



Collegio di Roma, 08 ottobre 2010, n.1041

Categoria Massima: Home banking / Disciplina generale

Parole chiave: Applicabilità ratione temporis, Direttiva 2007/64/CE, Home banking, Responsabilità della parti

Anche con riferimento a fatti e vicende svoltisi prima dello spirare del termine per l'attuazione della direttiva 2007/64/CE relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, è possibile, nella risoluzione delle controversie, ispirarsi ai criteri da questa adottati, in particolare al criterio secondo cui il rischio dell'utilizzo fraudolento ad opera di terzi dello strumento informatico (mezzo di pagamento, conto corrente on-line, ecc.) può essere addossato al cliente nella misura forfetaria massima di € 150, mentre per il rimanente grava sulla banca, salvo che non venga da questa provata la colpa grave (o addirittura il dolo) del cliente stesso. Le disposizioni delle direttive comunitarie non ancora attuate o non correttamente attuate negli ordinamenti nazionali, quando siano incondizionate e sufficientemente precise (c.d. autoesecutive) e sia scaduto il termine per il loro recepimento, possono essere invocate, all'interno degli Stati membri, nelle controversie tra privati.

Testo sentenza:

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 Finanziario per le controversie in cui sia parte un consumatore)
- Prof.ssa Liliana Rossi Carleo (Membro designato dal C.N.C.U.)



nella seduta del 04 giugno 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 ricorso del 26 febbraio 2010, il ricorrente, titolare di conto corrente on-line presso l'intermediario, lamenta la fraudolenta sottrazione dal detto conto della somma di euro 5.026. Espone che, in data 27 febbraio 2009, erano state effettuate due operazioni di giro-conto (rispettivamente dell'importo di euro 4.500, più euro 0,50 per commissioni, e di euro 500, più euro 0,50 per commissioni) e una ricarica telefonica dell'importo di euro 25, tutte da lui disconosciute.

A fronte di quanto precede, il 7 marzo 2009, il ricorrente presentava denuncia – querela all'autorità di pubblica sicurezza e comunicazione all'intermediario per disconoscere le operazioni sopra descritte. Con successiva nota del 9 marzo, il cliente provvedeva, altresì, a rendere note all'intermediario le generalità dell'intestatario del conto sul quale i versamenti erano stati effettuati e il numero dell'utenza telefonica ricaricato, richiedendo contestualmente «l'immediato rimborso delle somme di denaro a lui estorte con frode tramite equivalenti postagiuro di addebito dai sopracitati conti postali». Il cliente, infine, investiva della questione un'associazione per la tutela dei consumatori e, con lettera del 3 luglio 2009, domandava chiarimenti su quanto accaduto. Presentava, infine, il ricorso de quo, richiedendo la restituzione della somma anzidetta.

Replica l'intermediario mediante controdeduzioni del 12 aprile 2010. Evidenzia che, dalle verifiche svolte, le operazioni contestate erano assistite dalle necessarie autenticazioni («userid del titolare; password conosciuta esclusivamente dal titolare e modificabile in ogni momento dallo stesso; corretta digitazione di n. 4 cifre richieste casualmente tra i dieci caratteri alfanumerici componenti il codice dispositivo noto esclusivamente al titolare del rapporto»), e, quindi, riferibili al cliente. Evidenzia, ulteriormente, di essersi costantemente adoperato al fine di porre i propri clienti a conoscenza delle frodi informatiche e delle cautele da utilizzare per scongiurarne il pericolo. Imputando, quindi, quanto accaduto a negligenza del ricorrente nella



conservazione delle credenziali di accesso al sistema di home banking, conclude per il rigetto del presente ricorso.

Ritenuto il ricorso maturo per la decisione, questo Collegio lo ha esaminato in data 4 giugno 2010.

DIRITTO

Si deve ritenere, in via preliminare, che la controversia 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.

Gli argomenti sulla base dei quali l'intermediario tenta di rintuzzare la domanda di rimborso avanzata dal cliente sono i seguenti:

(i) poiché le operazioni disconosciute erano state disposte da un soggetto autenticatosi come legittimo titolare mediante il corretto inserimento di tutti i codici identificativi a suo tempo forniti al cliente al momento dell'apertura del rapporto, ciò significa che detti codici di accesso segreti e riservati erano stati carpiri da uno o più malintenzionati attraverso il c.d. furto di identità on-line, che può essere perpetrato secondo diverse modalità, peraltro tutte evitabili se l'utilizzatore degli strumenti informatici adotta le cautele necessarie ad assicurare la riservatezza dei propri dati, secondo le indicazioni e i suggerimenti che l'intermediario già da anni offre e divulga tramite il proprio sito web;

(ii) Dunque, deve presumersi che l'utilizzatore abbia violato gli obblighi di diligente custodia dei codici riservati di accesso; le conseguenze di tale violazione ridondano esclusivamente a suo carico, essendo nel contratto stabilito che l'intermediario non è responsabile per la perdita, diffusione o alterazione di dati o informazioni trasmesse attraverso il servizio di conto corrente on-line, quando tali eventi si siano verificati per cause a esso non imputabili;

(iii) Non è invece ipotizzabile che il furto di identità sia stato commesso (non a causa di una negligente custodia dei dati da parte del titolare, bensì) per effetto di intromissione di terzi nei sistemi informatici dell'intermediario, perché una siffatta intromissione avrebbe avuto ripercussioni non sul solo conto dell'odierno ricorrente, bensì sui conti di una massa potenzialmente molto ampia di correntisti;



(iv) In ogni caso, alla stregua di un'altra clausola del contratto concluso fra intermediario e cliente, quest'ultimo "accetta sin da ora gli addebiti conseguenti ad operazioni disposte mediante il servizio on-line, senza bisogno di alcun preavviso o conferma delle disposizioni impartite".

Ora, gli argomenti sub (i) e sub (iii) sono inconsistenti in fatto, sia perché indagini recenti, alcune delle quali svolte nell'ambito della più importante associazione di banche italiane (cfr. Rapporto ABI CIPA CNIPA sul furto di identità *elettronica tramite internet*, Bancaria editrice, 2006, p. 23 ss.) hanno dimostrato che non è possibile stabilire in astratto e sulla base di una valutazione dall'esterno se un determinato "furto di identità on-line" sia stato perpetrato mediante un attacco al sistema informatico del singolo cliente (e dunque ipoteticamente ascrivibile ad un comportamento imprudente di quest'ultimo), ovvero mediante un'intromissione nei sistemi informatici della banca; sia perché l'evoluzione tecnologica ha messo a disposizione i c.d. sistemi di sicurezza di secondo livello (per es. dispositivi atti a generare password o codici alfanumerici identificativi destinati ad essere usati una sola volta), ormai ampiamente diffusi ma che non risulta siano stati adottati dallo specifico intermediario convenuto, la cui struttura informatica non può considerarsi pertanto protetta in maniera adeguata. Gli altri due argomenti fanno leva sulle clausole contrattuali e in particolare su quella che, enunciando l'obbligo di diligente custodia dei codici di accesso, pone a carico del cliente tutte le conseguenze pregiudizievoli che la violazione di un siffatto obbligo è suscettibile di produrre, esonerandone al contempo la banca.

La clausola suddetta non può tuttavia essere invocata a suffragare l'assunto dell'assoluta irresponsabilità della Banca: essa è infatti 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 di 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*". In quanto vessatoria, detta clausola 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 messe fuori gioco le clausole convenzionali di esonero dell'intermediario da



ogni responsabilità, 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., *ex multis*, Cass., sez. I civile, 12 giugno 2007 n. 13777). Poiché si verte 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 l’intermediario limitato ad affermare apoditticamente la sicurezza dei propri sistemi informatici e ad assumere la mancata adozione, da parte del cliente, delle “elementari cautele necessarie ad assicurare la riservatezza dei propri dati”; assunto, quest’ultimo, smentito dalla circostanza, già richiamata e rispondente a dati ormai di comune esperienza, per la quale il furto di identità telematica (o *phishing*) può essere perpetrato mediante attacchi al sistema informatico della banca e cioè attraverso comportamenti di terzi che nulla hanno a che vedere con un ipotetico difetto di diligenza del cliente. Con riferimento, poi, all’assetto impresso dalla Banca al rapporto contrattuale avente a oggetto il rilascio della carta, deve osservarsi che, all’epoca (febbraio 2009) 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 inattuata (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 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 da 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 del principio secondo il quale il rischio dell'utilizzo fraudolento ad opera di terzi dello strumento informatico (mezzo di pagamento, conto corrente on-line, ecc.) può essere addossato al cliente nella misura forfetaria massima di € 150, mentre per il rimanente grava sulla banca, salvo che non venga da questa provata la colpa grave (o addirittura il dolo) del cliente stesso.

Nel caso di specie l'intermediario non ha dedotto, e tanto meno provato, l'esistenza di una colpa grave del ricorrente, né si è attivato, come pure poteva, per recuperare in capo al terzo le somme fraudolentemente prelevate mediante operazioni di postagiuro a beneficio di altro cliente del medesimo intermediario. Il Collegio ritiene pertanto di dover accogliere la domanda di rimborso, salvo che per l'importo di € 150,00 che – come sopra illustrato - segna il limite del rischio gravante sull'utilizzatore dello strumento informatico. Il Collegio, in accoglimento parziale del ricorso, dichiara dovuto al cliente il rimborso dell'importo fraudolentemente prelevato da terzi, pari a euro 5026,00, al netto della franchigia di euro 150,00.

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

IL PRESIDENTE

Giuseppe Marziale