

COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

(MI) LAPERTOSA	Presidente
(MI) ACHILLE	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) PEDERZOLI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) DALMARTELLO	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(MI) GRIPPO	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore (MI) PEDERZOLI

Seduta del 18/04/2023

FATTO

La ricorrente – cointestataria del ricorso col marito – afferma che:

- verso le ore 11.00 del 5/11/2022, dopo essersi recata in centro a Padova per delle compere, saliva su un tram per tornare a casa;
- nel pomeriggio si accorgeva di non avere più con sé nella propria borsa il portafoglio, contenente la carta di debito. Ritiene che ignoti malfattori lo avessero asportato dalla borsa mentre era in tram;
- resasi conto della sottrazione della carta, la bloccava in medesima data alle ore 17.30 tramite numero verde di emergenza;
- presentava modello di contestazione delle operazioni in data 10/11/2022 ma non otteneva la restituzione degli importi sottratti;
- la carta di debito oggetto di ricorso era in suo possesso da molti anni, più volte rinnovata con il medesimo PIN, quindi conosciuto a memoria, pertanto non aveva necessità di un supporto mnemonico e quindi la custodia del PIN è stata corretta e diligente;
- in sede di denuncia è stata riscontrata la fattispecie di “furto con destrezza” per cui non è concretamente configurabile una colpa grave della vittima. Inoltre, non è dimostrabile il fatto che il portafoglio, non essendo mai stato ritrovato, contenesse il PIN;

- le operazioni di prelevamento fraudolento non sono avvenute nell'immediata prossimità temporale rispetto al furto, bensì a distanza di un'ora e 12 minuti dall'ultima operazione della ricorrente presso un esercizio commerciale.

Chiede la restituzione della somma illecitamente prelevata di € 1000,00.

L'Intermediario, riportato il fatto, afferma che:

- la ricorrente è stata vittima di furto. Ricostruisce il percorso ipotetico che il ladro avrebbe seguito per effettuare i prelievi fraudolenti;
- le operazioni sono state correttamente contabilizzate, registrate e autenticate in quanto sono avvenute con il corretto inserimento delle credenziali;
- sussiste la colpa grave della ricorrente in quanto avrebbe contravvenuto agli obblighi di custodia del PIN: è verosimile presupporre che fosse conservato unitamente allo strumento di pagamento o, comunque, tra gli effetti personali oggetto di furto. Diversamente gli ignoti autori delle operazioni disconosciute non avrebbero potuto agire con tanta celerità.

Chiede di ritenere la colpa grave della ricorrente e quindi di respingere il ricorso, in via subordinata chiede l'applicazione della franchigia.

Nelle repliche la ricorrente deduce:

- nel pomeriggio del 05/11/22, una volta accertasi della mancanza del portafoglio nella borsa, insieme al marito si recava immediatamente in Questura, dove chiamava il numero verde per bloccare la carta. Il marito della cliente riceveva conferma telefonica del blocco della carta e veniva avvisato che nel giro di pochi minuti avrebbe ricevuto un SMS di attestazione dell'operazione. L'SMS però, non veniva ricevuto se non a seguito di ulteriore sollecitazione, alle ore 18.40;
- mai alcun impiegato dell'intermediario, nei 40 e più anni di rapporto, ha consigliato alla cliente di procedere all'attivazione del "Servizio SMS Pin" cui è fatto cenno nelle controdeduzioni;
- il tempo trascorso tra il primo e il secondo prelievo fraudolento, così come indicato dai tabulati forniti dall'intermediario (14 minuti), è troppo ristretto per essere verosimile. Secondo la ricostruzione dei fatti dell'intermediario, che indica il presunto itinerario dei malfattori tra il primo e il secondo ATM utilizzati, dovrebbero essere passati certamente più di 20 minuti tra la prima e la seconda operazione di prelievo. Pertanto i tabulati forniti recano un errore di registrazione nei tempi e non possono essere ritenuti affidabili;
- nel foglio informativo relativo alla carta, allegato alle controdeduzioni, tra i principali rischi del prodotto è riportato quello di clonazione: quindi il prodotto offerto alla clientela non è totalmente e oggettivamente sicuro e la possibilità di clonazione della carta non può essere scartata a priori. Non si può nemmeno escludere che la carta sia stata clonata ed utilizzata da due persone diverse (una sola non avrebbe fatto in tempo ad effettuare la prima e la seconda operazione così come indicate nei tabulati);
- dallo svolgimento dei fatti risulta che ha subito un furto con destrezza;
- l'asserzione dell'intermediario relativa al PIN conservato congiuntamente alla carta nel portafoglio non trova alcuna evidenza probatoria non potendo essere stabilito con precisione il momento temporale del furto subito e non essendo mai stato ritrovato il portafoglio con il suo contenuto.

L'intermediario, riportandosi alle conclusioni in atti, controreplica che:

- l'orario del blocco della carta risulta alle ore 17.57.53 del giorno 05/11/2022, data in cui non risultano anomalie tecniche sull'invio di SMS di blocco;
- l'ultima operazione effettuata dalla cliente risale alle ore 10.12 e la prima operazione fraudolenta è stata conclusa alle ore 11.24, quindi poco più di un'ora dopo, senza che

tra le due vi fosse alcun tentativo non andato a buon fine per errata digitazione del codice PIN;

- il servizio di SMS Alert sarebbe stato inefficace, essendo le operazioni avvenute in rapida successione temporale;
- relativamente alla possibilità di clonazione, nel foglio informativo si fa riferimento alla circostanza di operazioni concluse tramite sola banda magnetica, presente sulla carta e ancora in uso, specialmente all'estero. La fattispecie non ricorre nel caso in questione, in cui le operazioni sono avvenute tramite PIN + chip;
- quanto ai dati sugli ATM, non trattandosi di apparecchi interni all'azienda, provengono da fonti esterne con ciò che ne consegue: se dall'esterno non pervengono dati precisi, ciò si ripercuote sul livello di approssimazione dell'informazione;
- sull'attendibilità dei log forniti, gli orari riportati non sono circoscritti a ogni singolo ATM, ma sono comuni a quelli dell'operatività dell'intera Banca; metterli in dubbio equivarrebbe a ipotizzare che nel giorno del furto subito dalla cliente gli orari dell'operatività della Banca non fossero corretti. Tale circostanza non è emersa da alcuna anomalia e non è, in ogni caso, dimostrata;
- relativamente alle distanze tra i luoghi del primo e del secondo prelevamento sconosciuti, il tragitto in bicicletta è percorribile in 13 minuti ed è possibile che i ladri abbiano utilizzato anche un mezzo più veloce, come ad esempio uno scooter o un monopattino elettrico;
- la circostanza di furto con destrezza non viene provata.

DIRITTO

Le operazioni sconosciute sono 3 prelievi ATM per importo complessivo di € 1.000,00 eseguiti il 5 novembre 2022 tra le 11.24 e le 11.40 (11.24 € 250,00, 11.38 € 250,00, 11.40 € 500,00).

La ricorrente non è in grado di indicare l'orario del furto, avvenuto presumibilmente nella mattinata del 10/11/2022 allorché la stessa era in centro città per acquisti e di cui si è accorta giusto nel pomeriggio al rientro a casa dopo avere preso il tram verso le ore 11.

L'ultima operazioni genuina risale alle ore 10.12.

La prima operazione fraudolenta è stata eseguita alle ore 11.24.

Irrilevanti quindi le questioni sul blocco della carta avvenuto comunque nel pomeriggio allorché le tre operazioni già erano state effettuate (e stante la rapida immediata successione delle stesse anche priva di rilievo la questione di assenza di sms alert).

La ricorrente contesta poi la mancata valenza ai fini probatori dei log prodotti dall'intermediario, in quanto gli ATM presso cui sono avvenuti il primo e il secondo prelievo si troverebbero distanti e per raggiungere il secondo dal primo sarebbe necessario più del tempo indicato sui log stessi.

In linea generale, entro il catalogo della documentazione, da considerarsi idonea ad assolvere l'onere probatorio gravante sull'intermediario ex art. 10 d.lgs. 11/2010, i Collegi hanno ritenuto di annoverare le tracciate informatiche (c.d. log) tratte dai sistemi interni degli intermediari.

Relativamente alla distanza tra i luoghi del primo e del secondo prelevamento sconosciuti, è ragionevole ritenere, e comunque non escludersi, quanto evidenziato dall'Intermediario: "Relativamente alle distanze tra i luoghi del primo e del secondo prelevamento sconosciuti, rispettivamente Via T. A. e R. T. L. a Padova, si evidenzia che, utilizzando GoogleMaps, il tragitto in bicicletta risulta percorribile in 13 minuti ed è possibile che i ladri abbiano utilizzato anche un mezzo più veloce, come, ad esempio, uno scooter o un monopattino elettrico..."

L'Intermediario afferma che le n. 3 operazioni eseguite alle ore 11:24, 11:38 e 11:40 per un totale di € 1.000,00 sono state correttamente contabilizzate, registrate e autenticate, mentre alle ore 11.41 e alle ore 11.42 sono stati effettuati due tentativi di prelevamento non andati a buon fine. Produce in merito evidenze dalle quali risulta che si tratta di tre operazioni effettuate presso ATM, due su circuito di debito domestico (DD) e la terza su circuito Maestro MS; la carta è stata riconosciuta tramite microchip e l'autorizzazione è stata fornita tramite PIN (Tipo oper. AUT o ADV) circostanza che ne conferma la regolarità formale.

Le evidenze prodotte attestano l'avvenuta digitazione del Pin e risulta provato l'utilizzo del doppio fattore.

Passando allora all'esame della condotta delle parti e dei profili rilevanti per la valutazione di sussistenza della colpa si osserva quanto alla custodia del PIN, che la ricorrente ha articolatamente dichiarato da subito che lo stesso non era conservato insieme alla carta nel portafoglio rubato in quanto la carta di debito era in uso da molti anni, più volte rinnovata con il medesimo PIN, da lei conosciuto a memoria, e pertanto non aveva necessità di un supporto cartaceo mnemonico.

In tale contesto, non sembra condivisibile l'eccezione dell'intermediario resistente secondo cui la digitazione del codice segreto al primo tentativo a breve distanza temporale dal furto dello strumento di pagamento sarebbe di per sé sufficiente a evidenziare la colpa grave della ricorrente. Questo Arbitro, nei molteplici casi analoghi a quello in esame, ha già osservato che le tecniche di acquisizione dei codici identificativi personali, necessari per l'utilizzo delle carte di pagamento, sono sempre più sofisticate e tali da rendere possibile l'acquisizione di tali dati da parte di terzi a prescindere da qualsiasi forma di negligenza del titolare della carta.

Sul punto il Collegio di coordinamento (decisione n. 5304/2013) ha precisato che "Non...ogni contegno imprudente può far ritenere integrato questo grado di colpa, ma solo quello che appaia abnorme ed inescusabile: una valutazione siffatta deve essere compiuta alla luce di tutte le circostanze di fatto che, di volta in volta, caratterizzano il caso di specie, tenendo in considerazione la sussistenza della stessa sia con riferimento agli obblighi di custodia dello strumento di pagamento, sia quelli di memorizzazione del codice identificativo..."; né può ritenersi provata, neppure in via presuntiva, la colpa grave dell'utilizzatore "sulla base dei soli utilizzi fraudolenti in tempi alquanto ravvicinati rispetto al furto; v'è infatti la necessità che siano esaminati, in relazione alla concreta fattispecie di volta in volta posta al vaglio dell'Arbitro, ulteriori elementi di fatti che siano - per l'appunto - gravi, precisi e concordanti ed in relazione ai quali vi sia un elevato grado di probabilità che detti utilizzi fraudolenti siano ascrivibili alla condotta gravemente colposa dell'utilizzatore, il quale con il proprio comportamento abbia casualmente contribuito al verificarsi dell'evento".

Le modalità di acquisizione dei codici necessari per l'utilizzo delle carte di pagamento sono insidiose e tali da rendere possibile l'apprendimento di tali dati da parte di terzi a prescindere da qualsiasi forma di trascuratezza del titolare della carta, anche perché possono essere carpiri, oltre che dai singoli utenti, dagli archivi delle banche, nonché dagli ATM e dagli esercizi commerciali con i quali essi entrano in contatto, come pure dalle reti telematiche sulle quali transitano i flussi di informazioni.

Alla luce delle risultanze istruttorie, il Collegio ritiene che anche nella fattispecie non siano emerse circostanze tali da far ritenere *tout court* che vi sia stata in capo alla ricorrente una colpa grave.

La ricorrente ha ribadito la sua diligente custodia del Pin, tenuto a mente, senza mai annotarlo per scritto su supporto cartaceo o altro, già nel verbale e nella denuncia sottoscritti.

L'illecita acquisizione del Pin potrebbe essere avvenuta prima ancora del furto, ad esempio, venendo carpito, in seguito ad appostamenti o pedinamento della vittima prescelta. Nella giornata stessa infatti, prima del furto subito, era stato fatto un acquisto dalla ricorrente con utilizzo della carta di debito in un esercizio commerciale.

Nella valutazione complessiva della fattispecie non può pertanto escludersi – né, da tale punto di vista, le affermazioni dell'intermediario appaiono dotate del necessario grado di fondatezza ai fini dell'assolvimento dell'onere della prova ex art. 2697 c.c. – che il codice necessario per l'utilizzo del bancomat sia stato acquisito dal terzo frodatore per altra via, il che pare sufficiente a dover escludere, sotto questo profilo, la sussistenza di profili di colpa grave a carico della ricorrente.

In applicazione della chiesta franchigia, l'Intermediario deve essere condannato quindi a rifondere l'importo di € 950,00.

PER QUESTI MOTIVI

Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso e dispone che l'intermediario corrisponda alla parte ricorrente la somma di € 950,00.

Il Collegio dispone inoltre, ai sensi della vigente normativa, che l'intermediario corrisponda alla Banca d'Italia la somma di € 200,00, quale contributo alle spese della procedura, e alla parte ricorrente la somma di € 20,00, quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
FLAVIO LAPERTOSA