

Introduzione

Perché questo libro

Le leggi che si applicano al Web non sono state create con l'intenzione di essere inapplicabili, non adeguate o generare confusione su cosa debba essere considerato un comportamento legittimo e cosa no ma, come per tutte le cose, anche per le leggi la giurisprudenza esiste un processo di adattamento che porta solo con il passare del tempo a capire cosa deve essere fatto per ottenere i risultati prefissati, quali diritti nuovi sono bisognosi di tutela e come garantirla.

Ci sono leggi relative alla realtà dei social media che al momento sono adatte a tutelare gli interessi che si prefiggono di proteggere e sono chiare nell'applicazione e nel definire quali sono i comportamenti che devono essere seguiti. Sono leggi che funzionano, come quelle in materia di privacy e di regolazioni concorrenziali mentre altre, pensate per regolare una realtà antecedente al digitale, sono ancora in una fase di assestamento e di raffronto con la realtà mutata e le aspettative sociali. È probabile, quindi, che chi deve seguirle si trovi di fronte a qualcosa di ancora molto complesso, non ricondotto a sistema dal legislatore, norme che hanno come oggetto ancora il mondo analogico, ma devono essere applicate al mondo fluido e reattivo del Web. In questi casi, è facile cadere in confusione su quale sia il comportamento da seguire.

Le persone che usano i mezzi digitali, dalle email ai social network, non sono sempre consapevoli dell'esistenza delle leggi che governano le attività intraprese nel Web, il che li porta a commettere errori, a volte fatali, che potrebbero essere evitati facilmente.

Questo libro prova ad affrontare i più comuni problemi relativi a privacy, *user generated content*, moderazione dei commenti, utilizzabilità nel processo e dal datore di lavoro dei dati condivisi nei social media, complessità delle regole del diritto dell'informazione per il giornalismo digitale, marketing digitale diretto e indiretto in relazione ai dati condivisi dagli utenti nei social media, uso di utenti e blogger come testimonial o *endorser* dei propri prodotti o servizi, organizzazione di manifestazioni a premio attraverso i social network. Cercando di dare qualche consiglio strategico per tutelarsi da errori evitabili e, per quanto possibile, anche da quelli inevitabili.

Il problema dell'adattamento e della complessità delle leggi esistenti e talvolta la loro insufficienza a raggiungere obiettivi di protezione e tutela degli interessi non è un problema italiano o europeo o locale. È un problema che abbiamo tutti, dovunque, in questo momento.

Il 15 ottobre 2012 Cory Doctorow riportava su BoingBoing (cfr. <http://boingboing.net/2012/10/15/pearsons-takedown-notice-ove.html>) la notizia della chiusura di EduBlogs (<http://edublogs.org/>) un network di blog a carattere didattico statunitense che ospita, al momento in cui scriviamo, 1.464.855 blog di insegnanti. Il disastro è stato causato da un errore strategico per difendere un diritto legittimo. Tutti i blog del network sono stati rimossi dal Web per 12 ore a causa di una richiesta inoltrata dall'editore Pearson al fornitore di hosting di EduBlogs, ServerBeach, per una violazione di diritto d'autore effettuata da uno dei blog del network.

Il contenuto che ha causato la rimozione è un questionario del 1974 sulle tendenze suicide degli adolescenti e noto in letteratura (si tratta del *Beck Hopelessness Scale*). Un insegnante l'aveva condiviso come materiale didattico per la propria classe in un post del 2007. Il questionario, sebbene risalente, è tuttora in vendita nel catalogo Pearson.

Raccontiamo di questo episodio, non per chiederci se il questionario possa o meno ritenersi coperto da diritto d'autore, né se Pearson sia il cattivo che usa il copyright e gli avvocati per mandare offline i blog degli insegnanti. Riportiamo l'evento perché bisogna invece chiedersi se, per tutelare un contenuto, i rimedi previsti dall'ordinamento debbano per forza avere come conseguenza quella di rendere irraggiungibile un intero server e sacrificare una molteplicità di contenuti (il milione e mezzo di blog ospitati da EduBlog in questo caso) o se una situazione come questa possa essere gestita diversamente e in modo più corretto per tutti (l'editore, il network e il gestore del server) usando i mezzi disponibili con analisi e razionalità invece che ricorrervi in preda al panico. Come abbiamo anticipato il blackout del network è durato 12 ore e mentre EduBlog tornava online la notizia della sparizione faceva il giro della Rete e dei mezzi di comunicazione tradizionali. In seguito alle reazioni negative espresse sui social media Pearson ha pubblicato sul sito istituzionale un comunicato stampa in cui ha ammesso di essere stato causa di un effetto non desiderato.

Questa è una storia come tante fra quelle che capitano e capiteranno in Rete alle aziende e di cui, alla fine del clamore mediatico, rimarrà il ricordo di una lesione all'immagine aziendale causata dalla cattiva gestione dell'esercizio di un legittimo diritto. Pearson, infatti, ha agito secondo quanto la legge statunitense prevede per le violazioni di diritto d'autore in Rete. Eppure il costo pagato per una tutela procedimentalizzata dal legislatore federale è un danno alla reputazione. Il fenomeno è così diffuso da avere un nome in gergo (e di cui discuteremo nell'ultimo capitolo di questo testo): lo "Streisand effect" che prende il nome, come vedremo, proprio da Barbra Streisand.

In che modo le aziende che si muovono in Rete dovrebbero cercare di individuare il problema di fondo per evitare il verificarsi o il ripetersi di situazioni del genere? In questo momento storico non è solo il *digital divide* a fare la differenza tra una presenza efficace o meno in Rete. Anche l'aspetto strettamente giuridico ovvero, il fenomeno che chiameremo *legal divide*, è rilevante.

C'è stato un momento storico in cui la curva di apprendimento per realizzare un sito era alta e richiedeva la conoscenza di programmi e linguaggi di programmazione oltre che di molto tempo libero che, come è noto, è sempre appannaggio di pochi. Ora quel momento è passato. I clienti, i dipendenti, i collaboratori, i vicini di casa, gli amministratori delegati, il portiere del Bologna: tutti sono in Rete e la Rete è diventata, all'improvviso, il mezzo di comunicazione più rilevante di tutti.

È in un momento come questo che la consapevolezza delle norme e delle regole si fa essenziale perché essere in regola non è più un atto di pignoleria che nessuno noterà,

ma un vero e proprio strumento competitivo nei confronti dei competitor. La presenza di un sistema giuridico di diritti e di tutele non adeguato alle esigenze degli operatori del mercato e del lavoro che svolgono, degli utenti e dell'ambiente in cui si opera, inizia a diventare un problema più sentito e comune: un problema di tutti.

La dimensione si allarga se pensiamo che la maggior parte delle norme che regolano il Web ha origine comunitaria, il che significa che esiste una regolamentazione simile in tutti e 27 gli stati dell'Unione Europea. I social media che utilizziamo, invece, hanno nella maggior parte dei casi origine statunitense e fanno riferimento all'ordinamento di origine. La possibilità di fraintendere cosa è lecito e cosa non lo è deriva anche da una divisione degli ordinamenti nazionali e sovranazionali che, su chiaramente su Internet non è evidente.

Come ogni sviluppatore software sa, un programma è un buon programma non solamente quando riesce a raggiungere efficacemente il risultato che promette di raggiungere, ma anche quando l'utente finale, l'operatore che quel programma lo dovrà usare, è in grado di utilizzarlo ottenendo i risultati desiderati. Le cose funzionano davvero (per dirla con il linguaggio informatico, escono dalla versione *alfa* per entrare nella versione *beta*) quando con l'uso si correggono i difetti. Il sistema giuridico è, per quello che riguarda il Web, ancora in gran parte in una versione alfa.

Come vedremo nel corso del tempo, questa situazione non è destinata a durare. Si intuisce già da ora che è in atto un vero e proprio rivolgimento di valori e di assestamento di categorie e concetti giuridici aventi il Web al centro. Il legislatore e i giudici si occupano con una consapevolezza sempre maggiore della Rete e della realtà dei social media e, a differenza degli anni passati, traspare un senso di comprensione del fenomeno che era prima inesistente. Siccome però dobbiamo vivere il presente, non possiamo accontentarci né lasciare che la complessità degli argomenti e dei diversi riferimenti legislativi, interpretati non sempre in modo conforme dai tribunali, ci scoraggi, travolga e sopraffaccia. Anche perché ci sono molte norme giuridiche che sono da tempo fuori dalla versione alfa e che invece funzionano benissimo in relazione agli obiettivi che si prefiggono di raggiungere e, come è noto, l'ignoranza della legge non scusa.

Non c'è cosa peggiore di essere costretti a intraprendere un'azione senza avere consapevolezza di cosa si sta facendo, specie se si è una realtà commerciale per la quale la reputazione è un valore.

Attualmente capire quali sono le leggi che governano un'azione semplice come l'organizzazione di una manifestazione a premi in Rete, quali consensi vanno chiesti agli utenti per installare cookie in un'attività di commercio elettronico, come valutare un servizio di cloud computing sul quale trasferire i dati degli utenti, come gestire legalmente la richiesta di una recensione di un prodotto a un utente o blogger che faccia da testimonial o, ancora, come utilizzare lo user generated content o capire quali sono le regole giuridiche da tenere in considerazione quando apriamo una community dando agli utenti il potere di inserire commenti, è fondamentale tanto quanto essere in grado di scegliere una buona tecnologia e un buon servizio software. Questo perché, come vedremo, le azioni che coinvolgono l'utente, il consumatore, il messaggio pubblicitario, ma anche l'attività di informazione e di manifestazione del pensiero sono governate da regole tutto sommato *semplici*.

Il Web non è meno regolamentato del resto del mondo a esso circostante. L'operatore che paga i diritti di utilizzazione di immagini protette per realizzare una brochure, per esempio, sa già che esistono diritti d'autore sulle immagini e paga per tali diritti quando

usa le immagini su stampa. Bisogna che si renda conto anche che, seppure attraverso una semplice ricerca su Google si trovino molte più immagini di quante ne contenga un qualsiasi database a pagamento, non si può semplicemente utilizzarle pensando che non esistano diritti.

Ci sono una serie di comportamenti diffusi nelle prassi aziendali e, francamente, evitabili che sono causa di violazioni di legge anche gravi che, una volta accertate dalle autorità preposte, possono causare l'applicazione di ingenti sanzioni economiche oltre al divieto di proseguire la specifica attività che si era intrapresa la quale, non va dimenticato, quando avviene in Rete è sempre pubblica.

Tali comportamenti sono causati in alcuni casi dalla buona fede e da una certa *naïveté* giuridica che fino a qualche tempo fa aveva più probabilità di passare inosservata. Gli errori di buona fede sono causati in gran parte dal fatto che la tecnologia semplifica moltissimo numerose attività che nel mondo analogico richiedono maggior tempo e investimento di risorse, come il reperimento di una immagine o di un testo attraverso un motore di ricerca e la possibilità di modificare o incorporare i contenuti così reperiti in altre fonti a scopo, per esempio, illustrativo o ornamentale. Non tutti sono consapevoli del fatto che compiere queste operazioni significa violare almeno tre diritti che la legge sul diritto d'autore tutela civilmente e penalmente (e di cui parleremo nel Capitolo 2 e nel Capitolo 4). Inoltre la sensazione di essere sempre in un ambiente privato, data dal fatto che accediamo e utilizziamo il Web principalmente da un computer o un *device* che usiamo in solitudine, tende a nascondere o fare passare in secondo piano la dimensione assolutamente pubblica delle azioni intraprese, in particolar modo all'interno dei social network dove la condivisione avviene, per così dire, di *default*.

La legge è uguale per tutti: in qualità di comando astratto, riguarda tutte le categorie di soggetti a cui si riferisce senza distinzione, ma nel Web la sua applicazione è talvolta "più uguale". Perché? In primo luogo perché per veicolare un contenuto online è necessario trascriverlo su un hard disk, localizzato da qualche parte e renderlo accessibile al pubblico. Se pensiamo al Web in termini di file pubblici capiamo come la tracciabilità dell'origine di un file sia analizzabile e raccolga una serie di dati che, come le cose scritte del famoso adagio latino, *manent*. Da qualche parte. La possibilità di risalire, sebbene con tutti i limiti del caso, all'origine di un contenuto, porta soggetti particolarmente motivati, fra cui non solo un vicino di casa curioso, ma anche le autorità o i titolari di diritti violati, a individuare autori e illeciti. Come vedremo, però, l'analisi forense è relegata ai casi più rilevanti di cyber terrorismo mentre sono diversi i casi in cui la legge è stata applicata perché il controllo "di routine" è avvenuto usando Google. Semplicemente, tutto quello che facciamo in Rete, legale o meno, va ritenuto come fatto in pubblico e, potenzialmente, senza possibilità di cancellazione.

A chi si rivolge il testo

Il destinatario ideale di questo testo lavora in una realtà aziendale in cui si desidera consolidare la presenza online o si utilizzano i social network per promuovere prodotti o attività; è un consulente che collabora con le aziende per realizzare iniziative all'interno di social media; è un professionista che vuole capire come gestire la propria identità nei social network nell'ambito di rapporti lavorativi (siano essi di lavoro dipendente o libero professionale); oppure, semplicemente, è un utente che vuole capire come esercitare i

propri diritti e essere in grado di valutare i profili legali di iniziative che possono vederlo coinvolto come professionista occasionale, come per esempio nel caso in cui un utente diventi testimonial di messaggi commerciali o pubblicitari o autore di contenuti che vengono utilizzati da testate o aziende.

Perché chiunque utilizzi i social media per ragioni professionali o personali dovrebbe leggere questo libro? Per avere la consapevolezza di quali sono le potenzialità e quali i rischi dell'uso dei social network dal punto di vista legale.

Per le aziende la consapevolezza dei rischi legali permette di evitare danni evitabili: di incorrere in situazioni di illiceità per violazione, per esempio, della legge in materia di privacy o dello Statuto dei lavoratori, di subire rimozione di contenuti o dei profili aziendali per violazione dei termini di servizio dei social network utilizzati o interruzioni di servizio causate da ordini di sequestro del contenuto ospitato sulle community aziendali e, *last but not least*, danni all'immagine causati da violazioni di legge, ma anche da errate strategie legali, come visto nel caso citato all'inizio di questa Introduzione.

Per gli utenti, informarsi e colmare il proprio *legal divide* serve ad avere la consapevolezza di quello che si condivide in Rete, dei propri diritti nei confronti del datore di lavoro anche a causa dei contenuti inseriti nei social media o verso il gestore del servizio di social networking o del profilo sul quale inseriscono commenti o contenuti, delle implicazioni in materia di privacy.

Cosa contiene il manuale

Tratteremo gli istituti giuridici rilevanti in relazione al mondo dei social media e riferendoci alle condizioni d'uso dei principali social network come Facebook Twitter, Tumblr, Pinterest e servizi Google.

Ogni argomento sarà affrontato accompagnando il commento e la visione d'insieme con l'indicazione delle fonti legislative rilevanti, l'indicazione dei poteri istituzionali coinvolti nelle attività di vigilanza, controllo e sanzione e accompagnato da casistica giurisprudenziale rilevante per capire come gli interpreti del diritto stanno applicando gli istituti. Inoltre, quando è stato ritenuto rilevante, sono stati illustrati parallelismi tra l'ordinamento giuridico statunitense e quello Europeo.

Si è fatto riferimento a prassi consolidate e orientamenti giurisprudenziali della Cassazione e delle autorità Garanti (in particolare il Garante privacy e il Garante della Concorrenza e del Mercato) e ai più recenti provvedimenti legislativi, incluso il nuovo articolo 122 del Codice in materia di protezione dei dati personali in materia di cookie e consenso (Decreto Legislativo 28 maggio 2012, n. 69) e la relativa interpretazione data a livello di diritto comunitario dall'organo consultivo in materia di privacy dell'Unione Europea, il Gruppo Articolo 29. Ancora, la legge del 16 luglio 2012, n. 103 recante disposizioni urgenti in materia di riordino dei contributi alle imprese editrici, nonché di vendita della stampa quotidiana e periodica e di pubblicità istituzionale, la Delibera AGCM 8 agosto 2012, n.23788 - "Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, clausole vessatorie".

Nel Capitolo 1 parleremo del tema della privacy nei social media e analizzeremo le questioni giuridiche che emergono dalla possibilità di accesso ai dati personali che gli utenti condividono nei propri profili sui social network, in special modo quelli aperti o pubblici, e i limiti legali alla loro utilizzabilità. In particolare ci focalizzeremo sui requi-

siti imposti dalla legge per procedere a profilare i propri utenti al fine di analizzarne le abitudini e scelte di consumo inclusi gli aspetti di marketing indiretto offerti dai social network sotto il duplice aspetto del consenso dell'utente e della notificazione da effettuare al Garante. Evidenzeremo le differenze in materia di privacy tra Unione europea e Stati Uniti e la presenza di accordi fra le due realtà giuridiche che permettono agli operatori europei di utilizzare servizi – in particolare di cloud computing – localizzati in territorio statunitense senza dover chiedere agli utenti il consenso al trasferimento dei dati in territorio extra U.E. Affronteremo, inoltre, la nuova disciplina sui cookie e token identificativi dei social plug-in e sistemi di analisi del traffico per i siti web introdotta dal diritto comunitario nell'interpretazione data dalla principale piattaforma di cooperazione fra le autorità garanti della protezione dei dati in Europa, il gruppo di lavoro Articolo 29. Termineremo la disamina con l'illustrazione della regolamentazione italiana ed europea in materia di marketing diretto via email.

Nel Capitolo 2 affronteremo il tema dello user generated content analizzando la questione della disciplina di origine comunitaria relativa alle responsabilità e delle garanzie per i gestori di servizi e piattaforme che ospitano contenuti generati da utenti. Gli utenti, come è noto, tendono a condividere contenuti di qualsiasi genere inclusi quelli protetti da diritto d'autore, sotto questo aspetto la legislazione comunitaria e statunitense differiscono ampiamente ed è necessario capire come in modo da evitare di trasporre soluzioni giuridiche valide nell'ordinamento statunitense nei nostri confini. Analizzeremo, ancora, il diverso problema dell'utilizzazione del contenuto dell'utente per capire come e quali privative di diritto d'autore gli debbono essere riconosciute in ragione della verifica dell'originalità del contenuto e della capacità giuridica (verifica dell'età dell'utente) per poterne disporre legittimamente. Ancora, ci occuperemo di fare una breve panoramica sui casi in cui i contenuti degli utenti possano causare sequestri o cancellazione dei contenuti e di evidenziare quali norme giuridiche debbono essere osservate nell'adempiere a tali ordini nonché quali clausole è utile inserire nelle policy delle proprie community per cercare di rivalersi contro l'utente per suoi comportamenti illegittimi. Chiuderemo il capitolo analizzando le varie opzioni di moderazione dei commenti e indicando quali elementi considerare nella creazione di una propria policy.

Nel Capitolo 3 ci occuperemo dei profili riguardanti la tutela della persona e di diritto del lavoro. Per il primo aspetto esamineremo l'utilizzabilità in giudizio dei dati condivisi nei social media (sia i dati-contenuto che i dati tecnici) e le regole di collaborazione con le autorità nazionali poste da Twitter e Facebook. Per quanto riguarda la disciplina del rapporto di lavoro parleremo, invece, dell'aspetto della valutazione della personalità del lavoratore attraverso le informazioni che condivide nei social media e l'impatto di tali informazioni sull'esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro fino al licenziamento. Accompagna la disamina l'analisi del divieto di sorveglianza del lavoratore come interpretato dal Garante privacy e del potere del datore di lavoro di accedere ai contenuti della email aziendale.

Il quarto capitolo è dedicato a un settore in questo momento in fase di profonda evoluzione, il giornalismo digitale. Parleremo dell'uso dei social media da parte dei giornalisti partendo dalla differenza, per l'ordinamento giuridico, tra il giornalista professionista e il privato cittadino. Differenza che sta alla base della distinzione e separazione tra la libertà di stampa e libertà di manifestazione del pensiero e dalla quale sta prendendo origine un dibattito che nei prossimi mesi diventerà cruciale. Analizzeremo una serie di errori evitabili da parte delle redazioni web, in modo particolare in merito alla citazione della

fonte e alla corretta attribuzione della paternità dell'opera nell'ecosistema dei social media. Guarderemo, inoltre, le prassi che stanno affermandosi anche oltreoceano in merito all'uso del social network come strumento per fact checking e news reporting in particolare vedendo come un account utente in un social network possa essere usato in modo deontologicamente sensato per interagire con la fonte o verificare una notizia e l'uso di piattaforme come Facebook che permettono lo sviluppo di applicazioni interne al social network per creare giornalismo attraverso i dati che gli utenti condividono nel social network stesso. Sempre presente, all'interno del capitolo, è il ruolo del lettore, non solo come commentatore ma anche propulsore di accessi attraverso la condivisione di articoli nei social media e rapportheremo questo nuovo ruolo con il concetto espresso dalla legge di diritto d'autore in merito alla "riproduzione riservata" di articoli e risorse giornalistiche. Da ultimo, parleremo di diritto all'oblio e diffamazione in relazione alla loro attitudine a causare richieste di rimozione di contenuti, aspetto relevantissimo per la funzione giornalistica. Mentre, infatti, per la libertà di stampa è la Costituzione a proibire autorizzazioni e censure, nel caso della manifestazione del pensiero, in cui sembra rientrare a tutti gli effetti il giornalismo digitale, tali garanzie non stanno trovando, nella casistica giurisprudenziale, alcuna estensione.

Nel quinto capitolo ci occuperemo del messaggio pubblicitario veicolato attraverso i social media e come la legge qualifica i fenomeni dell'astroturfing e del buzz marketing nonché dell'organizzazione delle manifestazioni a premio, incluse le regole di privacy e le regole poste dalla comunicazione delle manifestazioni stesse all'utenza nonché le condizioni d'uso in materia di manifestazioni a premio e messaggi sponsorizzati di Facebook e Twitter. Vedremo anche in questo capitolo le differenze fondamentali fra Unione Europea e Stati Uniti sull'uso di blogger e utenti come testimonial ed *endorser*. Nell'ultimo capitolo, il sesto, vedremo come gestire le emergenze reputazionali collegate all'uso di strategie difensive tradizionali cercando di introdurre elementi da tenere in considerazione nell'ecosistema dei social media. Quest'ultimo è un capitolo formato prevalentemente da consigli pratici e da casi di studio. Analizzeremo alcuni protocolli che dovrebbero essere seguiti dalle organizzazioni aziendali prima di intraprendere attività sui social media. Faremo un'analisi di sintesi dei possibili rischi legali cercando di catalogare e ricondurre a sistema quanto si è detto nei capitoli precedenti e analizzeremo due casi di successo di gestione strategica di una difesa di posizioni legalmente tutelate (in un caso la reputazione di uno scrittore, nell'altro quella di una scuola). I due casi sono stati presi a modello perché avrebbero potuto diventare tipici casi da Streisand effect e invece nel gestirli, si è tenuto conto dell'esigenza di tutelare un diritto legittimo e si è ottenuto il risultato attraverso la ponderazione della natura fluida e reattiva dei social media.

Non siamo, insomma, ancora pronti ad uccidere tutti gli avvocati come auspicava Dick il macellaio nell'Enrico VI di Shakespeare ma, sicuramente, anche gli avvocati dovranno essere guidati verso una transizione e una trasformazione delle strategie difensive nell'ambiente dei social media, capace di essere inclusiva e non solo difensiva e che, fondamentalmente, ci aiuti ad aiutarvi.