

## La prima giurisprudenza sul rapporto tra pubblico impiego e social media

C. ELIO GUARNACCIA\*

SOMMARIO: 1. *Introduzione. Social media, CAD, mondo del lavoro* – 2. *L'amicizia su Facebook non è commensalità abituale* – 3. *Il social network come strumento di comunicazione tra la pubblica amministrazione e i propri dipendenti* – 4. *La tutela del diritto di critica del lavoratore* – 5. *Controlli occulti mediante social media ad opera del datore di lavoro* – 6. *Rilevanza disciplinare di “post” e “like” pubblicati fuori dall'esercizio delle proprie mansioni* – 7. *Il ruolo determinante delle modalità d'uso dei social ai fini della configurazione della lesione a danno della P.A.* – 8. *Quali best practice per le pubbliche amministrazioni italiane?*

### 1. INTRODUZIONE. SOCIAL MEDIA, CAD, MONDO DEL LAVORO

I social network sono entrati prepotentemente nelle dinamiche personali e sociali, in tutto il mondo.

Si tratta di piattaforme telematiche molto popolate, che la Pubblica Amministrazione italiana vede ancora come strumenti pericolosi e invasivi, a cagione del fatto che qualsiasi utente può, senza alcun filtro, manifestare liberamente la propria personalità, pure a danno del decoro e dell'immagine dell'amministrazione stessa.

In verità, i social media possono ben costituire, già da adesso, importanti strumenti di efficacia, efficienza ed economicità della P.A., come ben delineato nel *vademecum “Pubblica Amministrazione e social media”*, realizzato da Formez PA nell'ambito delle attività finalizzate alla elaborazione delle *Linee guida per i siti web delle Pubbliche Amministrazioni*, previste dalla direttiva n. 8 del 26 novembre 2009 del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione<sup>1</sup>.

Si pensi alle scuole, agli enti locali, alle aziende sanitarie, tutti enti pubblici con una vasta platea di cittadini utenti, che popolano già i social media a fini, o interessi, di carattere privatistico.

\* L'A. è avvocato amministrativista, cassazionista, *co-founder* di FIL Studio Legale. Specializzato in Diritto dell'informatica e delle telecomunicazioni. È nel comitato scientifico del Laboratorio e-Government dell'Università del Salento.

<sup>1</sup> Cfr. <http://www.formez.it/notizie/online-il-vademecum-pubblica-amministrazione-e-social-media.html>, 13 luglio 2017.

Alcuni enti virtuosi stanno già implementando la pianificazione della propria presenza sui social media, la costruzione di account facilmente individuabili come appartenenti all'amministrazione, e procedure di ricezione delle richieste dei cittadini. E ciò, malgrado i social media non siano ancora tra gli strumenti e i servizi disciplinati dal Codice dell'amministrazione digitale, tanto da non poter essere considerati oggetto del diritto all'uso delle tecnologie di cui all'art. 3: si tratta di una fenomenologia che, come spesso accade nel digitale, si è caratterizzata per una repentina e larghissima diffusione e un consolidamento pratico, pur in assenza di specifica regolamentazione, se non quella privatistica imposta dai rispettivi proprietari e gestori.

Nel mondo del lavoro, l'impatto dei social è molto forte e percepibile: dal recruiting, alla gestione del personale, al rapporto tra colleghi, ai riflessi dei comportamenti personali dei dipendenti sull'immagine e il decoro del datore di lavoro: si pensi, tra l'altro, alla prassi ormai invalsa delle grandi imprese, nonché delle società sportive professionistiche, di implementare social media policy per i propri dipendenti.

Ed è già copiosa la giurisprudenza, anche di Cassazione, su tali temi.

Su questo sfondo, il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni ha evidentemente le sue importanti peculiarità, caratterizzato com'è dall'evidenza pubblica dei processi di reclutamento, nonché dal perseguimento, o comunque, dalla tutela, dell'interesse pubblico. Peculiarità che negli ultimi anni sono state esplorate e declinate da Cassazione e Consiglio di Stato, con i primi provvedimenti sul punto, analizzati nel prosieguo del presente lavoro.

## 2. L'AMICIZIA SU FACEBOOK NON È COMMENSALITÀ ABITUALE

Il TAR Sardegna si è occupato di recente della configurabilità dell'amicizia su Facebook come commensalità abituale, e dunque come causa di incompatibilità ai sensi dell'art. 51 c.p.c., in una sentenza definitiva pubblicata il 3 maggio 2017<sup>2</sup>.

Con riferimento alla celebrazione di un concorso scolastico, i ricorrenti affermavano che le operazioni della commissione fossero viziate per la presenza di cause di incompatibilità, dati i rapporti tra i commissari e i singoli concorrenti, non di semplice conoscenza ma di amicizia, frequentazione e confidenza, risultanti dal noto social network Facebook.

<sup>2</sup> TAR Sardegna, sez. I, 3 maggio 2017 n. 281, in "Guida al diritto", 2017, n. 22, p. 42.

Per comprendere meglio la questione, appare opportuno inquadrare giuridicamente la fattispecie.

È noto che la norma di legge che regola l'incompatibilità dei membri di una commissione di concorso è la stessa che regola i collegi giurisprudenziali, contenuta negli artt. 51 c.p.c. e seguenti; in particolare, al punto 1) dell'art. 51, co. 1, è stabilito che versa in stato di incompatibilità assoluta, con conseguente obbligo di astensione, pena l'illegittimità di tutte le operazioni compiute, colui (o la cui moglie) è "parente fino al quarto grado, o legato da vincoli di affiliazione o convivente o commensale abituale" di un candidato.

È peraltro fermo il principio per cui le cause di incompatibilità previste dalla predetta norma non possono essere oggetto di estensione analogica<sup>3</sup>.

In particolare, quanto alla locuzione "commensale abituale", dottrina e giurisprudenza ormai concordano nel riferirla ad ogni soggetto appartenente ad una cerchia di persone con *affectio familiaritatis*, ossia con interessi comuni, frequenza di contatti e di rapporti, di tale continuità da far dubitare della loro reciproca imparzialità e serenità di giudizio.

Ora, la pronuncia oggi in questione, emanata dal Tribunale amministrativo del capoluogo sardo – sez. I, 3 maggio 2017, n. 281 – analizza l'amicizia su Facebook proprio attraverso la suddetta declinazione giuridica della c.d. commensalità abituale, finendo per escludere, pacificamente e con forza, la riconducibilità ad essa. E infatti, i giudici sardi chiariscono che «il funzionamento di Facebook consente di entrare in contatto con persone che nella vita quotidiana sono del tutto sconosciute»; inoltre, «non è chi non veda che nell'odierno modo di comunicare, qualunque occasione conviviale, anche del tutto episodica, può essere "catturata" con il telefono cellulare e repentinamente pubblicata sul social network».

Pertanto – conclude la sentenza – laddove il riferimento alla "abitualità" della commensalità esclude, per pura logica, l'occasionalità della stessa, non è certo Facebook in sé che può concretizzare una delle cause di incompatibilità previste dall'art. 51 c.p.c., né, tanto meno, l'amicizia su Facebook può essere considerata indice di commensalità abituale.

D'altronde, la decisione del TAR Cagliari ripercorre le orme recentemente tracciate dalla seconda sezione civile della Corte di cassazione francese, con la decisione n. 1 del 5 gennaio 2017, che esclude anch'essa, almeno per ora, che l'amicizia su Facebook possa pregiudicare l'imparzialità di giudizio.

<sup>3</sup> Cons. St., sez. V, 24 luglio 2014, n. 3956.

La Cassazione d'oltralpe ha infatti statuito che «essere in contatto sui social non rimanda a relazioni d'amicizia intese nel senso tradizionale del termine», in quanto Facebook «è semplicemente un mezzo di comunicazione specifico tra due persone che condividono lo stesso centro di interessi, e in particolare la stessa professione».

Il Tribunale amministrativo di Genova aveva già affrontato pochi anni fa la questione<sup>4</sup>, anche se in modo incidentale, giungendo alle medesime conclusioni. La censura dedotta in quel ricorso concerneva per l'appunto la pretesa causa di incompatibilità derivante dal rapporto di amicizia tra il membro aggiunto della commissione esaminatrice ed uno dei candidati poi risultati idonei, amicizia comprovata non solo dalle pagine di Facebook (dalle quali emergeva, appunto, che i due erano “amici”) ma anche dalla condivisione di rapporti e conoscenze.

Il TAR ha in prima battuta rammentato il principio secondo cui l'eventuale conoscenza personale e l'occasionale frequentazione tra componenti della commissione esaminatrice di un concorso e i candidati che vi partecipano non costituiscono causa di incompatibilità atta a determinare l'obbligo di astensione dei primi<sup>5</sup>.

Su questo sfondo, i giudici genovesi hanno dunque precisato che «la cosiddetta “amicizia” in ambito Facebook si instaura assai spesso tra persone che si conoscono solo attraverso le pagine del social network».

### 3. IL SOCIAL NETWORK COME STRUMENTO DI COMUNICAZIONE TRA LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E I PROPRI DIPENDENTI

Altra questione affrontata dalla giurisprudenza amministrativa è quella relativa alle comunicazioni via social network tra dipendente pubblico e amministrazione datoriale.

Di maggior rilievo sul punto, una pronuncia del TAR del Friuli Venezia Giulia<sup>6</sup>, che ha confermato la legittimità di una sanzione disciplinare (7 giorni di consegna di rigore) inflitta ad un militare per la pubblicazione sulla sua

<sup>4</sup> TAR Liguria, sez. II, 3 settembre 2014 n. 1330, in “Il Foro amministrativo” 2014, n. 9, p. 2382.

<sup>5</sup> Cfr., *ex multis*, TAR Lazio, sez. II, 12 ottobre 2010, n. 32757.

<sup>6</sup> TAR Friuli Venezia Giulia, 12 dicembre 2016, n. 562, in “Diritto & Giustizia”, 2016, n. 102, p. 15, con nota di G. MILIZIA, *Facebook non è un sito privato: lecita la sanzione disciplinare per le foto pubblicate*.

“bacheca Facebook” di molteplici immagini inerenti al servizio di sorveglianza da lui svolto durante l’Expo 2015 a Milano.

Dopo un forte nubifragio, il ricorrente aveva postato su Facebook molte foto, che immortalavano in particolare le tende e l’accampamento militare allagati e in precarie condizioni, al fine di dolersi della situazione in cui versava insieme ai circa 2.400 militari alloggiati nella tendopoli approntata *ad hoc*. Alle foto, successivamente, erano seguiti svariati commenti critici.

La situazione di disagio in cui operavano i militari era in ogni caso stata resa nota anche da alcuni organi di stampa, che avevano evidenziato le condizioni minime di sicurezza dei militari, proprio a seguito di forti nubifragi.

Secondo l’amministrazione, con tale condotta, avventata e superficiale, il ricorrente si sarebbe posto in contrasto con i principi etici che costituiscono i fondamenti dell’identità militare, quale la disciplina, l’integrità morale e lo spirito di corpo, trasgredendo in tal modo al dovere di grado e di funzione.

La sentenza in commento ha osservato come «i social network in particolare Facebook non possono essere considerati come siti privati, in quanto non solo accessibili ai soggetti non noti cui il titolare del sito consente l’accesso, ma altresì suscettibili di divulgazione dei contenuti anche in altri siti».

In sostanza, la collocazione di una fotografia o di un testo su Facebook implica una sua possibile diffusione a un numero imprecisato e non prevedibile di soggetti e quindi va considerato, sia pure con alcuni limiti, come un sito pubblico.

Il dipendente ha certamente il diritto a manifestare alla P.A. datoriale il proprio disagio e le eventuali critiche sulla situazione di lavoro, ma la modalità utilizzata non è congrua.

E ancora, «il ricorrente ha indubbiamente diritto a fare presente disagi e critiche sulla situazione in cui si è trovato a operare, ma ha utilizzato una modalità non consentita in quanto in grado di nuocere al prestigio dell’amministrazione».

Il Codice dell’amministrazione digitale contiene in verità una disposizione dalle maglie assai larghe, specifica per le comunicazioni telematiche tra le pubbliche amministrazioni e i propri dipendenti. È l’art. 47, co. 3, che al secondo capoverso statuisce: «Le pubbliche amministrazioni utilizzano per le comunicazioni tra l’amministrazione e i propri dipendenti la posta elettronica o altri strumenti informatici di comunicazione nel rispetto delle norme in materia di protezione dei dati personali e previa informativa agli interessati in merito al grado di riservatezza degli strumenti utilizzati».

Dunque, accanto alla posta elettronica ordinaria, è legislativamente possibile utilizzare qualsiasi altro strumento informatico, dal cui novero non possono in astratto escludersi le piattaforme dei social media. La condizione fissata dalla legge è però che tali strumenti informatici operino nel rispetto delle norme in materia di protezione dei dati personali, e che gli interessati abbiano ricevuto idonea informativa in merito al grado di riservatezza garantito dalla piattaforma.

In effetti l'art. 47 non è stato preso in considerazione dai giudici del TAR Trieste, ma in ogni caso non pare che tale condizione, nel caso in esame, si sia verificata.

Peraltro, vertendo in ambito militare, il Collegio ha sottolineato che le norme speciali ivi rilevanti, in particolare il d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, *Codice dell'ordinamento militare*, e il d.P.R. 15 marzo 2010, n. 90, nel dettare le peculiari regole tipiche dell'ordinamento militare, prevedono specifici mezzi di comunicazione riservati, proprio allo scopo di garantire ancor più rigidamente la riservatezza e la privacy, come valori finalizzati alla difesa della nazione e dell'ordine pubblico interno ed esterno.

Tale normativa speciale, infatti, contiene espresse disposizioni sulle modalità con cui il militare può rappresentare situazioni anche critiche in cui si trova, che prevedono l'obbligo del militare di utilizzare i sistemi riservati, nonché di astenersi dal pubblicare fotografie, o divulgare commenti in grado di nuocere al prestigio dell'amministrazione.

#### 4. LA TUTELA DEL DIRITTO DI CRITICA DEL LAVORATORE

Alcune pronunce, al contrario, ritengono legittimo l'esercizio del diritto di critica "via social media", annullando le relative sanzioni disciplinari comminate dal datore di lavoro.

Ad oggi, le principali sentenze sul punto riguardano il lavoro privato, ma si fondano su norme e principi perfettamente sovrapponibili e applicabili al lavoro pubblico.

La prima decisione<sup>7</sup>, in ordine cronologico, introduce il tema dei termini di utilizzo della piattaforma social, quali discriminanti per la qualificazione di liceità della critica mossa dal lavoratore su Facebook.

La vicenda posta dinanzi alla Cassazione verteva sulla legittimità del licenziamento di un dipendente assunto a tempo indeterminato, per aver pubbli-

<sup>7</sup> Cass. civ., sez. lav., 31 gennaio 2017, n. 2499, in "Guida al diritto", 2017, n. 9, p. 82.

cato su una chat privata di Facebook – nella quale i lavoratori erano soliti scambiarsi informazioni sull’incontro sindacale per il rinnovo del contratto integrativo – una vignetta satirica raffigurante un coperchio di vasellina cui era sovrapposto un disegno ed il marchio dell’azienda datrice di lavoro. Il lavoratore, peraltro, con la partecipazione attiva a detta chat, si era dimostrato per nulla remissivo alle iniziative datoriali sulla organizzazione del lavoro, cercando di coinvolgere altri colleghi nella contestazione nella fase di rinnovo degli accordi sindacali aziendali.

La Corte ha dunque considerato «illegittimo, in quanto ritorsivo» il licenziamento impugnato in primo grado, confermando in pieno la decisione della Corte di merito. Per i giudici «si tratta di libero esercizio del diritto di critica, a ogni modo non integrante una potenziale lesione dell’immagine aziendale per via della diffusione della vignetta limitata ai partecipanti alla chat».

E infatti era del tutto assente un motivo legittimo di licenziamento, risultante, secondo gli Ermellini, dalla banalità del fatto contestato, e cioè come detto, la suddetta pubblicazione satirica.

Inoltre, il disegno aveva ricevuto una diffusione limitata ai dieci colleghi del ricorrente, partecipanti alla chat.

La Cassazione, sulla stessa traccia si è mossa pochi mesi dopo, con altra pronuncia confermativa di un annullamento in sede di appello del licenziamento del ricorrente<sup>8</sup>.

Secondo la pronuncia di prime cure, le frasi utilizzate su Facebook dal ricorrente nei confronti dell’azienda datrice di lavoro, sarebbero consistite in una «gratuita ed esorbitante denigrazione», e sarebbero state caratterizzate dalla «precisa intenzione di ledere, con l’attribuzione di un fatto oggettivamente diffamatorio, la reputazione del proprio datore di lavoro», in tal modo giustificando il licenziamento.

La Corte di appello, come anticipato, ribaltava tale decisione, dichiarando l’illegittimità del licenziamento, con condanna della società al risarcimento del danno, e al versamento di ulteriori 15 mensilità a titolo di indennità sostitutiva della reintegra. Orbene, la Corte di cassazione ha confermato tale decisione di secondo grado, statuendo l’illegittimità del licenziamento irrogato al dipendente che critica l’azienda sulla propria pagina Facebook.

La Cassazione ha così consolidato l’orientamento giurisprudenziale sulle conseguenze sanzionatorie del licenziamento disciplinare illegittimo, nel regime disciplinato dall’art. 18 dello Statuto dei lavoratori, come modificato dalla

<sup>8</sup> Cass. civ., sez. lav., 31 maggio 2017, n. 13799, in “Guida al diritto”, 2017, n. 26, p. 69.

legge “Fornero”, ma questa volta ravvisando, quale ipotesi di fatto esistente ma non illecito, quello del post su Facebook, diffamatorio sia nei confronti della stessa società sia nei confronti della legale rappresentante.

#### 5. CONTROLLI OCCULTI MEDIANTE SOCIAL MEDIA AD OPERA DEL DATORE DI LAVORO

Ulteriore sfaccettatura del rapporto tra dipendente e datore di lavoro è quella relativa all’esercizio del potere di controllo datoriale attraverso l’uso delle piattaforme telematiche, mediante social network o sistemi di messaggiera istantanea (le c.d. chat).

Nel 2015 la Cassazione ha infatti destato scalpore<sup>9</sup>, pronunciandosi<sup>10</sup> sul licenziamento di un lavoratore che, tramite un falso profilo Facebook appositamente creato dall’azienda datrice, era stato sorpreso ad accedere ed utilizzare, durante l’orario di lavoro, il detto social network.

Tale misura di controllo occulto era stata attivata in quanto in precedenza il lavoratore aveva lasciato incustodita la pressa cui era addetto, e deteneva in azienda un tablet.

Egli dunque aveva accettato l’amicizia su Facebook di una donna, con cui intratteneva rapporti virtuali, in orario e sul luogo di lavoro, non sapendo che tale “contatto” fosse un fake, che nascondeva il capo del personale dell’azienda datrice. Orbene, la Corte ha sorprendentemente confermato la legittimità del licenziamento: «la creazione del falso profilo Facebook non costituisce, di per sé, violazione dei principi di buona fede e correttezza nell’esecuzione del rapporto di lavoro, attenendo ad una mera modalità di accertamento dell’illecito commesso dal lavoratore».

La sentenza ha dunque ritenuto compatibile tale condotta datoriale con il divieto generale dell’uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell’attività dei lavoratori, allora sancito dall’art. 4 dello Statuto dei lavoratori<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Si veda, tra gli altri, *la Repubblica* del 27 maggio 2015.

<sup>10</sup> Cass. civ., sez. lav., 27 maggio 2015, n. 10955, in “Diritto & Giustizia”, 2015, n. 21, p. 120.

<sup>11</sup> Qui di seguito l’art. 4, l. 20 maggio 1970, n. 300, rubricato *Impianti audiovisivi*, nella sua formulazione originaria, applicabile *ratione temporis* al caso in esame: «è vietato l’uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell’attività dei lavoratori. Gli impianti e le apparecchiature di controllo che siano richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro, ma dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell’attività dei lavoratori, possono essere installati soltanto previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, oppure, in mancanza di queste,

Innanzitutto, «ove il controllo sia diretto non già a verificare l'esatto adempimento delle obbligazioni direttamente scaturenti dal rapporto di lavoro, ma a tutelare beni del patrimonio aziendale ovvero ad impedire la perpetrazione di comportamenti illeciti, si è fuori dallo schema normativo della l. n. 300 del 1970, art. 4».

Inoltre, ha precisato che tale condotta non può considerarsi «invasiva né induttiva all'infrazione, avendo funzionato come mera occasione o sollecitazione cui il lavoratore ha prontamente e consapevolmente aderito».

Gli Ermellini fissano tuttavia specifici paletti per tali condotte di controllo occulto a distanza, con cui l'interesse del datore di lavoro al controllo e alla difesa dell'organizzazione produttiva aziendale deve contemperarsi, prescrivendo «modalità non eccessivamente invasive e rispettose delle garanzie di libertà e dignità dei dipendenti», e il rispetto dei «canoni generali della correttezza e buona fede contrattuale».

La decisione è stata criticata in dottrina<sup>12</sup> in quanto consente la sopra detta pratica datoriale, sulla base di una distinzione – in effetti ardua da percepire in applicazione al singolo caso concreto – tra induzione e sollecitazione all'infrazione, soltanto la seconda delle quali risulterebbe tollerabile e legittima.

#### 6. RILEVANZA DISCIPLINARE DI “POST” E “LIKE” PUBBLICATI FUORI DALL'ESERCIZIO DELLE PROPRIE MANSIONI

Accanto alle specifiche ipotesi sopra analizzate, diverse tra loro ma tutte riguardanti condotte – od omissioni – riconducibili alle mansioni lavorative del dipendente, altra fattispecie finita sotto la lente della giurisprudenza è quella della possibile rilevanza disciplinare di manifestazioni del pensiero del lavoratore fuori dalle proprie mansioni, perché potenzialmente lesive dell'immagine e del decoro dell'amministrazione di appartenenza.

Innanzitutto, la Cassazione ha affrontato<sup>13</sup> la vicenda di un magistrato, sostituto procuratore della Repubblica che, sul suo profilo Facebook, aveva pubblicato un post offensivo nei confronti del Sindaco di Roma, e che per questo era stato sottoposto a giudizio dalla sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura, per l'illecito disciplinare di cui all'art. 4, co. 1,

con la commissione interna. In difetto di accordo, su istanza del datore di lavoro, provvede l'Ispettorato del lavoro, dettando, ove occorra, le modalità per l'uso di tali impianti».

<sup>12</sup> M. FALSONE, *L'infelice giurisprudenza in materia di controlli occulti e le prospettive del suo superamento*, in “Rivista italiana di diritto del lavoro”, 2015, n. 4, p. 990.

<sup>13</sup> Cass. civ., S.U., 31 luglio 2017, n. 18987.

lett. *d*), d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, chiuso con una pronuncia di non configurabilità dell'illecito per essere il fatto di scarsa rilevanza.

La Cassazione, adita dalla procura generale, ha tuttavia ribaltato tale decisione: «la commissione disciplinare del Csm non può evitare di sanzionare il magistrato che dal suo profilo Facebook offende un sindaco considerando il fatto di scarsa rilevanza, in quanto il primo cittadino non aveva percepito lo scritto come offensivo. Ai fini disciplinari, infatti, conta la lesione che deriva all'immagine del magistrato da un fatto reato».

Per la Corte, dunque, ciò che conta è l'immagine del magistrato, proprio in quanto dipendente del Ministero della giustizia, immagine che risulta lesa dalla sua condotta, e ciò a prescindere dal fatto che il post non sia stato percepito come diffamatorio dal destinatario.

Quindi, anche quando l'offensività di un fatto reato viene in concreto esclusa, ciò non può comportare, sempre e in automatico, l'esclusione della configurabilità dell'illecito disciplinare, neanche se il fatto è di scarsa rilevanza<sup>14</sup>.

E infatti, continua la Corte «il bene protetto dalla previsione di cui all'art. 4, co. 1, lett. *d*), è costituito dalla immagine del magistrato, risultando quindi irrilevante, a tali fini, il fatto che il destinatario di parole oggettivamente diffamatorie possa non averle percepite in tal senso».

La giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di confermare tale orientamento, non solo con riferimento a pubblicazioni del lavoratore, ma addirittura estendendolo ai c.d. like, ovvero agli apprezzamenti rivolti a pubblicazioni altrui (testi, foto o video), mediante il click al relativo bottone, che in Facebook è rappresentato, come è noto, dal c.d. “pollice su”.

Il TAR Milano, seppur in sede cautelare, si è infatti pronunciato proprio sulla valenza disciplinare di un like del dipendente, dato a una notizia riguardante vicende dell'ente pubblico datoriale<sup>15</sup>.

Il giudizio, instaurato dal dipendente, verte sull'impugnazione, previa sospensione cautelare, dell'atto adottato dal capo del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, amministrazione datoriale, con cui era stata irrogata al ricorrente la sanzione della sospensione dal servizio per la durata di un mese, per avere questi aggiunto un “mi piace” alla notizia, pubblicata sulla

<sup>14</sup> S. MENDICINO, *Anche al magistrato non si riconosce la scarsa rilevanza dell'illecito disciplinare se consegue ad un reato*, in “Diritto & Giustizia”, 2017, n. 128, p. 13.

<sup>15</sup> TAR Lombardia, sez. III, ordinanza cautelare n. 246, 3 marzo 2016, in “Il Foro italiano”, 2016, n. 9, III, c. 504.

pagina Facebook di un sindacato di polizia penitenziaria, del suicidio di un ergastolano che si era tolto la vita presso il carcere milanese di Opera.

Il TAR Milano ha respinto la domanda di sospensione cautelare, chiarendo 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».

A tale conclusione, i giudici amministrativi lombardi giungono anche alla luce di due ulteriori circostanze: il dipendente ha omesso un tempestivo recesso dal giudizio espresso, cosa che avrebbe potuto fare, come noto, disattivando il like precedentemente aggiunto; il like incriminato era stato seguito da altri giudizi inequivocabilmente riprovevoli.

Si tratta di una pronuncia certamente sorprendente, in quanto fonda la sussistenza di un illecito disciplinare su una forma nuova di manifestazione del pensiero, in effetti praticata quotidianamente dalla stragrande maggioranza dei consociati, ormai in larga parte presenti e attivi sui social network.

#### 7. IL RUOLO DETERMINANTE DELLE MODALITÀ D'USO DEI SOCIAL AI FINI DELLA CONFIGURAZIONE DELLA LESIONE A DANNO DELLA P.A.

Nei paragrafi precedenti è stato rilevato come la giurisprudenza definisca Facebook e gli altri social network, seppur entro certi limiti, quali "siti pubblici"<sup>16</sup>.

Non bisogna però dimenticare che, in realtà, ci troviamo di fronte a piattaforme private, create e gestite da soggetti privati, per fini prevalentemente commerciali, e di conseguenza l'accesso a esse è regolamentato da specifiche condizioni generali, che devono essere preventivamente accettate da chi voglia iscriversi alla piattaforma e ottenere un account, anche a prescindere dal suo futuro effettivo utilizzo.

Tali condizioni generali prevedono, in particolare, che ciascun utente debba sottostare a specifiche regole (ad esempio, la cessione dei diritti sulle foto pubblicate sul social network).

D'altro canto, la piattaforma consente una personalizzazione delle impostazioni, che permette a ciascun utente di adattare la stessa alle proprie esigenze di utilizzo. Ebbene, il Consiglio di Stato ha avuto modo di sottolineare in una sua pronuncia del 2014<sup>17</sup> l'importanza delle modalità di utilizzo scelte dal

<sup>16</sup> Si veda TAR Friuli Venezia Giulia, 12 dicembre 2016, n. 562 (par. 3).

<sup>17</sup> Cons. St., sez. III, 21 febbraio 2014, n. 848.

dipendente, e degli strumenti di riservatezza resi disponibili dalle piattaforme social, al punto da poter costituire vero e proprio *discrimen* per la sanzionabilità del comportamento posto in essere, alla luce del d.P.R. 16 aprile 2013 n. 62, *Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici*.

I giudici di Palazzo Spada hanno infatti affermato che «rientra nella libertà di espressione e nel diritto alla vita privata la pubblicazione da parte di un appartenente alla polizia di Stato, sul profilo personale all'interno di un social network, l'accesso al quale sia possibile soltanto previa autorizzazione del titolare del profilo, di pose fotografiche in abiti succinti con travestimenti femminili, di guisa che è illegittima la sanzione disciplinare irrogata per questi fatti».

Al dipendente era stata comminata la sanzione della sospensione dal servizio per un mese, con correlata deduzione di tale periodo dal computo di anzianità, perché «evidenziando gravissima mancanza di correttezza nel comportamento, pubblicava su un social network alcune foto ritraenti se stesso in abbigliamenti ed atteggiamenti inopportuni, corredate da informazioni personali di indubbia equivocità, favorendo l'accesso alla visione delle stesse senza particolari precauzioni».

La contestazione, dunque, si fondava sul principio per cui mettere consapevolmente a disposizione di un numero indefinito di persone, mediante il web, i propri dati sensibili o informazioni in generale, pur ciò rientrando nell'ambito dell'attività privata e delle proprie abitudini sessuali, equivale a renderle pubbliche, e siffatto comportamento sarebbe lesivo del decoro dell'amministrazione, per di più in questo caso di pubblica sicurezza.

Tale condotta era stata, tra l'altro, rilevata mediante controllo a distanza, da altro dipendente dell'amministrazione, incaricato dal dirigente superiore del lavoratore, che aveva avviato l'indagine su segnalazione di altri dipendenti mai identificati.

Il dipendente in questione aveva impugnato la sanzione con ricorso dinanzi al TAR Lombardia, che lo ha rigettato.

In sede di appello, il Consiglio di Stato ha riformato la sentenza di primo grado, dopo aver valutato tutte le circostanze di fatto e le concrete modalità in cui si è svolta la vicenda, e conclusivamente considerando rilevanti, come anticipato, gli accorgimenti adottati dal lavoratore, sia nella costruzione del suo profilo, che nella pubblicazione delle foto.

Per il Collegio, infatti, «diventa risolutiva la circostanza che l'accesso al profilo personale è possibile solo a chi conosca lo username dell'interessato, il quale funziona da filtro per l'accesso, e che non può ritenersi, pertan-

to, indiscriminatamente visitabile da chiunque, ma rivolto essenzialmente a conoscenti, che abbiano appunto la chiave di accesso (lo username)».

Inoltre, all'apertura del profilo del lavoratore, compariva «una foto di donna non riferibile al lavoratore», nonché «alcune delle altre foto, raffiguranti il mezzobusto del ricorrente erano visionabili solo dopo l'accesso».

A ciò il Collegio aggiunge che «altre foto, che presentano parti di corpo in abiti succinti, queste senza dubbio più suscettibili di urtare la riservatezza ed il pudore, erano visionabili solo su specifica autorizzazione dell'interessato».

Infine, in nessun caso, né nella parte pubblica del profilo, né nell'area privata, «era riconoscibile lo status di poliziotto, né era reso pubblico il nome, il recapito o altri dati personali».

In definitiva, il Collegio ha escluso che le descritte modalità di accesso al profilo personale su social network possano far ritenere pubbliche le fotografie dell'interessato.

## 8. QUALI BEST PRACTICE PER LE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI ITALIANE?

Gli orientamenti giurisprudenziali prospettati, in alcuni casi non del tutto convincenti, devono in ogni caso indurre le pubbliche amministrazioni a prendere coscienza del fenomeno, sempre più diffuso, dell'utilizzo dei social media da parte dei propri dipendenti, con tutte le conseguenze che da ciò possono derivare, delle quali le fattispecie analizzate nel presente contributo costituiscono solo un primissimo ventaglio esemplificativo, destinato a crescere in numero e, soprattutto, nella varietà della casistica.

La pubblica amministrazione è dunque chiamata a muoversi in una triplice direzione: istituzionalizzare la propria presenza sui social; realizzare specifici percorsi di formazione dei propri dipendenti sui termini di servizio dei social network maggiormente diffusi; valutare se dotarsi di specifiche policy d'uso, ovvero sia regolamenti interni d'utilizzo delle piattaforme social.

Quanto all'istituzionalizzazione della presenza della pubblica amministrazione sui social, se in generale c'è ancora molto da fare, va segnalato che i Comuni, in quanto amministrazioni che, insieme alle scuole e agli ospedali, più di tutte si misurano quotidianamente nel rapporto con i propri cittadini utenti, sono molto sensibili al tema, e si stanno progressivamente attrezzando.

Le più grandi città italiane si sono già mosse in tal senso, garantendo non solo l'effettività dei primari servizi on line al cittadino, ma soprattutto

to aumentando sensibilmente il coinvolgimento e la partecipazione della cittadinanza<sup>18</sup>.

Si pensi, a titolo di esempio, al Comune di Milano, la cui pagina Facebook contiene risposte e sollecitazioni di discussione per gli utenti, e notizie riguardanti varie aree tematiche, compreso il turismo; anche l'account Twitter è già un canale, molto popolato, di comunicazione con i cittadini, attraverso il quale vengono fornite risposte alle domande e alle segnalazioni degli utenti, anche su eventi, meteo e viabilità.

La partecipazione del cittadino e la trasparenza della pubblica amministrazione, corollari fondamentali dell'*agere* pubblico, sanciti espressamente non solo dal Codice dell'amministrazione digitale, ma anche dalla fondamentale l. 7 agosto 1990, n. 241, possono infatti trovare nel social network uno straordinario strumento per la loro implementazione: «rendere la nostra pubblica amministrazione davvero a portata di cittadino e di smartphone, dare gambe e “motore” al concetto di smart city, far sì che con un post, un tweet, un messaggio in chat si possa davvero offrire un servizio, dare un'informazione, risolvere anche un piccolo problema quotidiano. In poche parole, cambiare il rapporto tra cittadini e P.A. e dare una nuova centralità alla figura del comunicatore pubblico, fondamentale per “portare a terra” e rendere veramente efficace, comprensibile, semplice da utilizzare il patrimonio di opportunità che la pubblica amministrazione deve e può mettere a disposizione dei cittadini»<sup>19</sup>.

La seconda direzione da intraprendere per le pubbliche amministrazioni che vogliono implementare i social network come veri e propri strumenti di front office, anche nel rapporto con i dipendenti, è certamente quella di realizzare specifici percorsi di formazione proprio per i dipendenti, sui termini di servizio dei social network maggiormente diffusi che, come detto sopra, costituiscono vere e proprie condizioni generali di contratto.

D'altronde, in questa prospettiva si ricorda l'art. 13 CAD, rubricato *Formazione informatica dei dipendenti pubblici*<sup>20</sup>, secondo cui le pubbliche

<sup>18</sup> L. SCARCELLA, *I social network e la Pubblica Amministrazione: un rapporto difficile*, in “Ninja Marketing” (supplemento alla testata Ninja Magazine), 18 aprile 2017.

<sup>19</sup> F. DI COSTANZO, *Facebook, Twitter e Instagram: rivoluzione social per la burocrazia*, in “Corcom” (corrierecomunicazioni.it), 5 maggio 2017.

<sup>20</sup> Ecco il testo attuale dell'art. 13, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, recante *Codice dell'amministrazione digitale*, alla luce delle modifiche apportate con il d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217: «1. Le pubbliche amministrazioni, nell'ambito delle risorse finanziarie disponibili, attuano politiche di reclutamento e formazione del personale finalizzate alla conoscenza e all'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, nonché dei temi relativi all'accessibilità e alle tecnologie assistive, ai sensi dell'articolo 8 della legge 9 gennaio 2004, n. 4. 1-bis. Le politiche di forma-

amministrazioni dovrebbero attuare politiche di formazione del personale finalizzate alla conoscenza e all'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

Tuttavia, si tratta di norma non particolarmente significativa, in quanto la formazione ivi prevista non sembra potersi foraggiare con capitoli di spesa riservati, come originariamente richiesto dal legislatore delegato del 2005, che la ancorava alle risorse finanziarie previste dai piani di cui all'art. 7-bis, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, poi abrogati nel 2013<sup>21</sup>.

Al contrario, ai sensi delle modifiche apportate dall'ultimo decreto correttivo, la formazione è invece genericamente ricondotta alle "risorse finanziarie disponibili", con ciò ridimensionando la portata programmatica del principio e della norma stessa che lo afferma.

Infine, la terza direttrice di intervento consiste nel valutare l'opportunità di dotarsi delle c.d. *social media policy*, ovvero specifici regolamenti interni d'utilizzo delle piattaforme social, prassi d'altronde ormai consolidata nelle grandi aziende e nelle società sportive professionistiche.

Si tratta dunque di un insieme di regole interne, che dettano permessi e divieti di utilizzo delle piattaforme social, che in tal modo possono, più o meno indirettamente, rendere i dipendenti maggiormente consapevoli delle conseguenze del loro operato "social", specialmente quando da questo possano scaturire danni all'immagine e al decoro della P.A. datrice.

Certamente, la valutazione circa l'opportunità di dotarsi di un simile strumento, nonché l'effettiva redazione di tale policy, deve spettare ai ruoli apicali dell'amministrazione, che però abbiano le necessarie competenze non solo tecniche, ma anche giuridiche.

A tal fine, rileva senza dubbio la figura del "Responsabile per la transizione digitale", prevista dall'art. 17 CAD: ciascuna pubblica amministrazione, infatti, deve affidare ad un unico ufficio dirigenziale generale, la transizione alla modalità operativa digitale e, in particolare, «i conseguenti processi di riorganizzazione finalizzati alla realizzazione di un'amministrazione digitale e aperta, di servizi facilmente utilizzabili e di qualità».

Il responsabile per la transizione digitale deve essere dotato, per l'appunto, di adeguate competenze tecnologiche, di informatica giuridica e manageriali, e risponde direttamente all'organo di vertice politico.

zione di cui al comma 1 sono altresì volte allo sviluppo delle competenze tecnologiche, di informatica giuridica e manageriali dei dirigenti, per la transizione alla modalità operativa digitale».

<sup>21</sup> In tal senso, si veda G. CAMMAROTA, *Nuovo CAD e formazione dei dipendenti pubblici: una disposizione vuota?*, in "Amministrazione in cammino", 6 luglio 2017.

Ora, tra i numerosi compiti che la norma gli affida, il primo è proprio il «coordinamento strategico dello sviluppo dei sistemi informativi, di telecomunicazione e fonia, in modo da assicurare anche la coerenza con gli standard tecnici e organizzativi comuni» (CAD, art. 17, co. 1, lett. *a*), laddove sicuramente rientra la scelta, nonché la conseguente redazione, di una *social media policy* che, per come sopra detto, nell'ambito dello sviluppo dei sistemi informativi, è volta proprio a garantire all'amministrazione standard organizzativi condivisi.