

Responsabilità della P.A.

# Responsabilità civile della P.A. per disfunzioni nei servizi erogati *on-line*

di Marco Bellante

**Il futuro sviluppo della erogazione *on-line* dei servizi pubblici, che avrà luogo in seguito all'introduzione della carta di identità elettronica e della carta nazionale dei servizi, lascia prevedere un crescente ricorso da parte della P.A. a contratti di *outsourcing*, al fine di devolvere a terzi gestori lo svolgimento delle relative attività informatiche e telematiche. La eventualità che nell'ambito della prestazione di servizi *on-line* possano verificarsi disfunzioni imputabili all'*outsourcer* pone il problema di individuare il soggetto legittimato passivo a fronte del privato che abbia subito un danno.**

## 1. Disfunzioni nei servizi erogati *on-line* dalla P.A. per causa imputabile all'*outsourcer*

L'art. 66, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 prevede la possibilità di utilizzare la carta di identità elettronica (CIE) (1) e la carta nazionale dei servizi (CNS) (2) come strumenti di autenticazione in rete e di interazione protetta con i sistemi elaborativi della P.A., al fine di consentire l'accesso per via telematica ai servizi erogati *on-line* ai privati dalla P.A. e l'effettuazione di pagamenti elettronici in favore di quest'ultima (3).

Sotto il profilo tecnico tali carte sono in grado di offrire particolari garanzie in quanto consentono: 1) la sicura identificazione per via telematica, della carta da parte del server remoto, onde prevenire l'accesso del non avente diritto ai servizi della P.A. (*strong authentication lato client*); 2) la sicura identificazione per via telematica del server remoto da parte della carta, così da impedire letture non autorizzate o contraffazioni occulte dei dati sensibili del titolare (*strong authentication lato server*); 3) lo scambio crittografato dei dati tra carta e server remoto, in modo da neutralizzare tentativi di intrusione in rete (*secure messaging*) (4).

È prevedibile che dette garanzie, unitamente alle misure di sicurezza adottate durante le fasi di produzione e di emissione delle carte, determineranno un sensibile incremento dell'erogazione *on-line* di servizi prestati dalla P.A., ai quali l'utente avrà accesso attraverso le procedure di autenticazione in rete proprie della CIE e della CNS.

L'eventualità che nell'ambito della prestazione di servizi per via telematica possano verificarsi disfunzioni che cagionino danni al privato pone il problema delle conseguenze che ne derivano sotto il profilo della responsabilità civile.

La fattispecie oggetto delle seguenti brevi riflessioni è

quella in cui, per la gestione e l'erogazione *on-line* del servizio, la P.A. si avvalga dell'opera di un soggetto terzo, al quale, mediante la stipula di un contratto di *outsourcing*, è devoluto lo svolgimento delle relative attività informatiche e telematiche.

Si prende in esame non ogni caso di disfunzione di servizi forniti *on-line*, bensì, più particolarmente, quello in cui, in presenza di un contratto di *outsourcing* di sistema

### Note:

(1) Cfr. d.p.c.m. 22 ottobre 1999, n. 437, Regolamento recante caratteristiche e modalità per il rilascio della carta di identità elettronica e del documento di identità elettronico.

L'art. 7 *vicies ter*, d.l. 31 gennaio 2005, n. 7, convertito dalla l. 31 marzo 2005, n. 43, ha disposto che dal 1 gennaio 2006 la carta d'identità su supporto cartaceo venga sostituita, all'atto della richiesta del primo rilascio o del rinnovo del documento, dalla carta d'identità elettronica.

(2) Cfr. d.p.r. 2 marzo 2004, n. 117, Regolamento concernente la diffusione della carta nazionale dei servizi.

L'introduzione della CNS è stata motivata dall'esigenza di anticipare la fruizione dei servizi accessibili tramite CIE (art. 2, comma 1, d.p.r. 117/2004) indipendentemente dal piano di rinnovo delle carte di identità.

La CNS consente la sola autenticazione in rete del titolare della carta, ma non la sua identificazione a vista: pertanto essa non contiene la foto del titolare e non richiede particolari requisiti di sicurezza relativamente al supporto plastico al fine di prevenirla contraffazione. Essa ha, dunque, le stesse caratteristiche informatiche della CIE (struttura del micro-processore e software), ma non possiede le proprietà e le caratteristiche di sicurezza fisiche (banda ottica, ologrammi, ecc.) tipiche di un documento di riconoscimento a vista. Cfr. *Carta Nazionale dei Servizi* in [www.cniipa.it](http://www.cniipa.it).

(3) Per la CIE tale possibilità era già contemplata dalla precedente normativa, ora sostituita dal d.lvo. 82/2005: cfr. art. 2, comma 10, l. 15 maggio 1997, n. 127, e art. 36, comma 4, d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445.

(4) Le regole tecniche e di sicurezza sono fissate dal d.m. Ministero dell'Interno 19 luglio 2000 per la CIE, e dal d.m. Ministero dell'Interno 9 dicembre 2004 per la CNS.

informatico stipulato dalla P.A. erogante, la causa del disservizio che danneggia l'utente sia imputabile all'*outsourcer*: si intende così definire il regime di responsabilità civile della P.A. (titolare del servizio) e dell'*outsourcer* (gestore del sistema informatico e telematico) a fronte dell'utente danneggiato.

Va rilevato che le carte elettroniche costituiscono solo l'occasione per riflettere sulla problematica in oggetto, la quale può riguardare, più in generale, qualunque caso di servizio fornito *on-line* dalla P.A. avvalendosi di un contratto di *outsourcing* informatico, poiché in tutti i casi si determina, nei rapporti tra utente e P.A., l'interposizione di un soggetto terzo, l'*outsourcer*: sotto tale profilo i meccanismi di identificazione in rete propri della CIE e della CNS sono irrilevanti.

Per inquadrare giuridicamente la fattispecie in esame, adeguati ed efficaci strumenti vengono offerti dai principi generali relativi alla responsabilità civile desumibili dall'ordinamento (5). È, tuttavia, necessario procedere, in via preliminare alla qualificazione giuridica del contratto di *outsourcing* stipulato tra P.A. e fornitore di servizi informatici.

## 2. Il contratto di *outsourcing* di sistema informatico quale appalto di servizi

Il termine *outsourcing* viene utilizzato per indicare il fenomeno di esternalizzazione di talune attività di impresa (6), consistente nell'affidare a terzi gestori, secondo modalità eterogenee, lo svolgimento delle stesse, così da minimizzarne i costi (7).

Questa esigenza, da sempre particolarmente avvertita nel settore dell'informatica, nel quale la necessità di stare al passo con la rapida evoluzione delle tecnologie comporta l'assorbimento di notevoli risorse aziendali (8), ha indotto la progressiva diffusione di contratti di *outsourcing* aventi ad oggetto la fornitura e la gestione di servizi informatici e telematici da parte dell'*outsourcer* al cliente (9).

L'*outsourcing* informatico può definirsi come il contratto mediante il quale un soggetto (c.d. cliente) affida la gestione del proprio sistema informatico e/o telematico ad una società che fornisce tali servizi (c.d. *outsourcer*, gestore o fornitore).

La dottrina è unanime nell'inquadrare il contratto di *outsourcing* informatico nell'appalto di servizi (10), quale contratto mediante cui una parte assume, con organizzazione di mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un servizio verso un corrispettivo in danaro (11).

Nel contratto di *outsourcing* si rinvencono tutti gli elementi tipicamente previsti dall'art. 1655 c.c. per l'appalto: a) il compimento di un servizio verso corrispettivo; b) l'organizzazione dei mezzi necessari; c) l'assunzione del rischio d'impresa (12).

La complessità dell'opera richiesta, insita nella gestione di un sistema informatico e telematico, presuppone necessariamente l'esistenza di una organizzazione d'impresa

in capo al fornitore, che esclude la configurabilità di un contratto d'opera (art. 2222 c.c.).

Non è, invece, possibile sussumere l'*outsourcing* nel contratto di somministrazione (artt. 1559-1570 c.c.), in quanto esso ha ad oggetto la prestazione di un servizio e non la dazione di una cosa. La questione perde, nondimeno, gran parte del suo rilievo stante l'esplicito rinvio alla disciplina della somministrazione previsto dall'art. 1677 c.c. per l'appalto di servizi.

La qualificazione del contratto di *outsourcing* come contratto di appalto consente di disporre non soltanto di

### Note:

(5) Molte delle problematiche nuove per l'ordinamento giuridico, come quelle legate alla diffusione dei contratti di informatica, trovano una disciplina di riferimento nelle norme e nei principi generali del codice civile: G. Alpa, *Responsabilità extracontrattuale ed elaboratore elettronico*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1986, 387; G. Mirabelli, *I contratti di informatica: modelli, tipicità, collegamento*, in *I contratti di informatica. Profili civilistici, tributari e di bilancio*, a cura di G. Alpa e V. Zeno-Zencovich, Milano, 1987, 3; G. Giacobbe, *Spunti in tema di inadempimento dei contratti di informatica*, in *I contratti di informatica*, cit., 155.

(6) Cfr. E. Tosi, *Il contratto di outsourcing di sistema informatico*, Milano, 2001, 5.

(7) Cfr. G. Gioia, *Outsourcing: nuove tecniche di gestione aziendale e rapporti contrattuali*, in *Corriere giuridico*, 1999, 899.

(8) E. Tosi, *op. cit.*, 6.

(9) L'*outsourcing* informatico è un tipo particolare dei c.d. *computer services contracts*, ovvero i contratti di prestazione di servizi informatici, i quali a loro volta rientrano nel più ampio genere dei contratti di utilizzazione del computer o contratti aventi ad oggetto elaboratori elettronici. Per le prime riflessioni in proposito cfr. G. Criscuoli, *Una nuova figura di appalto: il computer services contract*, in *Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale*, a cura di P. Verrucoli, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 14, Milano, 1978, 363.

(10) Cfr. E. Tosi, *op. cit.*, 57; S. Zeraushek - E. Magini, *Contratti di informatica*, Milano, 2001, 142; M. Pittalis, *Outsourcing*, in *Contratto e impresa*, 2000, 1015; A. Musella, *Il contratto di outsourcing del sistema informativo*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998, 859; C. Rossello, *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, Milano, 1997, 97; F. Cardarelli, *La cooperazione fra imprese nella gestione di risorse informatiche: aspetti giuridici del c.d. «outsourcing»*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1993, 94; O. Cagnasso, *Il contratto di appalto*, in *Contratti commerciali*, a cura di G. Cottino, nel *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. XVI, Padova, 1991, 683; L. Trentinaglia, *I contratti per l'informatica nella Pubblica Amministrazione*, Milano, 1990, 256; Centro d'iniziativa giuridica Piero Calamandrei, *I contratti di computer services*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1988, 177; G. Mirabelli, *op. cit.*, 12; E. Moscati, *L'appalto di sistemi e di servizi informatici*, in *I contratti di informatica*, cit., 227; G. Criscuoli, *op. cit.*, 366.

(11) In realtà, l'*outsourcing* può strutturarsi in maniera assai eterogenea, traducendosi anche in contratti associativi (in dottrina si distingue tra *simple outsourcing*, *transfer outsourcing*, *group outsourcing*, *joint-venture outsourcing*, ecc.). Sulla base di tale rilievo diversi autori preferiscono qualificare l'*outsourcing*, piuttosto che come tipo contrattuale, quale tecnica di gestione imprenditoriale o modalità organizzativa dell'impresa: cfr. F. Cardarelli, *op. cit.*, 86.

(12) Nel caso in cui l'*outsourcer* debba predisporre il *software* per il cliente, troveranno applicazione anche le norme che regolano il contratto di appalto d'opera (c.d. contratto di sviluppo del *software*): più precisamente avremo un contratto di appalto misto (d'opera e di servizi), al quale si applicheranno, a seconda della fase di realizzazione ed esecuzione, le norme e il regime giuridico tipico dello schema contrattuale prevalente. Cfr. E. Tosi, *op. cit.*, 103.

una normativa generale di riferimento, ma anche di una base per definire il regime di responsabilità civile che si profila nel caso in cui l'utente subisca dei danni a seguito di disfunzioni del servizio fornito dalla P.A. derivanti dalla gestione informatica o dall'erogazione telematica da parte dell'*outsourcer*.

### 3. Presunta inapplicabilità dell'art. 2049 c.c.: ipotesi di responsabilità esclusiva dell'*outsourcer*

Nell'ambito di un contratto di *outsourcing* di sistema informatico, l'*outsourcer* assume la gestione e la responsabilità delle operazioni informatiche e telematiche del cliente, delle quali risponde a titolo contrattuale nei confronti di quest'ultimo.

Occorre, invece, stabilire quali siano le conseguenze che derivano nel caso in cui l'*outsourcer* cagioni un danno a terzi soggetti che, per suo tramite, entrano *on-line* in contatto con la P.A.

Il caso potrebbe essere utilmente ricondotto alla previsione di cui all'art. 2049 c.c. configurando l'*outsourcer* quale ausiliario della P.A. nella gestione informatica e nell'erogazione telematica del servizio: per i danni derivanti da fatti dolosi o colposi imputabili al gestore, si delineerebbe un regime di responsabilità oggettiva in capo alla P.A., sulla quale vanno allocati i rischi connessi alla decisione di avvalersi di terzi soggetti per lo svolgimento della sua attività.

Sul piano giuridico, tuttavia, una tale conclusione sembra incontrare un ostacolo difficilmente superabile: per configurare a carico del preponente una responsabilità oggettiva per fatto altrui *ex art. 2049 c.c.*, la norma richiede, tra gli altri requisiti, la sussistenza di un rapporto di preposizione tra la P.A. e il fornitore di servizi informatici che nel caso di specie è difficile rinvenire.

Unanime giurisprudenza, in presenza di un contratto di appalto, quale è l'*outsourcing* informatico, esclude l'esistenza di un rapporto di preposizione tra committente e appaltatore, con la conseguenza che dei fatti dolosi o colposi che cagionino danni a terzi imputabili all'appaltatore risponde in via esclusiva quest'ultimo. È pacificamente affermato il principio secondo il quale non è configurabile a carico del committente una responsabilità civile *ex art. 2049 c.c.* per danni causati a terzi dall'esecuzione del contratto di appalto, poiché l'autonomia dell'appaltatore, il quale esplica la sua attività con propria organizzazione di mezzi e gestione a suo rischio, esclude che questi possa essere considerato come preposto, ausiliario o semplice esecutore degli ordini del committente (13).

Nonostante l'art. 2049 c.c., esprimendosi in termini di responsabilità oggettiva del committente, sembrerebbe includere nella propria previsione anche il caso del contratto di appalto, l'incompatibilità radicale tra l'autonomia economica e organizzativa dell'appaltatore e la sussistenza di un rapporto di preposizione, nonché la previsione dell'assunzione del rischio di gestione *ex art. 1655 c.c.*, conducono all'esito opposto di ritenere inapplicabi-

le il regime di responsabilità indiretta, dovendosi considerare l'appaltatore unico responsabile in via extracontrattuale dei danni derivanti a terzi dall'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto dell'appalto.

Affermata la carenza di legittimazione passiva della P.A. committente, ne deriva che l'utente, per ottenere il risarcimento del danno subito, potrebbe rivolgersi esclusivamente al gestore del servizio informatico.

Nonostante il piano argomentare illustrato, una siffatta soluzione non può tuttavia essere condivisa.

### 4. Distinzione tra "servizio oggetto dell'*outsourcing*" e "servizio erogato dalla P.A. *on-line*"

L'indirizzo giurisprudenziale relativo alla inapplicabilità dell'art. 2049 c.c. in materia di appalto è senz'altro corretto, ma conduce alle conclusioni di cui sopra a causa della equivoca premessa su cui si fonda.

È esatto asserire che l'appaltatore risponde in via esclusiva dei danni cagionati a terzi nell'esecuzione dell'appalto, ma tali danni non si identificano né coincidono con i danni cagionati all'utente nella prestazione del servizio pubblico, della risarcibilità dei quali in questa sede si ragiona.

#### Nota:

(13) L'appaltatore risponde dei danni provocati a terzi durante l'esecuzione del contratto, attesa l'autonomia con cui egli svolge la sua attività nell'esecuzione dell'opera o del servizio appaltato, assumendone il relativo rischio e obbligandosi a fornire alla controparte l'opera o il servizio cui si era obbligato, mentre il controllo e la sorveglianza del committente si limitano all'accertamento e alla verifica della corrispondenza dell'opera o del servizio con quanto costituisce l'oggetto dell'appalto: Cass. 16 maggio 2006, n. 11371, in *Foro It.*, Rep. 2006, voce *Appalto*, 47; Cass. 20 aprile 2004, n. 7499, in *Foro It.*, 2005, I, 835; Cass. 12 maggio 2003, n. 7273, in *Foro It.*, Rep. 2003, voce *Appalto*, 41; Cass. 26 giugno 2000, n. 8686, in *Foro It.*, Rep. 2000, voce *Appalto*, 45; Cass. 23 marzo 1999, n. 2745, in *Foro It.*, Rep. 1999, voce *Appalto*, 39.

La responsabilità dell'appaltatore non viene meno neanche nel caso di danni che siano conseguenza dell'ottemperanza a specifiche direttive dell'appaltante o del direttore dei lavori, ovvero di vizi e difetti del progetto fornitogli dal committente, stante l'obbligo di vaglio critico degli stessi che incombe sull'appaltatore, salvo averne tempestivamente denunciato l'erroneità: Cass. 20 agosto 1999, n. 8802, in *Foro It.*, Rep. 2000, voce *Responsabilità civile*, 292; Cass. 27 agosto 1996, n. 7862, in *Foro It.*, Rep. 1996, voce *Opere pubbliche*, 259; Cass. 16 maggio 1987, n. 4518, in *Foro It.*, Rep. 1987, voce *Responsabilità civile*, 102.

La responsabilità dell'appaltante risulta quando questi si sia riservato espressamente, o abbia esercitato di fatto, un potere di direzione, vigilanza e ingerenza nell'esecuzione dell'opera di tale penetrante entità da compromettere l'autonomia dell'appaltatore o da incidere in maniera determinante sulla stessa, con il risultato di ridurre la funzione dell'appaltatore a *nudus minister* e, quindi, di mero esecutore degli ordini del committente: Cass. 1 giugno 2006, n. 13131, in *Foro It.*, Rep. 2006, voce *Appalto*, 51; Cass. 21 giugno 2004, n. 11478, in *Foro It.*, Rep. 2004, voce *Appalto*, 35; Cass. 15 novembre 2002, n. 16080, in *Foro It.*, Rep. 2002, voce *Appalto*, 35; Cass. 20 novembre 1997, n. 11566, in *Foro It.*, Rep. 1997, voce *Appalto*, 42.

Estranea all'ambito della responsabilità institoria è la responsabilità del committente per la scelta di una impresa di appalto assolutamente inadatta all'esecuzione dell'opera (*culpa in eligendo*): cfr. S. Bielli, *La responsabilità dei padroni e dei committenti per il fatto illecito dei loro domestici e commessi*, in *La responsabilità civile*, diretto da G. Alpa - M. Bessone, vol. II, t. I, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, diretta da W. Bigiavi, Torino, 1987, 185.

Occorre, infatti, distinguere tra “servizio oggetto dell'appalto” e “servizio erogato dalla P.A. *on-line*”: il primo è la gestione del sistema informatico e telematico in favore della P.A. committente da parte dell'*outsourcer*, cioè il servizio oggetto del contratto di *outsourcing*; il secondo è la prestazione resa dalla P.A. in favore dell'utente, cioè il servizio pubblico.

Il “servizio oggetto dell'appalto” ha rilevanza (interna) nei rapporti tra P.A. e gestore, mentre il “servizio erogato dalla P.A. *on-line*” afferisce ai rapporti tra P.A. e utente.

Nei servizi pubblici gestiti dalla P.A. in *outsourcing*, ciò che viene affidato all'*outsourcer* non è il servizio pubblico in sé, bensì il complesso delle attività di gestione informatica e di erogazione telematica del servizio pubblico, la titolarità del quale rimane in capo alla P.A.: il contratto di *outsourcing*, infatti, non è un atto di concessione di pubblico servizio, ma una convenzione privatistica mediante la quale la P.A. affida all'*outsourcer* l'esecuzione di talune fasi del servizio pubblico, consistenti nella gestione informatica e nella sua erogazione *on-line*, senza trasferimento alcuno di funzioni oggettivamente pubbliche.

Dal “servizio oggetto dell'appalto” e dal “servizio erogato dalla P.A. *on-line*” derivano conseguenze, in termini di responsabilità, assolutamente peculiari: il danno cagionato nella gestione del servizio informatico o telematico ingenera la responsabilità contrattuale del gestore nei confronti della P.A. per inadempimento del contratto di appalto. La disfunzione occorsa nell'erogazione del servizio pubblico determina, invece, l'insorgere della responsabilità extracontrattuale della P.A. ex art. 2049 c.c. e dell'*outsourcer* ex art. 2043 c.c., entrambi tenuti in solido di fronte all'utente danneggiato.

La disfunzione che riguarda il servizio erogato in via telematica dalla P.A. trova certamente la sua scaturigine in una disfunzione nella gestione del servizio informatico o telematico svolto dall'*outsourcer*: si tratta, tuttavia, di due disservizi diversi, dei quali l'uno è causa dell'altro e che non possono essere identificati o sovrapposti.

I danni provocati alla P.A. dal disservizio nella gestione del sistema informatico e telematico da parte dell'*outsourcer* devono, pertanto, essere tenuti distinti dai danni che derivano all'utente nell'ambito dell'erogazione del servizio pubblico fornito *on-line* dalla P.A.: il principio secondo il quale il committente non risponde, ex art. 2049 c.c. dei danni cagionati dall'appaltatore, è correttamente riferibile ai primi, ma non ai secondi.

### 5. L'*outsourcer* come ausiliario della P.A.: applicabilità dell'art. 2049 c.c.

Sulla base del diverso concetto di “servizio” assunto a riferimento, è la stessa qualificazione del gestore in termini di ausiliario o meno della P.A. a mutare radicalmente, con ciò che ne deriva in ordine alla possibilità di applicazione dell'art. 2049 c.c.

Se si assume a parametro di riferimento il servizio ogget-

to dell'appalto (gestione del sistema informatico e telematico), l'*outsourcer* non può considerarsi quale mero ausiliario della P.A., perché la cura di queste attività avviene con autonomia organizzativa e gestione a proprio rischio da parte dell'appaltatore, sicché rispetto ai danni che possono derivarne l'art. 2049 c.c. non può trovare applicazione.

Se, invece, si considera il servizio pubblico erogato *on-line*, il gestore, in quanto deputato al solo svolgimento delle fasi esecutive della gestione informatica e dell'erogazione telematica di esso, può essere correttamente qualificato come ausiliario della P.A., cioè come soggetto della cui attività o dei cui servizi la P.A. si appropria per i suoi fini: nell'evenienza di danni cagionati all'utente dall'erogazione *on-line* del servizio pubblico, diviene possibile un addebito di responsabilità alla stessa ex art. 2049 c.c. (14).

In questa appropriazione dell'altrui attività si rinviene, infatti, il tradizionale fondamento della responsabilità per il fatto degli ausiliari o dei preposti, cioè il principio secondo il quale chi si avvale dell'opera altrui per lo svolgimento di una attività propria assume anche il rischio delle conseguenze pregiudizievoli che possono derivarne (danni arrecati a terzi), senza essere ammesso alla prova liberatoria (*cuius commoda eius et incommoda*).

Alla qualificazione in termini di ausiliario non costituisce ostacolo il fatto che il terzo svolga la propria opera strumentale all'attività del committente con autonomia economico-organizzativa e gestione a proprio rischio (15).

Siffatta soluzione applicativa tiene in debito conto anche le esigenze di tutela dell'utente che entra in contat-

#### Note:

(14) Per un analogo caso di addebito della responsabilità ex art. 2049 c.c. in presenza di un contratto di appalto, cfr. Cass. 20 marzo 2006, n. 6104, in *Foro It.*, Rep. 2006, voce *Responsabilità civile*, 307: «Il proprietario il quale faccia eseguire opere di escavazione nel proprio fondo risponde direttamente del danno che derivi alle proprietà confinanti, anche se ha dato in appalto l'esecuzione delle opere, e ciò indipendentemente dal suo diritto ad ottenere la rivalsa nei confronti dell'appaltatore, la cui responsabilità si aggiunge alla sua, ma non la esclude».

Nello stesso senso Cass. 14 giugno 1990, n. 5809, in *Foro It.*, Rep. 1991, voce *Appalto*, 23; Cass. 12 giugno 1981, n. 3822, in *Foro It.*, Rep. 1982, voce *Responsabilità civile*, 77; Cass. 20 dicembre 1978, n. 6119, in *Mass. Giust. civ.*, 1978, 2557.

(15) Già in un precedente caso la Corte di cassazione ha ravvisato una responsabilità oggettiva della P.A. ex art. 2049 c.c. per danni cagionati ai privati da terzi (appaltatori), della cui opera la P.A. si era avvalsa per l'esercizio di una sua pubblica funzione. Cfr. Cass. 16 giugno 1992, n. 7415, in *Foro It.*, Rep. 1993, voce *Responsabilità civile*, 114: «In applicazione del principio del *neminem laedere* (art. 2043 c.c.) il comune è responsabile dei danni cagionati nello svolgimento del servizio di rimozione di autoveicoli ancorché in virtù di apposita convenzione tale servizio non sia svolto direttamente dal comune ma affidato ad un terzo (nella specie: ACI) che vi provvede con propria organizzazione di mezzi».

Ad analoghe conclusioni la giurisprudenza perviene anche in tema di contratto di trasporto, qualificando il vettore come ausiliario del venditore-mittente, allorché il servizio di trasporto, inserito nel più ampio contesto di una compravendita, vi figuri quale modalità esecutiva della stessa: Cass. 11 febbraio 1994, n. 1381, in *Foro It.*, Rep. 1994, voce *Vendita*, 71; Cass. 18 maggio 1984, n. 3064, in *Foro It.*, 1984, I, 2182.

to con la P.A., sulla quale fa esclusivo affidamento in ordine al corretto esercizio della pubblica funzione, senza avvedersi di entrare in rapporto con terzi soggetti. Ad ammettere il contrario, per ottenere il ristoro dei danni patiti, l'utente dovrebbe essere in grado di individuare il soggetto effettivamente responsabile del danno (P.A. o gestore del servizio informatico); il che equivarrebbe, però, a gravarlo dell'onere di accertare la causa effettiva della disfunzione, il cui assolvimento è difficilmente concepibile anche solo in astratto, stante la assoluta complessità tecnica dei sistemi informatici e telematici da cui il danno è derivato.

### 6. Ancora sulla presunta assenza del rapporto di preposizione ex art. 2049 c.c. tra P.A. e *outsourcer*

La soluzione di applicare l'art. 2049 c.c. potrebbe essere censurata per il fatto che, anche assumendo come corretto riferimento il servizio erogato *on-line*, tra P.A. e *outsourcer* non è comunque configurabile quel rapporto di preposizione che l'art. 2049 c.c. richiede come condizione essenziale perché insorga la responsabilità vicaria del preponente.

Occorre, in realtà, rilevare che l'art. 2049 c.c. utilizza una terminologia desueta e generica, ma al contempo tanto elastica e adattabile alle diverse circostanze (16) che non sembra problematico ricondurvi, accanto al rapporto di preposizione o institorio propriamente detto, anche la situazione di chi (c.d. committente) si avvalga di un terzo (c.d. ausiliario) per il compimento di un'opera o di un servizio funzionale allo svolgimento della propria attività, della quale egli mantenga il potere di direzione, controllo e vigilanza.

Questi poteri, necessari alla configurazione di un rapporto di preposizione *lato sensu* inteso, se correttamente riferiti non al servizio o all'opera dell'ausiliario, ma all'attività del committente globalmente e generalmente intesa, sono agevolmente rintracciabili nella fattispecie esaminata, giustificando, se del caso, l'applicazione dell'art. 2049 c.c.

Ai fini della esistenza di un rapporto di preposizione, ciò che rileva è la sussistenza di una situazione nella quale un soggetto si avvalga dell'opera di terzi per lo svolgimento di una attività propria, come dimostra il fatto che il medesimo principio di cui all'art. 2049 c.c. si trova espresso, in ambito di responsabilità contrattuale, dall'art. 1228 c.c. (17), il quale si riferisce genericamente a terzi ausiliari, senza null'altro specificare. La figura dell'ausiliario ex art. 1228 c.c. e quella del preposto o commesso ex art. 2049 c.c. sono, infatti, riconducibili alla medesima nozione di soggetto che presta un'attività o un servizio di cui altri dispone per i propri fini, senza che siano rinvenibili significativi criteri di differenziazione, al di là del tradizionale ambito di responsabilità, contrattuale o extracontrattuale a cui tali norme si riferiscono (18).

Anche qualora si volesse escludere il ricorso all'art. 2049

c.c. per mancanza di un rapporto di preposizione propriamente detto, rimarrebbe comunque possibile desumere dalla medesima disposizione normativa, e in ambito contrattuale dall'art. 1228 c.c., un generale principio di oggettiva imputazione della responsabilità in capo a chi si avvale dell'opera di terzi, da applicare al caso di specie in via di analogia *iuris*.

### 7. Ulteriori considerazioni: colpevolezza dell'illecito; responsabilità solidale dell'*outsourcer*; chiamata in garanzia ex art. 106 c.p.c.; clausole di manleva in favore della P.A.

A completezza della sintetica analisi svolta, è opportuno integrare il quadro delineato con alcune ulteriori brevi osservazioni.

Perché si configuri una responsabilità indiretta della P.A. ex art. 2049 c.c. è necessario che i danni cagionati all'utente, nell'erogazione del servizio *on-line*, derivino da un fatto doloso o colposo dell'*outsourcer*: l'art. 2049 c.c. richiede infatti la concorrenza di un illecito ex art. 2043 c.c. (19)

Se il danno non deriva da causa imputabile al gestore dei servizi informatici o alla P.A., bensì da caso fortuito, forza maggiore o colpa di terzi (ad es., gestori della rete), l'utente non potrà avanzare alcuna pretesa risarcitoria, salvo che verso eventuali terzi responsabili, a meno che non sia ravvisabile una specifica colpa della P.A. per non aver prevenuto le conseguenze derivanti da tali fatti (ad es., la P.A. certifica come avvenuta una operazione *on-line* effettuata dall'utente, la quale, invece, per problemi relativi alla connessione o al funzionamento della rete, non ha avuto luogo).

Tra P.A. e *outsourcer* sussiste, a fronte dell'utente danneggiato, un regime di solidarietà passiva (20): la P.A. è obbligata al risarcimento per espressa previsione di legge (art. 2049 c.c.), mentre all'*outsourcer* si applica l'ordinario regime della responsabilità extracontrattuale (art. 2043 c.c.).

Sebbene l'utente possa convenire in giudizio sia la P.A. che l'*outsourcer* responsabile per ottenere una sentenza di condanna contro entrambi, è evidente che egli normalmente non ha interesse ad agire anche contro il gestore, sia perché la P.A. non pone problemi di solvibilità, sia perché, non essendo ammessa la prova liberatoria, non sussiste il pericolo processuale di contestazione del-

#### Note:

(16) Cfr. S. Bielli, *op. cit.*, 62 e 139.

(17) Cfr. Cass. 17 maggio 2001, n. 6756, in *Foro It.*, Rep. 2001, voce *Obbligazioni in genere*, 39; Cass. 11 maggio 1995, n. 5150, in *Foro It.*, Rep. 1995, voce *Obbligazioni in genere*, 45.

(18) Cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, Milano, 1994, 59 e 729.

(19) Cfr. P.G. Monateri, *Illecito e responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol. X, t. II, Torino, 2002, 54.

(20) Cfr. M. Franzoni, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile*, diretto da A. Scialoja - G. Branca, Bologna-Roma, 1993, 415.

la legittimazione passiva da parte del convenuto che indichi altro vero presunto obbligato (21).

Sarà, invece, cura della P.A. esercitare contro l'*outsourcer* il proprio diritto di regresso all'interno del medesimo giudizio, mediante chiamata in garanzia ex art. 106 c.p.c., sì da essere sollevata da tutte le conseguenze della eventuale soccombenza, e, prima ancora, per potere beneficiare della linea difensiva da questo dispiegata.

Tra P.A. e gestore non sussiste litisconsorzio necessario (22).

Non sembra inutile precisare che le considerazioni svolte mantengono la loro validità anche nel caso in cui nel contratto di *outsourcing* sia stata inserita una clausola di manleva in favore della P.A.: il patto di manleva, infatti, ha effetto solo per i contraenti e, non essendo opponibile ai terzi ai sensi dell'art. 1372 c.c., non può alterare nei confronti di essi il regime di responsabilità previsto dall'art. 2049 c.c.

Va, inoltre, rilevato che detta clausola, per quanto utile ai fini della chiara regolamentazione contrattuale, non muta il quadro giuridico sostanziale nemmeno rispetto ai contraenti medesimi, poiché il diritto della P.A. di agire in regresso per l'intero contro l'unico responsabile del danno discende dai principi generali dettati dall'ordinamento in tema di solidarietà passiva (artt. 1298-1299 c.c. e art. 2055 c.c.). La P.A. dovrà, semmai, cautelarsi

contro clausole che possano interpretarsi nel senso di una limitazione di responsabilità in favore dell'*outsourcer*, in modo che risulti la inequivoca rilevanza della colpa lieve (23).

È, infine, appena il caso di ricordare che il tema della responsabilità civile esaminato attiene solo all'eventualità in cui il danno sia stato cagionato al singolo privato, escludendo dall'indagine l'ipotesi di disfunzioni riguardanti l'erogazione generale del servizio pubblico che colpiscono in maniera indifferenziata la collettività degli utenti. Rispetto a tal genere di disservizi, d'altra specie sono le problematiche relative all'entità e alla certezza dei danni prodotti, nonché quelle afferenti alla predisposizione di adeguati strumenti per farvi fronte.

**Note:**

(21) Diversamente l'utente danneggiato, onde evitare il rischio di contestazione reciproca di addebiti, dovrebbe convenire in giudizio sia la P.A. che il gestore, esponendosi però all'obbligo di rifondere le spese processuali nei confronti del convenuto incolpevole.

(22) Cfr. P.G. Monateri, *op. cit.*, 79.

(23) Il controllo sui contratti informatici stipulati dalla P.A. spetta al CNIPA, l'Autorità pubblica avente funzione di indirizzo, coordinamento e controllo in tema di processi di informatizzazione della P.A. (d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39).

**RIVISTE**

**Il Corriere giuridico**

**Mensile di giurisprudenza, legislazione e opinione**

Direttore scientifico: Piero Schlesinger

Comitato scientifico: Vincenzo Carbone, Mario Cicala, Claudio Consolo, Adolfo Di Majo, Giuseppe Lombardi, Vincenzo Mariconda

Periodicità: mensile



Corriere Giuridico è il mensile di diritto e procedura civile che non trascura gli spunti innovativi offerti dal diritto penale e amministrativo e affronta con tempestività e autorevolezza tutte le problematiche con le quali si misurano gli operatori del diritto. Offre un duplice aggiornamento: segnala in forma sintetica le pronunce della Corte costituzionale, della Corte di giustizia CE, della Corte di cassazione, del Consiglio di Stato e della Corte europea dei diritti dell'uomo con note di richiamo ai precedenti e agli orientamenti della dottrina; pubblica per esteso, con approfonditi commenti, le novità legislative e giurisprudenziali di maggior interesse. Trimestralmente Corriere Giuridico viene affiancato da **INT'L LIS**, il prestigioso

supplemento dedicato al diritto processuale internazionale e all'arbitrato internazionale.

Il **servizio online**, riservato esclusivamente agli abbonati e consultabile all'indirizzo **www.ipsoa.it/ilcorrieregiuridico**, permette all'utente di accedere con tempestività a tutte le novità d'interesse.

Abbonamento annuale € 190,00

**Per informazioni**

- **Servizio Informazioni Commerciali**  
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente ipsoa di zona** ([www.ipsoa.it/agenzie](http://www.ipsoa.it/agenzie))
- **www.ipsoa.it**