



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2017 FASC. II
(ESTRATTO)

MARCELLO DI FRANCESCO TORREGROSSA

**L'AMICIZIA VIRTUALE SU *FACEBOOK* E IL REALE
CONFLITTO DI INTERESSI
(A MARGINE DI TAR SARDEGNA,
CAGLIARI, SEZ. I, SENT. 3 MAGGIO 2017, N. 281)**

1° GIUGNO 2017

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Marcello Di Francesco Torregrossa
L'amicizia virtuale su Facebook e il reale conflitto di interessi
(a margine di TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, sent. 3 maggio 2017, n. 281)

SOMMARIO: 1. *Quadro di riferimento legislativo e giurisprudenziale delle cause di incompatibilità di cui all'art. 51 c.p.c. in materia concorsuale.* – 2. *La sentenza del TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 3 maggio 2017, n. 281.* – 3. *Facebook come spazio privato aperto al pubblico dove può nascere un potenziale conflitto di interessi.*

1. *Quadro di riferimento legislativo e giurisprudenziale delle cause di incompatibilità di cui all'art. 51 c.p.c. in materia concorsuale.*

Il principio di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione, sancito dall'art. 97 della Costituzione, trova una specifica e rilevante attuazione nel decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 – recante disposizioni in materia di “*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*” – laddove l'art. 35 stabilisce che “*l'assunzione nelle amministrazioni pubbliche avviene con contratto individuale di lavoro tramite procedure selettive, volte all'accertamento della professionalità richiesta, che garantiscano in misura adeguata l'accesso dall'esterno*”. In particolare, ai fini di un legittimo e valido espletamento della suddetta procedura di reclutamento, la commissione giudicatrice deve essere composta esclusivamente “*con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali*”.

Oltre a puntuali previsioni in merito alla composizione e agli adempimenti dell'organo esaminatore, maggiormente specificate nel d.p.r. 9 maggio 1994, n. 487 (“*Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzioni nei pubblici impieghi*”) e dirette in concreto alla salvaguardia della trasparenza e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, la giurisprudenza amministrativa, ormai consolidata, ritiene possibile estendere l'applicazione delle cause di incompatibilità ex art. 51 c.p.c. a tutti i campi dell'azione amministrativa, comprendendo così anche la materia concorsuale, nell'ottica di una trasparenza soggettiva di ciascuno dei componenti della commissione, in modo tale da garantire i principi sottesi alla funzione pubblica¹.

Sotto questo profilo, tuttavia, le esigenze di certezza dell'azione amministrativa e di stabilità della composizione delle commissioni giudicatrici risultano comunque tutelate dalla natura tassativa di dette clausole di incompatibilità, con la conseguenza che, da un lato, non é in alcun modo consentita una interpretazione estensiva o una applicazione analogica di quest'ultime e, su altro versante, l'obbligo di astensione ricorre unicamente nel caso sia presente una delle condizioni elencate all'art. 51 del codice di procedura civile².

¹ Cfr. TAR Liguria, Genova, sez. II, 29.05.2009, n. 1249; TAR Lazio, Latina, sez. I, 4.11.2009, n. 1048; TAR Lazio, Roma, sez. II, 6.12.2010, n. 35389.

² Ai sensi dell'art. 51 c.p.c. (Astensione del giudice) “*Il giudice ha l'obbligo di astenersi:*

- 1) *se ha interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto;*
- 2) *se egli stesso o la moglie è parente fino al quarto grado o legato da vincoli di affiliazione, o è convivente o commensale abituale di una delle parti o di alcuno dei difensori;*
- 3) *se egli stesso o la moglie ha causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito con una delle parti o alcuno dei suoi difensori;*
- 4) *se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa, o ha depresso in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico;*

In tale quadro, a fronte di una rigida elaborazione ermeneutica dei potenziali conflitti di interessi che possono sorgere all'interno di una procedura concorsuale, funzionale per un espletamento corretto della azione amministrativa e soprattutto per evitare uno strumentale utilizzo dilatorio di tale istituto giuridico da parte dei concorrenti medesimi, si registra nella giurisprudenza di merito un orientamento diverso, seppur minoritario, che – in tema di pubbliche commissioni concorsuali – ritiene illegittima la sola applicazione dell'art. 51 c.p.c. alle procedure selettive, dovendosi altresì considerare efficace il dettato normativo dell'art. 6-bis della legge n. 241 del 1990, secondo cui “*il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale*”³.

Attesi gli ordinari criteri interpretativi, quindi, la norma in esame (introdotta all'interno dell'ordinamento giuridico con la legge n. 190 del 2012) riguarda indistintamente tutti i procedimenti amministrativi, in quanto essa rappresenta una norma funzionalmente sovraordinata e cronologicamente successiva⁴. A sostegno di ciò, sebbene la suddetta impostazione non sia stata confermata dal Consiglio di Stato nella sua veste di giudice di seconde cure, occorre segnalare la delibera n. 421 del 13 aprile 2016 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, la quale, nell'ambito delle sue competenza *ratione materiae*, ha chiarito come la volontà del legislatore, dopo l'emanazione della legge n. 190/2012, sia quella di “*impedire ab origine il verificarsi di situazioni di interferenza, rendendo assoluto il vincolo dell'astensione, a fronte di qualsiasi posizione che possa, anche in astratto, pregiudicare il principio di imparzialità*”.

In definitiva, le considerazioni effettuate dall'ANAC sembrerebbero permettere una “interpretazione teleologica” dell'art. 51 c.p.c., finalizzata non ad estendere l'operatività della norma *de qua*, bensì a renderla più efficace ed effettiva alla luce delle finalità prefissate dal legislatore.

2. La sentenza del TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 3 maggio 2017, n. 281

La decisione del TAR Sardegna ha ad oggetto le problematiche giuridiche inerenti all'annullamento di una graduatoria concorsuale, nonché di ogni altro atto presupposto e consequenziale, degli ammessi alla prova orale del concorso per titoli ed esami finalizzato al reclutamento del personale docente per posti comuni della scuola secondaria di primo e secondo grado, in quanto i ricorrenti lamentavano, *inter alia*, la presenza di cause di incompatibilità e inopportunità dovute a pregressi rapporti tra i commissari e i singoli concorrenti, in violazione

5) se è tutore, curatore, amministratore di sostegno, procuratore, agente o datore di lavoro di una delle parti; se, inoltre, è amministratore o gerente di un ente, di un'associazione anche non riconosciuta, di un comitato, di una società o stabilimento che ha interesse nella causa.

In ogni altro caso in cui esistono gravi ragioni di convenienza, il giudice può richiedere al capo dell'ufficio l'autorizzazione ad astenersi; quando l'astensione riguarda il capo dell'ufficio l'autorizzazione è chiesta al capo dell'ufficio superiore”.

In giurisprudenza, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 27.04.2015, n. 2119; Cons. Stato, sez. V, 24.07.2014, n. 3956; Cons. Stato, sez. VI, 18.07.2014, n. 3851; Cons. Stato, sez. IV, 19.03.2013, n. 1606; Cons. Stato, sez. VI, 30.07.2013, n. 4015; Cons. Stato, sez. IV, 27.11.2012, n. 4858.

³ Cfr. TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 22.10.2015, n. 402.

⁴ In tal senso, cfr. il TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 19.02.2015, n. 84; il TAR Campania, Salerno, sez. II, 17.03.2014, n. 580 nonché il TAR Sardegna, sez. I, 5.06. 2013, n. 459.

Tuttavia, giova segnalare come il Consiglio di Stato, sez. III, con la decisione 28 aprile 2016, n. 1628, abbia riformato la sentenza n. 402/2015 del T.A.R. Abruzzo, ribadendo la assoluta tassatività delle cause di astensione obbligatoria *ex* all'art. 51 c.p.c., la cui applicazione necessita di un criterio formale, e affermando che, con riferimento all'applicazione degli artt. 1 e 6-bis della legge n. 241/1990 alle commissioni di concorso, la giurisprudenza ha escluso che essi abbiano inciso sui principi consolidati in materia, atteso che “*il dovere di astensione è funzionale al principio di imparzialità della funzione pubblica, di rilievo costituzionale ex art. 97 della Costituzione che deve orientare l'interprete ad un'applicazione ragionevole delle disposizioni in materia, rifuggendo da orientamenti formalistici e riconoscendo invece il giusto valore a quelle situazioni sostanziali suscettibili in concreto di riflettersi negativamente sull'andamento del procedimento per fatti oggettivi*”.

dell'art. 11 d.P.R. 487/1994, degli artt. 51 e 52 c.p.c. e dell'art. 97 della Costituzione.

Segnatamente, attraverso l'allegazione di prove documentali e fotografiche, era contestata la presenza di rapporti di amicizia, frequentazione e confidenza tra alcuni commissari e determinati candidati, avuto riguardo, *in primis*, alla loro partecipazione a corsi di insegnamento effettuati dai primi e tenuto conto, in secondo luogo, dei reciproci contatti emersi dalla pubblicazione di fotografie sul *social network Facebook*.

Nelle proprie considerazioni di diritto, il giudice amministrativo ha ribadito in via preliminare che nei pubblici concorsi i componenti delle commissioni esaminatrici hanno l'obbligo di astenersi solo ed esclusivamente se ricorre una delle condizioni tassativamente previste dall'art. 51 del c.p.c., secondo una valutazione *ex ante* della loro sussistenza e degli effetti potenzialmente distorsivi che il sospetto difetto di imparzialità sia stato idoneo a determinare in relazione alla situazione specifica.

Nel caso in cui il componente della commissione versi in una delle suddette cause di incompatibilità, oltre all'obbligo previsto in capo allo stesso di astenersi dal compimento di atti prodromici allo svolgimento della procedura concorsuale, il legislatore obbliga allo stesso tempo l'amministrazione di disporre la sua sostituzione, al fine di conservare la regolarità della composizione della commissione giudicatrice e tutelare l'esigenza di certezza dell'azione amministrativa, cercando di evitare l'adozione di un provvedimento finale viziato nella sua legittimità da una causa di incompatibilità tra esaminatore e concorrente, intesa come esistenza di una comunanza di interessi economici o di vita tra i due soggetti capace di ingenerare il sospetto che il candidato sia giudicato non in base alle risultanze oggettive della procedura, ma in virtù della conoscenza personale con l'esaminatore⁵.

Con riferimento al caso *de quo*, ed in particolare in ordine alla prima contestazione sollevata dalla parte ricorrente, il Collegio del TAR Sardegna ha affermato, sulla scia di ormai diverse pronunce giurisprudenziali, che *“i rapporti personali di colleganza o di collaborazione tra alcuni componenti della commissione e determinati candidati ammessi alla prova orale non sono sufficienti a configurare un vizio della composizione della commissione stessa, non potendo le cause di incompatibilità previste dall'art. 51 (tra le quali non rientra l'appartenenza allo stesso ufficio e il rapporto di colleganza) essere oggetto di estensione analogica, in assenza di ulteriori e specifici indicatori di una situazione di particolare intensità e sistematicità, tale da dar luogo ad un vero e proprio sodalizio professionale; pertanto, la conoscenza che alcuno dei membri di una commissione di concorso abbia di un candidato, ove non ricada nelle suddette fattispecie tipiche, non implica di per sé la violazione delle regole dell'imparzialità e nemmeno il sospetto della violazione di tali regole”*⁶.

Nello specifico, i c.d. rapporti di colleganza, aventi ad oggetto relazioni personali di collaborazione, ai fini della loro riconduzione all'interno delle cause di incompatibilità di cui all'art. 51 c.p.c., devono presentare carattere di intensità, sistematicità, stabilità e continuità tale da far supporre l'esistenza di un sodalizio professionale. Per contro, l'assenza di tali indicatori, idonei a far desumere un coinvolgimento particolare tra gli interessi personali dei due soggetti (che possono presentare differenti nature: scientifica, professionale ed economica), non consentono di applicare le tassative ipotesi di incompatibilità automatica ed obbligatoria, ma al più possono integrare un motivo di opportunità, rendendo così l'astensione meramente facoltativa⁷.

⁵ In tal senso, cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 aprile 2014 n. 1577.

⁶ Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 28/04/2016, n. 1628 e, in senso conforme, Consiglio di Stato, sez. III, 20/01/2016, n. 192, Consiglio di Stato, sez. VI, 23/09/2014, n. 4789.

⁷ La conoscenza che alcuno dei membri di una commissione di concorso abbia di un candidato, ove non ricada nelle fattispecie tipiche dell'art. 51 c.p.c., non implica di per sé la violazione delle regole dell'imparzialità e nemmeno il sospetto della violazione di tali regole. Sul punto, cfr. Cons. Stato, sez. III, 28 aprile 2016, n. 1628; Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2016, n. 192; Cons. Stato, sez. VI, 23 settembre 2014, n. 4789.

Come costantemente riconosciuto dalla giurisprudenza in materia, l'eventuale conoscenza personale e l'occasionale frequentazione tra componenti della commissione esaminatrice di un concorso e i candidati che vi partecipano non costituisce causa di incompatibilità atta a determinare l'obbligo di astensione dei primi, previsto dagli artt. 51 e 52 c.p.c., richiamati dall'art. 11 del d.P.R. n. 487/1994. V. TAR Lazio, Roma, sez. II, 12 ottobre 2010, n. 32757.

Ritenuto pertanto infondato il primo motivo di contestazione, la sentenza in commento si é successivamente soffermata sugli aspetti giuridici inerenti al *social network Facebook*, asserendo l'irrelevanza di tale rapporto negli schemi applicativi dell'art. 51 c.p.c. in quanto, considerato il funzionamento del social network in questione, esso rappresenta una modalità di comunicazione difficilmente classificabile, rivolgendosi ad un numero imprecisato e non prevedibile di soggetti, i quali, seppur del tutto sconosciuti nella vita quotidiana, possono mettersi in contatto grazie ad esso.

Secondo tale ragionamento, *Facebook* in sé non può concretizzare una delle cause di incompatibilità previste in maniera tassativa dal legislatore, in quanto inidoneo a dare prova dell'abitudine del rapporto contestato, atteso 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*".

3. Facebook come spazio privato aperto al pubblico dove può nascere un potenziale conflitto di interessi

All'interno del suo ragionamento logico-giuridico, il Collegio del TAR Sardegna dapprima sostiene – senza alcun accento dubitativo – la riconduzione del *social network Facebook* nei moderni mezzi di comunicazione, seppur difficilmente classificabile a causa della sua concreta evoluzione. Lo stesso Collegio, con ancor più certezza, afferma che tale strumento telematico "*non può in alcun modo concretizzare una delle cause di incompatibilità previste dall'art. 51 c.p.c.*" in quanto "*la questione è talmente pacifica che non necessita di particolare approfondimento*".

La sicurezza con cui il TAR Sardegna dà per acquisiti e presunti alcuni passaggi giuridici sulle problematiche afferenti la gestione dei rapporti sociali nella comunità virtuale non trova alcuna base normativa espressa, avuto riguardo all'inevitabile inadeguatezza del legislatore nell'utilizzare gli ordinari strumenti a propria disposizione per fornire una puntuale e compiuta disciplina che sia adeguata allo sviluppo degli stessi *social network*, la cui rapida e costante evoluzione, al contrario, non permette di considerare pacifica, in modo aprioristico, alcuna considerazione passata. Infatti, il fenomeno delle nuove tecnologie necessita sempre di un continuo e periodico approfondimento, avendo ormai modificato in maniera definitiva il tessuto sociale ed esplicando oggi i propri rilevanti effetti anche nel mondo giuridico.

Tale approfondimento, inoltre, non può limitare il proprio campo di indagine all'interno dei confini del diritto amministrativo, ma deve avere come riferimento il complessivo ordinamento giuridico, così come confermato dall'espresso rinvio alle norme del codice di procedura civile disposto dall'art. 17 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, secondo cui "*al giudice amministrativo si applicano le cause e le modalità di astensione previste dal codice di procedura civile*"⁸, con la conseguenza che l'analisi non può in alcun modo prescindere dalle valutazioni effettuate in relazione al dettato normativo dell'art. 51 c.p.c. e dal recepimento delle considerazioni giurisprudenziali svolte in merito al suo ambito applicativo e alla natura giuridica del *social network Facebook*, evitando così una ricostruzione di un fenomeno ormai universale attraverso il solo regime amministrativo che – tra l'altro – ha avuto modo di occuparsi dei social network in una sola ed isolata occasione⁹.

⁸ In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, 30 gennaio 2001, n. 709, dove viene specificato che il rinvio al codice di procedura di rito ha effetto limitato alla individuazione delle fattispecie di astensione e di ricusazione e non anche alla disciplina processuale. Sul tema della privatizzazione del diritto amministrativo, cfr. G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 661 ss.; S. AMOROSINO, *La privatizzazione del diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo e strumenti di diritto privato*, Milano, 169 ss.; L. CAMOGLIO, *I rapporti interdisciplinari tra processo amministrativo e processo civile*, in *Ammin.*, 2001, 225 ss.; M. CLARICH, *Il processo amministrativo a "rito ordinario"*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1058 ss.

⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2015, n. 769, dove con riferimento alla valenza giuridica di un tweet di un Ministro, viene 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, V, 24 settembre 2003, n. 5444, Cassazione civile, sezione II, 30 maggio 2002, n. 7913; III,*

Alla luce di ciò, atteso che l'art. 51 c.p.c. concretizza i principi costituzionali dell'imparzialità della funzione giurisdizionale e del giudice naturale, la norma estende la sua portata applicativa anche ai procedimenti non giurisdizionali, ivi compresa l'azione amministrativa ed in particolare le procedure selettive in materia di assunzione nelle pubbliche amministrazioni.

La nuova formulazione dell'art. 111 della Costituzione sul giusto processo, come osservato da parte della dottrina, ha introdotto all'interno del nostro ordinamento i principi del *fairness*, tradizionalmente caratterizzanti il processo di *common law*, di talché il giudice non solo deve essere imparziale ma deve anche apparire come tale¹⁰. Sotto questo profilo, infatti, l'esigenza di garantire una apparente imparzialità, affermata per la prima volta da Lord Hewart nel caso *Re v. Sussex Justices Ex p. McCarthy* per cui "*Justice should not only be done but should manifestly and undoubtedly be seen to be done*"¹¹, ha acuito le difficoltà della giurisprudenza inglese circa l'individuazione di un criterio certo e stabile nel tempo, dividendosi sull'elaborazione e sull'applicazione di due differenti modelli: il cosiddetto "*real likelihood test*"¹² e il "*reasonable suspicion*"¹³.

In definitiva, la necessità di una apparente imparzialità, mutuata nel nostro ordinamento attraverso le innovazioni del giusto processo ed estesa anche all'azione amministrativa, trova ad oggi diretta ed ulteriore attuazione con l'art. 6-bis della legge sul procedimento – introdotto dalla legge 6 novembre 2012, n. 190 – il quale impone a tutti i soggetti che a qualunque titolo intervengono nel procedimento amministrativo (formulando pareri, valutazioni tecniche e atti endoprocedimentali o adottando il provvedimento finale) di astenersi "*in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale*".

Come è già stato chiarito dalla giurisprudenza di merito¹⁴, il legislatore prevede così un canone di generale applicazione, che postula ineludibili esigenze di imparzialità, trasparenza e parità di trattamento nella emanazione di determinazioni dal contenuto discrezionale, aventi ad oggetto apprezzamenti di stampo soggettivo che ben possono, anche solo in astratto, essere condizionati dal fatto che chi concorre all'adozione dell'atto sia portatore nella vicenda di un interesse personale.

Tale norma riguarda quindi non solo chi è chiamato ad espletare compiti di natura gestionale, ma è applicabile anche alle commissioni giudicatrici nei concorsi pubblici, le quali debbono garantire anch'esse nella loro composizione "trasparenza, obiettività e terzietà di giudizio", con la conseguenza che ai loro componenti risultano applicabili sia le cause di incompatibilità e di astensione del giudice codificate dall'art. 51 c.p.c., così come interpretate dalla giurisprudenza (che ha ricondotto il principio dell'astensione a tutte le volte in cui si possa manifestare un "sospetto"), sia i principi costituzionali di cui all'art. 97, così come oggi sviluppati dagli artt. 1 e 6-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241¹⁵.

Con riferimento invece alla natura giuridica del social network *Facebook*, tenuto sempre conto di un'analisi sistemica relativa alle problematiche di un fenomeno così universale, la mera riconduzione

12 febbraio 2002, n. 1970), anche, e a maggior ragione, nell'attuale epoca di comunicazioni di massa, messaggi, cinguettii, seguiti ed altro, dovuti alle nuove tecnologie e alle nuove e dilaganti modalità di comunicare l'attività politica".

¹⁰ Cfr. A. PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 e il giusto processo*, in *Foro it.*, 2000, V, 242 ss.

¹¹ V. Chief of Justice Lord Hewart nel caso *Re v. Sussex Justice, ex parte McCarthy*, 1924, 1 KB 256, 259.

¹² Tale *test* è anche definito dalle corti inglesi "*real danger test*". *Re v Sawyer*, 1980, 71 Cr. Ap R 283; *Re v. Spencer*, 1987, AC 128.

¹³ Tale criterio di valutazione dell'apparente parzialità è stato definito anche "*real suspicion test*" o "*real apprehension of bias test*". V. *Re v Mulvihill*, 1990, 1 WLR 438; *Re v Altrincham Justices, ex parte N. Pennington*, 1975, QB 549. V. *Re v. Gough*, 1993, AC 646-654. Cfr. *Sent. Bremer Handelsgesellschaft M.B.H. v. Ets. Soules et Cie and Anthony G. Scott*, 1985, 2 Lloyd's e 199; *Hagob Ardahalian v. Unifert International S.A.*, 1984, 2 Lloyd's re 84. Attraverso il primo criterio, il soggetto giudicante era considerato parziale nel caso in cui sussista una concreta probabilità o un concreto pericolo, *real danger*, di prevenzione da parte di esso nella controversia secondo uno standard dell'uomo ragionevole. Per contro, il modello alternativo prendeva in considerazione il mero sospetto di parzialità in capo ad un uomo ragionevole, determinando così l'annullamento delle sentenze sulla base dei soli sintomi di essa. Il carattere particolarmente rigido di tale ultimo criterio ha influito sulla decisione delle corti inglesi di ricorrere al solo modello del *real likelihood test*.

¹⁴ Cfr. TAR Campania, sez. Salerno, sez. II 17 marzo 2014 n. 580.

¹⁵ Cfr. TAR Sardegna, sez. I, 5 giugno 2013, n. 459.

di questo all'interno dei moderni mezzi di comunicazione appare riduttiva rispetto alla definizione offerta dalle scienze sociali contemporanee¹⁶. Sicché risulta assolutamente necessario recepire le considerazioni, maggiormente confacenti alla fattispecie in esame, formulate dalla Corte di cassazione, ove, rifiutando inizialmente l'“*assimilabilità della comunicazione telematica alla comunicazione telefonica*” in relazione alla “*natura stessa di luogo virtuale aperto all'accesso di chiunque utilizzi la rete, di un social network o community quale Facebook*”, viene riconosciuto “*innegabile che la piattaforma sociale Facebook (...) rappresenti una sorta di agorà virtuale. Una «piazza immateriale» che consente un numero indeterminato di «accessi» e di visioni, resa possibile da una evoluzione scientifica, che certo il legislatore non era arrivato ad immaginare. Ma che la lettera della legge non impedisce di escludere dalla nozione di luogo e che, a fronte della rivoluzione portata alle forme di aggregazione e alle tradizionali nozioni di comunità sociale, la sua ratio impone anzi di considerare*”¹⁷.

La stessa pronuncia fornisce poi gli elementi differenziali delle nozioni di “luogo pubblico” e “luogo aperto al pubblico”: nello specifico, per luogo pubblico si è soliti intendere quello di diritto o di fatto continuativamente libero a tutti, o a un numero indeterminato di persone; *ex adverso*, per luogo aperto al pubblico, quello, anche privato, al quale può accedere un numero indeterminato ovvero un'intera categoria di persone nei limiti delle condizioni poste da chi esercita un diritto sul luogo.

Di conseguenza, “*la effettiva possibilità di considerare un luogo privato «aperto al pubblico» è comunque questione di fatto, perchè dipende dalle condizioni all'accesso poste dal titolare dello ius excludendi*”.

Del resto, dalle stesse parole e argomentazioni utilizzate dal TAR Sardegna nella sentenza in commento si intuisce la consapevolezza dello Collegio é consapevole circa le funzioni che caratterizzano *Facebook*, dal momento che riconosce la facoltà in capo all'utente di effettuare tutte le restrizioni “*che peraltro il social network consente*”, il cui esercizio sicuramente non caratterizza un semplice strumento di comunicazione, bensì costituisce la concreta applicazione di un reale ed effettivo *ius excludendi*, proprio dell'accesso ad un luogo privato aperto al pubblico, seppur virtuale.

Tale ultima considerazione, che rappresenta il risultato di un approfondimento teorico del fenomeno dei *social network* non affrontato dal giudice amministrativo, renderebbe ancora più opportuno una ulteriore disamina del fatto concreto contestato, tenuto conto che sebbene anche nel processo amministrativo viga il principio generale dell'onere della prova, stabilito in termini generali dall'art. 2697 cod. civ., i più ampi poteri istruttori riconosciuti al giudice possono essere esercitati in ragione dell'incompletezza dell'istruttoria predisposta dalle stesse parti¹⁸.

Sotto questo profilo, l'effettiva ricostruzione dell'esercizio dello *ius excludendi* da parte dei componenti della Commissione giudicatrice avrebbe permesso una reale e motivata riconduzione del *social network* all'interno della nozione “luogo pubblico”, nel caso di restrizioni particolarmente permissive, ovvero in quella di “luogo privato aperto al pubblico”, nell'eventualità in cui l'utente ponga in essere condizioni di accesso di natura restrittiva.

In tale quadro, pertanto, l'ipotesi di “luogo pubblico” non consentirebbe di pervenire ad una differente conclusione rispetto a quella statuita dal giudice amministrativo, permanendo quel carattere di occasionalità inidoneo a configurare la fattispecie di commensale abituale ex art. 51 c.p.c., inteso come “*soggetto appartenente ad una cerchia di persone che hanno una certa affectio familiaritatis, ossia che vivono in familiarità e hanno interessi comuni*”.

Per contro, la dimostrazione di un utilizzo differente del *social network Facebook*, riconducibile

¹⁶ V. R. KUMAR, J. NOVAK, A. TOMKINS, *Structure and evolution of online social networks. Proceedings of 12th International Conference on Knowledge Discovery in Data Mining*, 2006, New York: ACM Press, 611 ss. dove i siti di social network sono definiti come “*as web-based services that allow individuals to construct a public or semi-public profile within a bounded system, articulate a list of other users with whom they share a connection, and view and traverse their list of connections and those made by others within the system. The nature and nomenclature of these connections may vary from site to site*”.

¹⁷ Cfr. Cassazione penale, sez. I, 12 settembre 2014, n. 37596.

¹⁸ Cfr. *ex multis* Cons. St., sez. V, 22 dicembre 2014 n. 6222 e 28 luglio 2014, n. 3973.

alla figura di “luogo privato aperto al pubblico”, avrebbe quantomeno insinuato alcuni dubbi alle granitiche considerazioni dell’organo giudicante, dal momento che il potere di escludere la possibilità di avere contatti occasionali con persone sconosciute, attraverso l’attivazione di determinate restrizioni da parte dell’utente, eliminerebbe qualsiasi presunzione circa la casualità e l’occasionalità dei rapporti virtuali, rappresentando, al massimo, un indice della presenza di relazione tra i due soggetti, la cui dimostrazione deve necessariamente concretizzarsi in un approfondimento istruttorio, anche d’ufficio nel caso di incompleta istruttoria predisposta dalle parti, al fine di verificare la frequenza e la natura di tali contatti, che seppur virtuali sono capaci di ledere concretamente l’azione amministrativa.

La moderna concezione di commensale abituale, ravvisabile quando vi è prova che un membro di un organo giudicante, sia di natura giurisdizionale che amministrativa, abbia con un soggetto una frequenza di contatti e di rapporti di tale continuità da far dubitare della sua imparzialità e serenità di giudizio, deve ormai tenere conto delle nuove modalità con cui avvengono le relazioni sociali nella comunità virtuale, cercando di evitare l’utilizzo di dogmi nei quali sia del tutto un approfondimento che consenta di apprezzare il lavoro ermeneutico sotteso alla stessa statuizione, in quanto anche da tale sforzo deriva la capacità di incidere legittimamente ed autoritativamente sulle posizioni giuridiche soggettive.

In particolare, soprattutto nelle problematiche relative al rapporto tra nuove tecnologie ed evoluzione del tessuto sociale, l’incapacità legislativa di fornire una organica e tempestiva disciplina di quest’ultimo ha rafforzato il ruolo delle aule dei tribunali, le quali si pongono attualmente quale crocevia dei profondi cambiamenti dell’ordinamento nella ricerca di quei fini di coesione e di progresso sociale, che costituiscono gli aspetti più significativi del consolidamento delle democrazie moderne e della creazione di un rapporto di fiducia tra privati e pubblici poteri, ormai incrinato da questa perdurante crisi istituzionale e accentuata anche da situazioni come quella decisa dalla sentenza del TAR Sardegna, dove è assente l’approfondimento necessario sulla moderna comunità digitale, che sarebbe stato capace in concreto di eliminare qualsiasi sospetto sulla parzialità dell’azione amministrativa derivante da potenziali conflitti di interesse, seppur virtuali, con i soggetti coinvolti.

Per queste ragioni, l’approfondimento di diritto e di fatto sarebbe stato opportuno da parte del giudice amministrativo. Per le stesse ragioni difficilmente si può riconoscere particolare importanza a tale decisione nel contesto giuridico, in quanto da un lato si limita unicamente a menzionare il *social network Facebook* ritenendo che “*la questione è talmente pacifica che non necessita di particolare approfondimento*” e, dall’altro, riconduce erroneamente quest’ultimo a mero mezzo di comunicazione difficilmente classificabile.

Tale impostazione risente ancora di un approccio anacronistico rispetto alle evoluzioni delle nuove tecnologie di informazione e di comunicazione, venendo meno al doveroso approfondimento della rilevanza giuridica ormai assunta da tali mezzi nell’ordinamento, che – a dispetto della loro natura virtuale – generano inevitabilmente reali ed effettivi sospetti di conflitto di interessi, i quali, con l’introduzione delle innovazioni sul giusto processo, assurgono oggi a cause di incompatibilità quando le costanti relazioni personali tra due soggetti siano tali da far sorgere il sospetto che il candidato sia stato giudicato non in base al risultato delle prove, ma in virtù delle conoscenze personali o, comunque, di circostanze non ricollegabili all’esigenza di un giudizio neutro, ovvero da un interesse diretto o indiretto tale da ingenerare il fondato dubbio di un giudizio non imparziale, spinto da stretti rapporti di amicizia personale.

