

Tribunale di Bari, Sez. IV Civ. – Relatore Dr. F. Cassano – 2 giugno 2005.

(110-m1)

**Processo societario – Scambio delle memorie e degli atti tra difensori - Nullità e inesistenza delle notificazioni eseguite a mezzo fax e posta elettronica – Sanatoria - Esclusione.**

Nell'ambito del processo societario, ove difetti la dichiarazione del difensore di volersi avvalere di mezzi di trasmissione degli atti processuali quali il fax o la posta elettronica, nel caso cioè in cui difetti l'assunzione del rischio derivante dall'utilizzo di strumenti che allo stato non rispondono pienamente alle esigenze di certezza che caratterizzano il processo civile, più che una questione di invalidità, si pone un problema di inesistenza delle comunicazioni e notificazioni effettuate con tali mezzi.

Ne consegue che la dichiarazione del difensore destinatario dell'atto deve ritenersi elemento interno ed essenziale della fattispecie complessa costitutiva della notificazione o della comunicazione, con la conseguenza che, in sua mancanza, non può attribuirsi efficacia sanante per preteso conseguimento dello scopo e ciò anche quando la parte si sia difesa nel merito. (fb)

(110-m2)

**Processo societario – Mutamento del rito – Omessa riassunzione – Notifica della memoria di contro replica – Estinzione del giudizio – Insussistenza.**

Qualora venga disposto il mutamento del rito ed ordinata la cancellazione della causa dal ruolo, il fatto che l'attore non abbia notificato al convenuto memoria di replica ai sensi dell'art. 6 d. lgs. n. 5/03 non comporta l'estinzione del giudizio ove il convenuto si sia avvalso della facoltà di notificare all'attore memoria di contro replica ai sensi dell'art. 7, 1° co. con la quale, pur eccependo l'estinzione del giudizio abbia precisato nel merito le proprie difese. (fb)

(110-t)

TRIBUNALE ordinario DI BARI  
SEZIONE Quarta CIVILE

Il Giudice Relatore, nella causa civile iscritta nel registro generale affari contenziosi sotto il numero d'ordine 4456 dell'anno 2004, ha pronunciato la seguente

**ORDINANZA**

letta l'istanza depositata in data 14.2.2005 con la quale i sigg. L. M., I. V., L. C. N., L. F. I., e la società Alfa s.r.l. hanno chiesto fissarsi l'udienza di discussione della causa innanzi al Collegio, ai sensi degli artt. 8 e 12 d.lgs. n. 5/2003;

letto il provvedimento in data 25.2.2005, di nomina del giudice relatore;

letta le memorie depositate dai convenuti M. P., BETA. s.r.l., Bianchi S., Verdi C., L. V., Rossi C., G. G., L. G., C. O., C. L., L. O., L. R., L. N., nonché dai terzi chiamati in garanzia Assicurazioni Generali S.p.A. e Aurora Assicurazioni S.p.A.;

premesso che, introdotta la causa con il rito ordinario, con provvedimento in data 1.12.2004 è stato disposto il mutamento del rito ed ordinata la cancellazione della causa dal ruolo, ai sensi dell'art. 1, u.c., d.lgs. n. 5/2003;

premesso altresì che, in data 30.12.2004, gli attori hanno depositato replica notificata alle controparti tramite fax, ovvero via e-mail;

considerato che, con contromemorie depositate in varie date, tutti i convenuti hanno eccepito l'irritualità o il difetto assoluto della notificazione e, quindi, l'avvenuta estinzione del giudizio, mentre taluni dei convenuti si sono difesi anche nel merito dell'avversa pretesa;

premesso da ultimo che, con provvedimento in data 14.3.2005, è stata disposta la

comparizione delle parti sull'eccezione di estinzione, ai sensi dell'art. 12, co. V, d.lgs. n. 5/2003;

### **OSSERVA**

1. Sulla notificazione della memoria di replica operata dagli attori via fax e via e-mail. L'eccezione di estinzione del giudizio si fonda su ciò che, introdotto il giudizio con il rito ordinario e disposto il mutamento del rito, gli attori hanno trasmesso la memoria di replica di cui agli artt. 1, co. V, e 6, co. I, d.lgs. n. 5/2003 al numero di fax ed all'indirizzo e-mail dei difensori dei convenuti.

L'art. 17 d.lgs. citato prevede espressamente che le notificazioni e le comunicazioni tra le parti costituite possano essere effettuate, oltre che a norma degli artt. 136 ss. c.p.c., anche con la trasmissione via fax ovvero con la trasmissione per posta elettronica. Precisa a tal fine la disposizione in questione che le trasmissioni tramite fax e per via telematica debbono avvenire nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la trasmissione dei documenti informatici e teletrasmessi.

Gli artt. 2 e 4 del decreto legislativo contemplano l'evenienza che la citazione, e la comparsa di costituzione, contengano la dichiarazione del difensore di voler ricevere le comunicazioni e le notificazioni, nel corso del procedimento, presso il numero di fax, ovvero presso l'indirizzo di posta elettronica, a tal fine espressamente indicati nell'atto.

Il coordinamento tra le due disposizioni evidenzia che le comunicazioni e le notificazioni in forma alternativa di cui all'art. 17 (fax e posta elettronica) possono essere effettuate solo qualora il procuratore destinatario dell'atto notificando abbia dichiarato di volersi avvalere di uno di quegli strumenti di comunicazione.

Il principio liberale di autoresponsabilità così introdotto, connesso alla dichiarazione del procuratore di volersi avvalere di forme di comunicazione alternative rispetto a quelle ordinarie di cui agli artt. 136 ss. c.p.c., evidenzia che, nel caso di mutamento del rito disposto ai sensi dell'art. 1, co. V, d.lgs. n. 5/2003, le comunicazioni e le notificazioni via fax o per posta elettronica, per essere efficaci (in senso lato), debbono essere precedute dalla dichiarazione del procuratore destinatario dell'atto di volersi avvalere di uno di quegli strumenti di comunicazione. Detta dichiarazione non può che essere contenuta in uno degli atti contemplati dagli artt. 6 e 7 del decreto legislativo.

Nel caso di specie, la notificazione via fax o via e-mail della memoria di replica ai procuratori delle parti convenute non è stata preceduta da alcuna loro dichiarazione di volersi avvalere di siffatti mezzi di trasmissione, sicchè la notificazione deve dirsi effettuata in modo palesemente irrituale.

Senonché, la costituzione nel giudizio "riassunto" di tutte quante le parti convenute (rectius: la notificazione ed il deposito da parte loro delle memorie di replica) impone di vagliare se la notificazione operata irritualmente dagli attori, ancorché sicuramente invalida, abbia egualmente raggiunto lo scopo suo proprio, sicchè l'invalidità possa ritenersi sanata ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 156, u.c., c.p.c.

La questione rileva giacchè taluni dei convenuti, con le prefate memorie, hanno eccepito l'avvenuta estinzione del giudizio, ma si sono altresì difesi nel merito della controversia (sull'efficacia sanante della costituzione del convenuto, a fronte di notificazione dell'atto introduttivo nulla, cfr., ex plurimis, Cass. civ., sez. I, 9 settembre 1993, n. 9445, in Giust.

civ. Mass. 1993, 1380).

Sotto questo aspetto, occorre vagliare se la notificazione debba dirsi nulla, ovvero se non debba piuttosto essere considerata come giuridicamente inesistente.

Sul punto, deve dirsi non del tutto condivisibile quell'orientamento giurisprudenziale (del quale comunque vanno condivise le conclusioni: vd. infra) che legge la disposizione di cui all'art. 17 in combinato disposto con l'altra di cui all'art. 1, co. IV, d.lgs. n. 5/2003, a mente della quale "per quanto non diversamente disciplinato dal presente decreto, si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili". Con la conseguenza di ritenere applicabile anche la disposizione di cui all'art. 137 c.p.c., che demanda all'ufficiale giudiziario le notificazioni, salvo che sia altrimenti disposto, e di inferire poi che la "forma legale" della notificazione imporrebbe che la stessa sia comunque eseguita dall'organo ad essa istituzionalmente deputato, vale a dire dall'ufficiale giudiziario (così, Trib. Monza, 30 dicembre 2004, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); Trib. Monza, 4 novembre 2004, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it)).

In senso contrario, s'è efficacemente rilevato che una siffatta lettura è smentita dalla lettera stessa della legge, che espressamente dichiara l'intenzione di dettare una disciplina processuale altra e diversa rispetto a quella dettata dagli artt. 136 e segg. c.p.c.; ed inoltre, che lo stesso art. 137, co. I, c.p.c. dispone che le notificazioni sono eseguite dall'ufficiale giudiziario "quando non è disposto altrimenti"; mentre in senso contrario non potrebbe invocarsi il fatto che la lettera c) del comma 1, diversamente dalle precedenti, faccia espressamente riferimento allo "scambio diretto tra difensori", poiché l'espressione sarebbe necessitata dal richiamo alla disciplina già esistente in materia, dettata dalla legge 21.1.1994, n. 53, i cui eccessivi formalismi la disciplina del d.lgs. n. 5/2003 intenderebbe superare (così, in termini, Trib. L'Aquila, 25 marzo 2005).

Escluso, per questa via, che la "trasmissione" effettuata via fax o tramite e-mail possa dirsi inesistente sol perchè non effettuata dall'ufficiale giudiziario, resta da esaminare la questione più generale se la notificazione alternativa effettuata dagli attori possa dirsi comunque astrattamente rispondente al tipo normativo.

Ad avviso del giudicante, dirimente è la circostanza per cui, nel modello legale disegnato dalla novella, l'utilizzo di mezzi alternativi di trasmissione degli atti processuali è consentito solo tra le parti costituite, sicchè le parti contumaci sono sottratte a forme di comunicazione e di trasmissione per le quali la garanzia dell'effettiva conoscibilità dell'atto è inevitabilmente connessa alla circostanza che la parte stessa, attraverso il proprio difensore, abbia comunicato formalmente le proprie coordinate tecniche, che ne assicurino la <<reperibilità>> attraverso tali mezzi di comunicazione. Pertanto, solo ove vi sia stata la dichiarazione del difensore di volersi avvalere di quei mezzi alternativi, può porsi la questione, logicamente successiva, della sanabilità di una notificazione che, pur invalida per l'inosservanza della normativa concernente la sottoscrizione e la trasmissione dei documenti informatici e teletrasmessi, abbia comunque raggiunto lo scopo suo proprio.

Ed invero, solo ove il difensore abbia reso quella dichiarazione può dirsi che egli abbia accettato il rischio (verso la controparte e verso il proprio assistito) legato all'incertezza in ordine alla provenienza dell'atto, alla data di sua effettiva spedizione e ricezione, alla sua conformità all'originale, all'antioriorità della procura rispetto all'atto di citazione, ecc..

Non a caso, la normativa sin qui vigente in tema di comunicazioni e notificazioni a mezzo

fax (l. 7 giugno 1993, n. 193), richiede che ai due difensori (quello che trasmette e quello che riceve) sia conferita dalla medesima parte procura alle liti ex art. 83 c.p.c.; che l'atto trasmesso porti l'indicazione e la sottoscrizione leggibile dell'avvocato estensore e che tali elementi risultino dalla copia fotoriprodotta dell'atto; che la copia fotoriprodotta, il cui originale sia dichiarato conforme all'originale trasmesso da parte dell'avvocato trasmittente, sia sottoscritta anche dall'avvocato ricevente.

Il legislatore contempla cioè modalità e accorgimenti particolari funzionali alle esigenze di certezza proprie del processo civile, onde sopperire alle carenze del mezzo tecnico.

Ancora più evidente la conclusione, ove si sia in presenza di trasmissione effettuata per posta elettronica.

Allo stato, ed in generale, l'e-mail deve essere considerata un documento informatico che soddisfa il requisito della "forma scritta" ai sensi dell'art. 6 d.lgs. n. 10/2002 (cfr. Trib. Cuneo, 15 dicembre 2003, n. 848, in [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it); Trib. Bari, 19 dicembre 2003-20 gennaio 2004, n. 89, in [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it)). Ciò in quanto si tratta di documento provvisto di firma elettronica leggera, o "debole", cioè di un insieme di dati in forma elettronica, allegati oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici, utilizzati come metodo di autenticazione informatica (art. 2, lett. a, d.lgs. 10/2002).

Ciononostante, in quanto non assistita da firma digitale o da altra firma sicura, l'e-mail non garantisce l'immodificabilità e l'integrità del documento, né la sicura provenienza del documento dal soggetto che appare esserne l'autore, e neppure garantisce la volontarietà della circolazione, posto che il meccanismo informatico allo stato non assicura, sul piano tecnico, la riferibilità della circolazione del documento all'autore dell'e-mail.

Non a caso, il D.P.R. 11 febbraio 2005, n. 68 ha introdotto la c.d. posta elettronica certificata, cui si riconnette una forma di firma avanzata, e la cui operatività è però anch'essa subordinata alla (futura) emanazione di particolari regole tecniche. E non a caso, nello specifico ambito del processo civile ordinario, le comunicazioni e le notificazioni per via telematica sono disciplinate dal D.P.R. 13 febbraio 2001, n. 123, che le consente, purché siano effettuate per il tramite del << sistema informatico civile >> (ancora in corso di sperimentazione), e purché si tratti di atti dotati di c.d. firma digitale, l'unica che, per la sua selettività, è in grado di assicurare la genuinità dell'atto, la sua paternità e la volontarietà della circolazione. Le comunicazioni e le notificazioni possono essere fatte anche agli indirizzi di posta elettronica dichiarati dalle parti, e quindi fuori del << sistema informatico civile >>, ma in questo caso alla trasmissione telematica deve provvedere l'ufficiale giudiziario (art. 7).

Anche con riguardo alle comunicazioni telematiche nell'ambito del processo civile ordinario vengono in rilievo, dunque, dettagliate modalità tecniche legate alle peculiarità ed alle esigenze di certezza proprie del processo.

Ed allora, nell'ambito del processo societario deve di necessità concludersi nel senso che, ove difetti la dichiarazione del difensore di volersi avvalere di mezzi di trasmissione degli atti processuali quali il fax o l'e-mail, nel caso cioè in cui difetti l'assunzione del rischio derivante dall'utilizzo di strumenti che allo stato non rispondono pienamente alle esigenze di certezza che caratterizzano il processo civile, deve dirsi essersi fuori dello schema legale tipico della comunicazione e della notificazione alternativa, quale disegnato dal processo societario,

sicchè, più che una questione di invalidità, si pone un problema di inesistenza della comunicazione o della notificazione così effettuata.

In altri termini, l'assunzione di responsabilità del difensore destinatario dell'atto deve ritenersi elemento interno ed essenziale della fattispecie complessa costitutiva della <<notificazione>> o della <<comunicazione>> alternativa, la cui mancanza dà luogo all'inesistenza dell'atto.

Con la conseguenza ulteriore che, in sua assenza, alla costituzione in giudizio della parte non può attribuirsi alcuna efficacia sanante della "notifica", per preteso conseguimento dello scopo suo proprio, e ciò quand'anche la parte si sia difesa nel merito.

La notificazione della memoria replica di cui agli artt. 1 e 6 d.lgs. n. 5/2003, operata dagli attori, deve dirsi pertanto del tutto inesistente.

2. Sull'eccezione di estinzione del giudizio. Ad avviso dei convenuti, l'inesistenza della notificazione della memoria di replica implicherebbe la mancata riassunzione in termini del giudizio, in considerazione dell'ordinanza che, ai sensi dell'art. 1, co. V, d.lgs. n. 5/2003, aveva disposto la cancellazione della causa dal ruolo e, quindi, l'estinzione del giudizio, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 307, co. III, c.p.c.

L'assunto non può essere condiviso. Invero, la cancellazione della causa cui fa riferimento l'art. 1, co. V, citato è cancellazione dal ruolo del giudice istruttore, la cui figura viene meno per effetto del disposto mutamento del rito. Il processo prosegue innanzi al giudice adito senza soluzione di continuità, come reso evidente dalle disposizioni in ordine al mutamento del rito. Sicchè, la memoria di replica che, ai sensi dell'art. 1, co. V, l'attore deve notificare alla controparte nel termine di cui all'art. 6 non svolge alcuna funzione di riassunzione del giudizio in senso proprio, e la sua omissione non dà luogo ad alcuna estinzione del processo. La memoria di replica di cui agli artt. 1 e 6 ha la più limitata (ma essenziale) finalità di consentire alla parte la integrazione delle difese, adeguandole alla scansione dialettica prevista dal processo societario. Sicchè, la sua omissione sortisce l'unico effetto di rendere immediatamente operative le decadenze e le preclusioni che l'art. 6, co. II, fissa con riguardo alla individuazione del thema decidendum e del thema probandum.

Né potrebbe opinarsi, ai fini dell'estinzione del giudizio, nel senso che, per effetto della mancata notifica della memoria di replica da parte dell'attore, ne risulti travolto il meccanismo processuale delineato dall'art. 8 in ordine ai termini per proporre l'istanza di fissazione della udienza di discussione, meccanismo alla cui violazione consegue appunto, per dettato normativo, l'estinzione del processo (art. 12, co. V).

Invero, in tal modo argomentando si omette di considerare che, nonostante l'omissione degli attori, i convenuti si sono avvalsi della facoltà loro riconosciuta dall'art. 7, co. I, di notificare agli attori memoria di controreplica, con la quale, eccepita l'estinzione del processo, hanno anche precisato nel merito le loro difese. In tal modo, i convenuti hanno ripristinato la dialettica processuale, secondo la scansione prevista dalla novella, ed hanno rimesso in termini gli attori, i quali hanno loro notificato, tempestivamente, l'istanza di fissazione dell'udienza di discussione, ai sensi dell'art. 8 citato.

Sicchè, conclusivamente, sotto ogni e qualsivoglia profilo, l'eccezione di estinzione del processo si palesa infondata.

3. Sui provvedimenti di cui all'art. 12 d.lgs. n. 5/2003. Inesistente la notificazione della

memoria di replica di cui agli artt. 1 e 6 d.lgs. n. 5/2003, ne consegue - come già rilevato - che gli attori debbono ritenersi incorsi nelle decadenze e nelle preclusioni delineate dall'art. 6, co. II, citato.

L'art. 10, co. II, d.lgs. n. 5/2003 fissa la regola generale per cui la decadenza istruttoria concernente i nova dev'essere eccepita dalla parte interessata con il primo atto utile, ai sensi dell'art. 157 c.p.c.

Nel caso di specie, l'eccezione è stata correttamente sollevata dalla difesa dei convenuti L. N., L. R., L. O. e BETA. Europa s.r.l. già con la memoria ex art. 7 d.lgs. depositata in data 20.1.2005, ed è stata poi reiterata dalle stesse parti, in data 14.2.2005, mediante la nota depositata ai sensi dell'art. 10. Analoga eccezione hanno sollevato, in data 14.2.2005, i convenuti L. Vincenzo, Rossi C., G. G., L. G. e C. O., nonché il convenuto Bianchi S., con le rispettive memorie rese ai sensi dell'art. 10.

Pertanto, le nuove richieste istruttorie formulate dagli attori con l'istanza di fissazione dell'udienza di discussione debbono dirsi tardive e inammissibili: le domande e le allegazioni difensive, nonché le produzioni documentali da considerare, e le prove costituenti sulle quali occorre provvedere, sono esclusivamente quelle formulate dagli attori con l'originario atto di citazione.

Sotto siffatto profilo, va dichiarato ammissibile e rilevante l'interrogatorio formale deferito dagli attori ai convenuti L. O., L. R., L. Vincenzo e L. N. sulle circostanze di cui alle lettere C), E), F), G), H), J), N) e Q) dell'atto di citazione.

Quanto alla prova testimoniale offerta dagli attori sui medesimi capitoli, deve dirsi che il cap. sub C) per un verso verte su circostanze incontestate, per altro verso appare irrilevante ai fini della decisione; quello sub E) per un verso appare inammissibile per come formulato, giacchè privo delle circostanze di tempo, di luogo e di persone tra le quali si sarebbe raggiunto l'accordo, per altro verso irrilevante, ove volto a confermare l'impegno del 27.5.2003, mentre appare nuovamente inammissibile ove volto a dimostrare l'esistenza di patti aggiunti coevi al documento scritto di cui all'impegno del 27.5.2003; quello sub F) appare irrilevante, la circostanza oggetto di prova (id est: l'impegno del 27.5.2003) essendo evincibile documentalmente; quello sub G), appare inammissibile per come formulato, giacchè generico nella indicazione delle circostanze di tempo, di luogo e di persone, sicchè non può essere valorizzato neppure al limitato fine dell'interpretazione della volontà delle parti, come manifestatasi nel prefato impegno del 27.5.2003; quello sub H) appare inammissibile sia per la sua genericità, traducendosi nella sostanziale devoluzione ai testi di meri giudizi, sia in quanto volto alla dimostrazione della sussistenza di patti aggiunti, coevi allo scritto; quello sub J) appare irrilevante ai fini della decisione, vertendo su circostanza incontestata tra le parti; quello sub N) appare inammissibile, traducendosi nella devoluzione al teste di meri giudizi; quello sub Q) appare inammissibile, traducendosi anch'esso nella devoluzione al teste di meri giudizi.

Quanto alla prova testimoniale offerta dai convenuti BETA. Europa s.r.l., L. O., L. N. e L. R., essa appare irrilevante ai fini della decisione, vertendo su fatti che non sono stati fatti oggetto di contestazione sul piano storico.

Occorre disporre c.t.u. al fine di accertare l'effettiva situazione patrimoniale della società alla data del 27.5.2003 e del 30.6.2003, nonché l'effettività delle doglianze attoree

concernenti i criteri di valutazione degli immobili, e da ultimo le pretese omissioni e irregolarità nella redazione del c.d. rendiconto.

P.T.M.

Rigetta l'eccezione di estinzione del processo. Fissa per la discussione l'udienza collegiale del giorno 17 ottobre 2005. Ammette l'interrogatorio formale deferito dagli attori ai convenuti, sì come articolato in atto di citazione. Rigetta la prova testimoniale articolata dagli attori in citazione. Dichiara decaduta parte attrice dalle ulteriori prove costituenti offerte. Rigetta la prova testimoniale offerta dai convenuti BETA. Europa s.r.l., L. O., L. N. e L. R.. Dispone c.t.u. a tal fine nominando il dott. \*\*\* e l'ing. \*\*, e ne dispone la comparizione ai fini del giuramento e dell'assegnazione dei quesiti all'udienza di discussione. Invita le parti a depositare memorie conclusionali entro cinque prima dell'udienza di discussione, nonché a prendere esplicita posizione in ordine alle condizioni per la conciliazione della lite. Invita altresì le parti a comparire personalmente all'udienza così fissata, per il tentativo di conciliazione. Rappresenta che l'interrogatorio formale deferito dagli attori sarà assunto solo all'esito dell'eventuale conferma della sua ammissione da parte del Collegio.

Manda al Cancelliere per la comunicazione alle parti della presente ordinanza e per la sua notificazione ai consulenti tecnici designati.

Così deciso in Bari, addì 02/06/2005.