



REPUBBLICA ITALIANA
In nome del popolo italiano

Il Tribunale di Udine,

sezione civile,

riunito in camera di consiglio nelle persone dei magistrati

dott. Gianfranco Pellizzoni Presidente rel.;

dott. Francesco Venier Giudice ;

dott. Andrea Zuliani *Giudice ;*

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n° 6957/06 R.A.C.C. promossa da

- **A** con il proc. e dom. gli avv.ti OLDONI e BIANCHINI per procura a
margine dell'atto di citazione,

attore

contro

- **B srl e C** con proc e dom l' avv.to M. CONTI per procura a margine
della comparsa di risposta

Convenuti;

e contro

D

Convenuto- contumace

avente ad oggetto: impugnazione delibere assembleari.

Causa iscritta a ruolo il 19.12.2006.

CONCLUSIONI:

- **per parte attrice:**
- come da istanza di fissazione di udienza di data 4.09.2007.
- Spese , diritti e onorari rifusi.
- In istruttoria ...omissis
- **Per la convenuta:** accertare e dichiarare l'estinzione del processo ai sensi dell'art. 8 del d. lgs. n. 5/03, in subordine dichiarare l'improcedibilità delle domande per la presenza di una clausola compromissoria nei patti vigenti della società;
- **Nel merito:** respingere le domande in quanto infondate.
- Con rifusione delle spese del giudizio.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO.

L'attore, in qualità di socio della società B srl, ha convenuto in giudizio, davanti a questo Tribunale, la predetta società, C e D, rispettivamente Presidente e Consigliere del consiglio di amministrazione della B srl chiedendo che venisse accertata l'illegittimità del comportamento degli amministratori e la nullità delle deliberazioni assembleari di data 9.08.2006 e di data 14.04.2006 relativa all'approvazione del bilancio chiuso al 31.12.2005 per difetto di informazione dei soci e della deliberazione del consiglio di amministrazione del 29.05.2006, nonché la condanna dei medesimi al risarcimento dei danni tutti anche morali subiti e al pagamento del

valore di liquidazione della sua quota, sull'assunto che i predetti amministratori avevano posto in essere una serie di illegittimi comportamenti nei suoi confronti, non informandolo prontamente delle vicende societarie in occasione delle richiamate deliberazioni societarie. Nel costituirsi in giudizio i convenuti B srl e C hanno resistito alle domande chiedendone il rigetto in quanto improponibili, essendo la controversia devoluta alla cognizione di un collegio arbitrale, in forza di apposita clausola compromissoria contenuta nello statuto della società e in subordine perché comunque infondate, eccependo infine anche l'estinzione del giudizio ai sensi dell'art 8 della l. 5/03.

Benchè regolarmente citato è invece rimasto contumace il D.

Con successiva istanza di fissazione dell'udienza collegiale di cui all'art. 8 e ss. del d.lgs. n. 5/03 l'attore ribadiva le proprie conclusioni e il giudice relatore fissava l'udienza collegiale odierna per la comparizione delle parti e all'esito della discussione orale, il collegio si riservava il deposito della sentenza, ai sensi dell'art. 16, quinto comma del d. lgs. n. 5/03.

MOTIVI DELLA DECISIONE.

Il procedimento instaurato dall'attore va dichiarato estinto, così come eccepito dai convenuti, ai sensi dell'art. 8, quarto comma del d. lgs. n. 5/03.

I convenuti hanno invero eccepito l'inesistenza della notificazione della memoria di replica ex art. 6 del d. lgs 5/03 di data 19.04.2007 e dei

successivi atti di cui all'art. 7 e di richiesta di fissazione dell'udienza, in quanto tutti avvenuti esclusivamente a mezzo di fax, atteso che le modalità previste dall'art. 17, secondo comma del citato decreto non possono essere allo stato applicate, per mancata emanazione del regolamento concernene la sottoscrizione e l'invio dei documenti informatici e teletrasmessi previsto dalla richiamata disposizione di legge.

I convenuti hanno pertanto eccepito che non avendo l'attore provveduto a notificare validamente nel termine assegnato con la comparsa di risposta né una valida memoria di replica, né a depositare istanza di fissazione di udienza, il processo deve considerarsi estinto ex art. 8 comma quarto del d. lgs 5/03.

Tale tempestiva eccezione di estinzione appare indubbiamente fondata e da accogliere.

E' noto che in giurisprudenza di merito sono state espresse diverse opinioni circa la notificazione effettuata a mezzo telefax, in assenza dell'emanazione del regolamento attuativo previsto dalla legge introduttiva del "rito societario", atteso che alcune pronunzie hanno affermato che nel rito societario, la notificazione diretta a mezzo fax effettuata fra difensori, in mancanza di un loro espresso consenso, è inesistente, anche in caso di difesa successiva nel merito del destinatario (v. Trib. Bari, ordinanza, 2.06.2005, in Foro it., 2006, I, 1552), mentre altre pronunzie hanno optato per la tesi della nullità, affermando che nel rito societario, la notificazione diretta effettuata

tramite telefax fra difensori costituiti, che vi abbiano prestato il proprio consenso, non è inesistente, ma nulla, a causa dell'incertezza assoluta sulla data di trasmissione e tuttavia sanabile per il raggiungimento dello scopo, qualora la parte destinataria della notifica, nella prima difesa ad essa successiva, non la eccepisca (cfr. Trib. L'Aquila, ordinanza, 22.02.2006, *ibid.*, 1552).

A tali orientamenti si contrappongono invece quelle sentenze che ritengono del tutto inesistenti le notificazioni eseguite mediante scambio diretto di fax fra difensori (a prescindere quindi dalla presenza o meno del consenso), senza intervento dell'ufficiale giudiziario, sull'assunto che le notificazioni nel processo societario non posano prescindere dalle regole generali previste dagli artt. 137 e ss. del cpc (v. Trib. Monza 30.12.2004, in *Società*, 2006, 115 e Trib. Brescia, 6.12.2005, *ibid.*) oppure anche in questo caso affette da sola nullità, per incertezza sulla data dell'atto, con conseguente loro sanabilità nell'ipotesi in cui la controparte non abbia eccepito l'invalidità dell'atto e accettato il contraddittorio (cfr. Trib. L'Aquila, 4.04.2005, *Giur. It.*, 2005, 2127 e 25.03.2005, *ibid.*, 2330).

In particolare queste ultime pronunzie sottolineano come la notificazione non possa allo stato essere effettuata a mezzo fax in mancanza delle norme regolamentari di cui all'art. 17, 2°c. del d. lgs istitutivo del rito societario, con la conseguenza che non risultando la notificazione eseguita con il grado di affidabilità e certezza richiesta dall'ordinamento, la stessa deve essere considerata nulla per

incertezza sulla data e sul destinatario della medesima e può tuttavia essere sanata per raggiungimento dello scopo ex art. 160 cpc, dal contegno processuale della parte destinataria dell'atto, nel solo caso in cui la controparte, nella prima memoria successiva, si difenda nel merito senza eccepire la nullità.

Non vi sono dubbi – ad avviso di questo Collegio - che la notificazione effettuata a mezzo fax diretto fra difensori , a prescindere dal consenso o meno prestato, non sia attualmente possibile, posto che la stessa presuppone l'emanazione del regolamento attuativo di cui al citato art. 17, secondo comma ...” concernente la sottoscrizione e la trasmissione dei documenti informatici e teletrasmessi”.

E' infatti impossibile rinvenire nel nostro ordinamento una disciplina positiva generale in grado di integrare la disposizione in esame, consentendo un grado sufficiente di certezza e affidabilità della trasmissione del documento, che garantisca il non eludibile principio della conoscenza legale dell'atto, con conseguente deviazione dal modello legale tipico.

E' di tutta evidenza che in assenza della disciplina regolamentare, concernente tali aspetti del documento elettronico o informatico, non vi può essere alcuna certezza circa la provenienza del documento, la sua sottoscrizione e conformità, la data del medesimo e il destinatario dell'atto, di talchè non appare avere alcuna rilevanza l'esistenza di un consenso allo scambio via fax fra difensori, in presenza di un vuoto normativo che non consente di colmare in alcun modo le concrete

modalità di attuazione della notificazione.

Non vi sono dubbi che la nuova disciplina introdotta dal rito societario in materia di notificazione a mezzo fax o posta elettronica abbia inteso creare una nuova forma di notificazione, altra e diversa da quella prevista dal codice di procedura civile, nella quale il compito di effettuare la notificazione spetta all'ufficiale giudiziario e eventualmente poi al servizio postale sulla base delle norme relative alle notificazioni a mezzo posta, (pur essendovi già la previsione di cui all'art. 151 cpc), volta a ridurre i tempi di durata dei processi, consentendo lo scambio diretto fra difensori, e questo anche perché l'art. 137 cpc prevede che le notificazioni debbano essere eseguite dall'ufficiale giudiziario, quando non sia altrimenti disposto, implicitamente consentendo forme alternative di notificazione, diverse da quelle in cui vi sia l'intermediazione necessaria di tale soggetto terzo.

Tali considerazioni portano in primo luogo ad escludere la fondatezza della tesi che la validità delle notificazioni a mezzo fax o posta elettronica presupponga l'intervento dell'ufficiale giudiziario, sia per l'assoluta inutilità di una tale forma di notifica, dato che la nuova disposizione invece mira nell'intenzione del legislatore a semplificare e accelerare la procedura giudiziaria, escludendo l'intermediazione dell'ufficiale notificatore, sia perché in tal caso non avrebbe alcun significato la necessità del consenso delle parti all'utilizzo della nuova modalità.

E' noto che la notificazione a mezzo fax o posta elettronica è stata

introdotta non solo nel processo societario, ma anche nel codice di procedura civile, con modalità in tutto analoghe, con l'art. 2, 1° c., lett. b), n. 2 e lett. h) della l. 28.12.05, n. 263, come modificato dall'art 39 uater, 2° c. del d. l. 273/05, convertito con modificazioni in l. n. 51/06, che ha modificato sia il testo dell'art. 136, terzo comma che consente ora che le comunicazioni del cancelliere possono essere eseguite a mezzo telefax o posta elettronica, anche in questo caso" ...nel rispetto della normativa, anche regolamentare concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici e teletrasmessi, sia analogamente il testo dell'art. 170, 4° c., che consente ora lo scambio o la comunicazione nel corso del procedimento a mezzo telefax o posta elettronica, previa indicazione da parte del difensore del numero di fax o dell'indirizzo di posta elettronica presso cui devono essere inviate le comunicazioni.

Per entrambe tali norme, così come per la parallela disposizione del processo societario , si è posto il problema dell'assenza di una disciplina regolamentare , non ancora emanata, che specificasse i requisiti di validità dell'atto e si è prevalentemente escuso – per il fax - che si possa fare riferimento, tanto alla legge n. 664/86, che regola le modalità di trasmissione, mediante mezzi di telecomunicazione dell'Avvocatura dello Stato, quanto alla legge n. 193/93 e alla legge n. 53/94, che riguarda esclusivamente la trasmissione per via telematica di atti e provvedimenti a distanza fra avvocati della medesima parte e presuppone l'esclusività della trasmissione fra avvocati (e non fra

cancellerie e parti) e la presenza di una medesima procura fra i diversi avvocati, che rappresentano la stessa parte.

D'altro canto anche la la soluzione prospettata da una parte della dottrina, per legittimare l'utilizzo del fax , del ricorso ai principi fissati dagli artt.2712 e 2719 cod. civ. in tema di conformità della copia trasmessa all'originale, non appare in alcun modo appagante non solo perché la conformità presuppone sempre il non disconoscimento del destinatario o l'attestazione di conformità di un pubblico ufficiale, ma anche perché comunque non può in alcun modo essere garantita né la data di trasmissione dell'atto, né l'effettiva ricezione dello stesso dal destinatario, né in particolare la conformità dell'atto inviato con quello ricevuto dal destinatario, pur in presenza dell'attestazione di ricevimento (rapporto di conferma), ben potendo i mezzi meccanici essere sempre manipolabili, difettosi o non funzionanti.

In particolare si è notato che la manipolabilità dei macchinari e l'assenza di certezza che l'atto pervenga in maniera leggibile e riconoscibile al destinatario , oltre che conforme a quello inviato dal trasmittente, anche per semplici errori di impostazione o mal funzionamento dei dispositivi (pur in presenza del rapporto di conferma) rende del tutto incerta sia la data di trasmissione del fax, sia la sua effettiva conoscenza legale in capo al destinatario, con la conseguente impossibilità di colmare il vuoto normativo, esplicitamente previsto dal legislatore, mediante ardite e artificiose estensioni analogiche di norme, dettate per tutt'altri scopi.

Non è chi non veda d'altro canto come se il legislatore abbia sentito l'esigenza, con una espressione letteralmente identica in tutti e tre i casi, di fare riferimento ad una normativa anche regolamentare, concernente la sottoscrizione e la trasmissione dei documenti informatici e teletrasmessi, fosse ben conscio della necessità di una nuova disciplina generale che regolamentasse la trasmissione di documenti con i nuovi mezzi tecnologici con sufficiente certezza del principio del rispetto del contraddittorio.

Analoghe difficoltà sono del pari riscontrabili con riferimento alla posta elettronica in quanto le disposizioni di cui al dpr. 123/01 e al d. m. n. 15927/04 concernenti l'uso degli strumenti telematici e informatici nel processo civile, amministrativo e contabile, non sono allo stato operative, non essendo neppure in questo caso del tutto convincente la tesi dell'utilizzabilità, in attesa dell'entrata a regime del nuovo sistema delle norme generali relative alla posta elettronica e al codice dell'amministrazione digitale di cui al d. lgs. 82/05 e al dpr. 68/05.

Alla stregua di tali considerazioni appare di tutta evidenza come l'attuale disciplina non consenta la notificazione a mezzo fax e come una tale modalità di trasmissione degli atti vada considerata integrare una ipotesi di inesistenza della notificazione, in quanto effettuata in modo assolutamente non previsto dalla norma e difforme dallo schema legale tipico.

La Suprema corte ha invero affermato che: " L'ipotesi della inesistenza giuridica della notificazione ricorre quando quest'ultima manchi del tutto

o sia effettuata in modo assolutamente non previsto dalla normativa, tale, cioè, da impedire che possa essere assunta nel modello legale della figura, mentre si ha mera nullità allorché la notificazione sia stata eseguita, nei confronti del destinatario, mediante consegna in luogo o a soggetto diversi da quelli stabiliti dalla legge, ma che abbiano pur sempre un qualche riferimento con il destinatario medesimo. Conseguentemente, la notificazione della impugnazione al procuratore domiciliatario nel precedente grado del giudizio ma nelle more cancellato dall'albo, in quanto eseguita nei confronti di persona collegabile al destinatario, è affetta non da giuridica inesistenza bensì da nullità sanabile ex tunc per effetto della sua rinnovazione, disposta ai sensi dell'art. 291 cod. proc. civ. o eseguita spontaneamente dalla parte. (Nella specie la Suprema Corte ha disatteso l'eccezione di inammissibilità di un ricorso per cassazione notificato dopo la scadenza del termine utile per la proposizione del gravame alla parte personalmente ad opera del ricorrente che aveva di sua iniziativa rinnovato la notifica del ricorso già effettuata una prima volta, tempestivamente, presso il domicilio eletto ove il procuratore indicato, cancellatosi dall'albo dopo la conclusione del giudizio di secondo grado, si era ricevuto l'atto notificando cfr. Cass.28.07.2003, n. 11623, Cass. 11.04.1991, n. 3819).

In particolare si è ripetutamente affermato che: L'ipotesi della inesistenza giuridica della notificazione ricorre quando quest'ultima manchi del tutto o sia effettuata in modo assolutamente non previsto

dalla normativa, tale, cioè, da impedire che possa essere assunta nel modello legale della figura, mentre si ha mera nullità allorché la notificazione sia stata eseguita, nei confronti del destinatario, mediante consegna in luogo o a soggetto diversi da quelli stabiliti dalla legge, ma che abbiano pur sempre un qualche riferimento con il destinatario medesimo. Conseguentemente, la notificazione dell'impugnazione al procuratore domiciliatario nel precedente grado di giudizio, ma nelle more cancellato dall'albo, in quanto eseguita nei confronti di persona collegabile al destinatario, è affetta non da giuridica inesistenza bensì da nullità sanabile "ex tunc" per effetto della sua rinnovazione, disposta ai sensi dell'art. 291 cod. proc. civ. o eseguita spontaneamente dalla parte (cfr. ancora per tutte, Cass. 13.12.2005, n. 27450 e Cass., 15.05.1998,n 4910).

Nella fattispecie in esame la notificazione effettuata mediante telefax, in assenza della normativa regolamentare generale, che deve disciplinare le caratteristiche dell'atto e le sue modalità di trasmissione, richiesta dalla legge , rendono pertanto con tutta evidenza la notificazione inesistente "... in quanto effettuata in modo assolutamente non previsto dalla normativa, tale, cioè, da impedire che possa essere assunta nel modello legale della figura" (confronta tutte le citate sentenze della corte regolatrice, che individuano proprio in tale elemento, di assenza di riferimenti ad un modello previsto dall'ordinamento, una delle caratteristiche salienti dell'inesistenza della notificazione, in contrapposizione alla categoria della nullità della stessa).

L'inesistenza della notificazione si caratterizza proprio per la difformità dal modello legale, che non consente al fenomeno di inserirsi nello sviluppo del processo, con inevitabile impossibilità di sanatoria per raggiungimento dello scopo o di rinnovazione per ordine del giudice.

L'inesistenza della notificazione non si verifica infatti solamente quando essa manchi del tutto, ma anche quando sia stata attuata in modo assolutamente non previsto dall'ordinamento, a differenza della notificazione che sia stata effettuata in un luogo o a persona diversa da quella stabilita dalla legge, ma che abbiano pur sempre una qualche riferimento con il destinatario dell'atto, sì da consentire di ipotizzare la conoscenza dell'atto, quale potenziale sviluppo dell'attività irrualmente compiuta (cfr. ancora Cass. 2.08.2005, n. 16141).

E' di tutta evidenza che nel caso in cui si utilizzi un modello di notificazione non riconducibile al tipo legale non vi può essere alcuna certezza circa il raggiungimento dello scopo dell'atto, in assenza delle formalità idonee a garantire la conoscenza legale (sia sotto il profilo della certezza della data, della sua effettiva conoscenza e della sua corrispondenza all'originale) e un grado di certezza non inferiore a quello offerto dai procedimenti ordinari.

In tal senso la Corte regolatrice proprio in riferimento ad una notificazione a mezzo fax ha affermato che: In tema di notificazioni autorizzate dal giudice ai sensi dell'art. 151 cod. proc. civ., le forme devono trovare corrispondenza nello scopo dell'atto e le modalità prescelte debbono garantire i principi fondamentali del diritto di difesa e

del diritto al contraddittorio. Ne consegue che è giuridicamente inesistente la notificazione a mezzo "fax" in quanto, difettando in tale caso la prova della consegna dell'atto e la conoscenza legale dello stesso da parte del destinatario, essa esorbita dallo schema legale previsto dagli artt. 137 e seguenti cod. proc. civ. (cfr. Cass. 25.03.2003, n. 4319).

La stessa ha in particolare chiarito che: "L'art. 142 cod. proc. civ., in tema di notificazione a persona non residente, né dimorante, né domiciliata nella Repubblica, attribuisce il valore di fonte primaria alle convenzioni internazionali, in difetto delle quali è dato ricorso alla disciplina sussidiaria interna tra cui quella di cui all'art. 151 cod. proc. civ. - il quale ammette forme di notificazione, ordinate dal giudice, diverse da quelle previste dalla legge; benché tale procedimento di notificazione non preveda formalità necessarie devono garantirsi il diritto di difesa, il principio del contraddittorio e l'esigenza che le forme trovino corrispondenza nello scopo dell'atto; a tal fine costituiscono requisiti essenziali la certificazione dell'attività compiuta dal soggetto procedente, la consegna di copia conforme dell'atto, l'osservanza di formalità idonee a garantire la conoscenza legale dell'atto e un grado di certezza non inferiore a quello offerto dai procedimenti ordinari, quali, per le notifiche a mezzo posta, l'avviso di ricevimento (nella specie la S.C. ha ritenuto priva dei requisiti minimi e quindi inesistente la notificazione effettuata all'estero mediante fax e invio di raccomandata senza ricevuta di ritorno, cfr. Cass., Sez. Un. , 22.06.2007, n. 14570).

Nella notificazione a mezzo fax oltre ad esservi incertezza sulla data della trasmissione dell'atto (e quindi sulla sua idoneità a rispettare i termini processuali fissati dal rito societario), non vi può essere per i problemi tecnici in precedenza illustrati nessuna certezza né della provenienza dell'atto , né della effettiva conoscenza legale dello stesso da parte del destinatario , né della corrispondenza fra contenuto dell'atto trasmesso e ricevuto e rapporto di conferma (non essendo fra l'altro i tabulati telefonici in grado di dimostrare la trasmissione di un atto al numero di fax della controparte e tantomeno l'avvenuta trasmissione proprio di quello specifico atto che interessa).

La circostanza pertanto che il legale dei convenuti avesse manifestato il suo consenso all'invio degli atti a mezzo fax o posta elettronica, indicandi i relativi indirizzi (v. comparsa di risposta) appare irrilevante, come parimenti irrilevante appare la circostanza che il difensore dell'attore abbia dichiarato i fax conformi ai sensi della legge 7.06.1993, n.183.

L'inesistenza della notificazione effettuata dall'attore via telefax, tanto della memoria di replica ex art. 6 d. lgs. 5/03 (v. atto depositato in data 27.04.2007), immediatamente contestata come inesistente dai convenuti nella seconda memoria difensiva notificata a mani in data 31.05.2007, sia della seconda memoria dell'attore ex art. 7 (depositata il 7.07.07) e parimenti immediatamente contestata con la memoria notificata a mani il 27.07.07, sia infine dell'istanza di fissazione dell'udienza collegiale depositata in data 1.10.2007, ugualmente

contestata con la nota di precisazione delle conclusioni depositata in data 8.10.2007, comportano pertanto l'estinzione del processo ai sensi dell'art. 8, quarto comma della legge n. 5/03, come tempestivamente eccepito dai convenuti.

Appare equa la compensazione delle spese del giudizio, attesa la novità e complessità dei temi trattati, nonché i contrastanti indirizzi giurisprudenziali esistenti sulla questione controversa.

P. Q. M.

Il Tribunale, fra le parti definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza reietta:

dichiara l'estinzione del processo;

compensa fra le parti le spese del giudizio.

Così deciso in Udine, nella camera di consiglio del 11.01.2008.

Il Presidente est.

Gianfranco Pellizzoni

Depositato in cancelleria il

Il Cancelliere.