



Arbitro Bancario Finanziario  
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

## IL COLLEGIO DI ROMA

composto dai signori:

Dott. Giuseppe Marziale .....	Presidente
Avv. Bruno De Carolis.....	Membro designato dalla Banca d'Italia [Estensore]
Avv. Alessandro Leproux.....	Membro designato dalla Banca d'Italia
Prof. Avv. Saverio Ruperto .....	Membro designato dal Conciliatore Bancario e Finanziario per le controversie in cui sia parte un consumatore
Prof.ssa Liliana Rossi Carleo.....	Membro designato dal C.N.C.U.

nella seduta del 03/12/2010 dopo aver esaminato

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

### Fatto

Il ricorrente, cliente dell'intermediario convenuto, lamenta che, in occasione di due prelievi di contante, avvenuti rispettivamente in data 14/12/08 e 16/02/09 presso sportelli ATM (di intermediari diversi dal convenuto) per un importo di 250,00 euro ciascuno, non sarebbe stato erogato il denaro richiesto pur a fronte dell'emissione di regolare scontrino attestante il versamento delle somme

In particolare, riferisce che:

- 1) in entrambe le circostanze provvedeva immediatamente alla contestazione dell'accaduto "tant'è che la banca, rilevata l'anomalia, stornava i predetti importi, senza provvedere al relativo addebito";
- 2) in seguito "inopinatamente, a distanza di oltre un anno, con due comunicazioni (...), datate entrambe 17/02/10, la banca informava il ricorrente di aver provveduto a riaddebitare gli importi, stornati oltre un anno prima, sostenendo

(contrariamente a quanto riconosciuto nell'immediatezza dei fatti), che le operazioni di prelievo si sarebbero concluse positivamente, senza ulteriori specificazioni”;

3) nonostante “il rilevante lasso di tempo intercorso avesse compromesso in misura considerevole la possibilità di difendersi producendo documentazione idonea, con lettera raccomandata A.R. del 4.03.2010, il ricorrente formulava reclamo avverso le determinazioni della Banca”; l'intermediario non avrebbe riscontrato il predetto reclamo.

Ciò posto, nel denunciare la violazione dei doveri di trasparenza e di buona fede da parte dell'intermediario, con particolare riferimento al rilevante lasso di tempo intercorso tra lo storno e il riaddebito delle somme, chiede che il Collegio condanni l'intermediario alla “restituzione dell'importo complessivo di 500,00 euro, oltre rimborso delle spese vive sostenute (3,9 per la raccomandata) e di assistenza legale, pari ad euro 300,00, nonché al risarcimento del danno quantificato a soli fini transattivi in euro 200, 00”.

L'intermediario nelle sue controdeduzioni eccepisce, in via preliminare, il difetto di legittimazione passiva, essendo state le operazioni di prelievo effettuate presso ATM di altri intermediari.

Sul punto evidenzia inoltre “l'imprescindibilità dell'intervento in causa degli Istituti Bancari citati, al fine di acclarare quanto sostenuto dal ricorrente. Un provvedimento decisionale assunto senza averli previamente interpellati sarebbe il risultato finale di un procedimento viziato ab origine e, pertanto, nullo”.

Nel merito, rileva che:

a) “le operazioni di storno contabile dei due prelievi di euro 250,00 (duecentocinquanta) cadauna sono state eseguite, sin dall'inizio, con efficacia c.d. "salvo buon fine”;

b) “costituisce operatività caratteristica di ogni Istituto di Credito stornare, in via cautelativa, gli importi che vengono contestati dal titolare della carta e, comunque, fino all'esito finale degli accertamenti che contestualmente si instruiscono al fine di acclarare la fondatezza dell'esposto del titolare medesimo”;



c) “tale operatività, oltre che essere stata debitamente comunicata al ricorrente, è ormai universalmente riconosciuta e costituisce, giuridicamente, “facta notoria” rilevabile d'ufficio” dal Collegio (a titolo esemplificativo, l'intermediario richiama “le linee guida sulla gestione delle frodi inerenti alle carte di credito, inerenti a clonazioni ed addebiti sconosciuti , linee guida che hanno poi trovato recente conferma normativa nell'ambito della novella legislazione, recentemente entrata in vigore in tema di Servizi di Pagamento, a recepimento della normativa europea sul tema”);

d) “a seguito della presentazione, da parte delle Banche corrispondenti, della documentazione probatoria attestante la corretta erogazione del contante nei due prelievi di euro 250,00 (duecentocinquanta), (la scrivente) non ha potuto che procedere alla conferma dell'addebito, originariamente disposto, del tantumdem”;

e) il “Documento della Banca d'Italia intitolato "Sintesi dell'attività svolta dall'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) al 31 marzo 2010", avente ad oggetto l'operato dell'illustrissimo Collegio adito”, all'art. 3, sezione B, prevede che "In via generale sono opponibili al cliente le operazioni effettuate con la digitazione dei codici in suo possesso - indipendentemente da chi le abbia effettivamente disposte - perché nell'utilizzo dei servizi telematici il cliente viene identificato esclusivamente mediante la verifica dei codici di sicurezza che gli sono stati assegnati. Con particolare riferimento ai dispositivi automatici di erogazione di banconote (ATM bancomat), nel caso di contestazioni relative all'importo effettivamente erogato, le risultanze informatiche delle registrazioni effettuate automaticamente dalle apparecchiature presso le quali sono state eseguite le operazioni stesse sono opponibili al titolare della carta, qualora dal giornale di fondo non risulti alcuna anomalia e la prima quadratura di cassa eseguita sull'ATM non evidenzia alcuna eccedenza (in questo senso, vengono richiamati: la decisione del Collegio ABF di Milano n. 155/10, decisioni Ombudsman 4531 /2007 e 349212008, relazione Ombudsman 2008, pag. 180 e 181);

f) nell'allegare a titolo di documentazione probatoria (all. 1 e 2) “il giornale di fondo e le certificazioni forniteci dalle Banche corrispondenti, presso le quali sono stati effettuati i prelievi”, contesta “l'asserita presenza di due testimoni al momento dell'esecuzione dei controversi prelievi ed eccepisce comunque l'inammissibilità di tale mezzo di prova ai sensi dell' art. 4, sez. VI, delle

"Disposizioni di Banca d'Italia sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari".

Conclude chiedendo il rigetto del ricorso, sia con riguardo alla richiesta di rimborso, sia con riguardo "a qualsiasi ulteriore domanda formulata, rectius all'istanza di rimborso delle spese legali dichiarate dal legale di controparte (oltretutto non comprovate) così come alla richiesta di risarcimento del "danno patito" dal ricorrente; ciò in quanto, oltre a non essere stato in alcun modo giustificato o dimostrato, lo stesso non risulta, neppure minimamente contestualizzato nei fatti che avrebbero provocato l'asserito eventus damni".

### **Diritto**

1. In via preliminare, si osserva che l'eccezione di carenza di legittimazione passiva sollevata dalla banca convenuta è infondata. Infatti, la banca deve ritenersi legittimata passivamente in quanto, a differenza delle banche intervenute nella negoziazione in quanto titolari dell'ATM attraverso il quale è avvenuto il contestato prelevamento, essa è legata al ricorrente da un rapporto contrattuale in quanto erogatrice del bancomat di cui il cliente si è avvalso; inoltre, la medesima banca ha aperto e gestisce un conto corrente del ricorrente sul quale sono regolate le operazioni effettuate con la predetta carta di pagamento.

In relazione alle operazioni compiute con il bancomat, le banche "negoziatrici" impartiscono ordini di addebito alla banca emittente sulla base di un accordo interbancario; il che implica che la banca emittente è tenuta a controllare, su istanza del cliente, la regolarità delle operazioni di addebito secondo le regole della "diligenza del buon banchiere", che è "qualificata dal maggior grado di prudenza e attenzione che la connotazione professionale dell'agente consente e richiede" (Cass. civ., sez. I, 24 settembre 2009 n. 20543).

Della legittimazione passiva della convenuta si trova, del resto, conferma nelle disposizioni della Direttiva 2007/64/CE (poi recepita con decreto legislativo n.11 del 2010, non ancora in vigore all'epoca dello svolgimento dei fatti qui in esame) secondo cui "l'utente dei servizi" è tenuto a notificare le "operazioni effettuate in modo inesatto" al suo prestatore di servizi di pagamento (art.58), il quale pertanto è indicato come naturale punto di riferimento del cliente per ipotesi della specie.

Analoga conferma si ricava anche dalle indicazioni fornite dall'ABI nella Circolare n. LG 906/2005 (Sottosezione A), in cui è previsto che in caso di anomalie di funzionamento del bancomat il cliente è tenuto a contattare la sua banca.

2. Nel merito, il ricorso è fondato. Infatti, va osservato che nel nostro ordinamento le scritture contabili, se regolarmente tenute, 'possono' far prova tra imprenditori, per i rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa (art. 2710 c.c.), ma non nei confronti di coloro che, come il ricorrente, sono privi di tale qualifica. In particolare, rivestendo il ricorrente la qualifica di consumatore, la validità di previsioni negoziali dirette ad attribuire alle registrazioni contabili efficacia probatoria deve essere verificata alla stregua di quanto stabilito dall'art. 33, secondo comma, lett. *t*, del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 ( Codice del consumo), che pone all'autonomia privata limiti assai più stringenti di quelli stabiliti in via generale dall'art. 2698 c.c., qualificando come 'vessatorie' - e come tali 'nulle' ai sensi dell'art. 36, secondo comma dello stesso decreto - le clausole che sanciscono "limitazioni all'adduzione di prove" nei confronti del consumatore ovvero "limitazioni o modificazioni dell'onere della prova". Pertanto, alle registrazioni contabili effettuate 'in automatico' dalle apparecchiature presso le quali sono effettuate le operazioni di prelievo non può essere riconosciuta efficacia probatoria piena ed esclusiva a favore del gestore del servizio (v. decisioni ABF n. 877 del 9 settembre 2010 e n. 905, del 10 settembre 2010).

Spetta inoltre alla banca, ai sensi dell'art. 1218 c.c., l'onere della prova che le denunciate irregolarità nel funzionamento degli ATM non sussistono, prova che la convenuta non ha fornito, essendosi limitata a produrre documenti contabili che nulla aggiungono a quanto già noto e incontestato e cioè che nelle date di cui alla narrativa dei fatti sono state dal cliente effettuate operazioni con il bancomat, nel tentativo di prelevare le somme ivi indicate. Manca infatti il riscontro probatorio della prima "quadratura di cassa" relativa a ciascuno degli ATM utilizzati, necessario per dimostrare che non si è verificata alcuna eccedenza di cassa.

In mancanza di tale prova, sussiste la responsabilità della banca per il danno subito dal ricorrente. Il che è coerente con quanto previsto dalla richiamata Direttiva 2007/64/CE, articoli 58 e 59, la quale, benché non ancora recepita



nell'ordinamento nazionale, si rende tuttavia applicabile in base all'orientamento espresso da varie decisioni della Corte di Giustizia, che indicano la necessità che il giudice (nazionale) non approdi a soluzioni "gravemente" contrarie ai principi delle direttive non ancora recepite. Si richiama altresì la giurisprudenza della S.C. a Sezioni Unite nella quale si invita il giudice ad adottare metodi interpretativi volti comunque a salvaguardare i principi comunitari (Cass. SU n.27310/2008 e n.6316/2009).

Non può, infine, negarsi rilevanza al ragguardevole lasso di tempo trascorso tra la contestazione dell'interessato, cui è seguito il riaccredito delle somme disposto dalla banca convenuta - anche se con la clausola implicita del salvo buon fine, come enuncia la stessa banca nelle controdeduzioni - e la contestata decisione di stornare detti accrediti, maturata dalla convenuta dopo un intervallo di tempo di circa un anno. Tale circostanza denota un comportamento non conforme agli obblighi di diligenza particolarmente rafforzata che la banca è tenuta ad osservare "non solo con riguardo all'attività di esecuzione di contratti bancari in senso stretto, ma anche in relazione ad ogni tipo di atto od operazione che sia comunque oggettivamente esplicito presso una struttura bancaria e soggettivamente svolto da un funzionario bancario" ( Cass. civ., n. 20543/2009, già sopra citata)

In conclusione, sulla base delle considerazioni sopra illustrate si ritiene che debba essere riconosciuta la responsabilità della banca convenuta per il danno subito dal ricorrente e conseguentemente si dispone che la convenuta corrisponda al ricorrente l'importo di Euro 500,00 (cinquecento) pari alle somme non erogate dagli ATM nelle due operazioni oggetto della vertenza, nonché di euro 200,00 per rimborso delle spese, liquidate in via equitativa, comprensive di quelle di assistenza legale che si sono rese necessarie, come risulta dai documenti agli atti del procedimento, al fine di ottenere il risarcimento del danno subito.

Si respinge la domanda volta al risarcimento di ulteriori danni, per mancanza di prove al riguardo.



Arbitro Bancario Finanziario  
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

**P.Q.M.**

**Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso.**

**Dispone, inoltre, ai sensi della vigente normativa, 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 quella di Euro 20,00 (venti/00) quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.**

**IL PRESIDENTE**

Firmato digitalmente da  
GIUSEPPE MARZIALE