IL COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

- Prof. Avv. Antonio Gambaro	Presidente
- Prof. Antonella Maria Sciarrone Alibrandi,	Membro designato dalla Banca d'Italia
- Prof. Avv. Emanuele Cesare Lucchini Guastalla	Membro designato dalla Banca d'Italia
- Prof. Vittorio Santoro	Membro designato dal Conciliatore Bancario Finanziario (Estensore)
- Prof. Avv. Andrea Tina	Membro designato da C.N.C.U.

nella seduta del 11 settembre 2012, 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 ricorrente, in data 20/1/2012, avanzava formale reclamo al fine di disconoscere gli addebiti relativi a sei operazioni effettuate, in data 12/1/2012, per complessivi € 1793,37 a seguito dello smarrimento del portafoglio contenente la carta bancomat rilasciatagli dalla resistente. Al contempo dichiarava che la carta era stata smarrita/rubata in data 12/1/2012, alle ore 18:21, che non si trovava nella località dove sono avvenute le operazioni fraudolente, che aveva richiesto il blocco della carta in data 12/01/2012, che non aveva autorizzato le operazioni suindicate e che il 9/1/2012 era l'ultimo giorno in cui aveva utilizzato la carta.
La banca resistente si impegnava a rimborsare l'importo delle operazioni disconosciute qualora nei successivi 10 giorni non avesse completato l'esame delle contestazione del ricorrente, riservando il diritto di stornare tale importo entro il 18/5/2012, qualora, al termine degli accertamenti svolti, le allegazioni del ricorrente non risultassero fondate.
Il 31/1/2011, l'intermediario riscontrava il reclamo evidenziando che, a seguito delle opportune verifiche, non era possibile accogliere la richiesta di rimborso in quanto i movimenti disconosciuti risultano essere stati effettuati con la digitazione del codice segreto anteriormente alla data del blocco (12/172012, ore 19.29). Precisava che non aveva elementi per comprendere come altri soggetti avessero potuto carpire il codice segreto, ancorché l'esperienza maturata la inducesse a pensare che taluni malfattori si appropriano delle carte di pagamento allorché siano riusciti a vedere il codice segreto digitato dal legittimo titolare durante il normale utilizzo.
Con ricorso del 2/3/2012, il ricorrente chiede *"il riaccredito (…) della somma di € 1.791,37 come da pratica di disconoscimento della somma sottrattami in modo fraudolento attraverso la carta Bancomat"*.
A sostegno delle sue ragioni, richiama i fatti esposti in sede di reclamo e precisa che non aveva ricevuto l'Sms Alert che la banca resistente era solita inviargli tutte le volte che effettua un prelievo o un pagamento. Ciò posto, ha provveduto a bloccare la carta

bancomat e la carta di credito solamente dopo aver ricevuto dall'Emittente dalla carta di credito un Sms Alert e, la sera del 12/1/2012, si è avveduto dai prelievi qui disconosciuti collegandosi al suo profilo home banking. Pertanto, ritiene che se gli fosse pervenuto l'Sms Alert dell'intermediario resistente avrebbe certamente provveduto con sollecitudine a bloccare la carta prima che fossero compiute sei operazioni fraudolente.
Nelle controdeduzioni la resistente ha eccepito la responsabilità del cliente nell'effettuazione delle operazioni disconosciute e la legittimità del conseguente addebito in conto del relativo controvalore. Ciò in quanto le stesse sarebbero state eseguite: nell'immediatezza del furto della carta ma prima della comunicazione del blocco; e con l'utilizzo della carta e del numero segreto affidato in custodia dalla Banca al cliente e in assenza di alcuna anomalia, come risultante dalle verifiche effettuate.
Nel merito ha richiamato gli obblighi contrattuali del ricorrente nell'effettuazione delle operazioni disconosciute utilizzando il PIN, essendo posta in capo al cliente la responsabilità di custodirlo e di impedirne l'acquisizione a terzi non autorizzati; ha contestato le conclusioni in tema di "colpa grave" alle quali è giunto recentemente il Collegio di Milano in casi della specie; ha asserito che "*nel caso in specie emergono… con palmare evidenza tutti i tratti distintivi della colpa grave*"; ha sottolineato che il ricorrente *"ha inteso, in realtà, limitarsi all'apodittica negazione di proprie responsabilità nell'incontrovertibile utilizzo da parte di ignoti dei numeri segreti legati alla carta, nell'evidente…omissis… convinzione che ciò possa rivelarsi sufficiente a garantirgli l'accoglimento da parte di codesto Organismo delle sue richieste di rimborso"*; ha richiamato il Provvedimento della Banca d'Italia del 5 luglio 2011 per evidenziare che lo stesso *"non si limita, peraltro, a ribadire, in capo all'utilizzatore, l'obbligo di diligenza del buon padre di famiglia, intesa come la diligenza dell'uomo medio, bensì, data la potenziale pericolosità dello strumento di cui trattasi, richiede che egli adotti 'un comportamento quanto più diligente' rafforzando pertanto l'onere posto a suo carico circa la prudenza e le cautele da adottare nell'utilizzo e nella custodia della carta bancomat e del relativo codice di accesso"*; relativamente al servizio Sms Alert, ha fatto presente che la struttura interna competente ha confermato la corretta generazione dei messaggi, i quali furono rifiutati da parte del gestore telefonico del ricorrente in quanto quest'ultimo aveva comunicato un numero di telefono appartenente ad un gestore ma successivamente avrebbe cambiato operatore senza essersi peritato di comunicarlo alla banca.
Tutto ciò premesso, ha chiesto di *"dichiarare inaccoglibile, in quanto immotivata ed infondata, la richiesta restitutoria oggetto del ricorso presentato dal signor … (nome del ricorrente) in conseguenza del mancato accoglimento da parte della Banca del disconoscimento di operazioni effettuate con la carta bancomat allora in suo possesso ed il relativo numero segreto precedentemente consegnatogli".*

DIRITTO

Il Collegio, premesso che i fatti risalgono al periodo successivo all'entrata in vigore il d. lgs. 11/2010, richiama il proprio costante indirizzo interpretativo in caso di furto di strumenti di pagamento.
In via preliminare nota che, in ordine al sistema di SMS Alert, il fatto che il cliente avesse cambiato gestore telefonico è del tutto irrilevante, posto che in atti non risulta cambiato il numero telefonico del cliente e che, per altro, secondo quanto dichiarato dal cliente stesso, questi aveva ricevuto unicamente dall'Emittente un Sms Alert la sera stessa e con ritardo rispetto all'ora dei prelievi abusivi. Tale questione rimane per altro assorbita dalle argomentazioni che seguono.

Dispone, infatti, l'art. 12, comma 3, di detto decreto che: *"Salvo il caso in cui l'utilizzatore 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 eseguita ai sensi dell'articolo 7, comma 1, lettera b), l'utilizzatore medesimo può sopportare per un importo comunque non superiore complessivamente a 150 euro la perdita derivante dall'utilizzo indebito dello strumento di pagamento conseguente al suo furto o smarrimento*".
Pertanto, con la riforma intervenuta in applicazione della direttiva sui servizi di pagamento il legislatore ha disposto che il rischio inerente all'utilizzazione di mezzi di pagamento debba ricadere completamente sull'intermediario, in ragione della professionalità e capacità di gestione dei rischi inerenti all'utilizzo di strumenti valutati aprioristicamente quale "pericolosi", salvo l'importo di € 150,00 richiesto in maniera fissa al cliente quale contributo alle perdite, somma che pertanto dovrà essere riconosciuta alla banca.
La citata disposizione ammette una limitatissima eccezione a tale ripartizione dei rischi di furto (e smarrimento), come si legge nel già citato art. 12, comma 3, per il caso - e solo per il caso - che il cliente abbia agito in modo fraudolento o per colpa grave.
La grave negligenza deve certamente essere provata dal prestatore del servizio, che quindi sarà tenuto ad allegare fatti che supportino tale qualificazione, vale a dire fornire la prova liquida della colpa grave. A tale riguardo il Collegio aderisce all'autorevole insegnamento della Suprema Corte, che ha stabilito che il nostro ordinamento è informato ad un principio secondo il quale, in tema di inadempimento contrattuale, le conseguenze giuridiche della colpa grave sono trattate allo stesso modo di quelle proprie della condotta dolosa (cfr. Cassazione n. 5910/2004), intendendosi per colpa grave la condotta consapevolmente contraria alle regole di correttezza e buona fede (Cassazione n. 654/2010). Ciò esclude l'applicabilità dell'art. 2729 c.c.
Certamente la mera circostanza che sia stato utilizzato il dispositivo di sicurezza dell'utente non può configurare una grave negligenza. In tale senso oggi dispone - in modo inequivocabile - il secondo comma dell'art. 10 d. lgs. n. 11/2010, secondo il quale "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 sia stata autorizzata dall'utilizzatore medesimo, né che questi abbia agito in modo fraudolento o non abbia adempiuto con dolo o colpa grave a uno o più degli obblighi di cui all'articolo 7*".
Tale disposizione è decisiva per dirimere i problemi inerenti al regime della prova nel caso che ci occupa, a nulla rilevando il richiamo della resistente alle disposizioni della Banca d'Italia, che non si occupano né potrebbero occuparsi del regime probatorio.
In definitiva la resistente pretende di accertare la grave negligenza in via presuntiva, in particolare sulla base della circostanza che sia stato utilizzato il PIN del cliente. Ma la funzione dell'art. 10, comma 2, citato è proprio quella di escludere prove presuntive, in particolare di escludere l'esistenza dell'autorizzazione del cliente per il solo fatto che sia stato impiegato una strumento di pagamento dello stesso accompagnato dalla corrente modalità di funzionamento.

P.Q.M.

Il Collegio, accoglie parzialmente il ricorso e dispone che l'intermediario corrisponda la somma di € 1.641,37 al ricorrente.
Il Collegio dispone inoltre, ai sensi della vigente normativa, che l'intermediario corrisponda alla Banca d'Italia la somma di € 200,00, quale contributo alle spese della procedura, e al ricorrente la somma di € 20,00, quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
ANTONIO GAMBARO