



DR

Diritto del
Risparmio

**BREVI NOTE A MARGINE DELLA
GIURISPRUDENZA IN TEMA DI COLPA GRAVE
NELL'AMBITO DI OPERAZIONI
DISCONOSCIUTE AI SENSI DEL D. LGS. N. 11/2010**

di Luca CARDI*

Giugno

fascicolo 2/2026

*Addetto Servizi Legali presso Banca Popolare di Fondi. Le analisi, le opinioni e le conclusioni contenute nel presente contributo sono espresse a titolo puramente personale dall'autore. Esse non impegnano in alcun modo la responsabilità, né riflettono la posizione o le strategie, dell'Istituto di Credito per il quale l'autore svolge la propria attività professionale.

ISSN 2785-3004

Rivista di Diritto del Risparmio

APPROFONDIMENTI

Brevi note a margine della giurisprudenza in tema di colpa grave nell'ambito di operazioni disconosciute ai sensi del D.lgs. n. 11/2010*

di Luca CARDI**

**Giugno
fascicolo 2/2026**

* Contributo approvato dai *referee*.

** Addetto Servizi Legali presso Banca Popolare di Fondi. Le analisi, le opinioni e le conclusioni contenute nel presente contributo sono espresse a titolo puramente personale dall'autore. Esse non impegnano in alcun modo la responsabilità, né riflettono la posizione o le strategie, dell'Istituto di Credito per il quale l'autore svolge la propria attività professionale.

Brevi note a margine della giurisprudenza in tema di colpa grave nell'ambito di operazioni disconosciute ai sensi del D.lgs. n. 11/2010.

A cura di Luca CARDI.

“To in izio col parlare.

Troverò più tardi degli studiosi che dimostreranno il mio perfetto diritto”.

(Federico II di Svezia)

Il giuridico e l'antigiuridico. Il giusto e l'ingiusto. Le due dicotomie che (nel comune sentire dovrebbero finire per sovrapporsi perfettamente) non sempre così linearmente si sovrappongono. Quando si determina tale disallineamento (vero o avvertito che sia) non è insolito che l'interprete ricorra a soluzioni che, forse, a suo avviso sono funzionali a perseguire il giusto, ma che conservano una loro intrinseca antigiuridicità. Situazione assai rischiosa perché presuppone che sia l'interprete a definire il giusto e l'ingiusto per poi cucirvi su, come fosse un abito sartoriale, la norma o il principio di diritto. Ma l'interprete - in ispecie, in un sistema di diritto scritto qual è (o forse dovremmo dire: qual era) il nostro - non può ergersi, a nostro modesto avviso, a giudice del giusto e dell'ingiusto. Egli deve ragionare esclusivamente in termini di giuridicità e antigiuridicità¹.

La giurisprudenza, ormai copiosa (e non solo quella arbitrale), consente di compiere alcune riflessioni sull'approccio della stessa rispetto all'individuazione del concetto di “colpa grave” nell'ambito di operazioni disconosciute ai sensi del D.lgs. n. 11/2010. Tali considerazioni saranno condotte sulla scorta di quanto dichiarato in premessa e traendo le mosse, pertanto e innanzitutto, dal dato normativo.

Le relative disposizioni di cui al menzionato Decreto Legislativo delineano un sistema coerente e organico nel quale:

¹ Nota metodologica. Le tesi sostenute nel presente contributo, la selezione delle questioni affrontate, l'impostazione del ragionamento e le conclusioni interpretative sono imputabili esclusivamente all'autore. Nella preparazione ed elaborazione del lavoro ci si è avvalsi di strumenti di intelligenza artificiale generativa (nel caso di specie, Lexroom e One Legale) quale supporto alla ricerca normativa e giurisprudenziale, al raffronto tra orientamenti e alla sistematizzazione dei materiali. La selezione delle fonti rilevanti, la lettura dei testi normativi e delle pronunce richiamate, nonché la verifica finale della coerenza argomentativa del contributo, sono state svolte personalmente dall'autore. L'impiego di tali strumenti non sostituisce l'apporto intellettuale dell'autore nelle parti del contributo che ne costituiscono espressione.

1. **l'art. 5** definisce il presupposto della fattispecie: la nozione di "operazione autorizzata" e il ruolo del consenso del pagatore [ABF, Collegio di Napoli, Decisione n. 9745 del 10/10/2023: *“Ai sensi dell’art. 5, commi 1 e 2, «Il consenso del pagatore è un elemento necessario per la corretta esecuzione di un’operazione di pagamento. In assenza del consenso, un’operazione di pagamento non può considerarsi autorizzata»; «Il consenso ad eseguire un’operazione di pagamento o una serie di operazioni di pagamento è prestato nella forma e secondo la procedura concordata nel contratto quadro o nel contratto relativo a singole operazioni di pagamento». Merita condivisione la precisazione secondo la quale, per quanto la volontà del cliente di effettuare tali operazioni sia stata viziata per effetto del raggio subito dal terzo ignoto, l’intermediario non poteva che considerare autorizzati i pagamenti effettuati personalmente dal titolare dello strumento di pagamento, non avendo alcuna possibilità di accorgersi della truffa perpetrata ai danni del cliente. Per l’intermediario sarebbe stato impossibile rilevare la frode (Collegio di Bari, decisione n. 6119 del 2022). La vicenda che, nel concreto, determina l’errore del cliente si pone infatti logicamente prima dell’esecuzione delle operazioni ed è in sé estranea alla sfera di riferibilità, e, soprattutto, di controllabilità dell’intermediario”.*];
2. **l'art. 7** stabilisce gli obblighi di custodia e protezione a carico del cliente, la cui violazione dolosa o gravemente colposa costituisce l'unica esimente dalla responsabilità per il PSP [ABF, Collegio di Bologna, Decisione n. 11229 del 19/12/2025: *“Per quanto concerne l’autenticazione dell’operazione, l’intermediario versa in atti le tracciate informatiche relative all’operazione disconosciuta, dalle quali emerge che l’operazione è avvenuta previo enrollment home banking su nuovo dispositivo, previo inserimento di codice titolare, pin e otp inviata tramite sms, ovvero attraverso la necessaria procedura di autenticazione forte. Analogamente, il pagamento risulta disposto tramite doppio fattore, ovvero l’app installata sul device certificato, elemento di possesso, e digitazione del pin, elemento di conoscenza”.*];
3. **L'art. 10** distribuisce l'onere della prova, ponendo a carico del PSP non solo la prova dell'autenticazione, ma anche la prova del dolo o della colpa grave del cliente [ABF, Collegio di Bologna, Decisione n. 11229 del 19/12/2025: *“Ritenuta raggiunta la prova della SCA da parte dell’intermediario, il Collegio richiama il principio di diritto in base al quale “la previsione di cui all’art. 10, comma 2, del d. lgs. n.11/2010 in ordine all’onere posto a carico del PSP della prova della frode, del dolo o della colpa grave dell’utilizzatore, va interpretato nel senso che la produzione documentale volta a provare l’“autenticazione” e la formale regolarità dell’operazione contestata non soddisfa, di per sé, l’onere probatorio, essendo necessario che*

l'intermediario provveda specificamente a indicare una serie di elementi di fatto che caratterizzano le modalità esecutive dell'operazione dai quali possa trarsi la prova, in via presuntiva, della colpa grave dell'utente" (Collegio di Coordinamento, decisione n. 22745/2019)";

4. **L'art. 11** delinea l'obbligo di rimborso immediato in caso di operazione non autorizzata, salvo il motivato sospetto di frode [art. 11 D.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11: *"Fatto salvo l'articolo 9, nel caso in cui sia stata eseguita un'operazione di pagamento non autorizzata, il prestatore di servizi di pagamento rimborsa al pagatore l'importo dell'operazione medesima immediatamente e in ogni caso al più tardi entro la fine della giornata operativa successiva a quella in cui prende atto dell'operazione o riceve una comunicazione in merito. Ove per l'esecuzione dell'operazione sia stato addebitato un conto di pagamento, il prestatore di servizi di pagamento riporta il conto nello stato in cui si sarebbe trovato se l'operazione di pagamento non avesse avuto luogo, assicurando che la data valuta dell'accredito non sia successiva a quella dell'addebito dell'importo. In caso di motivato sospetto di frode, il prestatore di servizi di pagamento può sospendere il rimborso di cui al comma 1 dandone immediata comunicazione per iscritto alla Banca d'Italia"*];
5. **L'art. 12** circoscrive la responsabilità del pagatore, limitandola ai casi di dolo, frode o colpa grave, e fissa la franchigia massima di 50 euro per i casi di semplice negligenza non grave [art. 12 D.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11: *"Negli altri casi, salvo se abbia agito in modo fraudolento o non abbia adempiuto a uno o più degli obblighi di cui all'articolo 7, con dolo o colpa grave, il pagatore può sopportare, per un importo comunque non superiore a euro 50, la perdita relativa a operazioni di pagamento non autorizzate [...]"*].

Ebbene, a fronte di tale quadro normativo, resta da interrogarsi circa la natura delle disposizioni richiamate. Esse si configurano quale *ius specialis* e delineano un sistema derogatorio, in sé concluso, rispetto a un regime di responsabilità ordinaria? Dalla risposta a tale quesito indefettibilmente discendono, a nostro avviso, anche criteri e modalità di valutazione della colpa del cliente e le conseguenze che ne derivano.

La disciplina, nel suo contenuto, parrebbe effettivamente introdurre un regime speciale di responsabilità operante con riguardo alla sola fattispecie disciplinata: le operazioni non autorizzate, tali da intendersi ai sensi del D.lgs. n. 11/2010. E rispetto a tale ambito, la normativa medesima introduce e costruisce un sistema, per così dire, rigorosamente binario:

1. **rimborso a carico del PSP;**
2. **esonero del PSP in presenza di frode, dolo o colpa grave dell'utente.**

In questo schema, la colpa grave del cliente non è un semplice fattore di riduzione del danno, ma la soglia legale che sposta l'allocazione della perdita. Se, una volta raggiunta tale soglia, si riaprisse il *thema decidendum* attraverso l'art. 1227 c.c., il meccanismo speciale verrebbe trasformato in un sistema proporzionale che la norma speciale non contempla. Questa è, sul piano ermeneutico, la maggiore criticità dell'orientamento estensivo. Esso tende a introdurre un *tertium genus* non previsto dal legislatore, collocato tra:

- la semplice negligenza del cliente, che non vale a escludere il rimborso oltre i limiti di legge;
- e la colpa grave del cliente, che invece dovrebbe far ricadere su di lui la perdita.

Sul punto, appare condivisibile la sentenza del Tribunale di Brescia [*Tribunale di Brescia, Sentenza n.5084 del 9 dicembre 2024*], la quale afferma espressamente:

“Peraltro, il tenore della norma di cui all'art. 12, comma 3, D.lgs. n. 11/2010 esclude che possa applicarsi la regola juris di cui all'art. 1227, comma primo, c.c., e perciò che possa accogliersi la domanda subordinata di parte convenuta, diretta a diminuire l'ammontare della somma risarcibile in ragione del concorso di colpa della creditrice”.

Il passo è di particolare rilievo ai fini della tesi che qui si assume in quanto:

- qualifica l'art. 12, comma 3, D.lgs. n. 11/2010 come disposizione idonea a escludere il ricorso al concorso di colpa del creditore;
- valorizza la specialità della disciplina di settore rispetto alla regola generale dell'art. 1227 c.c.;
- esclude, in termini sistematici, che la ripartizione proporzionale del danno possa essere utilizzata per rimodulare il regime speciale.

Benché la fattispecie concreta riguardasse l'assenza di colpa grave del cliente, l'affermazione del Tribunale ha portata interpretativa generale e depone chiaramente per la non cumulabilità tra disciplina speciale e concorso di colpa, almeno quanto al medesimo danno restitutorio disciplinato dal decreto legislativo.

In altri termini, se si versa nell'ipotesi delle operazioni non autorizzate a mente del D.lgs. 11/2010, la norma impone – quale norma speciale e *naturaliter* derogatoria – che:

1. sull'intermediario, *“qualora l'utente di servizi di pagamento neghi di aver autorizzato un'operazione di pagamento già eseguita o sostenga che questa non sia stata correttamente eseguita”*, gravi l'onere di *“provare che l'operazione di pagamento è stata autenticata, correttamente registrata e*

contabilizzata e che non ha subito le conseguenze del malfunzionamento delle procedure necessarie per la sua esecuzione o di altri inconvenienti” (cfr. art. 10 D.lgs. n. 11/2010).

2. *“l’intermediario provveda specificamente a indicare una serie di elementi di fatto che caratterizzano le modalità esecutive dell’operazione dai quali possa trarsi la prova, in via presuntiva, della colpa grave dell’utente”* (così, ABF, Collegio di Coordinamento, Decisione n. 22745/2019).

Ma, ove l’intermediario assolva l’onere probatorio così rigorosamente stabilito in favore del cliente (tanto da comportare un’inversione dell’onere della prova), ci parrebbe che traslare il discorso sul tema del concorso della colpa, faccia “inclinare” il ragionamento su un piano diverso e ulteriore rispetto a quello delineato dal legislatore. Se si assume (e dimostra) che il cliente sia incorso in un caso di colpa grave, l’indagine cui il giudice è chiamato può e, a nostro avviso, deve considerarsi conclusa. Essa non può estensivamente dilatarsi a determinare fattispecie, non normativamente stabilite, di attenuazione della colpa per il tramite dell’applicazione del concorso di colpa.

Sul piano strettamente normativo-sistematico, pertanto, la soluzione più coerente dovrebbe indurre alla conclusione che se la fattispecie resta interna al perimetro delle operazioni non autorizzate, regolata dal D. Lgs. n. 11/2010, l’accertamento della colpa grave del cliente tende a esaurire il criterio legale di allocazione della perdita, senza lasciare spazio a una successiva “correzione” mediante l’art. 1227 c.c.. Tuttavia, non può sottacersi che la giurisprudenza arbitrale è venuta delineando un orientamento non marginale che, pur riconoscendo la colpa grave dell’utente, ammette ugualmente una responsabilità concorrente dell’intermediario per difetti organizzativi, di monitoraggio o di sicurezza, facendo applicazione delle regole generali e liquidando il danno in via equitativa. A titolo esemplificativo, *ex multis*, la Decisione n. 5932 del 16/05/2024 del Collegio di Roma: *“La colpa grave dell’utente non sembra tuttavia in grado di elidere nella fattispecie concreta ogni profilo di responsabilità riconducibile all’alea di rischio professionale dell’intermediario, dando luogo a un fenomeno di integrale assorbimento della responsabilità di quest’ultimo”*.

L’orientamento arbitrale favorevole all’applicazione, ai casi della specie, del concorso di colpa poggia su un’idea di fondo: la disciplina del D.lgs. n. 11/2010 non esaurirebbe ogni profilo di responsabilità, perché resterebbe pur sempre sindacabile, sul piano del diritto comune, la conformità della condotta della banca ai parametri della diligenza professionale ex artt. 1176 e 1218 c.c..

Questa impostazione trova un terreno ancora più agevole nei casi di operazioni autorizzate, cioè eseguite personalmente dal cliente sotto inganno. In tali ipotesi, infatti, lo stesso ABF esclude in radice l'applicabilità della disciplina PSD2 e valuta il caso unicamente alla luce del diritto comune. Così, ad esempio:

- la decisione ABF Bologna n. 770/2026 ha qualificato come autorizzato il bonifico disposto personalmente dalla cliente, ma ha ravvisato un concorso di responsabilità dell'intermediario;
- la decisione ABF Roma n. 11319/2025 ha affermato espressamente che, pur essendo l'operazione autorizzata, resta possibile verificare un concorso di colpa ex art. 1227 c.c. sul piano dell'inadempimento contrattuale;
- viceversa, la decisione ABF Milano n. 2079/2026 ha escluso il rimborso, fermandosi alla natura autorizzata dell'operazione, senza sviluppare l'indagine nell'ambito del diritto comune.

Ma proprio quest'ultima decisione conferma, a nostro parere, il punto decisivo: **il concorso di colpa è molto più coerentemente applicabile quando la controversia è fuori dal perimetro della disciplina speciale**, non quando vi rientra pienamente.

L'applicazione dell'art. 1227 c.c. dopo l'accertamento della colpa grave del cliente determina una sovrapposizione tra disciplina speciale e disciplina generale. Il rischio è che la norma generale non integri la norma speciale, ma la corregga o la neutralizzi. Se la legge speciale stabilisce che il cliente sopporta la perdita quando abbia agito con dolo o colpa grave, ammettere poi una riduzione di tale effetto in base al concorso di colpa significa, in sostanza, sostituire alla regola legale una diversa regola, di matrice giurisprudenziale, di riparto proporzionale.

L'orientamento ABF produce – aspetto non secondario – un problema di prevedibilità (se non *tout court* di certezza del diritto). Se:

- in alcuni casi la colpa grave del cliente comporta la perdita integrale del diritto al rimborso;
- in altri casi la medesima colpa grave viene “temperata” da una quota di corresponsabilità della banca.

L'esito finisce per dipendere, in larga misura, da una valutazione equitativa e casistica dei presidi organizzativi dell'intermediario. Ciò rende meno certa la linea di confine voluta dal legislatore.

Vi è poi una criticità ulteriore e, per così dire, tecnico-interpretativa: la colpa grave del cliente, nel sistema speciale, non è soltanto un fatto causale, ma una condizione legale di imputazione della perdita (tanto è vero che, ove riscontrata, essa rappresenta un'esimente legale per il PSP rispetto all'obbligo risarcitorio). Se, una volta riconosciuta la colpa grave, si ricorre all'applicazione del concorso di colpa, l'indagine condotta rispetto alla sussistenza della colpa grave medesima rischia di essere usata in maniera duplice (attenuandone, in maniera impropria, il significato normativo stabilito dal medesimo legislatore): dapprima viene scrutinata quale esimente legale del PSP e poi attenuata, per non dire *tout court* degradata, a fattore di mera riduzione proporzionale del danno. Tale approccio ermeneutico non appare pienamente coerente con la struttura della disciplina speciale. In conclusione, **non appare corretto, sul piano strettamente normativo, che - una volta accertata, nell'ambito del D.lgs. n. 11/2010, la colpa grave del cliente per un'operazione non autorizzata - si proceda automaticamente ad applicare la disciplina generale del concorso di colpa ex art. 1227 c.c. per rideterminare il danno.** La soluzione più coerente con il dato normativo è che la **norma speciale prevalga e chiuda il sistema**, secondo il meccanismo di riparto della perdita specificamente disegnato dagli artt. 10, 11 e 12 del decreto legislativo.

Altro, e più sottile, percorso ermeneutico viene seguito dalla giurisprudenza arbitrale quando applica criteri di esclusione della colpa grave del cliente, introducendo elementi valutativi che - pur nella loro discrezionalità - tengono, almeno formalmente, l'indagine nell'ambito del perimetro normativo di cui al D.lgs. n. 11/2010. Non si giunge a riconoscere la colpa grave per poi "graduare" o "attenuare" sulla scorta di un asserito concorso di colpa, ma la si esclude in radice sulla scorta del criterio della particolare sofisticazione della frode subita dal cliente. Il principio di fondo di questo orientamento è che la diligenza richiesta all'utente dei servizi di pagamento, per quanto attenta, non può spingersi fino a pretendere competenze specialistiche in materia di sicurezza informatica. Pertanto, di fronte a tecniche fraudolente particolarmente evolute, la condotta del cliente che cade in errore può essere considerata scusabile, venendo meno il presupposto della "colpa grave" richiesto dalla normativa per porre a suo carico l'intera perdita.

Le principali fattispecie in cui emerge tale ragionamento sono quelle di phishing particolarmente evoluto, come lo **spoofing** (invio di messaggi che si inseriscono in catene di comunicazioni autentiche dell'intermediario) e il **vishing caller ID spoofing** (chiamate che appaiono provenire da numeri ufficiali della banca).

Diverse pronunce valorizzano questo aspetto:

- Il Tribunale di Monza, nella sentenza n. 2072/2024, ha qualificato la frode tramite sms spoofing e ID caller spoofing come *"potenzialmente più decettiva ed insidiosa rispetto al comune phishing"*. Il Tribunale ha affermato il seguente principio: *"[...] qualora il truffatore abbia adottato un sistema tecnicamente sofisticato opera una presunzione di assenza della colpa in capo al soggetto truffato [...]"* [Tribunale Di Monza, Sentenza n.2072 del 23 Luglio 2024]. In quel caso, il giudice ha ritenuto diligente il comportamento della cliente che, oltre a verificare l'inserimento del messaggio nella chat genuina, aveva anche controllato online la corrispondenza del numero chiamante con quello della filiale, senza poter rilevare l'inganno [Tribunale Di Monza, Sentenza n.2072 del 23 Luglio 2024].
- Il Tribunale di Sassari, nella sentenza n. 803/2024, ha escluso la configurabilità di un concorso colposo del danneggiato proprio perché, essendo stato *"ingannato dal ricevimento della mail di cui si è detto, non poteva oggettivamente avvedersi della frode prima dell'interlocuzione col suo commercialista"* [Tribunale di Sassari, Sentenza n.803 del 28 giugno 2024]. L'oggettiva impossibilità di riconoscere l'inganno, dovuta alla sua raffinatezza, neutralizza la colpa del cliente.
- Anche l'Arbitro Bancario Finanziario ha sviluppato orientamenti simili. Una decisione afferma che nelle fattispecie di spoofing "non è generalmente ravvisabile la colpa grave del ricorrente, a meno che non si rinvercano [...] indici di inattendibilità o anomalia del messaggio" [Decisione N. 4136 del 04/04/2024]. Questo approccio istituisce una sorta di presunzione relativa: la frode sofisticata esclude la colpa grave, a meno che l'intermediario non provi che il messaggio conteneva errori o anomalie tali da renderlo riconoscibile come falso nonostante la tecnica utilizzata.

Queste decisioni, quindi, spostano il *focus* dell'analisi dalla mera condotta del cliente (che ha comunque comunicato codici o cliccato su un link) al contesto in cui tale condotta si è inserita, valorizzando l'abilità del truffatore come elemento idoneo a "scusare" l'errore della vittima. L'orientamento sopra descritto, seppur volto a tutelare il consumatore in un contesto di crescente complessità tecnologica, solleva significative problematiche.

Il principale profilo di criticità risiede nell'assenza di un criterio oggettivo e predeterminato per definire una frode come "sostificata" che, nei fatti, si traduce nella vaghezza del concetto di "sostificazione" e in un'eccessiva discrezionalità del collegio giudicante che, caso per caso, individua o meno tale "sostificazione". Da ciò discendono, a un tempo:

- **incertezza applicativa:** ciò che un collegio può ritenere "particolarmente insidioso" (es. spoofing), un altro potrebbe considerarlo un rischio ormai noto che un utente mediamente diligente dovrebbe conoscere. Ad esempio, la decisione ABF, Collegio di Bologna, n. 770/2026 riconosce l'insidiosità dello spoofing ma ritiene comunque "gravemente negligente" la condotta della ricorrente, "limitandosi" a riconoscere un concorso di colpa dell'intermediario al 20%. Al contrario, il Tribunale di Monza nel caso già citato (sentenza n. 2072/2024) ha escluso del tutto la colpa. Questa divergenza di valutazione, a fronte di tecniche fraudolente simili, mina la prevedibilità delle decisioni e la certezza del diritto.
- **onere probatorio fluido:** l'onere per il cliente di dimostrare la "sostificazione" e per la banca di provare gli "indici di inattendibilità" diventa una sorta di *probatio diabolica* basata su elementi tecnici (qualità del link, assenza di errori grammaticali, etc.) la cui valutazione è soggettiva e può variare enormemente da caso a caso.

Tale orientamento comporta uno sviamento dal paradigma normativo della "colpa grave" per come delineato dalla medesima normativa unionale. La normativa europea e nazionale sulla responsabilità nei servizi di pagamento (D.lgs. n. 11/2010 e Direttiva PSD2) individua nella "colpa grave" del cliente il discrimine per l'allocazione della perdita. Il concetto di colpa grave, secondo la stessa Direttiva (UE) 2015/2366, implica *"un comportamento che si spinge oltre la semplice negligenza e implica un grado significativo di mancanza di diligenza"* [Direttiva (UE) 2015/2366 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno]. L'anzidetto sviamento rischia di svuotare di significato il concetto di "colpa grave". Anziché valutare il grado di negligenza della condotta del cliente in sé (es. comunicare un codice OTP nonostante gli avvisi a non farlo), l'analisi si sposta sull'"attitudine frodatrice" del truffatore (sulla sua "capacità" o "abilità", sempre che di capacità o abilità sia lecito discorrere con riguardo a una condotta delittuosa). Si sposta l'esame da un giudizio sulla condotta del cliente in ordine all'obbligo di diligente custodia delle proprie credenziali a una valutazione sulla difficoltà della "prova" a cui è stato sottoposto di fronte alla sofisticazione della frode. Questo altera il parametro di giudizio previsto dal legislatore, che è incentrato sul

comportamento dell'utente. La responsabilità dell'intermediario, normativamente esclusa in caso di colpa grave del cliente, viene di fatto trasformata in una sorta di responsabilità oggettiva per "vulnerabilità del sistema" alle frodi informatiche. Se la frode è "troppo ben strutturata e congegnata", la banca ne risponde anche se il cliente ha violato i suoi doveri di custodia, semplicemente perché si presume che non potesse fare altrimenti innanzi a una truffa "troppo elaborata" per poter essere dallo stesso intesa e prevenuta.

Ma, a ben considerare, il concetto di "*sofisticazione*" è dinamico e relativo. Una tecnica considerata all'avanguardia oggi, diventerà comune e ampiamente nota domani, grazie alle campagne informative e alla sua stessa diffusione. Questo approccio lega la qualificazione giuridica (presenza o assenza di colpa grave) a un dato tecnologico in continua evoluzione, creando un "diritto casistico" che insegue la tecnologia. Una decisione che oggi esclude la colpa grave per una frode di *vishing caller ID* potrebbe essere superata tra qualche tempo, quando tale tecnica sarà nota al grande pubblico. Per gli intermediari, conseguentemente, diventa quasi impossibile prevedere l'esito di un contenzioso, che dipenderà dalla valutazione soggettiva dell'arbitro o del giudice sulla "novità" o "insidiosità" della specifica tecnica fraudolenta utilizzata in quel momento storico.

Né può, d'altro canto, ignorarsi che non vi è banca che, all'attualità, non abbia condotto campagne informative o diffuso *alert* alla clientela mirati, le une e gli altri, a evidenziare le diverse tipologie di frode, ponendo particolare enfasi su un concetto di fondo: nessun dipendente della banca chiederà mai alla clientela di fornire le proprie credenziali. Ne consegue che, per quanto sofisticata sia la frode, la circostanza stessa che un sedicente dipendente dell'istituto di credito chieda al cliente di rivelare le proprie credenziali dovrebbe, di per sé stessa, indurre un utente di media diligenza a realizzare, *ipso facto*, che è in corso un tentativo di truffa a suo danno (in qualsivoglia fattispecie si voglia "sussumere" la tecnica frodatrice). Tale considerazione dovrebbe essere valutata come dirimente. Si finisce, altrimenti, per doversi "arrendere" alla constatazione che qualsivoglia obbligo informativo da parte della Banca si riduca a una mera formalità e che il cliente possa, in ogni caso, appellarsi a un'asserita sofisticazione della frode. Ma qui si dovrebbe pervenire alla conclusione che l'ordinamento tutela non le scusabili negligenze dell'utente medio, ma assai più prosaicamente le sue "distrazioni".

In conclusione, sebbene le pronunce che escludono la colpa grave del cliente a fronte di frodi sofisticate rispondano a un'esigenza di tutela del soggetto debole, esse introducono

elementi di notevole incertezza interpretativa e applicativa. La mancanza di un parametro legale di "sostanziazione" affida l'esito del giudizio a una valutazione ampiamente discrezionale, con possibili divergenze tra decisioni e una conseguente lesione della certezza del diritto e della prevedibilità delle regole di ripartizione del rischio tra cliente e intermediario.

Per onestà intellettuale e completezza espositiva, non può tacersi che la normativa unionale vada verso tale direzione. La futura normativa europea sui pagamenti sta, difatti, recependo questa evoluzione, riconoscendo che le frodi sofisticate rendono inadeguata la netta distinzione tra operazioni autorizzate e non autorizzate. Ciò, a nostro modesto parere, non equivale (pur se attendiamo di consultare il testo definitivo) a risolvere le questioni ermeneutiche e interpretative sopra evidenziate, ma solo a normativizzarle.

E torniamo a Federico II di Svevia: *"Io inizio col parlare. Troverò più tardi degli studiosi che dimostreranno il mio perfetto diritto"*. Il legislatore porrà la norma. Saranno poi i giuristi a interpretarla e tra un principio generale del diritto e l'altro (principio di correttezza e buona fede, principio della diligenza qualificata del *bonus argentarius* e via argomentando) si può trovare il modo di far dire tutto, o quasi tutto, a una norma. Se, poi, si "ascende" ai principi della Costituzione, si può agevolmente rimuovere il "quasi tutto". Pensiamo *"all'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale"* di cui all'art. 2 della Costituzione. In disparte la questione fondamentale: il legislatore unionale può tutto (con la "benedizione" stessa della Costituzione e ad eccezione della violazione di principi generali e fondanti della stessa). Al pari della *res iudicata* del brocardo latino, *"facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum mutat"*. Ironie a parte, il *punctum dolens* ci pare sia altro: si stanno progressivamente "giuridicizzando" questioni politico-economiche di allocazione del rischio che discendono da un progresso tecnologico che non sempre è agevolmente governabile nelle sue ineliminabili componenti di rischio e le cui pericolose e non desiderate derive andrebbero valutate e risolte in altra sede. *Non haec est via*. Sosteneva Edgar Morin, epistemologo della complessità scomparso in questi giorni, che *«nei sistemi complessi l'imprevedibilità e il paradosso sono sempre presenti ed alcune cose rimarranno sconosciute»*. Ecco, non si può decidere che di quel che è ignoto aprioristicamente risponda un soggetto sol perché ritenuto (e la discussione non verte, certo, su quest'aspetto) "economicamente" più forte e solvibile. Ci pare che questo non sia scritto da nessuna parte (almeno in termini così stringenti). Ma potremmo essere in errore.