



Bancomat, carte di credito e responsabilità civile nella giurisprudenza dell'ABF

Valerio Sangiovanni

Avvocato, Rechtsanwalt e Dottore di ricerca in Diritto commerciale

SINTESI

a) L'Arbitro Bancario Finanziario e gli strumenti di pagamento

L'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) è l'organo preposto, anche se non in via esclusiva, a decidere – nella fase della mediazione – le controversie in materia di contratti bancari. Fra i contratti bancari rientrano anche quelli aventi a oggetto la concessione di tessere bancomat e carte di credito. Già solo dopo un paio di anni dall'istituzione dell'ABF è disponibile anche al grande pubblico, in quanto pubblicata sul suo sito, un'ampia giurisprudenza su tali strumenti di pagamento. Fino a poco fa, invece, le controversie non giungevano

generalmente all'attenzione dei giudici stante anche l'esiguità del valore delle liti.

b) La giurisprudenza dell'ABF su bancomat e carte di credito

In questa rassegna esaminiamo in dettaglio la giurisprudenza, in particolare dell'ABF, in materia di bancomat e carte di credito. I ricorsi tipici riguardano il blocco degli strumenti di pagamento, la cattura della tessera da parte dello sportello, l'errata contabilizzazione di operazioni di pagamento, la mancata erogazione delle banconote e la smagnetizzazione della tessera.

» SOMMARIO

1. La competenza dell'Arbitro Bancario Finanziario in materia di bancomat e carte di credito – 2. Cenni all'ambito di applicazione del d.lgs. n. 11/2010 sui servizi di pagamento – 3. Il blocco di bancomat e carte di credito – 4. La cattura della tessera a opera dello sportello automatico – 5. L'errata contabilizzazione di operazioni con bancomat e carte di credito – 6. La mancata erogazione di banconote (senza errata contabilizzazione) – 7. Cenni all'asserita smagnetizzazione di bancomat e carte di credito

1. La competenza dell'Arbitro Bancario Finanziario in materia di bancomat e carte di credito

In questo articolo analizzeremo la giurisprudenza, prevalentemente dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF)⁽¹⁾, sull'uso e malfunzionamento di bancomat e carte di credito e sui suoi risvolti in termini di responsabilità civile.

Bisogna premettere che fino a poco fa gli interventi giurisprudenziali in materia di uso e abuso di bancomat e carte di credito

(e il corrispondente interesse della dottrina⁽²⁾) erano piuttosto limitati numericamente. Ciò può apparire sorprendente se si pensa alla diffusione di tali strumenti di pagamento: quasi ogni titolare di conto corrente⁽³⁾ dispone di un bancomat o di una carta di credito per effettuare pagamenti, movimentando così il conto.

La situazione non è tuttavia paradossale come potrebbe apparire *prima facie*, in quanto alcune ragioni spiegano la scarsità di pre-

⁽¹⁾ Su nomina di Banca d'Italia l'autore è membro dell'organo decidente dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) per il Collegio di Milano. Si segnala che le opinioni espresse in questo articolo hanno carattere personale e non necessariamente coincidono con quelle dell'organo di appartenenza. In nessun caso le opinioni qui espresse possono considerarsi vincolanti per l'ABF.

⁽²⁾ Fra i contributi di dottrina che si occupano di bancomat e carte di credito cfr. i volumi di RESTUCCIA, *La carta di credito nell'ordinamento giuridico italiano e comunitario*, Milano, 1999; TRANE, *Le carte di credito*, Milano, 2002. V. inoltre CIRAOLLO, *Prelievi fraudolenti e responsabilità della banca nell'erogazione del servizio Bancomat*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, 29 ss.; DE POLI, *Banca e automazione: il servizio bancomat*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, 115 ss.; DOGLIETTO, *Sottrazione del bancomat*, in *Studium Iuris*, 2003, 1363 ss.; DOLMETTA, *Carte di credito revolving: inadempimento di singole rate, "oneri economici" ed usura civilistica*, in *Contr.*, 2010, 1061 ss.; MONTANARI, *La discussa natura giuridica del memorandum di spesa delle carte di credito*, in *Giust. civ.*, 2007, I, 2839 ss.; PRESTI, *Nuovi strumenti*

per il credito al consumo: le carte revolving, in *Società*, 2007, 483 ss.; SICLARI, *Autonomia negoziale e tutela pubblicistica nella disciplina delle carte di pagamento*, in *Dir. banca mer. fin.*, 2002, I, 231 ss.

⁽³⁾ Sul contratto di conto corrente cfr. CAFARO, *Il conto corrente bancario: operazioni, comunicazioni bancarie e trasparenza*, Milano, 2011; VERBENA e MERCOGLIANO, *Il conto corrente bancario: regole operative e modalità di utilizzo*, Torino, 2005. V. inoltre CIRAOLLO, *Il contratto di conto corrente bancario alla luce di Cass., Sez. Un., 24418/2010*, in *Vita not.*, 2011, II, 1715 ss.; DI GIROLAMO, *Regola di giudizio imprenditoriale e conto corrente ordinario, con una premessa sull'oggetto sociale*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 1187 ss.; FALCONE, *Il conto corrente bancario e l'apertura di credito conclusi in costanza di concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2009, I, 218 ss.; QUAGLIERI, *Conto corrente bancario, utilizzo della valuta e revocatoria fallimentare*, in *Foro pad.*, 2011, I, 223 ss.; SOMMARIVA, *Sull'applicabilità dell'art. 2558 c.c. ai contratti bancari: in particolare al contratto di conto corrente bancario ed al contratto di apertura di credito*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 66 ss.

cedenti giurisprudenziali sul punto. Probabilmente il motivo più convincente della poca giurisprudenza risiede nel fatto che le controversie concernenti l'uso di strumenti di pagamento hanno generalmente un valore economico modesto. Conseguentemente i clienti bancari – che pure pensano di avere subito un torto dall'intermediario – frequentemente rinunciano ad agire in giudizio, ritenendo eccessivi i costi che incontrerebbero per lo svolgimento di un processo civile. Di qui la scarsità di giurisprudenza, nella sua nozione classica (nel senso di decisioni dei giudici di merito e di legittimità), in materia. In presenza di pochi interventi giurisprudenziali sugli strumenti di pagamento i clienti bancari (e gli avvocati chiamati ad assisterli) non possono pronosticare con ragionevole certezza l'esito di una causa che dovessero intentare nei confronti della banca: questa incertezza è un'altra ragione che induce gli utenti a rinunciare ad azioni in giudizio.

Questa situazione però è profondamente cambiata con la previsione dell'obbligatorietà della mediazione⁽⁴⁾ e in particolare con l'istituzione dell'Arbitro Bancario Finanziario⁽⁵⁾. Come è noto, l'art. 5, 1° comma, d.lgs. n. 28/2010 prevede che – per i contratti bancari – la mediazione possa essere esperita secondo la disciplina generale oppure secondo la procedura prevista dall'art. 128-bis t.u.b. In attuazione di quest'ultima disposizione di legge, il CICR ha adottato la deliberazione n. 275/2008, istitutiva dell'Arbitro Bancario Finanziario⁽⁶⁾.

A scanso di equivoci è bene chiarire che il cliente che desidera agire in giudizio contro la banca non è obbligato ad avvalersi della mediazione speciale bancaria, ma dispone di una facoltà di scelta, potendo anche attivare la procedura generale di mediazione. Addirittura in alcuni casi il ricorso all'ABF è escluso, cosicché deve per forza di cose essere attivato un diverso procedimento di mediazione. Le due fattispecie principali in cui è vietato avvalersi dell'ABF sono il caso della banca che vuole agire in giudizio (e non è mera convenuta) e il caso del superamento

della soglia di valore di 100.000 euro. Fatte salve queste ipotesi particolari (in cui non vi è concorrenza fra il procedimento generale e quello speciale di mediazione, dovendosi necessariamente utilizzare il primo), per il resto si può affermare che l'ABF “compete” con gli altri organismi di mediazione.

La normativa secondaria prevede che per controversia rimettibile alla decisione dell'ABF si intende qualsiasi contestazione relativa a operazioni e servizi bancari e finanziari, con l'esclusione di quelli non assoggettati al titolo VI t.u.b. ai sensi dell'art. 23, 4° co., t.u.f. (art. 1, lett. b), delib. CICR n. 275/2008). Questa previsione della deliberazione CICR consente di distinguere fra i contratti “bancari” in senso stretto e i contratti “di intermediazione finanziaria”⁽⁷⁾. La terminologia usata nella deliberazione CICR può peraltro risultare fuorviante: in tale sede si distingue difatti, letteralmente, fra servizi “bancari” e “finanziari”. Mentre non sussistono particolari problemi in ordine all'individuazione dei servizi di tipo bancario, più controversa appare l'esatta definizione dei servizi “finanziari”. Il termine “finanziario” può in effetti fare riferimento sia a fattispecie di finanziamento in senso stretto, come avviene ad esempio nel contratto di mutuo⁽⁸⁾ (situazioni caratteristiche del diritto bancario), sia a rapporti d'intermediazione finanziaria. In quest'ultimo ambito esiste tuttavia un apposito e separato procedimento di conciliazione davanti alla Consob. L'art. 23, 4° co., t.u.f. consente di distinguere fra le controversie assoggettate a mediazione bancaria e quelle escluse (e pertanto rientranti in altro tipo di mediazione, generale oppure finanziaria): il suo contenuto precettivo consiste nell'affermazione che le disposizioni del titolo VI t.u.b. non si applicano ai servizi e attività d'investimento. In definitiva l'area dei contratti d'intermediazione finanziaria rimane esclusa dall'ambito di applicazione dell'ABF.

Le vicende concernenti bancomat e carte di credito sono relative a contratti bancari e rientrano nella competenza dell'ABF. Bisogna difatti considerare che la consegna di un bancomat o di una

(4) La dottrina sulla mediazione a seguito del d.lgs. n. 28/2010 è già molto ampia. A titolo esemplificativo cfr. in particolare i volumi di AA.VV., *La mediazione delle controversie*, a cura di Martello e Vaccà, Milano, 2010; AA.VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, a cura di Amerio, Milano, 2011; AA.VV., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, a cura di Bove, Padova, 2011; AA.VV., *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, a cura di Sassani e Santagada, Roma, 2011; CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna, 2011; TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011. V. inoltre APPIANO, *Contributo al dibattito sulla mediazione civile e commerciale*, in *Contr. impr. / Eur.*, 2011, 97 ss.; CORBI, *La mediazione civile e i sospetti di illegittimità costituzionale per eccesso di delega*, in *Riv. arb.*, 2011, 102 ss.; PAGNI, *La mediazione nelle controversie commerciali*, in *Analisi giur. econ.*, 2011, I, 17 ss.; VIOTTI, *Le questioni di legittimità costituzionale sulla mediazione civile e commerciale*, in *Giur. mer.*, 2011, 1944 ss.

(5) Sulla disciplina dell'Arbitro Bancario Finanziario cfr. AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e “sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie”*, in *Società*, 2011, 83 ss.; CAPOBIANCO, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in *Contr. impr. / Eur.*, 2011, 134 ss.; CONSOLO e STELLA, *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitro, del nuovo ABF, “scrutatore” di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*, in *Corr. giur.*, 2011, 1653 ss.; COSTANTINO, *L'Arbitro bancario finanziario*, in *Foro it.*, 2010, V, 278 ss.; DESARIO, *Profili d'impatto delle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario sugli intermediari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, I, 492 ss.; FANTETTI, *L'arbitro bancario finanziario quale sistema di risoluzione alternativa delle controversie tra investitore e intermediario*, in *Resp. civ.*, 2010, 855 ss.; GUCCIONE e RUSSO, *L'arbitro bancario finanziario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 475 ss.; GUIZZI, *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Società*, 2011, 1216 ss.; MAIONE, *Profili ricostruttivi di una “eventuale” legittimazione a quo dei Collegi dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Riv. arb.*, 2010, 709 ss.; PETRELLA, *L'arbitrato bancario finanziario*, in AA.VV., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, a cura di Punzi, 2ª ed., 3° vol., Padova, 2012, 287 ss.; PIERUCCI, *L'Arbitro Bancario e Finanziario*, in *Arbitrato*, a cura di Bonelli Erede Pappalardo Studio Legale, Milano, 2012, 341 ss.; RUPERTO, *L'arbitro bancario finanziario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, 325 ss.;

TAVORMINA, *L'Arbitro Bancario Finanziario (un altro episodio de “I nuovi mostri”)*, in *Corr. giur.*, 2011, 1021 ss.; VECCHIO, *L'arbitro bancario e finanziario si confronta con i “danni punitivi”*, in *Vita not.*, 2010, I, 1341 ss.

(6) In materia d'intermediazione finanziaria sussiste invece la competenza della Consob. In tema di conciliazione nell'area dei servizi d'investimento cfr. BASTIANON, *La tutela dell'investitore (non professionale) alla luce delle nuove disposizioni in materia di conciliazione ed arbitrato presso la Consob*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 4 ss.; GUERINONI, *La conciliazione e l'arbitrato per le controversie nell'intermediazione finanziaria*, in *Contr.*, 2008, 301 ss.; RESCIGNO, *La conciliazione e l'arbitrato in materia finanziaria amministrati dalla Consob fra regole procedurali e diritto sostanziale*, in *Analisi giur. econ.*, 2011, II, 85 ss.; SANGIOVANNI, *La conciliazione stragiudiziale presso la Consob*, in *Riv. arb.*, 2010, 213 ss.

(7) Sui contratti d'intermediazione finanziaria cfr. CARBONETTI, *I contratti di intermediazione mobiliare*, Milano, 1992; GUERINONI, *Contratti di investimento e responsabilità degli intermediari finanziari*, Milano, 2010; MICCOLI, *Nuovi limiti dell'autonomia contrattuale nei contratti per servizi di investimento finanziario*, Napoli, 2005. V. inoltre BARATELLA, *La forma scritta e i c.d. contratti di intermediazione finanziaria nella ricostruzione giurisprudenziale*, in *Resp. civ.*, 2010, 688 ss.; CALLEGARO, *Validità del contratto, conflitti di interesse e responsabilità nell'intermediazione finanziaria*, in *Contr.*, 2010, 605 ss.; GUERINONI, *Le controversie in tema di contratti di investimento: forma, informazione, ripensamento e operatore qualificato*, in *Corr. giur.*, 2011, 35 ss.; MARAGNO, *La nullità del contratto di intermediazione di valori mobiliari per difetto di sottoscrizione dell'intermediario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 932 ss.; SANGIOVANNI, *Il contratto d'intermediazione finanziaria*, in *Obbl. contr.*, 2011, 770 ss.

(8) In tema di contratto di mutuo cfr. AA.VV., *Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, a cura di Cuffaro, Bologna, 2005; CAFARO e PAGLIARO, *Il contratto di mutuo*, Milano, 2011; DI GRAVIO, *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, Milano, 1989; FRATTAROLO e IORIO, *Il mutuo nella giurisprudenza*, Milano, 2009; INVREA e LONGO, *Il contratto di mutuo, l'usura*, Milano, 2011. V. inoltre FUSARO, *La portabilità dei mutui nel Testo Unico Bancario*, in *Contr. impr.*, 2011, 1422 ss.; OLIVIERO, *Mutuo di scopo ed esclusione del collegamento negoziale*, in *Studium Iuris*, 2011, 973 ss.; SANGIOVANNI, *Contratto di mutuo e consegna del bene*, in *Contr.*, 2010, 979 ss.

carta di credito avviene previa conclusione di un apposito contratto in cui vengono fissate le regole di utilizzo di tali strumenti di pagamento.

Sempre in via preliminare giova evidenziare la differenza di fondo fra tessera bancomat e tessera carta di credito: la prima è una carta di "debito", mentre la seconda di "credito". La differenza consiste nel fatto che il bancomat determina un addebito immediato sul conto corrente del titolare, con la conseguenza che il conto deve essere coperto affinché l'operazione venga autorizzata; nel caso invece di carta di credito, l'addebito sul conto avviene decorso un certo periodo di tempo (normalmente alla fine di un mese), cosicché nel periodo in cui vengono fatti gli acquisti il conto non deve necessariamente essere coperto. La carta di credito svolge dunque una funzione "creditizia", nel senso di consentire al soggetto che ne dispone di effettuare pagamenti anche in assenza della necessaria copertura.

2. Cenni all'ambito di applicazione del d.lgs. n. 11/2010 sui servizi di pagamento

La materia dei bancomat e delle carte di credito è stata recentemente disciplinata nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 11/2010, di attuazione della direttiva comunitaria sui servizi di pagamento⁽⁹⁾. Si tratta di un articolato complesso normativo che affronta sistematicamente tutti gli aspetti dell'emissione e del funzionamento degli strumenti di pagamento (fra cui vanno annoverati bancomat e carte di credito). Ai limitati fini della nostra rassegna non è sensata un'analisi di tutto il testo legislativo, ma sarà sufficiente porre attenzione ad alcune delle definizioni utilizzate dal d.lgs. n. 11/2010.

Allo scopo di delimitare oggettivamente l'ambito di applicazione della normativa, la nozione più significativa è quella di "servizi di pagamento". Con questa espressione si intendono: 1) i servizi che permettono di depositare il contante su un conto di pagamento nonché tutte le operazioni richieste per la gestione di un conto di pagamento; 2) i servizi che permettono prelievi in contante da un conto di pagamento nonché tutte le operazioni richieste per la gestione di un conto di pagamento; 3) l'esecuzione di ordini di pagamento, incluso il trasferimento di fondi, su un conto di pagamento presso il prestatore di servizi di pagamento dell'utilizzatore o presso un altro prestatore di servizi di pagamento; 4) l'esecuzione di operazioni di pagamento quando i fondi rientrano in una linea di credito accordata a un utilizzatore di servizi di pagamento; 5) l'emissione e/o acquisizione di strumenti di pagamento; 6) la rimessa di denaro; 7) l'esecuzione di operazioni di pagamento ove il consenso del pagatore a eseguire l'operazione di pagamento sia dato mediante un dispositivo di telecomunicazione, digitale o informatico e il pagamento sia effettuato all'operatore del sistema o della rete di telecomunicazioni o digitale o informatica che agisce esclusivamente come intermediario tra

l'utilizzatore di servizi di pagamento e il fornitore di beni e servizi (art. 1, lett. b), d.lgs. n. 11/2010).

Dal punto di vista soggettivo, si deve distinguere fra "prestatore di servizi di pagamento" e "utilizzatore di servizi di pagamento". Il "prestatore di servizi di pagamento" viene definito dalla legge come uno dei seguenti organismi: istituti di moneta elettronica e istituti di pagamento nonché, quando prestano servizi di pagamento, banche, Poste Italiane s.p.a., la Banca centrale europea e le Banche centrali nazionali se non agiscono in veste di autorità monetarie, altre autorità pubbliche, le pubbliche amministrazioni statali, regionali e locali se non agiscono in veste di autorità pubbliche (art. 1, lett., g), d.lgs. n. 11/2011). L'"utilizzatore di servizi di pagamento" è il soggetto che utilizza un servizio di pagamento in veste di pagatore⁽¹⁰⁾ o beneficiario⁽¹¹⁾ o di entrambi (art. 1, lett. h), d.lgs. n. 11/2011).

3. Il blocco di bancomat e carte di credito

Dalla giurisprudenza dell'ABF emerge che una serie di controverse che vede opposti i clienti bancari e gli intermediari concerne il "blocco" di bancomat e carte di credito. Si tratta del caso in cui il titolare dello strumento di pagamento prova a utilizzarlo, ma lo strumento di pagamento non funziona, determinando disagi di vario genere in capo all'utilizzatore.

La materia è ora disciplinata nell'art. 6, 2° co., d.lgs. n. 11/2010, dove si prevede che il contratto quadro può prevedere il diritto del prestatore di servizi di pagamento di bloccare l'utilizzo di uno strumento di pagamento al ricorrere di giustificati motivi connessi con uno o più dei seguenti elementi: a) la sicurezza dello strumento; b) il sospetto di un suo utilizzo fraudolento o non autorizzato; c) nel caso in cui lo strumento preveda la concessione di una linea di credito per il suo utilizzo, un significativo aumento del rischio che il pagatore non sia in grado di ottemperare ai propri obblighi di pagamento.

Affinché sia possibile bloccare lo strumento di pagamento occorre anzitutto una specifica previsione nel contratto quadro⁽¹²⁾. Secondo la definizione che ne dà la legge, il contratto quadro è il contratto che disciplina la futura esecuzione di operazioni di pagamento singole e ricorrenti e che può dettare gli obblighi e le condizioni che le parti devono rispettare per l'apertura e la gestione di un conto di pagamento (art. 1, lett. i), d.lgs. n. 11/2010). Sulla base del dato testuale della nuova normativa gli intermediari non parrebbero pertanto legittimati a bloccare gli strumenti di pagamento se non si sono riservati la relativa facoltà nel contratto quadro. Bisogna dire che, nella quasi totalità dei casi, i contratti contengono la riserva espressa di blocco di bancomat e carte di credito. Nell'ipotesi (darei quasi di scuola) in cui ciò non avvenga, non pare tuttavia che si possa negare alla banca il diritto di bloccare lo strumento di pagamento a fronte di casi estremi quali un suo utilizzo fraudolento o non autorizzato.

⁽⁹⁾ D.lgs. 27.1.2010, n. 11. Attuazione della direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE, 2006/48/CE, e che abroga la direttiva 97/5/CE. Su questa direttiva e sulla sua attuazione nel nostro ordinamento cfr. AA.VV., *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, a cura di Mancini, Rispoli Farina, Santoro, Sciarrone Alibrandi e Troiano, Torino, 2011. V. inoltre GIMIGLIANO e PIRONTI, *L'attuazione della direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno: prime osservazioni sul d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, in *Contr. impr. / Eur.*, 2010, 700 ss.; SANTORO e SCIARRONE ALIBRANDI, *La nuova disciplina dei servizi di pagamento dopo il recepimento della direttiva 2007/64/CE (D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 11)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 377 ss.

⁽¹⁰⁾ A sua volta per pagatore si intende il soggetto titolare di un conto di pagamento a valere sul quale viene impartito un ordine di pagamento

ovvero, in mancanza di un conto di pagamento, il soggetto che impartisce un ordine di pagamento (art. 1, lett. e), d.lgs. n. 11/2010).

⁽¹¹⁾ Per beneficiario si intende il soggetto previsto quale destinatario dei fondi oggetto dell'operazione di pagamento (art. 1, lett. f), d.lgs. n. 11/2010).

⁽¹²⁾ La figura del contratto quadro è stata recentemente studiata soprattutto nell'area dell'intermediazione finanziaria; al riguardo cfr. in particolare i contributi di BELFIORE, *Si può fare a meno del contratto quadro nei servizi di investimento?*, in *Giur. mer.*, 2007, 1915 ss.; DE IULIIS, *Nullità "relativa" del contratto-quadro e conflitto di interessi*, in *Società*, 2009, 1278 ss.; GUADAGNO, *Mancato adeguamento del contratto quadro tra "nullità sopravvenuta parziale" e inefficacia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, I, 610 ss.; LUCANTONI, *L'inadempimento di "non scarsa importanza" nell'esecuzione del contratto c.d. quadro: tra teoria generale della risoluzione e statuto normativo dei servizi di investimento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 783 ss.; SANGIOVANNI, *L'art. 23 T.U.F. e la sottoscrizione del contratto-quadro*, in *Giur. it.*, 2009, 1682 ss.

La legge prevede inoltre che il blocco è subordinato all'esistenza di un giustificato motivo. La discrezionalità del prestatore di servizi di pagamento viene peraltro limitata nel senso che il giustificato motivo addotto deve essere connesso a una o più circostanze specificamente indicate nel testo normativo.

La prassi mostra che in alcuni casi il blocco dello strumento di pagamento effettuato dall'intermediario è connesso a esigenze di sicurezza (fattispecie prevista dall'art. 6, 2° co., lett. a), d.lgs. n. 11/2010). Al riguardo si può osservare che non è inusuale che gli intermediari pongano dei limiti all'utilizzo degli strumenti di pagamento all'estero, in quanto l'operatività in altri Stati può determinare problemi di sicurezza difficilmente gestibili dall'Italia. In un'ipotesi più radicale può capitare che il bancomat e/o la carta di credito siano originariamente non abilitati, in tutto o in parte, a operare all'estero. Alcune volte tale limitazione concerne solo alcuni Stati in cui sono più frequenti le frodi con strumenti di pagamento. Nell'ipotesi d'invalidazione totale o parziale generalmente si prevede che debba essere il titolare a chiedere espressamente l'attivazione dello strumento di pagamento anche per l'operatività all'estero. In alternativa a questo sistema può essere prevista l'operatività all'estero, ma con delle soglie giornaliere di utilizzo inferiori a quelle consentite in Italia. L'esclusione o la limitazione dell'operatività all'estero evita o riduce quei rischi che si sono manifestati nella prassi alcune volte in passato: che il bancomat o la carta di credito vengano sottratti al titolare e poi utilizzati all'estero oppure che gli strumenti di pagamento vengano clonati e utilizzati all'estero. I meccanismi di tutela da parte delle forze di polizia italiane rispetto a eventi del genere che si compiono all'estero sono limitati e certamente inferiori a quelli che possono essere attivati in Italia. L'esclusione o la limitazione dell'operatività all'estero crea però frequentemente problemi in capo ai titolari delle tessere, i quali – non conoscendo tali vincoli – si trovano improvvisamente lontano da casa nell'impossibilità di disporre – in tutto o in parte – del denaro che avrebbero altrimenti potuto utilizzare. La lontananza crea evidentemente disagi maggiori di quelli che si verificherebbero nelle vicinanze del proprio luogo di residenza. Di qui la richiesta di ottenere il risarcimento del danno (patrimoniale e non) che i clienti bancari affermano di avere patito per tale ragione.

L'ABF ha avuto occasione di occuparsi di un caso in cui il cliente si era recato all'estero ma non aveva potuto avvalersi del bancomat, il cui utilizzo era stato sospeso dall'intermediario in via generale e a titolo precauzionale in un periodo (luglio-agosto 2009) in cui si era verificato un numero elevato di clonazioni di strumenti di pagamento⁽¹³⁾. Nella fattispecie il blocco dei bancomat era stato reso noto con avvisi appesi nelle filiali della banca; su tali avvisi si indicava anche la possibilità di riattivare il servizio bancomat all'estero mediante invio di un SMS. Il cliente chiede all'ABF di ottenere un risarcimento del danno nella misura di 100 euro per i disagi patiti per il fatto di non aver potuto disporre all'estero del bancomat in conseguenza della carente informazione ricevuta in merito al blocco dei bancomat. L'ABF rigetta tuttavia la richiesta di risarcimento in quanto ritiene sufficienti le modalità di pubblicità che si sono illustrate.

Oltre che per ragioni di sicurezza, la seconda situazione in cui la

legge consente il blocco degli strumenti di pagamento si verifica quando vi è il sospetto di un suo utilizzo fraudolento o non autorizzato (art. 6, 2° co., lett. b), d.lgs. n. 11/2010). Tipicamente ciò si verifica nel caso di furto del bancomat o della carta di credito che viene dunque usata da un soggetto diverso dal titolare. I sistemi informatici evidenziano un uso della tessera difforme da quello usuale del suo titolare, allarmando la banca, la quale dispone il blocco della carta. Al fine di evitare addebiti in conto corrente a danno del titolare della tessera, il prestatore di servizi di pagamento è normalmente autorizzato espressamente dal contratto – in conformità alla previsione di legge – a bloccare lo strumento di pagamento. È interessante notare che la legge fa bastare il “sospetto” di un utilizzo fraudolento o non autorizzato. Bisogna considerare che il tempo gioca un ruolo fondamentale in questo contesto: chi sta utilizzando fraudolentemente la tessera di altri tende a svuotarla dell'importo massimo possibile in breve tempo. Di qui la necessità di procedere al blocco appena si verificano irregolarità. Può pertanto occasionalmente capitare che la tessera venga bloccata anche quando non vi è realmente un utilizzo fraudolento.

A questo riguardo merita di essere segnalato un caso molto particolare deciso dal Collegio di Roma⁽¹⁴⁾. I ricorrenti, nel corso di un viaggio negli Stati Uniti, cercavano di prelevare contanti a Las Vegas, senza riuscirci. L'inconveniente ebbe a ripetersi nei giorni successivi e anche tentativi di prelievo in Messico non andarono a buon fine. La carta era stata erroneamente bloccata dalla banca proprio per il fatto che qualcuno (in realtà i titolari) aveva cercato di prelevare a Las Vegas. Dopo una telefonata alla propria filiale la carta venne riattivata, ma fu successivamente possibile prelevare solo la somma di circa 130 euro al giorno, invece del limite generale di 250 euro di prelievo giornaliero previsto in contratto. I ricorrenti chiedono all'ABF di affermare la responsabilità civile della banca convenuta per i disagi che hanno patito all'estero, in un primo momento per l'impossibilità totale di prelevare e in un secondo momento per l'impossibilità di prelevare fino al limite contrattualmente pattuito. Il ricorso viene tuttavia respinto in quanto il comportamento della banca, secondo il Collegio di Roma, appare complessivamente esente da censure che autorizzino il risarcimento, atteso che l'utilizzo all'estero della tessera in una località famosa per i suoi casino e sale-giochi aveva fatto fondatamente nascere il sospetto in capo all'intermediario di un uso fraudolento della carta. Sotto un altro profilo la previsione di tetti giornalieri di prelievo inferiori in alcuni Stati è prassi comune, formalizzata in apposite clausole contrattuali, per minimizzare i rischi di prelievi illegittimi a seguito di frodi. Il ricorso viene respinto anche sulla base della considerazione che non è stato evidenziato un danno meritevole di risarcimento. Il Collegio di Roma rifiuta il risarcimento sia del danno patrimoniale sia di quello non patrimoniale. In particolare l'ABF non accoglie la richiesta di risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla situazione di disagio (per l'indisponibilità totale prima e la disponibilità solo parziale dopo di contanti all'estero), reputandolo non apprezzabile e quindi non risarcibile. Il Collegio di Roma richiama l'indirizzo delle sezioni unite della Corte di Cassazione circa la non risarcibilità dei meri fastidi e disagi legati agli aspetti più svariati della vita umana, laddove – al di là delle ipotesi previste dalla legge – solo la violazione di un diritto della

⁽¹³⁾ Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Milano, 27.10.2011, n. 2312, in www.arbitrobancariofinanziario.it.

⁽¹⁴⁾ Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Roma, 22.12.2010, n. 1569, in www.arbitrobancariofinanziario.it.

persona di rango costituzionale è fonte dell'obbligazione risarcitoria⁽¹⁵⁾.

Il terzo caso previsto dalla legge in cui si può procedere legittimamente al blocco dello strumento di pagamento si realizza quando la tessera è abilitata come carta di credito e vi è un significativo aumento del rischio che il pagatore non sia in grado di ottemperare ai propri obblighi di pagamento (art. 6, 2° co., lett. c), d.lgs. n. 11/2010).

Nel contesto del rischio d'inadempimento del titolare, l'ABF ha ritenuto giustificato il blocco di una carta di credito motivato dal fatto che il titolare non aveva pagato alcune rate di un finanziamento con un altro intermediario e inoltre versava in una generale situazione debitoria, sussistendo pertanto il rischio che non fosse in grado di onorare i debiti⁽¹⁶⁾. In un altro caso, molto particolare, l'ABF si è occupato di una carta prepagata, sulla quale il titolare aveva versato 700 euro⁽¹⁷⁾. Al primo tentativo di utilizzare la tessera, tuttavia, lo sportello automatico non rilasciò il danaro: la carta era stata nel frattempo bloccata in quanto era risultato che il titolare era stato dichiarato fallito. La richiesta di restituzione dei 700 euro e di risarcimento del danno ulteriore avanzata dal ricorrente non viene accolta dall'ABF. Il blocco della carta è stato operato dalla banca resistente in ottemperanza al provvedimento con il quale il giudice delegato aveva disposto l'acquisizione della relativa provvista alla massa fallimentare: il Collegio non è legittimato a sindacare i provvedimenti dell'autorità giudiziaria. Sotto un diverso profilo il ricorrente ha contestato il comportamento della banca, che rilascia una carta senza prima verificare lo *status* di chi la richiede per bloccarla immediatamente dopo. Tuttavia l'ABF non ha ritenuto di accogliere le domande del ricorrente in quanto il medesimo non aveva dichiarato alla banca il proprio stato di fallito. L'omesso controllo da parte della banca non è in grado di produrre effetti risarcitori, attesa la colpa del ricorrente che è stato reticente sulla sua situazione di fallito. Il caso appena illustrato, a ben vedere, non può farsi rientrare fra i casi di blocco della carta per aumentato rischio che il pagatore non sia in grado di ottemperare ai propri obblighi di pagamento. Le carte prepagate possono operare solo se vengono caricate con la dovuta provvista: non si pongono pertanto problemi di solvibilità del titolare. Nel caso di specie il titolare della carta non poteva disporre della somma (già versata) per il diverso motivo che si trattava di importo da destinarsi al fallimento.

La legge non si limita a prescrivere che il prestatore di servizi di pagamento possa bloccare, a determinate condizioni, l'utilizzo dello strumento di pagamento, ma fissa una procedura che deve essere osservata in tale caso. Si prevede difatti che nei casi di blocco il prestatore di servizi di pagamento informa il pagatore, secondo le modalità concordate, del blocco dello strumento motivando tale decisione. Ove possibile, l'informazione viene resa in anticipo rispetto al blocco dello strumento di pagamento o al più tardi immediatamente dopo, salvo che tale informazione non risulti contraria a ragioni di sicurezza o a disposizioni di legge o regolamento (art. 6, 3° co., d.lgs. n. 11/2010). Da questa disposizione si evince pertanto che sono due i doveri che fanno capo al prestatore: comunicare il blocco e motivarlo. Con riferimento all'obbligo di comunicazione, la legge si premura di determinarne

la tempistica: la comunicazione deve avvenire (ove possibile) prima del blocco medesimo. La *ratio* della norma è intuitiva: il titolare della carta, debitamente informato, può organizzarsi in modo tale da non subire disagi per effetto del blocco. L'obbligo di motivazione è un presidio di civiltà e correttezza nei rapporti fra le parti contrattuali. Si è visto che solo alcuni motivi legittimano il blocco della carta: ecco allora che spetta al prestatore di servizi di pagamento indicare tali motivi al pagatore.

In materia di comunicazione e motivazione del blocco di strumenti di pagamento, l'ABF ha affrontato il caso di una persona che lamentava di non avere ricevuto alcuna comunicazione in merito al malfunzionamento di un bancomat per accorgersene solo in occasione di un acquisto – non riuscito – presso un esercente⁽¹⁸⁾. L'ABF decide in favore del ricorrente sulla base della considerazione che l'intermediario non fornisce la prova di avere informato il ricorrente della necessità di sostituire la vecchia carta (non più funzionante) con una nuova (funzionante).

Il blocco degli strumenti di pagamento poi, nell'ottica del legislatore, è un evento transitorio. La legge prevede difatti che, al venir meno delle ragioni che hanno portato al blocco dello strumento di pagamento, il prestatore di servizi di pagamento provvede a riattivare lo strumento o a emetterne uno nuovo in sostituzione di quello precedentemente bloccato (art. 6, 4° co., d.lgs. n. 11/2010).

4. La cattura della tessera a opera dello sportello automatico

Talvolta succede che il titolare dello strumento di pagamento desidera effettuare un prelievo presso uno sportello bancomat ma la carta viene – per così dire – “catturata” dall'apparecchiatura, uscendo dalla disponibilità dell'utilizzatore. Talvolta questo effetto è dovuto a un malfunzionamento dello sportello automatico, altre volte a vere e proprie manomissioni a fini fraudolenti di terzi.

Delle conseguenze, in termini di responsabilità civile, della cattura del bancomat o della carta di credito da parte dello sportello automatico ha avuto occasione di occuparsi la Corte di Cassazione, in una delle rare decisioni della giurisprudenza sugli strumenti di pagamento⁽¹⁹⁾. La Cassazione non ha deciso nel merito della controversia, ma ha rimesso gli atti al giudice di appello. Tuttavia la Corte di Cassazione identifica i motivi di appello che sono stati trascurati nella sentenza di secondo grado e invita il nuovo giudice di appello a occuparsene. Segnatamente la Cassazione si chiede se dell'evento sottrazione della carta da parte dello sportello automatico non debba comunque ritenersi responsabile, ai sensi dell'art. 1176, 2° co., c.c., la banca, la quale – svolgendo attività professionale – deve adempiere tutte le obbligazioni assunte nei confronti dei propri clienti con la diligenza particolarmente qualificata dell'accorto banchiere, non solo con riguardo all'attività di esecuzione di contratti bancari in senso stretto, ma anche in relazione a ogni tipo di atto o di operazione oggettivamente espliciti. Alla Corte di Appello viene allora demandato di determinare quale sia la misura della diligenza richiesta alla banca nell'espletamento del servizio bancomat, sulla base della considerazione che l'art. 1176, 2° co., c.c. lascia imprecisata la questione della misura della diligenza nelle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale e ne fa di-

⁽¹⁵⁾ Cass., 11.11.2008, n. 26972.

⁽¹⁶⁾ Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Roma, 13.1.2012, n. 79, in www.arbitrobancariofinanziario.it.

⁽¹⁷⁾ Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Roma, 21.1.2011, n. 168, in www.arbitrobancariofinanziario.it.

⁽¹⁸⁾ Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Milano, 10.6.2011, n. 1229, in www.arbitrobancariofinanziario.it.

⁽¹⁹⁾ Cass., 12.6.2007, n. 13777, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, 21 ss., con nota di CIRIOLO, *Prelevi fraudolenti e responsabilità della banca nell'erogazione del servizio Bancomat*.

pendere la valutazione dalla natura dell'attività. La Corte di Cassazione specifica che il mancato rispetto dell'obbligo del titolare della carta di chiederne immediatamente il blocco, nei casi di sottrazione o smarrimento, non esime necessariamente da responsabilità la banca, allorché la carta viene catturata dall'apparecchio a causa di una manomissione.

Passando a esaminare la giurisprudenza dell'ABF sulla cattura delle tessere da parte degli sportelli automatici, si può anzitutto segnalare una decisione del Collegio di Roma, il quale ha peraltro respinto le richieste risarcitorie avanzate dal ricorrente⁽²⁰⁾. La tessera, abilitata alla doppia funzione di bancomat e carta di credito, venne utilizzata presso lo sportello di una banca diversa da quella presso la quale il cliente aveva il relativo conto di addebito. Lo sportello automatico ha funzionato, rilasciando il contante e lo scontrino dell'operazione, ma ha trattenuto la tessera. L'utente lamenta i tempi lunghi (15 giorni) per la restituzione della carta e chiede il risarcimento del danno che avrebbe patito per i disagi dovuti alla mancanza di tale strumento di pagamento durante il periodo indicato. Questa decisione dell'ABF è interessante in quanto: da un lato afferma la responsabilità di ambedue gli intermediari (sia del soggetto che gestisce lo sportello automatico sia del soggetto emittente la tessera); da un altro lato nega però il risarcimento del danno (per assenza di un documento realmente subito dal ricorrente). Con riferimento al primo profilo (responsabilità), l'intermediario che gestisce lo sportello automatico viene reputato responsabile in quanto la cattura della tessera era dovuta a un effettivo malfunzionamento dello sportello, mentre l'intermediario che ha emesso la nuova tessera è stato ritenuto responsabile per la lentezza nel sostituire la carta catturata. Pur affermando la responsabilità di ambedue gli intermediari, il collegio di Roma non giunge tuttavia a una condanna, mancando la prova di un vero e proprio danno subito dal ricorrente⁽²¹⁾.

In un diverso caso l'ABF ha invece riconosciuto il risarcimento del danno patito da un ricorrente vittima della cattura della sua carta da parte di uno sportello automatico⁽²²⁾. Un signore aveva tentato di effettuare un'operazione di prelievo con tessera emessa da un intermediario estero, carta che veniva trattenuta dallo sportello. La tessera, nonostante il ricorrente lo avesse richiesto, non gli era stata restituita dalla banca dalla quale era stata trattenuta, la quale gli aveva comunicato che il documento sarebbe stato inviato alla banca emittente in Francia. In questa decisione il Collegio di Milano afferma anzitutto che sussiste la competenza dell'ABF posto che il rapporto si è formato in seguito all'offerta di servizi bancari implicita nell'attivazione e gestione di uno sportello automatico, offerta che è stata accettata dal ricorrente nel momento in cui ha tentato di ottenere il servizio desiderato. Secondo il Collegio la cattura della tessera, nella sua consistenza materiale, integra la fattispecie dello spoglio *ex art. 1168 c.c.*, atto illecito che lede il diritto del possessore alla conservazione della disponibilità della cosa e obbliga chi lo commette al risarcimento del danno (valutato equitativamente nella somma di 400 euro).

⁽²⁰⁾ Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Roma, 7.9.2011, n. 1780, in www.arbitrobancariofinanziario.it.

⁽²¹⁾ In materia di prova del danno la dottrina è, ovviamente, molto ampia. Fra i contributi più recenti, in diverse aree del diritto, si segnalano GALLETI, *Brevi note sulla prova del danno nelle azioni di responsabilità*, in *Giur. mer.*, 2010, 2505 ss.; LUCIANI, *Black-out elettrico: responsabilità e prova del danno al vaglio della Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 137 ss.; TROVATO, *Illegittima segnalazione alla Centrale Rischi e prova del danno alla reputazione economica*, in *Danno resp.*, 2011, 288 ss.; TUCCARI, *La*

5. L'errata contabilizzazione di operazioni con bancomat e carte di credito

Un gruppo di decisioni dell'ABF in materia di bancomat e carte di credito concerne la errata contabilizzazione di operazioni asseritamente effettuate con tali strumenti di pagamento. La circostanza si verifica, ad esempio, quando lo sportello bancomat non eroga le banconote e – ciò nonostante – il conto del cliente subisce il relativo addebito.

Nelle controversie in materia di errata contabilizzazione e registrazione delle operazioni di pagamento gioca un ruolo fondamentale la questione della ripartizione dell'onere della prova. Va subito premesso che tale onere incombe con grande chiarezza sull'intermediario nella sua qualità di soggetto professionale, e non sul cliente. La materia è disciplinata nell'art. 10, d.lgs. n. 11/2010, rubricato "prova di autenticazione ed esecuzione delle operazioni di pagamento".

La legge prevede anzitutto che qualora l'utilizzatore di servizi di pagamento neghi di aver autorizzato un'operazione di pagamento già eseguita o sostenga che questa non sia stata correttamente eseguita, è onere del prestatore di servizi di pagamento 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 (art. 10, 1° co., d.lgs. n. 11/2010). Questa disposizione pone chiaramente in capo al prestatore di servizi di pagamento un ampio onere della prova. Tale ripartizione – apparentemente sbilanciata a sfavore dell'intermediario finanziario – è in realtà comprensibile se si riflette sul fatto che la banca è un soggetto professionale e può adottare tutte le opportune cautele, in particolare dotarsi degli accorgimenti idonei a provare il verificarsi di determinati fatti. Sono tre le circostanze che debbono essere oggetto di prova: l'autenticazione, la registrazione e la contabilizzazione. "Autenticazione" significa essenzialmente verifica delle credenziali di accesso dell'utente bancario⁽²³⁾. "Registrazione" significa in sostanza che l'operazione deve essere tracciabile, mentre "contabilizzazione" implica che l'operazione deve risultare dalla documentazione di tipo contabile. I requisiti di registrazione e contabilizzazione si considerano soddisfatti, nella prassi bancaria degli sportelli automatici, con la regolare tenuta del c.d. "giornale di fondo" unitamente all'effettuazione della c.d. "quadratura di cassa". Il giornale di fondo registra tutte le operazioni che vengono poste in essere dallo sportello. La quadratura di cassa consiste nella verifica che il denaro mancante dallo sportello automatico coincide con quello che risulta essere stato erogato: se ci sono delle eccedenze significa che la parte eccedente non è stata erogata.

Che la posizione dell'intermediario finanziario sia di decisa debolezza nei confronti del suo cliente risulta chiaro se si pone attenzione alla successiva disposizione di legge secondo cui quando l'utilizzatore di servizi di pagamento neghi 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 dimo-

prova del pregiudizio non patrimoniale attraverso le presunzioni, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 1016 ss.; VENDRAMIN, *Il danno da demansionamento: danni risarcibili e onere probatorio*, in *Giur. it.*, 2011, 2106 ss.

⁽²²⁾ Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Milano, 30.5.2011, n. 1120, in www.arbitrobancariofinanziario.it.

⁽²³⁾ La "autenticazione" è definita dalla legge come una procedura che consente al prestatore di servizi di pagamento di verificare l'utilizzo di uno specifico strumento di pagamento, inclusi i relativi dispositivi personalizzati di sicurezza (art. 1, lett. q), d.lgs. n. 11/2010).

strare 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 che gli fanno capo (art. 10, 2° co., d.lgs. n. 11/2010).

In un caso deciso molto recentemente dal Collegio di Milano il ricorrente afferma che voleva prelevare 360 euro dal proprio corrente usando il bancomat, ma che le banconote non erano state erogate⁽²⁴⁾. Chiede pertanto all'intermediario di volergli riaccreditarla la somma erroneamente addebitata sul suo conto corrente. Sulla base della documentazione prodotta all'ABF risulta però che le banconote sono state effettivamente erogate. In un primo momento l'operazione non era andata a buon fine; pochi minuti dopo, tuttavia, il titolare del bancomat riprovò il prelievo che andò a buon fine. Quali elementi di prova la banca produce il giornale di fondo, dal quale risulta appunto la successione di eventi che si sono indicati: dapprima impossibilità di erogazione, successivamente erogazione avvenuta con successo. Inoltre dalla quadratura di cassa non risultavano eccedenze di contanti, che avrebbero testimoniato una mancata erogazione di banconote. Dunque la contabilizzazione era stata corretta: vi era stato un unico prelievo, cui corrispondeva un unico addebito, anche se il titolare della carta aveva dovuto provarci due volte. Il ricorso viene conseguentemente rigettato.

Il Collegio di Roma si è occupato del caso di un signore, titolare di una carta di debito a valere su un conto corrente, che ha chiesto la condanna alla restituzione di 500 euro corrispondenti a un prelievo tentato cui ha fatto seguito l'addebito del relativo ammontare sul conto corrente pur non essendovi stata – a detta del ricorrente – la materiale erogazione del contante⁽²⁵⁾. Come nella fattispecie appena esaminata, anche in questo caso si sono posti problemi di prova. In applicazione del generale principio vigente in materia di obbligazioni contrattuali, spetta all'intermediario l'onere probatorio circa l'esatto adempimento della prestazione dovuta quale fornitore del servizio. La banca mette a disposizione le risultanze del giornale di fondo e della quadratura di cassa. Il giornale di fondo evidenzia un'anomala durata dell'operazione oggetto di controversia e altre anomalie riferibili a successive operazioni. Il documento relativo alla quadratura di cassa tuttavia attesta l'inesistenza di eccedenze di contante. Il Collegio di Roma fa prevalere, nella sua decisione, le risultanze della quadratura di cassa: l'assenza di un'eccedenza di contanti dimostra che non sono state erogate meno banconote di quelle contabilizzate.

In un altro caso deciso dall'ABF il cliente ha contestato l'addebito in conto corrente di un prelievo effettuato presso uno sportello bancomat nel corso del quale però le banconote, a detta dell'utente, non erano state effettivamente erogate⁽²⁶⁾. Secondo l'intermediario convenuto il buon fine dell'operazione sarebbe provato dal corretto utilizzo della carta mediante la digitazione del PIN e dall'assenza di eccedenze contabili. L'ABF tuttavia dà ragione al cliente fondandosi sulle disposizioni che disciplinano l'efficacia probatoria delle scritture contabili. Secondo il Collegio di Roma alle registrazioni effettuate da apparecchiature informatiche non può riconoscersi valore di prova piena ed esclusiva in favore del gestore del servizio, costituendo tali risultanze infor-

matiche un documento assimilabile alle scritture contabili; queste fanno prova contro l'imprenditore (art. 2709 c.c.) e, se regolarmente tenute, possono far prova fra imprenditori per i rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa (art. 2710 c.c.), non quindi nei confronti di coloro che sono privi di tale qualifica. L'efficacia probatoria delle scritture contabili in favore dell'imprenditore che le ha redatte è soggetta al libero apprezzamento del giudice al quale spetta stabilire nei singoli casi se e in quale misura siano attendibili e idonee, eventualmente in concorso con altre risultanze probatorie, a dimostrare la fondatezza della pretesa della parte che le ha prodotte in giudizio. Nello specifico l'ABF ha ritenuto insufficiente la documentazione prodotta dall'intermediario, non idonea a soddisfare l'onere della prova incombente sul medesimo. Anzi, gli elementi disponibili parevano confermare l'affermazione del cliente: dal giornale di fondo risultavano difatti anomalie nel funzionamento del servizio. Inoltre l'intermediario non ha prodotto evidenze probatorie in ordine al controllo contabile delle operazioni eseguite nel corso della giornata, limitandosi ad affermare che nella giornata in questione non erano state rinvenute eccedenze. In assenza di ulteriori elementi le registrazioni contabili vengono reputate dal Collegio inidonee a sostenere le ragioni della banca.

Anche in altre occasioni l'ABF ha avuto occasione di occuparsi della contabilizzazione di operazioni che in realtà non sono state effettuate. In una fattispecie giunta all'attenzione del Collegio di Napoli, il ricorrente aveva cercato di prelevare da uno sportello bancomat dei contanti senza riuscirci, per poi vedersi addebitata in conto corrente la somma di 300 euro⁽²⁷⁾. Il ricorrente, non disponendo di documenti relativi all'operazione contestata, ne chiede all'intermediario la produzione. L'ABF ricorda anzitutto come l'onere della prova di corretta registrazione e contabilizzazione faccia carico alla banca. L'intermediario, per difendersi, produce un estratto del giornale di fondo, dal quale emerge tuttavia un segnale di anomalia dello sportello automatico in occasione dell'operazione immediatamente precedente (2 minuti) a quella contestata. Inoltre la banca non produce alcuna documentazione in merito alla quadratura di cassa dello sportello. Conseguentemente l'ABF non considera soddisfatto l'onere probatorio e condanna l'intermediario a risarcire il cliente.

Il Collegio di Milano si è occupato del caso di una persona che aveva scoperto dalla lettura dell'estratto del conto corrente che un prelievo di 50 euro effettuato presso uno sportello automatico gli era stato addebitato due volte sul conto corrente⁽²⁸⁾. Dalle controdeduzioni della banca è emerso che, in realtà, con la medesima carta erano stati effettuati due prelievi dello stesso importo a distanza di un minuto l'uno dall'altro: ambedue i prelievi risultavano regolarmente eseguiti, con digitazione del PIN ed erogazione delle banconote. A fronte di discordanti affermazioni delle parti, si è posto – come in molti altri casi – il problema della prova. Il relativo onere, che fa capo all'intermediario, nella fattispecie viene reputato soddisfatto. La banca difatti produce il giornale di fondo dal quale risulta che le operazioni sono state effettuate con la tessera del ricorrente, che il codice PIN è stato correttamente digitato e che le banconote sono state erogate: non risultano anomalie di alcun genere nel funzionamento dello

⁽²⁴⁾ Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Milano, 17.1.2012, n. 123, in www.arbitrobancariofinanziario.it.

⁽²⁵⁾ Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Roma, 2.12.2011, n. 2648, in www.arbitrobancariofinanziario.it.

⁽²⁶⁾ Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Roma, 15.7.2011, n. 1503, in www.arbitrobancariofinanziario.it.

⁽²⁷⁾ Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Napoli, 11.5.2011, n. 991, in www.arbitrobancariofinanziario.it.

⁽²⁸⁾ Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Milano, 25.3.2010, n. 155, in www.arbitrobancariofinanziario.it.

sportello automatico. Inoltre la quadratura di cassa non ha evidenziato eccedenze di banconote, circostanza che si sarebbe verificata se il titolare della carta avesse prelevato una volta sola e il relativo importo gli fosse stato addebitato due volte. Con questa documentazione l'intermediario ha dimostrato che sono stati effettivamente effettuati due prelievi da parte del ricorrente e che dunque i relativi addebiti in conto corrente sono correttamente avvenuti.

6. La mancata erogazione di banconote (senza errata contabilizzazione)

L'ABF ha avuto occasione di occuparsi in più occasioni di casi in cui lo sportello bancomat, asseritamente attivato in modo regolare dal titolare della carta, non ha però erogato le banconote. La fattispecie presenta analogie con le decisioni che abbiamo esaminato sopra concernenti l'errata contabilizzazione di operazioni in realtà non effettuate. Le due situazioni vanno però tenute distinte, considerando che la mancata erogazione delle banconote può essere seguita da un'errata contabilizzazione (caso più grave) oppure non essere seguita da un'errata contabilizzazione (caso più lieve). Il primo caso è quello esaminato sopra: non solo il cliente bancario non riesce a ottenere il contante di cui ha bisogno, ma si vede addebitare ingiustamente una somma sul conto corrente (come se avesse effettivamente prelevato). Nella diversa ipotesi, di cui andiamo a occuparci ora, di mera mancata erogazione di banconote, l'utente non subisce alcun addebito in conto corrente, ma lamenta solo di non avere potuto disporre del contante e – per tale ragione – di avere patito dei disagi e dei danni. Nel contesto della mancata erogazione di banconote dagli sportelli automatici si sono posti anzitutto problemi di legittimazione passiva dell'intermediario convenuto davanti all'ABF. Per comprendere questo tipo di problematica bisogna riflettere sul fatto che la tessera bancomat può essere utilizzata sia presso gli sportelli dalla banca presso cui l'utilizzatore tiene il proprio conto sia presso banche diverse. In una recente decisione l'ABF ha negato la legittimazione passiva della banca convenuta, presso cui era tenuto il conto di addebito, in un caso in cui l'utilizzatore aveva cercato di prelevare denaro presso uno sportello bancario di una banca diversa dalla propria in Colombia⁽²⁹⁾.

In un'altra decisione di poco precedente l'ABF ha avuto occasione di occuparsi, analogamente, del tentativo non riuscito di prelievo di contanti all'estero⁽³⁰⁾. Si trattava di una coppia in viaggio di nozze in Canada e Stati Uniti e che si era trovata nell'impossibilità di prelevare denaro dagli sportelli automatici di tali Stati e che, per tale ragione, chiede all'ABF di condannare la propria banca al risarcimento del danno subito. Il ricorso viene respinto in considerazione del fatto che la richiesta di risarcimento del danno non risulta sufficientemente suffragata. La doglianza di malfunzionamento del bancomat avrebbe dovuto essere supportata da idonei elementi probatori, quali gli scontrini rilasciati dagli sportelli automatici utilizzati.

In un caso deciso dal Collegio di Roma il ricorrente, mentre trascorrevva una vacanza in Slovenia, si trovò nell'impossibilità di prelevare contanti ai locali sportelli automatici pur utilizzando il proprio bancomat abilitato⁽³¹⁾. Rimasto senza contanti, il ricorren-

te decideva di interrompere la vacanza e rientrava in Italia, dove non incontrava alcuna difficoltà a utilizzare la propria carta. Il Collegio ritiene questo ultimo elemento (il fatto che la carta sia stata successivamente usata con successo in Italia) come decisivo per escludere la responsabilità della banca. L'asserito malfunzionamento all'estero non è in alcun modo provato; anzi, il successivo corretto funzionamento in Italia è circostanza che prova la buona funzionalità della tessera. Il ricorso viene pertanto respinto. Il Collegio di Napoli si è infine occupato di un ricorso nel quale si è lamentata l'impossibilità di prelevare denaro presso quattro sportelli bancomat, peraltro di banche diverse da quelle presso la quale il ricorrente aveva il conto corrente di addebito⁽³²⁾. Il ricorso viene tuttavia respinto sulla base del rilievo preliminare che il ricorrente non fornisce alcuna prova di aver tentato di effettuare i prelievi. Anche nel caso ciò fosse avvenuto, mancherebbe peraltro la prova di qualsivoglia danno patito dal titolare della tessera.

7. Cenni all'asserita smagnetizzazione di bancomat e carte di credito

Infine vogliamo illustrare brevemente un paio di casi, giunti alla decisione dell'ABF, concernenti la contestazione da parte del ricorrente di avvenuta smagnetizzazione della tessera. Si tratta di una fattispecie che si avvicina, per quanto riguarda gli effetti, al blocco degli strumenti di pagamento: anche in questo caso difatti diviene impossibile per il titolare utilizzarli. Vi è tuttavia una differenza fondamentale fra le due ipotesi in quanto in caso di smagnetizzazione bancomat e carta non funzionano più per un malfunzionamento, mentre nel caso di blocco si tratta di un'iniziativa volontaria del prestatore di servizi di pagamento. Bisogna peraltro rilevare che, nelle decisioni esaminate e che illustreremo brevemente qui di seguito, la contestazione del ricorrente di smagnetizzazione della carta non ha finora trovato accoglimento da parte dell'ABF, in quanto si è sempre stabilito che l'impossibilità di prelevare il denaro era dovuta a motivi diversi. Se ne può pertanto desumere che l'evento smagnetizzazione della tessera appare essere alquanto raro nella prassi o che, perlomeno, non costituisce ragione di ricorso all'ABF.

In un caso deciso dal Collegio di Milano il ricorso è stato respinto⁽³³⁾. Il ricorrente aveva allegato il cattivo funzionamento della carta bancomat emessa dal resistente, ipotizzando che ciò fosse dovuto alla smagnetizzazione della carta. Tuttavia l'intermediario ha fornito tabulati da cui emerge che il ricorrente ha tentato una serie molto ampia di operazioni di prelievo non andate a buon fine, tentate a pochi minuti di distanza fra loro e contrassegnate dal codice 116 ("mancanza fondi"). In questo modo la banca ha fornito la prova che non si trattava di un malfunzionamento della tessera, bensì di un'impossibilità di prelievo dovuta alla mancanza di fondi. In un'altra fattispecie decisa dal Collegio di Roma la contestazione della ricorrente consisteva nell'affermazione di non essere riuscita a prelevare contanti in più occasioni mentre si trovava all'estero⁽³⁴⁾. Tuttavia, sulla base delle controdeduzioni presentate dall'intermediario, è risultato provato il corretto funzionamento delle carte. Conseguentemente la richiesta di risarcimento del danno non viene accolta. ■

⁽²⁹⁾ Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Milano, 6.3.2012, n. 707, in www.arbitrobancariofinanziario.it.

⁽³⁰⁾ Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Napoli, 24.2.2012, n. 572, in www.arbitrobancariofinanziario.it.

⁽³¹⁾ Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Roma, 13.12.2011, n. 2710, in www.arbitrobancariofinanziario.it.

⁽³²⁾ Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Napoli, 26.10.2011, n. 2293, in www.arbitrobancariofinanziario.it.

⁽³³⁾ Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Milano, 4.7.2011, n. 1379, in www.arbitrobancariofinanziario.it.

⁽³⁴⁾ Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Roma, 22.10.2010, n. 1145, in www.arbitrobancariofinanziario.it.