

## Il giudice

Nella causa n. 3633/07 r.g. sciogliendo la riserva formulata all'udienza del 14 gennaio 2008, con riferimento all'istanza di inammissibilità della fissazione di udienza ex art. 8, comma 5, d. lgs. 5/2003 proposta da parte attrice in data 12 ottobre 2007

### Premesso che

In data 30 maggio 2007 gli attori notificavano atto di citazione, convenendo avanti al Tribunale di Bologna l'intermediario Unicredit Banca s.p.a, sollevando doglianze relative alla prestazione di servizi di investimento;

il 27 luglio 2007 Unicredit notificava comparsa di risposta e successivamente si costituiva in cancelleria;

in data 2 ottobre 2007 parte convenuta Unicredit banca s.p.a. ha notificato istanza di fissazione dell'udienza ai sensi dell'art. 8, comma 2 del d.lgs. n. 5/2003

Osserva quanto segue.

IL CASO.it

Ai sensi dell'art. 8 lett c) del d. lgs n 5/2006 nella formulazione anteriore alla pronuncia della Corte costituzionale del 24 luglio 2007, n. 321, la parte convenuta poteva notificare alle altre parti istanza di fissazione dell'udienza ai sensi dell'art. 8 comma 2 lett.c) nel termine di venti giorni dalla propria costituzione in giudizio solo nell'ipotesi in cui la propria domanda non contenesse domande riconvenzionali, né eccezioni non rilevabili d'ufficio, né richieste di chiamata in causa di terzo, secondo quanto il disposto delle lett. a) e b) dello stesso comma.

Il concetto di eccezione è inteso in giurisprudenza in varie accezioni semantiche: comprende le eccezioni in senso improprio, ossia le mere negazioni dei fatti costitutivi dedotti dall'attore, che non constano dell'allegazione di nuovi fatti con efficacia modificativa, impeditiva o estintiva delle prospettazioni attoree, e eccezioni in senso proprio, che comportano l'allegazione da parte dell'eccepiente di fatti nuovi costitutivi, modificativi o estintivi dell'altrui pretesa.

Nell'ambito della categoria delle eccezioni in senso proprio, che postula sempre una previa acquisizione dei fatti al processo per effetto di un'attività compiuta dalle parti, secondo le scadenze temporali e procedurali prescritte dal codice di rito, il potere di rilevazione, ossia di attribuire rilevanza ai fini della decisione di merito, all'efficacia estintiva, impeditiva e modificativa dei fatti dedotti, spetta in via generale anche al giudice, a meno che non si sia in presenza di eccezioni che per espressa previsione di legge o per la loro configurazione ( nel senso che la manifestazione della volontà della parte viene ad integrare la fattispecie difensiva) sono rimesse esclusivamente alla parte, ossia le eccezioni in senso stretto, quali ad esempio l'eccezione di prescrizione ( art.2938cc), di compensazione (art.1242cc), o quelle dirette a far valere la titolarità di un'azione costitutiva (Cass. Sez Un. 1099/1998).

Orbene, alla stregua di simile ricostruzione, già prima della sentenza della Corte costituzionale, n. 321/07, poteva affermarsi che la nozione di eccezione non rilevabile d'ufficio di cui all'art. 8, comma 2 lett a) non si riferisce solo alle eccezioni in senso stretto, ma corrispondesse a quella di eccezione propria in senso ampio, comprendente tutte le difese che presuppongono una previa allegazione di fatti ad opera della parte.

L'interpretazione del combinato disposto delle lettere a), b) e c) dell'art.8, comma 2, individuata alla luce della citata giurisprudenza di legittimità, è sempre stata quella di consentire la immediata proposizione da parte del convenuto dell'istanza di fissazione dell'udienza senza attendere la notifica della memoria di replica dell'attore, né la scadenza del termine per la relativa notifica, solo nel caso in cui la parte convenuta si limitasse a respingere le istanze attoree, senza allargare l'oggetto del processo ed il thema probandum mediante l'allegazione di fatti nuovi.

Tale interpretazione risulta confermata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 321 del 24 luglio 2007.

Nella citata sentenza la Corte ha, con pronuncia additiva, ritenuto illegittima la disposizione di cui all'art. 8, comma 2 lett.a) del d. lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 per contrasto con gli artt. 3, 24, 111, 76 della Costituzione e cioè per violazione del diritto di difesa, del principio del contraddittorio e della parità delle armi, nella parte in cui non contempla tra le ipotesi che impediscono l'immediata proponibilità dell'istanza di fissazione dell'udienza da parte del convenuto ai sensi dell'art. 8, comma 2 lett.c), anche le ipotesi in cui il convenuto abbia svolto difese dalle quali sorga l'esigenza del diritto di replica dell'attore, cioè difese comunque comportanti un allargamento dell'oggetto del processo.

Del resto nel sistema introdotto dal d. lgs n. 5 del 2003 forte è il rischio che la concentrazione, che ispira il cosiddetto rito societario, porti a violazioni del principio del contraddittorio e del diritto di difesa: basti considerare che a seguito della notificazione dell'istanza di fissazione dell'udienza, l'art. 10, comma 2 del d. lgs. n. 5 del 2003, commina la decadenza dell'attore dal diritto di modificare la domanda o di proporre di nuove, di dedurre prove e di esibire documenti, ossia più generalmente di replicare alle difese del convenuto.

Con riferimento alla presente causa si osserva che la comparsa di risposta del convenuto contiene eccezioni in senso proprio, stretto e ampio, e domande riconvenzionali, che impediscono l'applicabilità della disposizione più volte citata di cui alla lett. c), comma 2 dell'art. 8.

Parte convenuta formula, infatti, seppure in subordine, una domanda di restituzione per l'ipotesi in cui venga dichiarata la nullità dei contratti conclusi, che deve qualificarsi come riconvenzionale ed in quanto tale ricompresa nel disposto della lett.a) del secondo comma dell'art.8.

L'eccezione di prescrizione dell'azione di annullamento, sollevata dalla convenuta, è sicuramente assoggettata al regime dettato in via generale per la prescrizione dall'art. 2938 cc ed è perciò annoverabile tra le eccezioni in senso stretto.

Inoltre alla deduzione di un fatto negativo (il non avere l'istituto di credito fornito idonee informazioni circa le caratteristiche dei prodotti finanziari alienati) come fondamento della domanda attorea, segue una difesa da parte convenuta (si veda il punto 5 della comparsa di risposta) che necessariamente implica la deduzione di un fatto positivo e nuovo (l'aver fornito informazione adeguata alla clientela) e quindi un'eccezione in senso proprio.

Le ragioni sopra esposte comportano la pronuncia di inammissibilità dell'istanza di fissazione dell'udienza formulata da parte convenuta.

Si ritiene, tuttavia, non accoglibile l'istanza di liquidazione delle spese del giudizio formulata ai sensi dell'art. 91 cpc da parte amica, posto che, pur attenendosi in giurisprudenza che la liquidazione delle spese di cui alla suddetta norma debba compiersi anche con riguardo a procedimenti che si concludono con provvedimenti che non hanno forma di sentenza, è pur sempre necessario che tali provvedimenti abbiano carattere sostanzialmente decisorio e non si limitino a risolvere una questione processuale che si inserisce in un iter procedimentale più ampio, senza statuire direttamente su posizioni contrapposte di diritto soggettivo; del resto nella stessa materia cautelare la liquidazione delle spese si ha solo in caso di provvedimenti di rigetto o di incompetenza pronunciati ante causam a norma dell'art. 669 septies, comma 2, essendo altrimenti la pronuncia sulle spese relativa alla fase cautelare rinviata all'esito del giudizio di merito.

FQM

Dichiaro inammissibile l'istanza di fissazione dell'udienza. Fissa all'attore termine fino al 28/2/08 ex art. 4, 2° co. d. lgs. n. 5/03.

IL CASO.it

Si comunichi a mezzo fax

Il giudice Paola Ulivetti

Provvedimento redatto con la collaborazione dell'UG dott. ssa Caterina Arcani -  
Depositato in Cancelleria

Oggi 22 GEN. 2008



IL CASO.it  
D