

**IL COLLEGIO DI COORDINAMENTO**

composto dai Signori:

Dott. Giuseppe Marziale Presidente del Collegio ABF di Roma	Presidente
Prof. Avv. Antonio Gambaro Presidente del Collegio ABF di Milano	Membro effettivo
Prof. Avv. Enrico Quadri Presidente del Collegio ABF di Napoli	Membro effettivo
Prof. Avv. Nicola Rondinone Componente del Collegio ABF di Milano designato dal Conciliatore Bancario Finanziario (per le controversie in cui sia parte un cliente consumatore)	Membro effettivo
Avv. Pierfrancesco Bartolomucci Componente del Collegio ABF di Napoli (designato dal Consiglio Nazionale dei Consumatori ed Utenti)	Membro effettivo [Relatore]

nella seduta del 12/09/2013, dopo aver esaminato

- il ricorso e la documentazione allegata;
- le controdeduzioni dell'intermediario e la relativa documentazione;
- la relazione istruttoria della Segreteria tecnica,

**FATTO**

Alla presente decisione il Collegio di coordinamento è chiamato in base alla ordinanza del Presidente del Collegio di Milano n. 4215/2013 del 31 luglio 2013, emessa in ordine al ricorso n. 1015346/2013.

L'ordinanza di rimessione così testualmente dispone "Appare dunque evidente il contrasto di orientamenti tra il Collegio di Milano ed il Collegio di Napoli sui seguenti profili, determinanti per la valutazione di fattispecie simili a quella in oggetto: a) quale sia la portata degli obblighi di custodia della carta e delle password necessarie per il suo utilizzo; in particolare se la conservazione del



codice PIN unitamente alla carta, o comunque nel medesimo involucro in cui la stessa è contenuta, possa ritenersi comportamento tale da integrare il concetto di colpa grave prevista dalla normativa sopra descritta ai fini della ripartizione dei rischi conseguenti all'utilizzazione della carta rubata o smarrita; b) se le circostanze idonee a connotare la condotta dell'utilizzatore dello strumento di pagamento come gravemente colposa (o addirittura dolosa) possano essere o meno provate anche mediante il ricorso a presunzioni, che abbiano i caratteri previsti dalla disciplina codicistica per la loro ammissibilità; c) se, per quanto desumibile dall'attuale stato della tecnica, sia ipotizzabile la possibilità di dedurre il codice PIN direttamente dalla carta ovvero se l'utilizzo della carta stessa, in un arco temporale breve rispetto al momento del furto o dello smarrimento, debba comportare necessariamente la presunzione dell'immediata disponibilità, da parte del soggetto terzo, dello stesso codice PIN. In considerazione del suddetto contrasto di orientamenti e del notevole numero di ricorsi sottoposti ai Collegi dell'ABF, le cui fattispecie sono riconducibili alle tematiche sopra evidenziate, questo Collegio ritiene opportuno sottoporre la questione al Collegio di Coordinamento. PER QUESTI MOTIVI Il Collegio, preso atto delle divergenti decisioni assunte dal Collegio di Milano e dal Collegio di Napoli su casi analoghi, delibera di rimettere l'esame del ricorso al Collegio di coordinamento".

Il ricorso è relativo al disconoscimento di alcune operazioni di prelievo in contante, pari alla complessiva somma di euro 1.200,00, con la carta di proprietà del ricorrente derubata da ignoti.

Il ricorrente assumeva di aver lasciato la propria auto in sosta presso il parcheggio incustodito di una piscina tra le ore 14,30 e le ore 19.00; nel bagagliaio della stessa era stata riposta la borsa, contenente alcuni effetti personali, tra cui una carta prepagata. Soltanto l'indomani si avvedeva che la portiera dell'auto fosse stata forzata; pertanto verificava immediatamente se avesse subito un furto: da tali verifiche si rendeva conto che erano stati sottratti dalla borsa la propria carta e contanti per euro 120,00.

Sporgeva quindi denuncia alle competenti autorità e provvedeva al blocco della carta. Peraltro, in seguito all'interrogazione del proprio conto corrente, lo stesso ricorrente si avvedeva che erano state compiute alcune operazioni mediante l'utilizzo della carta, dallo stesso mai effettuate; recatosi presso la stazione dei



carabinieri, integrava la denuncia sporta due giorni prima, riferendo del compimento di tali operazioni fraudolente.

A fronte del negativo riscontro operato dall'intermediario, effettuato mediante compilazione dell'apposito modulo di disconoscimento delle operazioni fraudolente, il ricorrente adiva il Collegio competente di questo Arbitro, chiedendo il rimborso del controvalore dei prelievi disconosciuti; nel ricorso dichiarava che il codice PIN della carta si trovava memorizzato nel suo cellulare il quale non era stato rubato.

Costitutosi ritualmente mediante deposito di controdeduzioni, l'intermediario, pur non contestando la rappresentazione delle circostanze di fatto operata dalla ricorrente, evidenziava che, dalle verifiche effettuate, risultasse che le operazioni contestate fossero state eseguite prima della comunicazione del blocco della carta oggetto di furto, con la digitazione del relativo PIN e in assenza di alcuna anomalia: l'autore delle operazioni contestate avrebbe, quindi, avuto l'immediata disponibilità del codice segreto. Parte resistente precisava, al riguardo, che la normativa pone a carico del prestatore dei servizi di pagamento l'onere di dimostrare il dolo o colpa grave ma la banca non potrebbe assolvere a tale onere se non evidenziando circostanze di fatto idonee a dimostrare la negligenza della ricorrente: se, infatti, si affermasse "un principio configurante l'onere per la Banca di provare in via diretta la conservazione del codice segreto insieme alla carta" si configurerebbe una sorta di *probatio diabolica*.

Nel merito, evidenziava che – sulla base dei fatti riferiti nella denuncia - il primo movimento disconosciuto fosse avvenuto alle ore 17,00 dello stesso giorno e nello stesso luogo in cui il ricorrente aveva lasciato la propria auto nel parcheggio incustodito. L'intermediario inoltre osservava come nella denuncia il ricorrente avesse dichiarato di aver lasciato incustodita la borsa nella propria autovettura; per altro la vicinanza temporale tra il presumibile momento del furto e quello del primo movimento fraudolento renderebbe probabile che l'utilizzatore terzo fosse perfettamente a conoscenza del codice di accesso per l'utilizzo della carta e che, comunque, il numero segreto "si sia rivelato di immediata disponibilità agli ignoti utilizzatori".

Sottolineava ancora che il ricorrente avesse precisato solo nel ricorso che il PIN fosse memorizzato sul proprio cellulare; ad ogni modo rilevava che tale



circostanza non avrebbe comunque impedito che gli autori del furto avessero carpito dallo stesso cellulare il suddetto codice.

In definitiva, ad avviso dell'intermediario, gli utilizzi contestati sarebbero stati resi possibili esclusivamente a causa dell'inosservanza degli obblighi di custodia del numero segreto, mediante trascrizione del PIN su supporto conservato unitamente alla carta. A tal proposito, infatti, non riteneva tecnicamente possibile il verificarsi di altre fattispecie di acquisizione incolpevole del PIN, quali utilizzo della carta in un terminale "manomesso", (posto che non risultava presente nel *database* PAN sospetti alcun movimento che potesse far pensare ad una clonazione); di "malversazione" del personale del centro servizi della banca (comunque esclusa dalla resistente "*sulla base delle apposite verifiche effettuate*"); di l'estrazione del PIN dalla banda magnetica o dal microchip (in quanto lo stesso non è memorizzato sulla banda magnetica mentre le operazioni per la sua acquisizione dal microchip sarebbero estremamente costose e lunghe); di acquisizione del PIN attraverso un accesso abusivo alle reti di comunicazione tramite le quali viene effettuata *on-line* l'identificazione del titolare: di ipotetici utilizzi su terminali POS senza l'utilizzo del PIN (tecnicamente impossibile in caso di prelievi di contante).

A supporto di quanto esposto, la resistente produceva una perizia redatta da "un'eminente personalità del mondo scientifico" circa la possibilità di un uso fraudolento di una carta (di debito o credito) dotata di banda magnetica e *chip*, senza essere a conoscenza del PIN.

In conclusione, ad avviso dell'intermediario, dalla stessa ricostruzione dei fatti offerta dalla ricorrente emergerebbe, oltre alla mancata tempestività nella richiesta di blocco della carta rubata, una inadeguata attenzione nella custodia dei propri beni, e la sua conseguente responsabilità per la sottrazione della carta: detti comportamenti sarebbero "certamente idonei ad integrare quel comportamento consapevole dell'agente che, senza volontà di recare danno ad altri, operi con straordinaria ed inescusabile imprudenza o negligenza, omettendo di osservare non solo la diligenza media del buon padre di famiglia, ma anche quel grado minimo ed elementare di diligenza generalmente osservato da tutti (...), nel quale la Giurisprudenza di legittimità (...) ravvisa senz'altro configurarsi la colpa grave, con conseguente addebito (...) della responsabilità del danno subito".



La resistente chiedeva dunque di dichiarare la richiesta restitutoria inaccoglibile, in quanto immotivata ed infondata, ritenendo che “i diversi profili di responsabilità contestabili alla ricorrente risultino in ogni caso tali da escludere senz’altro l’applicabilità a suo favore della clausola contrattuale di limitazione di responsabilità”.

## DIRITTO

La questione posta all’attenzione dell’ABF è relativa alla responsabilità conseguente all’utilizzo fraudolento di uno strumento di pagamento, derubato al legittimo utilizzatore. Trattandosi di fatti accaduti nel corso del 2012, trova applicazione alla fattispecie in esame la disciplina sui servizi di pagamento introdotta dal d. lgs. n. 11/2010.

Tenuto conto di questo imprescindibile riferimento normativo, deve in premessa chiarirsi quale sia la portata degli obblighi incombenti sull’utilizzatore di uno strumento di pagamento – come evidenziato dall’ordinanza di rimessione – al fine di verificare l’eventuale violazione degli stessi ed i conseguenti criteri di imputazione delle relative responsabilità.

L’art. 7 del d. lgs. n. 11/2010 stabilisce che l’utilizzatore è tenuto ad avvalersi di detto strumento nel rigoroso rispetto delle condizioni contrattuali che ne disciplinano l’emissione e l’uso (*lett. a*). La norma tuttavia prosegue, al comma 2, con una disposizione, dal tenore più rigido rispetto a quella comunitaria, che recita “Ai fini di cui al comma 1, lettera a), l’utilizzatore, non appena riceve uno strumento di pagamento, adotta le misure idonee a garantire la sicurezza dei dispositivi personalizzati che ne consentono l’utilizzo”.

Le due citate disposizioni devono essere lette congiuntamente: in altri termini può affermarsi che l’adozione delle misure idonee a garantire la sicurezza dei codici di accesso, costituisce un elemento necessario ed imprescindibile al fine di poter utilizzare lo strumento di pagamento in conformità alle prescrizioni contrattuali.

Pertanto grava sull’utilizzatore un primo obbligo di custodia relativo allo strumento di pagamento in sé, che ormai viene puntualmente regolato dalle disposizioni negoziali in uso tra i vari intermediari, nei rapporti con la clientela. Parallelamente, si configura un obbligo *ex lege* che impone all’utilizzatore un



ulteriore dovere di adozione di misure idonee atte a garantire la sicurezza di quei dispositivi che consentono il regolare utilizzo dello strumento: la formula ampia, che si riferisce per l'appunto all'adozione di misure idonee, contempla certamente una vasta gamma di comportamenti che si distinguono sia sotto il profilo temporale, sia sotto il profilo contenutistico. Quanto al primo aspetto, infatti, detti obblighi incombono sull'utilizzatore sin dal ricevimento dello strumento; al tempo stesso, però, pur nel silenzio della norma, deve ritenersi che esso permane sin tanto che l'utilizzatore resti in possesso della carta, posto che detti impegni garantiscono il suo regolare utilizzo.

Quanto al secondo aspetto invece, è da ritenersi che essi consistano sia in obblighi di conservazione e di custodia, sia di memorizzazione, purché rientranti nella sfera di controllo del cliente, al fine di garantirne il diligente utilizzo.

Come opportunamente messo in luce dalla dottrina, ma anche dalla giurisprudenza di questo Arbitro, tali previsioni trovano la loro giustificazione nella *ratio* stessa sottesa alla normativa comunitaria che, se da un lato intende incentivare l'utilizzo di questi strumenti di pagamento, dall'altro impone che ciò avvenga nel rispetto di presidi di sicurezza che siano in grado di preservare l'utilizzatore da impieghi fraudolenti, scoraggiando condotte negligenti che favoriscano pratiche illegali ad opera di terzi (considerazioni che trovano ulteriore applicazione relativamente ai regimi di responsabilità ed alla conseguente ripartizione dell'onere probatorio tra utilizzatore e prestatore di uno strumento di pagamento).

Chiarito, per quanto qui interessa, il contenuto degli obblighi incombenti sull'utilizzatore, resta da verificare quale sia la condotta che viene in considerazione, al fine della imputazione della relativa responsabilità in caso di furto della carta.

L'art. 12 prevede un duplice ambito di responsabilità: una responsabilità limitata (comma 3), in caso di violazione degli obblighi di custodia e sicurezza non caratterizzate da frode, dolo o colpa grave; si tratta di una responsabilità limitata, poiché l'utilizzatore può sopportare le conseguenze delle operazioni fraudolente nel limite della franchigia di euro 150,00 previsto dalla norma.

Un secondo ordine di responsabilità (comma 4) interviene invece: *i)* se l'utilizzatore abbia agito in modo fraudolento (comma 1); *ii)* se l'utilizzatore abbia agito con dolo o colpa grave, venendo meno agli obblighi di custodia sullo stesso



gravanti; *iii*) se l'utilizzatore non abbia adottato le misure idonee di cui all'art. 7, comma 2. Nonostante il dato letterale taccia sul punto, deve ragionevolmente ritenersi che la mancata adozione delle misure idonee di sicurezza dei codici debba integrare anch'essa un comportamento doloso o gravemente colposo. Il secondo ordine di responsabilità si configura come illimitato, poiché non risulta contenuto nel limite della franchigia di euro 150,00.

Ai fini dell'esclusione della responsabilità illimitata dell'utilizzatore, dunque, il dato normativo consente di concludere che deve essere dimostrato che il comportamento (doloso o gravemente colposo) dello stesso non abbia casualmente concorso al suo utilizzo fraudolento: sotto tale profilo, viene in rilievo non già, o comunque non solo, il dolo o la colpa grave dell'utilizzatore nella conservazione della carta, bensì anche nella custodia dei suoi codici identificativi.

Ai fini della decisione, dovendosi escludere una condotta dolosa in capo al ricorrente, è necessario indagare se sussista quanto meno la colpa grave.

L'uniforme giurisprudenza di questo Arbitro, coerentemente con gli arresti della Corte di Cassazione, ha qualificato la colpa grave come "un comportamento consapevole dell'agente che, senza volontà di arrecare danno agli altri, operi con straordinaria e inescusabile imprudenza o negligenza, omettendo di osservare non solo la diligenza media del buon padre di famiglia, ma anche quel grado minimo ed elementare di diligenza generalmente osservato da tutti" (*cf.* per una simile prospettiva, in tema di gravità della colpa, Cass. civ., 19 novembre 2001, n. 14456; conf. ABF, Collegio di Milano, dec. n. 40/2012; n. 2310/2011; Collegio di Roma, dec. n. 2157/2011; n. 712/2010).

Si tratta, in altri termini, non semplicemente di una condotta che sia contraria ai presidi minimi di attenzione normalmente richiesti ai consociati, laddove utilizzino strumenti di pagamento, bensì di un comportamento abnorme e, in quanto tale, non scusabile.

Orbene, nel caso di specie, il comportamento tenuto dal ricorrente non pare assurgere ad un livello di negligenza tale da integrare la colpa grave così come descritta: seppure non possa ritenersi diligente aver lasciato il borsello, pur nascosto nel bagagliaio, in un'auto che è stata tenuta per diverse ore fuori dalla sfera di controllo dell'utilizzatore, al tempo stesso deve pur riconoscersi che detto borsello fosse custodito all'interno di un'auto in sosta in pieno giorno, in luogo non visibile qual è un portabagagli. Peraltro, tale scelta è stata motivata anche per



evitare di portare con sé i propri effetti personali, mentre era in piscina, ben potendosi ritenere che all'interno della struttura sportiva non vi siano spazi e luoghi adeguati per conservare effetti personali in condizioni di sicurezza.

Alla stessa conclusione deve giungersi in ordine alla conservazione del PIN: infatti, rispetto al fatto che il codice fosse memorizzato nel telefono portatile che non è stato rubato (come dichiarato dal ricorrente anche in sede di denuncia alla pubblica autorità), parte resistente non ha prodotto alcun elemento probatorio dal quale concludere che effettivamente i ladri siano stati in grado di risalirvi a causa della conservazione congiunta con la carta, limitandosi invece a presumere detta circostanza sia dalle caratteristiche tecniche dello strumento di pagamento, sia dall'utilizzo dello stesso in un alquanto ristretto arco temporale rispetto al furto.

Come più volte affermato da questo Arbitro è norma di comune esperienza che il codice PIN sia necessario per il corretto impiego della carta; è altresì fatto noto che non possa richiedersi all'utilizzatore la memorizzazione dello stesso (*cf.*, per tutte, dec. n. 2118/2011), anche in ragione del fatto che sempre più gli strumenti della tecnica a disposizione delle persone siano connessi alla digitazione di codici identificativi, per cui sarebbe impossibile richiedere che questi vengano tenuti tutti a mente, senza la possibilità di poterli registrare su un supporto, purché non immediatamente associabile allo strumento stesso, come avviene proprio nel caso di annotazione – ovviamente con adeguate tutele – sul telefono portatile, anch'esso conservato nel medesimo borsello ove è conservato il portafogli con la carta. In altri termini, non può considerarsi diligente esclusivamente colui che impari a memoria tutti i codici di cui dispone, compreso quello per l'utilizzo della carta; di conseguenza, non appare abnorme, né tantomeno del tutto inescusabile, il comportamento di chi conserva il codice - come dinanzi accennato, con opportune cautele – nello stesso contenitore della carta, come è avvenuto per il ricorrente nel caso di specie.

Come ricordato in precedenza, la sussistenza della colpa grave richiede un comportamento, commissivo o omissivo, che appaia del tutto sproporzionato ed ingiustificabile alla luce del contegno che può essere normalmente richiesto ai consociati; conformemente alla *ratio* sottesa alla disciplina dei servizi di pagamento, grava sul prestatore la prova (non solo dell'adozione da parte sua dei presidi di sicurezza degli strumenti di pagamento, bensì anche) della sussistenza di quell'elevato e abnorme grado di negligenza in capo all'utilizzatore, al ricorrere



del quale possa imputarsi allo stesso la responsabilità delle conseguenze di un utilizzo fraudolento della carta rubata.

Sul piano probatorio, questo Collegio deve aderire all'orientamento dei giudici di legittimità, i quali hanno chiarito che "l'imputazione di colpa grave esclude un concetto di "normalità" della colpa e che, in tema di responsabilità contrattuale, le conseguenze giuridiche della colpa grave sono trattate allo stesso modo di quelle proprie della condotta dolosa, tant'è che si parla di equiparazione della colpa grave al cd. "dolo eventuale", la cui sussistenza deve essere provata in concreto (*cf.* Cass. civ., Sez. III, 16 maggio 2006, n. 11362). L'equiparazione tra colpa grave e dolo c.d. eventuale, lungi dal far ritenere coincidenti sotto il profilo ontologico questi due elementi soggettivi, si limita ad affermare l'equiparazione tra gli stessi solo sul piano degli effetti applicativi, con la conseguenza che possano essere addebitati anche i danni imprevedibili che siano casualmente riconducibili all'inadempimento gravemente colposo del debitore, senza che ciò rilevi sotto il profilo probatorio.

Ne consegue che, come già rilevato da questo Arbitro, 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. " (*cf.* dec. n. 1033/2012). La stessa Corte di Cassazione, a tale specifico riguardo, ritiene che ammissibile la prova indiziaria della sussistenza della colpa grave (*cf.* Cass. civ., Sez. II, 18 gennaio 2010, n. 654).

Si tratta, in altri termini, 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 costitutivi 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, 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; da ciò ne discende, *a contrario*, che sia invece ammissibile tale presunzione, laddove sussista 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.

Nel caso di specie non sembrano emergere in alcun modo detti elementi: l'intermediario, infatti, si è limitato a dedurre la sussistenza di una grave violazione dell'obbligo di custodia del PIN solo sulla base di due circostanze: *i)* che la carta fosse munita di *microchip*; *ii)* che gli utilizzi fossero avvenuti in stretta sequenza tra loro e in tempi ravvicinati rispetto al furto.

Deve, in effetti, ritenersi che esse non siano di per sé idonee a considerare fornita la richiesta prova della colpa grave: per un verso, infatti, non emerge alcuna circostanza che possa inequivocabilmente far ritenere che il codice fosse effettivamente ed immediatamente visibile ed associabile alla carta stessa, anzi al contrario può ritenersi idonea (o ragionevole secondo il lessico della direttiva 64/2007/Ce, richiamata anche da parte resistente) la condotta del ricorrente che ha conservato il PIN separatamente dalla carta e lo ha memorizzato sul telefono portatile; né le circostanze nelle quali è avvenuto il furto appaiono decisive al fine di ritenere imputabile alcun comportamento gravemente colposo in capo al ricorrente, che comunque ha conservato tutto nella propria borsa, tenuta comunque nel bagagliaio chiuso della vettura e, quindi, in condizioni di non essere visibile a terzi.



Per altro verso, l'utilizzo dello strumento di pagamento in tempi alquanto ravvicinati rispetto al furto mediante operazioni poste in essere in un breve lasso di tempo, in assenza di ulteriori specifiche e precise circostanze di fatto, non appare idoneo da solo a fondare la presunzione della mancata adozione delle misure idonee a garantire la sicurezza del PIN: contro tale ricostruzione, infatti, milita il dato testuale dell'art. 10, comma 2,

Nel caso di specie, la ricostruzione delle circostanze di fatto opera semmai in senso contrario: in relazione al furto, che può essere avvenuto in un arco temporale molto ampio, corrispondente al periodo di sosta dell'auto nel parcheggio della piscina, tra le ore 14,30 e le ore 19,00, i primi due prelievi sono stati effettuati tra le ore 17,11 e le 17,13 mentre gli altri due tra le ore 00,02 e le ore 00,04. Dunque, non appare neppure identificabile con certezza il momento preciso nel quale sia effettivamente avvenuto il furto, risultando del tutto incerta la cronologia degli eventi in relazione alla prima operazione fraudolenta, che potrebbe essere stata effettuata anche a distanza di molto tempo rispetto al furto.

Alla luce della ricostruzione della fattispecie in esame, anche le considerazioni svolte dal resistente, in ordine ai sistemi di sicurezza di cui la carta sarebbe dotata, non appare decisiva: essa, infatti, è limitata alla mera descrizione delle caratteristiche tecniche della stessa, dalle quali si vorrebbe ritenere provata automaticamente l'impossibilità materiale di ricostruzione del PIN. Seppure si intendesse riconoscere un rilievo autonomo a tale considerazione, essa non pare di per sé sufficiente a ritenere provata la colpa grave in capo all'utilizzatore; in virtù di quanto affermato in precedenza in merito al comportamento cui questi è tenuto, ed in particolare che non possa ritenersi gravemente negligente per il solo fatto che il PIN fosse memorizzato sul telefono conservato nella stessa borsa in cui era riposta la carta, ogni valutazione in ordine alle caratteristiche tecniche dello strumento di pagamento appare inidonea a fondare la presunzione contraria (*cf. ex multis* dec. n. 3412/2012; n. 2585/2012; n. 3332/2013).

Né al riguardo può ritenersi che la prova richiesta al resistente possa considerarsi, come questi afferma, alla stregua di una *probatio diabolica*: come correttamente affermato in precedenza da questo Arbitro, infatti, "Il semplice fatto che il soggetto sul quale gravi l'onere della prova non sia in grado di indicare e dimostrare fatti che possono contribuire a fornire una presunzione semplice ai sensi dell'art. 2729 c.c., non significa che costui sia gravato dall'onere di fornire



una *probatio diabolica*, locuzione che, nel linguaggio giuridico, continua ad indicare una prova logicamente impossibile. E' fuor di dubbio che l'onere della prova che attualmente grava ex lege sull'intermediario per invertire la distribuzione dei rischi connessi al furto di uno strumento di pagamento elettronico è gravoso, ma questo trova una spiegazione con il carattere eccezionale di tale inversione" (*cf.* dec. n. 1033/2013).

Pertanto, la possibilità giuridica della prova non è connessa al fatto che sia richiesto al prestatore di fornire la prova diretta di comportamenti tenuti dall'utilizzatore che possano qualificare una condotta gravemente colposa, ma almeno una serie convergente ed inequivoca di circostanze di fatto che, essendo note, possano ragionevolmente far presumere l'esistenza del fatto ignoto (*id est* la colpa grave), ai sensi dell'art. 2729 cod. civ.

Alla luce delle risultanze istruttorie, il Collegio non ritiene che sia rilevabile, in capo al ricorrente, un comportamento qualificabile in termini di colpa grave.

Al di là delle ipotesi in cui l'utilizzatore abbia agito in modo fraudolento o con grave negligenza, la responsabilità dello stesso è fondata su un rigido criterio oggettivo: l'art. 12, comma 3, infatti configura una responsabilità oggettiva e limitata nei limiti della franchigia, che espone in via ordinaria l'utilizzatore a sopportare il danno conseguente all'utilizzo fraudolento di uno strumento di pagamento smarrito o sottratto avvenuto prima della comunicazione all'intermediario, per un importo di euro 150,00.

Tale previsione – come si legge nel *considerando* n. 32 della direttiva 2007/64 CE sui servizi di pagamento - risponde al fine di incentivare l'utente dei servizi di pagamento a notificare senza indugio al prestatore "l'eventuale furto o perdita di uno strumento di pagamento e di ridurre pertanto il rischio di operazioni non autorizzate".

Il Collegio di Roma ritiene che la formula adottata, sulla scia della direttiva comunitaria, dal legislatore nazionale con l'art. 12, comma 3, d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, attribuisca alle parti "il potere di prevedere importi differenti a seconda delle peculiari circostanze del caso concreto". E che "fra i criteri a cui far capo per la graduazione dell'importo della franchigia, si debbano prendere in considerazione, in particolare, quelli:

- (i) della proporzione con l'entità della somma fraudolentemente sottratta (...);



Arbitro Bancario Finanziario  
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

(ii) della maggiore o minore lievità della compartecipazione colposa del cliente nella produzione del fatto illecito (...);

(iii) del grado di negligenza dell'intermediario" (dec. n. 1412/12; negli stessi sensi, più di recente , dec. 910/13)

Tale orientamento non appare, a giudizio di questo Collegio, condivisibile. Invero, la norma, pur utilizzando la espressione " può", tuttavia non indica criteri per una eventuale graduazione della franchigia. Ne discende che se essi debbono essere individuati dall'interprete questi deve però attenersi a criteri non di carattere soggettivo, ma oggettivo e quindi a criteri che siano omogenei e non discriminatori. Tuttavia la struttura del procedimento avanti l'ABF non fa emergere tutte le sfaccettature delle circostanze di fatto che consentano una graduazione della franchigia secondo criteri oggettivi. Di qui la necessità più che l'opportunità di attenersi ad un importo fisso, eguale per tutti i ricorrenti, importo che non può non coincidere con quello indicato positivamente *ex lege*.

La richiesta di rimborso deve pertanto essere accolta al netto della franchigia, vale a dire nei limiti della somma di € 1.050,00.

#### **P.Q.M.**

**Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso e per l'effetto dispone il rimborso della somma di Euro 1.050,00.**

**Dispone inoltre che l'intermediario corrisponda alla Banca d'Italia la somma di Euro 200,00 (duecento/00) quale contributo alle spese della procedura e al ricorrente di Euro 20,00 (venti/00) quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.**

**IL PRESIDENTE**

Firmato digitalmente da  
GIUSEPPE MARZIALE