

132/07

4670/08

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

S

Cron.
Rep.

6557

DIR. DI
REGISTRAZIONE

Il Tribunale di Napoli 8° sezione civile nelle persone dei Magistrati:

- Dott. Luigi Bello Presidente
- Dott. Giuseppe Iacone Maglieri Giudice
- Dott. Anna Scognamiglio Giudice relatore

riunito in camera di consiglio, ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 15125/07 del Ruolo Generale degli affari contenziosi dell'anno 2007 avente ad oggetto: nullità e/o annullamento ordini di acquisto, restituzione somme e risarcimento danni

Allegato
N. 2 produzioni
Moschiano
Terresi
AVV.

TRA

██████████ nata a ██████████ il ██████████ residente a ██████████ a ██████████ via ██████████ ed elettivamente domiciliata in Napoli alla Via Foria 93 presso lo studio dell' avv.to Vincenzo Teresi dal quale è rappresentata e difesa giusta mandato a margine dell'atto di citazione

ATTORE

E

MONTE DEI PASCHI DI SIENA s.p.a. in persona del dott. Francesco Fanti con sede in Siena alla piazza Salimbeni n.3 ed elettivamente domiciliata in Napoli alla via Agostino De Pretis n.102 presso lo studio dell'avv. Andrea Moschiano dal quale è rappresentata e difesa unitamente all'Avv.to Umberto Morera giusta mandato in calce alla copia notificata dell'atto di citazione

CONVENUTA

CONCLUSIONI

Vedi le rispettive istanze e memorie ex artt. 8 e 10 D.Lgs. 05/03 depositate il 9.7.2007 e 4.10.07 per l'attrice e la memoria conclusionale ex art 12 comma 3 lett e della convenuta depositata il 17.1.2008

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ex art. 1 D.Lgs 05/03 notificato in data 7.4.07 [REDACTED]

[REDACTED] conveniva in giudizio dinanzi a questo Tribunale il Monte dei Paschi di Siena s.p.a., assumendo di essere titolare di cc 18769,42 e del collegato conto titoli 92050018769 presso la filiale di Napoli Agenzia n.5 via Mattia Preti della Banca Monte ei Paschi di Siena e che aveva acquistato titoli obbligazionari Argentina cod 00/05-9 per € 77016,75 con negoziazione del 9.5.2000 e titoli obbligazionari Argentina cod 00/05-10 per € 27.159,02 con negoziazione del 6.9.2001 per complessivi euro 105.175,77 i quali dopo il *default* dello Stato Argentino avevano perso l'intero valore tanto da non poter essere più rimborsati ,nonostante le richieste .

L'attrice deduceva di non aver mai sottoscritto alcun contratto di acquisto titoli e che la Banca aveva violato gli obblighi posti a suo carico dal TUF 58/98 e dal Regolamento Consob 11522/98, e in particolare non aveva fornito un'adeguata informativa sui prodotti finanziari venduti ,non adeguati al profilo dell'investitore(casalinga) ed aveva compiuto, senza comunicarlo al cliente, operazioni in conflitto d'interesse. Da tali violazione derivavano, a dire della istante, la nullità e/o annullamento degli ordini di acquisto, con conseguente diritto alla ripetizione della somma non recuperata di € 105.175,77 ,oltre al risarcimento dei danni subiti anche da lucro cessante oltre interessi e rivalutazione; o in subordine derivavano obblighi risarcitori, per responsabilità contrattuale oppure aquiliana, con analogo diritto alla percezione della somma di € 105.175,77 oltre accessori, questa volta a titolo di risarcimento danni.



La Banca si costituiva ,impugnava le avverse domande, contestando in tesi la fondatezza della domanda di nullità e/o annullamento, negando la sussistenza delle violazioni lamentate, evidenziando che gli investimenti erano stati effettuati per iniziativa di Andrea Rusciano sul dossier titoli di quest'ultimo dove restarono fino al 21.4.2006 momento in cui vennero girati appunto alla [REDACTED] escludendo il nesso di causalità tra violazioni e danni, sottolineando che il Rusciano avevano incassato cedole per € 6.063,75 .Eccepiva la carenza di legittimazione attiva della [REDACTED] e spiegava domanda riconvenzionale per la restituzione delle obbligazioni e delle cedole percepite per un ammontare di euro 6.063,75 con vittoria di spese

L'attore depositava una memoria di replica ai sensi dell'art.6 del D.Lgs. 05/03 e depositava il 4.10.2007 istanza di fissazione d'udienza ai sensi dell'art. 8 D.Lgs. 05/03, formulando le definitive conclusioni di merito ed istruttorie.

La scrivente, designata quale giudice relatore, con decreto ex art. 12 D.Lgs. 05/03, non ammetteva le istanze istruttorie formulate dalle parti e fissava l'udienza di discussione dinanzi al collegio, con concessione di termine sino a cinque giorni per il deposito di comparse conclusionali L'attore provvedeva a depositare comparsa conclusionale. Il Monte dei Paschi di Siena il 17.1.2008 depositava memoria conclusionale con eccezione di avvenuta estinzione del processo assumendo l'assoluta mancanza di certezza circa l'avvenuta notifica dell'istanza di fissazione dell'udienza da parte dell'attrice entro i termini perentori previsti

All'udienza del 6.2.08 veniva assegnata a sentenza, con riserva di deposito della motivazione nei trenta giorni ai sensi dell'art. 16 comma 5 D.Lgs. 05/03.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente, va esaminata l'eccezione di estinzione sollevata dalla convenuta Banca nella prima memoria successiva alla comunicazione - tramite biglietto di

cancelleria - del decreto di fissazione della udienza collegiale reso dal Giudice relatore il 30.11.2007 (dep il 3.12.2007 comunicato il 7.12.2007)

La Banca ha assunto l'estinzione del processo per mancanza di notifica dell'istanza di fissazione dell'udienza ai sensi dell'art 8 del d.l.s.5/03L'attore ha assunto di aver provveduto alla notifica della predetta istanza a mezzo fax del proprio studio legale inviato allo studio legale della convenuta

L'eccezione è fondata.

Come sostenuto dalla stessa attrice l'istanza di fissazione è stata notificata a mezzo fax e in via diretta cioè dal difensore senza la mediazione dell'ufficiale giudiziario.

Orbene l'art 17 del predetto decreto prevede che le notifiche e comunicazioni nel corso del procedimento possono essere effettuate con trasmissione a mezzo fax ma coordinando il primo al secondo comma della norma in oggetto ,tali notifiche devono avvenire ,nel rispetto della normativa anche regolamentare ,concernente la sottoscrizione e la trasmissione dei documenti informatici teletrasmessi :pertanto la notifica a mezzo fax nel rito societario ,dei documenti processuali deve essere effettuata ,in assenza di altre disposizioni di legge e che regolamentano la materia ,nel rispetto delle prescrizioni contenute nella legge 7.6.93 n. 183 . Nel sistema delineato dall'art 1 lett c) della legge 7.6.1993 n. 183 regolante lo scambio a mezzo fax tra difensori della stessa parte si prevede una procedura ibrida consistente nella sottoscrizione e deposito in cancelleria ad opera dell'avvocato ricevente della copia fotoriprodotta teletrasmessa dal difensore trasmittente e recante la procura alle liti con sottoscrizione leggibile .Pertanto la notifica a mezzo fax al difensore avversario non può giovare di tale disciplina in difetto dei necessari adattamenti normativi validi a certificare provenienza soggettiva ,data ora ecc (ad esempio applicando analogicamente la legge 53/94 ritenendo che gli avvocati autorizzati e

con l'apposito registro cronologico possano effettuare in proprio notifiche a mezzo fax redigendo la relazione di notifica e quindi attestando validamente l'esecuzione dell'attività di invio e la relativa data)

Al più parte della giurisprudenza di merito (trib Monza 30.12.2004) ritiene che nel rito societario lo scambio diretto tra difensori costituisce valida forma di notifica solo se attestato da una fisica sottoscrizione per ricevuta sull'originale (art 17) mentre non appare consentito per le forme di trasmissione a mezzo fax o posta elettronica laddove tanto il difensore che invia l'atto quanto quello che lo riceve non godono di firma digitale certificata costituente l'equivalente digitale della fisica sottoscrizione per ricevuta sull'originale

Ove tali prescrizioni non vengano rispettate secondo un orientamento giurisprudenziale sempre di merito la notifica è nulla (trib Milano trib l'Aquila " ...la notifica 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.") A tal proposito si richiama anche la sentenza della Corte di Cassazione in materia analoga in ordine all'attività di notifica svolta dagli avvocati notificatori ai sensi della legge 53/94 in mancanza dei requisiti prescritti laddove la Corte ha qualificato il vizio in termini di nullità precisando che " tale nullità ,quand'anche riscontrata ,è santa dalla rituale e tempestiva costituzione dell'intimato e quindi dall'accertato raggiungimento dello scopo della notificazione stessa" (Cass 5.8.2004 n. 15081)

Secondo altro orientamento giurisprudenziale di merito facente richiamo alla definizione della Cassazione (Cass Civ Sez lav. 1195/99) sulla inesistenza della notifica (La notifica è giuridicamente inesistente quando esorbiti completamente dallo schema legale degli atti di notificazione ossia quando difettino gli elementi caratteristici del modello delineato dalla legge) con "l'indicazione del numero di fax

e dell'indirizzo di posta elettronica di cui agli artt. 2 e 4 del dls 5/03 il difensore in base al principio di autoreposnsabilità 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 da luogo all'inesistenza dell'atto ."(Ttrib. Bari 3.6.2005)

La diversa soluzione adottata ovviamente incide sulla possibile sanatoria dell'atto per il raggiungimento dello scopo conoscitivo prefissato

Nel caso per cui si procede la mancanza di notifica dell'istanza di fissazione nei termini indicati dall'art 8 comma 4 del dls 5/03 eccepita dalla convenuta nella prima difesa ,anche a volere aderire alla tesi della nullità ,non sarebbe stata comunque sanata dal raggiungimento dello scopo .

Poiché la trasmissione dell'istanza di fissazione ex art 8 dls 5/03 a mezzo fax curata direttamente dal difensore dell'attrice,non consente di avere alcun tipo di certezza in ordine alla data di invio ,non vi è prova che sia avvenuta nei venti giorni prima della scadenza del termine perentorio per il deposito della memoria di controreplica del convenuto di cui all'art 7 comma 2 ovvero della scadenza del termine massimo di cui all'art 7 comma 3 .La mancata sanatoria consegue al fatto che la banca intervenuta ha espressamente sollevato la relativa eccezione nel suo primo scritto difensivo e non ha formulato le definitive istanze istruttorie e le conclusioni di rito e di merito già proposte ai sensi dell'art 10 ma ai sensi dell'art 12 comma 3 lett e) (contestualmente all'eccezione di estinzione nella memoria del 17.1.2008) .Pertanto l'incertezza assoluta della data di invio del fax contenente l'istanza di fissazione dell'udienza e la mancata sanatoria dell'atto comportano l'estinzione del giudizio ai sensi dell'art 8 comma 4 decreto citato .

Sussistono giusti motivi –attesa la controvertibilità delle questioni trattate e la natura processuale della decisione - per ritenere interamente compensate tra le parti le spese del presente giudizio

P.Q.M.

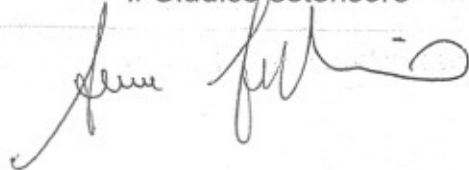
Il Tribunale, pronunciando sulla presente controversia RG 15125/07 così provvede:

- A) Dichiara l'estinzione del giudizio
- B) Dichiara interamente compensate tra le parti le spese del presente giudizio

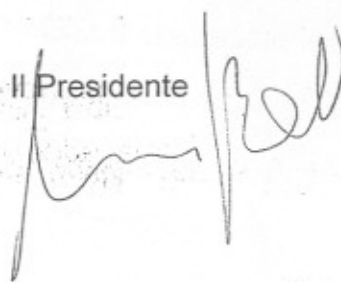
Così deciso nella camera di consiglio della 8° sezione civile del Tribunale di Napoli

il 20.2.08.

Il Giudice estensore



Il Presidente



La presente sentenza è stata depositata
IN CANCELLERIA oggi 24 APR 2008

IL CANCELLIERE

Dott. s.s. Ruggiero

