

11 4 NOV 2007



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

SENTENZA N. 943

N. 1028/06 Reg. Gen.

N. 11327 Cronolog.

N. 11 Rep.

Redatta scheda ISTAT

ti 29 NOV 2007

Il Tribunale di Brindisi - Sezione Fallimentare - riunito in Camera di
Consiglio con l'intervento dei Magistrati:

- 1) dr. Vincenzo Fedele Presidente
- 2) dr. Francesco Giliberti Giudice
- 3) dr. Roberto Michele Palmieri Giudice - rel.

ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile, in prima istanza, iscritta al n. 1028 del R.G. 2006,

TRA

[REDACTED]
rappresentati e difesi dall'avv.ta I. Elia;

- attori -

CONTRO

[REDACTED]
- convenuta -

BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA S.P.A.

in persona del legale rappresentante p.t, rappresentata e difesa dagli
avv.ti. U. Morera e T. Marrazza;

- interventrice volontaria -

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato, [REDACTED] e

rec. 060

██████████ hanno convenuto in giudizio Banca 121 Promozione Finanziaria s.p.a. (oggi: MPS Banca Personale s.p.a.), esponendo che: essi avevano concluso con la Banca del Salento, nel frattempo divenuta Banca 121 s.p.a, il contratto di acquisto dei prodotti finanziari in atti; tale prodotto era stato loro presentato come investimento a capitale garantito; rassicurati da tale prospettazione dell'investimento, essi avevano versato la somma di lire 100.000.000, sottoscrivendo dei fogli prestampati dei quali non fu loro consegnata alcuna copia; soltanto successivamente essi avevano appreso che le somme inizialmente investite si erano ridotte ad € 26.788,81; tale contratto doveva reputarsi nullo, o comunque annullabile o risolubile, per le ragioni esposte in atti. Hanno chiesto pertanto dichiararsi la nullità, annullamento o risoluzione del contratto in esame, con contestuale condanna della banca convenuta sia alla restituzione delle somme da loro versate, maggiorate di interessi legali, sia al risarcimento dei maggiori danni, anche non patrimoniali, da loro subiti. Il tutto con vittoria delle spese di lite, da distrarsi in favore della loro procuratrice anticipataria.

Costituitasi volontariamente in giudizio, la banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. ha chiesto il rigetto della domanda. In subordine, con la spiegata domanda riconvenzionale ha chiesto la condanna degli attori alla restituzione delle quote del Fondo comune oggetto di causa. Il tutto con vittoria delle spese di lite

A seguito di istanza ex art. 12 d. lgs. n. 5/03, il giudice relatore ha fissato udienza collegiale di discussione della causa per il 16.10.2007.

A tale udienza le parti hanno illustrato le rispettive conclusioni e discusso oralmente la causa, e il Tribunale, confermato il decreto del g.r., ha riservato il successivo deposito della sentenza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Va anzitutto dichiarata la contumacia di Banca 121 Promozione Finanziaria s.p.a. (oggi: MPS Banca Personale s.p.a.), regolarmente citata e non costituitasi nel presente giudizio.

Sempre in via preliminare, la Banca intervenuta ha eccepito l'avvenuta estinzione del giudizio, per non essere la notifica della memoria di replica ex art 6 d. lgs. n. 5/03, nonché dell'istanza di fissazione dell'udienza ex art. 8 d. cit, intervenuta nei termini prescritti.

L'eccezione è fondata.

Osserva il Collegio che gli attori hanno notificato le note ex art. 6 e la successiva istanza di fissazione di udienza ex art. 8 d. lgs. n. 5/03, a mezzo fax e in via diretta, vale a dire tramite il loro difensore, senza pertanto la mediazione dell'ufficiale giudiziario.

Occorre allora valutare la legittimità di tale *modus operandi*.

E sul punto, due sono le soluzioni sinora prospettate nell'attuale panorama giurisprudenziale.

Secondo un primo orientamento, espresso in termini generali dal S.C., "la notificazione è giuridicamente inesistente quando esorbiti completamente dallo schema legale degli atti di notificazione, ossia quando difettino gli elementi caratteristici del modello delineato dalla legge"¹.

¹ Cass. civ, Sez. Iav, 13.2.1999, n. 1195.

Tale orientamento è stato ripreso da taluna giurisprudenza di merito, secondo cui "... con l'indicazione del numero di fax e dell'indirizzo di posta elettronica di cui agli artt. 2 e 4 d. lgs n. 5 del 2003, il difensore, in base al principio di autoresponsabilità, si assume il rischio derivante dall'utilizzazione di detti strumenti. Pertanto, tale dichiarazione deve ritenersi elemento interno ed essenziale della fattispecie complessa costitutiva della <<notificazione>> o della <<comunicazione>> alternativa, quale disegnata dal processo societario, la cui mancanza dà luogo all'inesistenza dell'atto"².

Viceversa, per altro orientamento giurisprudenziale "... la notificazione effettuata direttamente dal procuratore di una delle parti a mezzo fax non può dirsi inesistente. Si è piuttosto in presenza di una nullità della notificazione per <<incertezza assoluta sulla data>>, ai sensi dell'art. 160 c.p.c."³.

Venendo ora al caso in esame, rileva il Collegio che, anche a volere aderire alla tesi della nullità, con conseguente possibilità di sanatoria dell'atto per raggiungimento del suo scopo (art. 156 3° co. c.p.c.), non è in questa sede possibile ritenere raggiunto lo scopo dell'atto in esame. Invero, poiché il sistema della trasmissione dell'atto a mezzo fax non consente – ove la trasmissione sia stata curata direttamente dal difensore della parte, come nel caso in esame – di avere alcun tipo di certezza in ordine, quantomeno, alla data di invio, non vi è prova che

² Trib. Bari, 3.6.2005, in *Riv. Internet* 2005, 469. In termini confermativi, Trib. Bari, 2.6.2005, in *Giur. It.* 2005, 2330; Trib. Monza, ord. 4.11.2004, in *Diritto dell'Internet*, 2005.

(R) Trib. Brescia, ord. 6.12.2005, in www.ilcaso.it/massime.

³ Trib. L'Aquila, 22.2.2006, in *Giur. Merito* 2007, 2 385. In tali termini, cfr. altresì Trib. Milano, VIII, 14.12.2005, in *Giur. Merito* 2007, 2 382.

l'istanza di fissazione dell'udienza di discussione (art. 8 d. lgs. n. 5/03) sia avvenuta entro venti giorni dalla scadenza del termine perentorio accordato dalla banca agli attori per le eventuali repliche, termine scadente il 20.9.2006.

In particolare, la mancata sanatoria consegue al fatto che la banca intervenuta ha espressamente sollevato la relativa eccezione nel suo primo scritto difensivo, mostrando in tal modo di non volere fare alcun tipo di acquiescenza – anche solo implicita, es. mediante notifica di uno scritto ulteriore e consequenziale a quello incriminato – a tale situazione.

Pertanto, a prescindere dall'adesione di questo Collegio all'una ovvero all'altra opzione interpretativa in ordine alla validità delle notifiche a mezzo fax ~~e mezzo~~ tramite difensore delle parti, occorre prendere atto, da un lato, dell'incertezza assoluta della data di invio via fax dell'istanza di fissazione dell'udienza, e sotto altro profilo, della mancata sanatoria dell'atto per raggiungimento del suo scopo, stante la specifica eccezione formulata dall'interventore nel primo scritto successivo a detta notifica.

Ne consegue la dichiarazione di estinzione del giudizio.

Ricorrono giusti motivi – rappresentati dall'incertezza, allo stato, del panorama giurisprudenziale formatosi in relazione alla tematica in esame – per l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale di Brindisi - Sezione Fallimentare - pronunciando sulla domanda proposta da [REDACTED] e [REDACTED] con atto



A handwritten signature in black ink, located on the right side of the page.

di citazione ritualmente notificato a Banca 121 Promozione Finanziaria s.p.a. (oggi: MPS Banca Personale s.p.a.), con l'intervento volontario di Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a, così provvede:

- 1) dichiara la contumacia di Banca 121 Promozione Finanziaria s.p.a. (oggi: MPS Banca Personale s.p.a.);
- 2) dichiara l'estinzione del giudizio;
- 2) compensa integralmente le spese di lite.

Brindisi, 5.11.2007

Il Giudice est.

(Roberto Michele Palmieri)

Roberto M. Palmieri

Il Presidente

(dr. Vincenzo Fedele)

V. Fedele

Roberto M. Palmieri



DEPOSITATO IN CANCELLERIA
29 NOV 2007

Brindisi n.



UFFICIO CANCELLERIA
CANCELLERIA (Canc.)