

CONSIGLIO DI STATO
SEZ. V

24 APRILE 2002, N. 2207

PARTI: ITALCOSTRA S.R.L.
(Avv. Marcone)
COMUNE DI FINALE EMILIA
(Avv. ti Cancrini, De Portu)

Fax • Forma degli atti amministrativi

- **Competenza regolamentare dell'amministrazione**
- **Uso del fax • Idoneità e legittimità.**

Laddove la legge non prevede una forma particolare per la notificazione degli atti amministrativi compete all'amministrazione precedente dettare le

regole da seguire nella comunicazione degli atti endoprocedimentali.

Il fax rappresenta uno strumento idoneo a garantire l'effettività della comunicazione.

Ne consegue non solo l'idoneità del mezzo a far decorrere i termini perentori, ma anche la presunzione di ricezione da parte del destinatario sulla base del rapporto di trasmissione, senza ulteriore onere di prova da parte del mittente.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione ha pronunciato la seguente decisione sul ricorso in appello n. 4896 del 2001, proposto dalla Italcostra Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Nicola Marcone, con domicilio eletto in Roma, Via G. Mercalli n. 15 presso lo stesso;

Contro il Comune di Finale Emilia, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Arturo Cancrini e Claudio De Portu, presso gli stessi elettivamente domiciliati in Roma, Via G. Mercallin. 13;

Il Consorzio Grandi Impianti srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Elena Bernardi e Ennio Mazzocco, presso quest'ultimo elettivamente domiciliato in Roma Via Ugo Bassi, 3;

per l'annullamento della sentenza dei TAR dell'Emilia e Romagna, - Bologna - sez. II, 7 marzo 2001, n. 193;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti appellate;

Esaminate le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Vista l'ordinanza n. 3108/01 con la quale è stata respinta la richiesta di sospensione della esecuzione della sentenza appellata;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore alla pubblica udienza del 27 novembre 2001 il Consigliere Aldo Fera;

Uditi per le parti l'Avv. Marcone, l'Avv. Piselli (su delega dell'Avv. Cancrini) e l'Avv. Quinto (su delega dell'Avv. Mazzocco);

Visto il dispositivo di decisione n. 617 del 30 novembre 2001; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO. — L'impresa Italcostra Srl, aggiudicataria provvisoria dell'asta pubblica indetta dal Comune di Finale Emilia per l'affidamento dei lavori di ampliamento del cimitero, è stata esclusa dalla gara per non aver fatto pervenire entro il termine prefissato (4 dicembre 2000) i documenti richiesti a dimostrazione dei requisiti da lei precedentemente dichiarati. Dopo la

nuova formulazione della graduatoria, la gara è stata aggiudicata al Consorzio Grandi Impianti Srl.

L'Italcostra ha impugnato gli atti in parola davanti al Tar per l'Emilia Romagna, il quale ha respinto il ricorso, con sentenza n. 193 del 7 marzo 2001, giudicando infondati i motivi prospettati dalla ricorrente.

L'impresa, con il presente appello, ripropone le censure di legittimità disattese dal primo giudice. In particolare, dopo aver affermato di non aver ricevuto il fax contenente la richiesta di presentazione della documentazione, denuncia la violazione dell'articolo 10, comma 1 *quater*, della legge n. 109 del 1994, sotto i profili dell'inidoneità di tale tipo di comunicazione a far decorrere un termine perentorio e comunque della non perentoneità del termine in questione, nonché l'eccesso di potere sotto i profili del difetto di motivazione, dell'illogicità manifesta e dello sviamento.

Conclude quindi chiedendo, previa riforma della sentenza appellata, l'annullamento degli atti impugnati in primo grado.

Resiste all'appello il Comune di Finale Emilia, il quale rileva la tardività delle censure rivolte contro il bando di gara e controbatte le tesi avversarie, concludendo per il rigetto della domanda giudiziale.

È altresì costituito il Consorzio Grandi Impianti, il quale osserva come la decisione della stazione appaltante di attribuire carattere perentorio al termine in questione è connessa all'esigenza della celere realizzazione dei lavori. Conclude quindi per il rigetto dell'appello.

Le parti hanno scambiato memorie per illustrare ulteriormente le rispettive tesi difensive.

DIRITTO. — L'appello proposto dall'impresa Italcostra Srl è infondato.

L'articolo 10, comma 1-*quater*, della legge 18 febbraio 1994, n. 109, aggiunto dall'art. 3, legge 18 novembre 1998, n. 415, ha introdotto una complessa procedura in base alla quale le stazioni appaltanti, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. La norma aggiunge poi che « la suddetta richiesta è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni ... si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta ed alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione ».

Nel caso di specie, le norme contenute negli atti di gara, concernenti l'asta pubblica per l'appalto dei lavori di ampliamento del cimitero del Comune di Finale Emilia, stabilivano che la richiesta ai « concorrenti sorteggiati » di comprovare il possesso dei requisiti richiesti nel bando di gara ed autodichiarati sarebbe stata « inviata a mezzo fax o telegramma e confermata in pari data a mezzo del servizio postale ». Chiarivano poi che « la medesima verifica verrà effettuata, concluse le operazioni di gara, anche relativamente all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria ».

L'appellante, aggiudicataria provvisoria, è stata esclusa dalla gara per non aver fatto pervenire i documenti richiesti mediante fax trasmesso in

data 24 novembre 2000, confermato con lettera raccomandata ricevuta il 28 novembre 2000, entro il termine perentorio del 4 dicembre 2000.

L'appellante ribadisce, in questa sede, i motivi di ricorso disattesi dal Tar. In primo luogo, la violazione dell'articolo 10, comma 1 *quater*, della legge n. 109 del 1994, sotto il profilo del mancato rispetto del termine di dieci giorni stabilito la norma. Il presupposto da cui muove la censura è che la stazione appaltante non avrebbe fornito la prova della effettiva ricezione del fax, e che, comunque, tale mezzo di comunicazione non sarebbe idoneo a far decorrere termini perentori.

L'assunto non può essere condiviso. Ciò non solo perché l'utilizzo del fax era esplicitamente previsto dalle norme di gara, che non sono state, neppure tardivamente, impugnate dalla Italcobra. Ma anche perché la natura di atto recettizio dell'invito a presentare la documentazione non esclude affatto che la comunicazione possa avvenire attraverso tale strumento. Ed invero, laddove la legge non preveda una forma particolare per la notificazione degli atti amministrativi (come quella contenuta nel regio decreto 17 agosto 1907, n. 642, ai fini della decorrenza del termine per l'impugnativa, da parte dei soggetti direttamente contemplati, degli atti conclusivi nel procedimento), compete all'amministrazione procedente dettare le regole da seguire nella comunicazione degli atti endoprocedimentali. Specie quando si tratti di disciplinare la partecipazione delle parti all'istruttoria, giacché in questo caso la funzione della regola è anche quella di fornire ai diversi soggetti pubblici privati uno strumento comunicativo che consenta loro di cooperare in vista del fine comune di un adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria medesima.

Ora, in quest'ordine di idee, il fax rappresenta uno dei modi in cui può concretamente svolgersi la cooperazione tra i soggetti, in quanto essa viene attuata mediante l'utilizzo di un sistema basato su linee di trasmissione di dati ed apparecchiature che consentono di poter documentare sia la partenza del messaggio dall'apparato trasmittente attraverso il cosiddetto rapporto di trasmissione, la ricezione del medesimo in quello ricevente. Tali modalità, garantite da protocolli universalmente accettati, indubbiamente ne fanno uno strumento idoneo a garantire l'effettività della comunicazione. In tal senso, infatti, si muove la normativa più recente (d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445) che consente un uso generalizzato del fax nel corso dell'istruttoria, sia per la presentazione di istanze e dichiarazioni da parte dei privati (articolo 38, comma 1) che per l'acquisizione d'ufficio da parte dell'amministrazione di certezze giuridiche (articolo 43, comma 3). Tanto è vero che « i documenti trasmessi da chiunque ad una pubblica amministrazione tramite fax, o un altro mezzo telematico o informatico idoneo ad accertarne la fonte di provenienza, soddisfano il requisito della forma scritta e la loro trasmissione non deve essere seguita da quella del documento originale » (articolo 43, comma 6).

Posto quindi che gli accorgimenti tecnici che caratterizzano il sistema garantiscono, in via generale, una sufficiente certezza circa la ricezione del messaggio, ne consegue non solo l'idoneità del mezzo a far decorrere termini perentori, ma anche che un fax deve presumersi giunto al destinatario quando il rapporto di trasmissione indica che questa è avvenuta regolarmente, senza che colui che ha inviato il messaggio debba fornire alcuna ulteriore prova. Semmai la prova contraria può solo concernere la funzionalità dell'apparecchio ricevente; ma questa non può che essere fornita da chi afferma la mancata ricezione del messaggio.

Il secondo motivo di appello concerne la perentorietà del termine. Sostiene l'appellante che la perentorietà del termine sarebbe prevista solo nel caso dei controlli a campione e non anche in quello dell'inoltro della documentazione da parte dell'aggiudicatario e del secondo classificato. La tesi non può essere condivisa, in primo luogo perché sfugge la ragione di una simile differenziazione non ricavabile dalla lettera della norma. In secondo luogo perché le ragioni di speditezza procedimentale e di garanzia dei terzi (in particolare del secondo classificato) sono evidenti in entrambe le ipotesi disciplinate dal legislatore. Anche il terzo motivo di appello, con il quale viene prospettato vizio di eccesso di potere sotto i profili del difetto di motivazione, dell'illogicità manifesta e dello sviamento, è privo di consistenza giuridica. Infatti, come si è visto, la perentorietà del termine non è stata una scelta discrezionale dell'amministrazione ma trae la sua radice direttamente nella legge.

Per questi motivi il ricorso in appello deve essere respinto. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M. — Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione quinta, respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese, che liquida in complessive £.4.000.000, in favore delle controparti costituite. Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 27 novembre 2001 (...)

**PERCORSI GIURIDICI
DELLA COMUNICAZIONE IN
FACSIMILE**

1. PREMESSA.

La decisione della Quinta Sezione del Consiglio di Stato, che qui si pubblica¹, rappresenta un'ulteriore tappa del processo di legittimazione dell'utilizzazione

del fax, strumento comunicativo peraltro ormai ampiamente diffuso sia nella pratica commerciale, sia più in generale nei rapporti intersoggettivi.

¹ I termini della questione si desumono agevolmente dalla decisione pubblicata. Può però essere utile, per la sua migliore comprensione, ricordare che motivo del ricorso in giudizio fu l'esclusione da un'asta pubblica di un'impresa per non aver fatto pervenire entro il termine prefissato per legge (trattasi del disposto contenuto nell'art. 10, comma 1-*quater*, della legge n. 109 del 1994) i documenti comprovanti il possesso dei necessari requisiti all'amministrazione comunale a mezzo fax. Il Consiglio di Stato, confermando la decisione resa da TAR Emilia Romagna 7/3/2001, n. 193 (consultabile all'indirizzo telematico: <http://www.giustizia-amministrativa.it>)

ha rigettato tutti i motivi di ricorso avanzati dalla ricorrente e basati:

a) sul mancato rispetto del termine di dieci giorni normativamente disposto, in base al presupposto della mancanza della prova dell'effettiva ricezione del fax contenente la richiesta di presentazione della documentazione da parte della ricorrente;

b) sull'ineidoneità del fax a far decorrere termini perentori (ed in ogni caso sul carattere non perentorio del termine in questione) e

c) sull'eccesso di potere, in particolare sotto i profili del difetto di motivazione, dell'illogicità manifesta, e dello sviamento di potere.

È appena il caso di ricordare come la trasmissione via fax implichi la presenza di due apparecchi: l'uno mittente e l'altro ricevente, che, a seconda dei casi, possono invertire la loro funzione. Il meccanismo comunicativo, almeno per il « tradizionale » fax telefonico², è semplice: si sottopongono alla « lettura » della macchina mittente uno o più documenti sui quali sono tracciati segni grafici; essa registra quindi l'alternanza di chiaro e scuro presente su ciascun tratto orizzontale della carta, codificando tale alternanza in forma di impulsi, trasmettendoli, successivamente, attraverso l'utilizzo di un determinato protocollo, lungo i cavi delle linee telefoniche sino all'apparecchio ricevente, che a sua volta, con una serie di operazioni opposte, decodifica gli impulsi e riproduce l'immagine dei medesimi segni grafici (che erano stati sottoposti alla macchina mittente), su uno o più fogli di carta. Il processo trasmissivo si completa con l'emissione di un rapporto in cui risultano riprodotti i numeri telefonici tra i quali è intercorso il messaggio, nonché il giorno e l'ora della trasmissione (che vengono riportati anche su ciascuna pagina) ed il numero di pagine inviate, oppure con la segnalazione degli inconvenienti trasmissivi prodottisi³.

2. LE PRIME RIFLESSIONI GIURIDICHE SUL FAX.

Nonostante le descritte peculiarità, inizialmente l'originalità del mezzo trasmissivo in parola non venne appieno colta, cercandosi piuttosto di valorizzare le possibili affinità con mezzi trasmissivi meglio conosciuti e collaudati. In questo senso, furono infatti messe in campo le analogie sia con il telegramma (art. 2705 c.c.), sia con le « riproduzioni meccaniche » (art. 2712 c.c.), sia ancora con le « copie fotografiche di scritture » (art. 2719 c.c.), in particolare concependo il fax come una sorta di fotocopia « a distanza », nella quale gli elementi della telematicità, propria ad esempio del telegramma e della riproduzione fedele dell'immagine tipica della fotostatica, si sarebbero fuse in un unico procedimento materiale.

Di questo tipo di approccio si fece portavoce la stessa Corte di cassazione in alcune risalenti pronunce, sostenendo la tesi della riconducibilità delle nuove tecniche comunicative alle « riproduzioni meccaniche », riconoscendone conseguentemente la validità subordinatamente alla mancata contestazione tra originale e copia, secondo la disciplina di cui all'art. 2712 c.c.⁴.

D'altro canto, nella pressoché totale mancanza di disciplina normativa in materia, una tale assimilazione permetteva di risolvere più agevolmente

² Come si vedrà in seguito, infatti, la trasmissione in facsimile può avvantaggiarsi anche della più recente tecnologia delle reti telematiche, anche se fondamentalmente la logica di funzionamento resta la stessa.

³ La macchina fornisce inoltre rapporti riepilogativi di trasmissione o di ricezione riferiti a determinati periodi tempo-

rali. Sul funzionamento del fax, cfr. altresì C. BARRECA, *Telex e telefax nel sistema delle prove documentali*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 916, e C. CAVALLINI, *Note critiche in tema di telefax e prova civile*, *ivi*, 1993, 1093 e ss.

⁴ Cfr. esemplarmente Cass. 13/2/1989 n. 886, in *Il Foro it.*, 1990, I, 3490.

problemi, specie di carattere probatorio, già postisi nei confronti di strumenti più tradizionali.

È però interessante notare come, pur movendosi nella medesima prospettiva, i risultati cui pervenne la dottrina furono i più disparati. Basti pensare al contrasto tra chi, sulla base della dizione letterale dell'art. 2702 c.c., sosteneva la necessità della sottoscrizione al fine della piena efficacia probatoria dell'atto, conseguentemente negandola ai documenti prodotti dal fax, e chi, al contrario, emarginava il problema della cd. « corporeità » della firma, traendo spunto dalla normativa dettata per il telegramma e ricorrendo alla categoria dei cd. « equipollenti alla sottoscrizione »⁵.

Ma, se all'epoca questa apparve la strada se non unica, certamente più percorsa, nel lungo periodo fu all'origine di aporie nel sistema, favorendo l'emersione di incertezze e dubbi interpretativi in materia di fax. In particolare, mentre non appariva compiutamente risolta la questione della valenza probatoria dei prodotti comunicativi da esso trasmessi, rimaneva del tutto in ombra la considerazione del fax come mezzo di comunicazione *tout court*.

Sotto il primo aspetto, infatti, risultò abbastanza agevole contestare gli elementi di analogia del fax con le altre strumentazioni prese in considerazione dal codice civile⁶, laddove anche i successivi interventi normativi sarebbero risultati di portata assai più limitata rispetto a quella, tendenzialmente coerente e completa, del codice.

Sul secondo versante, una disciplina compiuta del fax come mezzo di comunicazione non è ancora oggi disponibile. Così che anche tutti i problemi connessi al suo uso continuano ad essere affrontati prevalentemente in un'ottica probatoria⁷.

3. IL FAX GUADAGNA CONSENSI: VERSO « IL DOPPIO BINARIO ».

Comunque sia, il primo intervento legislativo di una certa importanza fu contenuto nei commi terzo, quarto e quinto dell'art. 7 della legge 15 ottobre 1986, n. 664³ che consentirono agli Avvocati dello Stato di scambiarsi tra loro atti relativi agli affari giurisdizionali, consultivi ed amministrativi, precedentemente notificati o comunicati all'Avvocatura stessa. In seguito, analoghe previsioni, con riferimento al telefax⁹ ed alle parti del

⁵ A tal proposito Cfr. N. IRTI, *Idola libertatis, Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano 1985, 25 e ss. e R. BORRUSO, *Computer e diritto*, Milano 1988, II, 228 e ss.

⁶ Si veda tra gli altri C. MANZINI, *Il telex come mezzo di prova*, in *Giur. comm.*, 1978, I, 884 e ss.

⁷ Per un'analisi in proposito cfr. i fondamentali contributi di S. CHIARLONI, *Trasmissione via fax e notificazioni ad opera degli avvocati* (a cura di), Padova 1996, p. 8-25 e di F. PANUCCIO DATTOLA, *L'uso legalizzato del fax: la legge n. 183 del 1993 e il sistema di trasmissione degli*

atti giudiziari in copia conforme in *Giust. civ.*, 1995, fasc. 7-8 (luglio), pt. 2, 360-1, la quale si interroga sul livello di sicurezza degli strumenti elettronici rispetto a quelli usati nella comunicazione « tradizionale ».

⁸ Il cui contenuto in parte anticipa l'articolo unico della successiva legge del 7 giugno 1993, n. 183.

⁹ Il telefax, rispetto al fax, possiede la funzione di memorizzare i dati prima della loro trasmissione e della loro stampa, ovviando, in particolare, nel secondo caso, alla momentanea mancanza di carta da stampa o a fenomeni di inceppamento della stessa. A tal proposito vedasi, tra gli altri,

processo, vennero introdotte nelle norme di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale approvate con il decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271¹⁰.

Al di fuori del campo dell'amministrazione della giustizia, e più specificamente in tema di « efficienza amministrativa¹¹ », fu il D.P.R. n. 352 del 1992 — attuativo della legge n. 241 del 1990 — a predisporre sia la possibilità di accedere ai documenti amministrativi attraverso « la pubblicazione, il deposito o altra forma di pubblicità, comprese quelle attuabili mediante strumenti informatici, elettronici e telematici », sia la possibilità di trasmettere o pubblicare il testo di un documento amministrativo in via telematica (quindi anche a mezzo fax)¹². Il d.m. 10 ottobre 1992 stabilì poi le modalità di trasmissione di dati anche per le conservatorie dei registri immobiliari, consentendo l'utilizzo del fax; così come, in via generale, il successivo d.lgs. n. 29 del 1993, il quale, dando rilievo al collegamento tra uffici mediante sistemi informatici, diede modo di utilizzare anche il fax per lo scambio e la trasmissione di singole e specifiche documentazioni¹³.

Il quadro dei precedenti normativi in materia, nel settore amministrativo, va completato prendendo in considerazione le norme nazionali e comunitarie relativamente agli appalti di servizi, contenute rispettivamente nell'art. 20 della direttiva C.E.E. 92/50 di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi e nell'art. 14 del d.lgs. 19

E. BERNARDINI, *Sulla natura giuridica, il valore sostanziale e probatorio dei messaggi inviati a mezzo telex, telefax, computer*, in *Temi Rom.*, anno XL, n. 1, 11.

¹⁰ Ci riferiamo, in particolare, all'art. 42, il quale contemplò la possibilità di soddisfare la richiesta di copie di atti processuali mediante la trasmissione via telefax degli stessi (benché preceduta dalla comunicazione da parte dell'ufficio mittente di avere utilizzato ai fini della comunicazione telematica il testo originale dell'atto); all'art. 54 che diede modo di utilizzare come originale la copia telefax dell'originale stesso per le notificazioni da compiersi ad istanza del pubblico ministero o del giudice, prevedendosi sempre la medesima condizione della comunicazione dell'utilizzo dell'originale dell'atto; ed infine all'art. 64 che prevede la comunicabilità di atti mediante telefax tra giudice e giudice o che, provenendo dal giudice, fosse diretta al pubblico ministero, sempre alla condizione di dichiarare la trasmissione del testo originale. Vedasi a tal proposito T. RAFARACI, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale, La normativa complementare - Norme di attuazione*, Torino, 1992, 182 e ss.

¹¹ Fu E. GIANNANTONIO, cfr. *Informatica giuridica*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, 1991 e *L'Informatica nella pubblica ammi-*

nistrazione, in questa *Rivista*, 1991, 729 e ss.) a rilevare, tra i primi, le potenzialità insite nell'uso di strumenti tecnologici, compreso il fax, sostenendo al contempo la necessità di riforme normative capaci di accompagnare e razionalizzare il fenomeno. Non mancò peraltro chi mise in rilievo le difficoltà relative al passaggio dal sistema precedente al nuovo: cfr. G. DUNI, *Teleamministrazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma 1993, in particolare sotto il profilo della propensione ad adeguarsi ad una simile riconversione.

¹² Mentre l'art. 16 della legge n. 241 del 7 agosto 1990 consentì agli organi consultivi di esternare il proprio parere a mezzo di sistema telefax, ma solo se favorevole e privo di osservazioni (Cfr. V. PARISIO, in M. BASSANI-V. ITALIA (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Milano, 1991, 325).

¹³ Da ricordare, inoltre, la lacuna che alcuni autori (Cfr. S. CHIARLONI, *op. cit.*, p. 28; C. CAVALLINI, *op. cit.*, 759; G. VERDE, *Profili del processo civile - Parte generale*, Napoli, 1994, 65 e ss.) scorgono nell'art. 2 della legge n. 25 del 5 gennaio 1994, di riforma dell'arbitrato, che non ha ricondotto il fax nella nozione di atto scritto, necessario per la validità del compromesso, viceversa ricomprendendovi altri strumenti comunicativi affini quali la telescrivente ed il telegramma.

dicembre 1991 n. 406 di attuazione della direttiva 89/440/CEE in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici. Essi, se da un lato riconobbero già allora l'idoneità (ed il conseguente rispetto dei termini) della comunicazione tempestiva a mezzo fax della richiesta di partecipazione a gare di appalto, dall'altro, però, mantennero la previsione della necessità d'invio del documento cartaceo entro il termine di decadenza.

Per quanto sporadici e disorganici, siffatti interventi rappresentarono le prime manifestazioni di fiducia del legislatore nel mezzo « fax », contribuendo ad orientare positivamente gli operatori giuridici ampiamente intesi.

In particolare, sembrava acquisita l'idea che il fax, pur se non sufficiente a realizzare effetti sul piano documentale, fosse uno strumento congruo sul piano comunicativo.

Per vero, siffatta carenza sotto il profilo documentale rimarrà, sino all'introduzione della firma digitale, un punto fermo. In proposito, possono ricordarsi alcune decisioni della Cassazione, in cui l'improcedibilità di un ricorso venne motivato dal fatto che il deposito era stato accompagnato dalla produzione di una fotocopia della sentenza impugnata anziché dall'originale¹⁴. Lo stesso si disse poi a proposito della mancata produzione della copia autentica resa nel precedente grado di cassazione¹⁵, con ciò evidentemente abbracciando la tesi dell'inesistenza dell'atto in caso di mancata originale sottoscrizione e quindi la tesi dell'inidoneità della riproduzione meccanica in luogo di quella originale¹⁶.

Tuttavia, la tecnica che ci si permetterà di definire del « doppio binario » era già stata, in qualche modo, prefigurata dal Consiglio di Stato, che aveva dichiarato la legittimità di un provvedimento di aggiudicazione di appalto sulla base di un certificato esibito in fotocopia, anziché in originale, ma esclusivamente in considerazione del fatto che l'amministrazione aveva già acquisito per altra via idonea certificazione¹⁷.

Tecnica invece chiaramente consacrata, da ultimo, dalla stessa Corte costituzionale¹⁸, che ha ritenuto rispettati i termini processuali dal deposito via fax degli atti notificati, dovendosi « ritenere che la successiva tra-

¹⁴ Cass. 25/1/1986 n. 491, in *Mass. Foro it.*, 1986, 96 e Cass. 4/7/1986 n. 4388, *ivi*, 773.

¹⁵ Cass. 1/2/1994 n. 995, in *Mass. Foro it.*, 1994, 69; Cass. 24/6/1994, n. 6104, in *Foro it.*, 1994, I, 2365.

¹⁶ Meno radicale era stata peraltro la stessa Corte di Cassazione in una assai remota pronuncia del 1963 (Cass. 14/5/1963, n. 1180, in *Foro it.*, 1963, I, 1403), secondo la quale la mancata produzione dell'originale avrebbe imposto al giudice di assegnare alle parti un termine per l'esibizione della sentenza.

¹⁷ Ci riferiamo a Cons. St. 11/3/1976, n. 452; in tal senso vedansi anche Cons. St., sez. VI, 11/4/1975, n. 120; Cons. St., sez. V., 30/10/1973, n. 734; Cons. St., sez. VI, 4/3/1977, n. 177; Cons. St., sez. V, 30/11/1983, n. 413.

¹⁸ Ci riferiamo alla sentenza n. 51 del 2002 (reperibile sul sito www.giurcost.org/decisioni/2002/0051s-02.html). La Camera dei deputati aveva eccepito l'improcedibilità del ricorso, stante « la radicale inidoneità delle modalità utilizzate dal Tribunale di Novara per la trasmissione del ricorso stesso, a dar luogo all'apertura della seconda fase del giudizio sul conflitto », posto che il ricorso del Tribunale era pervenuto alla cancelleria della Corte costituzionale in un primo momento a mezzo fax e successivamente (allo scadere del termine) tramite servizio postale. Ebbene, la Corte, sebbene rilevando la novità della asserita inidoneità, a fungere quale rituale modalità di deposito, dell'invio attraverso teletrasmissione a mezzo fax del ricorso introdotto e del successivo inoltro degli originali attraverso servizio postale, l'ha ammessa.

smissione degli originali abbia avuto la funzione di consentire la verifica dell'autenticità degli atti medesimi ».

Portando questo discorso ad ulteriori conseguenze, si potrebbe ritenere non solo che, ove non vi sia un'esplicita previsione normativa circa il mezzo comunicativo da usare, qualunque mezzo idoneo ad assolverne la funzione dovrebbe poter essere utilizzato, ma che, addirittura, qualora non sussista una particolare esigenza probatoria, siffatta comunicazione assolva appieno al suo scopo.

In tal senso, conforta una lontana ma precorritrice pronuncia del TAR Veneto, che ritenne che « *nella formazione di bandi o avvisi pubblici diretti ad una generalità di destinatari, risultando la chiarezza al fine di evitare perplessità ed equivoci il solo onere gravante sulla pubblica amministrazione, esso risulta essere in ultima analisi soddisfatto anche dalla semplice produzione di copia fotostatica* »¹⁹.

4. LA LEGGE 7 GIUGNO 1993, n. 183: IL FAX NEL PERIODO TELEMATICO.

Tuttavia le conclusioni appena raggiunte non paiono assolutamente certe. Infatti se, per quanto detto, resta ferma l'inadeguatezza dello strumento trasmissivo in parola a fini documentali e probatori, occorre anche interrogarsi sulla reale affidabilità dello stesso sul piano comunicativo.

In particolare, seguendo anche gli spunti forniti dalla decisione che si pubblica, comune è la considerazione secondo cui affinché vi sia comunicazione « giuridicamente rilevante » occorre dal punto di vista soggettivo l'individuazione sufficientemente certa dei soggetti mittenti e destinatari del messaggio e, dal punto di vista oggettivo, la presenza di un canale comunicativo e l'utilizzo di un determinato linguaggio.

Da questo punto di vista è indubitabile che le nuove tecnologie non producano immediatamente siffatte certezze richiedendo in via compensativa l'utilizzo di forme procedurali specifiche nella produzione e nella trasmissione dell'atto. Ciò mette in luce uno « spostamento di prospettiva », dall'atto prodotto a favore del « modo » in cui lo strumento comunicativo è stato usato.

Di quest'ordine di problemi perviene a farsi carico la legge 7 giugno 1993 n. 183, la quale ha inteso disciplinare l'utilizzo del fax nelle comunicazioni tra avvocati, affinché « *la copia fotoriprodotta di un atto (o di un provvedimento) del processo redatto e sottoscritto da un avvocato o da un procuratore e trasmesso a distanza attraverso i mezzi di telecomunicazione ad altro avvocato o procuratore, si consideri conforme all'atto trasmesso* ».

In altri termini, l'uso del fax viene convalidato alla condizione che esso sia inserito in precise forme procedurali, ossia, in estrema sintesi, che vi siano il conferimento di procura sia all'avvocato ricevente sia a quello mittente, la sottoscrizione leggibile su entrambe le copie e la dichiarazione di conformità all'originale (essendo sufficiente solo quest'ultimo requisito per la presunzione di conformità della copia faxata di un provvedimento del processo o di atto o provvedimento di altro processo).

¹⁹ TAR Veneto, 26/5/1986, n. 224.

In tal modo, inoltre, anche il pur cospicuo risultato del « doppio binario » sembra in questo caso superato dal momento che la comunicazione vale nel contempo sia sul piano documentale, sia su quello comunicativo.

Successivamente alla legge in questione, questa acquisizione è risultata chiara nella prevalente giurisprudenza²⁰. Ciò che emerge è la crescente considerazione del fax come mezzo di comunicazione *tout court*²¹, accanto alla prioritaria preoccupazione volta a definire e consolidare il valore probatorio dei suoi prodotti²².

²⁰ Riportiamo un'elencazione ordinata cronologicamente di quelle che riteniamo essere le più significative pronunce, in materia, ad opera di organi giudiziari: Per quanto riguarda la Corte di Cassazione citiamo: Cass., sez. III, 19/10/1993 in *Fisco*, 1994, 1227; Cass., sez. un., 25/1/1995, n. 892 in *Giur. It.*, 1995, I, 1, 1848; Cass., sez. V, 5/6/1996 in *Ced. Cass.*, rv. 205518 m); Cass., sez. III, 6/11/1996 in *Ced. Cass.*, rv. 207030 m); Cass., sez. VI, 26/5/1997 in *Ced. Cass.*, rv. 208649 m); Cass., sez. VI, 13/3/1998 in *Ced. Cass.*, rv. 210810 m); Cass., sez. IV, 11/12/1998 in *Ced. Cass.*, rv. 212406 m); Cass., sez. V, 5/3/1999 in *Ced. Cass.*, rv. 213112 m); Cass., sez. lav., 22/3/1999, n. 2698 in *giust. Civ.*, 2000, I, 883, con nota di LERRO e in *Giust. It.*, 2000, 273; Cass., sez. II, 19/10/1999 in *Ced. Cass.*, rv. 214412 m); Cass., sez. VI, 18/1/2000 in *Ced. Cass.*, rv. 215595 m); Cass., sez. un., 21/2/2000, n. 29 in *Il Foro it.*, 2000, I, 2244; Cass., sez. VI, 29/9/2000, n. 3559 in *Ced. Cass.*, rv. 217387 m); Cass., sez. un., 25/5/2001, n. 218 in *Mass.*, 2001.

Per quanto invece riguarda la giurisprudenza di merito ricordiamo: Pret. Monza, 29/4/1993, in questa *Rivista*, 1994, 547; Pret. Milano, 9/12/1993, in *Orient. giur. lav.*, 1994, 136; Coll. Arb., 14/1/1994 in *Dir. Maritt.*, 1994, 860; Pret. Voghera, 10/3/1995 in *Ragùfarm.*, 1999, fasc. 50, 8; Trib. Brindisi, 14/7/1995, in *Il foro it.*, 1996, fasc. 7-8 (agosto), pt. I, pag. 2558-2565 con nota di U. VOLPE, *Osservazioni sulla procura alle liti trasmessa a mezzo fax (da difensore extra districtum)*; Trib. Rovereto, 26/6/1999 in *Nuovo dir.*, 1999, 725.

²¹ A tal proposito occorre innanzi tutto ricordare che già tra le righe di una decisione dell'anno successivo il 1993, fu ammesso un trasferimento disposto da un'amministrazione pubblica a mezzo fax (Cons. St., n. 283 del 2001) e la legittimità di tale procedura è stata di recente riconfermata (Cons. St., n. 888 del 2002).

In tema di accesso ai documenti, poi, è parsa legittima, una disposizione regolamentare la quale consentiva l'invio di co-

pia del documento oggetto dell'accesso via fax « purché sia precisato che i costi della spedizione del documento sono a carico del richiedente »...! (Cons. Giust. Amm. Sic., sez. cons., 16/12/1997, n. 1020).

²² Nel 1998 il Tar Lombardia avallò implicitamente l'utilizzo del fax nella convocazione dei procuratori delle parti ai fini dello svolgimento della procedura d'urgenza prevista dall'art. 700 c.p.c. — introdotta nel tessuto della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nel 1985 (TAR Lombardia, ord. 19/6/1998, n. 1 in *Foro amm.*, 1999, 1279). Mentre in una decisione poi del 1999 ha sfiorato il carattere della « doverosità » l'invito del Supremo organo di giustizia amministrativa, a far uso di strumenti comunicativi il più possibile celeri, da momento « che esso — ovvero il comma 11 dell'art. 10 del D.Lgs. n. 157 del 1995 — impone il ricorso alla Postacelere, ovvero ad altri strumenti non meno veloci di trasmissione degli inviti alla gara » (Cons. St., n. 5622 del 2000).

Ebbene, sulla scia di questa tendenza alla « velocizzazione » dei rapporti, il Consiglio di Stato è pervenuto nel 2001 ad affermare che una « nota (anticipata via fax [...])avrebbe dovuto, quindi, unitamente al bando, essere tempestivamente impugnata nell'ordinario termine di decadenza » (Cons. St., n. 3864 del 2001), indirettamente considerandone la legittimità. Infine, quest'anno ha affermato la possibilità di effettuare la comunicazione di apertura di una gara, via fax, dal momento che essa, in ultima analisi, « in ogni caso ha adempiuto alla funzione di mettere in condizione tutte le parti di conoscere l'avviso dell'amministrazione e quindi di poter anche interloquire con essa » (Cons. St., n. 923 del 2002).

Sul fronte probatorio, il valore di quanto contenuto e trasmesso via fax lo si ricava da una recente sentenza nella quale si attesta l'adeguato assolvimento dell'onere probatorio e motivazionale da parte della pubblica amministrazione, la quale in una nota via fax aveva trasmesso le risultanze di valutazioni tecniche in sede di rilascio di un atto autorizzatorio e successivamente ave-

Le decisioni in qualche modo in controtendenza costituiscono un numero limitato: esse meritano tuttavia particolare attenzione per la serietà e problematicità degli argomenti affrontati.

A parte il Tar Lazio, il quale fin da una ormai risalente decisione del 1990²³, ed ancora ultimamente continua a negare l'idoneità del fax a produrre la conoscenza legale degli atti inviati²⁴, è da ricordare una recente pronuncia del Consiglio di Stato, nella quale, oltre a sostenersi l'irritualità della documentazione relativa a condizioni di salute inviate a mezzo fax, si è affermata l'irregolarità della procura conferita ad un legale a mezzo fax senza autentica di firma, in quanto inidonea a dare una prova certa ed inconfutabile della volontà dell'interessato in quanto il fax non sarebbe idoneo a realizzare quelle « *forme rituali, dirette proprio a garantire l'effettività della volontà dell'interessato ai fini della garanzia del diritto di difesa* »²⁵.

Ma le prese di posizione a nostro avviso più significative, data la delicatezza degli interessi coinvolti, sono quelle aventi ad oggetto la materia elettorale. Accanto ad una pronuncia giurisdizionale attestante l'irregolarità — peraltro meramente formale e pertanto sanabile — del deposito di semplice copia trasmessa via fax del certificato elettorale di un candidato, si segnala il parere dell'Adunanza della Prima Sezione (consultiva) del Consiglio di Stato, avente ad oggetto il « *Quesito in ordine alla applicabilità al procedimento elettorale — disciplinato dal D.P.R. n. 361 del 1957 recante « Testo Unico delle norme per le elezioni della Camera dei Deputati » — delle norme sull'autocertificazione* ». Relativamente all'ipotesi dell'acquisizione delle certificazioni a mezzo fax, il ragionamento dell'Adunanza muove dalla considerazione che la specialità del procedimento elettorale — caratterizzato per legge da un rigido formalismo riflesso dell'esigenza di sicurezza (prima ancora che di tempestività) a garanzia *in primis* dell'interesse pubblico alla li-

va preceduto il suo provvedimento di revoca da una lettera trasmessa via fax considerata da Consiglio di Stato « *circostanza fattuale di importanza niente affatto marginale* » (Cons. St., n. 1260 del 2002). E la medesima rilevanza probatoria risulta esplicitamente in una sentenza del 1998 nella quale si trova scritto che « *per respingere la prospettazione del Comune di Fondi, il giudice di prime cure ha esattamente osservato come fosse in atti la prova che il 18 marzo 1996 il provvedimento in questione era stato trasmesso via fax, a cura degli uffici del Comitato di controllo, all'odierno appellante* »: tale caso risultando inoltre essere particolarmente interessante in quanto alla difesa dell'appellante che sostiene la non avvenuta ricezione integrale dell'atto — essendo in atti, peraltro, la prova della mancanza dell'ultima pagina del testo —, il Consiglio di Stato oppose la non decisività dell'argomentazione, non solo non apparendo chiaro quale fosse stato il contenuto della facciata mancante ma anche, prescindendo da tale rilievo « *ed*

ammettendo per ipotesi la verosimiglianza di quanto asserito dall'appellante », in considerazione del fatto che l'appellante una volta ricevuto l'atto in forma incompleta avrebbe potuto e dovuto informare l'organo, « *sollecitando eventualmente il completamento della trasmissione* » (Cons. St., n. 5489 del 2000).

²³ TAR Lazio, sez. II, 27/11/1990, n. 2130, con nota critica di L. GRISOSTOMI TRAVAGLINI, *Esclusione da una gara di appalto per presentazione di documenti mediante fax*, in *Temi Romana*, 1990, fasc. 3-4 (dicembre), pag. 655-659. In tale pronuncia, proprio in tema di appalto si affermò la legittimità del provvedimento di esclusione da una gara di appalto del concorrente che non aveva ottemperato alle clausole del bando di gara esibendo semplici copie riprodotte via telefax dei documenti richiesti in luogo degli originali.

²⁴ TAR Lazio, sez. II, 3 maggio 1999, n. 1233 in *Temi Rom.*, 1999, 1096.

²⁵ Cons. St., n. 2339 del 2001.

bera espressione della volontà del corpo elettorale tenuto conto che in materia elettorale « *la certezza del diritto è d'importanza fondamentale per il funzionamento dello Stato democratico*²⁶ », — non consente l'utilizzo di quegli strumenti di semplificazione documentale previsti dalla normativa generale (tra i quali rientra anche il mezzo del fax), dal momento che « *solo nel caso del documento informatico, (cfr., art. 12, comma 2 D.P.R. 10.11.1997, n. 513), l'ordinamento considera provata la data e l'ora di ricezione dell'atto informatico, redatto in conformità di particolari regole tecniche*²⁷ ».

Lo spunto fornito da ultimo dal parere del Consiglio di Stato ci consente dunque di esaminare gli ulteriori percorsi compiuti dal fax nella realtà giuridica.

In questo senso rileva, in particolare, l'art. 2 del D.P.R. n. 513 ivi menzionato a tenore del quale « *Il documento informatico da chiunque formato, l'archiviazione su supporto informatico e la trasmissione con strumenti telematici, sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge se conformi alle disposizioni del presente regolamento* ».

In questo quadro occorre però precisare che, se non dovrebbero nutrirsi dubbi circa la configurazione della tecnologia del facsimile tra gli strumenti telematici indicati nella norma appena riportata, tale configurazione dovrebbe essere tuttavia circoscritta solo al software che, caricato su un computer mittente ed uno ricevente, emula il funzionamento del fax tradizionale. Infatti è solo in questo modo che è possibile produrre il « documento informatico » nel senso fatto proprio a partire dall'art. 15, secondo comma della legge del 15 marzo 1997 n. 59, a nulla rilevando, in linea di principio, la sua successiva riproduzione su supporto cartaceo.

Più in generale, poi, nulla vieta che al fax elettronico così prodotto, una volta munito della firma digitale possano essere riconosciuti i qualificati effetti sia documentali sia comunicativi disciplinati dalla la relativa normativa europea e nazionale²⁸.

5. LA PRONUNCIA DEL CONSIGLIO DI STATO NEL CONTESTO GIURIDICO ATTUALE.

La distinzione da ultimo operata non sembra peraltro pienamente avvertita nella decisione che si pubblica, dal momento che il Consiglio di Stato sembra accostare indiscriminatamente il sistema di trasmissione tipico del fax tradizionale al sistema di formazione e trasmissione di un documento elettronico. Come si è cercato infatti di dimostrare, i necessari requisiti di certezza sia sotto l'aspetto documentale, sia sotto quello comu-

²⁶ V. Corte Cost., 12/9/1995, n. 422.

²⁷ V. Adunanza della Sezione Prima Cons. St., 13/12/2000, n. sez. 1232/2000. In senso per certi versi analoghi è anche la recente sentenza del TAR per la Toscana, sez. II, n. 826 del 2001, nella quale si rileva con rammarico che « *nel caso di specie, invece, detto numero è stato indicato: inspiegabilmente, si deve*

opinare, ben conoscendo parte ricorrente quale coacervo di inaffidabilità ed aleatorietà l'uso di tale mezzo (il fax) comportsi ».

²⁸ Ci riferiamo in particolare alla direttiva 99/93/CE relativa ad un « *quadro comunitario per le firme elettroniche* » ed al D.Lgs. n. 10/2000 che alla direttiva 99/93/CEE ha dato attuazione.

nicativo possono essere assicurati solo seguendo le prescrizioni dettate in materia di firma digitale.

Tuttavia la decisione del Consiglio di Stato mantiene intatti i suoi principali motivi di interesse, particolarmente per quanto riguarda l'incrocio tra problematica del fax e potere regolamentare dell'amministrazione.

A tal proposito, concordando con il Consiglio di Stato quando afferma che « *laddove la legge non preveda una forma particolare per la notificazione degli atti amministrativi, compete all'amministrazione procedente dettare le regole da seguire nella comunicazione di atti endoprocedimentali [...] specie quando si tratti di disciplinare la partecipazione delle parti all'istruttoria* », emerge la legittimità della previsione da parte della stessa amministrazione del fax come strumento comunicativo con gli amministrati.

Legittimità che il giudice amministrativo opportunamente commisura alla stregua di principi cardine regolanti l'azione amministrativa, vale a dire quelli della cooperazione e dell'« efficienza » dell'attività amministrativa. In tal senso il fax, garantendo l'« effettività della comunicazione », sarebbe coerente col principio del « buon andamento » della pubblica amministrazione previsto dall'art. 97 cost., laddove tale garanzia si fonderebbe sulle caratteristiche tecniche dello strumento.

Anche se, probabilmente, per gli stessi dubbi che si sono più sopra sollevati, e in attesa di un'andata a pieno regime del sistema della firma digitale²⁹, resta sullo sfondo la tecnica del doppio binario dal momento nel caso di specie ci si era premurati nelle norme di gara di continuare a prevedere « *la conferma in pari data a mezzo posta* » della richiesta precedentemente inviata a mezzo fax.

LARA TRUCCO

²⁹ Ci riferiamo in particolare alle norme contenute negli artt. 4 e 5 del D.P.R. 13 febbraio 2001, n. 123: « *Regolamento sull'uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile, nel processo amministrativo e nel processo innanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti* » (poi riprese dai D.M. 24 maggio 2001: « *Regole procedurali relative alla tenuta dei registri informatizzati dell'amministrazione*

della giustizia » e 27 marzo 2000, n. 264: « *Regole procedurali relative alla tenuta dei registri informatizzati dell'amministrazione della giustizia* ») il quale prevede che tutti gli atti ed i provvedimenti possono essere redatti come documenti informatici sottoscritti con firma digitale, alternativamente predisponendo la stampa su supporto cartaceo e la sottoscrizione nei modi ordinari.