



DR

Diritto del
Risparmio

La legittimazione passiva dell'intermediario nel processo di disconoscimento di operazioni non autorizzate.

di Federico CORALLO*

È con queste brevi righe che l'Autore del presente articolo immagina la valutazione di legittimazione passiva in capo all'intermediario convenuto da parte dell'Arbitro Bancario Finanziario, un po' per gioco, un po' per passione, un po' per utile dolci.

E così, come nella citata Commedia, ove per individuare il duellante difensore dell'orgoglio ferito della moglie si è dovuto scegliere tra marito formale ed amante effettivo, anche in un banale ricorso stragiudiziale dinanzi all'ABF, un'eccezione di carenza di legittimazione passiva, avanzata dal convenuto con conseguente ricerca del soggetto responsabile, ha il potere di diventare un curioso ed inevitabile giuoco delle parti.

**Approfondimenti
fascicolo 1/2024**

* Addetto reclami e contenzioso stragiudiziale presso primario Gruppo Bancario.

Rivista di Diritto del Risparmio

APPROFONDIMENTI

La legittimazione passiva dell'intermediario nel processo di disconoscimento di operazioni non autorizzate*

di Federico CORALLO**

È con queste brevi righe che l'Autore del presente articolo immagina la valutazione di legittimazione passiva in capo all'intermediario convenuto da parte dell'Arbitro Bancario Finanziario, un po' per gioco, un po' per passione, un po' per utile dolci.

E così, come nella citata Commedia, ove per individuare il duellante difensore dell'orgoglio ferito della moglie si è dovuto scegliere tra marito formale ed amante effettivo, anche in un banale ricorso stragiudiziale dinanzi all'ABF, un'eccezione di carenza di legittimazione passiva, avanzata dal convenuto con conseguente ricerca del soggetto responsabile, ha il potere di diventare un curioso ed inevitabile giuoco delle parti.

* Contributo approvato dai *referee*.

** Addetto reclami e contenzioso stragiudiziale presso primario Gruppo Bancario.

La legittimazione passiva dell'intermediario nel processo di disconoscimento di operazioni non autorizzate.

A cura di Federico CORALLO.

“Ti compiangi! Ma tu devi far la tua parte, com’io la mia. Il giuoco è questo. L’ha capito finanche lei! Ciascuno la sua, fino all’ultimo; e stai pur sicuro che dal mio perno io non mi muovo, avvenga che può. Mi vedo e vi vedo giocare, e mi diverto. Basta.”

(Luigi Pirandello, Il giuoco delle parti)

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le operazioni non autorizzate. – 2.1. La comunicazione all’intermediario. – 2.2. L’operazione non autorizzata. – 3. Le fasi del disconoscimento dell’operazione non autorizzata. – 3.1. Il disconoscimento ed il diritto al rimborso. – 3.2. Il ricorso all’ABF. – 3.3. L’intermediario responsabile: emittente o collocatore? – 4. I criteri di attribuzione di responsabilità secondo la giurisprudenza dell’ABF. – 4.1. Il contratto. – 4.2. I fogli informativi. – 4.3. La cessione di ramo d’azienda *ex art. 58 TUB*. – 4.4. Il modulo di contestazione. – 4.5. Il riscontro da parte dell’intermediario. – 4.6. Soluzioni transattive. – 4.7. *Practice case*: operazioni non autorizzate eseguite a mezzo carta prepagata, emessa da Alfa, previa ricarica dal conto corrente radicato presso Beta. – 5. Conclusioni.

1. Premessa.

Il presente contributo, a titolo puramente personale da parte dell’Autore, si offre quale utile analisi nell’ambito dell’individuazione del corretto intermediario al quale rivolgere le proprie pretese creditorie durante l’*iter* di disconoscimento di operazioni non autorizzate.

Fin da subito, si precisa che la trattazione riguarderà esclusivamente le operazioni attuate per mezzo di carte di pagamento visto il tema dominante in oggetto, stante la più ampia gamma di soggetti gravitanti attorno al parco commercial-distributivo dei prodotti.

A fronte della corsa alla digitalizzazione anche in ambito pagamenti, infatti, sono sempre più frequenti i casi in cui si rinvencono contabilizzate sull'estratto conto operazioni di pagamento apparentemente mai autorizzate.

Sul tema, stando anche alle ultime estrazioni da parte dell'Arbitro Bancario Finanziario (di seguito, "ABF"), le controversie riguardanti i sistemi di pagamento (carte di pagamento, bonifici, etc.) rappresentano più di un terzo delle decisioni¹. Una buona dose di queste, tuttavia, viene respinta quasi sul nascere, senza entrare nel merito della vicenda, proprio perché la banca o il diverso intermediario al quale abbiamo rivolto le nostre ragioni non è il soggetto giusto.

Per quanto possibile, onde ottenerne una più fruibile comprensione, si cercherà di utilizzare un linguaggio semplice, scevro da formule eccessivamente tecniche e/o giuridiche, in modo da instradare il consumatore leso sulla giusta via all'interno di quello che, purtroppo, spesso è un labirinto burocratico.

Per quanto interessante, inoltre, non sarà questa la sede ove indagare i fatti tecnici che hanno portato all'addebito di operazioni non autorizzate sul proprio rapporto bancario.

Le cause, molto spesso, sono quelle già note alle cronache da ormai un ventennio, a cominciare dalle più semplici ipotesi di *phishing* fino ad arrivare alle sue più sofisticate e recenti evoluzioni, quali lo *smishing*, anche sottoforma di *spoofing*, eventualmente accompagnato al *vishing*. Tradotto, per i non addetti, siamo sempre nell'ambito di fattispecie di "pesca digitale" attuate con modalità più affinate onde, appunto, far "abboccare" un maggior numero di malcapitati grazie all'utilizzo di tecniche più credibili, quali l'inoltro di SMS all'interno del canale di messaggistica bancario ovvero telefonando all'utente fingendosi operatore bancario, talvolta riuscendo anche a camuffare il numero mittente.

La domanda, curiosa e naturale, sorge spontanea: come fanno i truffatori a compiere tutto ciò?

La risposta, purtroppo, è anche troppo semplice. Ossia, ormai da anni nel c.d. "dark web" esiste un vero e proprio commercio di *software* malevoli che si possono anche solo affittare,

¹ Vd., Dati dell'ABF al 3° trimestre 2023 | Sito dell'Arbitro Bancario Finanziario.

per cui, non necessariamente nei casi di truffe informatiche gli autori sono *hackers*. Analogamente, sempre all'interno di questo *cyber* spazio incontrollato, che tranquillamente possiamo definirlo quale mercato nero del XXI secolo – tipo di mercato, ahinoi, la cui origine si perde tra le pagine di storia – è possibile trovare anche veri e propri “elenchi telefonici” appartenenti alle varie vittime.

Ma, come già anticipato, per quanto stimolante, il tema accennato merita ben più pagine di riflessione e finirebbe con il disperdere il più semplice, ma non meno nobile, scopo del presente articolo.

Fine ultimo, infatti, in linea con il *nomen* e lo spirito della presente testata, è tutelare il Diritto al Risparmio, già costituzionalmente riconosciuto e, soprattutto, incoraggiato dall'attuale forma di governo alla quale si augura ancora un robusto e duraturo percorso.

2. LE OPERAZIONI NON AUTORIZZATE.

2.1. La comunicazione all'intermediario.

Auspiciando di compiere cosa gradita, è bene informare il lettore-consumatore incominciando proprio dalle fondamenta sulle quali è costruito il processo di disconoscimento delle operazioni non autorizzate.

La fonte normativa primaria in materia di servizi di pagamento nel mercato interno è rappresentata dal Decreto legislativo 27/01/2010, n. 11² (emanato in attuazione della Direttiva 2007/64/CE del 13/11/2007 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, conosciuta anche come *Payment Services Directive*³) così come modificato dal successivo Decreto legislativo 15/12/2017, n. 218⁴ (in attuazione della Direttiva 2015/2366/UE del 25/11/2015, cd. “PSD2”⁵).

² Pubblicato in G.U. in data 13/02/2010, n. 36 ed entrato in vigore l'01/03/2010.

³ E recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE, 2006/48/CE e che abroga la direttiva 97/5/CE, la cui entrata in vigore decorre dall'01/11/2009.

⁴ Pubblicato nella G.U. in data 13/01/2018, n. 10.

⁵ Entrata in vigore il 13/01/2016 e relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le Direttive 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/CE nonché il Regolamento (UE) n. 1093/2010, abrogando la Direttiva 2007/64/CE. Tale Direttiva si applica ai servizi di pagamento prestati nell'Unione Europea.

Orbene, l'impianto sul quale si radica l'*iter* del disconoscimento è basato, principalmente, su un paio di articoli, uno successivo all'altro.

Stiamo parlando, in primis, dell'art. 9 del citato decreto, rubricato “*Notifica e rettifica di operazioni non autorizzate o non correttamente eseguite*”, il quale pone un limite temporale ben preciso circa il dovere di comunicazione delle operazioni non riconosciute da parte dell'utente all'intermediario. La comunicazione, infatti, deve essere effettuata entro 13 mesi dalla data di addebito sul proprio rapporto bancario. È prevista, inoltre, anche l'ipotesi opposta, ossia in caso di “accredito” di somme (di dubbia provenienza) sul proprio rapporto di conto corrente.

Sebbene, *prima facie*, possa rappresentare un controsenso, la medesima norma dispone anche che la comunicazione debba essere attuata “*senza indugio*”, fermo il termine indicato. L'espressione, ovviamente, è da intendersi nel senso del momento in cui il cliente ne viene a conoscenza. Infatti, un'eventuale comunicazione disposta l'ultimo giorno utile non è da ritenersi sicuramente tempestiva, tuttavia la precisazione ha un fine “secondario”, ossia quello di valutare l'eventuale colpa grave da addebitare all'utente, nel caso l'operazione non autorizzata sia stata, comunque, tecnicamente corretta in ottemperanza ai requisiti previsti dall'autenticazione forte o a due fattori (c.d. “*strong customer authentication*”, o anche solo “SCA” per brevità).

Al riguardo, si ricorda come il Collegio di Coordinamento dell'ABF⁶ abbia rilevato che il termine di 13 mesi in parola ha natura decadenziale per cui è preclusa all'utente la possibilità di contestarla in un momento successivo. In ogni caso, l'eccezione non è rilevabile d'ufficio, ossia direttamente dall'organo giudicante, bensì deve essere sollevata dall'intermediario resistente.

Infine, il termine di 13 mesi non opera qualora l'intermediario abbia ommesso di fornire o mettere a disposizione dell'utente le informazioni relative all'operazione di pagamento secondo quanto previsto dalle disposizioni in materia di trasparenza. In altre parole, il consumatore può disconoscere un'operazione non autorizzata anche oltre il termine indicato, purché l'intermediario, ad esempio, non abbia trasmesso o fornito a questi l'estratto conto riportante quella determinata operazione ovvero la relativa contabile di pagamento.

⁶ Decisione n. 11676 del 5 maggio 2021.

La dimostrazione dell'invio di quanto sopra è, vuoi per motivi di vicinanza della prova, vuoi per lo spirito *consumer-oriented* della PSD2, in capo all'intermediario.

Ovviamente, qualora si accerti effettivamente l'assenza dei doveri di trasparenza in capo all'intermediario, il termine per la comunicazione dell'operazione non autorizzata non deve intendersi illimitato, bensì ricadente all'interno della prescrizione ordinaria decennale ex art. 2946 c.c.

2.2. L'operazione non autorizzata.

Ma che cosa si intende per “*operazione non autorizzata*”?

Premesso che, anche in questo caso, la questione meriterebbe un'analisi a sé corredata dalle diverse casistiche che possono riscontrarsi, in via generale ed in conformità al dettato normativo, un'operazione può dirsi non autorizzata qualora manchi del consenso del pagatore (vd., art. 5, comma 1, D.lgs. 11/2010).

Il consenso, infatti, è un elemento necessario e deve essere prestato nella forma e secondo la procedura concordata nel contratto quadro (comma 2).

A mero titolo chiarificatore per i non addetti, quanto illustrato significa semplicemente che, una volta che il cliente abbia materialmente posto in essere l'operazione nel rispetto dei requisiti di sicurezza previsti dalla SCA, la disposizione di pagamento deve considerarsi autorizzata. Tuttavia, qualora il cliente “*neghi di aver autorizzato un'operazione di pagamento*”, l'osservanza dei requisiti tecnici indicati non è, di per sé, sufficiente a dimostrare l'autorizzazione dell'operazione, per cui, in tale evenienza, l'intermediario ha l'ulteriore onere di dimostrare la frode, il dolo o la colpa grave in capo all'utente (art. 10 D.lgs. 11/2010).

Pertanto, superato il primo gradino probatorio, di stampo squisitamente tecnico, la normativa in tema di servizi di pagamento impone all'intermediario, purtroppo, un ruolo assai poco galante e, soprattutto, anticommerciale, rappresentato dalla “ricerca della colpa”, con le sue diverse sfumature, nel comportamento del cliente.

Tale dato, a parer di chi scrive, andava necessariamente chiarito poiché, sovente, quello che par essere un atteggiamento ostile, tramutato nero su bianco da parte dell'intermediario, in realtà, è una mera costrizione normativa, ma che, fortunatamente, può essere provata anche per via indiziaria a seconda della narrazione degli eventi da parte dell'interessato, così da affievolire il ruolo investigativo assunto dal resistente.

3. LE FASI DEL DISCONOSCIMENTO DELL'OPERAZIONE NON AUTORIZZATA.

3.1. Il disconoscimento ed il diritto al rimborso

Il primo passo, necessario e fondamentale, che l'utente deve compiere è, come detto, la comunicazione dell'operazione non autorizzata all'intermediario secondo il termine di cui all'art. 9, comma 1, D.lgs. 11/2010.

A titolo di supporto, unitamente alla comunicazione, si è soliti allegare copia del verbale di denuncia alle autorità competenti nonché una descrizione dei fatti accaduti, almeno sommaria. La richiesta della denuncia, usualmente, è oggetto di espressa previsione contrattuale fra la maggior parte degli intermediari.

A parer di chi scrive, inoltre, la denuncia alle autorità è un elemento necessario poiché, diversamente, un cliente in malafede potrebbe limitarsi al mero disconoscimento di operazioni al solo fine di ottenere un rimborso. La denuncia, invece, espone il *cives* ad una narrazione degli eventi – per quanto possibile – veritiera, pena conseguenze anche significative dal punto di vista penale.

Conseguentemente, il decreto in parola, in attuazione dell'art. 73 PSD2, dispone che l'intermediario rimborsi l'importo disconosciuto in favore del cliente entro la fine della giornata operativa successiva in cui prende atto dell'operazione ovvero riceve la comunicazione in tal senso. Pertanto, qualora per l'esecuzione dell'operazione non autorizzata sia stato addebitato un conto di pagamento, l'intermediario *“riporta il conto nello stato in cui si sarebbe trovato se l'operazione di pagamento non avesse avuto luogo, assicurando che la data valuta dell'accredito non sia successiva a quella dell'addebito dell'importo”* (art. 11, comma 1, D.lgs.11/2010).

Usando termini più semplici ed eloquenti, l'intermediario riporta il conto ad un tempo passato, come se l'operazione incriminata non avesse mai avuto luogo.

Unico caso in cui l'intermediario ha già la facoltà di negare il rimborso è previsto nell'ipotesi in cui abbia un *“motivato sospetto di frode”* dandone immediata comunicazione a Banca d'Italia (comma 2). La disposizione, purtroppo priva di ulteriori precisazioni normative, è intesa qualora l'intermediario, in sede di comunicazione dell'operazione da parte del cliente, abbia

ravvisato incongruità significative inducenti a pensare, in modo fondato, che, in realtà, il cliente sia egli stesso un truffatore.

In ogni caso, la speranza creditoria accennata è concepita “*salvo buon fine*”. Ossia, come spiegato dal terzo comma del citato articolo, il rimborso non preclude la possibilità per l’intermediario di dimostrare, anche in un momento successivo, che l’operazione di pagamento era stata autorizzata, cosicché da richiedere direttamente all’utente la restituzione dell’importo inizialmente accreditato.

Di regola, la conferma ovvero il diniego di rimborso dovrebbe avvenire da parte dell’intermediario entro il termine di 15 giornate operative, elevabili ad un massimo di 35 in situazioni eccezionali previa risposta interlocutoria, secondo quanto statuito ex art. 101, par. 2, PSD2.

Tale comunicazione, a seconda dell’intermediario, può essere classificata come disconoscimento, disputa ovvero reclamo. Tuttavia, in qualunque modo la si voglia definire, questa non perde la sua natura di “contestazione”, elemento necessario per l’eventuale prosecuzione della richiesta di rimborso.

Ovviamente, dinanzi ad un primo diniego di rimborso, nulla vieta al cliente insoddisfatto di presentare una nuova comunicazione all’intermediario onde far rivalere le proprie ragioni.

3.2. Il ricorso all’ABF.

Sulla scorta del paragrafo precedente, in caso di diniego del rimborso da parte dell’intermediario ovvero suo riscontro insoddisfacente al reclamo, il cliente ha la facoltà di presentare un ricorso dinanzi all’Arbitro Bancario Finanziario entro il termine di 12 mesi dalla presentazione del reclamo.

Il ricorso, inoltre, può essere presentato nel medesimo termine anche qualora l’intermediario non abbia riscontrato nei termini di legge previsti, di regola 60 giorni, tuttavia ridotti a 15 – ad un massimo di 35 in casi eccezionali – nel caso di contestazione avente ad oggetto servizio di pagamento (come la materia che ci occupa)⁷.

Per quanto ovvio, il ricorso deve avere ad oggetto la stessa questione esposta nel reclamo, ossia chiedere la restituzione dell’importo relativo all’operazione non autorizzata già

⁷ Cfr. *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, Sez. VI.1.

segnalata all'intermediario. Il cliente, inoltre, può chiedere nel ricorso il risarcimento del danno anche quando tale richiesta non sia stata formulata nel reclamo, qualora il danno lamentato sia conseguenza immediata e diretta della medesima condotta dell'intermediario segnalata nel reclamo.

Stante la natura stragiudiziale, il ricorso è presentabile dal cliente in proprio, senza quindi la necessaria assistenza di un avvocato ovvero di un'associazione di categoria. Il costo della proposizione, infatti, è a prezzo popolare (20 euro) e la procedura assai più snella di un normale giudizio ordinario. Tuttavia, la decisione assunta dall'Arbitro non è vincolante nei confronti dell'intermediario, il quale può anche decidere, eventualmente, di non rispettarla, pena la pubblicità negativa sul sito web istituzionale dell'ABF per un quinquennio.

Sebbene, in un primo momento, una simile "pena" possa apparire lieve nei confronti dell'intermediario, tuttavia, gli effetti di una pubblicità negativa possono avere una portata ben più ampia (anche) in termini commerciali rispetto ad un'ordinaria condanna pecuniaria in sede giudiziaria, la cui notizia non sempre è di pubblico dominio.

Tale pronuncia, quindi, avente il valore di una *damnatio memoriae* a tempo determinato non preclude, comunque, un'eventuale azione giudiziaria successiva da parte del cliente nei confronti dell'intermediario.

3.3. L'intermediario responsabile: emittente o collocatore?

Nella speranza di non aver appesantito, bensì incuriosito l'animo del lettore in questa breve, ma necessaria descrizione, è giunto il momento di affrontare lo spirito animante del presente contributo, il che, banalmente, può essere riassunto in una semplice domanda: contro chi dobbiamo agire?

La risposta, si anticipa già, talvolta è complessa anche per gli stessi addetti ai lavori poiché, come si vedrà nell'analisi delle pronunce dell'ABF, dipende da vari fattori.

In via preliminare, comunque, è indispensabile distinguere alcuni ruoli, in particolare, per quanto riguarda il processo di distribuzione delle carte di pagamento (carte di debito; carte di credito; carte prepagate; etc.).

Molto spesso, infatti, crediamo che la carta a nostre mani e che è stata oggetto di frode, sia di pertinenza dell'intermediario presso il quale abbiamo acceso il rapporto di conto corrente.

Talvolta può essere così, e, in questi casi, abbiamo una coincidenza tra soggetto emittente e soggetto collocatore, nel senso che la carta è emessa (prodotta, realizzata) da un intermediario che è lo stesso che la colloca, ossia che la distribuisce attraverso la sua rete di vendita (filiali). Altre volte, invece, l'intermediario emittente è soggetto diverso dal collocatore, tra i quali esiste uno specifico accordo commerciale di distribuzione. In questo caso, il collocatore fa da mero “tramite” tra il consumatore e l'emittente la carta di pagamento, sebbene sia da considerarsi, nella maggior parte dei casi, comunque una parte contrattuale.

In tale situazione, quindi, nel caso di operazioni non autorizzate, si pone il problema per il cliente dell'individuazione del soggetto competente al quale inoltrare la propria richiesta di rimborso.

Vi sono, infine, casi in cui il ruolo dell'emittente è letteralmente “sdoppiato” tra gli intermediari coinvolti, per cui il collocatore può essere anche emittente, ad esempio su un determinato circuito di pagamento (solitamente, nazionale), mentre l'emittente è considerato tale solo nei confronti di altri tipi di circuiti (esempio, internazionali). In tal caso, quindi, sarà necessario appurare anche l'effettivo circuito di pagamento coinvolto onde individuare la corretta controparte alla quale rivolgere le proprie pretese.

Prima di affrontare gli orientamenti espressi nelle pronunce dell'ABF, è doveroso precisare, a tutela del lettore non addetto ai lavori, che il ricorso deve essere presentato contro lo stesso soggetto al quale è stato inviato il preventivo reclamo o disconoscimento, pena una pronuncia di inammissibilità. Stando anche alla giurisprudenza più recente, infatti, il Collegio di Bologna ha così espresso:

“Senza entrare nel merito della controversia, osserva il Collegio come il ricorso debba essere dichiarato inammissibile, per carenza di preventivo reclamo. Va premesso, in proposito, che il reclamo costituisce una vera e propria condizione di procedibilità per il valido esperimento della procedura innanzi all'Arbitro e la sua mancanza, integrando l'inesistenza di un presupposto dell'azione, può essere rilevata anche d'ufficio dal Collegio (cfr. Collegio di Coordinamento ABF, decisione n. 5304/2013; Coll. Bologna, dec. 15635/2022). (...) Ne deriva l'inammissibilità del ricorso, per violazione del Regolamento ABF, sez. VI, § 1, sulla necessità della proposizione del reclamo prima che sia adito l'Arbitro” (decisione n. 9220 del 20 settembre 2023).

4. I CRITERI DI ATTRIBUZIONE DI RESPONSABILITÀ SECONDO LA GIURISPRUDENZA DELL'ABF.

4.1. Il contratto.

Il Collegio di Coordinamento dell'ABF, in via generale, ha statuito che *“il rapporto tra i tre soggetti coinvolti nella vicenda ben può essere qualificato come unitario in un contesto nel quale la separata gestione delle due funzioni (di credito e di debito) rappresenta solo una modalità esecutiva dell'accordo. (...) indubbio rilievo, in proposito, sembra assumere la circostanza dell'essere l'intermediario collocatore percepito come immediato e naturale interlocutore del cliente nella gestione del rapporto (...). Tutte circostanze, queste, che inducono ad escludere ogni possibilità di ritenere l'intermediario estraneo al rapporto creditizio controverso”*⁸.

La giurisprudenza collegiale territoriale ha specificato che tale legittimazione passiva (anche) dell'intermediario collocatore – la quale determina l'accollo dell'onere della prova nella conformità ai requisiti in tema di SCA delle operazioni contestate – viene meno nell'evenienza in cui possa essere qualificato come “mero” collocatore dello strumento di pagamento.

In via preliminare, un primo e fondamentale criterio di attribuzione di legittimazione passiva in capo all'intermediario convenuto è rappresentato dal dato contrattuale. Infatti, secondo il consolidato orientamento dei Collegi, in ragione del rapporto contrattuale instaurato tra l'utente e il collocatore dello strumento di pagamento, non sussiste la legittimazione passiva di quest'ultimo nel caso in cui l'intermediario debba considerarsi quale “mero” collocatore della carta, ipotesi da accertarsi in base alla documentazione prodotta in giudizio.

Generalmente, inoltre, nelle primissime clausole della lettera contratto, sono riportate le definizioni e relativi ruoli dei soggetti. Già, il soggetto individuato quale “proprietario” e/o “emittente” dello strumento di pagamento dovrebbe rappresentare un buon dato iniziale da cui partire ai fini dell'attribuzione di legittimazione passiva.

⁸ Decisione n. 6182 del 29 novembre 2013.

Per accertare il profilo di mero collocatore, quindi, nel caso in cui il contratto sia prodotto agli atti da una o entrambe le parti coinvolte, è da ritenersi sussistente la legittimazione passiva dell'intermediario collocatore qualora quest'ultimo:

- sia, *in primis*, incaricato quale destinatario di riscontro all'utenza in caso di reclami⁹;
- abbia un potere di blocco dello strumento di pagamento per sospetto utilizzo fraudolento da esercitarsi anche in via alternativa all'emittente;
- abbia la gestione dei parametri di sicurezza quali, ad esempio, il servizio 3D Secure ovvero la predisposizione di un sistema di *alert* a mezzo SMS o notifica *push* in app mobile;
- abbia, eventualmente in via concorrente con l'emittente, la facoltà di recedere dal rapporto contrattuale a determinate condizioni;
- inoltre, e soprattutto, sia il soggetto competente al rimborso dell'accredito salvo buon fine ai sensi dell'art. 11, comma 1, D.lgs. 11/2010.

Quest'ultimo “ruolo tecnico”, in particolare, è da ritenersi di fondamentale importanza siccome, anche in caso di mancata produzione del contratto, ammette già, di per sé, la responsabilità dell'intermediario coinvolto.

Questo, pertanto, è da ritenersi un criterio di attribuzione primario per l'individuazione del soggetto legittimato passivo, emittente o collocatore, potendosi quasi, salvo casi particolari, escludere altri fattori.

Conseguentemente, qualora non il collocatore, bensì l'emittente della carta sia il soggetto avente il diritto di richiedere al titolare della carta la restituzione dell'importo rimborsato, il sotteso rapporto di debito/credito è idoneo a far emergere la legittimazione dell'uno o dell'altro soggetto. Ciò, infatti, ad avviso dell'orientamento espresso dalla maggior parte della giurisprudenza arbitraria, è sufficiente per valutare la questione di legittimazione passiva¹⁰.

Vieppiù. Persino qualora il soggetto emittente sia il destinatario del riscontro all'utenza in caso di reclami nonché il soggetto titolato a riaccreditare, salvo buon fine, il reclamante, la giurisprudenza arbitrale ha riconosciuto valenza dirimente all'eventuale rimborso – salvo buon fine – da parte dell'intermediario collocatore. Infatti, come statuito: “*Dalla documentazione contrattuale versata in atti si evince con chiarezza che l'emittente della carta di pagamento è*

⁹ *Ex multis*, vd. Collegio di Bari, decisione n. 5468 del 4 aprile 2022.

¹⁰ Vd., Collegio di Bologna, decisione n. 4339 del 14 marzo 2022; Collegio di Roma, decisione n. 3977 del 27 aprile 2023; Collegio di Milano, decisione n. 653 del 24 gennaio 2023.

soggetto diverso dall'odierno resistente, e che – in particolare – eventuali reclami e contestazioni devono essere indirizzati verso tale soggetto (emittente). Fermo quanto precede, il Collegio osserva che il ricorrente ha affermato di avere ricevuto dalla parte odierna resistente il rimborso di una delle operazioni contestate, e tale circostanza non è stata smentita dalla stessa resistente; tale rimborso, pertanto, deve ritenersi pacifico. Ad avviso del Collegio, quanto precede consente di inferire che l'intermediario odierno resistente abbia accettato il contraddittorio con la parte ricorrente rispetto alle doglianze contenute nel ricorso”¹¹.

4.2.I fogli informativi.

Una cartina di tornasole sulla scorta di quanto visto nel precedente paragrafo è sicuramente rappresentata dai fogli informativi forniti al cliente in ottemperanza agli obblighi di trasparenza.

Al riguardo, in via generale, nel foglio informativo del prodotto sono “replicate” le disposizioni previste *ex contractu*, così da costituire un elemento rafforzativo ai fini dell'attribuzione di responsabilità.

A parer di chi scrive, il dato non deve apparire secondario poiché, molto spesso e per ragioni puramente commerciali, dati quali il marchio o il nome del prodotto, il logo presente nella carta intestata del contratto ovvero i locali di sottoscrizione del medesimo, vengono ritenuti in sede giudicante, se non basilari, quantomeno rilevanti ai fini dell'individuazione del soggetto legittimato passivo.

Infatti, detti fattori possono, da un lato, indurre il consumatore medio a credere, in buona fede, che il soggetto collocatore sia anche l'emittente del medesimo prodotto, tuttavia, dall'altro lato, ciò si scontra con l'autonomia delle funzioni direzionali e commerciali degli intermediari secondo quanto generalmente disposto ex artt. 10 e 61 D.lgs. 385/1993¹².

Può inoltre accadere che emittente e collocatore appartengano al medesimo gruppo bancario o societario e che uno dei due abbia l'ulteriore qualifica di Capogruppo. Sul punto, in sede arbitrale, si riscontrano due diversi orientamenti. Il primo, maggioritario, secondo il quale “*in caso di ricorso presentato nei confronti di un soggetto diverso da quello con cui sono stati intrattenuti i rapporti contrattuali oggetto del ricorso, ancorché si tratti della capogruppo, la mera appartenenza al medesimo gruppo bancario non può in alcun modo influire sulla legittimazione passiva, atteso che ciascuna società del gruppo,*

¹¹ Collegio di Napoli, decisione n. 6679 del 29 giugno 2023.

¹² Meglio conosciuto come Testo unico bancario (“TUB”).

pur se sottoposta ad un potere di direzione e coordinamento unitario, mantiene comunque la propria soggettività giuridica” (vd., *ex multis*, Collegio di Roma, decisione n. 6574 del 27 aprile 2022¹³).

Il secondo, invece, tende ad attribuire un certo peso “finale” alla circostanza che emittente e collocatore appartengano al medesimo gruppo, da valutarsi, comunque, in stretta correlazione all’ulteriore documentazione prodotta agli atti. Recentemente, il Collegio di Bari, decisione n. 7962 del 27 luglio 2023, ha così espresso: *“Dalla documentazione versata in atti emerge che l’intermediario convenuto, in qualità di banca collocatrice, ha richiesto alla banca emittente il rilascio della carta prepagata (la quale reca la denominazione dell’odierno convenuto); inoltre, le condizioni generali di contratto prevedono che l’emittente ed il collocatore possano disporre il blocco della carta al ricorrere di giustificati motivi; è pure previsto che, in caso di utilizzi non autorizzati dello strumento di pagamento, è possibile rivolgersi anche direttamente ad una filiale del convenuto. Ulteriore circostanza non priva di rilievo è che l’istituto emittente e quello collocatore appartengono al medesimo gruppo bancario”*.

4.3. La cessione di ramo d’azienda ex art. 58 TUB.

Talvolta può capitare che tra le parti litiganti non esista un vero e proprio contratto riguardante lo specifico prodotto coinvolto stipulato nei modi tradizionali.

Ciò accade, ad esempio, nei casi in cui il rapporto sia stato ceduto precedentemente da altro intermediario a quello attualmente resistente. La fattispecie, in particolare, trova la sua disciplina nell’art. 58 TUB (*“Cessione di rapporti giuridici”*).

Premesso ciò, il cliente ceduto è solitamente destinatario di una preventiva comunicazione unilaterale di modifica del contratto da parte del cedente ex art. 126-sexies TUB, la quale indicherà nel dettaglio le nuove condizioni applicabili allo strumento di pagamento coinvolto che verrà sostituito con un nuovo prodotto da parte del cessionario e, indicativamente, della stessa tipologia, salvo facoltà di recesso da parte del cliente ceduto.

Con ciò si intende, ad esempio, che la carta di debito sottoscritta con il “vecchio” intermediario verrà sostituita da una nuova carta di debito da parte del cessionario avente il suo marchio e caratteristiche simili.

Anche in questa sede, nella comunicazione unilaterale deve essere precisato quale sarà il nuovo intermediario al quale il cliente ceduto potrà, eventualmente, rivolgere le proprie ragioni in caso di reclamo e/o ricorsi.

¹³ Sulla stessa scia, vd. anche Collegio di Palermo, decisione n. 5509/2023.

La banca cessionaria, inoltre, ha l'onere di dare notizia dell'avvenuta cessione mediante iscrizione nel registro delle imprese e pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. In ogni caso, elemento tutt'altro che trascurabile, i creditori ceduti hanno facoltà, entro tre mesi dagli adempimenti pubblicitari accennati, di esigere dal cedente o dal cessionario l'adempimento delle obbligazioni oggetto di cessione. Trascorso il termine di tre mesi, il cessionario risponde in via esclusiva.

Sulla scorta di quanto appena accennato, ciò significa che, se le operazioni non autorizzate si sono verificate in un momento in cui i rapporti erano accessi ancora presso il cedente, il cliente, nel termine sopra indicato, ha la facoltà di esigere il rimborso direttamente nei confronti di quest'ultimo, oppure esercitare tale diritto, in via alternativa, nei confronti del cessionario. In ogni caso, salvo diversi accordi tra cedente e cessionario per la gestione delle posizioni durante la fase di transizione dei rapporti.

Stando, infine, alla più recente giurisprudenza, in tema di cessione in blocco dei crediti da parte di un intermediario ai sensi dell'art. 58 TUB, la Cassazione ha statuito che è sufficiente a dimostrare la titolarità del credito in capo al cessionario la mera produzione dell'avviso di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale recante l'indicazione per categorie dei rapporti ceduti in blocco, senza che occorra una specifica enumerazione di ciascuno di essi, allorché gli elementi comuni presi in considerazione per la formazione delle singole categorie consentano di individuare senza incertezze i rapporti oggetto di cessione¹⁴.

Secondo un certo orientamento collegiale più restrittivo, invece, l'intermediario resistente avrebbe l'ulteriore onere di dimostrare l'invio della comunicazione unilaterale di modifica contrattuale al cliente da parte del primigenio intermediario¹⁵.

Tuttavia, in forza dell'art. 126-sexies, comma 2, TUB il contratto quadro può prevedere che la modifica delle condizioni contrattuali si ritenga accettata dal cliente a meno che questi non comunichi al prestatore dei servizi di pagamento, prima della data indicata nella proposta per l'applicazione della modifica, che non intende accettarla. In questo caso, la comunicazione unilaterale, contenente la proposta di modifica, specifica che in assenza di espresso rifiuto la proposta si intende accettata e che l'interessato ha diritto di recedere senza spese prima della data prevista per l'applicazione della modifica.

¹⁴ Cass. civ., sez. III, n. 4277/2023; in tal senso, vd. anche Cass. civ., sez. I, 31188/2017.

¹⁵ Collegio Milano, decisione n. 7685 del 24 luglio 2023.

Conseguentemente, la prova dell'invio della summenzionata comunicazione unilaterale può, *in primis*, essere bypassata dall'assenza di una specifica contestazione da parte dell'utente e, *in secundis*, dalla prova documentata del fatto che la carta di pagamento – oggetto di ricorso – era proprio quella emessa in sostituzione del prodotto originario.

4.4. Il modulo di contestazione.

Ulteriore elemento da considerarsi di primaria importanza, ai fini della determinazione degli equilibri di responsabilità tra collocatore ed emittente, è costituito dal modulo di disconoscimento dell'operazione non autorizzata o anche, semplicemente, modulo di contestazione.

Qualora il modulo, infatti, sia inoltrato esclusivamente al soggetto emittente, quest'ultimo non può che ritenersi unico soggetto legittimato passivamente nel caso di ricorso stragiudiziale.

Il luogo di sottoscrizione, infatti, non deve ritenersi criterio valevole siccome, sovente, la modulistica è meramente sottoscritta nella filiale di fiducia dell'emittente collocatore che fa da mero tramite per l'inoltro all'intermediario emittente, poiché magari privo di un concreto luogo di accoglienza dove il cliente possa recarsi fisicamente.

Se, quindi, nel modulo, che deve essere ovviamente sottoscritto di pugno dall'utente, è previsto l'obbligo di riaccredito in capo all'emittente secondo quanto previsto ex art. 11, comma 1, D.lgs. 11/2010, tale fattore deve ritenersi risolutivo ai fini dell'inquadramento del corretto intermediare da citare nel ricorso.

Non si vede, pertanto, diverso e valido motivo per ritenere legittimato passivo il soggetto collocatore, nell'ipotesi in cui il potere di chiedere ed ottenere dal titolare dello strumento di pagamento la restituzione dell'importo rimborsato spetti all'emittente. Ciò, per l'appunto, fa emergere che compete all'emittente – e non al collocatore – la definizione dei rapporti di debito/credito nascenti dalla valutazione della vicenda contestata¹⁶.

¹⁶ Al riguardo, cfr. Collegio di Bologna, decisione n. 4339 del 14 marzo 2022; Collegio di Roma, decisione n. 3977 del 27 aprile 2023; Collegio di Milano, decisione n. 653 del 24 gennaio 2023.

4.5. Il riscontro da parte dell'intermediario.

Ulteriore criterio oggetto di attenta analisi da parte dell'Arbitro è rappresentato dal tipo di riscontro fornito in sede di reclamo all'utente e, soprattutto, da parte di quale mittente.

Qualora, infatti, l'utente abbia ricevuto riscontro direttamente dall'intermediario emittente, il quale non ha rilevato alcun difetto di propria legittimazione passiva, ma anzi, abbia indicato nel dettaglio, anche dal punto di vista tecnico, le ragioni alla base del diniego della richiesta di rimborso, appare logico che un eventuale ricorso stragiudiziale debba essere instaurato nei confronti del medesimo soggetto.

Analogamente, è stato ritenuto legittimato passivo l'intermediario collocatore che, in sede di riscontro all'utente in fase di disconoscimento e/o reclamo, non abbia preliminarmente indicato il proprio difetto di competenza specificando, contestualmente, il diverso soggetto al quale l'utente deve rivolgere le pretese creditorie¹⁷.

4.6. Soluzioni transattive.

Una breve riflessione, inoltre, merita l'eventuale proposta transattiva a titolo puramente conciliativo avanzata dall'intermediario onde evitare ovvero chiudere anticipatamente la controversia.

Infatti, il riconoscimento di una somma in favore del soggetto leso dalle operazioni non autorizzate, al di là di ogni ulteriore considerazione circa l'esclusione da responsabilità in capo all'intermediario debitamente pattuita per iscritto, comporta, in ogni caso, l'implicito riconoscimento della propria legittimazione passiva e che, in caso di esito negativo, deve figurare quale ulteriore criterio di attribuzione ai fini dell'individuazione dell'intermediario competente.

Ciò, ovviamente, non cambia qualora l'offerta transattiva sia attuata da un intermediario per conto di un altro – ad es., dall'emittente per il tramite dei canali del collocatore – purché ciò sia specificatamente messo per iscritto in segno di rispetto dei diversi ruoli contrattuali.

¹⁷ Vd., *ex plurimis*, Collegio di Bologna, decisione n. 7832 del 26 luglio 023.

4.7. *Practice case*: operazioni non autorizzate eseguite a mezzo carta prepagata, emessa da Alfa, previa ricarica dal conto corrente radicato presso Beta.

Arrivati quasi alla fine di questa trattazione, appare naturale affrontare un caso pratico di disconoscimento qualora vi siano connessioni fra due intermediari onde poter inquadrare correttamente la fattispecie.

Un caso di scuola, ipotizzando una fattispecie di *phishing* nelle sue versioni più evolute, ossia sms *spoofing* unito al *vishing*, è rappresentato dal disconoscimento di operazioni effettuate per mezzo di una carta prepagata – emessa dall’intermediario Alfa – previa ricarica della medesima grazie alla provvista presente sul conto corrente acceso presso l’intermediario Beta.

In tali casi, la giurisprudenza arbitrale tende a riconoscere una sorta di “unitarietà” delle operazioni, in forza del “*nesso di supporto tecnico che lega intermediario emittente e intermediario collocatore*”¹⁸.

Infatti, come ribadito anche recentemente dal Collegio di Bologna, in sintonia con l’orientamento già espresso da altri Collegi territoriali¹⁹, nell’ipotesi in cui il soggetto citato sia, alla stregua dei fattori sopra analizzati, da considerarsi “mero” collocatore, tuttavia, sussiste la sua legittimazione passiva qualora l’operazione fraudolenta, attuata per mezzo della carta gestita dall’emittente Alfa, sia preceduta da una o più ricariche grazie alla provvista disponibile sul conto corrente del collocatore Beta²⁰.

Secondo questo orientamento, quindi, all’intermediario Beta toccherà rispondere anche delle successive operazioni attuate per mezzo della carta prepagata emessa da Alfa.

Una simile impostazione, tuttavia, a parer di chi scrive, deve necessariamente essere valutata caso per caso a fronte dei diversi ed inscindibili ruoli attribuiti, rispettivamente, all’emittente ed al collocatore.

¹⁸ In particolare, vd. Collegio di Roma, decisione n. 8652 del 19 aprile 2018.

¹⁹ Cfr., Collegio di Bari, decisione n. 7710 del 16 maggio 2022; Collegio di Bologna, decisione n. 3471 del 28 febbraio 2022.

²⁰ Collegio di Bologna, decisione n. 8401 del 4 agosto 2023. Come riportato, infatti, “*Al Collegio non sfugge però che, al di là dell’esito dell’analisi della documentazione qui svolta, nell’ipotesi in cui (come nel caso di specie) le operazioni fraudolente sono precedute da una o più ricariche, disposte dal conto corrente acceso presso la banca collocatrice, della carta prepagata poi utilizzata per porre in essere le operazioni, i Collegi territoriali hanno ravvisato la legittimazione passiva anche in capo all’intermediario collocatore: «l’eccezione [di carenza di legittimazione passiva] va respinta, perché la provvista sulla carta prepagata è stata costituita attraverso tre ricariche eseguite sul conto corrente intrattenuto con la resistente. La frode, quindi, ha riguardato un rapporto intrattenuto proprio con la resistente» (così questo Collegio, decisione n. 8712/2022) e «tanto individua la legittimazione passiva anche della collocatrice»: cfr. decisione di questo Collegio n. 11559/2022”.*

Preliminarmente, è bene esaminare la “natura” della carta prepagata. Infatti, il saldo giacente su detta carta, a differenza delle altre carte di pagamento (di debito e di credito), costituisce “moneta elettronica”, ossia un valore monetario memorizzato elettronicamente, iva inclusa la memorizzazione magnetica, rappresentato da un credito nei confronti dell'emittente che sia emesso per effettuare operazioni di pagamento come definite all'art.1, comma 1, D.lgs. 11/2010 e che sia accettato da persone fisiche e giuridiche diverse dall'emittente (vd., art. 1, comma 2, lett. h-ter, TUB a recepimento di quanto previsto ex art. 2, Direttiva (CE) n. 110/2009, c.d. “EMD2”).

In osservanza a quanto precede, infatti, nonché in ossequio a quanto statuito ex art. 114-ter TUB, nei contratti di carte prepagate è disposto che il soggetto emittente, su richiesta del detentore di moneta elettronica (ossia, il titolare della carta), provvede al relativo rimborso in suo favore.

Già tale previsione normativa, quindi, stabilisce un “limite tecnico” insormontabile, ossia che il rimborso del saldo presente sulla carta prepagata è di esclusiva competenza dell'intermediario emittente. Cosicché, l'intermediario collocatore non ha – tecnicamente – alcun modo di “interagire” con il saldo presente su detto diverso rapporto. Nella maggior parte dei casi, inoltre, la carta prepagata è associata ad un IBAN stante la possibilità di effettuare e ricevere bonifici. Tali coordinate, logicamente, riportano il codice ABI dell'intermediario emittente e, pertanto, quest'ultimo è da ritenersi un ulteriore elemento a suffragio della tesi di divisione dei rapporti tra collocatore (conto corrente) ed emittente (carta prepagata con Iban).

Pertanto, sebbene un ragionamento pratico possa indurre a pensare che, senza la preventiva ricarica dal conto corrente, la frode in addebito sulla carta prepagata non avrebbe avuto luogo, tuttavia, una volta che le somme dal conto corrente confluiscono sulla carta prepagata, si “confondono” con il saldo ivi presente ovvero diventano, in ogni caso, moneta elettronica, perdendo così la loro originaria natura ed il cui credito è vantato dal titolare esclusivamente nei confronti dell'emittente.

In tali situazioni, al limite, si potrebbe contestare all'intermediario collocatore la conformità ai requisiti previsti dalla SCA nella gestione della ricarica, siccome trattasi di addebito su conto corrente. Ipotesi, tuttavia, da escludersi qualora l'operazione sia compiuta direttamente dal titolare dello strumento di pagamento, sebbene indotto da malfattore, stante la corretta prestazione del consenso all'esecuzione dell'operazione in osservanza dell'art. 5 D.lgs.

11/2010. Su quest'ultimo punto, si veda quanto espresso dal Collegio di Milano, decisione n. 9232 del 21 settembre 2023, per cui *“Secondo l’orientamento dei Collegi, in casi analoghi non viene in rilievo la disciplina sulle operazioni di pagamento non autorizzate di cui alla direttiva 2015/2366/EU (“PSD2”) e al D. Lgs n. 11/2010. Ciò in quanto, in base all’art. 5 del D.lgs. 11/2010, un’operazione si intende non autorizzata quando è effettuata in assenza del consenso del pagatore. Ne deriva l’assorbente rilievo per cui le operazioni effettuate dal cliente, seppure sulla base di un consenso viziato dal raggiro subito da un terzo ignoto, non possono configurarsi come non autorizzate. Con riguardo a tale tipologia di fattispecie, l’orientamento dei Collegi è conforme nel rigettare la pretesa del ricorrente, “non potendosi configurare come non autorizzata l’operazione compiuta personalmente dalla parte ricorrente, sia pure sulla base del vizio di volontà sopra descritto, la fattispecie controversa non rientra nell’ambito di applicazione del D.lgs. n. 11/2010. Non sussistono, quindi, i presupposti per disporre il rimborso della somma a favore della parte ricorrente.” (decisione del Collegio di Milano, n. 4567/2022)”*.

Diversamente, qualora la ricarica sia stata eseguita dal malfattore e non dal titolare, quest'ultimo avrebbe l'onere, nei confronti del collocatore, di disconoscere, comunque, le sole operazioni di ricarica dello strumento prepagato a fronte degli addebiti avvenuti sul rapporto di conto corrente radicato presso il medesimo e non anche i successivi utilizzi a mezzo carta prepagata.

In una simile situazione, infatti, un'eventuale azione in giudizio dovrebbe coinvolgere entrambi gli intermediari:

- il collocatore, per quanto riguarda gli addebiti su conto corrente a fronte delle ricariche eseguite dal malfattore, previa e necessaria installazione dell'app mobile della banca;
- l'emittente, in quanto unico soggetto deputato al rimborso della moneta elettronica in favore del titolare, a fronte delle operazioni eseguite per mezzo della carta prepagata da parte del frodatore.

In conclusione, chi scrive, a fronte dei dati tecnico-normativi sopra riportati, propone una diversa lettura della fattispecie in esame, spesso ricondotta ad un *unicum* stante il medesimo evento fraudolento riguardante le operazioni di ricarica e successivo addebito su carta. Tuttavia, la netta scissione dei rapporti e la relativa autonomia degli intermediari non può che portare ad un definitivo taglio del “cordone ombelicale” fino ad oggi creduto esistente

tra conto corrente e carta prepagata, nell'ipotesi in cui questi siano gestiti da diversi intermediari.

5. Conclusioni.

Il finale di ogni contributo, così come di ogni storia, è sempre la parte più difficile da scrivere. In un lavoro giuridico-bancario, come si augura sia quello presente, ci si aspetterebbe un riassunto oppure una riflessione da parte dell'Autore, così come una sua eventuale presa di posizione rispetto agli orientamenti descritti.

Ma, prendendo a prestito le parole di ben più alto Autore, al solo fine di alleggerire il finale, questa è solo “*la storia di un impiegato*” che, “*nella sua ora di libertà*”, spera di aver saputo raccontare, senza termini oscuri, il gioco delle parti tra emittente e collocatore all'interno di moduli, contratti e normative.