



FCHub

Financial Community Hub



NEW

APPROFONDIMENTI/GIURISPRUDENZA

STRUMENTI DI PAGAMENTO E UTILIZZI FRAUDOLENTI*

Se qualcuno usa il tuo Bancomat di chi è la colpa?

 *Giuseppe Leonardo Carriero*

1. Furto, sottrazione, appropriazione indebita.

La questione di più importante rilievo consiste, in sede di disciplina degli strumenti di pagamento ex d. lgs. n. 11/2010 di attuazione della direttiva 64/2007, nella definizione di criteri idonei a prefigurare la colpa grave del cliente (o "utilizzatore") nei casi di operazioni non autorizzate, indebiti utilizzi dello strumento di pagamento, frodi anche informatiche, sottrazioni, smarrimenti, furti di carte di credito *et similia* con conseguente accertamento del diritto alla restituzione o no dell'importo indebitamente sottratto.

Poiché il relativo onere probatorio ricade in capo all'intermediario (v., in particolare, art. 10, u.c., d. lgs. n. 11/2010, cit.), essa si traduce nell'individuazione di presidi di sicurezza tecnologici predisposti da questi, idonei a evitare fenomeni della specie, da un lato; nella rilevanza di specifiche ipotesi circostanziali di colpa inescusabile a carico del cliente, dall'altro.

Muovendo da quest'ultimo profilo, è appena il caso di ricordare che la **colpa grave** [sovente assimilata alla fattispecie del dolo eventuale la cui sussistenza deve essere provata in concreto (ad es., Cass. n. 11362/2010)] non è certo equiparabile alla **mera negligenza**. Infatti, "non ogni contegno imprudente può far ritenere integrato questo grado di colpa, ma solo quello che appaia abnorme e inescusabile" (Coll. Coord., n. 5304/2013).

Nell'ambito della casistica maggiormente ricorrente, esclusa l'estensione dell'onere della prova alla puntuale acquisizione delle circostanze di fatto dimostrative della condotta gravemente colposa del cliente in ordine all'obbligo di custodia del Pin in luogo diverso rispetto alla carta di credito (incompatibile con la sola istruttoria documentale di parte che caratterizza il procedimento ABF), la soluzione è consistita nella applicazione della presunzione qualificata relativa alla violazione di siffatto obbligo nel caso di **negligente custodia** dello strumento di pagamento (con conseguente suo indebito utilizzo).

Soccorrono, al riguardo, elementi circostanziali relativi a tempi e luoghi dell'utilizzo ravvicinati rispetto alla sottrazione, dove la successione temporale degli eventi può far desumere con un elevato grado di probabilità che il Pin fosse stato conservato unitamente alla carta e a essa immediatamente associabile.

Premesso che lo stesso giudice di legittimità ritiene ammissibile la prova indiziaria della colpa grave (v. Cass., 18 gennaio 2010, n. 654), la "giurisprudenza" ABF precisa che il rapporto tra il fatto noto (consistente nel furto della carta e nel suo immediato impiego con successo nel compimento dell'utilizzo fraudolento) e quello ignoto (consistente nella conservazione del Pin unitamente alla carta) non costituisce una *presumpio de presunto* (e cioè una inammissibile doppia presunzione di conservazione congiunta, da un lato; della sussistenza della colpa grave, dall'altro) quanto piuttosto una presunzione unica della colpa grave riveniente da un comportamento dell'utilizzatore in contrasto con obblighi specifici (di separata custodia) derivanti dalla legge e dal contratto.

È peraltro appena il caso di aggiungere che la colpa grave non può ritenersi provata sulla scorta dei soli utilizzi fraudolenti in tempi ravvicinati rispetto al furto, dovendo ricorrere ulteriori elementi di fatto gravi, precisi e concordanti che denotino l'elevato grado di probabilità che detti utilizzi fraudolenti siano ascrivibili alla condotta gravemente colposa dell'utilizzatore, il quale col proprio comportamento abbia eziologicamente contribuito al verificarsi dell'evento. Circostanza questa manifestamente esclusa laddove, ad esempio, il Pin venga carpito durante il legittimo utilizzo della carta di pagamento da parte del titolare (si pensi all'impiego della carta all'interno di un esercizio commerciale particolarmente affollato o anche presso Atm collocati in prossimità, tali da consentire l'indebita acquisizione visiva del Pin da parte di terzi), ovvero in fattispecie di furto avvenuto in luogo privato (abitazione, proprietà terriera etc.).

Negli indicati termini, l'ABF ha fatto puntuale applicazione del **principio di precauzione** (o di autoresponsabilità) dell'utilizzatore (correttamente inteso quale assunzione delle conseguenze dei propri atti o comportamenti verso i terzi ma anche verso sé stessi) ai fini indicati, per fare in modo che l'onere probatorio a carico del prestatore di servizi di pagamento non si traduca in una *probatio "diabolica"* e, per questa via, in una inammissibile responsabilità oggettiva.

La bontà di tale percorso interpretativo sembra validata da un arresto della Suprema Corte che ha confermato il **grave inadempimento dell'utilizzatore** agli obblighi contrattuali per non avere diligentemente custodito lo strumento di pagamento e verificato il perdurante possesso del medesimo (Cass., 7 aprile 2016, n. 6751).

Sotto il diverso, complementare versante dei **presidi di sicurezza** la cui predisposizione grava sull'intermediario, è noto che fin dall'attuazione della richiamata prima direttiva comunitaria vengono richiesti requisiti di sicurezza dinamici a due fattori. La successiva, la recente direttiva n. 2015/2366 (c.d. direttiva PSD2), recepita in Italia con il d. lgs. n. 218/2017 espressamente contempla l'obbligo di "autenticazione forte" del cliente, definita come "autenticazione basata sull'uso di due o più elementi, classificati nelle categorie della conoscenza (qualcosa che solo l'utente conosce), del possesso (qualcosa che solo l'utente possiede) e dell'inerenza (qualcosa che caratterizza l'utente) che sono indipendenti, in quanto la violazione di uno non compromette l'affidabilità degli altri e che è concepita in modo tale da tutelare la riservatezza dei dati di autenticazione" (art. 1, lett. q – bis, d. lgs. cit.).

L'assenza o l'inadeguatezza di tali variabili tecnologiche interrompe il nesso di causalità relativo alla colpa grave del cliente e, di conseguenza, conduce all'imputazione della responsabilità dell'evento all'intermediario. Del pari, fra i **doveri di protezione dell'utente** gravanti sull'intermediario, rientra l'onere di fornire il servizio di *sms alert* o assimilabili, da cui l'intermediario può essere esonerato solo dimostrando l'esplicito rifiuto dell'utente ad avvalersene. Ciò, come precisa il Collegio di coordinamento (decisione n. 8553/2019), sulla scorta del dovere in capo al prestatore dei servizi di pagamento di "assicurare che siano sempre disponibili strumenti adeguati affinché l'utente dei servizi di pagamento possa eseguire la comunicazione" dello smarrimento, furto, appropriazione indebita prevista dall'art. 7 d. lgs. n. 11/2010 (v. art. 8, co. 1, lett c). In mancanza, sarà posta a carico dell'utente la sola prima operazione fraudolenta (o le prime, se compiute a distanza di pochi minuti l'una dall'altra), stante l'evidente impossibilità del sistema di *sms alert* di poterne escludere la realizzazione.

Ancora, seppure in guisa di **concorso di colpa**, è imputabile all'intermediario non aver tenuto conto di significative anomalie