

ASSOCIAZIONE UFFICIALI GIUDIZIARI in EUROPA

Tribunale di Milano, ord. 1 marzo 2006 – Pres. Vanoni, Est. Silvia Brat.

Notificazione per via telematica degli atti nel processo civile e nel processo societario – Modalità – Collaborazione dell'ufficiale giudiziario – Necessità – Caratteristiche del documento teletrasmesso – Mancanza dei requisiti previsti dalle leggi e dai regolamenti in materia – Nullità.

Entrambe le modalità di notificazione degli atti processuali contenuti su supporto informatico e sottoscritti con firma digitale previste dall'art. 2 del D.P.R. 13 febbraio 2001, n. 123 -quella per via telematica attraverso il sistema informatico civile (S.I.C.I.), reso operativo dal D.M. 14 ottobre 2004, costituito da un gestore centrale presso il Ministero della Giustizia e da gestori locali presenti presso ciascun ufficio giudiziario e ciascun ufficio notifiche, esecuzioni e protesti (UNEP) e quella, sempre per via telematica, all'indirizzo elettronico dichiarato ai sensi dell'art. 7, ossia all'indirizzo di posta elettronica che il difensore ha comunicato al Consiglio dell'Ordine e da questi reso disponibile ai sensi del III co. dello stesso art. 7- richiedono pur sempre la collaborazione dell'ufficiale giudiziario.

Il documento oggetto di notifica per via telematica deve, inoltre, essere redatto secondo le prescrizioni di cui all'allegato al D.M. 15 dicembre 2005 avente ad oggetto la "*strutturazione dei modelli DTD (Document Type definition) relativa all'uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile*".

Deve pertanto essere dichiarata la nullità della notifica effettuata per via telematica nell'ambito del processo societario senza il rispetto dei citati parametri normativi in quanto la stessa non consente di pervenire ad un giudizio di certezza legale in ordine alla ricezione dell'atto, nè, in assenza di sottoscrizione con firma digitale o con firma elettronica qualificata, sono soddisfatti i parametri normativi in ordine all'autenticità della sottoscrizione, all'integrità del documento, alla volontarietà della trasmissione dello stesso.

Processo societario – Mancata notifica della comparsa di risposta – Rinnovazione della notifica – Esclusione.

Nell'ambito del processo societario, l'art. 13 del d. lgs. n. 5/2003 sanziona la mancata notifica della comparsa di risposta con l'effetto della non contestazione dei fatti costitutivi allegati dall'attore. Non è pertanto possibile, in tale fattispecie, far luogo alla rinnovazione della notifica in quanto l'art. 162 c.p.c. subordina la rinnovazione degli atti ad un giudizio di compatibilità con le preclusioni *medio tempore* verificatesi.

Processo societario – Mancata notifica della comparsa di risposta – Conclusione della domanda – Oggetto del giudizio del giudice.

Nell'ipotesi di mancata notifica della comparsa di risposta ex art. 13, II comma, D. Lgs. n. 5/2003, il giudizio di conclusione dei fatti costitutivi allegati dall'attore involge le circostanze fattuali e non la domanda nel suo complesso. Da ciò consegue che rimane pur sempre compito del giudice valutare eventuali eccezioni rilevabili d'ufficio ed emergenti dagli atti, così come la congruenza dei fatti esposti rispetto alle richieste.

-omissis-

A scioglimento della riserva di cui all'udienza in data 1 marzo 2006, osserva, in fatto:

1A) M. S. ha depositato in data 20 maggio 2004 istanza per la fissazione di udienza ai sensi dell'art. 8, II comma, lett. c), D.Lgs. n. 5/2003;

2A) gli attori hanno depositato in data 20 maggio 2004 istanza per la fissazione di udienza ex art. 13, II comma D.Lgs. n. 5/2003, sottolineando che la parte convenuta non

aveva notificato la comparsa di risposta nel termine stabilito dall'art. 2, I comma lett. c) D.Lgs. n. 5/2003;

3A) la Difesa della parte convenuta ha depositato note difensive ex art. 10 D.Lgs. n. 5/2003, osservando che: a) aveva già provveduto a notificare istanza di fissazione di udienza ai sensi dell'art. 8, II comma, lett. c), D.Lgs. n. 5/2003 con deposito in data 20 maggio 2004, dal momento che nella comparsa di risposta non aveva formulato eccezioni non rilevabili d'ufficio, né domande riconvenzionali, né aveva chiamato in causa terzi; b) ne conseguiva che l'istanza depositata dagli attori era inammissibile; c) gli attori avevano regolarmente ricevuto la notifica sia della comparsa di risposta, sia dell'istanza di fissazione di udienza, in quanto la convenuta era regolarmente costituita, avendo notificato, in data 14 maggio 2004, la propria comparsa all'indirizzo di posta elettronica indicato in citazione (giorgio.carpinelli@legalstudio.it), laddove il termine ultimo per la costituzione era il 15 maggio 2004; la notifica a mezzo di posta elettronica si era resa necessaria a causa dell'inoperatività del numero di fax indicato dagli attori in citazione (***) ed, a tale proposito, la Difesa della M. S. poneva in rilievo come avesse effettuato cinque tentativi di notificare la comparsa via fax;

4A) il giudice relatore, nel decreto di fissazione di udienza in data 12.10.2004, ha rilevato che "allo stato degli atti, dalla produzione documentale della parte convenuta emerge l'intervenuta comunicazione all'attore della comparsa di costituzione con posta elettronica";

5A) il Collegio ha confermato il decreto di fissazione di udienza, con ordinanza depositata l'1 dicembre 2004, dopo l'udienza del 26 novembre 2004, nel corso della quale la Difesa attorea ha ampiamente argomentato in merito alla mancata notifica della comparsa della controparte;

6A) a seguito del rilievo circa la mancata sottoscrizione, da parte del Presidente del Collegio, dell'ordinanza collegiale di cui sopra, la causa era rimessa al Collegio all'udienza del 20 aprile 2005, ove le parti procedevano nuovamente alla discussione relativamente anche alla questione pregiudiziale della costituzione della convenuta;

7A) con ordinanza in data 20 aprile 2005 era confermata la precedente ordinanza collegiale del 26 novembre 2004 e fissata l'udienza per l'assunzione delle prove ammesse;

8A) assunta la deposizione testimoniale ritenuta necessaria, la causa era rimessa in decisione all'udienza collegiale dell'1 marzo 2006;

Poste tali premesse in fatto, il Collegio enuncia sinteticamente le contrapposte tesi delle parti:

1B) la Difesa attorea ha osservato come la notifica per posta elettronica, in ossequio a quanto previsto dal D.P.R. n. 123/2001 in materia di utilizzo di strumenti informatici e telematici nel processo civile, debba avvenire mediante le forme di cui al D.P.R. n. 445/2000, ossia con il sistema informatico civile (S.I.C.I.): è solo in tal modo che è assicurata l'individuazione dell'ufficio giudiziario e del procedimento, l'individuazione del soggetto che inserisce, modifica o comunica l'atto, l'avvenuta ricezione della comunicazione dell'atto e l'automatica abilitazione del difensore e dell'ufficiale giudiziario: in particolare, l'art. 6 del regolamento stabilisce che "la parte che richiede la notificazione di un atto deve trasmettere

per via telematica l'atto medesimo all'Ufficiale Giudiziario, il quale procederà alla notifica egualmente per via telematica" (v. pag. 4 della memoria conclusionale); ad avviso degli attori, quindi, la trasmissione dell'atto da notificare deve, in ogni caso, avvenire attraverso l'Ufficiale giudiziario anche per le trasmissioni via fax e via e-mail. Sul piano processuale l'inosservanza di dette previsioni determina l'inesistenza della notifica della comparsa, che, essendo stata effettuata in un modo assolutamente non previsto dalla normativa di riferimento, non è inscrivibile nel modello legale prestabilito. Ed, invero, la Difesa della M. S. non si è rivolta all'Ufficiale giudiziario per la notifica, la relazione di notifica non risulta sottoscritta da alcuno ovvero dal notificatore, che è indicato nella persona dell'Avv. *** o dell'Avv. ***, non abilitati ai sensi della L. n. 53/1994. Né, ad avviso degli attori, l'atto ha raggiunto il suo scopo, alla luce delle argomentazioni addotte da controparte, che ha asserito l'avvenuta trasmissione e lettura dell'atto ad opera dell'Avv. ***.

2B) La Difesa della M. S. ha rilevato che l'art. 17 del nuovo rito societario ha introdotto la facoltà di procedere alla notifica senza l'intervento dell'ufficiale giudiziario; del resto, che la notifica degli atti non sia di esclusiva competenza degli ufficiali giudiziari emergerebbe anche dalla L. n. 53/1994. In ogni caso, ha rilevato che l'art. 14 del D.P.R. n. 445/2000 prevede che "il documento trasmesso per via telematica si intende trasmesso e pervenuto al destinatario, se trasmesso all'indirizzo di posta elettronica da questi dichiarato". I documenti dal n. 50 al n. 54 dimostrerebbero l'avvenuta trasmissione e consegna con successo della comparsa di costituzione alla casella di posta elettronica del difensore dei R. in data 14 maggio 2004, ore 21,08. In ogni caso, la notifica, anche eventualmente viziata da nullità, avrebbe raggiunto lo scopo, essendo stati gli scritti difensivi di M. S. recapitati alle controparti. Parte convenuta ha osservato, poi, come il documento contenente la comparsa di costituzione sia stato redatto in formato p.d.f., come tale non modificabile. Allo stesso modo, stante l'infruttuoso ricorso al numero di fax, la Difesa della convenuta ha notificato per posta elettronica l'istanza di fissazione di udienza in data 15 maggio 2004.

Sulla questione pregiudiziale, il Collegio osserva:

1C) l'art. 2 del D.Lgs. n. 5/2003 prevede, con riferimento al contenuto dell'atto di citazione, "l'indicazione del numero di fax o dell'indirizzo di posta elettronica presso cui il difensore dichiara di voler ricevere le comunicazioni e le notificazioni nel corso del procedimento". L'art. 4 del D.Lgs. n. 5/2003 stabilisce, con riguardo al contenuto della comparsa di costituzione, che "nella stessa comparsa il convenuto deve indicare il numero di fax o l'indirizzo di posta elettronica presso cui il difensore dichiara di voler ricevere le comunicazioni e le notificazioni nel corso del procedimento". L'art. 1, comma IV del D.Lgs. n. 5/2003 stabilisce che "per quanto non diversamente disciplinato dal presente decreto, si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili". L'art. 17 del D.Lgs. n. 5/2003 al II comma, autorizza la notificazione e la comunicazione alle parti costituite, oltre che a norma dell'art. 136 e seguenti del codice di procedura civile, anche con trasmissione a mezzo fax, o per posta elettronica, o "con scambio diretto tra difensori attestato

da sottoscrizione per ricevuta sull'originale, apposta anche da collaboratore o addetto allo studio del difensore"; inoltre stabilisce: "le disposizioni del comma 1 si applicano a tutti i procedimenti previsti dal presente decreto e le trasmissioni di atti ai sensi del comma 1, lettera a) e b) devono essere effettuate nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione e la trasmissione di documenti informatici o teletrasmessi". L'art. 137 c.p.c. stabilisce che, fatta salva diversa disposizione di legge, le notificazioni sono eseguite dall'ufficiale giudiziario.

A questo punto, è necessario illustrare la normativa di riferimento per le notificazioni nel processo informatico, partendo dal D.P.R. 13 febbraio 2001, n. 123 (regolamento recante la disciplina sull'uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile, nel processo amministrativo e nel processo dinanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti), regolamento che prevede che la notificazione degli atti processuali contenuti su supporto informatico e sottoscritti con firma digitale possa avvenire per via telematica secondo specifica modalità; in particolare, ai sensi dell'art. 2, II comma, tale attività deve essere effettuata attraverso il sistema informatico civile (S.I.C.I.), fatto salvo quanto disposto dal successivo art. 6. Il sistema informatico civile è definito come "il sottoinsieme delle risorse del dominio giustizia mediante il quale l'amministrazione della giustizia tratta il processo civile" (art. 1 comma I, lett. f). Requisiti essenziali ed indispensabili del sistema informatico civile, secondo quanto indicato dall'art. 3 del citato D.P.R., sono: a) l'individuazione dell'ufficio giudiziario e del procedimento; b) l'individuazione del soggetto che inserisce, modifica o comunica l'atto; c) l'avvenuta ricezione della comunicazione; d) l'automatica abilitazione del difensore e dell'ufficiale giudiziario. Il sistema informatico civile, reso operativo con l'emanazione del D.M. 14 ottobre 2004, (regole tecnico - operative per l'uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile) è costituito da un gestore centrale attivo presso il Ministero della Giustizia e da gestori locali presenti presso ciascun ufficio giudiziario e ciascun ufficio notifiche, esecuzioni e protesti (UNEP), che gestiscono, rispettivamente, i registri, i fascicoli informatici e le notifiche. Pertanto, l'avvocato, munito di casella di posta elettronica certificata per il processo telematico (CPECPT), può accedere al S.I.C.I. tramite un punto di accesso istituito presso il Consiglio dell'Ordine di appartenenza (PdA), che consente, ai soggetti abilitati, la connessione al gestore centrale; questo, a sua volta, permette il collegamento sia con la cancelleria dell'ufficio giudiziario - al fine di visionare i fascicoli nei quali l'avvocato è costituito o di depositare atti o documenti nel fascicolo informatico - sia con il sistema informatico di gestione degli ufficiali giudiziari, al fine di trasmettere gli atti giudiziari per la notifica. L'art. 45, III e IV comma, del D.M. 14 ottobre 2004 dispone che le richieste di notifica dei difensori debbono essere inoltrate al sistema informatico dell'UNEP tramite il punto di accesso del mittente "nel rispetto dei requisiti dei documenti informatici provenienti dall'esterno. La notificazione di documenti informatici da parte dell'UNEP rispetta i requisiti richiesti per la comunicazione da ufficio giudiziario verso soggetti abilitati esterni. Il sistema informatico dell'UNEP, eseguita la notifica, trasmette per via telematica a chi ha richiesto il servizio, il documento informatico con la relata

di notifica costituita dalla ricevuta elettronica sottoscritta dall'ufficiale giudiziario con firma digitale".

Come sopra accennato, l'art. 2 del D.P.R. n. 123/2001 prevede anche un'alternativa alla notifica tramite S.I.C.I. e, precisamente, quella indicata nell'art. 6, che così statuisce: "le comunicazioni con biglietto di cancelleria, nonché la notificazione degli atti, effettuata quest'ultima come documento informatico sottoscritto con firma digitale, possono essere eseguite per via telematica, oltre che attraverso il sistema informatico civile, anche all'indirizzo elettronico dichiarato ai sensi dell'art. 7", ossia all'indirizzo di posta elettronica che il difensore ha comunicato al Consiglio dell'Ordine e da questi reso disponibile, ai sensi del comma III dello stesso articolo 7. Si tratta, in sostanza, di indirizzi elettronici comunicati dai vari ordini professionali al Ministero della Giustizia, consultabili per via telematica, al pari degli indirizzi di posta elettronica degli uffici giudiziari e degli uffici notifiche (UNEP). Con questo diverso sistema di notifica, l'ufficiale giudiziario, richiesto direttamente dal difensore della parte tramite invio telematico dell'atto da notificare, procede alla notifica con la medesima modalità, restituendo, poi, l'atto notificato munito di relazione di notifica attestata dalla sua firma digitale. Il III comma dell'art. 6 prevede, infine, che, qualora l'ufficiale giudiziario non proceda alla notificazione per via telematica, estraiga dall'atto ricevuto come documento informatico, la copia su supporto cartaceo, ne attesti la conformità all'originale e provveda a notificare la copia stessa unitamente al duplicato del documento informatico ai sensi dell'art. 138 e seguenti del codice di procedura civile.

In entrambi i casi, quindi, è consentita la notificazione per via telematica, ma pur sempre tramite l'ufficiale giudiziario.

Si tratta, a questo punto, di individuare i concetti di documento informatico e di sottoscrizione dello stesso mediante firma digitale.

Il documento informatico è definito, dall'art. 1 del D.P.R. 13 febbraio 2001, n. 123, come "la rappresentazione informatica del contenuto di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 10 novembre 1997, n. 513". Esso è prodotto da un elaboratore elettronico (più comunemente conosciuto come personal computer) e si sostanzia in un insieme di impulsi elettronici che, tramite un video, una stampante od altri dispositivi, possono essere riprodotti in testi, immagini, suoni e via dicendo. La sottoscrizione del documento cartaceo mediante segni autografi si traduce, nel documento informatico, nella firma digitale. Il D. Lgs. 7 marzo 2005, n. 82 - che ha sostituito il precedente D. Lgs. 23 gennaio 2002, n. 10 attuativo della direttiva 1999/93/CE, relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche - definisce, all'art. 1 lett. s) la firma digitale come un "particolare tipo di firma elettronica qualificata basata su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare, tramite la chiave privata ed al destinatario, tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'autenticità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici"; l'art. 1 lett. r) definisce la firma elettronica qualificata come "la firma elettronica ottenuta attraverso

una procedura informatica che garantisce la connessione univoca al firmatario e la sua univoca autenticazione informatica, creata con mezzi sui quali il firmatario può conservare un controllo esclusivo e collegata ai dati ai quali si riferisce in modo da consentire di rilevare se i dati stessi siano stati successivamente modificati, che sia basata di un certificato qualificato e realizzata mediante un dispositivo sicuro per la creazione della firma, quale l'apparato strumentale usato per la creazione della firma elettronica". L'art. 21 dello stesso decreto legislativo stabilisce, poi, che solo "il documento informatico, sottoscritto con firma digitale o con un altro tipo di firma elettronica qualificata, ha l'efficacia prevista dall'art. 2702 del codice civile". Orbene, la firma digitale, come anche la firma elettronica qualificata, costituisce una sorta di codice informatico che, associato ad un insieme di dati, consente di assicurare l'identificazione e l'autenticazione del soggetto che li ha redatti, nonché l'integrità dei dati stessi. Ne segue, pertanto, che tale tipo di firma, non consistendo affatto in un segno materiale apposto sul documento, nulla ha in comune con la firma autografa, essendo il risultato dell'applicazione di tecniche di crittografia al documento informatico. In sostanza, si tratta del collegamento, mediante un algoritmo, di due chiavi, l'una privata nell'esclusiva disponibilità del titolare e l'altra pubblica, disponibile su un pubblico elenco; tali due chiavi sono complementari, nel senso che una consente di sbloccare l'altra, ma la conoscenza della chiave pubblica non consente di risalire alla chiave privata, proprio in quanto l'algoritmo è rigidamente prefissato in un'unica direzione. Pertanto, un documento viene firmato con la chiave privata mediante l'utilizzo della stessa per la cifratura del documento o, meglio, per l'estrazione di un riassunto dello stesso; il riassunto cifrato può essere associato al documento firmato ed al firmatario esclusivamente mediante l'impiego della chiave pubblica, a sua volta associata al certificato che identifica il firmatario. Qualora la firma digitale o altro tipo di firma elettronica qualificata sia basata su un certificato elettronico revocato, scaduto o sospeso, la sottoscrizione deve ritenersi inesistente (art. 21, III comma, D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82). Laddove, invece, il documento informatico sia sottoscritto con firma elettronica (ma non digitale, né qualificata) è liberamente valutabile in giudizio "tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità e sicurezza" (art. 1, I comma D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82).

La notifica per via telematica presuppone, poi, l'esistenza dell'indirizzo elettronico del destinatario, definito in termini di "identificatore di una risorsa fisica o logica in grado di ricevere e registrare documenti informatici", secondo quanto indicato dall'art. 22, I comma, lett. h) del D.P.R. n. 445/2000. Con D.P.R. 11 febbraio 2005, n. 68, il legislatore ha fornito la nozione di posta elettronica certificata, indicata in via generale dall'art. 11 del D.M. 14.10.2004, stabilendo, all'art. 1, II comma, lett. g) che per posta elettronica certificata si intende "ogni sistema di posta elettronica nel quale è fornita al mittente documentazione elettronica attestante l'invio e la consegna dei documenti informatici". Per fruire del servizio di posta elettronica certificata, è necessario avvalersi dei gestori inclusi in un apposito elenco pubblico, secondo le disposizioni di cui all'art. 14 del predetto D.P.R., che indica analiticamente i requisiti richiesti dal CNIPA per l'accoglimento della domanda di iscrizione.

Il D.P.R. n. 68/2005, sostituendo l'art. 14 del D.P.R. n. 445/2000, ha disciplinato all'art. 3 la trasmissione del documento informatico che, quindi, "si intende spedito dal mittente se inviato al proprio gestore e si intende consegnato al destinatario se reso disponibile all'indirizzo elettronico da questi dichiarato, nella casella di posta elettronica del destinatario messa a disposizione dal gestore". L'art. 5 ha espressamente previsto che il messaggio di posta elettronica certificata inviato dal mittente al proprio gestore di posta elettronica sia da questo trasmesso al destinatario, nell'ipotesi in cui il destinatario si avvalga dello stesso gestore, ovvero sia trasmesso al gestore diverso cui si appoggia il destinatario; nel secondo caso, i diversi gestori assicurano l'interoperabilità dei servizi offerti, ai sensi dell'art. 17. L'art. 6, infine, intitolato "ricevuta di accettazione e di avvenuta consegna", prevede che il gestore di posta elettronica certificata fornisca al mittente la ricevuta di accettazione nella quale sono contenuti i dati di certificazione che costituiscono prova dell'avvenuta spedizione di un messaggio di posta elettronica certificata; quindi "il gestore di posta elettronica certificata utilizzato dal destinatario fornisce al mittente, all'indirizzo elettronico del mittente, la ricevuta di avvenuta consegna" (art. 6, II comma). Il successivo III comma chiarisce che "la ricevuta di avvenuta consegna fornisce al mittente prova che il suo messaggio di posta elettronica certificata è effettivamente pervenuto all'indirizzo elettronico dichiarato dal destinatario e certifica il momento della consegna tramite un testo, leggibile dal mittente, contenente i dati di certificazione".

Nel caso in esame, parte convenuta non ha proceduto alla notifica della comparsa costitutiva, né con il sistema del S.I.C.I., né ai sensi dell'art. 6 del D.P.R. 13 febbraio 2001, n. 123.

La comparsa non è stata redatta in conformità con quanto dettato nell'allegato di cui al D.M. 15.12.2005 avente ad oggetto la "strutturazione dei modelli DTD (Document Type Definition) relativa all'uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile". Né è stata sottoscritta con firma digitale o con firma elettronica qualificata.

Come precisato dai legali della convenuta, la comparsa di costituzione è stata redatta in formato p.d.f., cosicché, a loro avviso, costituisce "riproduzione integrale anche della firma autografa originaria (fotografia digitale dell'atto, non modificabile)" (v. verbale di udienza dell'1 marzo 2006).

1C) 2C) Si tratta, a questo punto, di desumere le conseguenze, sul piano processuale, della notifica della costituzione come effettuata da parte della M. S. e della redazione della comparsa nei termini sopra illustrati.

Con riguardo alla notifica, si sono già formati diversi orientamenti giurisprudenziali, ancorati, al concetto di inesistenza, di nullità, di irregolarità, dei quali pare utile dare atto.

Alla conclusione dell'inesistenza della notifica è pervenuto il Tribunale di Monza, che, con ordinanza in data 30 dicembre 2004, ha sottolineato come il legislatore, facendo riferimento al fax ed alla posta elettronica, in termini di mere modalità operative, non abbia, in realtà, dato alcuna indicazione "circa il soggetto legittimato all'utilizzo di tali mezzi di trasmissione. Tale "forma legale" della notificazione non può, quindi, prescindere dal fatto che deve essere,

comunque, eseguita dall'organo deputato a tali atti. Tale organo è esclusivamente l'ufficiale giudiziario e non è consentita (fuori delle regole tecniche previste) la trasmissione diretta tra difensori. Lo "scambio diretto tra difensori" costituisce valida forma di notifica (nel rito societario) 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, a meno che non siano rispettate le normative in tema della "normativa concernente la sottoscrizione e trasmissione dei documenti informatici e teletrasmessi". Ora, a parere del Tribunale di Monza, è possibile anche la notifica per posta elettronica, che costituisce l'equivalente dello scambio diretto tra difensori di cui all'art. 17, I comma lett. c) del rito societario, solo laddove entrambi i difensori siano certificati, ovvero abilitati a trasmettere documenti con firma digitale e attestazione informatica di trasmissione, essendo dotati di casella di posta elettronica certificata: in tal caso, infatti, "la reciproca attestazione informatica di trasmissione e ricezione costituisce l'equivalente digitale della fisica sottoscrizione per ricevuta sull'originale" (v. ordinanza citata). Nel caso esaminato da tale organo giudicante, invece, il mancato rispetto della normativa indicata ha determinato l'inesistenza della comparsa costitutiva.

Con orientamento diametralmente opposto si è espresso, con ordinanza in data 2 giugno 2005, il Tribunale di Bari, che ha ravvisato, nell'art. 17 D.L.gs n. 5/2003, l'intenzione del legislatore di legittimare forme di notificazioni e comunicazioni ulteriori e diverse rispetto a quelle di cui agli artt. 136 e seguenti del codice di procedura civile, eliminando l'esclusiva competenza dell'ufficiale giudiziario; ciò in quanto lo stesso art. 137, I comma, c.p.c. stabilisce che le notificazioni sono eseguite dall'ufficiale giudiziario "quando non è disposto altrimenti", previsione, questa, che renderebbe compatibile la notifica effettuata anche da altri soggetti. Il Tribunale di Bari, superata in tal modo la questione pregiudiziale, ha, poi, verificato se la notifica effettuata a mezzo posta elettronica sia "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, sicché 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 inosservanza della normativa concernente la sottoscrizione e la trasmissione dei documenti informatici o 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'anteriorità della procura rispetto all'atto di

citazione etc.". In sostanza, dunque, la notificazione alternativa per posta elettronica, con esclusione del tramite dell'ufficiale giudiziario secondo le modalità descritte al punto 1C), prevede, quale elemento essenziale ed indefettibile, l'assunzione di responsabilità del difensore destinatario dell'atto (responsabilità derivante, appunto, dall'indicazione dell'indirizzo di posta elettronica). Il Tribunale di Bari ha, peraltro, osservato che se, l'e - mail deve essere considerata in termini di documento informatico confezionato in forma scritta, la stessa è, però, provvista di firma elettronica leggera o "debole"; ciò non garantisce, quindi, l'immodificabilità, l'integrità del documento, la sicura provenienza e volontarietà da parte del soggetto che ne appare l'autore. Di qui la radicale differenza, come evidente, con il sistema ancorato alla posta elettronica certificata.

Infine, il Tribunale di Roma, con sentenza in data 23 maggio 2005, ha esaminato la questione della trasmissione per posta elettronica con riferimento alla memoria di replica degli attori, sancendone la nullità della notifica ai sensi dell'art. 160 c.p.c.. Nella stessa direzione si è pronunciato il Tribunale di Milano, con sentenza in data 14 dicembre 2005, che ha valorizzato una sorta di "privatizzazione della fase di apertura del processo, che è chiaramente leggibile in questa recente riforma processuale, nella sua relazione e nella legge delega"; con la conseguenza che "la parte che non assuma di non aver avuto conoscenza dell'atto non può chiedere di giovare di una irregolarità regolamentare nel modo di trasmissione".

Ad avviso del Collegio, la fattispecie in esame non va ricondotta nella categoria dell'inesistenza, per ragioni di ordine sistematico. Ed, invero, l'art. 160 c.p.c. concentra le previsioni di nullità della notifica sull'unico versante della consegna; determinandosi il vizio di nullità nelle ipotesi di incertezza sulla persona cui è stata effettuata la notifica o di inosservanza delle disposizioni circa la persona alla quale deve essere consegnata la copia, fatta salva l'applicazione dell'art. 156 c.p.c.. Ora, il concetto giuridico della nullità, già di per sé così esteso - tanto da comprendere le anomalie riguardanti il destinatario dell'atto, ossia colui, il cui diritto di difesa e di contraddittorio va primariamente salvaguardato - circoscrive in un ambito del tutto ristretto l'altro concetto dell'inesistenza giuridica. Inesistenza che si determina quando l'atto è privo di elementi essenziali identificatori, è totalmente abnorme ed avulso dalla realtà processuale, come, ad esempio, nell'ipotesi di una notifica effettuata da un privato qualunque. La S.C. ha individuato alcuni casi di inesistenza, laddove l'atto mancava di requisiti indispensabili, come, a titolo esemplificativo, l'assenza della firma dell'ufficiale giudiziario (Cass. civ., n. 6377/1988), l'omessa indicazione della data (Cass. civ., n. 3068/1987) nella relazione di notifica, od, ancora, nell'ipotesi di consegna a legale ormai privo della rappresentanza processuale del destinatario dell'atto (Cass. civ., n. 12002/1998, ipotesi relativa a notifica di atto di appello nei confronti di legale cancellatosi già nel corso del giudizio di primo grado dall'albo professionale e privo, quindi, dell'abilitazione ad esercitare la professione forense). Ora, l'atto inesistente è totalmente privo dei requisiti essenziali per la sua qualificazione in termini di atto del tipo normativamente considerato e non può, perciò, essere convalidato mediante una qualsiasi sanatoria. Una simile affermazione non implica,

tuttavia, a contrario, l'ammissibilità senza limiti della sanatoria nelle ipotesi di nullità – come si osserverà in seguito.

La nullità dell'atto processuale si determina, invece, quando la violazione di norme attinenti ai requisiti formali, sia così grave da rendere l'atto non idoneo al raggiungimento dello scopo processuale cui è destinato, fatto salva il raggiungimento dello stesso nel caso concreto. E proprio nell'ambito della categoria della nullità (e non dell'inesistenza) la S.C. ha iscritto la notifica di un atto processuale effettuata da soggetto non abilitato, in quanto al di fuori della previsione di cui alla L. n. 53/1994, che consente all'avvocato munito di regolare procura ed alle specifiche condizioni ivi previste, di procedere a notifica, in via del tutto eccezionale ed in deroga alla notifica a mezzo ufficiale giudiziario; "all'infuori di tale eccezionale ipotesi, vale la regola generale: sicché, nella fattispecie – caratterizzata dal singolare fatto che il difensore del resistente dinanzi alla Commissione tributaria regionale del Veneto, di professione dottore commercialista (e, quindi, abilitato alla difesa tecnica davanti al giudice tributario: v. art. 12, II comma del d.lgs. n. 546 del 1992) ha eseguito personalmente la notificazione della sentenza impugnata presso l'Ufficio distrettuale delle imposte dirette di Venezia - siffatta notificazione deve considerarsi radicalmente nulla ai sensi dell'art. 156, comma 2 cod. proc. civ., in quanto del tutto estranea alle fattispecie legali tipiche di notificazione della sentenza impugnata, ai fini della decorrenza del termine per impugnare, prefigurate e del decreto sul nuovo processo tributario e dal codice di rito civile e, quindi, priva di effetti al predetto fine" (Cass. civ., n. 6166/2001). Anche l'attività di notificazione svolta dagli avvocati ai sensi della L. n. 53/1994, in assenza dei requisiti previsti dalla legge, determina nullità della notifica, sanabile con la costituzione (Cass. civ., n. 10208/2004; Cass. civ., n. 15081/2004).

La categoria della nullità è improntata alla tassatività delle ipotesi ex art. 156, I comma c.p.c., temperata, come sopra visto, dal principio di conservazione di cui all'art. 156, III comma, c.p.c.: in forza del quale la nullità non può mai essere pronunciata, qualora l'atto, pur privo di requisiti essenziali, abbia comunque, in concreto, conseguito lo scopo tipico cui era destinato. Così, se la costituzione in giudizio, presupponendo l'avvenuta conoscenza dell'atto, ha efficacia sanante, la mera comparizione del convenuto contumace a seguito di notifica di ordinanza ammissiva di interrogatorio formale non sana il rapporto processuale irregolarmente sorto, proprio perché la notifica dell'ordinanza si prefigge uno scopo ben diverso (la comparizione per rendere l'interrogatorio o la valutazione in termini di ficta confessio) dalla notifica della citazione (Cass. civ., n. 1511/1986).

Ora, tornando al caso in esame, la trasmissione, mediante posta elettronica semplice, di un documento in un determinato formato p.d.f. - con il quale è stata confezionata la comparsa costitutiva - o anche in altri formati di grafica digitale non soddisfa i requisiti normativi sopra illustrati. Il mancato rispetto di detti parametri normativi - assenza di relazione di notifica da parte dell'ufficiale giudiziario o di impiego delle modalità di notifica di cui agli artt. 2 o 6 del D.P.R. n. 123/2001 o scambio diretto tra difensori muniti di firma digitale e di casella di posta elettronica certificata, nei termini illustrati dal Tribunale di Monza, in applicazione analogica del

disposto di cui all'art. 17 lett. c) del rito societario al processo telematico - non consente di pervenire ad un giudizio di certezza legale in ordine alla ricezione della comparsa. Né, inoltre, in assenza di sottoscrizione con firma digitale o con firma elettronica qualificata sono soddisfatti i parametri normativi in ordine all'autenticità della sottoscrizione, all'integrità del documento, alla volontarietà della trasmissione dello stesso. Tali incertezze si traducono in correlative nullità dell'atto di costituzione, che, tuttavia, non può essere considerato abnorme, tanto da essere confinato nel limbo dell'inesistenza. Ad una tale conclusione si perviene anche dalla semplice lettura del II comma dell'art. 17 del rito societario, che, da un lato, ancora le notifiche diverse da quelle del codice di rito al rispetto della normativa, anche regolamentare, relativa alla sottoscrizione ed alla trasmissione dei documenti informatici e teletrasmessi; dall'altro, non escludendo la funzione dell'ufficiale giudiziario, non abilita altri soggetti a procedere alle notifiche, se non per l'ipotesi dello scambio diretto di cui alla lett. c).

Né è condivisibile l'argomentazione del Tribunale di Milano, sentenza in data 14 dicembre 2005, secondo cui le disposizioni del rito societario, facendo riferimento all'indirizzo di posta elettronica, hanno indicato qualcosa di ben diverso dalla casella di posta elettronica certificata (CPECPT) di cui al D.M. 14.10.2004, solo perché il legislatore del 2003 non ha previsto l'onere, per l'avvocato, di indicare una casella di posta elettronica certificata ed il legislatore del 2004, nel disciplinare la CPECPT, non ha richiamato il rito societario. Si tratta dell'ordinaria successione delle leggi nel tempo, cosicché la disciplina normativa del 2003 ha fatto, in sostanza, un generico riferimento a quelle che erano, all'epoca della sua emanazione e sarebbero state in un futuro, le previsioni in materia di documento informatico, relativa sottoscrizione e notifica per posta elettronica.

L'adesione alla tesi della nullità comporta, pur sempre, in analogia con l'art. 156, III comma, c.p.c., la sanatoria ad opera ed in conseguenza di una sorta di convalida da parte degli attori. Sono, infatti, queste parti che si trovano sprovviste della tutela accordata dal legislatore con la normativa citata al punto 1C) ed a loro è rimessa la valutazione circa la regolare, completa e certa ricezione di un documento qualificabile in termini di comparsa costitutiva, alla stregua delle norme del codice di procedura civile. Pertanto, è solo in questi termini che si esplica il principio dispositivo, del tutto valido anche in ambito processualistico, laddove sia la parte potenzialmente pregiudicata nel proprio diritto di difesa ad effettuare una valutazione di insussistenza di lesione di tale diritto. Né può farsi riferimento al principio dell'assunzione di responsabilità del difensore che indica un proprio indirizzo di posta elettronica, nei termini sopra illustrati, con riferimento alla pronuncia del Tribunale di Bari in data 2 giugno 2005. Una simile assunzione di responsabilità non trova alcun fondamento normativo, né è giustificabile in presenza di precise disposizioni in materia di sottoscrizione e trasmissione di strumenti informatici e teletrasmessi richiamate in via generale dallo stesso art. 17, II comma. Non è, quindi, adottabile il principio dispositivo mediante il richiamo ad un'assunzione di responsabilità, per così dire, preventiva e generica, che lascia la parte esposta a qualsiasi tipo di notificazione, senza la possibilità di un serio controllo successivo dell'atto ricevuto e di un

esercizio consapevole del proprio potere di convalida dell'atto irregolare della controparte. Una simile conclusione è in contrasto, ad avviso del Collegio, con l'effettività del diritto di difesa ex art. 24 Cost..

Nel caso de quo, gli attori hanno sempre contestato la ricezione della comparsa costitutiva, impedendo, in tal modo, il ricorso al citato principio di conservazione. Pertanto, in una fattispecie caratterizzata, da un lato, dall'inosservanza della normativa in tema di sottoscrizione e trasmissione di documenti informatici e, dall'altro, dalla contestazione della ricezione della comparsa da parte degli attori, è del tutto fuori luogo un'indagine del Tribunale in merito alla ricezione di fatto della comparsa costitutiva, essendo – come già detto – solo gli attori gli unici soggetti legittimati a valutare la compressione o meno del loro diritto di difesa.

In assenza, quindi, dell'effetto sanante, deve farsi ricorso all'art. 13, II comma, del D.Lgs. n. 5/2003, che legittima l'attore a depositare, in alternativa a nuova memoria ex art. 6, previa notifica, istanza di fissazione di udienza, nell'ipotesi in cui il convenuto non notifichi la comparsa nel termine stabilito a norma dell'art. 2, comma I, lett. c), ovvero dell'art. 3, comma II. Né è prevista alcuna rinnovazione della notifica nulla e, del resto, l'art. 162 c.p.c. subordina la rinnovazione degli atti ad un giudizio di compatibilità con le preclusioni medio tempore verificatesi. Nel rito societario, la preclusione alla rinnovazione è stabilita proprio dall'art. 13, che sanziona la mancata notifica della comparsa con l'effetto di non contestazione dei fatti costitutivi allegati dall'attore; pertanto, un'eventuale rinnovazione disposta dal Tribunale vanificherebbe un effetto legislativamente predeterminato.

Sulla base delle sopra esposte considerazioni, deve essere dichiarata la contumacia di M. S. D.W.B. ***.

Resta salva la facoltà di parte convenuta di costituirsi tardivamente nel corso del giudizio, al fine di svolgere le proprie difese nei limiti di cui all'art. 13, II comma, D.L.gs. n. 5/2003.

Quanto al merito, il Collegio osserva:

1D) 1D) Come sostenuto anche da autorevole dottrina processualcivilistica, il giudizio di concludenza dei fatti costitutivi allegati dall'attore nell'ipotesi di mancata notifica ex art. 13, II comma, D.Lgs. n. 5/2003 involge le circostanze fattuali e non la domanda nel suo complesso. Con la conseguenza che rimane pur sempre compito del giudice valutare eventuali eccezioni rilevabili d'ufficio ed emergenti dagli atti, come anche la congruenza dei fatti esposti rispetto alle richieste.

Nella fattispecie in esame, pare necessario disporre consulenza d'ufficio al fine di valutare l'operato della convenuta alla luce dei criteri di perizia e diligenza esigibili dall'operatore professionale qualificato.

P.Q.M.

1) previa revoca delle ordinanze collegiali in data 26 novembre 2004 e 20 aprile 2005, dichiara la contumacia di M. S. D.W.B. in persona del legale rappresentante Dott. **;

2) ammette la C.T.U. richiesta da parte attorea;

3) nomina, quale C.T.U., il Dott. **;

4) pone al C.T.U. il seguente quesito: "accerti il C.T.U., esaminati gli atti, i documenti prodotti ed eventuali altri, nei limiti di cui all'art. 198, II comma, c.p.c.:

a) se l'odierna parte convenuta, nell'ambito dei contratti di gestione su base individuale di portafogli di investimento in data 28 gennaio 1998 e 25 giugno 1998, abbia fatto ricorso a categorie di strumenti finanziari autorizzati ed abbia operato secondo le istruzioni impartite dai clienti;

b) se parte convenuta, nell'ambito delle predette gestioni, abbia operato discostandosi dal benchmark di riferimento ex art. 42 regolamento CONSOB n. 11522/1998 come stabilito ed eventualmente modificato nel corso degli anni indicati in citazione ed emergente dai documenti prodotti;

c) se M. S. abbia operato con la perizia mediamente esigibile dall'operatore professionale qualificato ed alla luce di specifiche strategie finanziarie calibrate sul patrimonio degli attori";

d) quantifichi le eventuali perdite patrimoniali subite dagli attori ascrivibili ad inadempienze della convenuta per i comportamenti di cui ai punti a), b), c)";

5) delega il giudice relatore per il conferimento dell'incarico, l'eventuale sostituzione del C.T.U., l'eventuale integrazione del quesito su suggerimento delle parti, la risoluzione di incidenti di esecuzione, la liquidazione degli onorari e la fissazione, all'esito del deposito della relazione peritale, dell'udienza collegiale di discussione;

6) fissa, per il giuramento del C.T.U. ed il conferimento dell'incarico, l'udienza del 13 luglio 2006, ore 13,15;

7) assegna termine sino all'udienza per la designazione di eventuali C.T.P..

Così deciso dal Tribunale di Milano, VI sezione civile come sopra composto e riunito in Camera di Consiglio in data 1 marzo 2006.