

Corecom Emilia-Romagna

Febbraio 2020

Studio inerente l'uso e la gestione delle pagine istituzionali dei siti di *social network* delle PP.AA. e i riflessi sulla tutela della *par condicio*.

Prof. Avv. Stefano Zunarelli

Prof. Avv. Chiara Alvisi

Premessa: il problema oggetto di studio.

Dall'esame delle *policies* di alcuni tra i principali fornitori di servizi di *social networking* e delle "modalità di iscrizione" dagli stessi previste (Facebook ed Instagram), si evince che le persone giuridiche (sia pubbliche che private) che intendano essere presenti sulle piattaforme di comunicazione orizzontale non possono che avvalersi della registrazione al servizio di una persona fisica, che diventerà dunque parte formale e sostanziale del contratto con il gestore della piattaforma per la fornitura del servizio di *social networking*.

A differenza di Twitter, le condizioni d'uso di Facebook ed Instagram non contemplano la possibilità per le persone giuridiche di "isciversi" ai predetti servizi di *social networking*, cioè non consentono alle persone giuridiche di diventare parti dei relativi contratti. In definitiva, i menzionati gestori delle principali piattaforme di *social networking* rifiutano di contrattare con le persone giuridiche, sia pubbliche che private, per la fornitura dei loro servizi di comunicazione *online* interattiva.

Tale rifiuto costringe allora le pubbliche amministrazioni ad avvalersi dei contratti perfezionati dai propri dipendenti per poter accedere ai servizi di comunicazione digitale orizzontale erogati da Facebook e Instagram, di cui si avvalgono anche per adempiere ai propri obblighi di comunicazione istituzionale in ottemperanza a quanto previsto dalla legge n. 150 del 2000. Ciò rende critico anche il profilo della c.d. "eredità digitale" dell'account *social* sia nel caso in cui il dipendente che ha "registrato l'account" cessi il proprio rapporto di impiego con l'ente che nel caso in cui lo stesso muoia.

Nello scenario descritto, vanno individuati i criteri che consentono di imputare alla pubblica amministrazione - e di qualificare come pubblica - la comunicazione veicolata a nome della prima tramite gli *account social* registrati da singoli dipendenti che abbiano concluso a proprio nome il relativo contratto con il gestore della piattaforma.

Da individuare altresì i criteri di imputazione della responsabilità civile, penale ed amministrativa eventualmente correlata all'uso dei *social* nel contesto descritto.

A questo proposito occorre inoltre definire il perimetro di applicazione delle regole in materia di *par condicio* - che vincolano le amministrazioni pubbliche nonché i tradizionali mezzi di informazione verticale (stampa ed emittenti radiotelevisive) - anche con riferimento alla comunicazione veicolata attraverso i descritti *account social*.

A.1 Rappresentanza organica e rappresentanza volontaria nel perfezionamento del contratto di fornitura dei servizi di *social networking*.

Da analizzare il tema della *rappresentanza organica* e dei limiti della *rappresentanza volontaria tacita* nel perfezionamento del *contratto di fornitura del servizio di social networking* da parte del dipendente dell'ente ovvero di altro soggetto legato da un rapporto organico con l'ente in *assenza del previo conferimento (per iscritto) del relativo incarico*.

Da analizzare anche il tema dell'eventuale *responsabilità civile, contrattuale ed extracontrattuale*, dell'ente in relazione al fatto del dipendente titolare dell'*account social*.

A.1.1 Le parti del contratto di fornitura di servizi di *social networking* e gli autori della comunicazione veicolata dagli *account social*.

Se è ormai acquisito che l'iscrizione di una persona ad un sito di *social networking*, tramite la registrazione di un profilo o *account social*, coincide con la conclusione di un vero e proprio contratto⁽¹⁾, è invece recente l'affermazione giurisprudenziale della natura onerosa di tale contratto, in contrasto con l'asserita gratuità pubblicamente ed ingannevolmente dichiarata dal principale gestore di SNS (i.e. Facebook), mentre resta ancora aperta la questione della giuridica qualificazione del servizio oggetto del contratto (un servizio di accesso ad internet? Un servizio di hosting? Oppure un vero e proprio servizio di comunicazione orizzontale interattiva?).

Il contratto di fornitura di servizi di *social networking* trova la sua intera disciplina nelle condizioni d'uso unilateralmente predisposte ed imposte dal gestore della piattaforma.

Nel caso di Facebook le condizioni d'uso rinviano altresì alla legge e alla giurisdizione delle corti dello Stato membro U.E. in cui risiede il consumatore, per quanto concerne le controversie contrattuali fra il gestore e la persona fisica-parte del contratto che sia stato concluso per scopi estranei all'attività professionale eventualmente svolta, applicandosi altrimenti la legge irlandese e la giurisdizione delle corti irlandesi. Per converso, qualora uno dei Prodotti offerti da Facebook sia utilizzato a scopi aziendali - rientrando in tale evenienza anche l'apertura di una Pagina istituzionale intitolata ad un ente pubblico e collegata all'account personale del dipendente - allora il contratto di quest'ultimo viene integrato dalle *Condizioni commerciali di Facebook*, che rinviano

¹ Ciò che era stato negato da una parte della dottrina (cfr. ad esempio F. ASTONE, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, in AIDA, 2011, pp. 102 ss.) sulla base di argomenti successivamente smentiti dalla giurisprudenza e dai provvedimenti dell'AGCM riportati *infra* nel testo.

alla legge della California quale legge applicabile al contratto mentre le controversie inerenti all'uso del menzionato Prodotto vengono rimesse ad un Arbitrato disciplinato dal *Federal Arbitration Act* e, in via residuale, alla Corte distrettuale USA per la California settentrionale o ad un Tribunale situato nella contea di San Mateo⁽²⁾.

Dall'esame delle *policies* di alcuni tra i principali fornitori di servizi di *social networking* e delle "modalità di iscrizione" dagli stessi previste, si evince che le persone giuridiche (sia pubbliche che private) che intendano essere presenti sulle piattaforme di comunicazione orizzontale non possono che avvalersi della registrazione al servizio di una persona fisica (quando si tratti di Facebook o di Instagram), che resta dunque parte formale e sostanziale del contratto per la fornitura del relativo servizio. Con la sola eccezione di Twitter, non è invece contemplata la possibilità per le persone giuridiche di "isciversi" direttamente ai predetti servizi di *social networking* "registrando" direttamente il proprio account. In definitiva, i gestori delle principali piattaforme di *social networking* (Facebook e Instagram) rifiutano di contrattare direttamente con le persone giuridiche, sia pubbliche che private, per la fornitura dei loro servizi di comunicazione *social* (orizzontale ed interattiva).

Il descritto rifiuto di contrattare dei gestori delle maggiori piattaforme di *social network* con le organizzazioni dotate di personalità giuridica costringe queste ultime a ricorrere a complesse strategie contrattuali per poter accedere ai descritti servizi di comunicazione digitale orizzontale, che a loro volta generano complesse problematiche per quanto riguarda l'imputazione all'ente della comunicazione veicolata dagli account *social* registrati dal dipendente-persona fisica nonché per quanto riguarda l'imputazione delle eventuali responsabilità (civili, penali ed amministrative) originate dalla suddetta comunicazione.

Parte del contratto di fornitura dei servizi di *social network* è la pubblica amministrazione nei soli casi in cui il gestore della piattaforma accetti di contrattare con le persone giuridiche (ad es.

² Le condizioni d'uso di Instagram prevedono: "per quanto concerne i consumatori che risiedono abitualmente in uno Stato membro dell'Unione Europea, trovano applicazione le leggi dello Stato membro in questione in relazione a eventuali reclami, azioni legali o controversie nei confronti di Facebook derivanti o correlati alle presenti Condizioni ('reclamo'), che è possibile risolvere dinanzi a qualsiasi tribunale competente dello Stato membro che gode della giurisdizione nell'ambito del reclamo. In tutti gli altri casi, l'utente accetta che il reclamo venga risolto dinanzi a un Tribunale competente della Repubblica d'Irlanda, nonché che la legge irlandese disciplini le presenti Condizioni ed eventuali reclami, indipendentemente da conflitti nelle disposizioni di legge". La scelta di una legge straniera come legge applicabile al contratto di fornitura di servizi di *social networking* nonché di una giurisdizione straniera e persino arbitrale per la soluzione delle controversie connesse od occasionate dal contratto non potrà essere contestata nella sua validità alla luce del divieto di clausole vessatorie nei contratti con il consumatore ogniquale volta la controversia riguardi un contratto di cui è parte formale e sostanziale l'ente pubblico (ad es. nel caso della fornitura dei servizi di Twitter) ovvero origini dall'uso dell'account Instagram o della Pagina Facebook in nome e per conto dell'ente pubblico, ricadendosi in tal caso in un c.d. uso aziendale.

Twitter). A questo proposito si segnala come meriterebbe un adeguato approfondimento la valutazione se tale contratto, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. rrrr) del d.lgs. n. 50/2016 debba essere concluso previo espletamento degli adempimenti indicati nella disposizione menzionata o se possa beneficiare delle esclusioni previste dalla medesima disposizione e dalle ulteriori previsioni legislative dalla stessa richiamate.

Diversamente, con riferimento alle piattaforme che contrattano solo con le persone fisiche (ad es. Facebook e Instagram) l'ente rimane terzo beneficiario del contratto perfezionato dal dipendente con il *provider*. Può allora darsi il caso che l'ente dia mandato al dipendente affinché perfezioni in nome proprio ma in favore dell'ente un account Instagram o affinché utilizzi il suo *account* Facebook personale per veicolare comunicazione dell'ente tramite l'apertura di una Pagina Facebook intitolata all'ente. Il mandato può essere anche verbale o tacito e desumersi dal comportamento dell'ente che, per l'adempimento dei propri obblighi di comunicazione istituzionale, si avvale del Prodotto Facebook attivato dal dipendente sul proprio *account* personale in virtù di un incarico "in parola". Si deve tuttavia considerare che anche se l'ente rimane terzo beneficiario del contratto di fornitura dei servizi di *social networking* nei casi descritti (potendo ricavarne diritti senza assumerne le correlative obbligazioni) tuttavia tale contratto potrebbe risultare fonte di oneri significativi per l'ente (si pensi a quanto detto *supra* a proposito delle *Condizioni commerciali di Facebook* e a quanto si osserverà *infra*) cosicché anche il mandato al dipendente o la dichiarazione dell'ente di voler profittare dell'*account social* del dipendente potrebbero dover essere redatti per iscritto ed essere soggetti all'applicazione della disposizione di cui all'art. 3 comma 1, lett. rrrr) del d.lgs. n. 50/2016, come in precedenza evidenziato.

A.1.2 La *policy* di Facebook.

Nel caso di Facebook, il gestore consente "l'iscrizione" al relativo servizio di *social networking* esclusivamente attraverso la registrazione di un "profilo personale" e dunque accetta di concludere solo con le persone fisiche il contratto di fornitura del servizio di *social network* (che a parere di chi scrive è un servizio di comunicazione interattiva *online* arricchito di servizi accessori, anche editoriali). Pur non essendo esplicitata, tale limitazione (*rectius*, il rifiuto di contrattare con le persone giuridiche) si evince dalle concrete modalità di "apertura dell'*account*" previste da Facebook nelle sue condizioni d'uso, che integrano l'offerta contrattuale di Facebook.

Il modulo di iscrizione a tal fine predisposto dal fornitore richiede, infatti, l'inserimento di dati personali che risultano riferibili e consentono di identificare (peraltro in modo non univoco) come

utenti del servizio offerto le sole persone fisiche. Per registrare un “profilo personale” su Facebook è infatti necessario inserire, oltre all’indirizzo di posta elettronica o al numero di cellulare, i seguenti dati personali: nome, cognome, data di nascita e sesso.

L’eventuale inserimento di informazioni non corrette al momento dell’iscrizione può portare alla sospensione dell’*account* da parte del fornitore del servizio.

La clausola 3.1 - “*Chi può usare Facebook*” delle *Condizioni d’uso* predisposte da Facebook stabilisce in proposito che “*l’utente è tenuto a: usare lo stesso nome di cui si serve nella vita reale; fornire informazioni personali accurate; creare un solo account (il proprio) e usare il proprio diario per scopi personali (...)*”.

La successiva clausola 4.2 - “*Sospensione o chiusura dell’account*” attribuisce a Facebook il potere di “*sospendere o disabilitare in modo permanente l’accesso dell’utente al suo account*” nell’ipotesi in cui Facebook “*stabilisca che l’utente abbia violato chiaramente, seriamente o reiteratamente le proprie condizioni o normative*”.

Alla luce di quanto precisato da Facebook nelle proprie *Condizioni d’uso*, occorre chiarire sin d’ora che se un dipendente pubblico aprisse un *account* per conto dell’ente di appartenenza, che poi utilizzasse il diario dell’*account* per la comunicazione istituzionale dell’ente, quell’*account* resterebbe permanentemente esposto al rischio che il fornitore del servizio ne disponga la sospensione o la disabilitazione definitiva in quanto l’uso del diario dell’*account* per fini di comunicazione pubblica violerebbe la prescrizione del fornitore che il “diario” sia usato esclusivamente “per scopi personali” della persona fisica che ha perfezionato con Facebook il relativo contratto di fornitura del servizio.

Quindi, l’unica possibilità per un ente pubblico di utilizzare Facebook al fine di assolvere gli obblighi di comunicazione istituzionale su di esso incombenti ai sensi della legge n. 150 del 2000 in conformità con le condizioni d’uso correnti al momento in cui si rilascia il presente parere resta quella di incaricare la persona fisica titolare del profilo Facebook di aprire una “pagina istituzionale” intestata all’ente all’interno del suo account personale. Completata la procedura di registrazione, Facebook consente infatti al titolare del profilo di creare una “pagina” ovvero un “gruppo”. In particolare, l’utente-persona fisica già registrato può aprire una “pagina” su Facebook esclusivamente come “*Azienda o brand*” ovvero come “*Community o personaggio pubblico*”. Evidentemente un ente pubblico locale non risulta immediatamente riconducibile a nessuna delle descritte categorie. Facebook mette a disposizione degli utenti un elenco di sottocategorie (già predisposto e non altrimenti modificabile) al quale è possibile attingere per meglio descrivere i

temi che si intendono trattare attraverso la “pagina”. Dall’attuale elenco di categorie è, peraltro, pressoché assente qualunque riferimento al settore pubblico e alla pubblica amministrazione (fatte salve poche eccezioni, relative in particolare al settore “Istruzione”)³.

Facebook consente, inoltre, all’utente che ha creato la “pagina” (di cui questi diviene automaticamente “amministratore”) di assegnare ad altri utenti registrati differenti “ruoli” (“amministratore”, “editor”, “moderatore”, “inserzionista”, “analista” e “responsabile delle offerte di lavoro”), ai quali corrispondono diversi poteri di intervento e di gestione della “pagina”. A ciascuna “pagina” può, dunque, essere assegnato più di un “amministratore”, ciascuno dei quali potrà pubblicare dei *post* sulla “pagina”, inviare messaggi di Messenger come “pagina”, rispondere ai commenti sulla “pagina” ed eliminarli, pubblicare *post* di Instagram su Facebook, creare inserzioni, vedere chi ha creato un *post* o un commento, visualizzare i dati statistici e assegnare i ruoli della “pagina”⁴.

Nell’ambito dei c.d. “*standard della community*” Facebook indica le ulteriori condizioni d’uso applicabili all’utente “*in merito (...) alle attività dell’utente su Facebook e sugli altri Prodotti di Facebook*”, in cui rientrano appunto anche le Pagine. Fra gli standard rientra anche la “*normativa su[lle] Pagine*”, che si applica “*in caso di creazione o amministrazione di Pagine Facebook (...) da parte dell’utente*”. Fra queste clausole aggiuntive si rinviene quella intitolata “*uso di identità altrui*” giusta la quale “*Le Pagine (...) non devono fare le veci o rappresentare in modo falso (...) un ente (...)*”.

Questa clausola autorizza l’inferenza che sia conforme alle “condizioni d’uso” del fornitore aprire una Pagina ufficiale recante il logo e il nome dell’ente pubblico se il titolare dell’*account* su cui quella Pagina viene aperta abbia ricevuto dall’ente pubblico datoriale uno specifico mandato a veicolare comunicazione in nome e per conto dell’ente sul suo *account* personale, ciò che potrà avvenire, ai sensi delle condizioni d’uso imposte da Facebook, tramite la Pagina collegata al suo *account* personale.

³ Facebook consente eventualmente di descrivere la “pagina” per esclusione, ricorrendo alla categoria “*Non è un’azienda*”. Curiosamente è invece presente la categoria “*Ministero dei trasporti*”.

⁴ Facebook consente, inoltre, all’utente già registrato di creare un “gruppo” e di decidere se mantenerlo “privato” o “pubblico”. Nel caso di “gruppo privato” soltanto i suoi membri (i.e. gli utenti che hanno ricevuto uno specifico invito dal creatore del “gruppo”) potranno vedere chi ne fa parte ed i post pubblicati dagli altri membri del gruppo, potendo inoltre commentare i contenuti del gruppo e condividerli. Nel caso in cui il “gruppo” sia invece reso “pubblico”, chiunque (sia gli utenti registrati su Facebook che gli internauti non registrati) potranno avere accesso alle informazioni di cui sopra, mentre soltanto gli utenti registrati potranno commentare i contenuti del “gruppo” e condividerli

Diversamente, ove il titolare dell'*account* agisse come *falsus procurator* nella pubblicazione e diffusione di comunicazione in nome e per conto dell'ente tramite la Pagina, violerebbe di nuovo le condizioni d'uso del fornitore del servizio di *social network*, dunque sarebbe responsabile verso il fornitore a titolo di inadempimento del contratto di fornitura del servizio di *social networking*, che include anche la licenza di utilizzo del relativo *software*. In una tale evenienza sarebbe altresì onere dell'ente il cui nome venisse speso senza la sua autorizzazione ovvero oltre i limiti del mandato conferito all'amministratore della Pagina intervenire e chiedere al gestore della piattaforma la cancellazione della Pagina istituzionale o dei contenuti non autorizzati ricorrendo, in mancanza, gli estremi della rappresentanza apparente, con conseguente possibile imputazione all'ente anche della comunicazione veicolata sull'*account social* a nome dell'ente senza uno specifico mandato dell'ente o in violazione del mandato conferito da quest'ultimo.

A.1.3 La *policy* di Instagram.

Le regole per l'apertura di un profilo su Instagram sono analoghe a quelle stabilite da Facebook per l'omonima piattaforma. Neppure Instagram consente, infatti, alle persone giuridiche di registrarsi direttamente al servizio, e dunque rifiuta, in linea di principio, di contrattare con le persone giuridiche, sia pubbliche che private, per la fornitura dell'omonimo servizio di comunicazione interattiva *online*. Anche in questo caso il *form* di "iscrizione al servizio" richiede di inserire, oltre ad un indirizzo *email* e al "nome utente" che verrà associato al profilo, alcune informazioni riferibili alle sole persone fisiche, i.e. nome e cognome.

Al riguardo le *Condizioni d'uso* di Instagram vietano all'utente di "*utilizzare identità diverse dalla propria*" imponendogli di inserire, invece, "*informazioni precise e aggiornate (comprese le informazioni di iscrizione)*".

Considerato che oggi Instagram è utilizzato sempre più spesso dalle imprese per promuovere e vendere i propri beni e servizi, le *Condizioni d'uso* di Instagram consentono all'utente persona fisica di "*creare account per altre persone*" a condizione che l'utente persona fisica abbia ricevuto una "*autorizzazione esplicita dei soggetti interessati*". Ciò significa che la persona fisica rimane parte formale e sostanziale del contratto di fornitura dell'omonimo servizio di *social networking* e che tuttavia è consentito dalle condizioni d'uso del fornitore che tale contratto sia perfezionato a favore di terzo (l'ente), onde i servizi di comunicazione interattiva forniti dal gestore della piattaforma potranno essere legittimamente utilizzati dalla persona fisica titolare dell'*account* per

veicolare comunicazione pubblica in nome e per conto dell'ente che gliene abbia conferito mandato.

Anche nel caso di Instagram, come nel caso di Facebook, parte formale e sostanziale del relativo contratto di fornitura di servizi di *social networking* è solo la persona fisica titolare dell'*account*. Quest'ultima viene poi legittimata dal fornitore del servizio ad utilizzare l'*account* (nel caso di Instagram) ovvero la Pagina (nel caso di Facebook) per veicolare comunicazione in nome e per conto dell'ente che gliene abbia fornito mandato, il quale rimane dunque terzo beneficiario del contratto.

Dal punto di vista contrattuale la differenza fra Instagram e Facebook è solo che la persona fisica titolare dell'*account* Instagram non dovrebbe correre il rischio, associato invece al contratto perfezionato dal singolo con Facebook, di sospensione o risoluzione dello stesso a causa dell'uso dell'*account* per scopi diversi da quelli personali ove abbia ricevuto mandato dall'ente a veicolare comunicazione in nome e per conto di quest'ultimo sull'*account* Instagram di cui il dipendente è titolare.

A.1.4 Il problema dell'eredità digitale.

La specificità delle condizioni d'uso della piattaforma unilateralmente predisposte ed imposte da Facebook ed Instagram rende precario lo sfruttamento da parte dell'ente dei servizi di *social networking* forniti dal *provider* in virtù di un contratto perfezionato fra quest'ultimo e la persona fisica del dipendente a favore dell'ente.

Le condizioni d'uso di Facebook prevedono infatti che, in caso di morte del contraente, l'*account* verrà chiuso dal *provider*, salvo che il contraente abbia espresso in vita la volontà che l'*account* sia mantenuto dopo la sua morte e gestito a soli fini commemorativi da una persona appositamente indicata dal contraente per il tempo successivo alla propria morte (cd. "contatto erede").

Questa clausola contrattuale standard ad un tempo ammette e limita (all'uso commemorativo) la devoluzione *mortis causa* del contratto di *social network*.

Il "contatto erede" indicato dal *de cuius* non è tuttavia necessariamente il successore del *de cuius* nella titolarità dei diritti di proprietà intellettuale (patrimoniali e morali) spettanti a quest'ultimo sui contenuti caricati nel diario personale del profilo, né nei diritti eventualmente derivanti dal contratto di *social network*. Tali diritti cadranno in successione secondo le uniche due modalità ammesse dal diritto italiano: devoluzione testamentaria ovvero, in mancanza di testamento,

devoluzione *ex lege* agli eredi legittimi. Il “contatto erede” eventualmente indicato dal *de cuius* per la gestione commemorativa del profilo (onde impedirne la cancellazione con tutti i suoi contenuti alla sua morte) è stato dunque equiparato ad un esecutore testamentario, mentre la sua designazione digitale (*online*) è stata equiparata ad un mandato *post mortem* col quale il *de cuius* definisce anche i compiti del contatto erede, stabilendo, ad esempio, se possa o meno scaricare una copia dei contenuti che l’utente aveva condiviso sul *social network*⁵.

A tutela dei dati personali e dell’identità del *de cuius* il contatto erede non potrà leggerne i messaggi privati né modificare o rimuovere i contenuti caricati dal *de cuius* sul suo profilo né modificare la lista dei suoi “amici”. A tal fine il contatto erede riceverà dal gestore, solo dopo la morte del titolare del profilo, delle nuove credenziali con poteri gestori ridotti⁶.

Nel quadro descritto, l’ente che abbia utilizzato, quale terzo beneficiario, una Pagina Facebook collegata all’*account* personale di un dipendente in seguito deceduto si troverà nella necessità di recuperare la disponibilità dei contenuti caricati *online* per suo conto, sui quali vanta un proprio diritto di proprietà intellettuale (che sarà bene esplicitare tramite appositi *disclaimer* sulla Pagina Facebook e sull’*account* Instagram).

Ciò potrà avvenire o tramite un *back-up* dei contenuti già pubblicati sulla Pagina, su cui l’ente vanta i propri IPRs (*intellectual property rights*), da eseguirsi periodicamente ad opera degli amministratori della Pagina, e comunque prima dell’eventuale chiusura dell’*account* a causa del decesso del titolare, per consentirne il trasferimento su una nuova Pagina ovvero obbligando il dipendente titolare dell’*account*, in caso di designazione di un contatto erede, ad attribuirgli il compito (e l’obbligo), a favore dell’ente, di effettuare una copia di tutti i contenuti caricati sulla Pagina intitolata all’ente.

Nel caso di un *account* Instagram intitolato all’ente ma perfezionato da un dipendente poi deceduto il rischio della disattivazione su richiesta degli eredi è immanente a quanto previsto dalle condizioni d’uso di Instagram. Agli eredi del *de cuius* spetta infatti il diritto esclusivo di chiedere la cancellazione o il mantenimento dell’*account* in modalità commemorativa, senza che sia

⁵ Cfr. N. DI STASO, *Il mandato post mortem exequendum*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2011, pp. 691 ss.; M. CINQUE, *La successione nel patrimonio digitale: prime considerazioni*, in *NGCC*, 2012, II; p. 645 ss. e specie a p. 654; G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, p. 400. Per un’opinione parzialmente diversa, cfr. G. MARINO, *La successione digitale*, in *ODCC*, 1/2018, pp. 165 ss., specie a p. 195.

⁶ Cfr. V. BARBA, *Interessi post mortem tra testamento e altri atti di ultima volontà*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 342 ss.; G. MARINO, *La successione digitale*, in *ODCC*, 1/2018, pp. 165 ss., specie a p. 189.

prevista la possibilità per il *de cuius* di nominare un “contatto erede” per la gestione dei diritti e dei poteri contrattuali sull'*account* anche a favore di terzi⁷.

A.1.5. La *policy* di Twitter.

A differenza delle condizioni contrattuali predisposte da Facebook per l'omonima piattaforma e per Instagram, l'art. 1 dei “Termini di Servizio” di Twitter stabilisce quanto segue: “*se accetti i presenti Termini e utilizzi il Servizio per conto di una società, organizzazione, governo o un altro ente giuridico dichiari e garantisci di essere autorizzato a farlo e di avere l'autorità per vincolare tale persona giuridica ai presenti Termini, nel qual caso i vocaboli “tu”, “te”, “tuo”, “tuoi” qui utilizzati si intendono riferiti a tale persona giuridica*”.

Coerentemente con quanto previsto dal citato art. 1, al momento dell'iscrizione Twitter si limita a richiedere l'inserimento di un indirizzo email e l'indicazione di un nome che verrà poi associato al profilo. La *policy* di Twitter, a differenza della politica contrattuale perseguita da Facebook ed Instagram, pare dunque consentire anche alle persone giuridiche di registrare direttamente un proprio *account* e dunque di diventare (sia pure tramite l'attività negoziale del proprio rappresentante) parte formale e sostanziale del relativo contratto di fornitura di servizi di *social networking*.

I messaggi diffusi dagli *account* Twitter (i c.d. “tweet”) possono essere pubblici oppure protetti. I *tweet* “pubblici” possono essere letti da chiunque (anche da chi non ha un *account* Twitter) e qualunque utente registrato può interagire. Diversamente, i *tweet* “protetti” possono essere letti dai soli utenti registrati che siano anche *follower* del loro autore.

A.1.6 Titolarità del contratto di fornitura di servizi di *social networking* vs paternità della comunicazione diffusa via *social network*.

Nel caso in cui la Pagina Facebook di un ente pubblico venga aperta sull'*account* personale di un dipendente dell'ente, l'ente pubblico non diventa parte del contratto di fornitura di servizi di *social*

⁷ Le condizioni d'uso di Instagram, sotto la rubrica “*Account commemorativo*” prevedono: “*renderemo commemorativo l'account Instagram di una persona deceduta quando riceveremo una richiesta valida (...). Per segnalare un account al fine di renderlo commemorativo, contattaci. Per rendere commemorativo un account, è necessario un documento che certifichi il decesso, ad esempio un link a un necrologio o a un articolo di giornale. Tieni presente che non possiamo fornire le informazioni di accesso di un account commemorativo. Le nostre normative non consentono alle persone di accedere all'account di un altro utente*”. Sotto la rubrica “*Rimozione dell'account*” prevedono inoltre: “*I parenti più stretti verificati possono chiedere la rimozione dell'account di un loro caro da Instagram (...)*”.

networking. Di tale contratto rimane parte formale e sostanziale il dipendente persona fisica che lo ha perfezionato tramite la registrazione del suo profilo personale, mentre l'ente pubblico ne è terzo beneficiario limitatamente alla comunicazione veicolata, in suo nome e per suo conto, dagli amministratori della Pagina Facebook intitolata all'ente.

Lo stesso dicasi con riferimento all'*account* Instagram che venisse registrato dal dipendente per veicolare comunicazione in nome e per conto dell'ente, che resta terzo beneficiario di quel contratto.

Ciò comporta che le azioni contrattuali (di adempimento, inadempimento, risoluzione, risarcitoria) restano nella disponibilità del titolare dell'*account* (il dipendente), salvo quelle in linea di principio esercitabili anche dal terzo beneficiario a tutela dei diritti che lo stesso mutua dal contratto di fornitura dei servizi di comunicazione *social* perfezionato dal dipendente con il gestore della piattaforma. In quest'ultimo caso, tuttavia, per le controversie relative all'uso della Pagina intitolata all'ente pubblico mandante, troveranno applicazione le “*condizioni commerciali di Facebook*”, che includono (oltre all'obbligo dell'utente di manlevare il gestore di qualsiasi danno o spesa, anche legale, che il gestore della piattaforma dovesse sostenere in relazione o a causa dell'uso della Pagina) l'applicazione della legge californiana, la giurisdizione esclusiva delle corti californiane ovvero il ricorso all'arbitrato in caso di controversie con il gestore della piattaforma, non potendo l'ente pubblico invocare a suo favore la disciplina in materia di clausole vessatorie nei contratti con i consumatori.

Occorre poi considerare che il contratto di fornitura di servizi di *social network* è un contratto di scambio nonostante la dichiarata gratuità.

L'accesso e l'utilizzo dei servizi di comunicazione interattiva tramite la piattaforma *internet* da parte del singolo utente corrisponde alla concessione di una licenza di *software* da parte di Facebook e di Instagram per l'erogazione di servizi di comunicazione orizzontale i cui contenuti vengono decisi dall'utente in cambio della concessione da parte dell'utente a Facebook di altra licenza, sia sui contenuti IP caricati dall'utente sul diario personale dell'*account* nonché sulla Pagina dell'ente (che deve dunque averne conferito al dipendente la relativa facoltà, pena l'inadempimento contrattuale del dipendente nei confronti del gestore della piattaforma) che sui dati personali dell'utente, sia quelli da questi caricati sull'*account* che quelli raccolti dal gestore della piattaforma in seguito all'utilizzo da parte dell'utente dei servizi di *social networking*.

Pertanto, come è stato osservato in dottrina, “*il contratto tra il sito di social network e l'utente deve essere ricondotto nell'alveo dei contratti di scambio poiché la disposizione della privacy e*

*dei dati personali è in funzione dell'utilizzo della piattaforma sì che in virtù del sinallagma l'utente in tanto ha il diritto di utilizzare la piattaforma – e il social è obbligato a consentirne l'utilizzo – in quanto il social può raccogliere e sfruttare i dati personali”⁸ nonché i contenuti protetti dal diritto d'autore dell'utente (contenuti creativi e immagini fotografiche oggetto della tutela prevista dagli artt. 96 e 97 LDA nonché della protezione accordata dal GDPR ai dati biometrici) e quelli protetti dal diritto d'autore di terzi, che potranno essere legittimamente caricati dall'utente sul proprio *account* solo qualora questi abbia ricevuto dal titolare la relativa licenza (comprensiva anche del potere di sub-licenziarne a Facebook l'utilizzo, pena la violazione della condizioni d'uso della piattaforma).*

A ciò si aggiunga che il contratto di fornitura di servizi di *social networking* è funzionalmente collegato con i contratti di pubblicità conclusi dal *network* con gli inserzionisti, i quali corrispondono ingenti corrispettivi a Facebook (e lo stesso dicasi di Instagram) affinché quest'ultima produca e comunichi selettivamente agli utenti non solo pubblicità mirata (Facebook usa l'eufemismo “personalizzata”) ma anche comunicazione politica a pagamento sulla base della profilazione degli utenti – persone fisiche - del *social network*.

Ciò viene ammesso dallo stesso gestore della piattaforma che al paragrafo 2 (“*Come vengono finanziati i servizi di Facebook*”) delle sue condizioni d'uso dichiara “*Anziché pagare per l'uso di Facebook e degli altri prodotti e servizi offerti, utilizzando i Prodotti di Facebook coperti dalle presenti condizioni, l'utente accetta che Facebook possa mostrare inserzioni la cui promozione all'interno e all'esterno dei prodotti delle aziende di Facebook avviene dietro pagamento da parte di aziende e organizzazioni. Facebook usa i dati personali dell'utente (ad esempio informazioni su attività ed interessi) per mostrargli le inserzioni più pertinenti*”.

Al paragrafo 3.3.1 (“*Autorizzazioni concesse dall'utente a Facebook*”) delle condizioni d'uso di Facebook è poi previsto che “*l'utente deve concedere [a Facebook] determinate autorizzazioni*”, *rectius* licenze, quali “*autorizzazioni all'uso dei contenuti creati e condivisi dall'utente*” sui quali l'utente vanta la titolarità del diritto di proprietà intellettuale (non potendo invece caricare contenuti coperti dai diritti di proprietà intellettuale di terzi senza il consenso di questi ultimi): “*nello specifico, quando l'utente condivide, pubblica o carica un contenuto protetto da diritti di proprietà intellettuale in relazione o in connessione con i Prodotti di Facebook, concede una licenza non esclusiva, trasferibile, sub-licenziabile, non soggetta a royalty e valida in tutto il mondo per la trasmissione, l'uso, la distribuzione, la modifica, l'esecuzione, la copia, la pubblica esecuzione o*

⁸ Cfr. C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, pp. 90 ss.

la visualizzazione, la traduzione e la creazione di opere derivate dei propri contenuti (...). Ciò implica ad esempio che se l'utente condivide una foto su Facebook autorizza Facebook a memorizzarla, copiarla e condividerla con altri soggetti (...) quali i fornitori di servizi che supportano il servizio o gli altri Prodotti di Facebook che l'utente usa. La presente licenza cessa di esistere una volta eliminati i contenuti dell'utente dai sistemi di Facebook (...) tuttavia potrebbero continuare ad esistere in altri luoghi all'interno dei sistemi Facebook (...).

Inoltre, ai sensi del paragrafo 3.3.2 (*"Autorizzazione all'uso del nome, immagine del profilo e informazioni relative alle azioni dell'utente con inserzioni e contenuti sponsorizzati"*) *"l'utente autorizza Facebook a usare il proprio nome, l'immagine del profilo e le informazioni relative alle azioni intraprese su Facebook in relazione o in connessione a inserzioni, offerte e altri contenuti sponsorizzati che Facebook mostra all'interno dei suoi Prodotti, senza alcuna remunerazione a suo vantaggio. Ad esempio Facebook potrebbe mostrare agli amici dell'utente il suo interesse nei confronti di un evento sponsorizzato o che l'utente ha messo "Mi piace" a una Pagina creata da un brand che ha retribuito Facebook per mostrarne le inserzioni su Facebook (...)"*.

Se ne ricava che Facebook autorizza l'utente persona fisica, e solo l'utente persona fisica, ad utilizzare il suo *software* per comunicare interattivamente tramite la piattaforma in cambio della contestuale cessione a Facebook della licenza di utilizzo di tutti i contenuti che l'utente carica *online* nonché dei dati personali dell'utente ricavabili dal suo utilizzo della piattaforma, i quali consentiranno al gestore della piattaforma di profilare l'utente e di indirizzargli selettivamente messaggi a pagamento di inserzionisti ed organizzazioni.

Si inferisce che per la stessa ragione Facebook non accetta di concludere "gratuitamente" il contratto di fornitura di servizi di *social networking* con le persone giuridiche, pubbliche e private, in quanto si tratta di soggetti obiettivamente inidonei ad essere sfruttati per la raccolta di dati personali utilizzabili per la profilazione a scopo di *marketing* (sia commerciale che politico), ciò che rappresenta per l'ente il corrispettivo della licenza concessa all'utente per l'utilizzo del suo *software* di comunicazione interattiva.

Che il contratto di *social networking* concluso con Facebook (e Instagram) dalla persona fisica che registri un *account* o profilo personale sia in realtà un contratto oneroso alla stregua di quanto illustrato sopra è stato di recente confermato sia dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che dal Tar del Lazio.

Con il provvedimento n. 27432 del 29 novembre 2018 l'AGCM ha condannato Facebook per pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive. Ha ritenuto in particolare che costituisca una

pratica ingannevole, in sede di prima registrazione dell'utente nella piattaforma Facebook (sito web e app), l'aver adottato *“un’informativa priva di immediatezza, chiarezza e completezza in riferimento alla propria attività di raccolta e utilizzo a fini commerciali dei dati dei propri utenti”* ed in particolare *“dell’attività di raccolta dei suoi dati a fini commerciali ovvero finalizzata alla loro monetizzazione, rendendolo edotto della sola gratuità della fruizione del servizio, così da indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso (registrazione al social network e permanenza nel medesimo)”*, laddove le risultanze istruttorie hanno confermato *“che il business model del gruppo FB si fonda proprio sulla raccolta e sfruttamento dei dati degli utenti a fini remunerativi configurandosi, pertanto, tali dati come contro-prestazione del servizio offerto dal social network in quanto dotati di valore commerciale. In particolare i ricavi provenienti dalla pubblicità on line, basata sulla profilazione degli utenti a partire dai loro dati, costituiscono l’intero fatturato di Facebook Ireland Ltd e il 98% del fatturato di Facebook Inc”*.

Il Tar del Lazio con la decisione 10 gennaio 2020, n. 260 ha confermato questa valutazione dell'AGCM con la motivazione che *“a fronte della tutela del dato personale quale espressione di un diritto della personalità dell’individuo, e come tale soggetto a specifiche e non rinunciabili forme di protezione, quali il diritto di revoca del consenso, accesso, rettifica, oblio, sussiste pure un diverso campo di protezione del dato stesso, inteso quale possibile oggetto di compravendita posta in essere sia tra gli operatori del mercato che tra questi e i soggetti interessati. Il fenomeno della patrimonializzazione del dato personale, tipico delle nuove economie dei mercati digitali impone agli operatori di rispettare, nelle relative transazioni commerciali, quegli obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni previsti dalla legislazione a protezione del consumatore, che deve essere reso edotto dello scambio di prestazioni che è sotteso alla adesione ad un contratto per la fruizione di un servizio quale è quello di utilizzo di un social network”*.

Questo approdo giurisprudenziale impone di considerare che l'utilizzo delle Pagine Facebook per la comunicazione istituzionale delle pubbliche amministrazioni in collegamento con gli *account* personali di singoli dipendenti risulta in definitiva remunerato con i dati personali del dipendente, con la licenza del suo diritto d'autore sui contenuti caricati sul diario personale nonché con la licenza del diritto d'autore eventualmente spettante all'ente sui contenuti caricati sulla Pagina istituzionale.

Qualora il trattamento dei dati personali del dipendente operato dal gestore del SNS sia lecito sotto ogni profilo il dipendente potrebbe comunque imputare all'ente un arricchimento senza causa a

spese del dipendente laddove non risulti che lo stesso sia stato specificamente remunerato per l'esecuzione del mandato ricevuto dall'ente atteso il "costo personale" sostenuto per la sua esecuzione.

Per contro, in caso di trattamento illegittimo o illecito dei dati personali del titolare dell'*account* social da parte del gestore della piattaforma, il dipendente dell'ente pubblico, oltre alle azioni nei confronti del gestore, potrebbe pretendere dall'ente datoriale il risarcimento del danno occasionato dall'esecuzione del mandato (i.e. l'apertura della Pagina istituzionale dell'ente all'interno del proprio *account* personale) che presuppone il mantenimento di un profilo personale attivo allo scopo di remunerare Facebook con i propri dati personali e con i contenuti caricati sull'*account* personale.

In conclusione, alla luce di quanto sopra, la titolarità del contratto per la fornitura di servizi di *social networking*, che nel caso di Facebook e Instagram è in capo al dipendente persona fisica, mentre l'ente datoriale si atteggia eventualmente solo come terzo beneficiario del contratto, è questione del tutto distinta da quella della titolarità o paternità della comunicazione che venga veicolata a nome dell'ente, tramite la piattaforma *social*, grazie a quel contratto.

Infatti, la comunicazione che viene veicolata in nome e per conto della pubblica amministrazione tramite l'*account* (Facebook o Instagram) di cui è titolare il dipendente - nei descritti limiti in cui ciò sia consentito dalle condizioni d'uso unilateralmente predisposte ed imposte dal fornitore dei servizi di *social networking* - sarà imputabile direttamente all'ente di cui viene speso il nome nell'attività di comunicazione, benché terzo rispetto al contratto per la fornitura dei relativi servizi, se solo questi ne abbia conferito mandato al titolare dell'*account* ovvero ad altro incaricato in qualità di amministratore della Pagina, ovvero se l'ente abbia ratificato o comunque approvato *ex post*, anche per fatti concludenti, la comunicazione veicolata in suo nome e per suo conto sull'*account social* di cui è titolare il dipendente.

Alla luce di quanto sopra esposto deve quindi essere imputata all'ente pubblico la comunicazione veicolata:

- attraverso la Pagina Facebook istituzionale collegata all'*account social* individuale del dipendente che ne abbia ricevuto mandato, anche per fatti concludenti, dall'ente pubblico preponente che, così operando, approfitta in qualità di terzo beneficiario dei servizi di *social networking* erogati dal gestore della piattaforma al proprio dipendente;
- attraverso l'*account* Instagram istituzionale di cui sia titolare individualmente il dipendente della pubblica amministrazione, il quale sia stato incaricato di perfezionare il relativo contratto

con il fornitore di servizi di *social networking* a favore dell'ente che intende avvalersene per la produzione e la diffusione della propria comunicazione istituzionale;

- attraverso l'account Twitter istituzionale di titolarità dell'ente che sia parte formale e sostanziale del relativo contratto di fornitura di servizi di *social networking*.

A.2 Imputazione all'ente della responsabilità civile per il fatto del dipendente nell'uso dell'account social.

A.2.1 Imputazione all'ente della responsabilità contrattuale per il fatto del dipendente nell'uso dell'account social.

La pubblica amministrazione può essere ritenuta responsabile verso il fornitore del servizio di *social networking* a titolo di inadempimento contrattuale qualora l'utilizzo del profilo *social* (ad opera del dipendente e/o dei dipendenti designati come amministratori della Pagina o dell'*account social*) avvenga in violazione delle condizioni d'uso predisposte dal gestore della piattaforma fino a comportare la sospensione del servizio ovvero la risoluzione del contratto?

La risposta al quesito è senz'altro affermativa con riferimento a quelle piattaforme che come Twitter consentono che la persona giuridica, dunque anche l'ente pubblico datoriale, possa essere parte, formale e sostanziale, del contratto per la fornitura dei servizi di *social networking* che venga perfezionato dal dipendente in nome e per suo conto dell'ente. In tali casi è infatti l'ente pubblico ad assumere direttamente le obbligazioni nascenti dal contratto. Conseguentemente, l'ente che si avvalga per l'adempimento delle sue obbligazioni verso la piattaforma dell'opera di un ausiliario risponde oggettivamente anche del fatto doloso o colposo di quest'ultimo ex art. 1228 c.c.

Più complesso è il discorso con riferimento a quei contratti di fornitura di servizi di *social networking* di cui siano parti formali e sostanziali solo le persone fisiche dipendenti dell'ente, il quale se ne avvalga ai fini della propria comunicazione istituzionale in qualità di terzo beneficiario, conferendo al dipendente titolare e/o amministratore dell'*account* l'incarico di utilizzarlo o di utilizzarne uno specifico prodotto (i.e. la Pagina istituzionale) per la divulgazione della comunicazione istituzionale dell'ente.

Se il dipendente viola le condizioni d'uso della piattaforma su mandato dell'ente, il titolare dell'*account* sarà responsabile a titolo di inadempimento contrattuale nei confronti del fornitore del servizio in solido con l'ente mandante, il quale sarà a sua volta responsabile, a titolo extracontrattuale, per avere indotto il proprio dipendente a violare le condizioni della licenza d'uso del *software* del fornitore dei servizi di *social networking*.

Per converso, solo il dipendente sarà responsabile a titolo di inadempimento contrattuale verso il gestore della piattaforma qualora ne violi le condizioni d'uso in occasione dell'uso personale dell'*account*, al di fuori dell'esecuzione di un mandato istituzionale.

Resta il caso in cui il dipendente violi le condizioni d'uso della piattaforma in occasione dell'esecuzione di un incarico istituzionale contravvenendo alle istruzioni ricevute dall'ente che fossero invece conformi alle condizioni d'uso della piattaforma. Come si è detto, se solo il dipendente è parte del contratto per la fornitura di servizi di *social networking* solo il dipendente sarà imputabile a titolo di responsabilità contrattuale né, in questo caso, potrebbe imputarsi ex art. 2043 c.c. all'ente mandante un'induzione all'inadempimento. Tuttavia, se la violazione delle condizioni d'uso della piattaforma da parte del titolare dell'*account* ha causato al gestore della piattaforma un danno ingiusto di natura aquiliana (si pensi all'indebito utilizzo del *software* del gestore della piattaforma oltre i limiti consentiti dalla licenza contrattuale) alla pubblica amministrazione sarà imputabile, a titolo oggettivo, una responsabilità aquiliana indiretta ex art. 2049 c.c. "*per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro (...) commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti*".

A.2.2 Imputazione all'ente della responsabilità extracontrattuale per il fatto illecito, anche penalmente rilevante, del dipendente nell'uso dell'*account social*.

La pubblica amministrazione è civilmente responsabile degli illeciti civili e/o penali commessi da dipendenti e/o rappresentanti organici attraverso gli *account social* (sia quelli di cui sia titolare direttamente l'ente pubblico che quelli di cui sia titolare il dipendente dell'ente pubblico che se ne avvalga per la propria comunicazione istituzionale in qualità di terzo beneficiario), ad esempio per violazione della normativa in materia di diritto d'autore e/o dei dati personali di terzi nonché per eventuali illeciti diffamatori commessi attraverso gli *account social*?

Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione hanno recentemente risolto il contrasto giurisprudenziale venutosi a creare in materia di responsabilità civile dello Stato e degli enti pubblici per il fatto illecito (civile e penale) dei propri dipendenti o funzionari.

Da un lato la prevalente giurisprudenza civile ravvisava il fondamento della responsabilità dello Stato e degli enti pubblici per il fatto illecito dei propri dipendenti e funzionari nell'art. 28 Cost. ai sensi del quale l'attività posta in essere dal funzionario e dal dipendente è imputabile all'ente di appartenenza in virtù del rapporto di immedesimazione organica. In applicazione di tale principio veniva configurata in capo alla p.a. una responsabilità (civile) diretta o per fatto proprio,

limitatamente alle ipotesi in cui l'attività dannosa del dipendente fosse esplicitazione dell'attività dello Stato e dell'ente pubblico e cioè tendesse al conseguimento dei fini istituzionali dell'ente, nell'ambito delle attribuzioni dell'ufficio o dei compiti del dipendente (Cass. civ. 12 agosto 2000, n. 10803, Cass. civ. 30 gennaio 2008, n. 2089; Cass. civ. 17 settembre 1997, n. 9260).

Secondo questo orientamento risultava pertanto esclusa la responsabilità dell'ente in tutti i casi in cui la condotta del dipendente fosse sorretta da un fine esclusivamente privato ed egoistico e, a maggior ragione, quando la condotta del dipendente era contraria ai fini istituzionale dell'ente (Cass. civ. 12 aprile 2001, n. 8306; Cass. civ. 8 ottobre 2007, n. 20986; Cass. civ. 12 agosto 2000, n. 10803).

Questo orientamento conduceva al risultato pratico di ritenere lo Stato o l'ente pubblico esente da responsabilità civile ogniqualvolta il dipendente commettesse intenzionalmente un illecito (civile o penale) nel perseguimento di un interesse proprio. Secondo questo orientamento era dunque possibile imputare all'ente pubblico ai sensi dell'art. 28 Cost. solo la responsabilità civile diretta per l'illecito colposo del proprio funzionario commesso nel perseguimento dei fini istituzionali dell'ente.

Dall'altro lato la giurisprudenza penale ravvisava invece la responsabilità civile della pubblica amministrazione anche in relazione alle condotte dei pubblici dipendenti dirette a perseguire finalità prettamente personali ove tali condotte fossero poste in essere sfruttando, come premessa necessaria, l'occasione offerta dall'adempimento di funzioni pubbliche ogniqualvolta tali condotte avessero costituito un *“non imprevedibile sviluppo dello scorretto esercizio di tali funzioni pubbliche”*, in applicazione del principio della responsabilità indiretta di cui all'art. 2049 c.c. (così Cass. pen., 31 marzo 2015, n. 13799).

La Suprema Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, con la sentenza n. 13246 del 16 maggio 2019, ha ritenuto ingiustificabile la conclusione cui era giunta la prevalente giurisprudenza civile, ritenendo che essa creasse un *“ingiustificato privilegio dello Stato o dell'ente pubblico”* rispetto ad ogni altro ente privato in violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

Pertanto secondo la Suprema Corte *“è configurabile la responsabilità civile dell'Ente per fatto proprio del dipendente o del funzionario in forza dei principi corrispondenti a quelli elaborati per ogni privato preponente e desunti dall'art. 2049 c.c.”*.

Secondo le Sezioni Unite sono fonte di responsabilità indiretta (ex art. 2049 c.c.) dello Stato o dell'ente pubblico i danni causati da condotte (civilmente o penalmente) illecite del funzionario o

dipendente, pur se devianti o contrarie rispetto al fine istituzionale del conferimento del potere di agire, purché:

- si tratti di condotte a questo legate da un nesso di occasionalità necessaria (la condotta illecita è stata resa possibile in forza dell'esercizio dei poteri e delle competenze attribuite dalla p.a. al dipendente);
- si tratti di condotte raffigurabili o prevedibili oggettivamente (rientrando nella probabilità statistica che il potere possa essere impiegato per finalità diverse da quelle istituzionali o ad esse contrarie).

Alla luce del citato orientamento, si potrebbe sostenere la responsabilità indiretta ex art. 2049 c.c. dell'ente pubblico per il fatto del dipendente che, dotato delle credenziali di accesso alla Pagina recante il nome e il logo dell'ente, commetta illecito diffamatorio oppure carichi contenuti in violazione del diritto d'autore di terzi ovvero violi i dati personali di terzi.

Lo stesso dovrà affermarsi qualora i predetti illeciti (civili e penali) siano commessi dal dipendente in occasione della pubblicazione di contenuti sull'account Instagram recante il nome e il logo dell'ente che il dipendente amministri in nome e per conto dell'ente (pur essendo titolare in proprio del contratto sottostante con il gestore della piattaforma). Tale conclusione non è inficiata dalla circostanza che solo il dipendente persona fisica sia titolare dell'*account social* essendo formalmente parte del relativo contratto.

A.3 L'applicazione della legge 22.02.2000, n. 28 s.m.i. ed in particolare dell'art. 9 alla comunicazione veicolata in nome della pubblica amministrazione sugli *account social*; perimetro della competenza di monitoraggio del Corecom e di controllo dell'Agcom in materia di *par condicio*; eventuale legittimazione passiva dell'ente in relazione alle sanzioni irrogabili dall'Agcom.

Da approfondire i criteri che consentono di attribuire alla pubblica amministrazione la comunicazione veicolata a suo nome - su *account social* non necessariamente di titolarità dell'ente - in violazione delle disposizioni della legge n. 28 del 2000, ed in particolare dell'art. 9.

Come è noto l'art. 9 della legge n. 28/2000 vieta la comunicazione istituzionale in periodo elettorale al fine di evitare che le scelte di voto dei cittadini siano influenzate da soggetti istituzionali attraverso la diffusione di contenuti che, pur formalmente riconducibili ad una finalità informativa, siano sostanzialmente non neutrali e forniscano una rappresentazione suggestiva, a fini elettorali, dell'amministrazione e dell'operato dei titolari dei suoi organi.

In deroga al predetto divieto, l'art. 9, comma 1 della legge citata consente alle pubbliche amministrazioni⁹ di effettuare attività di comunicazione istituzionale in periodo elettorale purché in forma impersonale e a condizione che si tratti di attività indispensabili per l'efficace assolvimento delle proprie funzioni¹⁰. Impersonalità e indispensabilità sono requisiti che devono sussistere congiuntamente al fine di rendere legittima l'attività di comunicazione istituzionale in periodo elettorale.

A.3.1 Account social di titolarità dell'ente.

Come si è detto, quando la comunicazione è veicolata attraverso un *account social* di titolarità della p.a., avendo l'amministrazione perfezionato il relativo contratto di *social networking* con il fornitore del servizio (come avviene nel caso di Twitter, cfr. *supra*), la comunicazione diffusa attraverso l'*account social* sarà direttamente imputabile all'ente sussistendo, conseguentemente, la competenza di monitoraggio del Corecom e la competenza di controllo dell'Agcom ai fini dell'applicazione del divieto di cui all'art. 9 legge n. 28/2000 nonché la legittimazione passiva dell'ente pubblico ai fini dell'applicazione, ad opera dell'Agcom, delle misure e delle sanzioni previste dalla legge citata.

In un recente caso l'Agcom ha avuto occasione di affermare che è imputabile ad un ente pubblico l'attività di comunicazione che, da un lato, utilizzi “*mezzi, risorse, personale e strutture assegnati alle pubbliche amministrazioni*” e, dall'altro lato, sia idonea “*ad indurre i cittadini elettori destinatari ad attribuire [all'ente] la provenienza*” della comunicazione diffusa (delibera n. 309/19/CONS).

Si può dunque affermare che la comunicazione istituzionale realizzata attraverso l'*account social* di un ente pubblico sia sempre imputabile all'ente, atteso che tale attività di comunicazione

⁹ Secondo la circolare n. 5/2016 del Ministero dell'Interno – Direzione Centrale dei Servizi Elettorali, il divieto di comunicazione istituzionale in periodo elettorale riguarda gli organi che rappresentano le singole amministrazioni e non i singoli soggetti titolari di cariche pubbliche, i quali possono compiere, da cittadini, attività di propaganda al di fuori dell'esercizio delle proprie funzioni istituzionali, sempre che, a tal fine, non vengano utilizzati mezzi, risorse, personale e strutture assegnati alle pubbliche amministrazioni per lo svolgimento delle loro competenze.

L'Agcom ritiene che nel concetto di “*pubbliche amministrazioni*” cui fa riferimento la norma rientrano, e sono dunque soggette al divieto di comunicazione istituzionale in periodo elettorale, anche le società *in house providing* in quanto, come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, “*possono considerarsi un'articolazione in senso sostanziale della pubblica amministrazione da cui promana e non un soggetto giuridico ad essa esterno e da essa autonomo (cfr. Corte di Cassazione, Seconda Sezione Civile, n. 4938/2016)*” (delibera n. 554/18/CONS).

¹⁰ A titolo esemplificativo, secondo la circolare n. 20/2005 del Ministero degli Interni, “*non costituiscono attività di propaganda le forme di pubblicizzazione necessarie per l'efficacia giuridica degli atti amministrativi*” che risultano pertanto legittime in quanto indispensabili.

presuppone l'utilizzo di uno strumento (e verosimilmente anche del personale) della pubblica amministrazione e non può che essere percepita dai cittadini come proveniente dal medesimo ente.

A.3.2 Pagine *social* intitolate all'ente benché collegate ad *account* nella titolarità del dipendente.

Alla medesima conclusione può giungersi anche nella diversa ipotesi in cui la p.a. si avvalga dei prodotti offerti da Facebook per veicolare la propria comunicazione istituzionale e, in particolare, di "pagine" recanti il nome e il logo dell'amministrazione benché collegate ad *account social* individuali di titolarità dei propri funzionari.

A tale conclusione l'Agcom era già pervenuta nei numerosi precedenti che hanno accertato la violazione dell'art. 9 l. cit. ad opera di enti che avevano veicolato, in periodo elettorale, tramite le proprie Pagine Facebook ufficiali, comunicazione ritenuta dall'Agcom non impersonale.

Secondo alcune decisioni adottate dall'Autorità, il requisito dell'impersonalità richiesto dall'art. 9 della legge n. 28/2000 è escluso per il fatto in sé che la comunicazione venga diffusa attraverso la Pagina ufficiale dell'ente pubblico (cfr. delibera n. 616/16/CONS secondo cui "*la pubblicazione dei messaggi sulle pagine ufficiali [Facebook e Twitter] dell'ente rende i messaggi pubblicati non conformi al requisito dell'impersonalità*"; in senso analogo cfr. anche la delibera n. 238/19/CONS e la delibera n. 4/18/CONS).

In altre decisioni, l'Agcom ha invece escluso la sussistenza del requisito dell'impersonalità non già in ragione della mera pubblicazione della comunicazione sulla Pagina *social* istituzionale dell'ente, bensì in conseguenza dell'uso di forme espressive enfatiche e/o promozionali dell'amministrazione (cfr. delibera n. 554/18/CONS; delibera n. 255/18/CONS; delibera n. 322/16/CONS; delibera n. 326/15/CONS).

In alcuni precedenti l'Agcom ha inoltre ritenuto necessario verificare, al fine di valutare la legittimità della comunicazione ai sensi dell'art. 9 l. cit., se il singolo *post* pubblicato sulla pagina Facebook ufficiale del Comune contenesse dichiarazioni direttamente riferibili alle persone che ricoprivano cariche rappresentative nell'ente unitamente al logo di quest'ultimo (cfr. delibera n. 250/19/CONS; delibera n. 95/18/CONS; in senso analogo: cfr. delibera n. 240/19/CONS che ha escluso la legittimità ai sensi dell'art. 9 della legge n. 28/2000 di alcuni *post* pubblicati sulla pagina Facebook ufficiale di un Comune tenendo conto del fatto che gli stessi, oltre a recare il logo dell'ente e la dicitura "*Comune di (...): pagina ufficiale*", contenevano anche le fotografie e le dichiarazioni del Sindaco nonché i nominativi e le dichiarazioni di assessori comunali; cfr. altresì

la delibera n. 243/19/CONS, che ha ritenuto contraria al divieto in esame la pubblicazione sulla pagina Facebook di un museo comunale di un *post* contenente il *link* alla pagina Facebook di una lista elettorale, escludendo il requisito dell'impersonalità poiché sulla pagina del museo era presente il logo del Comune ed in considerazione del fatto che il museo dovesse ritenersi "parte integrante" dell'amministrazione comunale; cfr. la delibera n. 232/19/CONS; delibera n. 231/19/CONS che ha ritenuto illegittimi i comunicati stampa diffusi sulla pagina Facebook istituzionale di un Comune in quanto riportavano: - lo stemma dell'ente, - dichiarazioni direttamente riferibili al Sindaco e al Vicesindaco nella loro veste istituzionale nonché - alcune foto degli eventi oggetto dei comunicati stampa; nello stesso senso cfr. delibera n. 228/19/CONS e delibera n. 342/15/CONS).

Nel caso della Pagina Facebook ufficiale di un Comune, sebbene l'amministrazione non sia parte del contratto di *social network* che il dipendente abbia perfezionato con Facebook, può ritenersi che l'attività di comunicazione effettuata da funzionari e dipendenti dell'ente che siano stati da questo abilitati ad operare come amministratori della "pagina" intitolata al medesimo ente pubblico (tramite corrispondenti mandati) sia comunque imputabile alla p.a. in forza del rapporto di immedesimazione organica che si instaura fra l'amministrazione ed il dipendente pubblico in seguito alla c.d. "presa di servizio" (così come fra l'amministrazione e sindaci, assessori, consiglieri, etc., in seguito alla loro elezione).

Per lo svolgimento dei propri compiti gli enti pubblici, al pari di qualunque persona giuridica, si avvalgono, infatti, di persone fisiche e beni strumentali organizzati in uffici. La preposizione delle persone fisiche negli uffici dell'ente pubblico dà luogo al c.d. rapporto d'ufficio, che comporta per il preposto l'assunzione di precisi doveri nei confronti dell'amministrazione (doveri di fedeltà, riservatezza, obbedienza, etc.) e l'immedesimazione del dipendente nella struttura, con conseguente indistinzione tra le due figure¹¹. Con la locuzione immedesimazione organica si esprime, peraltro, un concetto più ampio rispetto a quello di "organo", che dev'essere riservato ai soli uffici che hanno la capacità di manifestare all'esterno la volontà dell'ente.

Pertanto, come statuito dalla giurisprudenza amministrativa, "*il dipendente di un Ente pubblico non è un soggetto distinto ed autonomo rispetto all'ente in cui è incardinato, ma è legato a quest'ultimo da un rapporto di immedesimazione organica, per cui gli atti posti in essere nell'esercizio delle sue funzioni sono immediatamente riferibili all'Ente di cui il dipendente rappresenta una longa manus*" (T.a.r. Puglia – Lecce, 28 giugno 2011, n. 1165; si veda anche

¹¹ G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Vol. 1, Milano, 2017, 116.

quanto affermato, sia pure in *obiter*, da Corte dei Conti Friuli Venezia Giulia, sez. reg. giurisd., 13 luglio 2010, n. 146, secondo cui il dipendente pubblico è tenuto ad evitare comportamenti che possano arrecare discredito all'immagine della p.a. soprattutto laddove l'immedesimazione organica con la struttura di appartenenza sia particolarmente intensa; Trib. Campobasso, 30 gennaio 2001, in *DeJure*, che afferma l'esistenza di un rapporto di immedesimazione organica tra il pubblico dipendente e l'ente nascente dal contratto di pubblico impiego).

Il rapporto di immedesimazione organica comporta, dunque, che l'attività del dipendente pubblico deve considerarsi attività dell'ente pubblico, almeno finché tale rapporto non si debba ritenere interrotto da una condotta intesa al perseguimento di fini esclusivamente personali.

Alla luce di quanto precede, l'attività di comunicazione veicolata da pubblici dipendenti o funzionari e *a fortiori* da parte di rappresentanti organici dell'ente (ad esempio il sindaco, il presidente della Regione, gli assessori, etc...), che siano stati abilitati, con mandato dell'ente, implicito nella consegna delle credenziali, ad operare quali amministratori della "Pagina" istituzionale dell'ente, benché collegata ad un *account* Facebook individuale, può ritenersi imputabile alla p.a. così come l'eventuale violazione dei divieti posti dalla legge n. 28 del 2000 che sia commessa nella divulgazione della comunicazione istituzionale.

Ne consegue la competenza di monitoraggio del Corecom e la competenza di controllo dell'Agcom sull'ente in relazione alla comunicazione veicolata dai descritti "*account* istituzionali" ai fini dell'applicazione delle norme della legge n. 28 del 2000 ed in particolare dell'art. 9.

La pubblica amministrazione sarà dunque passivamente legittimata ai fini dell'applicazione, da parte dell'Agcom, della sanzione prevista dall'art. 10, comma 8, legge n. 28/2000 (i.e. l'ordine di pubblicazione del messaggio di "non rispondenza") ove "*dalla data di convocazione dei comizi elettorali e fino alla chiusura delle operazioni di voto*" venga svolta attraverso la sua "pagina" istituzionale, benché collegata all'*account* personale del dipendente (ovvero del rappresentante organico), attività di comunicazione vietata ai sensi dell'art. 9 della legge n. 28 del 2000.

Il rapporto di immedesimazione organica intercorrente tra il dipendente pubblico e l'amministrazione comporta, quale ulteriore conseguenza, che è la p.a. a subire gli effetti sanzionatori derivanti dall'attività di comunicazione istituzionale eventualmente illecita posta in essere dai suoi dipendenti e rappresentanti organici.

In proposito, in un caso riguardante la violazione di alcune norme del Codice delle assicurazioni private da parte degli amministratori di una società di capitali e la conseguente irrogazione delle relative sanzioni amministrative pecuniarie esclusivamente nei confronti della società, la

giurisprudenza amministrativa ha affermato, sulla base del “*principio di immedesimazione organica*” intercorrente tra gli amministratori che materialmente avevano commesso gli illeciti e la società, che “*l’illecito amministrativo è illecito della persona giuridica*” (T.a.r. Lazio - Roma, 5 marzo 2014, n. 2544; in senso analogo, Cass. civ., sez. trib., 16 novembre 2012, n. 20113, secondo cui in tema di sanzioni amministrative per violazione di norme tributarie, “*il rapporto di immedesimazione organica impedisce di considerare l’amministratore come “terzo” rispetto alla società amministrata*”).

D’altro canto, il rapporto di immedesimazione organica consente di attribuire direttamente all’ente l’attività del dipendente ed i suoi stati soggettivi, cosicché la responsabilità dell’ente nel caso descritto sarà responsabilità diretta, per fatto proprio, imputata all’ente a titolo di colpa.

Si può inoltre affermare la responsabilità dell’amministrazione anche quando la violazione del divieto di cui all’art. 9 della legge n. 28/2000 consegua all’utilizzo, da parte del dipendente pubblico (ovvero del rappresentante organico) della “pagina” istituzionale dell’ente in contrasto con le direttive impartite dall’ente laddove tale violazione sia frutto di un errore colpevole.

Ci si chiede se invece la violazione intenzionale del dipendente o del rappresentante organico sia idonea ad interrompere il nesso di immedesimazione organica con l’ente. In tal caso la violazione non potrebbe più essere imputata all’ente in via diretta, in virtù del rapporto di immedesimazione organica, pur potendosi ipotizzare una responsabilità indiretta dell’ente per il fatto doloso del dipendente o del rappresentante organico al ricorrere dei criteri recentemente indicati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass. civ., SS.UU., 16 maggio 2019, n. 13246) per l’imputazione alla pubblica amministrazione della responsabilità civile da reato del pubblico dipendente.

Con riferimento al caso di un cancelliere che aveva illecitamente sottratto i valori affidatigli, la Suprema Corte a Sezioni Unite ha annullato la sentenza di secondo grado che aveva escluso la responsabilità civile da reato del Ministero della Giustizia affermando invece che la p.a. risponde civilmente dei danni cagionati ai terzi dal fatto penalmente illecito del dipendente anche quando questi abbia agito per finalità esclusivamente personali od egoistiche, dunque con dolo, ed estranee a quelle dell’amministrazione di appartenenza, purché si tratti: *a*) di condotte legate alle funzioni o ai poteri pubblici di cui l’agente è insignito da un nesso di occasionalità necessaria (nel senso che la condotta illecita sia stata resa possibile grazie all’esercizio dei poteri e delle competenze attribuite dalla p.a. al dipendente); nonché *b*) di condotte raffigurabili o prevedibili oggettivamente (rientrando nella probabilità statistica che il potere possa essere impiegato dal dipendente per finalità diverse da quelle istituzionali o ad esse contrarie).

Al ricorrere dei presupposti sub a) e b) di cui sopra, anche il fatto doloso del pubblico dipendente viene imputato all'ente, benché non più direttamente, in forza del rapporto di immedesimazione organica, bensì indirettamente, in virtù di un principio generale dell'ordinamento giuridico ricavato dalla lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2049 c.c. in base al quale all'amministrazione può essere indirettamente imputato un illecito integrato dal fatto intenzionale del dipendente pubblico (o di un rappresentante organico) anche quando la condotta del dipendente pubblico sia deviante o contraria rispetto ai fini istituzionali per i quali gli erano state conferite specifiche funzioni, attribuzioni o poteri.

In conclusione, alla luce della c.d. "tesi eclettica" già sostenuta da una parte della dottrina pubblicistica e ripresa dalla già citata sentenza della Suprema Corte a Sezioni Unite n. 13246/2019, la PA viene chiamata a rispondere per il fatto del proprio funzionario o rappresentante organico sulla base di *"un regime di responsabilità articolato, corrispondente alla composita natura delle condotte dello Stato e degli enti pubblici: a seconda cioè che esse siano poste in essere nell'esercizio, pur se eccessivo o illegittimo, delle funzioni conferite agli agenti ed oggettivamente finalizzate al perseguimento di scopi pubblicistici oppure che siano poste in essere da costoro quali singoli, ma approfittando della titolarità o dell'esercizio di quelle funzioni (poteri o attribuzioni) sia pur piegandole al perseguimento di fini obiettivamente estranei o contrari a quelli pubblicistici in vista dei quali erano stato conferite. Nel primo caso l'illecito è riferito direttamente all'Ente e questi ne risponderà, altrettanto direttamente"* sulla base del rapporto di rappresentanza organica, che tuttavia viene interrotto dal perseguimento di fini personali da parte dell'agente. Nel secondo caso invece l'ente viene chiamato a rispondere indirettamente, *"per fatto del proprio dipendente o funzionario, in forza di principi corrispondenti a quelli elaborati per ogni privato preponente e desunti dall'art. 2049 c.c. (...). Ritengono queste Sezioni Unite che debba allora superarsi la rigida alternatività, in rapporto di mutua esclusione, fra i criteri di imputazione pubblicistico o diretto e privatistico o indiretto: l'art. 28 Cost. non preclude l'applicazione della normativa del codice civile, piuttosto essendo finalizzata all'esclusione dell'immunità dei funzionari per gli atti di esercizio del potere pubblico ed alla contemporanea riaffermazione della responsabilità della PA; ne consegue che la concorrente responsabilità della PA e del suo dipendente per i fatti illeciti posti in essere da quest'ultimo al di fuori delle finalità istituzionali di quella deve seguire, in difetto di deroghe normative espresse, le regole del diritto comune (...). Nemmeno l'ontologica differenza tra rapporto di preposizione institoria e rapporto organico tra Stato od ente pubblico e suo funzionario o dipendente osta alla **generalizzazione del principio dell'art. 2049 c.c. poiché questo è solamente l'espressione di un generale criterio di imputazione***

di tutti gli effetti, non solo favorevoli ma anche pregiudizievoli, dell'attività non di diritto pubblico dei soggetti di cui ci si avvale (...)".

Si osserva, peraltro, che al procedimento sanzionatorio previsto dall'art. 10, comma 8 della legge n. 28/2000 non risultano applicabili i principi generali stabiliti dalla legge n. 689/1981 in materia di sanzioni amministrative. Tale legge, nello stabilire che "*Nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa*" sancisce il c.d. principio personalistico della responsabilità da illecito amministrativo, sulla base del quale la giurisprudenza ha affermato che "*autore di un illecito amministrativo può essere soltanto la persona fisica che ha commesso il fatto, e non un'entità astratta, come la società*" (Cass. civ., sez. I, 3 agosto 2018, n. 20517; Cass. civ., sez. II, 12 marzo 2012, n. 3879).

L'art. 12, legge n. 689/1981 precisa che quanto stabilito dagli artt. 1-11 della medesima legge - ivi compreso, dunque, l'art. 3 della legge n. 689/1981 che sancisce la natura personale della responsabilità dell'autore dell'illecito amministrativo - trova applicazione soltanto in relazione alle sanzioni amministrative pecuniarie, alle quali non è evidentemente riconducibile la sanzione prevista dall'art. 10, comma 8 della legge n. 28/2000.

Peraltro, è lo stesso art. 10, comma 2 della legge n. 28/2000 ad escludere espressamente l'applicazione della citata legge n. 689/1981 al particolare procedimento sanzionatorio stabilito dalla legge in materia di *par condicio*.

Pertanto, ove la "pagina" istituzionale di un ente pubblico sia utilizzata per veicolare comunicazione vietata dall'art. 9 della legge n. 28/2000, l'unico soggetto al quale è imputabile (in via diretta o indiretta) l'illecito amministrativo è l'ente, dovendosi escludere che il relativo illecito amministrativo sia imputabile al dipendente pubblico che lo ha commesso (o al rappresentante organico), il quale potrà eventualmente essere chiamato dall'ente a rispondere a titolo disciplinare, salva l'eventuale responsabilità contabile del dipendente per il danno d'immagine arrecato all'ente pubblico (cfr. Corte dei Conti Friuli Venezia Giulia, sez. reg. giurisd., 13 luglio 2010, n. 146 cit.).

A.3.3 Casistica.

Un caso pratico da analizzare riguarda l'ipotetica responsabilità di un Comune per violazione della *par condicio* in relazione al fatto dell'Assessore del medesimo Comune che, in periodo elettorale, ha caricato sulla Pagina Facebook del Comune, di cui è amministratore, il *link* alla diretta di un comizio elettorale svolto dal candidato alla presidenza della Regione.

Rileva a tal fine che l'Assessore ha dichiarato di avere erroneamente caricato la diretta del comizio elettorale sulla Pagina Facebook del Comune, nella sua qualità di amministratore della pagina, laddove sarebbe stata invece sua intenzione trasmettere il comizio elettorale del candidato sul suo profilo Facebook personale, allo scopo (evidentemente personale) di “*esplicitare attraverso Facebook*” il proprio “*sostegno alla sua campagna elettorale*”.

Il fatto del rappresentante organico dell'ente che viene qui in considerazione non è un'attività provvedimentale, in ipotesi svolta in violazione di legge e dunque nulla, che ai fini della sua imputazione all'ente presupporrebbe di essere stata posta in essere nell'estrinsecazione del potere pubblicistico attribuito all'agente, con interruzione del nesso di rappresentanza organica quando risulti che l'agente abbia agito nel perseguimento di fini personali.

Il fatto del rappresentante organico dell'ente che viene qui in considerazione è invece una mera attività materiale (di comunicazione), disancorata da atti o provvedimenti amministrativi formali, realizzata dall'Assessore tramite la Pagina istituzionale Facebook del Comune, che la stessa ha potuto realizzare perché ha di fatto sfruttato i poteri e le competenze che il Comune gli aveva attribuito designandola quale amministratrice della sua Pagina Facebook istituzionale.

Si tratta inoltre di un “errore” che l'ente avrebbe potuto prevedere secondo criteri di normalità statistica (con conseguente possibilità per l'ente di provvedere al fine di impedire incidenti del genere descritto).

Ne deriva che la divulgazione di comunicazione politica, in periodo elettorale, sulla pagina istituzionale del Comune, sia pure a causa di un errore commesso dall'amministratrice della Pagina, che riveste anche la posizione di rappresentante organica dell'ente, integra in ipotesi violazione dell'art. 9 della legge n. 28 del 2000 da parte del medesimo Comune, cui quel comportamento è imputabile in virtù del rapporto di immedesimazione organica o comunque in virtù del principio generale di cui all'art. 2049 c.c. nella lettura costituzionalmente orientata affermata dalle Sezioni Unite della Cassazione.

Alla stessa conclusione si dovrebbe comunque pervenire in applicazione dei criteri di imputazione della comunicazione *social* adottati dall'Agcom nei numerosi provvedimenti (ai quali si rinvia *supra*, nel paragrafo precedente) in cui, valorizzando la percezione del pubblico dei potenziali elettori, ha ritenuto di per sé imputabile al Comune la comunicazione che sia veicolata su *account* o su Pagine *social* che spendano il nome e/o il logo dell'ente.

A.3.4 La comunicazione veicolata tramite *account social* di terzi intitolati a soggetti diversi dall'amministrazione.

L'imputazione alla pubblica amministrazione di comunicazione veicolata su *account social* diventa più complessa laddove si tratti di *account social* di terzi, non intitolati all'ente. Conseguentemente, diventa più complesso in questi casi affermare la competenza di monitoraggio del Corecom e la competenza di controllo dell'Agcom ai fini dell'applicazione della disciplina in materia di *par condicio* ed in particolare del divieto di comunicazione istituzionale in periodo elettorale di cui all'art. 9 legge 22.02.2000, n. 28 s.m.i. nonché la legittimazione passiva dell'ente ai fini dell'applicazione da parte dell'Agcom delle misure e delle sanzioni previste per la violazione delle norme in materia di *par condicio*.

Dall'esame dei pochi casi in cui l'Agcom si è occupata di tale profilo, pare *prima facie* che l'Autorità escluda la possibilità di imputare all'ente la comunicazione pubblicata attraverso gli *account social* di soggetti terzi che non spendano il nome dell'ente nell'intitolazione del profilo e/o della pagina.

In questo senso, l'Agcom ha, ad esempio, escluso la riconducibilità ad un Comune di un messaggio pubblicato sulla pagina Facebook di una lista civica, in quanto tale pagina non era gestita dal predetto ente, né recava patrocinii o loghi del Comune (cfr. delibera n. 209/19/CONS; cfr. in senso analogo anche delibera n. 230/16/CONS).

L'Agcom non ha ritenuto imputabile al Comune neppure la pubblicazione di comunicati sul profilo Facebook personale di un Vicesindaco, ritenendo che tale attività "*non [è] iniziativa riconducibile all'ente e non [è] pertanto da considerarsi attività di comunicazione istituzionale*" (cfr. delibera n. 231/19/CONS).

In un altro caso l'Autorità ha escluso che l'attività di comunicazione svolta attraverso il profilo Facebook personale di un Sindaco fosse formalmente riconducibile al Comune in quanto tale profilo, non autenticato dal fornitore del servizio (quindi privo del relativo badge blu), era gestito dalla persona fisica che ricopriva la suddetta carica "*senza utilizzare mezzi del Comune*" (delibera n. 4/18/CONS) e senza spenderne il nome.

In un recente provvedimento l'Agcom ha, invece, ritenuto imputabile ad un Comune il video a contenuto "*propagandistico*" diffuso da un assessore attraverso la Pagina Facebook di una lista civica e dunque attraverso un *account* ed un prodotto non riconducibili ai canali di comunicazione istituzionale dell'ente. A tal fine l'Agcom ha considerato che il predetto video fosse "*presumibilmente imputabile*" al Comune in quanto in esso erano riportate alcune dichiarazioni di

un amministratore comunale che, nel suo ruolo di assessore, aveva illustrato “*mezzi e strutture propri dell’Ente, in chiave meramente propagandistica, tali da indurre i cittadini elettori destinatari [a non dubitare] della provenienza del documento da parte del Comune ed, in particolare, dello stesso (...) assessore del Comune*” (cfr. delibera n. 275/19/CONS).

Pare, dunque, che l’Agcom abbia ritenuto di poter intervenire in quanto ha qualificato come istituzionale la comunicazione che si riferiva in termini promozionali ad un Comune, benché la stessa fosse stata diffusa attraverso siti *web* o *account social* di titolarità di terzi non direttamente riconducibili alla pubblica amministrazione, in quanto l’attività di comunicazione, per le sue specifiche caratteristiche, era suscettibile di essere percepita dai cittadini come proveniente dall’ente soggetto al divieto di comunicazione istituzionale di cui all’art. 9 della legge n. 28/2000 (criterio enunciato anche dalla delibera n. 309/19/CONS).

Il richiamato precedente di cui alla delibera n. 309/19/CONS appare di particolare interesse anche per un altro profilo.

A quanto consta agli scriventi, si tratta del primo caso in cui l’Agcom ha ordinato ad un Comune di pubblicare, ai sensi dell’art. 10, comma 8, lett. a) della legge n. 28/2000, il messaggio recante l’indicazione di non rispondenza a quanto previsto dall’art. 9 della legge citata non soltanto sulla *home page* del sito *web* istituzionale ma anche sulla pagina Facebook del Comune (cfr. delibera n. 309/19/CONS).

B.1. Premessa. La comunicazione politica attraverso i *social network*: lo stato dell’arte.

Con l’emanazione della Legge n. 28/2000 il legislatore non ha espressamente disciplinato la comunicazione politica attraverso internet. Né la Legge n. 28/2000, le cui prescrizioni sono volte a garantire a tutti i soggetti politici l’accesso “*ai mezzi di informazione per la comunicazione politica*” in condizioni di parità di trattamento e di imparzialità, né la normativa relativa alla *par condicio* in periodo non elettorale (delibera AGCOM 200/00/CSP come integrata dalla delibera n. 22/06/CSP), menzionano espressamente la *rete internet*, limitandosi a richiamare i tradizionali “*mezzi di informazione*” *offline* ovvero i tradizionali ‘*mezzi di comunicazione di massa*’ a carattere verticale (i.e. radio, televisione e stampa)¹².

¹² In particolare, l’art. 1.1, lett. s) dell’Allegato A alla delibera n. 256/10/CSP del 9 dicembre 2010, recante il Regolamento in materia di pubblicazione e diffusione dei sondaggi sui mezzi di comunicazione di massa, definisce “**mezzo di comunicazione di massa**: qualsiasi mezzo destinato al grande pubblico attraverso cui è possibile la pubblicazione o la diffusione di contenuti ad una pluralità indeterminata di destinatari. In particolare, nell’ambito di: - un ‘servizio di media audiovisivo o radiofonico’, cioè un servizio che è sotto la responsabilità editoriale di un fornitore di servizi di media e il cui obiettivo principale è la fornitura di programmi al fine di informare, intrattenere

Dall'esame dei diversi disegni di legge che hanno preceduto l'emanazione della Legge n. 28/2000 ci si avvede, peraltro, dell'iniziale tentativo del Legislatore di disciplinare l'utilizzo di internet come mezzo di diffusione della comunicazione politica. Il D.D.L. S. 4197 stabiliva, infatti, regole comuni per le campagne elettorali condotte attraverso i mezzi radiotelevisivi ed i (non meglio definiti) "servizi in rete". A titolo esemplificativo, si consideri l'art. 3, rubricato "Pubblicità elettorale sui mezzi radiotelevisivi e nei servizi in rete", del citato disegno di legge che poneva il divieto tanto per le emittenti radiotelevisive quanto per i "servizi in rete" di proporre, a partire dalla data di convocazione dei comizi elettorali, forme di pubblicità e propaganda elettorale diverse da quelle tassativamente indicate nell'art. 2 del medesimo disegno di legge.

Tuttavia, come si è detto, nella Legge n. 28/2000 non è rimasto alcun riferimento ad internet.

Diversamente, la Legge 7 giugno 2000, n. 150 recante la "Disciplina delle attività di informazione e di comunicazione delle pubbliche amministrazioni" annovera espressamente "le strutture informatiche" ed i "sistemi telematici multimediali" tra "i mezzi di trasmissione" ai quali le pubbliche amministrazioni possono ricorrere per le molteplici attività di informazione e comunicazione ivi elencate.

Ci si chiede dunque se, in assenza di un esplicito richiamo da parte della Legge n. 28/2000 sia ai mezzi di informazione tramite internet che agli specifici mezzi di informazione digitale a carattere orizzontale ed interattivo quali sono i *social network*, sia comunque possibile estendere in via ermeneutica l'ambito di applicazione della disciplina in materia di *par condicio* non solo ai mezzi di informazione *online* a carattere verticale, già inclusi insieme ai tradizionali mezzi di informazione *offline* nella nozione di "mezzi di comunicazione di massa" codificata dall'Allegato A della delibera Agcom n. 256/10/CSP del 9 dicembre 2010 ma anche i *social network* attesa la specificità di questi ultimi.

o istruire il grande pubblico, attraverso reti di comunicazione elettroniche, compresa internet, ad eccezione dei servizi prestati nell'esercizio di attività precipuamente non economiche e che non sono in concorrenza con la radiodiffusione televisiva, quali i siti internet privati e i servizi consistenti nella fornitura o distribuzione di contenuti audiovisivi generati da utenti privati a fini di condivisione o di scambio nell'ambito di comunità di interesse; - 'edizioni cartacee o elettroniche di quotidiani o periodici': cioè prodotti realizzati su supporto cartaceo o su supporto informatico, destinati direttamente o indirettamente alla pubblicazione o alla diffusione di informazioni presso il pubblico con ogni mezzo, comprese le agenzie di stampa, ad esclusione dei prodotti discografici, cinematografici e librari". Il successivo regolamento di cui alla delibera n. 141/19/CONS dell'8 maggio 2019, preso atto della "evoluzione tecnologica intervenuta dal 2010 – che ha inciso sulla ampiezza della nozione di 'mezzi di diffusione di informazione'", dunque dell'insufficiente ampiezza della nozione di mezzi di comunicazione di massa conosciuta dalla precedente delibera, ha espressamente incluso nel suo ambito di applicazione "tutti i mezzi di informazione, ivi compresi i siti web, le piattaforme di condivisione di video e i social network, in ragione dell'attività che gli stessi svolgono nei confronti degli elettori al fine di evitare ogni elusione dell'applicazione del dettato normativo e, in ultima istanza, della tutela assicurata all'elettore".

La stessa Agcom ha in più occasioni affermato che le norme contenute nella Legge n. 28/2000 non sarebbero suscettibili di essere estese *tout court* alla comunicazione politica diffusa attraverso i *social network* e tuttavia ne ha affermato la soggezione ai *principi giuridici* che ispirano la Legge n. 28/2000. In particolare nelle “*Linee guida per la parità di accesso alle piattaforme online durante la campagna elettorale per le elezioni politiche 2018*” dell’Agcom, viene espressamente affermato che “*La legge n. 28/2000 detta disposizioni specifiche per l’accesso al mezzo radiotelevisivo al fine di garantire la parità di accesso a tutti i soggetti politici. Tale sistema di disposizioni non può essere mutuato per le piattaforme, le quali dovrebbero ove possibile uniformarsi ai principi che animano il dettato normativo”.*

In tale prospettiva Agcom ha ritenuto necessario promuovere, in attesa di un intervento legislativo volto a colmare l’attuale “vuoto normativo”, un’apposita iniziativa (il c.d. “*Tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell’informazione sulle piattaforme digitali*” istituito con la delibera n. 423/17/CONS) per la determinazione in via autoregolamentare delle norme della *par condicio* che le piattaforme digitali si sono di volta in volta obbligate a rispettare nella diffusione della comunicazione politico-elettorale veicolata loro tramite in occasione di specifici appuntamenti elettorali (cfr. le “*Linee guida per la parità di accesso alle piattaforme online durante la campagna elettorale per le elezioni politiche 2018*” nonché gli “*Impegni assunti dalle società esercenti le piattaforme on line per garantire la parità di accesso dei soggetti politici alle piattaforme digitali durante la campagna elettorale per le elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all’Italia – 2019*”: d’ora innanzi, anche, Linee Guida).

B.2 I social network quali “mezzi di informazione per la comunicazione politica”.

In numerosi provvedimenti recenti l’Agcom ha qualificato le piattaforme digitali di condivisione dei contenuti quali “*strumenti di informazione e comunicazione politica*” al pari dei “mezzi di informazione per la comunicazione politica” espressamente menzionati nella legge n. 28 del 2000 ovvero dei “mezzi di comunicazione di massa” di cui alla delibera n. 256/10/CSP cit. Si consideri ad esempio quanto affermato dall’Agcom a pag. 1 delle *Linee guida per la parità di accesso alle piattaforme online durante la campagna elettorale per le elezioni politiche 2018* ed altresì a pag. 3 della Delibera n. 423/17/CONS, con cui l’Autorità ha istituito il citato tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell’informazione sulle piattaforme digitali, nella quale viene espressamente affermato che “*i social network costituiscono un importante mezzo di informazione dei cittadini ai fini della competizione elettorale*”.

L'equiparazione funzionale delle piattaforme digitali (che strutturalmente consentono la produzione collaborativa di contenuti e la loro diffusione orizzontale ed interattiva) ai mezzi di informazione *offline* (che strutturalmente consentono la diffusione verticale di comunicazione prodotta sotto il controllo editoriale del fornitore dei servizi media) si pone in continuità con i principi espressi dalla giurisprudenza, in particolar modo in materia di diffamazione.

Secondo un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, il messaggio diffamatorio veicolato attraverso l'uso delle piattaforme digitali integra la fattispecie aggravata del reato di diffamazione di cui all'art. 595, comma 3, c.p. sul presupposto che i *social network*, ed in particolare Facebook, siano riconducibili alla nozione, prevista dalla richiamata norma, di "qualsiasi altro mezzo di pubblicità" (così *ex multis* Cass. pen., 8 giugno 2015, n. 24431).

Al riguardo la Suprema Corte di Cassazione ha affermato che i predetti *social network* rientrano "nella più ampia categoria dei sistemi di comunicazione che, grazie all'evoluzione tecnologica, rendono possibile la trasmissione di informazioni e di notizie ad un consistente numero di persone", con ciò cagionando un maggiore e più diffuso danno alla persona offesa, che legittima l'applicazione dell'aggravate ex art. 595 c.p. (Cass. pen. 14 novembre 2016, n. 4873).

Il richiamato orientamento giurisprudenziale, seppur formatosi in materia di diffamazione, permette quindi di definire i *social network* quali *mezzi di comunicazione in grado veicolare messaggi contenenti informazioni di varia natura* (anche politica). Tali contenuti informativi, una volta caricati sulla piattaforma digitale dai singoli utenti, vengono diffusi tramite la piattaforma digitale ad un numero potenzialmente indeterminato di persone, fermo restando che la piattaforma acquista la disponibilità, sia materiale che giuridica, di quei contenuti, tramite le licenze che l'utente concede al gestore della piattaforma in virtù delle condizioni d'uso unilateralmente predisposte ed imposte da quest'ultimo all'utente.

I gestori delle piattaforme sono infatti fornitori (*provider*) di servizi sia editoriali che di comunicazione digitale interattiva - tramite licenza dei rispettivi software agli utenti della piattaforma - irriducibili al ruolo passivo di fornitori di meri servizi di accesso ad internet (c.d. *Internet Service Provider*) o di fornitori di semplici servizi di memorizzazione di contenuti (c.d. *Hosting Provider*). Tramite il contratto di *social networking* il gestore della piattaforma fornisce (oltre ai servizi di messaggistica e di *chat internet based*) innanzitutto un *software di editing* e di comunicazione mentre l'utente inserisce i contenuti, che grazie al software del gestore saranno diffusi in rete su impulso dell'autore dei contenuti e degli altri destinatari immediati ma anche del medesimo gestore della piattaforma che, all'atto del caricamento, acquista immediatamente una

licenza illimitata e gratuita per l'utilizzo di quei contenuti. Alla luce del contenuto del contratto di fornitura di servizi di *social networking* il gestore della piattaforma si atteggia come un vero e proprio mezzo di informazione, sia pure "collaborativa" quanto alla produzione dei contenuti.

Che Facebook sia divenuto oggi uno dei principali mezzi di informazione per la comunicazione politica è stato recentemente affermato anche dal Tribunale di Roma che, con ordinanza dd. 12 dicembre 2019, ha ritenuto illegittima la disattivazione decisa ed operata da Facebook della Pagina intitolata ad un'associazione politica Italia nonché del profilo personale dell'amministratore della predetta Pagina. In particolare il giudice capitolino ha affermato che "*il rilievo preminente assunto dal servizio di Facebook (o di altri social network ad essi collegati) con riferimento all'attuazione di principi cardini essenziali dell'ordinamento come quello del pluralismo dei partiti politici (art. 49 Cost.)*" comporta che "*il soggetto che non è presente su Facebook è di fatto escluso (o fortemente limitato) dal dibattito politico italiano, come testimoniato dal fatto che la quasi totalità degli esponenti politici italiani affida quotidianamente alla propria pagina Facebook i messaggi politici e la diffusione delle idee del proprio movimento*". Pertanto, secondo il Tribunale di Roma, la disattivazione della Pagina intitolata all'associazione politica da parte di Facebook "*si pone in contrasto con il diritto al pluralismo [dei partiti politici], eliminando o fortemente comprimendo la possibilità per l'Associazione, attiva nel panorama politico italiano dal 2009, di esprimere i propri messaggi politici*".

Il giudice capitolino, nel constatare il ruolo preminente assunto da Facebook quale mezzo di diffusione della comunicazione politica, sembra quindi riconoscere in capo agli utenti, ed in particolare in capo a ciascun soggetto politico, un vero e proprio di "diritto di accesso" a quel mezzo di informazione per la comunicazione politica che è Facebook.

Il "diritto di accesso" alla piattaforma Facebook così come riconosciuto dal Tribunale di Roma pare peraltro avere una portata soggettiva più ampia rispetto a quella riconosciuta dall'Agcom nelle citate Linee Guida per le elezioni 2018/2019. In tali Linee Guida l'Autorità ha infatti riconosciuto il diritto di accesso ai *social network sites* dei "soggetti politici" individuati dall'art. 2 della Delibera n. 94/17/CONS e quindi delle sole forze politiche che vantano una rappresentanza parlamentare nelle assemblee da rinnovare non già di qualsiasi soggetto politico.

Alla luce di quanto precede, i *social network* ed in particolare Facebook sembrano rientrare nella nozione di "*mezzi di informazione per la comunicazione politica*" di cui all'art. 1 della legge 22 febbraio 2000 n. 28.

Si tratta ora di verificare se, *rebus sic stantibus*, sia possibile estendere le prescrizioni dettate dalla legge n. 28/2000 in materia di *par condicio* non solo alla comunicazione veicolata dalle pubbliche amministrazioni attraverso gli *account social* ma anche ai gestori delle piattaforme digitali.

B.3 L'applicazione della disciplina della legge n. 28/2000 alla comunicazione veicolata dalle pubbliche amministrazioni attraverso gli *account social*.

B.3.1 Il divieto di comunicazione istituzionale in periodo elettorale.

Alla luce di quanto osservato *supra* risulta pacifico che il divieto di comunicazione istituzionale in periodo elettorale sancito dall'art. 9 della legge n. 28/2000 si estende alla comunicazione veicolata in nome e per conto della pubblica amministrazione sia attraverso *account social* nella titolarità degli enti che attraverso Pagine ed account nella titolarità di dipendenti e rappresentanti organici della stessa pubblica amministrazione ove gli stessi sia intitolati all'ente (di cui spendono il nome e il logo).

Come è noto, la richiamata norma stabilisce il divieto per tutte le amministrazioni pubbliche, dalla data di convocazione dei comizi elettorali e fino alla chiusura delle operazioni di voto, di svolgere “attività di comunicazione” con la sola eccezione di quella effettuata in forma impersonale ed indispensabile per l'efficace assolvimento delle proprie funzioni pubbliche.

La norma intende tutelare sia la libertà di autodeterminazione degli elettori, evitando che le scelte di voto possano essere influenzate dai titolari delle cariche politiche attraverso la diffusione di contenuti non neutrali (tali cioè da fornire una rappresentazione suggestiva, a scopi elettorali, dell'amministrazione e dei suoi organi di vertice), che il principio della “parità delle armi” tra le forze politiche in campo (*ex multis* T.A.R. Lazio - Roma, sez. III, 17 luglio 2015, n. 9663).

Il tenore letterale dell'art. 9, comma 1 della legge n. 28 del 2000 - e in particolare il ricorso alla generale espressione “attività di comunicazione” - consente di applicare il divieto ivi previsto alla comunicazione veicolata in nome e per conto della pubblica amministrazione, in periodo elettorale, tramite qualsiasi mezzo¹³. La stessa Agcom, nelle citate *Linee guida per la parità di accesso alle piattaforme online durante la campagna elettorale per le elezioni politiche del 2018 e per le elezioni dei membri del Parlamento europeo del 2019*, afferma che il suddetto divieto “può ben

¹³ Si veda anche la circolare n. 16/2009, prot. 924 del 15 aprile 2009 con cui il Ministero dell'Interno ha precisato che il divieto di cui al predetto art. 9, comma 1 della legge n. 28/2000, pur essendo inserito nel corpo di disposizioni per la parità di accesso ai mezzi di informazione, trova applicazione “per tutte le forme di comunicazione e non solo per quelle realizzate attraverso i mezzi radiotelevisivi e la stampa”.

riguardare anche l'utilizzo di account istituzionali di social media per la diffusione di messaggi e comunicazione istituzionale".

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, non vi è dubbio che il divieto di comunicazione istituzionale in periodo elettorale trovi applicazione anche all'attività comunicativa veicolata tramite i profili *social* nella titolarità delle pubbliche amministrazioni o comunque fruiti dalle pubbliche amministrazioni per la propria attività di comunicazione secondo le modalità descritte nella prima parte del presente studio.

Al contrario appare più complesso estendere tale divieto anche alla comunicazione che pur riferendosi all'attività dell'ente (e dei suoi vertici politici) sia veicolata tramite profili *social* nella titolarità di terzi (benché legati all'amministrazione da un rapporto di immedesimazione o di rappresentanza organica) ove non si tratti di *account* o Pagina intitolata all'ente (cfr. quanto si è osservato alle pagine 9 e 10 delle prime riflessioni dd. 31 dicembre 2019 nonché Agcom, con l'unica eccezione di cui alla delibera n. 275/19/CONS, nonché *supra*, sub par. A.3.4).

B.3.2 Il divieto di pubblicazione di sondaggi politici ed elettorali.

Alla luce del tenore letterale dell'art. 8 della legge n. 28/2000, si può ritenere che il divieto di diffondere sondaggi politici ed elettorali nei quindici giorni precedenti la data delle votazioni trovi applicazione anche rispetto ai *social media*.

Nello stabilire il predetto divieto la norma citata non si riferisce a specifici mezzi di informazione. Pertanto, tale divieto può essere esteso anche ai sondaggi diffusi attraverso i *social network* (cfr. A.G. Orofino, *Propaganda elettorale e mass media*, in Cassano (a cura di), *Il diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'Internet*, Ipsoa, 2002, 218; in termini analoghi, sia pur in relazione alla previgente normativa di cui al D.L. 20 marzo 1995, n. 83, cfr. D. Donati, *L'utilizzo di Internet ai fini della propaganda elettorale*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 1996, 470).

L'applicazione del suddetto divieto alla comunicazione veicolata tramite le piattaforme digitali trova espressa conferma nella delibera Agcom n. 153/02/CSP del 25 luglio 2002 che annovera tra i mezzi di comunicazione di massa assoggettati alla disciplina in materia di pubblicazione e diffusione dei sondaggi “*ogni mezzo di comunicazione o diffusione ... anche [tramite] Internet*”¹⁴.

¹⁴ Si precisa che con successivo Regolamento in materia di pubblicazione e diffusione dei sondaggi sui mezzi di comunicazione di massa, adottato con delibera n. 256/10/CSP, Agcom se da un lato ha previsto una definizione ampia di mezzo di comunicazione di massa comprensivo di “*qualsiasi mezzo destinato al grande pubblico attraverso cui è possibile la pubblicazione o la diffusione di contenuti ad una pluralità indeterminata di destinatari*”, dall'altro

Sebbene il successivo Regolamento in materia di pubblicazione e diffusione dei sondaggi sui mezzi di comunicazione di massa, adottato con delibera n. 256/10/CSP, avesse limitato il predetto divieto ai soli fornitori di servizi media audiovisivi e radiofonici, anche tramite internet, con esclusione dei “*siti internet privati*” e dei “*servizi consistenti nella fornitura o distribuzione di contenuti audiovisivi generati da utenti privati a fini di condivisione o di scambio nell’ambito di comunità di interesse*”, nonché agli editori di quotidiani o periodici, con la Delibera n. 141/19/CONS l’Agcom ha definitivamente fugato ogni dubbio circa l’applicazione del divieto posto dall’art. 8 della legge n. 28 del 2000 anche nei confronti dei fornitori di servizi di *social networking*. In particolare, l’Autorità ha ordinato a “*tutti i mezzi di comunicazione di massa, siti web, piattaforme di condivisioni di video e social network e ogni altro mezzo di informazione di astenersi dal pubblicare o comunque diffondere i risultati di sondaggi politico elettorale nei quindici giorni antecedenti al voto*”.

Per quanto la legge n. 28 del 2000 - con l’eccezione dell’art. 9 - preveda obblighi esclusivamente a carico di emittenti radiotelevisive ed editori, pare corretto ritenere che il predetto divieto di diffusione di sondaggi politico elettorali, letteralmente rivolto dall’Agcom “*a tutti i mezzi di comunicazione di massa, siti web, piattaforme di condivisione di video e social network e ogni altro mezzo di informazione*” consenta al Corecom di monitorare e all’Agcom di intervenire per la rimozione dei sondaggi politico elettorali da chiunque pubblicati su social network nei quindici giorni precedenti le elezioni, dunque in violazione del citato divieto.

B.3.3 Il diritto di accesso ai mezzi di informazione da parte dei soggetti politici.

L’art. 1 della legge n. 28 del 2000 stabilisce il principio giuridico generale per cui tutti i soggetti politici hanno diritto di accedere, in via paritaria ed imparziale, ai “*mezzi di informazione per la comunicazione politica*”.

Tale principio è esso stesso una norma giuridica generale che afferma il diritto dei soggetti politici all’accesso paritario ed imparziale a tutti i “*mezzi di informazione per la comunicazione politica*” che, dunque, alla luce dei precedenti giurisprudenziali esaminati e della stessa delibera Agcom n. 141/19/CONS, devono intendersi in via ermeneutica ricomprendere anche i *social network sites*.

Tale diritto di accesso dovrebbe allora, in linea di principio, poter essere fatto valere anche nei confronti dei gestori delle piattaforme di *social network* ed un caso come quello deciso dal

menziona esplicitamente solo i “*fornitori di servizi media audiovisivi e radiofonici*” e gli editori di quotidiani o periodici non già i mezzi di comunicazione tramite Internet.

Tribunale di Roma con ordinanza dd. 12 dicembre 2019 cit. si potrebbe considerare come rientrante anche nella competenza dell'Agcom in applicazione del principio sancito dall'art. 1 della legge n. 28 del 2000.

Non sembra, invece, di poter giungere alla medesima conclusione nei confronti dei titolari dei singoli *account* e delle singole Pagine *social*, quantunque possano considerarsi essi stessi (co)editori della *peer-communication* diffusa tramite la piattaforma (mentre la giurisprudenza in materia di diffamazione tramite gli *account social* li considera responsabili quali autori dei contenuti e della loro diffusione tramite la piattaforma, dunque in via diretta).

B.3.4 L'applicazione della disciplina della legge n. 28/2000 nei confronti dei gestori delle piattaforme di *social network*.

Se da un lato risulta pacifico, alla luce delle osservazioni sopra svolte, che i gestori dei *social network* siano qualificabili come “*mezzi di informazione per la comunicazione politica*”, dall'altro lato si pone il problema di individuare la disciplina applicabile a tali mezzi di informazione al fine di dare attuazione al principio generale che riconosce il “*diritto di accesso ai mezzi di comunicazione politica da parte di soggetti politici*” con “*parità di trattamento*” ed “*imparzialità*” così come previsto dall'art. 1 della legge n. 28 del 22 febbraio 2000.

Come si è detto, nell'ambito del tavolo tecnico condotto con le principali piattaforme digitali, Agcom ha redatto le *Linee guida per le elezioni politiche del 2018* e le *Linee guida per le elezioni dei membri del Parlamento europeo del 2019*.

Dalla lettura di tali *Linee Guida* sembra di poter ricavare il riconoscimento dell'esistenza nell'ordinamento giuridico dei principi generali che ispirano la legge n. 28 del 2000, che dunque dovrebbero vincolare l'operato dei gestori delle piattaforme digitali anche al di là dei limiti temporali e di oggetto dell'autoregolamentazione contenuta nelle singole *Linee Guida*. Si tratta in particolare dei seguenti principi:

- il **principio della parità di accesso**, cui dovrebbe corrispondere in linea di principio l'obbligo dei fornitori dei servizi di *social networking* di garantire a tutti i soggetti politici, “*con imparzialità ed equità e alle medesime condizioni*” il diritto di accesso ai mezzi di informazione *social* (diritto che è stato riconosciuto ad un'associazione politica nei confronti di Facebook dal Tribunale di Roma nel caso deciso con l'ordinanza 12 dicembre 2019 cit.). Manca tuttavia una previsione regolamentare generale che consenta di sanzionare la violazione di tale principio;

- **il principio di trasparenza dei messaggi pubblicitari elettorali** (i.e. l’obbligo di rendere riconoscibile agli elettori la comunicazione politica a pagamento distribuita, peraltro tramite profilazione, dal gestore della piattaforma, mediante pubblicazione di un *disclaimer* [“messaggio elettorale”] e l’indicazione del soggetto politico committente). Le menzionate *Linee guida* hanno esteso, con riferimento alle elezioni politiche 2018 e alle elezioni europee 2019, anche ai gestori delle piattaforme di *social network* l’osservanza dell’obbligo di trasparenza già previsto da numerosi regolamenti dell’Agcom (cfr. *ex multis*, Delibera n. 464/19/CONS) a carico di editori di quotidiani e periodici in occasione di singole tornate elettorali. Se si tratta di un principio giuridico già esistente nell’ordinamento, si potrebbe ritenere che lo stesso già vincoli i gestori delle piattaforme social nella distribuzione selettiva di comunicazione politica a pagamento anche in mancanza di norme di dettaglio sancite in via autoregolamentare o regolamentare (necessarie per sanzionarne la violazione);
- **il divieto di pubblicazione o diffusione di sondaggi politici ed elettorali** nei quindici giorni precedenti la data della votazione. Come si è detto *supra* con delibera n. 141/19/CONS, l’Agcom ha esteso espressamente ed in via generale il divieto previsto dall’art. 8 della legge n. 28 del 2000 anche nei confronti dei fornitori di servizi di *social networking* con la conseguenza che tale divieto è immediatamente vincolante per i SNS con riferimento ad ogni tornata elettorale. In caso di violazione l’Agcom potrà applicare la sanzione di cui all’art. 1, comma 31 della legge n. 249 del 1997 così come espressamente previsto dalla citata delibera n. 141/19/CONS. Si precisa altresì che nell’ambito del tavolo tecnico che ha condotto all’adozione delle Linee Guida le piattaforme social hanno assunto l’impegno di “*identificare procedure che consentano all’Autorità di segnalare contenuti che diffondono i risultati dei sondaggi nei 15 giorni antecedenti il voto, ai fini della loro rimozione*” (cfr. art. 3 delle Linee Guida 2018 e art. 7 delle Linee Guida 2019).

Le Linee Guida non hanno previsto sanzioni in caso di mancato rispetto dei suddetti obblighi da parte dei gestori delle piattaforme digitali. Né a tal fine può venire in soccorso la legge n. 28/2000 che all’art. 10 stabilisce sanzioni solo nei confronti delle emittenti televisive e degli editori di quotidiani e periodici.

Si consideri infine che i *social network sites* distribuiscono la comunicazione politica (come del resto tutta la comunicazione che viene diffusa tramite l’algoritmo *newsfeed* nonché la comunicazione a pagamento, sia politica che commerciale) in modo selettivo sulla base della profilazione degli utenti.

In proposito il Garante europeo della protezione dei dati ha auspicato una più intensa collaborazione fra le autorità garanti della protezione dei dati personali e le autorità di regolamentazione nazionali del settore della legislazione elettorale e dell'audiovisivo sul presupposto che *“il rispetto per i diritti fondamentali, che comprende il diritto alla protezione dei dati, è essenziale per garantire la regolarità delle elezioni”* atteso che proprio i dati personali degli individui, raccolti in quantità sempre maggiori dalle multinazionali del web (spesso in modo irresponsabile, illegale o non etico), *“alimentano e determinano il ciclo prevalente di controllo digitale, microtargeting e manipolazione”* online, non solo commerciale ma anche politica, azionato dalle piattaforme *social* che ne ricavano introiti e *“valori di capitalizzazione di mercato superiori a quelli di qualsiasi altra società che la storia ricordi”*¹⁵.

In particolare, il Garante europeo della protezione dei dati (GEPD) ha ricordato come *“nella sua relazione del gennaio 2018, il gruppo consultivo etico del GEPD”* abbia *“osservato che il microtargeting della propaganda elettorale cambia le regole del discorso pubblico riducendo lo spazio per il dibattito e l'interscambio di idee, il che impone con urgenza un dibattito democratico sull'uso e lo sfruttamento di dati per le campagne elettorali e il processo decisionale”*¹⁶.

Ha inoltre osservato che *“la concentrazione del mercato e la crescente diffusione delle piattaforme presentano una nuova minaccia per il pluralismo dei media”* in quanto *“un ambiente online personalizzato e oggetto di microtargeting crea ‘bolle di filtri’ in cui le persone sono esposte a informazioni sempre uguali e trovano sempre meno opinioni, il che produce una maggiore polarizzazione politica e ideologica. Ciò che accresce la pervasività e la persuasione di storie false e complotti. Dalle ricerche effettuate emerge che la manipolazione del news feed o i risultati delle ricerche delle persone potrebbero incidere sul loro comportamento in sede di voto”*.

In considerazione di quanto sopra, la profilazione operata dalle piattaforme social allo scopo di distribuire in modo targetizzato comunicazione a pagamento (non solo commerciale ma anche politica) potrebbe risultare in contrasto, soprattutto in periodo elettorale, con il generale principio del pluralismo informativo, la cui tutela è sottesa alla disciplina in materia di *par condicio* (¹⁷). *De iure condendo* si potrebbe dunque prospettare un generale divieto a carico dei fornitori di servizi di *social networking* di inviare, in periodo elettorale, messaggi politici elettorali targhettizzati e/o di utilizzare la profilazione nella diffusione di comunicazione politica *tout court*.

¹⁵ Cfr. GEPD, Sintesi del parere del GEPD su manipolazione online e dati personali, 2018/C 233/06, p. 3.

¹⁶ Cfr. GEPD, Sintesi del parere del GEPD su manipolazione online e dati personali, 2018/C 233/06, p. 3.

¹⁷ Si richiama, in particolare, la *Declaration on the manipulative capabilities of algorithmic processes* adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa nella riunione del 13 febbraio 2019 secondo cui *“it should be ensured that voters have access to comparable levels of information across the political spectrum”*.

C. La *compliance* degli obblighi prescritti dal GDPR in relazione al trattamento dei dati personali implicato dalla gestione dell'*account* interattivo ed in particolare dall'utilizzo dei collegati servizi di messaggistica *online* e *chat* nonché dell'imputazione delle eventuali responsabilità correlate alla violazione dei vigenti obblighi in materia di protezione dei dati personali.

C.1.

L'ente pubblico che utilizza un *account social* per l'adempimento degli obblighi di informazione e di comunicazione imposti alle pubbliche amministrazioni dalla legge 7 giugno 2000 n. 150 è ad un tempo utilizzatore (*user*) dell'*account social* - benché non *data subject*, non essendo riconosciuto dal GDPR alle persone giuridiche il diritto alla protezione delle informazioni che le riguardano⁽¹⁸⁾ - e titolare (*controller*) dell'eventuale trattamento, tramite l'*account social*, dei dati personali di terzi ogniqualvolta - tramite l'*account* o la pagina istituzionale dell'ente - vengano raccolte, pubblicate, condivise, 'taggate', conservate o cancellate informazioni riguardanti "una persona fisica identificata o identificabile ("*interessato*") (...)" (cfr. art. 4, n. 1 Regolamento UE 2016/679, d'ora innanzi GDPR). In particolare, "*si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale*" (cfr. art. 4, n. 1 GDPR cit.).

Gli strumenti di raccolta e di ulteriore trattamento di dati personali di terzi tramite gli *account social* delle pubbliche amministrazioni sono molteplici.

Da un'analisi a campione delle pagine istituzionali Facebook di tre Comuni (uno situato al Nord, uno situato al Centro e uno situato al Sud del Paese) risulta che tutte le pagine istituzionali analizzate sono pubbliche; tutte consentono a chiunque di mettere un "like" sulla pagina, di registrarsi come *follower* della pagina e di condividerne i contenuti. Tutte consentono, inoltre, a chiunque l'invio di messaggi tramite *app* di terze parti (*Messenger* o *Telegram*). Due delle pagine istituzionali analizzate consentono a chiunque di pubblicare *post* sulla bacheca della pagina istituzionale nonché di caricare foto e video, di "taggare" gli amici, di registrare i propri dati di localizzazione nonché di commentare i *post* pubblicati sulla pagina.

¹⁸ L'art. 4, n. 1 GDPR definisce dato personale "qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile ("*interessato*")" mentre restano escluse dalla nozione di "dato personale" oggetto della protezione accordata dal GDPR le informazioni riguardanti le persone giuridiche.

Si presume pertanto che, in sede di progettazione e di attivazione della propria pagina FB istituzionale, ciascun ente abbia dato istruzioni al dipendente titolare del profilo FB su cui la Pagina istituzionale si appoggia o al dipendente designato come amministratore della stessa di attivare una serie di funzioni *software* rese disponibili dal gestore della piattaforma FB nonché una serie di *app* di terze parti (quali le *app* di messaggistica Messenger e Telegraph), che consentono di raccogliere e trattare dati personali di terzi: si pensi ai dati identificativi dei cittadini che si registrano come *follower* della pagina o che esprimono il loro gradimento per la pagina; alle loro opinioni (potenzialmente sensibili se riferite a temi sensibili) espresse tramite un *like* o un commento ai *post* del Comune o di altri cittadini, ovvero tramite un proprio *post* laddove la pagina ne consenta la pubblicazione; si pensi alle fotografie (contenenti dati biometrici degli autori della pubblicazione ma anche di terzi che possono a loro volta venire identificati tramite la funzione di *tag*), ai video, alle informazioni riferite alla geo-localizzazione dei cittadini che si registrano sulla Pagina, ai contenuti dei messaggi inviati tramite le applicazioni di terze parti, etc...

In sintesi, le scelte operate dagli enti in sede di progettazione ed attivazione della loro Pagina istituzionale su Facebook corrispondono a decisioni circa le categorie di dati che gli stessi intendono raccogliere e conseguentemente trattare tramite le funzioni *software* e le *app* attivate. Rispetto a tali trattamenti, che coinvolgono i dati personali di terzi, gli enti che utilizzano la Pagina o l'*account social* istituzionale devono qualificarsi come titolari del trattamento (*controller*).

Il GDPR definisce “titolare del trattamento” (*data controller*) “la persona fisica o giuridica o l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali (...)”.

Il concetto di *controller* è a sua volta funzionale, è cioè finalizzato all'attribuzione degli obblighi e delle responsabilità previste dal GDPR a chi ha esercitato di fatto “un'influenza effettiva” nella determinazione delle finalità e dei mezzi del trattamento di dati personali di terzi a prescindere da una formale investitura, sia essa legislativa o contrattuale.

Come il WP29 ha affermato in una sua *opinion* del 2009⁽¹⁹⁾, titolari del trattamento dei dati personali raccolti attraverso l'*account social* sono sia i gestori della piattaforma (in quanto decidono quali mezzi fornire agli utilizzatori per la raccolta ed il trattamento dei dati personali di questi ultimi e dei terzi, che poi i gestori della piattaforma utilizzano direttamente per i propri fini

¹⁹ Cfr. *opinion* n. 5/2009 on online social networking che, benché resa sotto la vigenza della direttiva madre, può considerarsi ancora attuale quanto all'analisi della rilevanza delle attività di trattamento dei dati personali condotte attraverso i *social network sites* – SNS ai fini dell'applicazione della disciplina in materia di protezione dei dati personali.

commerciali) che gli stessi utilizzatori (*users*) degli *account social* ogniqualvolta non possano beneficiare della c.d. *household exemption* (già prevista dalla DPD e replicata dal GDPR).

Ai sensi dell'art. 2.2 lett. c) GDPR, il Regolamento UE sulla protezione dei dati personali “*non si applica ai trattamenti di dati personali (...) c) effettuati da una persona fisica per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico*”.

E' evidente che di tale esenzione non possono beneficiare gli enti pubblici che utilizzano un *account social* nella loro titolarità (ad es. Twitter), trattandosi di persone giuridiche. Ma neppure possono avvalersene gli enti pubblici che utilizzano l'*account social* di cui è titolare il dipendente persona fisica (ad esempio Instagram) o la pagina FB collegata al profilo *social* di un dipendente persona fisica ogniqualvolta l'*account* o la pagina vengano utilizzati non già per i fini privati del dipendente ma per adempiere agli obblighi di informazione e di comunicazione imposti alla pubblica amministrazione dalla legge n. 150 del 2000 e dunque per un fine istituzionale.

Lo WP29, con l'*opinion* n. 5/2009 *on online social networking*, rilevava che: “*if an SNS user acts on behalf of a company or association or uses the SNS mainly as a platform to advance commercial, political or charitable goals, the exception does not apply. Here the user assumes the full responsibility of a data controller who is disclosing personal data to another data controller (SNS) and to third parties (other SNS users or potentially even other data controllers with access to the data)*” (p. 6) [trad.: “se l'utilizzatore di un SNS agisce per conto di una società o di un'associazione o usa il SNS principalmente come una piattaforma per portare avanti obiettivi commerciali, politici o benefici, l'eccezione non si applica. Qui l'utilizzatore assume l'intera responsabilità di un titolare del trattamento che sta comunicando dati personali ad un altro titolare (SNS) e a terze parti (altri utilizzatori di SNS e potenzialmente perfino altri titolari che abbiano accesso ai dati)”].

Un ulteriore argomento a favore della qualifica degli enti pubblici che utilizzano in via istituzionale i *social networks* quali titolari del trattamento dei dati personali raccolti attraverso i loro *account social*, sul presupposto che gli stessi non possano beneficiare della *household exemption*, si inferisce dal carattere pubblico degli *account* e delle pagine istituzionali degli enti. L'accesso alle informazioni pubblicate sull'*account* o sulla pagina non è limitato ad una cerchia di persone selezionate dall'utilizzatore. Inoltre, i dati della pagina sono a loro volta indicizzabili tramite i motori di ricerca. Pertanto, l'accesso ai dati personali trattati attraverso l'*account* o la pagina *social* dell'ente va oltre la sfera personale o familiare del tipico utilizzatore privato dei *social*. Conseguentemente, l'ente che utilizzi i *social media* per adempiere determinati compiti

istituzionali (quelli informativi e di comunicazione fissati dalla legge n. 150 del 2000) assume le responsabilità di un *data-controller* (cfr. ancora il WP 29 nell'*opinion* n. 5/2009, p. 6).

Considerata l'effettiva influenza in concreto esercitata dalla pubblica amministrazione quanto alle decisioni progettuali ed operative relative al trattamento dei dati personali dei terzi che vengono di fatto raccolti tramite i canali *social* che gli enti utilizzano per la loro comunicazione istituzionale, pare inadeguato il mero rinvio, presente sulle pagine istituzionali analizzate, alla *policy privacy* "*in uso sulle piattaforme utilizzate (Facebook, twitter, You Tube, ecc...)*". E' evidente infatti che, alla luce di quanto osservato, non è solo il gestore della piattaforma ad essere gravato dagli obblighi e dalle responsabilità previsti dal GDPR in capo al titolare del trattamento. Al contrario, anche l'ente deve considerarsi titolare del trattamento rispetto ai dati raccolti e trattati tramite i canali *social* che lo stesso utilizza per i propri fini istituzionali, con la conseguenza che in relazione ad essi l'ente assume tutti gli obblighi e tutte le responsabilità previste dal GDPR con riferimento al titolare del trattamento.

Pertanto, è obbligo delle pubbliche amministrazioni che utilizzino canali *social* per i loro fini istituzionali, pianificare ed adottare adeguate misure tecniche ed organizzative, fin dal momento della progettazione dei trattamenti e dunque a partire dalla selezione di quali funzionalità attivare fra tutte quelle messe a disposizione dal gestore della piattaforma, al fine di garantire che il trattamento sia effettuato conformemente al GDPR (artt. 24 e 25 GDPR) nel rispetto dei principi indicati dall'art. 5 GDPR (liceità, correttezza e trasparenza; principio di limitazione delle finalità; principio di minimizzazione dei dati; principio di esattezza; principio di limitazione della conservazione; principio di integrità e di riservatezza).

L'ente dovrà individuare qual è la base giuridica dei trattamenti che rende possibili attraverso le funzionalità che decide di attivare in sede di creazione dell'*account* o della *pagina social*: dovrà essere in grado, in particolare, di individuare la base legittima dei trattamenti resi possibili dall'attivazione delle funzioni di pubblicazione di *post* da parte di terzi o delle *app* di messaggistica. Se tale base legittima deve individuarsi nel consenso degli interessati, sarà onere dell'ente fornire agli stessi preventivamente, sulla stessa pagina, tutte le informazioni prescritte dall'art. 13 ("*in caso di raccolta presso l'interessato di dati che lo riguardano*") e dall'art. 14 ("*qualora i dati non siano stati ottenuti presso l'interessato*") e dunque, fra l'altro: - l'indicazione dell'ente titolare del trattamento; - i dati di contatto del DPO (la cui nomina è obbligatoria per gli enti ai sensi dell'art. 37.1, lett. a) GDPR); - le finalità del trattamento cui sono destinati i dati personali raccolti attraverso tutte le funzionalità *social* attivate (considerando, in particolare, che l'attivazione della funzione di pubblicazione dei *post* o della messaggistica *online* o di

registrazione dei dati di localizzazione del cittadino, etc... potrebbero non trovare immediata giustificazione negli obblighi di comunicazione imposti alla pubblica amministrazione dalla legge n. 150 del 2000) nonché la base giuridica del trattamento; - gli eventuali destinatari o categorie di destinatari dei dati personali; - il periodo di conservazione dei dati personali o i criteri per determinare tale periodo; - l'esistenza del diritto dell'interessato di chiedere al titolare del trattamento l'accesso ai dati personali e la rettifica o la cancellazione degli stessi o la limitazione del trattamento che lo riguardano o di opporsi al loro trattamento oltre al diritto alla portabilità dei dati; - il diritto di revocare il consenso per tutti i trattamenti la cui base legittima consista nel consenso dell'interessato; - il diritto di proporre reclamo ad un'autorità di controllo.

Come ha, poi, chiarito il WP29 nell'*opinion* più volte citata, nel caso dei *social network sites* “*access and rectification rights of users are not limited to the users of the service but to any natural person whose data are processed*” (p. 11).

Nessuna delle pagine istituzionali analizzate a campione ai fini del presente parere sembra peraltro conforme ai descritti requisiti.

C.2.

Come si è anticipato, in linea con quanto già era previsto dalla DPD, anche il GDPR adotta per il “*titolare del trattamento*” (*data controller*) una nozione fattuale: è tale chi in concreto decide fini e mezzi del trattamento.

Come ha rilevato il WP29 nel parere 1/10 sui concetti di *data controller* e *data processor*, per stabilire chi è il *data controller* occorre rispondere alle seguenti domande: “*chi ha iniziato il trattamento?*” e “*qual è la ragione del trattamento?*” in quanto “*essere il data controller deriva in primo luogo dal fatto concreto che un'entità ha scelto di trattare dati personali per i propri fini*”. Per decidere chi è il *data controller* occorre dunque individuare chi ha esercitato un'influenza effettiva in ordine alla determinazione dei fini e dei mezzi del trattamento a prescindere da eventuali investiture legali o contrattuali (c.d. approccio fattuale).

Nel caso dei *social media* utilizzati dalla pubblica amministrazione per l'adempimento dei propri obblighi di informazione e di comunicazione istituzionale si assume che sia l'ente, il cui nome e *logo* vengono spesi nell'intitolazione dell'*account* o della pagina *social*, a prendere la decisione di attivarli per il fine indicato, a decidere quali delle diverse funzionalità *software* offerte dal gestore della piattaforma debbano essere attivate nella gestione del suddetto *account* o pagina *social* e dunque a decidere quali trattamenti di dati personali di terzi l'ente intende svolgere, con quali fini e con quali mezzi. Con riferimento ai Comuni esaminati, ciò si inferisce dalla *Social Media Policy*

pubblicata dagli enti tramite dei *link* attivi raggiungibili dalla Pagina ufficiale FB del Comune. Ad esempio, nella *Policy Canali Social Media* un Comune dichiara di utilizzare “*i principali social media per comunicare con i cittadini attraverso la rete*” e precisa che “*i canali istituzionali sono gestiti da un team digital che fa capo all’amministrazione comunale*”. Si presume dunque che, nei casi analizzati, sia stato il Comune a decidere che la pagina FB del Comune dovesse consentire ai cittadini la pubblicazione di *post* o di commenti o l’invio di messaggi e che abbia dato istruzioni conseguenti ai dipendenti che operano come amministratori della pagina.

Nello scenario delineato, l’ente è il titolare del trattamento mentre il dipendente agisce come mero incaricato del trattamento ⁽²⁰⁾.

Le *social media policy* esaminate non indicano con chiarezza che il Comune è il titolare del trattamento dei dati raccolti attraverso i *social media* dallo stesso attivati per la sua comunicazione istituzionale. Tuttavia, proprio il criterio dell’approccio fattuale porta a ritenere che il Comune sia il titolare del trattamento effettuato dagli amministratori dell’*account* o della pagina *social* per suo conto. Lo stesso WP29, nel parere n. 1/10 cit., ha affermato che si presume che l’ente sia *controller* del trattamento che avviene nel suo ambito di attività e di rischi ma ha aggiunto che “*il fatto stesso che qualcuno determini le modalità del trattamento dei dati personali può far scattare la qualifica di controller anche se al di fuori di una relazione contrattuale o anche se esplicitamente esclusa dal contratto*” (p. 12) eventualmente in essere fra il titolare e colui che di fatto assume autonomamente decisioni in merito ai profili essenziali dei mezzi del trattamento. In quest’ultimo caso si potrebbero ravvisare elementi che indicano come *controller* una persona fisica all’interno dell’ente, la quale verrebbe dunque ad essere gravata in proprio anche degli obblighi e delle responsabilità previsti dal GDPR. Ciò consegue al fatto che la nozione di “*data controller*” è una nozione funzionale che serve a responsabilizzare chi abbia effettivamente concorso con altri nelle decisioni concernenti i fini o anche solo elementi essenziali dei mezzi del trattamento dei dati personali di terzi.

Se poi l’amministratore dell’*account* o del profilo *social* utilizzasse i dati raccolti attraverso i *social media* istituzionali per i propri scopi e al di fuori dell’ambito e del possibile controllo dell’ente, quest’ultimo “*potrebbe conservare una certa responsabilità nel caso in cui il nuovo trattamento fosse dovuto a una mancanza di idonee misure*” (cfr. parere 1/10 cit., p. 16).

²⁰ La figura dell’incaricato del trattamento, prevista dalla DPD, è stata mantenuta anche dal GDPR che vi fa riferimento, ad esempio, nell’art. 4, n. 10, laddove ricomprende nella nozione di “terzo” anche “*le persone autorizzate al trattamento di dati personali sotto l’autorità diretta del titolare o del responsabile*”, nonché nell’art. 29.

Con riferimento al caso di Facebook e Instagram, l'ente eserciterà il suo potere di decisione o di "influenza effettiva" in merito alle funzionalità da attivare e ai trattamenti da svolgere tutte le volte in cui darà istruzioni scritte dettagliate al dipendente che sia titolare dell'account IG utilizzato dall'ente o del profilo FB su cui l'ente appoggia la propria pagina istituzionale.

Se invece l'ente abbia ommesso di dare all'amministratore dell'*account* o della pagina *social* istruzioni dettagliate ed ha lasciato sostanzialmente a quest'ultimo la decisione in ordine alle funzionalità da attivare, alla tipologia di dati da raccogliere e alle modalità del trattamento, potrebbe darsi il caso di una violazione dell'art. 29 GDPR giusta il quale "*chiunque agisca*" sotto l'autorità "*del titolare del trattamento, che abbia accesso a dati personali, non può trattare tali dati se non è istruito in tal senso dal titolare del trattamento (...)*".

Nel caso degli account IG e della pagina FB degli enti pubblici, ove mancassero un mandato scritto al dipendente e delle precise istruzioni circa le finalità e i mezzi del trattamento, si potrebbe creare una situazione tale per cui agli occhi degli interessati è l'ente cui è intitolata la pagina o l'*account* a presentarsi *de facto* quale titolare del trattamento mentre il controllo reale sui fini e sui mezzi del trattamento verrebbe esercitato dal dipendente che, in mancanza di specifiche istruzioni scritte da parte dell'ente, finirebbe per (dover) assumere autonomamente tali decisioni. Si tratterebbe evidentemente di una situazione non conforme al GDPR, che richiede una chiara ed univoca identificazione del *controller*, mentre vieta a coloro che agiscono sotto la sua autorità e che abbiano accesso ai dati personali di trattarli in mancanza di o in violazione delle istruzioni del titolare del trattamento (art. 29 GDPR). In tale evenienza i relativi trattamenti sarebbero illeciti per violazione dell'art. 29 GDPR oltre che per mancanza di chiarezza sull'individuazione del *controller* e quindi sull'attribuzione delle relative responsabilità (cfr. WP29, Parere 1/10, p. 24)

Si ritiene dunque che il conferimento di dettagliate istruzioni scritte agli amministratori dei *social media* istituzionali che siano anche dipendenti dell'ente per tutto ciò che è suscettibile di incidere sulle modalità essenziali del trattamento oltre che sui suoi fini costituiscano una misura organizzativa che l'ente è tenuto ad adottare fin dalla progettazione della propria *social media policy* (e dei trattamenti che vi sono implicati) al fine di garantire che i relativi trattamenti siano conformi al GDPR.

Qualora invece il *team digital* di cui si avvale l'ente fosse un soggetto esterno, giuridicamente distinto dall'ente *controller*, che ad esso delegasse tutte o parte delle attività di trattamento per proprio conto, allora l'ente dovrebbe procedere con la sua formale designazione quale "responsabile del trattamento" (*data processor*) ai sensi di quanto previsto dall'art. 28 GDPR. Tale disposizione prevede che fra *controller* e *processor* debba essere perfezionato per iscritto un vero

e proprio accordo con i contenuti indicati nella stessa norma, previa verifica che il responsabile presenti “*garanzie sufficienti per mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate, in modo che il trattamento soddisfi i requisiti del (...) regolamento e garantisca la tutela dei diritti dell’interessato*”. L’ultimo paragrafo di tale disposizione precisa che qualora un responsabile del trattamento violi “*il presente regolamento determinando le finalità e i mezzi del trattamento, è considerato un titolare del trattamento in questione*”, assumendone gli obblighi e le responsabilità.

D. Profili disciplinari.

Da analizzare il tema della *possibile rilevanza disciplinare*, alla luce della normativa applicabile in materia (tra cui il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici di cui al d.p.r. n. 62 del 2013), della condotta del dipendente della pubblica amministrazione in relazione all’utilizzo del profilo *social* normalmente utilizzato per la comunicazione istituzionale dell’ente con modalità potenzialmente lesive dell’immagine e del decoro dell’ente.

E’ opportuno premettere che, in linea generale, la responsabilità disciplinare del dipendente (sia pubblico che privato) ricorre quando quest’ultimo non osserva gli obblighi fissati nel contratto collettivo nazionale e recepiti nel contratto di lavoro individuale. Tale forma di responsabilità comporta l’applicazione da parte del datore di lavoro di sanzioni conservative (richiamo, multa, sospensione dal servizio o dalla retribuzione) o espulsive (licenziamento con o senza preavviso). Con riferimento al pubblico impiego contrattualizzato, la normativa di riferimento è contenuta negli artt. 55 e ss. del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 recante il Testo Unico del pubblico impiego (*in de* T.U.). Il sistema disciplinare originariamente delineato dal legislatore con la prima privatizzazione del settore (attuata con d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e s.m.i.) affidava alla contrattazione collettiva il compito di individuare le infrazioni disciplinari e le relative sanzioni nonché di disciplinare eventuali procedure di definizione stragiudiziale delle relative controversie tra datore di lavoro e dipendente. La predetta disciplina è stata sensibilmente modificata dal d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 di «Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni».

La riforma del 2009, pur senza incidere sulla matrice privatistica e negoziale del potere disciplinare della p.a. (confermata dal richiamo, contenuto nell’art. 55, comma 2 T.U., al principio di proporzionalità di cui all’art. 2106 c.c. ai fini della determinazione della sanzione disciplinare²¹

²¹ Il secondo comma dell’art. 55 T.U. precisa che “*Ferma la disciplina in materia di responsabilità civile, amministrativa, penale e contabile, ai rapporti di lavoro di cui al comma 1 si applica l’articolo 2106 del codice civile (...)*”.

nonché della devoluzione al giudice ordinario delle controversie in *subiecta materia* ai sensi dell'art. 67, comma 2 del d.lgs. n. 150/2009²²), ha ridimensionato il ruolo della contrattazione collettiva a favore della disciplina legislativa. A tal fine il legislatore ha sancito la non derogabilità da parte della contrattazione collettiva delle disposizioni, sostanziali e procedurali, contenute agli articoli da 55 a 55^{octies} del T.U.²³ inibendo alla contrattazione di incidere sul procedimento disciplinare e di prevedere forme di impugnazione dei provvedimenti disciplinari.

Come è stato osservato dalla dottrina giuslavoristica, con la riforma del 2009 il legislatore avrebbe dunque inteso ripristinare “*la supremazia della legge nella gerarchia delle fonti*” (A. Di Paolantonio, *Il procedimento disciplinare*, in G. Amoroso, V. DI Cerbo, L. Fiorillo, A. Maresca, *Il lavoro pubblico*, Milano, 2019, 841)²⁴.

Ulteriori modifiche in materia disciplinare sono state introdotte con il d.lgs. 26 maggio 2017, n. 75²⁵ che ha ribadito il ruolo centrale della fonte legale rispetto all'autonomia contrattuale ed introdotto, all'art. 55, comma 1 T.U., il principio dell'obbligatorietà dell'azione disciplinare. In seguito a tale intervento normativo il T.U. prevede, quindi, una figura generale di illecito disciplinare determinata dalla violazione delle disposizioni in materia di procedimento e sanzioni disciplinari da parte dei dipendenti preposti alla loro applicazione²⁶.

²² L'art. 67, comma 2 del d.lgs. n. 150/2009 precisa che “*Resta ferma la devoluzione al giudice ordinario delle controversie relative al procedimento e alle sanzioni disciplinari, ai sensi dell'articolo 63 del decreto legislativo n. 165 del 2001*”.

²³ L'art. 55, comma 1 T.U. stabilisce che “*Le disposizioni del presente articolo e di quelli seguenti, fino all'articolo 55-octies, costituiscono norme imperative, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile, e si applicano ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 2, comma 2, alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2*”.

²⁴ L'art. 55 del d.lgs. n. 165/2001, nella sua versione originaria, esprimeva, invece, in modo esplicito la scelta di contrattualizzare la materia disciplinare e di perseguire l'obiettivo di una tendenziale omogeneità della relativa disciplina nell'ambito del pubblico impiego con quella prevista per l'impiego privato. In questo senso leggesi il riferimento contenuto nell'originaria versione dell'art. 55, all'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, in forza del quale spettava alla contrattazione collettiva definire, oltre che la tipologia delle sanzioni e delle relative sanzioni, anche le procedure di contestazione degli illeciti disciplinari.

²⁵ D.lgs. 26 maggio 2017, n. 75, recante «*Modifiche e integrazioni al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai sensi degli articoli 16, commi 1, lettera a), e 2, lettere b), c), d) ed e) e 17, comma 1, lettere a), c), e), f), g), h), l) m), n), o), q), r), s) e z), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*».

²⁶ L'art. 55, comma 1 del d.lgs. n. 165/2001 stabilisce che “*Le disposizioni del presente articolo e di quelli seguenti, fino all'articolo 55-octies, costituiscono norme imperative, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile, e si applicano ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 2, comma 2, alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2. La violazione dolosa o colposa delle suddette disposizioni costituisce illecito disciplinare in capo ai dipendenti preposti alla loro applicazione”.* Più in dettaglio l'art. 55^{sexies}, comma 3 del T.U. prevede che “*Il mancato esercizio o la decadenza dall'azione disciplinare, dovuti all'omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare, inclusa la segnalazione di cui all'articolo 55-bis, comma 4, ovvero a valutazioni manifestamente irragionevoli di insussistenza dell'illecito in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare, comporta, per i soggetti responsabili, l'applicazione della sospensione dal servizio fino a un massimo di tre mesi, salva la maggiore sanzione del licenziamento prevista nei casi di cui all'articolo 55-quater, comma 1, lettera f-ter), e comma 3-quinquies. Tale condotta, per il personale con qualifica dirigenziale o titolare di funzioni o incarichi dirigenziali, è valutata anche ai fini della responsabilità di cui all'articolo 21 del presente decreto. Ogni amministrazione individua preventivamente*

Nella sua attuale versione, il T.U. provvede a disciplinare espressamente le forme del procedimento disciplinare (art. 55bis²⁷) e alla parziale tipizzazione degli illeciti e sanzioni disciplinari (cfr. artt. 55quater in materia di licenziamento disciplinare, 55quinquies in tema di false attestazioni o certificazioni, 55sexies relativo alla responsabilità disciplinare per condotte pregiudizievoli per l'amministrazione). Come si è detto sopra, si tratta di disposizioni il cui contenuto non può essere derogato dalla contrattazione collettiva.

All'autonomia contrattuale è invece riservato il compito di definire *“la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni”* (art. 55, comma 2 T.U.) nel rispetto delle norme inderogabili fissate dal T.U. mentre, con riferimento al procedimento disciplinare, alla contrattazione collettiva è rimessa la determinazione della sola disciplina del rimprovero verbale (art. 55bis, comma 1 T.U.).

La normativa disciplinare (legale e contrattuale) confluisce, poi, nel codice disciplinare che il datore di lavoro deve rendere conoscibile ai dipendenti affiggendolo presso la sede di lavoro ovvero mediante pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione (art. 55, comma 1 T.U.). Ulteriori limitazioni degli spazi di contrattazione collettiva discendono dalla riscrittura dell'art. 54 T.U., in tema di codici di comportamento, da parte della legge 6 novembre 2012, n. 190²⁸. In seguito a tale modifica il citato art. 54 T.U. ha assegnato, in particolare, al Governo il compito di definire un codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni al fine di *“assicurare la qualità dei servizi, la prevenzione dei fenomeni di corruzione, il rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico”*. Con il D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62 è stato dunque approvato un «Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici» (*inde* il Codice di comportamento)²⁹.

Il predetto Codice di comportamento si applica ai *“dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, il cui rapporto di lavoro è disciplinato in base all'articolo 2, commi 2 e 3, del medesimo decreto”* (art. 2, comma 1 D.P.R. n. 62/2013). Il Codice di comportamento trova dunque applicazione nei confronti di tutto il

il titolare dell'azione disciplinare per le infrazioni di cui al presente comma commesse da soggetti responsabili dell'ufficio di cui all'articolo 55-bis, comma 4”.

²⁷ Ai sensi dell'art. 55bis, comma 9bis, d.lgs. n. 165/2001 *“sono nulle le disposizioni di regolamento, le clausole contrattuali o le disposizioni interne, comunque qualificate, che prevedano per l'irrogazione di sanzioni disciplinari requisiti formali o procedurali ulteriori rispetto a quelli indicati nel presente articolo o che comunque aggravino il procedimento disciplinare”*.

²⁸ Legge 6 novembre 2012, n. 190, recante «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione». Si precisa che codici di comportamento erano già stati adottati in precedenza: con d.m. 31 marzo 1994 sulla base di quanto stabilito dall'art. 58bis del d.lgs. 29/1993 e, successivamente, con d.P.C.M. 28 novembre 2000 sulla base dell'originaria versione dell'art. 54 T.U.

²⁹ Pubblicato in G.U. 4 giugno 2013, n. 129.

personale delle pubbliche amministrazioni, ivi compresi gli enti territoriali³⁰, ed in relazione al personale in regime di diritto privato nonché, compatibilmente “*con le disposizioni dei rispettivi ordinamenti*”, alle restanti categorie di personale in regime pubblico. Il Codice di comportamento non si applica, invece, al personale “politico” ovvero ai funzionari onorari che compongono, per elezione o nomina, gli organi politici di vertice delle amministrazioni (E. Carloni, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Istituzioni del federalismo*, 2013, 2, 402).

In merito al perimetro di applicazione del Codice di comportamento, si precisa che le pubbliche amministrazioni sono inoltre tenute ad estendere “*per quanto compatibili*” gli obblighi di condotta ivi previsti anche al personale non dipendente, quali titolari di organi ed incarichi negli uffici di diretta collaborazione, collaboratori, consulenti ed anche collaboratori di imprese fornitrici di beni e servizi (art. 2, comma 2 D.P.R. n. 62/2013).

L'art. 54, comma 5 T.U. impone, poi, a ciascuna pubblica amministrazione di adottare, con procedura aperta alla partecipazione, previo parere obbligatorio del proprio organismo indipendente di valutazione e sulla base delle linee guida elaborate dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT), un proprio codice di comportamento che integra e specifica il Codice di comportamento c.d. “generale”. Pertanto, mentre il Codice di comportamento definisce gli obblighi “minimi” di diligenza, lealtà, imparzialità e buona condotta cui devono attenersi i funzionari pubblici, spetta alle singole amministrazioni il compito di specificare ed integrare quelle regole mediante l'adozione dei c.d. codici di amministrazione. A titolo esemplificativo, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto legittima la previsione nei predetti codici di comportamento di disposizioni che impongono al dipendente di “*precisare, nella partecipazione a convegni, dibattiti e corsi di formazione e nelle pubblicazioni di carattere istituzionale, le opinioni eventualmente espresse a carattere esclusivamente personale*” ovvero che gli impongono “*nella propria vita privata [di] non assume[re] comportamenti scorretti o contrari alle norme vigenti che siano, comunque, lesivi dell'immagine dell'Amministrazione e dell'immagine di pubblico dipendente*”³¹ (T.a.r. Lazio - Roma, 10 agosto 2017, n. 9289).

³⁰ Con riferimento alle Regioni a Statuto speciale e alle Province di Trento e Bolzano, le disposizioni del Codice di comportamento trovano applicazione nel rispetto delle attribuzioni derivanti dagli statuti speciali in materia di organizzazione e contrattazione collettiva del personale regionale e locale (art. 2, comma 4 D.P.R. n. 62/2013).

³¹ Il giudice amministrativo ha rigettato la censura di illegittimità di tale clausola, inserita nel codice di comportamento del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo, che secondo i ricorrenti conteneva previsioni generiche e onnicomprensive, atteso che “*da un lato, le nozioni adottate nella disposizione rinviano implicitamente - quasi come clausole generali - a tutta l'elaborazione giurisprudenziale in ordine al comportamento privato dei dipendenti pubblici*”, dall'altro lato, “*l'ambito dei comportamenti oggettivamente rilevanti è*

Per espressa previsione di legge, la violazione dei doveri contenuti nel Codice di comportamento è “*fonte di responsabilità disciplinare*” (art. 54, comma 3 T.U.). Il Codice di comportamento individua, dunque, veri e propri doveri in capo ai dipendenti pubblici la cui violazione è suscettibile di essere sanzionata attraverso l’esercizio del potere disciplinare (L. Zoppoli, *Codice di comportamento e codici di amministrazione*, in G. Amoroso, V. DI Cerbo, L. Fiorillo, A. Maresca, *op. cit.*, 898; E. Carloni, *op. cit.*, 391). Medesima efficacia deve riconoscersi, giusta la previsione di cui all’art. 54, comma 5 T.U., anche ai codici adottati dalle singole amministrazioni.

La rilevanza disciplinare del Codice di comportamento trova ulteriore conferma in quanto stabilito dall’ultimo periodo del terzo comma del citato art. 54 ai sensi del quale “*violazioni gravi o reiterate del codice*” possono comportare l’applicazione della sanzione del licenziamento disciplinare ex art. 55^{quater}, comma 1 T.U. Tale ultima disposizione deve, peraltro, essere letta alla luce dell’art. 16, comma 2 del Codice di comportamento, il quale limita l’applicazione della predetta sanzione espulsiva ai soli casi di (grave) violazione da parte del dipendente delle disposizioni in materia di regali ed altre utilità (artt. 4 D.P.R. n. 62/2013), partecipazione ad associazioni ed organizzazioni (art. 5 D.P.R. n. 62/2013), conclusione di contratti ed atti negoziali da parte dei dipendenti (art. 14 D.P.R. n. 62/2013) oltre che nell’ipotesi di assunzione di decisioni in conflitto di interesse (art. 7 D.P.R. n. 62/2013) e, per il dirigente, nel caso di incontrollata circolazione di informazioni false (art. 13, comma 9 D.P.R. n. 62/2013).

Rispetto alla violazione delle regole di comportamento la contrattazione collettiva può intervenire solo nella graduazione della sanzione (A. Di Paolantonio, *op. cit.*, 844 la quale osserva come il legislatore abbia “*disegnato un sistema “a cerchi concentrici” che attraverso la legge, il codice governativo, il codice dell’ente di appartenenza ed il contratto collettivo individua nel dettaglio i doveri del dipendente pubblico, la cui violazione è fonte di responsabilità disciplinare, oltre che civile, amministrativa e contabile*”).

Dalla violazione di uno qualunque degli obblighi previsti dal Codice di comportamento discende, come si è detto, l’obbligo di avviare il procedimento disciplinare (art. 55, comma 1 T.U.), eventualmente applicando, all’esito dello stesso, una sanzione (prevista dalla legge, dai regolamenti o dai contratti collettivi) da valutarsi, in ciascun singolo caso, avuto riguardo alla gravità della condotta e all’entità del pregiudizio, anche morale, derivatone al decoro o al prestigio dell’amministrazione (art. 16, comma 2 Codice di comportamento).

ragionevolmente e teleologicamente circoscritto mediante il riferimento al requisito della lesione dell’immagine dell’Amministrazione e dell’immagine di pubblico dipendente”.

All'art. 3 il Codice di comportamento richiama una serie di principi generali di comportamento per i pubblici dipendenti che vanno dal rispetto della Costituzione, all'obbligo per il dipendente di conformare la propria condotta ai principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa, svolgere i propri compiti nel rispetto della legge, perseguire l'interesse pubblico e non abusare della posizione e dei poteri di cui è titolare (art. 3, comma 1). Il dipendente deve, inoltre, rispettare i principi di integrità, correttezza, buona fede, proporzionalità, obiettività, trasparenza, equità e ragionevolezza nonché agire in posizione di indipendenza e imparzialità, astenendosi in caso di conflitto di interessi (art. 3, comma 2) ed orientando l'azione amministrativa alla massima economicità, efficienza ed efficacia (art. 3, comma 3).

Per quanto qui di interesse, il terzo comma dell'art. 3 impone al dipendente di evitare *“situazioni e comportamenti che possano ostacolare il corretto adempimento dei compiti o nuocere agli interessi o all'immagine della pubblica amministrazione”*. Si tratta di un obbligo che specifica, nel settore del pubblico impiego, il generale dovere di diligenza e fedeltà del lavoratore di cui agli artt. 2104 e 2105 c.c. (App. Catanzaro, sez. I, 16 agosto 2017, n. 1317, in *DeJure*).

Può, dunque, configurarsi la responsabilità disciplinare del dipendente nell'ipotesi in cui, in violazione degli obblighi stabiliti dall'art. 3, comma 3 del Codice di comportamento, la sua condotta sia tale da danneggiare l'immagine dell'amministrazione.

In alcuni casi i giudici del lavoro si sono espressi sulla legittimità delle sanzioni disciplinari adottate dai datori di lavoro pubblici - anche - in conseguenza della violazione da parte del dipendente degli obblighi stabiliti dal citato art. 3 del Codice di comportamento. La giurisprudenza di merito ha, ad esempio, confermato la sanzione disciplinare della temporanea sospensione dall'insegnamento disposta dal competente Ministero ai sensi dell'art. 494, comma 1, lett. a) d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297³² per avere il dipendente svolto attività extraistituzionale senza la preventiva autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza, con ciò violando *“l'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001 nonché l'art. 3 Codice di comportamento che prescrive al dipendente di osservare la Costituzione, servendo la Nazione con disciplina ed onore e conformando la propria condotta ai principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa e di svolgere i propri compiti nel rispetto della legge, perseguendo l'interesse pubblico e di rispettare altresì i principi di integrità, correttezza, buona fede, proporzionalità, obiettività, trasparenza, equità e ragionevolezza e agisce in posizione di indipendenza e imparzialità, astenendosi in caso di conflitto di interessi”* (Trib. Novara, sez. lav., 15 luglio 2019, n. 167, in *DeJure*).

³² D.lgs. 16 aprile 1994, n. 297 recante «Testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado».

In un altro caso il giudice del lavoro ha confermato il licenziamento per giusta causa disposto da un'Azienda Ospedaliera nei confronti di un medico il quale aveva ritardato ad effettuare un intervento chirurgico, che si presentava invece necessario ed urgente, all'esito del quale il paziente era deceduto. A tal fine il giudice ha ritenuto che correttamente il datore di lavoro aveva contestato al dipendente la violazione, tra gli altri obblighi, del dovere di evitare “*situazioni e comportamenti che possano ostacolare il corretto adempimento dei compiti o nuocere agli interessi o all'immagine della pubblica amministrazione*” stabilito dal previgente codice di comportamento adottato con d.m. 28 novembre 2000 (App. Catanzaro, sez. I, 16 agosto 2017, n. 1317, sentenza confermata da Cass. civ., sez. lav., 15 luglio 2019, n. 18883).

La giurisprudenza di merito ha altresì confermato il licenziamento disciplinare comminato ad un dirigente in relazione ad acclarati episodi di concussione che correttamente l'amministrazione di appartenenza aveva ritenuto contrari, oltre che alla norma di cui all'art. 7 del previgente Codice di comportamento (per cui “*il dipendente non accetta da soggetti diversi dall'amministrazione retribuzioni o altre utilità per prestazioni alle quali è tenuto per lo svolgimento dei propri compiti d'ufficio*”), anche a quella stabilita dall'art. 2, comma 2 del medesimo Codice, in base alla quale il dipendente “*non svolge alcuna attività che contrasti con il corretto adempimento dei compiti d'ufficio e si impegna ad evitare situazioni e comportamenti che possano nuocere agli interessi o all'immagine della pubblica amministrazione*” (Trib. Roma, sez. lav., 15 novembre 2019, n. 7598, in *DeJure*).

Sempre più frequenti sono le decisioni, di merito e di legittimità, che, con riferimento al rapporto di lavoro privato, hanno affrontato il tema della rilevanza disciplinare dell'utilizzo dei *social network* da parte dei dipendenti allorché questi pongano in essere condotte suscettibili di danneggiare l'immagine aziendale, in particolare attraverso la pubblicazione di messaggi offensivi o denigratori nei confronti del datore di lavoro. In alcune sentenze i giudici del lavoro, sulla base del consolidato orientamento della giurisprudenza penale secondo cui la pubblicazione di messaggi offensivi sui *social network* integra il reato di diffamazione aggravata ex art. 595, comma 3 c.p. (*ex multis*, Cass. pen., sez. I, 16 aprile 2014, n. 16712), hanno affermato la legittimità del licenziamento disciplinare (*ex multis*, App. Torino 17 luglio 2014, in *Guida lav.*, 2015, 13, 45, Trib. Ivrea, 28 gennaio 2015, in *Lav. Giur.*, 2015, 8-9, 837). In altre pronunce è stato ritenuto dirimente, ai fini dell'irrogazione della predetta sanzione disciplinare, la pubblicità o potenziale diffusione del messaggio ad una platea significativa di destinatari (Cass. civ., sez. lav., 27 aprile 2018, n. 10280, in *Giur. it.*, 2018, 8-9, 1956, con nota di P. Tosi e E. Puccetti, *Post denigratorio*

su Facebook, la leggerezza che per pubblicità diventa giusta causa; Trib. Milano, sez. lav., 1 agosto 2014, in *DeJure*; Trib. Avellino, sez. lav., 17 febbraio 2016, n. 3095).

Soltanto recentemente la giurisprudenza ha iniziato ad occuparsi del rapporto tra pubblico impiego ed utilizzo delle piattaforme di *social networking*, affrontando il tema della rilevanza, anche disciplinare, della condotta *online* dei dipendenti pubblici in particolare nell'ipotesi in cui l'utilizzo dei *social media* sia idoneo ad arrecare pregiudizio all'immagine dell'amministrazione. In una recente decisione il giudice amministrativo ha ritenuto legittima la sanzione disciplinare irrogata ad un militare dell'esercito per aver pubblicato, sulla "bacheca" Facebook del proprio *account* personale, fotografie e commenti critici verso l'amministrazione militare di appartenenza in contrasto con la normativa speciale prevista dal Codice sull'ordinamento militare di cui al d.lgs. n. 66/2010 e dal Testo Unico di cui al D.P.R. n. 90/2010 che contiene disposizioni sulle modalità con cui il militare può rappresentare situazioni anche critiche in cui si trova, e che prevedono "*l'obbligo del militare di utilizzare sistemi riservati e di non pubblicare fotografie o divulgare commenti in grado di nuocere al prestigio dell'amministrazione*" (T.a.r. Friuli Venezia Giulia – Trieste, 12 dicembre 2016, n. 562).

Non constano, invece, agli scriventi casi in cui i giudici abbiano affrontato lo specifico tema della rilevanza disciplinare, per violazione dell'art. 3 del Codice di comportamento, dell'utilizzo da parte dei dipendenti delle piattaforme di *social networking*.

Tuttavia, alla luce di quanto sopra illustrato e tenuto conto, in particolare, della valenza disciplinare che l'art. 54, comma 3 T.U. riconosce espressamente alla violazione di ciascun obbligo previsto dal Codice di comportamento, si può ritenere che l'uso da parte del dipendente del profilo *social* normalmente utilizzato per la comunicazione istituzionale dell'ente configura un illecito disciplinare ove tale uso avvenga in contrasto con le direttive impartite dal datore di lavoro (eventualmente esplicitate nella *social media policy* adottata dall'amministrazione o in uno specifico regolamento della stessa) e sia suscettibile di danneggiare l'immagine dell'amministrazione di appartenenza.

Si ipotizzi, ad esempio, che il dipendente in possesso delle credenziali di accesso all'*account social* dell'ente, in assenza di un'istruzione impartita in tal senso dal datore di lavoro ovvero in contrasto con la *social media policy* adottata dall'amministrazione di appartenenza, pubblichi sulla pagina Facebook dell'ente contenuti (testi, fotografie o video) suscettibili di ledere l'immagine dell'ente. Si ritiene che tale condotta ben potrebbe assumere rilevanza disciplinare ai sensi dell'art. 3 del Codice di comportamento e determinare, conseguentemente, l'avvio di un procedimento disciplinare nei confronti del dipendente ed eventualmente l'irrogazione di una sanzione.

Tanto appare confermato da una recente decisione del giudice amministrativo che, seppur in sede cautelare, si è pronunciato sulla valenza disciplinare dell'aggiunta da parte di un dipendente dell'amministrazione penitenziaria, attraverso il proprio account Facebook, del commento "mi piace" alla notizia del suicidio di un detenuto che era stata pubblicata sull'account di un sindacato di polizia penitenziaria. Per tale comportamento l'amministrazione datoriale aveva sanzionato il dipendente con la sospensione dal servizio per un mese ed avverso tale provvedimento il dipendente aveva proposto impugnazione chiedendone, altresì, la sospensione cautelare. Il T.a.r. Lombardia ha tuttavia rigettato l'istanza di sospensiva formulata dal dipendente per carenza del requisito del *fumus boni iuris*, affermando in particolare che "*l'aggiunta del commento "mi piace" ad una notizia pubblicata su Facebook può ben comportare un danno all'immagine dell'amministrazione e pertanto assume rilevanza disciplinare*" (T.a.r. Lombardia, sez. III, ord. 3 marzo 2016, n. 246).

Ai fini della determinazione della sanzione disciplinare in concreto irrogabile al dipendente, all'esito del procedimento disciplinare, per la condotta contraria agli obblighi di cui all'art. 3 Codice di comportamento occorrerà fare riferimento a quanto previsto dal T.U. ovvero dalla contrattazione collettiva. Pertanto, a seconda del caso concreto potranno trovare applicazione le sanzioni disciplinari stabilite:

- dall'art. 54 del d.lgs. n. 165/2001 secondo cui "*violazioni gravi o reiterate*" del Codice di comportamento possono comportare l'applicazione della sanzione del licenziamento disciplinare ex art. 55^{quater}, comma 1 T.U.;
- dalla contrattazione collettiva, cui l'art. 55 T.U., come si è detto sopra, demanda "*la definizione della tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni*".

A titolo esemplificativo si richiama il CCNL Comparto Funzioni Locali 2016-2018 il quale, all'art. 59, in relazione alla violazione dei "*doveri ed obblighi di comportamento*" dai quali sia derivato un disservizio o un danno all'amministrazione, elenca una serie di sanzioni disciplinari da applicarsi sulla base della minore o maggiore gravità del danno subito dall'amministrazione. In particolare, l'illecito disciplinare del dipendente potrà essere sanzionato con "*rimprovero verbale o scritto*" ovvero "*multa di importo pari a quattro ore di retribuzione*" (art. 59, comma 3); "*sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a un massimo di 10 giorni*" (art. 59, comma 4), "*sospensione dal servizio con privazione da 11 giorni fino ad un massimo di 6 mesi*" (art. 59, comma 8). Nell'ipotesi in cui la violazione commessa dal dipendente sia tale da non consentire la prosecuzione del rapporto di lavoro l'amministrazione potrà, altresì, applicare la sanzione del licenziamento con o senza preavviso (art. 59, comma 9).

L'entità della sanzione dovrà essere graduata tenendo conto dei criteri generali elencati al comma 1 dell'art. 59: *a)* intenzionalità del comportamento, grado di negligenza, imprudenza o imperizia dimostrate, tenuto conto anche della prevedibilità dell'evento; *b)* rilevanza degli obblighi violati; *c)* responsabilità connesse alla posizione di lavoro occupata dal dipendente; *d)* grado di danno o di pericolo causato all'amministrazione, agli utenti o a terzi ovvero al disservizio determinatosi; *e)* sussistenza di circostanze aggravanti o attenuanti, con particolare riguardo al comportamento del lavoratore, ai precedenti disciplinari nell'ambito del biennio previsto dalla legge, al comportamento verso gli utenti; *f)* concorso nella violazione di più lavoratori in accordo tra di loro.

E. Profili amministrativi.

E.1. L'eventuale rilevanza provvedimentoale delle comunicazioni diffuse dalla pubblica amministrazione mediante i *social media*.

Da analizzare il tema della *possibile rilevanza provvedimentoale* delle comunicazioni diffuse da rappresentanti organici delle pubbliche amministrazioni attraverso i *social media* alla luce delle decisioni della magistratura amministrativa.

Occorre verificare se le forme di comunicazione "non tradizionale" adottate dalla pubblica amministrazione (quali sono, ad esempio, i "post" pubblicati su Facebook o i "tweet" diffusi via Twitter) possano essere qualificate come atti amministrativi e se siano idonee conseguentemente a produrre i medesimi effetti che l'ordinamento riconosce alle manifestazioni di volontà della PA in forma provvedimentoale.

La questione è stata recentemente affrontata dalla giurisprudenza amministrativa in relazione al "tweet" con cui l'allora Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo aveva preannunciato di voler chiedere ad un Comune di sospendere i lavori di riqualificazione di una piazza in attesa che il Ministero svolgesse una più approfondita verifica del progetto, nonostante il Comune avesse già ottenuto dalla Soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici l'autorizzazione a tal fine necessaria ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio). In seguito al "tweet" del Ministro, la Soprintendenza inviava al Comune una nota con cui lo invitava a sospendere i lavori fino all'esito di un nuovo e più approfondito accertamento dell'interesse culturale e paesaggistico del progetto di riqualificazione. Il Comune impugnava il provvedimento di sospensione davanti al giudice amministrativo lamentandone l'illegittimità e sostenendo, in particolare, per quanto qui di interesse, che il "tweet" del Ministro configurava anch'esso un atto amministrativo illegittimo per eccesso di potere rispetto all'esercizio di funzioni amministrative di esclusiva competenza dirigenziale. Tale vizio, a dire del

ricorrente, si estendeva agli atti della Direzione regionale e della Soprintendenza, che si erano conformate alla valutazione espressa dal vertice politico attraverso il “tweet”.

Il giudice amministrativo accoglieva il ricorso proposto dal Comune ma escludeva che il “tweet” del Ministro integrasse un atto amministrativo ritenendolo pertanto non impugnabile autonomamente e non suscettibile di annullamento. Tuttavia, il T.a.r. affermava che *“le dichiarazioni via tweet del Ministro (...) costituiscono sicura spia dell’eccesso di potere per sviamento”* desumibile dal fatto che il provvedimento di sospensione dei lavori di riqualificazione da parte della Soprintendenza, organo decentrato del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, era stato adottato in seguito alle dichiarazioni rilasciate via Twitter dal Ministro. Si inferiva, pertanto, che la Soprintendenza non aveva assunto il provvedimento di sospensione dei lavori sulla base di *“una meditata valutazione di nuovi elementi istruttori”* bensì al solo fine di assecondare l’impegno preso pubblicamente dal Ministro (T.a.r. Liguria, sez. I, 19 maggio 2014, n. 787, in *Contratto e impr.*, 2019, 2, 423, con nota di S. Pellegatta, *Responsabilità da comunicazioni politiche via tweet*).

La decisione di primo grado è stata confermata in sede di impugnazione dal Consiglio di Stato il quale, pur ritenendo che il “tweet” del Ministro fosse *“la “spia” della disfunzione”*, al pari del T.a.r. ne ha escluso la natura di atto amministrativo. In proposito, i giudici di Palazzo Spada hanno precisato che *“gli atti dell’autorità politica, limitati all’indirizzo, controllo e nomina ai sensi del decreto legislativo n. 165 del 2001, debbono pur sempre concretarsi nella dovuta forma tipica dell’attività della pubblica amministrazione”* (Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2015, n. 769, in *Giornale dir. amm.*, 2015, 4, 523, con nota di G. Sgueo, *La comunicazione di un ministro attraverso un social network integra gli estremi di un atto amministrativo?*).

Entrambi i collegi giudicanti hanno dunque escluso la natura di atto amministrativo del “tweet” del Ministro ritenendo che il messaggio *social* non rivestisse i requisiti di forma richiesti dall’ordinamento per la valida ed efficace espressione della volontà della PA. In particolare, sia il T.a.r. che il Consiglio di Stato hanno motivato la propria decisione sulla base del principio di tipicità degli atti amministrativi.

In proposito si rammenta che l’azione amministrativa deve conformarsi al principio di legalità, che trova fondamento nella Costituzione (segnatamente negli artt. 97, 101 cpv., 113, 23 e 76 Cost.). Tale principio impone che sia la legge a determinare la competenza, le forme, i presupposti e gli effetti degli atti amministrativi.

Dal principio di legalità si suole far discendere il principio di tipicità dei poteri amministrativi e dei provvedimenti amministrativi. La tipicità riguarda, in particolare, la specie di provvedimento

adottabile dall'amministrazione (autorizzazioni, concessioni, ordini, sanzioni, piani, programmi), gli schemi di azione ai quali le leggi fanno riferimento e dai quali l'amministrazione non può discostarsi nonché gli effetti del provvedimento che sono tipici di ciascuno schema provvedimentale (G. Corso, *Il principio di legalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa. Legge 7 agosto 1990 n. 241. Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 2017, 21; in giurisprudenza, *ex multis*, T.a.r. Campania - Napoli, sez. VIII, 2 luglio 2019, n. 3616 secondo cui *“nel nostro ordinamento vige il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi, il quale comporta che l'autorità amministrativa ha il potere di emanare solo atti disciplinati nel contenuto, nei presupposti e nell'oggetto dalla legge”*). Al principio di tipicità che regge l'azione amministrativa si contrappone l'atipicità dei poteri del privato, il quale, infatti, ai sensi dell'art. 1322, comma 2 c.c., può concludere contratti che non appartengono ai tipi previsti dalla legge a condizione che siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela per l'ordinamento.

L'unica deroga al principio di tipicità dell'azione amministrativa ammessa dall'ordinamento è rappresentata dalle c.d. ordinanze contingibili ed urgenti, di cui la legge indica i presupposti - d'urgenza - ma non il contenuto, che è rimesso all'autorità competente ad emanarle. Ci si riferisce, in particolare, alle ordinanze sindacali in materia di sanità ed igiene, edilizia e polizia locale (art. 54, comma 4 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, recante «Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali»³³); alle ordinanze prefettizie indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica (art. 2 del R.D. n. 773/1931 di «Approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza»³⁴); alle ordinanze in tema di protezione civile (art. 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225 di «Istituzione del Servizio nazionale della protezione civile»³⁵); alle ordinanze in

³³ L'art. 54, comma 4 TUEL stabilisce che *“il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana. I provvedimenti di cui al presente comma sono preventivamente comunicati al prefetto anche ai fini della predisposizione degli strumenti ritenuti necessari alla loro attuazione”* mentre il successivo comma 4bis precisa che *“i provvedimenti adottati ai sensi del comma 4 concernenti l'incolumità pubblica sono diretti a tutelare l'integrità fisica della popolazione, quelli concernenti la sicurezza urbana sono diretti a prevenire e contrastare l'insorgere di fenomeni criminosi o di illegalità, quali lo spaccio di stupefacenti, lo sfruttamento della prostituzione, la tratta di persone, l'accattonaggio con impiego di minori e disabili, ovvero riguardano fenomeni di abusivismo, quale l'illecita occupazione di spazi pubblici, o di violenza, anche legati all'abuso di alcool o all'uso di sostanze stupefacenti”*.

³⁴ L'art. 2 TULPS prevede che *“il Prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica”*. Si precisa che la Corte costituzionale, con sentenza 23 maggio 1961, n. 26, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della richiamata disposizione nei limiti in cui esso attribuisce ai Prefetti il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico.

³⁵ L'art. 5, comma 2 della l. n. 225/1992 stabilisce che, durante lo stato di emergenza, possono essere assunte *“ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e secondo i criteri indicati nel decreto di dichiarazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico”* con cui provvedere in particolare in ordine: *“a) all'organizzazione ed all'effettuazione dei servizi di soccorso e di assistenza alla popolazione*

materia di gestione di rifiuti (art. 191 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 recante «Norme in materia ambientale»³⁶).

Il principio di tipicità degli atti amministrativi, oltre ad agevolare lo svolgimento delle funzioni di controllo, contribuendo al buon andamento e all'imparzialità dell'attività amministrativa, assolve inoltre ad una funzione di garanzia, in quanto pone il destinatario del provvedimento nella condizione di riconoscere gli atti della pubblica amministrazione ed eventualmente di opporsi ai suoi effetti mediante gli strumenti offerti dall'ordinamento (Cons. Stato, sez. V, 24 settembre 2003, n. 5444). Peraltro, nella richiamata decisione, il Consiglio di Stato ha evidenziato come il rispetto del principio di tipicità degli atti amministrativi assuma particolare importanza "*nell'attuale epoca di comunicazioni di massa, messaggi, cinguettii, seguiti ed altro, dovuti alle nuove tecnologie e alle nuove e diligenti modalità di comunicare l'attività politica*" (Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2015, n. 769, cit.).

Alla luce di quanto sopra esposto e tenuto conto delle condivisibili motivazioni poste alla base dei richiamati precedenti giurisprudenziali, da valere anche per la comunicazione pubblica diffusa attraverso piattaforme di *social networking* diverse da Twitter (come, ad esempio, Facebook ed Instagram), deve escludersi la rilevanza provvedimentale delle comunicazioni diffuse dalla pubblica amministrazione attraverso i *social media* ostandovi il richiamato principio di tipicità degli atti amministrativi.

In conclusione, il ricorso a forme di comunicazione "non tradizionale", come quelle *social*, non è idoneo a produrre in capo alla pubblica amministrazione i medesimi vincoli che sorgono dall'attività provvedimentale della PA né produce i medesimi effetti nella sfera giuridica dei destinatari.

E.2.

interessata dall'evento; b) al ripristino della funzionalità dei servizi pubblici e delle infrastrutture di reti strategiche (...); c) alla realizzazione di interventi, anche strutturali, per la riduzione del rischio residuo strettamente connesso all'evento (...); d) alla ricognizione dei fabbisogni per il ripristino delle strutture e delle infrastrutture, pubbliche e private, danneggiate, nonché dei danni subiti dalle attività economiche e produttive, dai beni culturali e dal patrimonio edilizio (...); e) all'avvio dell'attuazione delle prime misure per far fronte alle esigenze urgenti di cui alla lettera d) (...)".

³⁶ L'art. 191, comma 1 del Codice dell'Ambiente stabilisce che "*ferme restando le disposizioni vigenti in materia di tutela ambientale, sanitaria e di pubblica sicurezza, con particolare riferimento alle disposizioni sul potere di ordinanza di cui all'articolo 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, istitutiva del servizio nazionale della protezione civile, qualora si verificano situazioni di eccezionale ed urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell'ambiente, e non si possa altrimenti provvedere, il Presidente della Giunta regionale o il Presidente della provincia ovvero il Sindaco possono emettere, nell'ambito delle rispettive competenze, ordinanze contingibili ed urgenti per consentire il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti, anche in deroga alle disposizioni vigenti, nel rispetto, comunque, delle disposizioni contenute nelle direttive dell'Unione europea, garantendo un elevato livello di tutela della salute e dell'ambiente*".

Da approfondire, altresì, il tema dei *rischi connessi all'utilizzo dei social media* per finalità di comunicazione pubblica *alla luce, in particolare, del legittimo affidamento* che tale forma di comunicazione è suscettibile di determinare nei cittadini.

Se, come si è detto sopra, la giurisprudenza amministrativa che ad oggi si è espressa sul tema esclude decisamente la natura provvedimentale delle dichiarazioni diffuse dalla pubblica amministrazione attraverso i *social media*, tale forma di comunicazione pubblica non risulta tuttavia priva di rilevanza giuridica.

In primo luogo, le richiamate decisioni della magistratura amministrativa hanno riconosciuto che la comunicazione della pubblica amministrazione sui *social media*, pur non essendo di per sé annullabile in quanto non integra gli estremi di un atto amministrativo, è comunque suscettibile di produrre conseguenze sulla legittimità del procedimento amministrativo e dell'atto conclusivo adottato dall'amministrazione, quantomeno nell'ipotesi in cui, come nella fattispecie riportata, "*la dichiarazione social sia assunta come unico criterio decisivo per l'adozione di un provvedimento amministrativo, in modo irragionevole, anche alla luce di eventuali precedenti orientamenti dell'amministrazione*" (cfr. S. Pellegatta, *op. cit.*).

Il messaggio diffuso attraverso le piattaforme di *social networking* può, dunque, assumere rilevanza giuridica nel caso in cui influenzi il processo decisionale della pubblica amministrazione che, per questo, può incorrere in un vizio del procedimento.

In secondo luogo, il vizio dell'atto amministrativo determinato da un comportamento non corretto della pubblica amministrazione, reso evidente da una dichiarazione diffusa mediante i *social media*, può divenire fonte di responsabilità civile dell'amministrazione nei confronti di quanti abbiano subito un pregiudizio in conseguenza dell'illegittima azione amministrativa.

Tanto trova conferma nel caso sopra riportato. In seguito alla sentenza di annullamento del provvedimento di sospensione dei lavori adottato dalla Soprintendenza, il Comune ha ottenuto la condanna del Ministero al risarcimento dei danni subiti in conseguenza del provvedimento illegittimo, segnatamente pari alle somme che il Comune aveva *medio tempore* versato alla ditta appaltatrice in conseguenza dei ritardi nell'esecuzione dei lavori determinati dalla loro illegittima sospensione (T.a.r. Liguria, sez. I, 3 gennaio 2019, n. 11).

Come è stato precisato dal giudice amministrativo, la responsabilità della pubblica amministrazione da attività amministrativa illegittima deve essere ricondotta al paradigma della responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. Conseguentemente, affinché sussista la responsabilità dell'amministrazione è necessario che ricorrano i seguenti elementi costitutivi: i) l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento amministrativo; ii) il danno ingiusto,

patrimoniale o non patrimoniale; iii) il nesso causale tra la condotta e il danno ingiusto; iv) la colpa dell'amministrazione (*ibidem*).

Alla luce di quanto precede, non potendosi attribuire alla comunicazione effettuata attraverso i *social media* l'effetto giuridico proprio che l'ordinamento riconosce alle forme tipiche di manifestazione di volontà della pubblica amministrazione, deve conseguentemente escludersi che la comunicazione pubblica diffusa mediante *social media* sia suscettibile di ingenerare nei cittadini una situazione di legittimo affidamento.