.Q.M.

Il Collegio accoglie il ricorso e dispone la restituzione della somma di Euro 1.378,83 (milletrecentosettantotto/83), oltre interessi dal 7 agosto 2009, data del reclamo. 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 di Euro 20,00 (venti/00) quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

P. IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
BRUNO DE CAROLIS