Ex Parte Creditoris
Rivista di Informazione Giuridica

Decisione, ABF, Collegio di Napoli, Pres. Marinari – Rel. Picardi, 10.09.2015, n. 6848

www.expartecreditoris.it

COLLEGIO DI NAPOLI

composto dai signori:

(NA) MARINARI Presidente
(NA) CARRIERO Membro designato dalla Banca d'Italia
(NA) MAIMERI Membro designato dalla Banca d'Italia
(NA) PICARDI Membro designato da Associazione rappresentativa degli intermediari
(NA) BARTOLOMUCCI Membro designato da Associazione rappresentativa dei clienti

Relatore PICARDI LUCIA

Nella seduta del 03/06/2015 dopo aver esaminato:
- il ricorso e la documentazione allegata
- le controdeduzioni dell'intermediario e la relativa documentazione
- la relazione della Segreteria tecnica

FATTO

La controversia portata all'attenzione del Collegio verte sulla mancata restituzione da parte dell'intermediario resistente dell'importo di alcune transazioni effettuate mediante una carta bancomat sottratta al ricorrente. Questi, in sintesi, i fatti oggetto del procedimento.

In data 22 marzo 2014, il ricorrente, mentre si trovava in vacanza all'estero, subito dopo aver effettuato un prelievo presso un ATM (alle 12:39 ora locale), subiva il furto della carta bancomat. Accortosi dell'accaduto provvedeva nel minor tempo possibile - attese le difficoltà nel reperire il numero verde trovandosi in un paese straniero - a richiedere il blocco della carta che veniva registrato alle 13:05 (ora locale) e, subito dopo, denunciava il fatto alla Polizia locale.

Successivamente il ricorrente si accorgeva che nell'arco temporale intercorso tra il furto e il blocco della carta erano stati effettuati sette movimenti fraudolenti per complessivi € 2.032,16; il giorno successivo all'accaduto provvedeva a disconoscere dette operazioni chiedendone il rimborso all'intermediario.

In assenza di riscontro da parte di quest'ultimo, con reclamo del 15 maggio 2014 reiterava la richiesta che veniva riscontrata negativamente in quanto le operazioni contestate risultavano tutte effettuate prima del blocco della carta.

Insoddisfatto dal riscontro ricevuto, il ricorrente ripropone la propria istanza con il presente ricorso; in tale sede, precisa che il codice PIN non era custodito insieme alla carta e richiama le previsioni del d.lgs. n. 11/2010, sottolineando di aver diligentemente adempiuto agli obblighi su di lui gravanti ai sensi del relativo art. 7, comma 1, lett. b), in quanto ha tempestivamente comunicato il furto della carta. Lamenta la violazione, invece, in capo all'intermediario dell'art. 12, comma 3, del medesimo testo legislativo, in assenza di prova del dolo o della colpa grave del cliente. Chiede quindi all'intermediario la restituzione della somma di € 2.032,16 pari al controvalore delle operazioni disconosciute, oltre a € 200,00 a titolo di risarcimento del danno conseguente ai disagi e alle spese sostenute per l'accaduto.

In sede di controdeduzioni l'intermediario resistente afferma la violazione da parte del cliente degli obblighi di diligente custodia della carta e del PIN; quest'ultimo, secondo la dinamica dei fatti riferita, gli è stato

Ex Parte Creditoris

verosimilmente carpito visivamente durante la sua digitazione, al meno che non fosse custodito insieme alla carta. Ad avviso dell'intermediario, la ristretta tempistica entro la quale si collocano gli utilizzi contestati (il primo dei quali effettuato alle 12:39, appena sette minuti dopo l'ultimo prelievo regolarmente compiuto) non sarebbe compatibile con diverse ricostruzioni.

Nel richiamare gli orientamenti espressi dall'ABF in merito alla configurabilità della colpa grave in capo all'utilizzatore di servizi di pagamento, osserva che evidentemente, se di reperimento visivo si è trattato, il ricorrente, nell'effettuare il prelievo, non ha avuto la minima attenzione nel coprire con il proprio corpo la tastiera della macchina mentre digitava il PIN oppure proteggere, concretamente, la digitazione del codice con l'altra mano come viene raccomandato sia sui display degli ATM prima di iniziare l'operazione sia sulla brochure disponibile presso le filiali della banca. Nel caso specifico non appare infatti ipotizzabile l'utilizzo di più sofisticati sistemi quali telecamere o altri meccanismi preinseriti nell'ATM; ad ogni buon conto precisa che per le operazioni contestate, costituite da prelievi ATM e pagamenti POS, non esiste altro standard autorizzativo che quello del chip più il PIN e svolge alcune considerazioni in merito alla possibilità di risalire al codice segreto attraverso la carta se non con ingenti investimenti di tempo e denaro.

Ciò premesso, l'intermediario afferma che "*la diligenza con la quale il legislatore dispone di adottare le misure necessarie a garantire la sicurezza dei dispositivi personalizzati che si accompagnano alla carta non vuol dire solo non custodire insieme carta e PIN o non cederli ad alcuno (che è ormai divenuto un caso di scuola, si spera, desueto), bensì anche custodirli in modo che non possono essere fraudolentemente carpiti anche quando li si sta utilizzando. Insomma, nella diligenza imposta dal legislatore è compreso anche l'obbligo, durante il prelievo, di fare attenzione che nessuno si avvicini troppo e senza motivo alla postazione e proteggere, anche con una postura idonea se occorre, la digitazione del PIN da sguardi indebiti cosa, che nel caso in questione, appare obiettivamente difficile da riscontrare*".

L'intermediario manifesta poi perplessità circa le difficoltà di reperimento del numero verde in un paese straniero riferite dal ricorrente in quanto "*il numero o lo si ha con sé o si ritarda la richiesta di blocco ovunque ci si trovi*". Respinge, infine, la richiesta risarcitoria priva di alcun supporto probatorio. Per quanto sinora riferito, l'intermediario chiede al Collegio di respingere il ricorso.

In sede di successive repliche, il ricorrente contesta la ricostruzione dei fatti ipotizzata dall'intermediario che non prova assolutamente le proprie affermazioni. Ribadisce, inoltre, le difficoltà incontrate nel reperimento del numero verde, esprimendo il proprio disagio nel comprendere come all'intermediario sfuggano le difficoltà che una persona non più giovane né in grado di comunicare facilmente nella lingua del luogo, possa incontrare nel reperire il numero verde per la richiesta del blocco; tanto che tale numero "*non è la prima cosa che si mette in borsa quando si parte per una vacanza*".

DIRITTO

La questione sulla quale il Collegio è chiamato a pronunciarsi ha ad oggetto un caso di furto di strumenti di pagamento e deve essere perciò valutata alla luce delle vigenti disposizioni normative in materia di servizi di pagamento con particolare riguardo all'art. 12, comma 3, del d.lgs. n.11 del 27 gennaio 2010. Tale disciplina espressamente sancisce: "*Salvo il caso in cui l'utilizzatore abbia agito con dolo o colpa grave ovvero non abbia adottato le misure idonee a garantire la sicurezza dei dispositivi personalizzati che consentono l'utilizzo dello strumento di pagamento, prima della comunicazione eseguita ai sensi dell'articolo 7, comma 1, lettera b), l'utilizzatore medesimo può sopportare per un importo comunque non superiore complessivamente a 150 euro la perdita derivante dall'utilizzo indebito dello strumento di pagamento conseguente al suo furto o smarrimento*".

Ex Parte Creditoris

Come è ben noto all'intermediario convenuto, compete a quest'ultimo dimostrare l'eventuale gravità della colpa commessa dall'utilizzatore dello strumento di pagamento. Questo Arbitro non ha mancato poi di chiarire che la "*prova della colpa grave indica, più specificamente, la prova dei fatti che, in connessione tra loro, possono ragionevolmente condurre a ritenere gravemente negligente la condotta del cliente. Questa prova può ovviamente essere fornita pure per mezzo di presunzioni, purché queste, com'è noto, siano gravi, precise e concordanti secondo quanto dispone l'art. 2729 c.c.*" (cfr. Collegio ABF di Milano, decisione n. 1033/2012). La stessa Corte di Cassazione, a tale specifico riguardo, ritiene ammissibile la prova indiziaria della sussistenza della colpa grave (cfr. Cass. civ., Sez. II, 18 gennaio 2010, n. 654).

Si tratta, dunque, di valorizzare le singole e specifiche circostanze relative alle fattispecie di volta in volta sottoposte all'esame dell'ABF, in ordine alle quali è necessario verificare se – alla luce degli elementi costituitivi della fattispecie, stretti in intima connessione tra loro – sia possibile desumere in capo all'utilizzatore un comportamento gravemente colposo.

Né rispetto a tale ricostruzione osta il dettato dell'art. 10, comma 2, d.lgs. n. 11/2010, nella parte in cui dispone che "*Quando l'utilizzatore dei 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 dimostrare che l'operazione sia stata autorizzata dall'utilizzatore medesimo, né che questi abbia agito in modo fraudolento o non abbia adempiuto con dolo o colpa grave a uno o più degli obblighi di cui all'articolo 7*".

Contrariamente alla chiarezza che il dato testuale sembrerebbe mostrare *prima facie*, nel senso di escludere automaticamente qualsiasi presunzione al riguardo, deve infatti rilevarsi che l'espressa enunciazione del dettato normativo dispone che il solo compimento dell'operazione fraudolenta non costituisca "*di per sé*" e "*necessariamente*" prova della colpa grave dell'utilizzatore; la formulazione della norma citata, quindi, consente all'interprete di ritenere che si tratti non già di una esclusione totale ed automatica. L'unica presunzione che appare vietata dalla richiamata disposizione è quella relativa dell'affermazione della colpa grave esclusivamente collegata all'utilizzo della carta; ne discende, a contrario, l'ammissibilità di tale presunzione in presenza di una serie di elementi di fatto particolarmente univoca e convergente, al punto che possa ragionevolmente ritenersi che l'utilizzo fraudolento sia effettivamente riconducibile sul piano causale alla condotta dell'utilizzatore.

Ciò chiarito, deve ulteriormente precisarsi che detta prova presuntiva può essere ricavata anche con riferimento alle circostanze di fatto, connesse all'utilizzo della carta, immediatamente successive al furto: detto percorso logico-deduttivo, infatti, non è fondato su una serie di presunzioni semplici, bensì su una molteplice concatenazione univoca e convergente di fatti noti, come richiesto dall'art. 2729 c.c. Infatti, come correttamente evidenziato in dottrina, la presunzione c.d. qualificata deve consentire di pervenire ad un risultato plausibile, che indichi in modo puntuale e specifico il fatto da provare, in base a valutazioni prive di contraddizioni logiche e ragionevolmente univoche. La giurisprudenza di legittimità afferma, dal canto suo, che è indispensabile che "*il rapporto di dipendenza logica tra il fatto noto e quello ignoto sia accertato alla stregua di canoni di probabilità, con riferimento ad una connessione possibile e verosimile di accadimenti, la cui sequenza e ricorrenza possano verificarsi secondo regole di esperienza*" (cfr. ex multis Cass. civ., Sez. Un., 13 novembre 1996, n. 9961; Cass. civ., Sez. I, 1° agosto 2007, n. 16993; Cass. civ., Sez. V, 6 agosto 2009, n. 18021).

Orbene, in fattispecie come quelle sottoposte all'ABF, si tratta di verificare se la sequenza temporale tra furto e utilizzi fraudolenti posti in stretta successione tra loro sia idonea a fondare la presunzione della sussistenza della colpa grave in capo all'utilizzatore: nella ricostruzione di tale iter, i fatti noti consistono nel

Ex Parte Creditoris

furto della carta e nel suo utilizzo immediato e fraudolento; sulla base di tali premesse in fatto deve risalirsi al fatto ignoto consistente nella facile associazione fra il PIN e la carta.

Nel caso di specie, dalla ricostruzione dei fatti offerta dallo stesso ricorrente emerge come l'utilizzo della carta sottratta sia avvenuto pochi minuti dopo non soltanto il furto della medesima, ma anche il suo ultimo utilizzo da parte del titolare. Tale circostanza lascia presumere che i ladri siano riusciti a carpire visivamente il codice PIN digitato dal ricorrente appena prima di effettuare il furto della carta.

Avendo presente il dettato dell'art. 7 del succitato d.lgs. n. 11/2010, che pone in capo all'utilizzatore l'obbligo di adottare misure idonee a garantire la sicurezza dei codici di accesso relativi allo strumento di pagamento (cfr., al riguardo, Collegio di coordinamento dell'ABF, decisione n. 5304/2013), pare al Collegio che questi debba prestare particolare attenzione nel mantenere riservato il codice PIN necessario per l'uso della stessa, specie nel momento in cui si serve della carta, per evitare che un eventuale male intenzionato sia indotto a trafugarla e sia poi favorito nell'utilizzo della carta perciò trafugata proprio dalla circostanza di conoscere già il suo codice di utilizzo.

La grave negligenza nel mantenere la segretezza del codice di utilizzo della carta vale infatti ad eliminare il principale presidio di sicurezza nell'uso della stessa, costituito appunto dal codice segreto PIN, ed integra una violazione gravemente colposa degli obblighi legali e contrattuali di conservazione e di sicurezza dello strumento di pagamento gravanti sull'utilizzatore.

Il fatto che quest'ultimo non sia riuscito a preservare la riservatezza del codice PIN – desumibile dal ristretto lasso temporale in cui si colloca la sequenza di accadimenti consistenti nell'ultimo utilizzo da parte del titolare, nel furto della carta e nella prima operazione fraudolenta – appare sufficiente a dimostrare la sua grave negligenza. Dinanzi al comportamento gravemente colposo del ricorrente vengono pertanto meno le ragioni per attribuire le conseguenze negative dell'utilizzo fraudolento degli strumenti di pagamento in capo al prestatore dei servizi di pagamento, costituite vuoi dal fatto che questi ha l'obbligo di garantire l'idoneità e la congruità dei presidi tecnici di funzionamento dei servizi offerti agli utilizzatori, vuoi della circostanza che il rischio d'impresa grava, in ogni caso, sul prestatore (cfr., sul tema, Collegio ABF di Milano, decisione n. 7579/2014).

Né a diverse conclusioni può orientare la circostanza che il ricorrente sia riuscito ad effettuare il blocco della carta circa venti minuti dopo il furto avendo dovuto superare gravi difficoltà legate al fatto di trovarsi in un paese straniero, dato che essa non appare idonea, per un verso, a limitare la limitare la colpa grave dell'utilizzatore, per l'altro, a denotare l'inadeguatezza del sistema organizzativo e di controllo dell'intermediario.

P.Q.M.

Il Collegio non accoglie il ricorso.

IL PRESIDENTE
Marinari

Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy

Ex Parte Creditoris