



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Informatica Giuridica

L'EDITORIA DIGITALE: LA PUBBLICAZIONE
DELL'E-BOOK FRA TIPICITÀ E AUTONOMIA NEGOZIALE

RELATORE

Prof. Gianluigi Ciacci

CANDIDATO

Marco Pesoli

Matr. 100493

CORRELATORE

Prof. Lorenzo Grisostomi Travaglini

ANNO ACCADEMICO 2013-2014

INDICE

INTRODUZIONE	1
---------------------------	----------

CAPITOLO PRIMO IL LIBRO ELETTRONICO: NATURA E INQUADRAMENTO

GIURIDICO.....	5
-----------------------	----------

1.1. FENOMENOLOGIA DELL'E-BOOK.	5
1.2. NATURA GIURIDICA DELL'E-BOOK E LA SUA TUTELA.....	7
1.3. SEGUE: I REQUISITI DELLA TUTELA GIURIDICA.	11
1.4. LA CREAZIONE AD OPERA DI PIÙ AUTORI.....	14
1.5. I DIRITTI PATRIMONIALI D'AUTORE.....	16
1.5.1. <i>Il diritto di prima pubblicazione.</i>	18
1.5.2. <i>Il diritto di riproduzione.</i>	22
1.5.3. <i>Il diritto di distribuzione.</i>	25
1.5.4. <i>Il diritto di comunicazione al pubblico.</i>	26
1.6. L'ACQUISTO IN DOWNLOAD DIRETTO E IL PRINCIPIO DELL'ESAURIMENTO: LE POSIZIONI EUROPEA E STATUNITENSE A CONFRONTO.	28
1.7. LA TRASMISSIONE DEI DIRITTI PATRIMONIALI D'AUTORE E L'AUTONOMIA DEL DIRITTO DI PUBBLICAZIONE DIGITALE.....	37

CAPITOLO SECONDO IL LIBRO ELETTRONICO E IL CONTRATTO DI EDIZIONE

PER LE STAMPE.....	43
---------------------------	-----------

2.1. IL CONTRATTO DI EDIZIONE PER LE STAMPE: LO STRUMENTO TIPICO DI ESERCIZIO DEL DIRITTO DI PUBBLICAZIONE.....	43
2.2. IL CONTRATTO DI EDIZIONE A CONTENUTO AMPIO E L'EDITORE "INTEGRATO".	49

2.3.	SEGUE: LA SOSTANZIALE IDENTITÀ DI CAUSA DEL CONTRATTO; CONFRONTO CON IL CASO DELL'EDIZIONE MUSICALE.....	52
2.4.	SEGUE: UNA LETTURA "STORICAMENTE ORIENTATA" DEL CONTRATTO DI EDIZIONE PER LE STAMPE.	55
2.5.	LA NUMERAZIONE ISBN.	59
2.6.	IL CONTRATTO DI EDIZIONE PER LE STAMPE APPLICATO ALLA PUBBLICAZIONE DELL'E-BOOK.....	60
2.6.1.	Art. 119 l. aut.: la circoscrizione dei diritti ceduti; la questione aperta della sintesi vocale.....	61
2.6.2.	Art. 122 l. aut.: modello "per edizione" e modello "a termine"; concreta applicabilità nella realtà digitale.....	65
2.6.3.	Art. 123 l. aut.: la marcatura delle copie.....	72
2.6.4.	Art. 124 l. aut.: la pluralità di edizioni nel contesto digitale.....	74
2.6.5.	Artt. 125 – 128 l. aut.: obblighi dell'autore e obblighi dell'editore.....	79
2.6.6.	Art. 129 l. aut.: il diritto dell'autore a correggere l'opera.....	86
2.6.7.	Artt. 130 e 131 l. aut.: il compenso dell'autore; il problema della determinazione del prezzo al pubblico nel mercato digitale.....	89
2.6.8.	Art. 133 l. aut.: insuccesso dell'opera e acquisto dell'invenduto: sostanziale inapplicabilità.....	93
2.7.	CONCLUSIONI.	96

CAPITOLO TERZO MODELLI CONTRATTUALI EMERGENTI: L'AUTOPUBBLICAZIONE DIRETTA 98

3.1.	LA RETE INTERNET E IL NUOVO MODO DI CONCEPIRE LA TRASMISSIONE DELLE IDEE.....	98
3.2.	I COLOSSI DEL SELF-PUBLISHING ONLINE: AMAZON KINDLE DIRECT PUBLISHING (KDP) E GOOGLE PLAY BOOKS.....	102
3.2.1.	I documenti contrattuali.....	102
3.2.2.	Legge regolatrice del contratto e foro convenzionale.....	105
3.2.3.	Stipulazione del contratto, durata dello stesso, modificazioni, cessazione.....	109
3.2.4.	Il trasferimento dei diritti.....	120
3.2.5.	Obblighi dell'aderente e obblighi del fornitore dei servizi.....	133
3.2.6.	Utilizzi particolari: la visualizzazione dell'anteprima online in Google Books.....	147

3.2.7. <i>Il compenso dell'autore.</i>	153
3.3. CONCLUSIONI.	162

APPENDICE A LA PENETRAZIONE DELLA BANDA LARGA FISSA NELL'UNIONE EUROPEA E IN ITALIA	168
--	------------

BIBLIOGRAFIA	174
---------------------------	------------

INDICE CRONOLOGICO DELLE DECISIONI CITATE.....	179
---	------------

“Aiunt enim multum legendum esse, non multa.”

Plinio il Giovane, Epist. VII, 9.

INTRODUZIONE

Fin dall'antichità, la scrittura è stata il centro di gravità dello sviluppo della società umana, il catalizzatore grazie al quale l'uomo si è reso in grado di articolare pensieri complessi e di comunicarli efficacemente ai propri simili attraverso lo spazio e il tempo. La centralità di questo strumento nella storia della nostra specie è attestata dall'impatto che il progresso della relativa tecnica ha immancabilmente avuto sul corso degli eventi, come testimonia lo sviluppo, ad opera del tedesco Johann Gutenberg, del processo di stampa a caratteri mobili, che pose le premesse tecnologiche per il successo della riforma protestante.

Raggiunta la perfezione nella riproduzione su carta, l'evoluzione della tecnica editoriale non poteva certo arrestarsi, individuando nella tecnologia digitale, fin dai suoi arbori, una nuova frontiera di espansione, potenzialmente in grado di ridefinire nuovamente il modo di concepire la diffusione delle idee.

Portato alle luci della ribalta negli ultimi anni a causa dell'esponenziale aumento dei dispositivi portatili in grado di visualizzare documenti digitalizzati, l'e-book trova idealmente le sue origini nell'invenzione della videoscrittura. L'oggetto di cui si tratta, malgrado il nome si richiami al più classico dei supporti scrittori, è caratterizzato dalla peculiarità, propria di tutti i prodotti dell'industria digitale, di essere un bene immateriale, insuscettibile di fruizione se non tramite uno strumento apposito in grado di leggere il file in cui l'opera dell'ingegno si sostanzia; a questa smaterializzazione si accompagnano poi le altre caratteristiche tipiche di ogni file informatico: la illimitata, perfetta duplicabilità e la trasmissibilità quasi istantanea e senza apprezzabili costi verso qualsiasi punto del globo in cui sia disponibile una connessione internet.

Da un lato questi elementi, uniti all'intrinseca multimedialità del formato digitale e alla sua tendenziale compatibilità su piattaforme anche molto diverse, hanno dischiuso illimitate potenzialità sul fronte artistico, espressivo, culturale e imprenditoriale, offrendo spunti impensabili su un medium statico quale il libro tradizionale e consentendo una facilità di disseminazione dell'opera semplicemente inconcepibile per l'autore sconosciuto e non sostenuto dalla forza economica di una casa editrice; dall'altro, tuttavia, proprio questa eterogeneità, che costituisce la più grande forza del libro elettronico, si rivela essere fonte di grandi preoccupazioni per le case editrici, ben consapevoli della dilagante *pirateria* che affligge da anni l'industria dell'audiovisivo e comprensibilmente timorose di perdere una quota rilevante di profitti a causa di essa.

Lasciatoci alle spalle i giorni in cui l'e-book non era altro che un'esotica curiosità e giunti finalmente alla fase della sua massima espansione tanto sul fronte dell'offerta quanto della domanda, appare ormai opportuno soffermarsi su quei profili giuridici che l'appartenenza ad un mercato di nicchia aveva fatto rimanere nell'ombra: si cercherà innanzitutto di fornire un inquadramento giuridico dell'e-book alla luce di una normativa interna non proprio al passo con i tempi¹, così da segnalarne le principali problematiche, anche facendo riferimento alla pregressa esperienza degli Stati Uniti; ci si soffermerà poi su alcuni dei principali istituti di diritto d'autore rilevanti in materia editoriale, con riferimento tanto alla normativa interna quanto a quella sovranazionale e internazionale. Conclusa la disamina della dimensione statica del libro elettronico, si procederà ad analizzare gli strumenti della sua circolazione giuridica, affrontando la percorribilità e i limiti della risalente disciplina del contratto tipico di edizione per le stampe², per poi proseguire e concludere con lo studio degli innovativi contratti creati

¹ L. 22 aprile 1941, n°633 e s.m.i. in materia di "Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio", pubblicata in G.U. n.166 del 16 luglio 1941, da qui in poi "l.aut."

² Artt. 118 e ss. l.aut.

ex novo dall'autonomia negoziale e tali da generare una inedita centralità della figura dell'autore, cercando nel frattempo di mettere in evidenza i profili di convergenza che la rivoluzione digitale ha impresso alle modalità di circolazione e commercializzazione di tutte le opere dell'ingegno diffuse in forma digitalizzata.

CAPITOLO PRIMO

IL LIBRO ELETTRONICO: NATURA E INQUADRAMENTO GIURIDICO

SOMMARIO: 1.1. Fenomenologia dell'e-book. – 1.2. Natura giuridica dell'e-book e la sua tutela. – 1.3. Segue: i requisiti della tutela giuridica. – 1.4. La creazione ad opera di più autori. – 1.5. I diritti patrimoniali d'autore. – 1.5.1. Il diritto di prima pubblicazione. – 1.5.2. Il diritto di riproduzione. – 1.5.3. Il diritto di distribuzione. – 1.5.4. Il diritto di comunicazione al pubblico. – 1.6. L'acquisto in download diretto e il principio dell'esaurimento: le posizioni europea e statunitense a confronto. – 1.7. La trasmissione dei diritti patrimoniali d'autore e l'autonomia del diritto di pubblicazione digitale.

1.1. FENOMENOLOGIA DELL'E-BOOK.

Per determinare con chiarezza quale sia la tutela apprestata dall'ordinamento al libro elettronico, occorre preliminarmente darne una compiuta descrizione.

A livello tecnico, l'e-book è un file informatico contenente un documento testuale, al quale possono aggiungersi altri elementi multimediali, quali immagini, suoni e video; esso si presenta in una pluralità di formati, i quali delimitano la fruibilità del prodotto a seconda dell'ampiezza della gamma di dispositivi compatibili a tradurre quella determinata sequenza *bit* in parole, immagini e suoni intelligibili all'uomo. Il ricorso a formati proprietari, tali da vincolare l'acquirente di un certo e-book alla lettura sui soli dispositivi prodotti dal venditore, rappresenta una minaccia all'apertura del mercato, che viene in questo modo segmentato, creando difficoltà ai consumatori nell'approvvigionarsi di contenuti da più fornitori³ anche se, ragionando in prospettiva, potrebbe comunque ipotizzarsi un percorso analogo a quello avutosi con la vendita

³ Cfr. ELKIN-KOREN, *Geo. Wash. L. Rev.*, 2010-2011, 1716 ss.

diretta di musica online, dove ad una prima fase in cui i brani acquistati presentavano forti restrizioni imposte attraverso il ricorso ai DRM⁴, è seguita una fase di sostanziale “liberalizzazione” dei contenuti⁵.

I formati file più comunemente utilizzati sono il .pdf⁶, l’ePub⁷, il .azw e .kf8⁸: mentre il primo propone una riproduzione, per così dire, anastatica del libro originale, offrendo come evoluzione rispetto alla forma cartacea soltanto l’ipertestualizzazione degli indici e delle note, gli altri formati sono stati appositamente sviluppati per garantire una lettura comoda su dispositivi di taglia medio-piccola, poco adatti ad ospitare una riproduzione rigida dell’impaginazione originale che costringerebbe ad un continuo *scrolling* orizzontale per scorrere lungo le righe: il vantaggio principale di detti formati consiste nella formattazione flessibile del testo, riadattabile a piacimento modificando il tipo di *font*, la dimensione dei caratteri o l’interlinea per adattarli di volta in volta alle esigenze del lettore.

⁴ Digital Rights Management. Si tratta di software in grado di vincolare l’utente agli utilizzi contrattualmente stabiliti con il fornitore dei contenuti, impedendogli, ad esempio, di realizzare copie del file o di riprodurlo su dispositivi non autorizzati. La rimozione di tali dispositivi di sicurezza, qualora avvenga per uso non personale, è sanzionata anche penalmente a norma dell’art. 171-ter, comma 1, lett. f-bis. Per una panoramica sulla normativa nazionale ed internazionale in materia di misure anti-elusione, cfr. MARZANO, Diritto d’autore e digital technologies, p.179 e ss.

⁵ La controversia sorse relativamente al sistema DRM “Fair Play”, introdotto da Apple a protezione dei brani MP3 venduti tramite il proprio negozio online iTunes. Tale sistema fu oggetto di aspre contestazioni, in quanto obbligava gli acquirenti a fruire della musica acquistata solo sugli iPod, da Apple stessa prodotti, impedendo invece l’ascolto su ogni altro lettore musicale; per queste limitazioni, Apple fu citata a giudizio nel 2004 da parte di un utente per ritenute violazioni della legge Antitrust. Questo sistema di DRM fu progressivamente abbandonato a partire dal 2007 e ad oggi la musica è acquistabile senza protezioni sui principali canali commerciali digitali. Per un approfondimento sulla controversia di cui si è brevemente detto, cfr. SHARPE, AREWA, *Is Apple Playing Fair?*, 5 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 332 (2006-2007).

⁶ Portable Document Format, diffusissimo formato introdotto da Adobe nel 1993 e caratterizzato dalla compatibilità con molti *hardware* diversi.

⁷ Formato sviluppato dall’ International Digital Publishing Forum, è molto diffuso, supporta l’apposizione di DRM e consente la riformattazione automatica del testo per meglio adeguarlo alla risoluzione del dispositivo utilizzato; non è compatibile con i dispositivi Kindle prodotti da Amazon.

⁸ Formati proprietari di Amazon, protetti da DRM, compatibili esclusivamente con i dispositivi Kindle e Kindle Fire dalla stessa prodotti, sono un esempio lampante di “protezionismo digitale”.

La diffusione degli strumenti di videoscrittura e la facilità con cui oggi giorno anche l'utente inesperto può confezionare un testo con un'impaginazione che anni fa avrebbe richiesto un intervento professionale rende poi concreta la situazione in cui l'opera nasce direttamente in formato digitale, senza passare attraverso la conversione dal formato cartaceo, sollevando così con più evidenza la questione di quale sia la tutela che la legge offra a produzioni che, come si è già accennato, a volte non si compongono di soli testi scritti, ma a questi accompagnano organicamente anche immagini e contenuti audiovisivi.

La procedura di acquisto e la immissione nella disponibilità del contenuto acquistato avvengono interamente online: dietro pagamento in forma elettronica del corrispettivo richiesto, il content provider consente all'acquirente di scaricare direttamente dai propri server una copia dell'opera, la quale sarà immediatamente fruibile; l'opera sarà normalmente protetta da una misura tecnologica di protezione e le condizioni contrattuali che ne regolano l'acquisto, coattivamente fatte valere attraverso questa, potranno consentire o meno, a seconda dei casi, la contemporanea fruizione su più dispositivi, la stampa del testo, la copia informatica di una sua parte e altre attività comunque riconducibili ai diritti esclusivi del titolare del diritto d'autore⁹.

1.2. NATURA GIURIDICA DELL'E-BOOK E LA SUA TUTELA.

Nell'individuare le categorie di opere protette la normativa, frutto della consapevolezza del continuo sviluppo di nuovi mezzi di espressione, offre definizioni molto ampie e tali da abbracciare i frutti del progresso tecnologico senza necessità di continui aggiornamenti: la Convenzione di Berna per la protezione delle opere artistico-

⁹ Per un approfondimento sulle disarmonie che si creano fra questo sistema e lo schema della vendita, cfr. *infra* al par. 6.

letterarie, fonte internazionale su cui la nostra legge si fonda, reca, al primo paragrafo dell'art. 2 (protected works), la seguente definizione:

*(1) The expression "literary and artistic works" shall include every production in the literary, scientific and artistic domain, **whatever may be the mode or form of its expression**, such as books, pamphlets and other writings; lectures, addresses, sermons and other works of the same nature [...] (enfasi aggiunta)*

Parimenti, il primo comma dell'art. 1 l.aut. fornisce un precetto che tende all'onnicomprendività, indicando prima una serie aperta di categorie di opere artistiche, individuate soltanto dal connotato della creatività, per poi rimarcare l'indifferenza del mezzo concreto attraverso il quale l'espressione artistica si concretizza:

*[1] Sono protette ai sensi di questa legge **le opere dell'ingegno di carattere creativo** che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, **qualunque ne sia il modo o la forma di espressione**. (enfasi aggiunta)*

E analogamente anche nel Codice Civile, all'art. 2575:

*Formano oggetto del diritto di autore le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alle scienze, alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, alla architettura, al teatro e alla cinematografia, **qualunque ne sia il modo o la forma di espressione**. (enfasi aggiunta)*

Sembra dunque legittimo convenire che, quantomeno con riguardo agli e-book che costituiscano mera trasposizione in formato elettronico di opera già edita in formato cartaceo, non sussistano dubbi circa la riconducibilità del prodotto editoriale digitale nel novero delle opere protette, *sub specie* letteratura, trattandosi qui di mera conversione per utilizzo attraverso un nuovo medium di un'opera già protetta: non può essere infatti lo strumento attraverso il quale una stessa opera è percepita a mutarne la natura, costituendo in questo caso il monitor del PC, lo schermo dello smartphone o l'e-reader utilizzato per visualizzare il testo null'altro che un innovativo supporto tramite il quale leggere il medesimo testo.

Se non si pongono particolari problemi nel sussumere la versione elettronica di un normale libro al di sotto della categoria “letteratura”¹⁰, alcuni dubbi possono invece sollevarsi per quelle opere che, concepite fin dall’inizio per la fruizione tramite dispositivi elettronici, non siano costituite per la quasi totalità da un testo scritto, ma presentino piuttosto un amalgama di testi, immagini, documenti audiovisivi, integrando una così detta “opera multimediale”.

Il concetto di opera multimediale, entrato ormai nell’uso comune, soffre di una particolare indefinitezza. Etimologicamente indica la presenza di una pluralità di modi di rappresentazione, ma è evidente come una connotazione del genere ben si attagli anche a mezzi espressivi quali la televisione ed il cinema, autonomamente considerati dalla legge; il connotato della multimedialità ha invece, fin dalla sua coniazione, avuto come riferimento prodotti di tipo informatico, come ad esempio le prime enciclopedie su CD-ROM, e la dottrina, infatti, non ha mancato di recepire questo indirizzo, aggiungendo al requisito della pluralità di mezzi espressivi anche quello della consultabilità in forma interattiva¹¹.

Malgrado l’opera multimediale non figuri espressamente nell’elenco delle opere protette, la sua assoggettabilità alla tutela autorale è oggi sostanzialmente pacifica, sia per la forza espansiva della formula di cui agli artt. 1 l.aut¹² e 2575 cod.civ., sia per

¹⁰ Sono letterarie le opere espresse con il mezzo della parola. Cfr. AMAR, *Dei diritti d’autore sulle opere dell’ingegno*, 41 ss.; STOLFI, *La proprietà intellettuale*, I, 343 ss.; PIOLA CASELLI, *Codice del diritto d’autore*, 204.

¹¹ Sono multimediali le opere che “associano più modi di rappresentazione (scritti, immagini, suoni) e un software per consultarle in maniera interattiva” (GUGLIELMETTI, AIDA 1998, 109 ss.; conformemente, NIVARRA, *Itinerari del diritto d’autore*, 50 s.; RICCIUTO, AIDA 1996, 105 ss.; CUNEGATTI, *Dir. inf.* 1998, 455 ss.; GATTEI, *ivi* 1998, 476; GHIDINI e QUATTRONE, *R. d. Ind.* 1998, I, 5 ss.; BARCAROLI, IDA 1999, 184 ss.; CUNEGATTI, *Aspetti legali dell’opera multimediale, passim*; BONELLI, *ivi* 2002, 199 ss.; CERUTTI, *Aspetti legali dell’opera multimediale*, in CASSANO, *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell’Internet*, 1010; GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell’informatica*, 210 s; DI COCCO, *L’opera multimediale. Qualificazione giuridica e regime di tutela*, 37 ss.).

¹² Sebbene la questione sia controversa, numerosi ed illustri autori ritengono l’elencazione di cui all’art. 1 l.aut. abbia natura solamente esemplificativa: fra di essi VAL. DE SANCTIS, *Autore (diritto di)*, *Enc. Giur.*, 401;

l'introduzione di alcune norme sanzionatorie che specificamente la prendono in considerazione, dunque supponendo implicitamente la sua proteggibilità: ci si riferisce in particolare agli artt. 171-ter (che alla lettera b del primo comma sanziona penalmente la riproduzione, trasmissione o diffusione al pubblico per fini non personali dell'opera multimediale protetta), 171-sexies (che al secondo comma prevede la confisca dei supporti contenenti l'opera multimediale abusivamente duplicata), 181-bis l.aut e artt.1 e ss. del d.p.c.m. 11 luglio 2001, n°338¹³ (questi ultimi relativi all'apposizione del contrassegno SIAE).

Ferma dunque la ritenuta applicabilità delle tutele previste dalla l.aut., non appare peregrina l'opinione di chi¹⁴ sostiene che l'inquadramento dell'opera multimediale all'interno di una determinata categoria di opere protette non possa essere operato in astratto, ma debba di volta in volta tenere conto della situazione concreta, potendo questa per sua natura manifestarsi in maniera alquanto differenziata; se si eccettuano dunque i lavori fortemente multimedializzati, per altro ad oggi presenti in numero ridotto e tendenzialmente limitati a versioni digitali di riviste periodiche¹⁵, ai fini che qui ci si propongono si può certamente optare per la classificazione dell'e-book come opera letteraria, con la consapevolezza che anche una sua diversa qualificazione

V.M. DE SANCTIS, *Il carattere creativo delle opere dell'ingegno*, 71; UBERTAZZI, *I diritti d'autore e connessi*, 16. Aderendo a questo orientamento si aggira del tutto il problema della necessità di ricondurre l'opera multimediale ad una categoria di opere protette, potendola riconoscere proteggibile di per sé. Fra i sostenitori dell'opposta teoria si segnalano FABIANI, *Il diritto d'autore*, nel Trattato di diritto privato diretto da RESCIGNO, 132; ID., IDA, 1987, 3; FLORIDIA, *Dir. Inf.*, 1989, 71 ss.; in giurisprudenza cfr. App. Milano, 2 ottobre 1981, IDA 1983, 204.

¹³ Decreto attuativo in materia di "Regolamento di esecuzione delle disposizioni relative al contrassegno della Società italiana degli autori e degli editori (S.I.A.E.) di cui all'articolo 181-bis della legge 22 aprile 1941, n. 633, come introdotto dall'articolo 10 della legge 18 agosto 2000, n. 248, recante nuove norme di tutela del diritto d'autore", pubblicato in G.U. n.194 del 22 agosto 2001.

¹⁴ FABIANI, IDA 1999, 10 s.

¹⁵ Ne è un esempio la versione per iPad del magazine "La vita nòva", settimanale de Il sole 24 ore (<https://itunes.apple.com/it/app/id395924638?mt=8>).

non osterebbe comunque allo spiegamento della tutela prevista dall'ordinamento per le opere dell'ingegno.

Al termine di questa breve analisi, non si può non citare il contributo offerto dalla acuta penna di BORRUSO, fine interprete delle conseguenze giuridiche dell'evoluzione tecnologica e che già nel 1986 evidenziava come

“[il libro elettronico,] sotto il profilo giuridico, deve essere considerato – più che un accessorio del computer – un bene a sé stante, in tutto e per tutto soggetto alla stessa disciplina del diritto d'autore vigente in materia di opere d'ingegno scientifiche, letterarie e artistiche.”¹⁶

1.3. SEGUE: I REQUISITI DELLA TUTELA GIURIDICA.

Risolta positivamente la questione della proteggibilità in astratto dell'e-book, bisogna individuare i requisiti che devono essere presenti nella singola opera affinché, in concreto, l'ordinamento accordi la propria tutela.

Sotto questo profilo, trovano applicazione i principi generali che regolano tutte le creazioni protette dalla l.aut.: il principio della proteggibilità della sola forma espressiva ed il requisito della creatività, nella sua duplice configurazione come originalità e novità.

Le diverse espressioni dell'ingegno e l'e-book fra queste, costituiscono, ognuna a suo modo e con strumenti propri, forme di rappresentazione della realtà, ovvero di espressione di opinioni, idee e sentimenti: la tutela offerta dall'ordinamento, tramite il diritto di esclusiva, protegge solo questa forma espressiva, non il nucleo concettuale, che resta quindi di pubblico dominio¹⁷; il principio è comune a tutti gli ordinamenti ed è

¹⁶ BORRUSO, *Computer e diritto*, 236.

¹⁷ AUTERI, *Diritto d'autore*, in AUTERI, FLORIDIA, MANGINI, OLIVIERI, RICOLFI, SPADA, *Diritto Industriale – Proprietà intellettuale e concorrenza*, 551 ss.

codificato nel WCT¹⁸ all'art. 2 (Scope of Copyright Protection), nonché nell'art. 9, n°2 dell'accordo TRIPs¹⁹, con la medesima formula:

Copyright protection extends to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.

Una sua attuazione a livello comunitario è poi rinvenibile nelle direttive n°91/250/CE, art. 1 n°2²⁰, relativa ai programmi per elaboratore, e n°96/9/CE, artt. 3 n° 2²¹ e 5²², relativa alle banche dati, ciò ad ulteriore conferma della generalità con cui tale principio si applica. La finalità di questa limitazione, pur in grado di comprimere notevolmente le pretese individuali (si pensi, ad esempio, al prodotto concettuale di un lungo lavoro di ricerca), risiede nell'interesse generale alla libera circolazione delle idee e delle informazioni, ritenuto dall'ordinamento prevalente nell'interesse del progresso culturale e scientifico della comunità²³. Un temperamento alla rigidità del principio viene operato dalla teoria della tripartizione forma esterna - forma interna - contenuto, frutto degli studi del giurista tedesco Kohler: alla protezione della forma esterna, intesa come l'espressione esteriore dei concetti, si accompagnerebbe la protezione dell'impianto argomentativo (forma interna), inteso come struttura del discorso e concatenazione dei concetti, e ciò ogniqualvolta lo schema argomentativo sia caratterizzato da una

¹⁸ Il WCT, acronimo di WIPO [World Intellectual Property Organization] Copyright Treaty, è un trattato internazionale adottato a Ginevra il 20 dicembre 1996 in qualità di Special Agreement ai sensi dell'art. 20 della Convenzione Unione di Berna (CUB da qui in poi), il principale trattato internazionale regolatore della materia, firmato il 9 settembre 1886 a Berna ed emendato l'ultima volta a Parigi il 28 settembre 1979.

¹⁹ The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, accordo internazionale stipulato nel 1994 a Marrakech nell'ambito dell'OMC.

²⁰ "La tutela ai sensi della presente direttiva si applica a qualsiasi forma di espressione di un programma per elaboratore. Le idee e i principi alla base di qualsiasi elemento di un programma per elaboratore, compresi quelli alla base delle sue interfacce, non sono tutelati dal diritto d'autore a norma della presente direttiva."

²¹ "La tutela delle banche di dati in base al diritto d'autore prevista dalla presente direttiva non si estende al loro contenuto e lascia impregiudicati i diritti esistenti su tale contenuto."

²² "L'autore di una banca di dati gode, per quanto concerne la forma espressiva di tale banca tutelabile mediante il diritto d'autore, del diritto esclusivo di eseguire o autorizzare: (omissis)".

²³ GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, 157 s.

peculiare unicità, mentre i concetti rimarrebbero, come di consueto, di pubblico dominio; tale teoria, pur seguita da dottrina e giurisprudenza prevalenti, è stata oggetto di critiche da parte di vari autori (fra essi, PIOLA CASELLI in Italia e ULMER in Germania) vuoi per la pratica difficoltà di tradurre tale schema in concreto, vuoi per il rischio di estendere oltremodo l'area coperta dal diritto di esclusiva, con grave pregiudizio per l'interesse della collettività²⁴.

Ciò chiarito, appare indubbio come il requisito della creatività, previsto dall'art. 1 l.aut.²⁵, non possa che avere ad oggetto la forma espressiva dell'opera, in quanto riflesso della personalità dell'autore, di cui deve recare l'impronta individuale. Il grado con cui la creatività deve essere presente è tuttavia dibattuto in dottrina, confrontandosi le opinioni di chi²⁶ pretende la presenza di una novità oggettiva e di chi²⁷, invece, richiede il più modesto requisito della mera originalità; concretamente si finisce per riconoscere tutela ad ogni opera di carattere rappresentativo e che presenti un pur modesto livello di creatività²⁸, non costituendo una mera ripetizione di quanto già realizzato da qualcun altro, anche in considerazione del fatto che la tutela di tipo autorale, contrariamente a quanto avviene per quella brevettuale, opera in maniera automatica e senza alcuna formalità all'atto della creazione dell'opera²⁹.

²⁴ AUTERI, *op.cit.*, 553 s.

²⁵ "Sono protette ai sensi di questa legge le opere dell'ingegno di carattere creativo (omissis)."

²⁶ ASCARELLI, ARE, FABIANI, GRECO E VERCELLONE.

²⁷ V.M. DE SANCTIS, AMMENDOLA.

²⁸ Cfr. Cass. 5 luglio 1990, n° 7077, in *Giur. It.*, 1991, I, 47 ss., con nota di RICOLFI.

²⁹ Art. 6 l.aut.: "Il titolo originario dell'acquisto del diritto di autore è costituito dalla creazione dell'opera, quale particolare espressione del lavoro intellettuale."

1.4. LA CREAZIONE AD OPERA DI PIÙ AUTORI.

L'atto della creazione dell'opera fa sorgere in capo all'autore, a titolo originario, un complesso di diritti morali e patrimoniali³⁰: è opportuno analizzare cosa avvenga nel caso, relativamente comune nella prassi, in cui l'opera sia stata redatta da due o più autori.

Lo sviluppo delle tecnologie di telecomunicazione ha reso disponibile un gran numero di strumenti tecnici in grado di rendere possibile la collaborazione di più persone ad un'unica opera creativa, la quale risulterà infine essere la sintesi di una pluralità di contributi non immediatamente riconducibili al singolo collaboratore: si pensi non solo allo scambio di email, ma anche e soprattutto a piattaforme cloud come Google Docs, che permettono a più soggetti di lavorare su un medesimo documento salvato in un server remoto, con possibilità per ognuno di intervenire direttamente sul testo, con impossibilità di ricondurre in maniera immediata una data porzione di esso ad un soggetto determinato; il concetto è molto ben espresso nel diritto statunitense, dove la Section 101 (definitions) dell'US Copyright Act definisce il *joint work* come

a work prepared by two or more authors with the intention that their contributions be merged into inseparable or interdependent parts of a unitary whole.

Nel nostro ordinamento l'opera realizzata secondo questa modalità è regolata dall'art.

10 l.aut.:

[I] Se l'opera è stata creata con il contributo indistinguibile ed inscindibile di più persone, il diritto di autore appartiene in comune a tutti i coautori.

[II] Le parti indivise si presumono di valore uguale, salvo la prova per iscritto di diverso accordo.

[III] Sono applicabili le disposizioni che regolano la comunione. La difesa del diritto morale può peraltro essere sempre esercitata individualmente da ciascun coautore

³⁰ Cfr. nota precedente.

e l'opera non può essere pubblicata, se inedita, né può essere modificata o utilizzata in forma diversa da quella della prima pubblicazione, senza l'accordo di tutti i coautori. Tuttavia, in caso di ingiustificato rifiuto di uno o più coautori, la pubblicazione, la modificazione o la nuova utilizzazione dell'opera può essere autorizzata dall'autorità giudiziaria, alle condizioni e con le modalità da essa stabilite.

Il regime applicabile è dunque quello della comunione di cui agli artt.1100-1116 cod.civ., il che può costituire una rilevante complicazione all'esercizio dei diritti patrimoniali, visto l'elevatissimo numero di soggetti che possono potenzialmente concorrere alla creazione dell'opera in virtù degli strumenti telematici di cui si è detto. La comunione, come espressamente sancito dal secondo comma dell'art. cit., è pro indiviso e con quote presunte uguali, né potrebbe essere altrimenti, essendo l'opera letteraria per sua natura insuscettibile di divisione in natura. La richiesta (terzo comma art. cit.) del consenso unanime dei coautori al fine di procedere alla prima pubblicazione (o alla ripubblicazione in forma rivista), disposizione questa che si fonda sulla sostanziale equiparazione dell'edizione all'atto di disposizione della cosa comune, regolato dal terzo comma dell'art. 1108 cod.civ.³¹, rende pressoché indispensabile una qualche forma di preventivo accordo in deroga alla normativa comune, come ad esempio il conferimento in società delle quote; non sembra invece praticabile la via della nomina di un amministratore ai sensi dell'art. 1106 cod.civ., non potendosi considerare, come si è già detto, la pubblicazione dell'opera un atto di ordinaria amministrazione; è interessante anche notare come spesso i progetti di scrittura collettiva non si trovino in concreto ad affrontare il problema, proponendo modelli di distribuzione alternativa, fondati sulla gratuità e il libero accesso: un esempio italiano spesso citato è quello del collettivo Wu-Ming, le cui opere, scritte sotto lo pseudonimo collettivo di Luther Blissett, sono liberamente scaricabili³². Al fine di bilanciare le diverse esigenze dei coautori, l'ultimo

³¹ "È necessario il consenso di tutti i partecipanti per gli atti di alienazione o di costituzione di diritti reali sul fondo comune e per le locazioni di durata superiore a nove anni."

³² http://www.wumingfoundation.com/giap/?page_id=6338

periodo del terzo comma dell'art. 10 l.aut. consente al coautore che, in difetto di accordo, voglia procedere alla pubblicazione, alla modificazione o alla nuova utilizzazione dell'opera, di adire l'autorità giudiziaria, affinché accerti che il rifiuto opposto dagli altri titolari dei diritti non abbia giustificazione e di conseguenza autorizzi la pubblicazione, stabilendone nel dispositivo le condizioni e le concrete modalità.

Può ben capitare che i più autori che cooperano alla creazione dell'opera risiedano in Stati differenti: ciò non crea particolari problemi di diritto internazionale privato, in quanto quella sulla tutela del diritto d'autore è una normativa assoggettata al principio di territorialità, principio secondo cui il diritto applicabile non è quello del luogo in cui l'autore ha svolto la sua attività creativa o pubblicato per la prima volta l'opera, bensì quello dello Stato in cui di volta in volta si rivendichi tutela giuridica³³.

1.5. I DIRITTI PATRIMONIALI D'AUTORE.

Tralasciando i diritti morali³⁴, che esulano dai fini di questa trattazione, è invece opportuno focalizzarsi su alcuni dei diritti patrimoniali, ovverosia quei diritti che hanno ad oggetto attività economiche volte a permettere ad altri la fruizione dell'opera, e sul loro regime di circolazione, specie su quelli che possono interessare lo sfruttamento economico del libro elettronico.

I diritti patrimoniali d'autore durano fino allo scadere del settantesimo anno dalla morte dell'autore, o dell'ultimo dei coautori superstiti³⁵, e sono definiti all'art. 12, secondo comma dalla l.aut. in forma collettiva come

³³ V.M. DE SANCTIS, IDA 1997, 121.

³⁴ Diritti regolati agli artt. 20-24 l.aut.; in argomento, cfr. VARRONE, *Manuale di diritto d'autore*, 77ss.; AUTERI, *op.cit.*, 630ss.

³⁵ Art. 25 l.aut.: "I diritti di utilizzazione economica dell'opera durano tutta la vita dell'autore e sino al termine del settantesimo anno solare dopo la sua morte."

il diritto esclusivo di utilizzare economicamente l'opera in ogni forma e modo, originale o derivato

nei limiti stabiliti dalla stessa, in particolare mediante l'esercizio dei diritti esclusivi elencati negli artt. 12-18: ciò sta a significare che, accanto alle forme di utilizzazione tipizzate dalla legge, ben possono prevedersene altre atipiche, come si vedrà meglio *infra* con specifico riguardo alla pubblicazione digitale. Sia che si voglia accogliere l'interpretazione secondo cui la legge prevede un unico diritto patrimoniale d'autore scomposto in una serie di autonome facoltà di esercizio³⁶, sia che si preferisca l'interpretazione letterale, che identifica nel diritto patrimoniale d'autore un fascio di autonomi diritti, resta immutato il senso del dettato dall'art. 19 l.aut.³⁷:

[I] I diritti esclusivi previsti dagli articoli precedenti sono fra loro indipendenti. L'esercizio di uno di essi non esclude l'esercizio esclusivo di ciascuno degli altri diritti.

[II] Essi hanno per oggetto l'opera nel suo insieme ed in ciascuna delle sue parti.

Lo scopo della segmentazione del diritto in singole facoltà è quello della migliore allocazione delle risorse, tanto nell'interesse dell'autore, che mira ad ottenere il massimo profitto nello sfruttamento economico dell'opera, quanto nell'interesse del potenziale pubblico, che reclama prodotti di qualità per la cui realizzazione è di norma indispensabile un alto tasso di specializzazione, nonché la possibilità di affrontare forti investimenti: esprime chiaramente il concetto ROMANO, quando afferma che

La legge sul diritto d'autore è strutturata attorno al presupposto della distinzione tecnologica tra i vari mezzi; ad ogni diverso mezzo [...] corrisponde un diverso e separato mercato di sfruttamento delle opere dell'ingegno. [...] il vantaggio competitivo che l'ordinamento riconosce ai titolari dei diritti esclusivi consiste proprio nel permettere questa

Art. 26,1 l.aut.: "Nelle opere indicate nell'art. 10, nonché in quelle drammatico-musicali, coreografiche e pantomimiche, la durata dei diritti, utilizzazione economica spettanti a ciascuno dei coadiutori o dei collaboratori si determina sulla vita del coautore che muore per ultimo."

³⁶ Argomento che ragiona in analogia con le facoltà di esercizio del diritto di proprietà.

³⁷ Nel corpo del testo, da ora in avanti, allorquando ci si riferisca alle privative autorali di carattere patrimoniale di cui agli artt. 12-18 l.aut., si ricorrerà indifferentemente ai termini diritto e facoltà.

*compartimentazione dei mercati altrimenti avversata dalle regole in tema di concorrenza.*³⁸

Bisogna poi ulteriormente specificare come le singole facoltà tipizzate dalla legge vadano interpretate come una sorta di “macro aree”, a loro volta suscettibili di frammentazione in ulteriori sottofacoltà esclusive autonomamente circolabili³⁹: il diritto di riproduzione ex art. 13 l.aut., ad esempio, può essere a sua volta suddiviso nei diritti di riproduzione permanente, riproduzione temporanea e trascrizione.

1.5.1. IL DIRITTO DI PRIMA PUBBLICAZIONE.

Il diritto di pubblicazione dell’opera è regolato dai commi 1 e 3 dell’art. 12 l.aut.:

[I] L'autore ha il diritto esclusivo di pubblicare l'opera.

...

[III] E' considerata come prima pubblicazione la prima forma di esercizio del diritto di utilizzazione.

Il diritto di pubblicazione, soprattutto nella sua forma di diritto di prima pubblicazione, offre un particolare interrogativo con riguardo al suo esatto contenuto: ciò perché esso nulla sembra aggiungere, da un punto di vista strettamente precettivo, ai diritti di sfruttamento economico descritti agli articoli successivi.

Da un diverso punto di vista, la pubblicazione dell’opera ha un impatto molto rilevante sul profilo morale, costituendo l’atto con cui l’autore rende la propria creazione conoscibile al pubblico, sottoponendosi dunque al suo giudizio: questo aspetto dà ulteriore sostegno al principio secondo cui l’opera realizzata da una pluralità di autori ai sensi dell’art. 10 l.aut. non può essere pubblicata senza il consenso unanime

³⁸ ROMANO, AIDA 2010, 169 ss.

³⁹ App. Trento, 30 marzo 1999, in Rep. AIDA 2000, I 7.4.8; Trib. Roma, 19 novembre 2002, in AIDA 2003, 932.

di essi, ferma la possibilità di ricorso al giudice nel caso di ingiustificato rifiuto. Un ulteriore caso di contemperamento di interessi riguardo la titolarità dell'esercizio dei diritti di sfruttamento economico si rinviene nelle norme specifiche sull'opera cinematografica, con la concentrazione dei diritti di sfruttamento in capo al produttore⁴⁰, malgrado formalmente risultino coautori l'autore del soggetto, l'autore della sceneggiatura, l'autore della musica e il direttore artistico⁴¹: in questo caso la deroga ai principi generali si fonda sulla particolare complessità dell'organizzazione imprenditoriale richiesta nel settore cinematografico, sembrando opportuno, oltre che decisamente più pratico, garantire la piena titolarità dei diritti di sfruttamento economico al soggetto che materialmente sopporta i gravosi oneri economici della produzione.

Nel tentativo di dare concreto significato al diritto di prima pubblicazione vi è stato chi, in dottrina, ha cercato di fondarvi un preteso "diritto di inedito", inteso come il diritto di opporsi alla prima pubblicazione tramite la revoca del consenso già prestato alla cessione o alla concessione a terzi di un diritto di sfruttamento economico: tale ricostruzione è contestata dall'orientamento maggioritario sulla scorta del fatto che il diritto a non pubblicare viene irrimediabilmente meno una volta che la pubblicazione sia avvenuta, mentre il diritto di opporsi alla pubblicazione, tramite il recesso dal contratto già stipulato, ha contenuto diverso e trova piuttosto fondamento nell'art. 142 l.aut.⁴²

Il momento in cui considerare avvenuta la prima pubblicazione assume rilievo ai fini dell'applicazione di altre norme, come il decorso del settantennio di protezione per

⁴⁰ Art. 45 l.aut.: "L'esercizio dei diritti di utilizzazione economica dell'opera cinematografica spetta a chi ha organizzato la produzione dell'opera stessa, nei limiti indicati dai successivi articoli. Si presume produttore dell'opera cinematografica chi è indicato come tale sulla pellicola cinematografica. (omissis)."

⁴¹ Art. 44 l.aut.: "Si considerano coautori dell'opera cinematografica l'autore del soggetto, l'autore della sceneggiatura, l'autore della musica ed il direttore artistico."

⁴² AUTERI, *op.cit.*, 603 s.

le opere anonime o pseudonime⁴³: si rende quindi necessaria una norma che individui precisamente tale momento. La legge italiana considera rilevante la prima forma di esercizio del diritto di utilizzazione: si tratta di una disposizione molto ampia e in grado di coprire una vasta gamma di situazioni, come emerge dal confronto con altre norme di fonte internazionale. La Convenzione Unione di Berna, convenzione internazionale a cui l'Italia aderisce e ai cui principi la legislazione italiana è tenuta ad uniformarsi, riporta al terzo paragrafo dell'art. 3 (Criteria of Eligibility for Protection) la seguente definizione:

(3) The expression "published works" means works published with the consent of their authors, whatever may be the means of manufacture of the copies, provided that the availability of such copies has been such as to satisfy the reasonable requirements of the public, having regard to the nature of the work. (omissis).

Se vi è una sostanziale corrispondenza nel requisito della necessità del consenso dell'autore, le due disposizioni divergono nel criterio di selezione degli atti sufficienti ad integrare la pubblicazione: se per la legge italiana assume rilievo un qualsiasi atto di esercizio dei diritti purché sia, per la CUB è necessario un atto di esercizio qualificato, dovendosi immettere sul mercato un numero di esemplari dell'opera ragionevolmente sufficienti a soddisfare la domanda proveniente dal pubblico, pur tenendo in conto le specificità dell'opera considerata. Il testo della CUB farebbe quindi un riferimento implicito al requisito della materialità dell'opera, che per considerarsi pubblicata deve manifestarsi attraverso un supporto, pur sembrando difficile escludere, per ciò solo, le opere pubblicate esclusivamente a mezzo internet posto che, tecnicamente, anche l'opera diffusa in via telematica, sia nel momento precedente che successivo alla trasmissione, si trova fissata stabilmente in una memoria informatica, potendosi così ritenere comunque integrato il requisito della materiale disponibilità di un numero

⁴³ Art. 27,1 l.aut.: "Nelle opere anonime o pseudonime, fuori del caso previsto nel capoverso dell'art. 8, la durata dei diritti di utilizzazione economica è di settant'anni a partire dalla prima pubblicazione, qualunque sia la forma nella quale essa è stata effettuata."

idoneo di esemplari: il master caricato sul server del provider, pur unico, è infatti illimitatamente riproducibile, mentre i supporti vergini forniti dagli acquirenti diventano, dopo il download dell'opera, la "copia" rilevante ai fini della norma convenzionale; soccorre in questo senso anche l'interpretazione tradizionalmente data dalla dottrina a questa norma, letta nel senso di escludere dal concetto di pubblicazione le opere destinate alla sola rappresentazione o esecuzione presso il pubblico⁴⁴, modalità di fruizione queste intrinsecamente volatili, al contrario di quanto avviene nel caso della pubblicazione digitale.

L'importanza della convenzione di Berna deriva anche dal suo richiamo da parte degli Accordi TRIPs, i quali a loro volta vincolano tutti i 158 Stati membri dell'OMC; in particolare l'Art. 9 di detti accordi prevede che

Members shall comply with Articles 1 through 21 of the Berne Convention (1971) and the Appendix thereto. (omissis).

L'art. 3 CUB citato in precedenza è quindi espressamente richiamato.

Importanza solamente storica ha invece la disposizione contenuta nella Convenzione Universale del diritto d'autore, adottata a Ginevra nel 1952 e aggiornata l'ultima volta a Parigi nel 1971: questo strumento internazionale, che mirava a offrire un livello minimo di tutela negli anni in cui gli USA e l'URSS non avevano ancora aderito alla CUB, ha perso oggi di importanza pratica, stante l'attuale adesione pressoché universale a quest'ultima. L'art. VI di tale convenzione offre una definizione piuttosto circoscritta di "prima pubblicazione", intendendo per essa

la riproduzione in forma tangibile e la messa a disposizione del pubblico di esemplari dell'opera che ne permettano la lettura o la conoscenza visiva.

⁴⁴ STOJANOVIC, RIDA 1981, 310; AMMENDOLA, *Il diritto d'autore*, in UBERTAZZI e AMMENDOLA, 37.

1.5.2. IL DIRITTO DI RIPRODUZIONE.

Probabilmente il più importante fra i diritti esclusivi riconosciuti all'autore (tanto che il termine inglese copyright significa proprio "diritto di copia"), l'art. 13 l.aut qualifica il diritto di riproduzione come quello che

*ha per oggetto la moltiplicazione in copie diretta o indiretta, temporanea o permanente, in tutto o in parte dell'opera, **in qualunque modo o forma**, come la copiatura a mano, la stampa, la litografia, l'incisione, la fotografia, la fonografia, la cinematografia ed **ogni altro procedimento di riproduzione**. (enfasi aggiunta)*

È chiaro, dalla lettura delle parti evidenziate, l'intento del legislatore di garantire all'autore il massimo controllo possibile sulla moltiplicazione in copie della sua opera, e ciò tramite il ricorso a formule tanto generali da poter comprendere potenzialmente qualsiasi genere di nuovo trovato tecnologico che possa incidere sul diritto di riprodurre l'opera dell'ingegno.

Proprio questa latissima estensione del diritto di privativa ha reso però indispensabile introdurre alcune, pur limitate, deroghe, in quanto le stesse modalità tecniche che consentono la fruizione delle opere in forma digitalizzata richiedono necessariamente una o più duplicazioni del codice che incorpora l'opera. Ciò avviene in almeno due circostanze: 1) nel corso della trasmissione del file dal server del provider al dispositivo dell'acquirente, quando il file (scomposto in singoli "pacchetti" di informazione") viene copiato temporaneamente nei vari nodi della rete internet che si frappongono fra il mittente e il destinatario⁴⁵: questa forma di copia, tecnicamente necessitata, non può essere sottoposta a riserva senza porre un ostacolo insuperabile alla trasmissione online di opere protette; 2) durante ogni singolo atto di fruizione dell'opera digitalizzata, venendo il file copiato temporaneamente nella memoria di

⁴⁵ BORRUSO, RUSSO, TIBERI, *L'informatica per il giurista: dal bit a internet*, 395 ss.

lavoro del dispositivo: anche in questo caso si tratta di un'operazione di natura squisitamente tecnica, oltre che inevitabile.

Per superare questo impasse, palesatosi per la prima volta in relazione ai programmi per elaboratore, intervenne la Comunità Europea⁴⁶, prevedendo nella direttiva 91/250/CE un'eccezione al diritto di riproduzione, pur strettamente circoscritta alle copie temporanee necessarie ai fini di un procedimento tecnico: tale eccezione fu recepita nella normativa interna attraverso l'inserzione dell'art. 64-ter nella l.aut.:

[1] Salvo patto contrario, non sono soggette all'autorizzazione del titolare dei diritti le attività indicate nell'art. 64-bis, lettere a) e b)⁴⁷, allorché tali attività sono necessarie per l'uso del programma per elaboratore conformemente alla sua destinazione da parte del legittimo acquirente, inclusa la correzione degli errori.

Ulteriori sviluppi sono poi seguiti con la direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (c.d. "Direttiva Infosoc")⁴⁸, dove la necessità di una limitazione al diritto di riproduzione nei casi di riproduzione transitoria o accessoria, quando questa è parte integrante e necessaria di un procedimento tecnologico ed è effettuata all'unico scopo di realizzare la trasmissione dell'opera in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario, ovvero la sua legittima fruizione, è ribadita al considerando 33 e specificata al primo paragrafo dell'art. 5 (Eccezioni e limitazioni):

1. Sono esentati dal diritto di riproduzione di cui all'articolo 2 gli atti di riproduzione temporanea di cui all'articolo 2 privi di rilievo economico proprio che sono transitori o accessori, e parte integrante e essenziale di un procedimento tecnologico, eseguiti all'unico scopo di consentire: a) la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario o b) un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali.

⁴⁶ A far data dall'1 dicembre 2009, data di entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Comunità Europea è stata sostituita dall'Unione Europea: ogni riferimento alla Comunità europea o l'uso dell'aggettivo "comunitario" dovranno dunque sempre ritenersi riferiti all'Unione europea.

⁴⁷ Si tratta della riproduzione, permanente o temporanea del programma, nonché la sua traduzione, adattamento, trasformazione e ogni sua altra modificazione.

⁴⁸ Direttiva pubblicata in G.U. L 167 del 22 giugno 2001.

Questo principio è stato quindi trasfuso nella legislazione interna dal d.lgs. 9 aprile 2003, n. 68⁴⁹, recante “Attuazione della direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione”, il quale ha introdotto, con la tecnica della novellazione, l'art. 68-bis, che – fatte salve le norme speciali in materia di responsabilità dei prestatori intermediari previste dalla normativa sul commercio elettronico – ne recepisce quasi testualmente i contenuti, sancendo quindi l'estensione dell'eccezione in oggetto a tutti i tipi di opere.

La posizione giuridica del terzo intermediario, come si è appena detto, viene specificamente presa in considerazione anche dalla direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico nella parte relativa alle attività di *web caching*, ovvero quella attività di memorizzazione temporanea finalizzata al risparmio di banda, carico di lavoro dei server e tempo di accesso⁵⁰, sancendosene la legittimità, a patto che vengano rispettate le condizioni dettate dall'art. 13 della dir.cit.^{51, 52}

Merita quantomeno un richiamo la disciplina dell'equo compenso⁵³, forse il più evidente dei sintomi del mutamento profondo che l'evoluzione tecnologica ha impresso al modo di concepire il diritto d'autore: fin dalla l. 5 febbraio 1992, n°93⁵⁴, il legislatore, preso atto della concreta impossibilità di garantire il rispetto da parte dei singoli cittadini del diritto esclusivo di riproduzione, ormai minato dalla diffusione su scala commerciale

⁴⁹ Pubblicato in G.U. n.87 del 14 aprile 2003.

⁵⁰ HUSTON, *Web Caching*, The Internet Protocol Journal, Volume 2, n°3, 2 ss.

⁵¹ In particolare l'intermediario deve: lasciare inalterate le informazioni; conformarsi alle condizioni di accesso delle stesse; conformarsi alle norme sul loro aggiornamento, come definite dalla prassi in materia; non interferire al fine di ottenere dati sull'utilizzo delle informazioni che tratta; provvedere prontamente alla cancellazione delle informazioni non appena venga a conoscenza della loro rimozione nella fonte originaria oppure quando questa sia disposta dall'autorità giudiziaria o amministrativa.

⁵² Per un quadro dell'evoluzione storica della questione, anche con riguardo all'esperienza d'oltreoceano, cfr. MARZANO, *op.cit.*, 48 ss.

⁵³ La materia è regolata dagli artt. 71-sexies – 71-octies l.aut., in attuazione dell'art. 5, n°2, lett. b) della dir. 2001/29/CE.

⁵⁴ Legge recante “Norme a favore delle imprese fonografiche e compensi per le riproduzioni private senza scopo di lucro”, pubblicata in G.U. del 15 febbraio 1992, n. 38.

di apparecchiature in grado di duplicare fonogrammi e videogrammi, ha optato per l'imposizione, tramite la SIAE, di un prelievo parafiscale su tali apparecchi e sui relativi supporti di memorizzazione, per destinare la ripartizione dei proventi ai titolari dei diritti che lo Stato non è in grado di garantire altrimenti; con il passare degli anni ed il conseguente miglioramento degli strumenti a disposizione del grande pubblico, peraltro a prezzi sempre più accessibili, il fenomeno non poteva che acuirsi. Con riguardo alla delimitazione del perimetro di applicazione di questo istituto è intervenuto peraltro un recente pronunciamento della Corte di Giustizia⁵⁵ in cui si precisa che nella quantificazione di questo prelievo devono prendersi in considerazione le sole copie legalmente realizzate da legittimi acquirenti nell'esercizio del diritto di riproduzione della copia privata, non potendo l'equo compenso trasformarsi in una forma anomala di compensazione per i danni cagionati dalla duplicazione illecita di opere protette.

1.5.3. IL DIRITTO DI DISTRIBUZIONE.

Strettamente collegato al diritto di riproduzione è il diritto di distribuzione, il cui esercizio è momento necessario per procedere alla monetizzazione dell'opera, dopo che questa è stata riprodotta in copie o posta in condizione di essere duplicata digitalmente a richiesta dei potenziali acquirenti. L'art. 17 l.aut chiarisce al primo comma che

Il diritto esclusivo di distribuzione ha per oggetto la messa in commercio o in circolazione, o comunque a disposizione, del pubblico, con qualsiasi mezzo ed a qualsiasi titolo, dell'originale dell'opera o degli esemplari di essa e comprende, altresì, il diritto esclusivo di introdurre nel territorio degli Stati della Comunità europea, a fini di distribuzione, le riproduzioni fatte negli stati extracomunitari.

Anche in questo caso ci troviamo di fronte a una norma dai confini ampi, mirante ad assoggettare ogni forma di distribuzione al pubblico dell'opera protetta, si tratti

⁵⁵ Sentenza del 10 aprile 2014, relativa alla causa C-435/12, emessa dalla quarta sezione.

dell'originale o di una copia di essa; due sono fundamentalmente le ipotesi considerate: la messa in commercio dell'opera o di una sua riproduzione e il diritto di autorizzare l'importazione e la successiva vendita di riproduzioni dell'opera realizzate al di fuori dell'Unione Europea.

Il diritto di distribuzione costituisce quindi una limitazione alla circolazione di un bene, essendo questa sottoposta al preventivo consenso del titolare del diritto di distribuzione: chi fosse licenziatario del diritto di riproduzione, ma non di distribuzione, potrebbe dunque paradossalmente realizzare copie dell'opera protetta, ma non metterle in commercio. Questo diritto è però sottoposto ad una peculiare limitazione, regolata dal secondo comma dell'art. cit., quale il principio dell'esaurimento:

[II] Il diritto di distribuzione dell'originale o di copie dell'opera non si esaurisce nella Comunità europea, se non nel caso in cui la prima vendita o il primo atto di trasferimento della proprietà nella Comunità sia effettuato dal titolare del diritto o con il suo consenso.

Esprimendosi *a contrario*, il legislatore afferma che il primo atto di trasferimento di un esemplare dell'opera protetta, effettuato o autorizzato dal titolare dei diritti nel territorio dell'Unione Europea, "esaurisce" (ovverosia estingue) il diritto di distribuzione in tutti gli Stati della stessa, rendendo da quel momento in poi libera la circolazione di quel determinato esemplare.

1.5.4. IL DIRITTO DI COMUNICAZIONE AL PUBBLICO.

Il diritto di comunicazione al pubblico è regolato dall'art. 16 l.aut:

1. Il diritto esclusivo di comunicazione al pubblico su filo o senza filo dell'opera ha per oggetto l'impiego di uno dei mezzi di diffusione a distanza, quali il telegrafo, il telefono, la radiodiffusione, la televisione ed altri mezzi analoghi, e comprende la comunicazione al pubblico via satellite e la ritrasmissione via cavo, nonché quella codificata con condizioni di accesso particolari; comprende altresì la messa disposizione del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente.

2. Il diritto di cui al comma 1 non si esaurisce con alcun atto di comunicazione al pubblico, ivi compresi gli atti di messa a disposizione del pubblico.

Questo importante diritto ha ad oggetto la fruizione dell'opera effettuata attraverso mezzi di comunicazione a distanza e la sua caratteristica principale si riscontra proprio nell'immaterialità, non essendo mai lo spettatore immesso nella materiale disponibilità dell'opera: questi non entra in possesso di una copia, ma gode piuttosto di una sua "messa in onda"; la mancata presenza contestuale di pubblico ed esecutori è invece il discrimine fra questo diritto esclusivo e quelli regolati dagli artt. 15 e 15-bis l.aut.⁵⁶

Queste due categorie di diritti sono richiamate congiuntamente dagli artt. 11, 11-bis e 11-ter della CUB, mentre questi, a loro volta possono ritenersi "comunitarizzati", recependo l'art. 9 dei TRIPs i primi 21 articoli della CUB e avendo il Consiglio europeo aderito a tale strumento con la decisione del 22 dicembre del 1994, pubblicata in GU L 336 del 23.12.1994⁵⁷.

La Comunità europea ha poi provveduto ad adottare, nel corso degli anni, diverse direttive attuative⁵⁸ e, fra queste, particolare importanza riveste, in ordine allo studio della pubblicazione dell'e-book, la direttiva Infosoc. (29/01/CE): rispetto alle ipotesi classiche, il progresso tecnologico ha indotto ad aggiungere, fra le fattispecie rilevanti, anche quella della fruizione di contenuti *on-demand*, cioè messi a disposizione nei tempi scelti e secondo le preferenze manifestate dal consumatore. Vi è stata infatti in questo ambito una progressiva evoluzione dalle prime forme di *pay-tv*, che consentivano l'acquisto di singoli contenuti all'interno del proprio palinsesto, verso forme più evolute, che permettono la scelta del programma da guardare nel catalogo proposto, ma senza il vincolo di una programmazione predisposta, fino ad arrivare ai contemporanei servizi

⁵⁶ Si tratta dei diritti di rappresentazione, esecuzione e recita in pubblico.

⁵⁷ Cfr., anche per ulteriori approfondimenti, UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, 1403 ss.

⁵⁸ Dir. 93/83/CE, sulle comunicazioni satellitari, pubblicata in G.U. L 248 del 6 ottobre 1993; dir. 9/96/CE, sulle banche dati, pubblicata in G.U. L 77 del 27 marzo 1996.

di streaming online, come quello offerto dalla società Netflix, servizi che, malgrado la difficoltà di penetrazione dovuta all'inadeguatezza infrastrutturale della banda larga italiana, iniziano a prendere piede anche da noi. La distribuzione online, sia nella forma dello streaming sia del download, copre oggi l'intero spettro dei contenuti passibili di digitalizzazione, siano essi libri, musica, film o software e vista l'enorme rilevanza economica assunta dal mercato dell'acquisto diretto online, è di capitale importanza individuare la fattispecie giuridica a cui tali forme di acquisto siano ascrivibili.

Il nodo del dibattito fra la riconducibilità di tali operazioni economiche alla distribuzione, ovvero alla messa a disposizione del pubblico, sta nell'esclusione dell'applicabilità del principio dell'esaurimento, che opera nel primo, ma non nel secondo caso, come è non solo espressamente sancito dal secondo comma dell'art. 16 l.aut., ma anche ulteriormente ribadito al terzo comma dell'art. 17 l.aut.:

3. Quanto disposto dal comma 2 non si applica alla messa a disposizione del pubblico di opere in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, anche nel caso in cui sia consentita la realizzazione di copie dell'opera.

Le difficoltà si devono principalmente al fatto che il diritto di comunicazione al pubblico, regolato a livello internazionale dall'art. 8 del WCT, può trovare attuazione sotto le vesti sia dell'un diritto, che dell'altro⁵⁹.

1.6. L'ACQUISTO IN DOWNLOAD DIRETTO E IL PRINCIPIO DELL'ESAURIMENTO: LE POSIZIONI EUROPEA E STATUNITENSE A CONFRONTO.

Come si è accennato, uno dei problemi di maggior momento che coinvolgono la commercializzazione dei beni digitali tramite servizi di download diretto – privi, quindi,

⁵⁹ Cfr. FICSOR, *The law of copyright and the internet*, 497 ss.

della mediazione di un supporto fisico che incorpori l'opera – è quello della possibilità o meno di rivendere a terzi l'opera acquistata. Se, infatti, la liceità della rivendita di un libro, un DVD o un CD musicale è assolutamente pacifica, in forza del citato principio dell'esaurimento del diritto di distribuzione, lo stesso non può dirsi nel caso del bene acquistato in forma smaterializzata, articolandosi la questione su almeno due fronti: la qualificazione giuridica della prima cessione come atto di messa a disposizione del pubblico o come atto di distribuzione, essendo riferibile il principio dell'esaurimento solo a quest'ultima ipotesi; l'applicabilità del principio dell'esaurimento alla distribuzione online, qualora di esercizio del diritto di distribuzione effettivamente si tratti.

La questione, in Europa, è stata recentemente affrontata dalla Corte di Giustizia – con specifico riferimento al software, ma seguendo ragionamenti validi anche per le altre fattispecie – la quale si espressa sul tema decidendo un rinvio pregiudiziale promosso dal Bundesgerichtshof⁶⁰. Il supremo collegio tedesco, in particolare, era chiamato a decidere in ordine alla liceità della condotta della società UsedSoft GmbH, convenuta in giudizio da Oracle International Corp. a cagione della sua attività di acquisto e conseguente rivendita di licenze software usate, in pretesa violazione dei diritti esclusivi della ricorrente; opponendo la resistente, in sede difensiva, la ritenuta liceità del proprio comportamento, giusta il principio dell'esaurimento, la Corte riteneva necessario adire il giudice comunitario perché stabilisse in via preliminare “se colui il quale possa invocare un esaurimento del diritto di distribuzione della copia di un programma per elaboratore sia un “legittimo acquirente” ai sensi dell'articolo 5,

⁶⁰ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 3 luglio 2012 (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Bundesgerichtshof - Germania) - UsedSoft GmbH / Oracle International Corp, causa C-128/11, commentata da GRANIERI in *Foro it.* 2012, VI, 377 ss. e da SIROTTI GAUDENZI in Guida al diritto 2012, 36, 107 ss. Il testo della sentenza è leggibile per intero nella traduzione ufficiale italiana all'url <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62011CJ0128&lang1=it&type=TXT&ancre=>.

paragrafo 1, della direttiva 2009/24⁶¹”, se, “in caso di soluzione affermativa della prima questione, il diritto di distribuzione della copia di un programma per elaboratore si esaurisca, ai sensi dell’articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2009/24, qualora l’acquirente abbia realizzato la copia su un supporto informatico per mezzo di “download” (scaricamento) del programma da Internet con l’autorizzazione del titolare del diritto” e se, “in caso di soluzione affermativa anche della seconda questione, anche colui il quale abbia acquisito una licenza di software “usata” possa invocare [...] un esaurimento del diritto di distribuzione.”⁶²

Benché la Corte di Giustizia, nel decidere il caso sottopostole, abbia rigettato le argomentazioni presentate dalla Commissione – intervenuta nel giudizio – fondate sul considerando 29 della direttiva Infosoc⁶³, che nega l’applicabilità del principio dell’esaurimento alle prestazioni dei servizi, anche online, rilevando come questa non possa trovare applicazione nell’ipotesi considerata in forza del principio di specialità⁶⁴, nondimeno ha articolato un ragionamento il cui iter logico avrebbe comunque condotto al medesimo esito: il riferimento, in questo caso, è alla peculiare nozione di vendita elaborata dal giudice europeo, rilevante ai sensi dell’art. 4 (Attività riservate), par. 2 della

⁶¹ Direttiva 2009/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, pubblicata in G.U. serie L, n. 111 del 5 maggio 2009.

⁶² Cfr. §34 *sent. cit.*

⁶³ “La questione dell’esaurimento del diritto non si pone nel caso di servizi, soprattutto di servizi «on-line». Ciò vale anche per una copia tangibile di un’opera o di altri materiali protetti realizzata da un utente di tale servizio con il consenso del titolare del diritto. Perciò lo stesso vale per il noleggio e il prestito dell’originale e delle copie di opere o altri materiali protetti che sono prestazioni in natura. Diversamente dal caso dei CD-ROM o dei CD-I, nel quale la proprietà intellettuale è incorporata in un supporto materiale, cioè in un bene, ogni servizio «on-line» è di fatto un atto che dovrà essere sottoposto ad autorizzazione se il diritto d’autore o i diritti connessi lo prevedono.

⁶⁴ Cfr. §56 *sent. cit.* Il riferimento è all’art. 1, par. 2 della direttiva Infosoc, a mente del quale “salvo i casi di cui all’articolo 11, la presente direttiva non modifica e non pregiudica le vigenti disposizioni comunitarie in materia di: a) tutela giuridica dei programmi per elaboratore.”

direttiva sui programmi per elaboratore⁶⁵, ma richiamato anche all'art. 4 (Diritto di distribuzione), par. 2 della direttiva Infosoc⁶⁶. Nelle memorie difensive della ricorrente si eccepiva infatti che il principio dell'esaurimento, invocato dalla società convenuta a proprio discarico, non potesse trovare applicazione e ciò in quanto nel caso di specie non sarebbe sussistito il presupposto stesso della sua operatività, ovvero sia un atto di vendita: le condizioni d'uso del software fornito da Oracle si sarebbero espresse infatti nel senso della concessione di una licenza d'uso non trasferibile di durata indeterminata, senza alcun trasferimento di proprietà a vantaggio dell'utente; quest'ultimo sarebbe dunque libero di scaricare gratuitamente una copia del software dal sito del fornitore, potendo tuttavia farne uso solo a seguito del pagamento della licenza in oggetto.

Di fronte a questa ricostruzione giuridica, peraltro molto comune nel settore, la Corte ha prospettato una interpretazione totalmente diversa: partendo dal presupposto che, in assenza di un rinvio espresso alle singole normative nazionali, del concetto di vendita debba darsi una definizione uniforme a livello comunitario⁶⁷, ha offerto di questo una lettura marcatamente sostanzialista, affermando come sia irrilevante la qualificazione data in concreto dalle parti all'operazione giuridica posta in essere, rilevando a questi fini solo gli effetti concretamente realizzati dal contratto; definita quindi la vendita, ai sensi del diritto comunitario, come "un accordo con cui una persona cede ad altri, a fronte del pagamento di un prezzo, i propri diritti di proprietà su un bene

⁶⁵ "La prima vendita della copia di un programma nella Comunità da parte del titolare del diritto o con il suo consenso esaurisce il diritto di distribuzione della copia all'interno della Comunità, ad eccezione del diritto di controllare l'ulteriore locazione del programma o di una copia dello stesso." Da notare come si parli puramente e semplicemente di "vendita della copia di un programma", senza specificare se questa debba essere o meno incorporata in un supporto fisico.

⁶⁶ "Il diritto di distribuzione dell'originale o di copie dell'opera non si esaurisce nella Comunità, tranne nel caso in cui la prima vendita o il primo altro trasferimento di proprietà nella Comunità di detto oggetto sia effettuata dal titolare del diritto o con il suo consenso."

⁶⁷ Cfr. §39 *sent. cit.*

materiale o immateriale ad esso appartenente⁶⁸, ha proseguito con l'affermare che la concessione di una licenza perpetua a fronte di un pagamento in unica soluzione integra senz'altro la fattispecie e produce, di conseguenza, l'esaurimento del diritto⁶⁹.

Dalla dichiarata applicabilità del principio dell'esaurimento, la Corte ha fatto poi discendere, come naturale corollario, la qualità di legittimo acquirente di chi si procuri regolarmente il bene sul mercato secondario⁷⁰, precisando come il download diretto non sia altro che un equivalente funzionale dell'acquisto di un software incorporato in un supporto fisico e di come la differenza nelle modalità di circolazione dell'opera non intacchi la *ratio* che sta alla base il principio di esaurimento, ovverosia la prevenzione di un ingiustificato arricchimento a vantaggio del titolare dei diritti e del rischio di compartimentazione del mercato unico europeo⁷¹.

Tralasciando altri, pur interessanti, profili esaminati nella sentenza in commento⁷², si può sostenere l'estensibilità del principio di diritto enunciato dalla Corte anche alle altre tipologie di beni digitali venduti in *digital download*, ancorché questi siano sottoposti al più restrittivo regime della direttiva 29/2001. Anche se quest'ultima, nel trattare del diritto di distribuzione, fa espresso riferimento all'opera "incorporata in un supporto tangibile" ed esclude del tutto l'applicazione del principio dell'esaurimento

⁶⁸ Cfr. §42 *sent. cit.*

⁶⁹ Cfr. §44 *sent. cit.*, dove si afferma che la messa a disposizione del software per il download e l'acquisto di una licenza devono essere considerati come un'unità indivisibile, dato che questi atti, singolarmente considerati, sarebbero privi di utilità.

⁷⁰ Cfr. §80 *sent. cit.*

⁷¹ Cfr. §§61-63 *sent. cit.*

⁷² Ci si riferisce, in particolare, alla salvezza dei contratti accessori di servizi e manutenzione dall'effetto di esaurimento (§66), alla trasferibilità del software così come risultante da successivi interventi di aggiornamento, in esecuzione di un contratto accessorio di aggiornamento (§67) e alla limitazione imposta al caso delle licenze multi-utente, dichiarate cedibili solo nella loro interezza, senza possibilità di "spacchettarle" (§68).

ai servizi prestati online⁷³, la nozione di vendita comunitaria stabilita dalla CGUE è tale trasformare i contratti di fornitura di musica, e-book e film in vere e proprie vendite, sottoposte quindi all'esaurimento comunitario, ogniqualvolta il prezzo venga corrisposto in unica soluzione e a fronte di un diritto di fruizione dell'opera di durata indeterminata, indipendentemente dal *nomen iuris* cui le parti siano ricorse e da qualsiasi clausola limitativa della facoltà di disporre del bene, la quale sarà senz'altro invalida⁷⁴: la *ratio* che spinge verso l'applicazione generale del principio dell'esaurimento in ambito digitale, identica a quella che ha mosso il giudice del diritto comunitario a dichiarare legittima la rivendita del software usato, reclama infatti un'identità di trattamento.

Un ostacolo che potrebbe porsi a questa lettura ampia del *dictum* dei giudici di Lussemburgo è rinvenibile nella minore estensione degli utilizzi leciti in deroga alle privative autorali concessi dalla direttiva sul diritto d'autore nella società dell'informazione: il problema risiederebbe nel fatto che, quantunque venga meno il vincolo del diritto esclusivo di distribuzione, permarrrebbe comunque quello derivante dal diritto di riproduzione, che impedirebbe in concreto di rivendere il bene digitale, dato che ciò comporterebbe la creazione di una copia permanente dell'opera presso il dispositivo dell'acquirente. Se infatti la direttiva sul software offre al legittimo acquirente un'ampia gamma di eccezioni ai vincoli imposti dal diritto d'autore, in pratica tutti quelli che si rendano necessari ad ogni uso del programma conforme alla sua

⁷³ Cfr. considerando 28, che afferma, tra l'altro, che "La protezione del diritto d'autore nel quadro della presente direttiva include il diritto esclusivo di controllare la distribuzione dell'opera **incorporata in un supporto tangibile** (enfasi aggiunta)", e 29, *cit.*

⁷⁴ Afferma la Corte, in chiusura del §50, che "l'effetto utile di tale disposizione [ci si riferisce all'art. 4, par. 2 dir. 24/2009] risulterebbe compromesso, in quanto ai fornitori basterebbe qualificare il contratto come «licenza» anziché come «vendita» per aggirare la regola dell'esaurimento e svuotarla di qualsiasi contenuto."

destinazione⁷⁵, inclusa la rivendita, la direttiva 29/2001 presenta invece delle maglie più strette, permettendo in questo caso l'art. 5 (Eccezioni e limitazioni), par. 1, per i casi di utilizzi legittimi, l'esenzione dal diritto di riproduzione solo per "gli atti di riproduzione temporanea di cui all'articolo 2 privi di rilievo economico proprio che sono **transitori o accessori**, e parte integrante e essenziale di un procedimento tecnologico (enfasi aggiunta)." L'evidenziato riferimento alla transitorietà o accessorietà sembrerebbe infatti lasciare fuori dagli atti autorizzati la copia permanente⁷⁶ che il trasferimento dalla macchina del venditore a quella dell'acquirente necessariamente implica, essendo illegittima, a stretto rigore, la pur breve coesistenza delle due copie dell'opera nell'intervallo che intercorre fra la duplicazione della stessa e la cancellazione dell'originale in possesso dell'utente-venditore. La natura eccezionale della norma non impedirebbe tuttavia di adottarne una lettura estensiva (non incorrendosi dunque nel divieto di interpretazione analogica delle norme eccezionali), volta a garantire il miglior contemperamento di tutte le posizioni coinvolte, posto che l'interpretazione più rigida avrebbe come conseguenza la completa vanificazione della *first-sale doctrine* e degli interessi a tutela dei quali questa è stata posta: appare dunque ragionevole ritenere *de facto* temporanea la riproduzione dell'opera in una memoria di massa, qualora questa sia realizzata al solo scopo di consentire il processo tecnico di trasferimento, esecutivo della vendita, e purché si proceda immediatamente alla cancellazione dell'originale non appena detto procedimento tecnico sia concluso.

Dalla ricostruzione giuridica riportata emerge dunque, per quanto riguarda gli atti di download diretto sottoposti alle norme di diritto comunitario, la ripartizione di

⁷⁵ L'art. 5 (Deroghe relative alle attività riservate) così dispone: "Salvo disposizioni contrattuali specifiche, non sono soggetti all'autorizzazione del titolare del diritto gli atti indicati nell'articolo 4, paragrafo 1, lettere a) e b), allorché tali atti sono necessari per un uso del programma per elaboratore conforme alla sua destinazione, da parte del legittimo acquirente, nonché per la correzione di errori."

⁷⁶ Permanente nel senso di non effimera, in quanto realizzata su una memoria di archiviazione e non in una memoria di lavoro.

massima fra atti di distribuzione e atti di messa a disposizione del pubblico: alla prima categoria saranno riconducibili i trasferimenti effettivi di file sulla macchina dell'utente per un periodo di tempo indeterminato in forza di un pagamento *una tantum*, a prescindere dalla qualificazione giuridica attribuita dal contratto all'operazione, secondo il canone giurisprudenziale della "vendita comunitaria"; rientreranno invece nel novero degli atti di messa a disposizione del pubblico tutti i casi in cui il diritto d'uso concesso sia limitato nel tempo, oppure sottoposto al pagamento di un canone periodico, ovvero ancora riferibile ad un servizio prestato tramite una piattaforma *cloud*; in quest'ultimo caso, in particolare, l'utente non entra mai nella disponibilità del software o dei file contenenti l'opera dell'ingegno, restando questi memorizzati nei server del fornitore di contenuti o servizi e potendovi il cliente accedere secondo necessità, previa immissione delle proprie credenziali di accesso⁷⁷.

Dove l'Unione Europea ha adottato un criterio che guarda alla sostanza dei rapporti giuridici, lasciando in secondo piano il linguaggio tecnico con cui si estrinseca la volontà delle parti, negli Stati Uniti l'orientamento giurisprudenziale dominante è di segno esattamente opposto, interpretando i giudici il termine "owner", cui la legge ricorre per individuare il soggetto titolato a far valere la *first-sale doctrine*⁷⁸, in stretta aderenza al linguaggio contrattuale, negando che possa ritenersi proprietario l'acquirente di un diritto qualificato come "license", e ciò a maggior ragione quando sia

⁷⁷ Rientrano in quest'ultimo modello di business, ad esempio, Microsoft Office 365 – per il software – e Spotify – per l'ascolto di musica in streaming.

⁷⁸ Si legge nella §109 (a) (Limitations on exclusive rights: Effect of transfer of particular copy or phonorecord) dello US Copyright Act che "[...] **the owner of a particular copy** or phonorecord lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, **is entitled, without the authority of the copyright owner, to sell** or otherwise dispose of the possession of that copy or phonorecord. [...]" (enfasi aggiunta); ad ulteriore chiarificazione del caso qui considerato, la lettera (d) della medesima Section precisa: "**The privileges** prescribed by subsections (a) and (c) **do not**, unless authorized by the copyright owner, **extend to any person who has acquired possession of the copy** or phonorecord from the copyright owner, **by rental, lease, loan, or otherwise, without acquiring ownership** of it. (enfasi aggiunta)".

presente una clausola che escluda espressamente qualsiasi trasferimento di proprietà. La solidità della giurisprudenza d'oltreoceano sul punto è testimoniata da una pluralità di sentenze⁷⁹, le quali hanno sempre rigettato le argomentazioni difensive volte a rivendicare la legittimità dell'atto di rivendita ogniqualvolta l'oggetto del conferimento al primo acquirente fosse qualificato come licenza, rifiutando quindi il ragionamento di tipo sostanzialista seguito dal giudice europeo. Se ciò non bastasse, all'ostacolo della qualificazione giuridica dell'atto di trasferimento si aggiunge poi il dubbio circa l'ammissibilità in sé e per sé dell'applicabilità della *first-sale doctrine* alla cessione di diritti su beni che non presentino il connotato della materialità, orientandosi peraltro lo stesso U.S. Copyright Office in senso negativo⁸⁰.

In conclusione, al problema della rivendibilità del bene digitale acquistato in download diretto sono state date, in Europa e negli Stati Uniti, due soluzioni difficilmente conciliabili, in quanto fondate su presupposti giuridici – applicabilità o meno della *first-sale doctrine* ai beni immateriali – e metodologie ermeneutiche – l'una sostanzialista, l'altra formalista – radicalmente opposte; la tensione generata da questa disarmonia sarà nondimeno destinata ad una progressiva attenuazione col passare del

⁷⁹ La sentenza *Vernor v. Autodesk, Inc.* 555 F. Supp. 2d 1164 (W.D. Wash. 2008), che prendeva una posizione analoga a quella successivamente assunta dalla CGUE, è stata riformata in appello dalla sentenza *Vernor v. Autodesk, Inc.* 621 F.3d 1102 (9th Cir. 2010), in cui si riafferma il principio della primazia del linguaggio contrattuale sulla sostanza dei rapporti giuridici; l'orientamento è stato riaffermato, con riferimento alla licenza del videogioco *World of Warcraft*, in *MDY Indus., LLC v. Blizzard Entm't, Inc.*, 629 F.3d 928 (9th Cir. 2010). Le sentenze sono citate in FEILER, *Birth of the First-Download Doctrine: The Application of the First-Sale Doctrine to Internet Downloads under EU and U.S. Copyright Law*, in TTLF Working Papers n°17, <http://ttlf.stanford.edu>.

⁸⁰ Cfr. U.S. COPYRIGHT OFFICE, *DMCA Section 104 Report*, 86 s., reperibile all'url <http://www.copyright.gov/reports/studies/dmca/sec-104-report-vol-1.pdf>: "The tangible nature of the copy is not a mere relic of a bygone technology. It is a defining element of the first sale doctrine and critical to its rationale. This is because the first sale doctrine is an outgrowth of the distinction between ownership of intangible intellectual property (the copyright) and ownership of tangible personal property (the copy). [...] Digital transmission of a work does not implicate the alienability of a physical artifact. When a work is transmitted, the sender is not exercising common-law dominion over an item of personal property; he is exercising the central copyright right of reproduction with respect to the intangible work."

tempo, grazie al costante aumento delle quote di mercato dei servizi *cloud-based* e alla pacifica riconduzione di questi, da ambo gli ordinamenti, al regime della comunicazione al pubblico.

1.7. LA TRASMISSIONE DEI DIRITTI PATRIMONIALI D'AUTORE E L'AUTONOMIA DEL DIRITTO DI PUBBLICAZIONE DIGITALE.

Lo sfruttamento economico dell'opera è un'attività complessa che richiede l'impiego di adeguate strutture imprenditoriali, nonché l'investimento di somme anche ingenti di denaro in attività di promozione pubblicitaria, motivo per cui è di norma inverosimile che i diritti patrimoniali vengano esercitati in prima persona dall'autore, il quale piuttosto li cederà o concederà in licenza a terzi.

La norma cardine sulla circolazione dei diritti patrimoniali d'autore è l'art. 107

l.aut.:

I diritti di utilizzazione spettanti agli autori delle opere dell'ingegno, nonché i diritti connessi aventi carattere patrimoniale, possono essere acquistati, alienati o trasmessi in tutti i modi e forme consentiti dalla legge, salva l'applicazione delle norme contenute in questo capo.

Questa norma detta un principio generale di trasmissibilità dei diritti patrimoniali, facendo richiamo agli articoli successivi per eventuali specificazioni ed eccezioni⁸¹, mentre non istituisce un contratto tipico di cessione delle singole facoltà esclusive⁸²; il riferimento ai diritti di utilizzazione implicitamente nega la possibilità di circolazione giuridica dei diritti morali d'autore, cosa di cui si ha un riscontro espresso nel primo comma dell'art. 21 l.aut.:

⁸¹ Ad esempio il diritto di opporsi alla pubblicazione dell'opera incompiuta, di cui all'art. 121 l.aut., o quello di vigilare sulla rappresentazione o esecuzione dell'opera, di cui all'art. 138 l.aut.; le particolari norme dettate dal contratto di edizione per le stampe saranno analizzate in dettaglio nel prossimo capitolo.

⁸² Cfr. Cass. 17 aprile 2002, n°5461, in AIDA, 2002, 534 ss, con nota di AMMENDOLA.

[1] I diritti indicati nei precedenti articoli⁸³ sono inalienabili.

Esercitando la propria autonomia contrattuale l'autore, che in questa materia acquista la capacità di agire a 16 anni⁸⁴, può attuare la diffusione dell'opera come meglio crede, disponendo di una o più delle facoltà esclusive di cui è titolare, stabilendo per contratto le concrete modalità di pubblicazione.

Come si è già accennato⁸⁵, la l.aut. tende a massimizzare il controllo dell'autore sui diritti patrimoniali, scomponendoli in plurime sottofacoltà autonomamente negoziabili: proprio il passaggio dall'editoria cartacea a quella elettronica ha fatto emergere la portata pratica di questo principio. In materia il problema si è posto, agli albori della pubblicazione digitale, con riferimento ai contratti editoriali già in essere, avendo alcune case editrici statunitensi deciso di provvedere unilateralmente alla pubblicazione in forma e-book di opere di cui detenevano i diritti per l'edizione tradizionale, pur non specificando i relativi contratti alcunché circa i diritti di edizione elettronica, non essendo tale ipotesi neppure contemplabile all'epoca della stipula.

Il primo conflitto di questo tipo si ebbe nel 2002⁸⁶, quando alcuni autori concessero alla casa editrice Rosetta Books i diritti di edizione digitale per opere che avevano precedentemente concesso in pubblicazione alla Random House Inc., uno dei più grandi editori statunitensi: questa in particolare contestava la legittimazione degli autori a cedere ad altri i diritti digitali, sostenendo che questi fossero stati già ad essa

⁸³ In particolare, il diritto di rivendicare la paternità dell'opera e di opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione od altra modificazione, ed a ogni atto a danno dell'opera stessa, che possano essere di pregiudizio al suo onore o alla sua reputazione (art. 20); inoltre l'autore di un'opera anonima o pseudonima ha sempre il diritto di rivelarsi e di far riconoscere in giudizio la sua qualità di autore, nonostante qualunque precedente patto contrario (art. 21).

⁸⁴ Ex art. 108 l.aut.

⁸⁵ Cfr. *supra*, par. 6.

⁸⁶ Random House, inc. v. Rosetta Books, LLC, 283 F.3d 490 (2nd Cir. 2002); un commento alla sentenza, accompagnato a un breve riepilogo delle pronunce in materia analoga e delle posizioni dottrinali sul tema negli Stati Uniti è reperibile in TEPFER, *The Policy Considerations of New Use Copyright Law as it Pertains to Ebooks*, Minn. Intell. Prop. Rev. 2002-2003, 393 ss.

ceduti con l'originale contratto di edizione. Argomentando dall'esegesi del testo contrattuale, i giudici ritennero invece che formule come "to print, publish and sell the work in book form", o anche "to publish the work at its own expense and in such a style and manner and at such a price as [Random House] deems suitable" fossero inadeguate a garantire una cessione ampia dei diritti, non potendosi considerare libro e libro elettronico un medesimo prodotto. Dietro questa presa di posizione, si intravede comunque una chiara scelta di politica del diritto: l'attribuzione di un contenuto troppo ampio agli atti di cessione dei diritti, visto il rapido evolvere delle tecnologie e dei mezzi di fruizione, rischierebbe di disincentivare la cessione degli stessi da parte degli autori che, vedendosi negata la possibilità di negoziare i diritti di sfruttamento per i nuovi utilizzi, rischierebbero di essere privati in breve tempo della redditività della propria opera.

Nel panorama normativo nazionale i principi regolatori della materia sono sostanzialmente analoghi e dall'analisi del dettato normativo emerge, anche nel nostro ordinamento, l'autonomia del diritto di pubblicazione digitale come separato e distinto rispetto dal diritto classico di pubblicazione per le stampe. Plurime disposizioni legislative lasciano intendere come ogni cessione di diritti esclusivi debba essere espressa, e ciò a maggior tutela dell'autore, tradizionalmente concepito come soggetto debole del rapporto: tanto l'art. 2581 cod.civ., quanto l'art. 110 l.aut. prescrivono la forma scritta ad probationem di ogni atto di cessione dei diritti di sfruttamento, stabilendo dunque un requisito di chiarezza negli atti di negoziazione dei diritti che, consacrati in un testo scritto, impongono alle parti di delimitare i confini dell'accordo, evitandosi così molti dei conflitti che potrebbero sorgere dalla vaghezza di pattuizioni orali.

Su queste basi le norme speciali sul contratto di edizione, riconosciuta la natura asimmetrica dei rapporti fra autori ed imprenditori, dettano canoni interpretativi del

contratto volti a circoscrivere l'oggetto della cessione a quanto specificamente pattuito, come si evince dall'art. 119 l.aut.:

[I] Il contratto può avere per oggetto tutti i diritti di utilizzazione che spettano all'autore nel capo dell'edizione, o taluni di essi, con il contenuto e per la durata che sono determinati dalla legge vigente al momento del contratto.

[II] Salvo patto contrario, si presume che siano stati trasferiti i diritti esclusivi.

[III] Non possono essere compresi i futuri diritti eventualmente attribuiti da leggi posteriori, che comportino una protezione dei diritti di autore più larga nel suo contenuto o di maggiore durata.

[IV] Salvo pattuizione espressa, l'alienazione non si estende ai diritti di utilizzazione dipendenti dalle eventuali elaborazioni e trasformazioni di cui l'opera è suscettibile, compresi gli adattamenti alla cinematografia, alla radiodiffusione ed alla registrazione su apparecchi meccanici.

[V] L'alienazione di uno o più diritti di utilizzazione non implica, salvo patto contrario, il trasferimento di altri diritti di che non siano necessariamente dipendenti dal diritto trasferito, anche se compresi, secondo le disposizioni del Titolo I, nella stessa categoria di facoltà esclusive.

Premesso che la giurisprudenza ha ritenuto alcune delle limitazioni all'autonomia privata imposte dallo schema tipico come espressione di norme generali applicabili ad ogni contratto avente effetti dispositivi dei diritti patrimoniali di autore⁸⁷, si osserva come il primo comma dell'art. cit. individui la potenziale estensione dell'oggetto della cessione dei diritti, affermando che essa può riguardare tanto l'interesse di essi, quanto una loro parte, con il contenuto e la durata determinati in base alla legge vigente all'atto della stipulazione. Ciò da un lato conferma il principio secondo cui la cessione generale dei diritti non è affatto presunta, dall'altro limita implicitamente la cessione ai diritti così come esistenti al momento della conclusione del contratto, rimettendo nelle mani dell'autore qualunque loro accrescimento, in durata o in estensione, che derivi da

⁸⁷ Si ritengono applicabili in via generale la norma sul patto espresso, richiesto dal quinto comma dell'art. 119 l.aut., per la cessione dei diritti non necessariamente dipendenti dal diritto ceduto; l'esclusione della cessione dei diritti conferiti da leggi successive, prevista dal terzo comma art. cit.; le limitazioni alle cessioni dei diritti sulle opere future e su quelle da creare, ex artt. 120 e 121 l.aut.; cfr. Trib. Roma 26 giugno 2001, in Giur. It. 2002, 2340; Trib. Udine 7 novembre 1987, in Dir. Aut. 1988, 599.

modifiche normative successive: il concetto è esplicitato e chiarito nel terzo comma, dove si aggiunge il divieto di cedere diritti derivanti da leggi future, così da proteggere l'autore da scelte incaute e azzardate che, oltretutto, avrebbero ad oggetto la cessione di un bene futuro, eventuale e di rilevanza economica indeterminata e indeterminabile, con possibile nullità ex art. 1418, secondo comma, cod.civ., in relazione al requisito della determinabilità dell'oggetto di cui all'art. 1346 cod.civ. Argomentando da questa ratio si ritiene, tuttavia, che la legge non vieterebbe la negoziazione di diritti futuri ogniqualvolta questi siano chiaramente determinabili: si consideri ad esempio il caso di un nuovo diritto riconosciuto da un progetto di legge ancora in fase di discussione al Parlamento⁸⁸.

Il secondo comma dell'art. cit. è strettamente legato a profili economici dell'industria libraria, motivo per cui se ne rinvia l'analisi al capitolo successivo, mentre il quarto comma esprime un principio generale di enorme importanza: la presunzione, salvo patto contrario, della riserva dei diritti di sfruttamento delle elaborazioni e trasformazioni di cui l'opera è suscettibile, con ciò fornendo un forte addentellato testuale a vantaggio degli autori in situazioni simili a quella verificatasi nel caso Random House⁸⁹; stessa filosofia segue l'ultimo comma, che limita (argomento *a contrario*) la presunzione di trasferimento ai soli diritti necessariamente dipendenti dal diritto trasferito, senza che assuma rilevanza la categoria di facoltà esclusive a cui questi appartengano, con ciò confermando, se ancora ve ne fosse bisogno, la regola per cui gli

⁸⁸ Il principio della tutela dell'autore dall'inavveduta cessione di diritti futuri di cui non può conoscere ancora il valore economico, così come anche l'esempio riportato di eccezione alla regola, si ritrovano già nelle osservazioni della commissione ministeriale che redasse il progetto della l.aut.: cfr. V.M. DE SANCTIS E FABIANI, *I contratti di diritto di autore*, 31 (nota 62).

⁸⁹ Preso atto degli indirizzi interpretativi sull'attribuzione dei diritti per eventuali nuovi modi di utilizzazione, la prassi contrattuale si è presto orientata verso formule ampie e aperte, estese fino al massimo concesso dalla legge; cfr. ad es., per l'Italia, i formulari presenti in DI FONZO, *Il contratto di edizione per le stampe*, in CASSANO, *I singoli contratti*, 3044 ss., e in BELLANI e CHIMIENTI, *Il diritto d'autore nella prassi contrattuale*, 171 ss.

unici diritti che si trasferiscono sono quelli espressamente indicati nel contratto di cessione o concessione: non pare che il diritto di pubblicazione elettronica presenti questo carattere di dipendenza necessaria, stante il fatto che la condizione richiesta dalla legge perché operi la presunzione di trasferimento è quella di un collegamento necessario che in tanto può ritenersi esistente, in quanto il venir meno della possibilità di esercitare il diritto collegato renderebbe impossibile lo sfruttamento anche del diritto principale, il che evidentemente non avviene nel caso di specie⁹⁰.

Alla luce delle norme positive esaminate, appare dunque palese come il diritto di edizione digitale assuma una propria autonomia, non costituendo mera specificazione del diritto di pubblicazione per le stampe, ma assurgendo al rango di vero e proprio diritto autonomo, sorto non per legge, ma in forza del progresso tecnologico, che ha permesso questa nuova forma di oggettivizzazione dell'opera, come tale meritevole di autonoma tutela: le modalità contrattuali di esercizio di tale nuovo diritto saranno trattate nei prossimi due capitoli.

⁹⁰ Interessante spunto può venire dalla giurisprudenza statunitense, in specie dal caso *Kirke La Shelle Co. v. Paul Armstrong Co.*, 188 N.E. 2d (1933), in cui la corte d'appello, in riforma della sentenza di primo grado, ritenne che il contratto di cessione dei diritti per la realizzazione di un film muto includesse implicitamente anche quelli per la realizzazione di un film sonoro (tecnologia sviluppata successivamente alla stipulazione del contratto): in questo caso i diritti esclusivi sulla nuova utilizzazione non potevano essere riservati all'autore senza svuotare di contenuto le ragioni del produttore cinematografico (non a caso la decisione è anche citata spesso in materia di interpretazione del contratto secondo buona fede). È interessante notare anche la differenza rispetto al successivo caso *Random House*, in cui la cessione del sopraggiunto diritto esclusivo di pubblicazione digitale non si poneva in un rapporto di pregiudizialità con lo sfruttamento del diritto di pubblicazione per le stampe.

CAPITOLO SECONDO

IL LIBRO ELETTRONICO E IL CONTRATTO DI EDIZIONE PER LE STAMPE

SOMMARIO: 2.1. Il contratto di edizione per le stampe: lo strumento tipico di esercizio del diritto di pubblicazione. – 2.2. Il contratto di edizione a contenuto ampio e l'editore "integrato". – 2.3. Segue: la sostanziale identità di causa del contratto; confronto con il caso dell'edizione musicale. – 2.4. Segue: una lettura "storicamente orientata" del contratto di edizione per le stampe – 2.5. La numerazione ISBN. – 2.6. Il contratto di edizione per le stampe applicato alla pubblicazione dell'e-book. – 2.6.1. Art. 119 l.aut.: la circoscrizione dei diritti ceduti; la questione aperta della sintesi vocale. – 2.6.2. Art. 122 l.aut.: modello "per edizione" e modello "a termine"; concreta applicabilità nella realtà digitale. – 2.6.3. Art. 123 l.aut.: la marcatura delle copie. – 2.6.4. Art. 124 l.aut.: la pluralità di edizioni nel contesto digitale. – 2.6.5. Artt. 125 – 128 l.aut.: obblighi dell'autore e obblighi dell'editore. – 2.6.6. Art. 129 l.aut.: il diritto dell'autore a correggere l'opera. – 2.6.7. Artt. 130 e 131 l.aut.: il compenso dell'autore; il problema della determinazione del prezzo al pubblico nel mercato digitale. – 2.5.8. Art. 133 l.aut.: insuccesso dell'opera e acquisto dell'invenduto: sostanziale inapplicabilità. – 2.7. Conclusioni.

2.1. IL CONTRATTO DI EDIZIONE PER LE STAMPE: LO STRUMENTO TIPICO DI ESERCIZIO DEL DIRITTO DI PUBBLICAZIONE.

La sezione III del capo II del terzo titolo della l.aut. contiene l'insieme degli articoli – dal 118 al 135 – che regolano la fattispecie tipica del contratto di edizione, schema che, come si è già accennato⁹¹, è anche espressione di norme di applicazione generale. Questo contratto tipico costituisce, nell'ordinamento italiano, l'unico strumento legislativamente regolamentato per esercitare il diritto di pubblicazione dell'opera, pur

⁹¹ Cfr. *supra*, nota 85.

suddividendosi, come si vedrà, in due diversi sottoschemi: il contratto di edizione “a termine” ed il contratto di edizione “per edizione” (art. 122 l.aut.).

La disposizione di apertura della sezione sul contratto di edizione, precisato che trovano senz’altro applicazione anche le pertinenti norme generali contenute nel capo II (Diritti di utilizzazione), lo definisce come

il contratto con il quale l'autore concede ad un editore l'esercizio del diritto di pubblicare per le stampe, per conto e a spese dell'editore stesso, l'opera dell'ingegno.

È un contratto bilaterale e commutativo⁹², a esecuzione continuata⁹³, che comporta obbligazioni di fare corrispettive⁹⁴: fin dalla definizione appare chiaro come gli interessi di autore ed editore non siano contrapposti, ma si orientino entrambi nella direzione di rendere possibile, realizzare e promuovere la diffusione commerciale dell’opera dell’ingegno.

Altra caratteristica che merita di essere evidenziata fin da subito, è il particolare regime di attribuzione dei diritti di pubblicazione all’editore, che non avviene per cessione definitiva, ma tramite concessione: la conseguenza giuridica dell’avvenuta stipula del contratto è stata descritta, quanto alla trasmissione del diritto, come effetto derivativo-costitutivo⁹⁵, trasmettendosi all’avente causa non l’originale, pieno diritto che appartiene all’autore a titolo originario, ma un nuovo diritto di contenuto minore, pur opponibile di norma *erga omnes*⁹⁶, anche all’autore, e caratterizzato quindi più dalla

⁹² GRECO, *I diritti sui beni immateriali*, 313.

⁹³ V. DE SANCTIS, *Contratto di edizione*, in CICU e MESSINEO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, 192.

⁹⁴ Cfr. App. Torino 15 gennaio 1949, ord., Riv. dir. comm. 1949, 202 ss.

⁹⁵ Cfr. DE GREGORIO, *Il contratto di edizione*, 113.

⁹⁶ Il secondo comma dell’art. 119 l.aut., di cui si era in precedenza omessa la trattazione, stabilisce una presunzione di trasferimento dei diritti esclusivi: ciò a garanzia dell’investimento dell’editore, che evita così di dover affrontare la concorrenza altrui nella pubblicazione della medesima opera, potendo controllare direttamente l’eventuale concessione di sublicenze e finanche convenire in giudizio l’autore, nel caso in cui costui decidesse di concedere a terzi il diritto di pubblicazione della medesima opera nella vigenza del precedente contratto di edizione; di converso, qualora le pattuizioni prevedano la concessione di un semplice diritto non esclusivo, l’editore potrà vantare un diritto di natura meramente obbligatoria,

realtà che dalla obbligatorietà: l'autore non perde dunque la titolarità del diritto di pubblicazione (e dei diritti funzionalmente collegati), ma per tutta la durata del contratto di edizione questi rimarranno tuttavia compresi dall'esistenza del diritto costituitosi in capo all'editore, in maniera simile alla compressione del diritto di proprietà che sperimenta il proprietario nei confronti di chi vanta un diritto reale di godimento.

L'effetto derivativo-costitutivo proprio del contratto di cui si parla è anche il principale elemento di distinzione rispetto al contratto di compravendita dei diritti: l'autore è infatti libero, nell'ambito della propria autonomia privata, di realizzare un trasferimento, parziale o integrale, dei diritti patrimoniali⁹⁷ che gli competono, stipulando un contratto di vendita ai sensi dell'art. 1470 cod.civ.⁹⁸ In tal caso il trasferimento dei diritti patrimoniali negoziati non lascerà residui nella sfera giuridica del dante causa, salvi in ogni caso gli inalienabili diritti morali, e non si produrranno tutti quegli altri effetti obbligatori che rendono quello di edizione una sorta di contratto associativo: in tale ipotesi, ad esempio, l'autore non potrà pretendere qualora l'acquirente dei diritti decida di non procedere alla pubblicazione dell'opera.

come tale inopponibile ai terzi (cfr. GRECO e VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in VASSALLI, *Trattato di diritto civile italiano*, 289 ss.).

⁹⁷ I diritti morali, si rammenta, sono sempre e comunque inalienabili: nel nostro ordinamento dunque, a stretto rigore, sarebbe nullo per contrarietà a norma imperativa il contratto con cui taluno, redatto uno scritto, lo ceda ad un terzo perché se ne affermi autore (c.d. *ghostwriting*), di modo che il vero autore potrebbe sempre ed in ogni momento promuovere un'azione di accertamento (imprescrittibile come il relativo diritto) per fare accertare giudizialmente la reale paternità dell'opera, malgrado qualsiasi pattuizione in contrario; una diversa lettura ritiene lecito il patto di *ghostwriting*, in quanto positivo esercizio del diritto morale di paternità dell'opera, sicché l'azione di accertamento della paternità sarebbe pur sempre possibile ed irrinunciabile, ma darebbe adito a responsabilità contrattuale: cfr. AIDA 2010, 1367, nota 1.

⁹⁸ La pattuizione di un compenso calcolato a percentuale, come avviene di norma nel contratto di edizione, non vale di per sé a ricondurre un contratto di cessione di tutti i diritti allo schema tipico: cfr. App. Roma 3 agosto 1993, in IDA 1995, 160.

Altra ipotesi da non confondere con il contratto di edizione è quella in cui l'autore, pagando un corrispettivo in denaro, ottiene la stampa di un certo numero di copie della propria opera e la loro distribuzione: si ha in questo caso un semplice contratto di appalto⁹⁹, anche nel caso in cui il compenso sia calcolato a percentuale sui ricavi¹⁰⁰, mentre nel contratto di edizione gli oneri economici sono sempre ed indefettibilmente a carico dell'editore¹⁰¹.

Bisogna chiedersi a questo punto se sia possibile ricorrere allo schema tipico anche per la pubblicazione in forma digitale, non essendo ovviamente l'ipotesi espressamente contemplata nel testo normativo: la questione non è di secondaria importanza, costituendo lo schema nominato una forma di tutela nei confronti di un soggetto ritenuto fisiologicamente debole e quindi meritevole di particolare tutela, di modo che non riconoscere la sussumibilità dell'edizione digitale sotto lo schema tipico equivarrebbe a lasciare un soggetto spesso volte privo di potere contrattuale in balia di un contraente forte ed in grado di imporre condizioni inique¹⁰².

Nel cercare di sostenere un'applicazione estensiva dello schema tipico, non offre particolari appigli l'argomento testuale, che si pone anzi come un ostacolo: l'espressione "pubblicare per le stampe" ha infatti tradizionalmente ricevuto da parte della giurisprudenza, sostenuta anche dalla dottrina, un'interpretazione restrittiva. Il primo comma dell'art. 119 afferma che

⁹⁹ Cfr. Trib. Vicenza, sez. I, 6 giugno 2006 n°889, in banca dati JusExplorer (redazione Giuffrè), che ribadisce anche la necessità, perché si abbia un contratto di edizione in senso proprio, che sia l'editore a sostenere tutti i costi dell'edizione.

¹⁰⁰ Cfr. Cass., sez. I, 18 febbraio 1955, in Dir. aut., 1955, 338.

¹⁰¹ Cfr., ad esempio, Trib. Torino, sez. I, 15 marzo 2013, in banca dati JusExplorer (redazione Giuffrè).

¹⁰² Nei casi di forte asimmetria contrattuale spesso interviene il legislatore, imponendo norme inderogabili a tutela della parte debole: sono un esempio di questa tendenza legislativa le norme sul contratto del consumatore, contenute negli artt. 33 ss. codice del consumo, d.lgs. del 6 settembre 2005, n°206, pubblicato in G.U. n°235 dell'8 ottobre 2005, e la legge sulla subfornitura, l. 18 giugno 1998, n. 192, pubblicata in G.U. n. 143 del 22 giugno 1998, in particolare per quanto riguarda l'art. 9 (Abuso di dipendenza economica).

il contratto può avere per oggetto tutti i diritti di utilizzazione che spettano all'autore nel capo dell'edizione (enfasi aggiunta)

così che sembrerebbe possibile estenderne l'ambito di applicazione anche al di fuori del tradizionale processo di stampa del libro, come riportano DE SANCTIS e FABIANI, i quali affermano che tale ultima formula "ha costituito argomento per ritenere che il contratto di edizione possa aver riferimento ai diritti appartenenti al campo dell'edizione inteso in senso lato e, cioè, non solo all'edizione per le stampe, ma altresì ad ogni procedimento di impressione", cosicché "sarebbe indifferente il mezzo intermediario (onda sonora, laser, ecc.) e sarebbe indifferente la materia che subisce l'impressione", salvo poi sostenere che, in considerazione della struttura del contratto, l'espressione "edizione per le stampe" debba intendersi nel senso di edizione su carta o materiale analogo¹⁰³; analogamente si è espressa la giurisprudenza, di cui si riporta una massima a titolo di esempio:

Il contratto di edizione, quale definito dall'art. 118 l. 22 aprile 1941 n°633, è solo quello con cui la riproduzione grafica dell'opera avviene su carta o su materiale analogo, con esclusione, pertanto, della riproduzione da eseguirsi con altre modalità, quali registrazioni, incisioni e così via. A tali contratti di riproduzione di opere musicali non si applica il termine ventennale previsto dall'art. 122 l.cit.¹⁰⁴

Va sottolineato, però, come la sentenza citata avesse ad oggetto un caso di edizione musicale, fattispecie pacificamente riconosciuta atipica per le notevoli differenze che la separano dall'edizione libraria, così che questo principio di diritto potrebbe essere agevolmente superato nell'ipotesi dell'edizione dell'e-book, come si approfondirà *infra*. Anche BELLANI e CHIMIENTI¹⁰⁵, pur partendo dalla considerazione che l'opera dell'ingegno necessiti comunque di essere fissata su un supporto, sia questo anche un CD o la

¹⁰³ Citazione riportata in DI FONZO, *op cit.*, 2206.

¹⁰⁴ Trib. Milano 25 novembre 1997, in IDA 1994, 97.

¹⁰⁵ *Op.cit.*, 142.

memoria fissa del PC, e che col termine edizione si intende comunemente anche il processo di registrazione fonomeccanica o la stampa dei negativi della pellicola cinematografica, finiscono poi per fermarsi di fronte al dato testuale, concludendo che “quando l’edizione è per le stampe l’opera deve essere riprodotta su supporto cartaceo, non rientra pertanto in questa ipotesi la riproduzione e divulgazione di un’opera tramite Internet, supporti digitali di lettura.”

Posto che, come è d’uso dire, *rubrica non facit legem*, poco più di un flebile appiglio si potrebbe individuare nel fatto che la sezione di cui si discorre rechi in intestazione solo la formula “contratto di edizione”, senza altro aggiungere, e l’argomento sembrerebbe avere ancor meno valore in considerazione della specificazione “per le stampe” presente nel testo normativo dell’articolo di apertura; questi dati testuali non paiono tuttavia costituire un ostacolo insormontabile ad una lettura estensiva che permetta di applicare lo schema tipico anche al di fuori dell’edizione per le stampe, e ciò quando non ci si fermi alla lettura della prima norma della sezione, come è stato fatto dagli autori citati, ma si proceda ad un’interpretazione sistematica di essa che tenga conto anche degli articoli che seguono: il primo comma dell’art. 119 l.aut. afferma infatti che

Il contratto può avere per oggetto tutti i diritti di utilizzazione che spettano all'autore nel caso dell'edizione, o taluni di essi (...).

Si torna qui ad una formula più generica, a cui si accompagna anche un riferimento alla totalità dei diritti di utilizzazione, implicando che oggetto della negoziazione, anche nell’ambito del contratto tipico di edizione, possano essere dunque non solo i diritti relativi alla c.d. “edizione carta”, ma anche tutti gli altri.

Taglia invece il nodo di Gordio AMMENDOLA¹⁰⁶, avanzando una lettura della locuzione “per le stampe” che identifica con essa il novero delle opere per le quali la riproduzione è condizione sufficiente alla fruizione umana, in contrapposizione a quelle che richiedono anche l’ulteriore intermediazione di un artista interprete o esecutore: aderendo a questa linea di pensiero sarebbe pertanto indifferente che la pubblicazione avvenga su carta, CD-ROM o accesso remoto via *cloud*, essendo rilevante il tipo di opera e non la sua estrinsecazione materiale.

2.2. IL CONTRATTO DI EDIZIONE A CONTENUTO AMPIO E L’EDITORE “INTEGRATO”.

Si è appena detto come il primo comma dell’art. 119 l.aut. contenga una formula che, verosimilmente, legittima la redazione di contratti di edizione con contenuti anche trascendenti la classica “edizione carta” che il legislatore del 1941 aveva in mente.

Questa presa di posizione non è arbitraria, ma trova solide fondamenta anche nella giurisprudenza di legittimità: afferma infatti il supremo collegio che

La pubblicazione per la stampa non è effetto esclusivo del contratto di edizione perché proprio la norma dell’art. 119 della legge speciale dimostra che detto contenuto può essere arricchito con la previsione di altre forme di sfruttamento commerciale. (...) È, pertanto, la predetta l.aut., all’art. 118, posto nella sezione dedicata al contratto di edizione, a chiarire anzitutto che esso è il contratto con il quale l’autore concede ad un editore il diritto di “pubblicare per la stampa”. Quindi, all’articolo successivo precisa che esso contratto può avere ad oggetto “tutti i diritti di utilizzazione che spettano all’autore.”¹⁰⁷

La sentenza citata enuncia un principio dirimente: nell’ambito di un contratto di edizione avente ad oggetto la pubblicazione di un libro in forma tradizionale potranno senz'altro essere introdotte clausole relative ad altre tipologie di sfruttamento commerciale, il che

¹⁰⁶ Cfr. nota a Cass. 23 giugno 1998, n° 6239, in AIDA 2000, 559.

¹⁰⁷ Cass. 23 giugno 1998, n°6239, in Corr. Giur. 1998, 1162.

vale dire – nel nostro caso – che, quantomeno nel caso in cui l'edizione digitale costituisca un accessorio della pubblicazione per le stampe, essa sarà senz'altro assoggettabile al regime dettato per lo schema tipico.

Questo sembra essere il limite della pronuncia in commento, ovvero sia il suo richiedere come sostrato su cui costruire il contratto tipico di edizione digitale un contratto tradizionale di pubblicazione per le stampe, con ciò negando apparentemente l'ipotesi di un utilizzo diretto dello schema nominato nei casi in cui non sia presente una fundamenta riconducibile all'*édition carte*: per verificare la ragionevolezza di questa lettura, sembra opportuno calarla dall'astrattezza dei principi nella concretezza della realtà, così da verificare quali siano le pratiche conseguenze che essa comporta.

L'ipotesi più frequente nella pratica è quella delle case editrici medio-grandi che, decidendo di aggiornare il proprio modello di business, affiancano alla forma tradizionale di pubblicazione anche la messa in commercio dell'edizione digitale: ignorando qui la difficoltà, di cui si è dato conto, relativa all'ottenimento dei diritti di pubblicazione elettronica per opere già acquisite a catalogo prima che si ponesse il problema dei diritti digitali¹⁰⁸, la situazione appare fin qui piuttosto lineare, potendosi fare ricorso senza difficoltà ai principi dettati dalla Cassazione nella sentenza citata.

Nel caso di distributori online che operino nel circuito della distribuzione di prodotti digitali senza essere però al contempo editori, il problema non si pone fintanto che le opere da distribuire rientrino nel novero delle produzioni commerciali edite dai soggetti di cui si è detto poc'anzi: costoro infatti, come avviene da sempre nel settore editoriale, si saranno verosimilmente riservati contrattualmente il diritto di concedere, a pagamento, sub-licenze a terzi¹⁰⁹, siano essi editori che intendano espandere il proprio

¹⁰⁸ Il problema è stato affrontato *supra* al cap. 1, par. 7.

¹⁰⁹ Cfr. i formulari cui si è già fatto rinvio *supra* alla nota 89.

catalogo o meri distributori: in questo ultimo senso, Amazon rappresenta un ottimo esempio di terzo concessionario.

Problemi più seri iniziano a manifestarsi quando una precedente cessione dei diritti non ci sia stata, o quando l'autore, per sua scelta o per necessità, come nel caso in cui si sia visto negare la pubblicazione dagli editori "tradizionali", scelga per ripiego di rivolgersi a realtà più piccole che operano solo in forma elettronica: in questa ipotesi il diritto di prima pubblicazione non viene esercitato congiuntamente alla pubblicazione per le stampe, ma in via autonoma, attraverso la esclusiva concessione dei diritti di riproduzione digitale, sembrando tuttavia inopinato che questo fatto, puramente accidentale, possa da solo incidere sullo strumento giuridico utilizzabile, essendo manifestamente irragionevole che il contraente, peraltro plausibilmente in condizione deteriore rispetto a chi sia stato in grado di accedere ad un contratto di edizione tradizionale, si veda ulteriormente gravato dall'applicazione incondizionata dei principi comuni dell'autonomia contrattuale, che presuppongono parti dotate di pari forza negoziale, rischiando addirittura di firmare, in difetto dell'argine posto dalle norme imperative, una concessione di licenza perpetua¹¹⁰; la sperequazione appare ancora più evidente nel caso in cui un contratto di tal fatta sia stipulato con un editore tradizionale, che otterrebbe una concessione dei diritti digitali vincolata entro i venti anni nel caso di contratto complesso, mentre non incontrerebbe alcuna limitazione temporale nella diversa ipotesi di pubblicazione esclusivamente immateriale.

Le considerazioni sopra riportate inducono così a ritenere che non sia privo di ragioni chi affermi l'applicabilità dello schema tipico anche oltre l'angusto limite segnato da un'intransigente lettura del mero dato letterale: le norme e le limitazioni di cui agli

¹¹⁰ I limiti di durata del contratto, di cui all'art. 122 l.aut., non rientrano infatti nei principi generali applicabili indistintamente ad ogni forma di negoziazione dei diritti esclusivi; sul punto, cfr. *supra* alla nota 86.

artt. 118 ss. l.aut. dovrebbero quindi trovare piena applicazione, in quanto compatibili, tutte le volte in cui il testo contrattuale non lasci chiaramente intendere che le parti avessero inteso adottare non uno schema riconducibile all'edizione, e quindi gravido di quella pluralità di diritti e obblighi reciproci che tale contratto caratterizzano, ma un'operazione economica radicalmente diversa, come una vendita ai sensi dell'art. 1470 cod. civ. Sulla necessità di vagliare con occhio critico il testo contrattuale, a tutela dell'interesse dell'autore, facile preda di editori rapaci, già si esprimeva la Corte di cassazione in tempi estremamente risalenti¹¹¹, stabilendo che l'interprete non debba farsi trarre in inganno dalla lettura delle singole clausole, in cui spesso figurano termini come "cessione del diritto di pubblicazione", quando non addirittura "cessione-vendita" dello stesso, ma dovrà tenere sempre a mente le finalità complessive dell'accordo, applicando di conseguenza la disciplina normativa più confacente.

2.3. SEGUE: LA SOSTANZIALE IDENTITÀ DI CAUSA DEL CONTRATTO; CONFRONTO CON IL CASO DELL'EDIZIONE MUSICALE.

L'ipotesi che qui si sostiene è corroborata anche dall'analisi del contenuto dei due contratti in oggetto, emergendo plasticamente la loro somiglianza nel confronto con un contratto diverso e legittimamente escluso dall'applicazione analogica delle norme tipiche sull'edizione: il c.d. contratto di edizione musicale.

Al di là di alcuni aspetti controversi, come la costruzione giuridica del trasferimento dei diritti di pubblicazione, la natura del contratto di edizione per le stampe è pacifica in dottrina: è, come già si è detto, un contratto nominato, concluso generalmente *intuitu personae*, a titolo oneroso, che rientra nei contratti bilaterali,

¹¹¹ Cfr. Cass. 5 aprile 1930, in Giur. it., 1930, I, 1, 543.

consensuali, a esecuzione continuata e che comporta obbligazioni con prestazioni corrispettive e complesse (obbligo di dare e di fare, *facio et do ut facias et des*); la sua causa tipica è la concessione temporanea all'editore dei diritti di sfruttamento dell'opera, così che possa realizzarne e distribuirne gli esemplari (attività che costituiscono un obbligo nei confronti dell'autore ed il cui inadempimento può legittimare la risoluzione del contratto), accettando di sopportare ogni relativa spesa ed il conseguente rischio d'impresa¹¹².

Se si prendono in considerazione i diritti e gli obblighi che sorgono dal contratto ci si accorge che, da questa prospettiva, ben poche differenze intercorrono fra un'edizione per le stampe ed un'edizione digitale, riguardando le variazioni esclusivamente il modo in cui gli obblighi si esplicitano, mentre il contenuto di fondo di questi resta immutato: che si traduca nell'obbligo di procedere alla stampa e alla distribuzione dei libri, ovvero in quello di realizzare un file informatico da caricare su un server così da renderlo acquistabile e scaricabile da chi ne abbia interesse, è certo che sempre del medesimo obbligo di pubblicare l'opera si sta parlando, e ciascuna delle due modalità senza dubbio realizza in concreto la causa astratta tipica prevista dalla norma. Se, come afferma la Cassazione, "la causa, posta direttamente dalla norma per ciascun contratto tipico, deve essere presente anche nel contratto concretamente posto in essere, il quale deve avere una funzione concreta che corrisponda ad una delle funzioni tipicamente e astrattamente determinate"¹¹³, il contratto di edizione elettronica, così per come lo si è sopra descritto, integra sicuramente, in concreto, lo schema causale descritto dalla norma, sicché negare la sua sussumibilità al di sotto di detto schema

¹¹² Cfr. V. DE SANCTIS, voce *Edizione (contratto di)*, in Enc. dir., XIV, 1965, sezione 7, consultata in formato elettronico.

¹¹³ Cfr. Cass. 27 luglio 1987, n°6492, in Mass. Foro it., 1987.

tipico significherebbe applicare regole diverse a contratti con causa sostanzialmente identica, il che non appare giustificabile.

La consolidata interpretazione che si dà al contratto di edizione musicale offre ulteriori evidenze della bontà della tesi qui sostenuta: così come ora ci si chiede se il contratto di pubblicazione dell'e-book sia riconducibile allo schema tipico di cui agli artt. 118 ss. l.aut., allo stesso modo, negli anni passati, ci si era posti il medesimo interrogativo circa il contratto di edizione musicale, addivenendo tuttavia a conclusioni negative. Scorrendo i repertori di giurisprudenza ci si imbatte soprattutto in pronunce relative alla richiesta di applicazione del termine ventennale di cui all'art. 122 l.aut., richieste sistematicamente rigettate sulla considerazione che l'edizione musicale costituirebbe un contratto atipico:

Il contratto di edizioni musicali, in quanto privo di una disciplina legale, al di fuori delle indicazioni contenute nell'art. 119 l. 22 aprile 1941 n°633, costituisce un negozio atipico. Ne consegue che l'accertamento dei diritti e degli obblighi non costituisce una questio iuris, ma integra piuttosto una questio voluntatis.¹¹⁴

Sulla linea di questa, molte altre sentenze¹¹⁵. Questi pronunciamenti danno per assodata l'atipicità dell'edizione musicale, ma non spiegano le ragioni di fondo su cui tale assunto si fonda: la differenza radicale fra l'edizione digitale e l'edizione musicale appare invece lampante in quelle pronunce di merito che si soffermano sul punto:

¹¹⁴ Cfr. Cass. 6 novembre 2008, n°26626, in Riv. dir. ind. 2009, 465.

¹¹⁵ Cfr., ad esempio, Cass. 23 giugno 1998, n° 6239, in Giust. Civ. 1999, 171, con nota di SAMMARCO: "Il c.d. contratto di edizione musicale ha una propria autonomia contrattuale, per cui si differenzia dal contratto di edizione per le stampe, con la conseguenza che al primo non è applicabile il termine di durata di venti anni previsto per il secondo dall'art. 122 l. 22 aprile 1941 n°633."; Trib. Milano 12 marzo 1992, in IDA 1992, 390: "Il termine ventennale di cui all'art. 233 l.d.a. non è applicabile ai contratti in esame, valendo per i medesimi l'autonomia privata, stante il fatto che l'atipicità del contratto di edizione musicale vale a dispensare i contraenti dal suddetto termine ventennale, conferendo agli stessi contraenti la libertà di fare coincidere i tempi di cessione all'editore e di durata del diritto."

Al contratto di edizione relativo ad opera musicale non si applica il termine di durata ventennale di cui all'art. 233 dir. autore, in quanto in detto settore l'attività dell'editore non è limitata alla stampa ma altresì all'amministrazione e promozione per la conoscenza e la diffusione dell'opera, anche all'estero, presso i discografici e gli utilizzatori.¹¹⁶

In merito ai contratti di edizione musicale avuto riguardo al fatto che nei medesimi espressamente si prevede il trasferimento della piena ed assoluta proprietà dell'opera e ciò per tutto il periodo della protezione gli stessi non possono essere qualificati come contratti di edizione, ma debbono essere considerati come contratti di cessione di tutti i diritti economici dell'autore.¹¹⁷

Ciò che emerge dai passi citati è la rilevanza, ai fini dell'esclusione dell'applicabilità dello schema tipico, dei particolari obblighi che le parti assumono e delle finalità che tali obblighi mirano a realizzare: al contratto di edizione musicale non può applicarsi la disciplina dettata dalla legge per il contratto di edizione per le stampe perché diverse sono le funzioni economico-sociali dei due contratti, ma se ciò è vero, allora *a contrario* deve essere vera anche l'ipotesi della collocazione dell'edizione dell'e-book *sub specie* edizione per le stampe, per medesimezza di causa.

2.4. SEGUE: UNA LETTURA "STORICAMENTE ORIENTATA" DEL CONTRATTO DI EDIZIONE PER LE STAMPE.

Accanto a queste argomentazioni di stampo prettamente giuridico è utile affiancare alcune brevi considerazioni di tipo storico, relative al processo che ha portato alla tipizzazione legislativa del contratto di edizione¹¹⁸.

¹¹⁶ Cfr. Trib. Milano 24 febbraio 1995, in IDA 1997, 494.

¹¹⁷ Cfr. Tribunale Milano 12 marzo 1992, *cit.*

¹¹⁸ Cfr., per un'esposizione più approfondita dei profili storici, MOSCATI, *Alle radici del Droit d'auteur*, in LIOTTA, *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, vol. 2, 261 ss.

Sorvolando sulle vicende più risalenti e prendendo in esame solo gli ultimi due secoli notiamo che, finalmente riconosciuto agli autori un diritto soggettivo sulle proprie opere, da subito si pose la questione di come detto diritto potesse essere esercitato, suggerendo il ricorso allo schema della proprietà l'adozione del modello della compravendita, con cessione completa e definitiva dei diritti¹¹⁹; gli autori, evidentemente, non potevano essere soddisfatti da questo modello giuridico, il quale non garantiva loro un compenso parametrato al successo dell'opera, con l'ulteriore aggravio dell'impossibilità di stipulare un nuovo contratto con un diverso editore e a condizioni migliori, possibilità interdetta dal carattere globale dell'avvenuta cessione dei diritti.

Proprio al fine di evitare queste eccessive storture la prassi contrattuale, con progressivi livelli di standardizzazione, anche al di là dei singoli confini nazionali, elaborò in breve tempo un modello che prese convenzionalmente il nome di "contratto di edizione", il quale garantiva una limitazione al trasferimento dei diritti, vuoi attraverso l'apposizione di un termine temporale, vuoi con la determinazione di un numero massimo di esemplari riproducibili: si garantiva così al titolare dei diritti la possibilità di rinegoziare il contratto alla sua scadenza, contrattando da una posizione confacente alla notorietà nel frattempo acquisita presso il pubblico.

Sebbene, al contrario di altri stati¹²⁰, il Regno d'Italia non avesse ancora sanzionato il contratto in forma di schema tipico, con la legge sul diritto d'autore del

¹¹⁹ Per la ricostruzione storica e i riferimenti comparatistici che seguono, cfr. BERTANI, *Il contratto di edizione*, in BOCCHINI e GAMBINO, *I contratti di somministrazione e di distribuzione*, 797 ss.

¹²⁰ Il contratto di edizione assume forma tipica nell'Allgemeines Landrecht prussiano fin dal 1794, e nell'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch austriaco a partire dal 1811, con norme miranti ad integrare la volontà contrattuale e a correggere eventuali abusi, fondate sulla constatazione della posizione di debolezza dell'autore rispetto all'editore.

1865¹²¹ aveva quantomeno recepito le tendenze espresse dagli usi contrattuali, come emerge dalla disposizione dettata dall'art. 18 l.cit.:

Il permesso indeterminato di pubblicare un lavoro inedito o di riprodurre un'opera pubblicata non porta con sé l'alienazione indefinita del diritto di riproduzione. Il giudice in simili casi fisserà un termine dentro il quale, nell'interesse dell'editore, debba essere interdetta ogni nuova riproduzione dell'opera.

Sempre nell'ambito della prassi negoziale si sviluppano ulteriori clausole contrattuali miranti a vincolare l'editore alla pubblicazione dell'opera, così da impedire a costui, acquisiti in esclusiva i diritti di stampa, di ometterne liberamente l'immissione sul mercato, pregiudicando così l'interesse dell'autore alla divulgazione del proprio pensiero. Anche in questo caso è stata la legislazione a dover inseguire gli usi spontanei, evolutisi senza posa per trovare il miglior bilanciamento possibile fra gli interessi di autori ed editori: la successiva legge sul diritto d'autore, datata 1925¹²², prevede infatti nuove norme che mirano a tutelare la posizione dell'autore, integrando e anche rettificando la volontà delle parti quando questa sia tale da pregiudicare eccessivamente l'interesse dello scrittore a vedere la propria opera pubblicata¹²³; queste disposizioni, ancora sporadiche e acerbe, sbocciano poi, neanche vent'anni dopo, nella compiuta regolazione della legge a tutt'oggi vigente, offrendo finalmente uno schema completo del contratto di edizione.

¹²¹ Legge 25 giugno 1865 n. 2337 sui diritti spettanti agli autori delle opere dell'ingegno, pubblicata nella Raccolta Ufficiale delle leggi e decreti del Regno d'Italia, Stamperia Reale, Torino, 1865, n. 2337, ed in GU 5 luglio 1865 n. 162.

¹²² Regio decreto legge 7 novembre 1925 n. 1950. Disposizioni sul diritto di autore, pubblicato in Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia, Provveditorato Generale dello Stato – Libreria, Roma, 1925, n. 1950, ed in G.U. 20 novembre 1925 n. 270.

¹²³ L'art. 48 l.cit., ad esempio, prevede che "Il prezzo di copertina delle opere destinate alla pubblicazione per mezzo della stampa o di altri procedimenti analoghi è fissato dall'editore, previo tempestivo avviso all'autore. Salvo patto in contrario, questi ha diritto di opporsi a che il prezzo sia tale da pregiudicare gravemente i suoi interessi e la diffusione dell'opera."

Quello che si intende dimostrare con questa breve digressione storica è che l'evoluzione della legge in tema di protezione del diritto d'autore sconta da sempre un patologico ritardo nei confronti della realtà dei traffici commerciali, troppo veloci nella loro evoluzione perché uno strumento rigido come la legge possa stare al passo: testimoni di questa realtà sono anche i più recenti interventi, operati spesso con lo strumento emergenziale del decreto legge e senza mai aspirare a innovazioni di portata sistematica¹²⁴. Alla luce di queste considerazioni, interpretare il testo normativo in modo eccessivamente rigoristico, rifiutando di offrire copertura all'edizione digitale solo a causa di una scelta lessicale effettuata dal legislatore in epoca ormai remota, sembra in qualche modo tradire lo spirito stesso di una legge che ha sempre, e di volta in volta maggiormente in ognuna sue successive iterazioni, tentato di offrire la miglior tutela possibile al vero protagonista dell'industria dei contenuti, l'autore, cercando di emanciparlo da una condizione di sudditanza che fa poco onore all'alto ruolo sociale da costui ricoperto: la legge va sì interpretata secondo il senso "fatto palese dal significato proprio delle parole", ma anche secondo l'intenzione del legislatore¹²⁵, intenzione che

¹²⁴ Come è avvenuto con il d.l. 22 marzo 2004, n. 72, recante "Interventi per contrastare la diffusione telematica abusiva di opere dell'ingegno, nonché a sostegno delle attività cinematografiche e dello spettacolo", pubblicato in G.U. n.69 del 23 marzo 2004 e convertito con modificazioni dalla L. 21 maggio 2004, n. 128, pubblicata in G.U. 22 maggio 2004, n.119, o con altre disposizioni introdotte, sempre in tema di tutela penale, ad opera del d.l. 31 gennaio 2005, n. 7, pubblicato in G.U. n.24 del 31 gennaio 2005 e convertito con modificazioni dalla L. 31 marzo 2005, n. 43, pubblicata in G.U. 1 aprile 2005, n.75; in altri casi è stato utilizzato lo strumento del decreto legislativo, ma sempre per realizzare modifiche limitate, tendenzialmente per dare attuazione a direttive dell'Unione europea, come per il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 68, recante "Attuazione della direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione", pubblicato in G.U. n.87 del 14 aprile 2003. Per avere migliore contezza della quantità di interventi che la normativa in materia di diritto di autore ha subito negli anni, si rinvia a BELLANI e CHIMIENTI, *op.cit.*, 5, nota 5 (aggiornata fino al 2008).

¹²⁵ Cfr. art. 12 preleggi: "[I] Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. [II] Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato."

tanto maggior peso acquisisce quanto più il testo in cui essa è consacrata invecchia, così che questo possa mantenersi vitale anche a svariati decenni di distanza.

2.5. LA NUMERAZIONE ISBN.

Prima di iniziare l'esame analitico delle singole disposizioni che regolano il contratto di edizione, è opportuno fare una breve notazione circa la numerazione ISBN (International Standard Book Number). Con tale acronimo si indica un numero di 13 cifre che funge da identificativo univoco a livello internazionale di ogni determinato libro. Le prime tre cifre del codice identificano il "mondo del libro"; il secondo raggruppamento, di due cifre, individua il gruppo linguistico; le successive cinque cifre individuano l'editore; la terzultima e la penultima cifra identificano il titolo; l'ultima è una cifra di controllo, utilizzata come garanzia in caso di errori dovuti ad un'erronea trascrizione manuale del codice¹²⁶. Per l'Italia, l'assegnazione dei codici è gestita dall'agenzia ISBN-Italia, di cui è titolare l'Associazione Italiana Editori.

Se un libro è pubblicato in più edizioni, ciascuna di esse è dotata di un codice proprio, così da renderle facilmente distinguibili, purché si tratti di una vera e propria nuova edizione, non avendosi attribuzione di un diverso identificativo nel caso di semplici ristampe. Gli e-book, ai fini della numerazione ISBN sono considerati un'opera autonoma e ricevono, pertanto, un proprio codice; se la versione digitalizzata è pubblicata in più di un formato, ad esempio in .pdf e in .ePub, ciascuna di queste dovrà avere un codice diverso¹²⁷.

L'attribuzione di questo codice è oggi essenziale, in quanto necessaria per la corretta catalogazione dell'opera nei database bibliografici e per renderla vendibile

¹²⁶ Cfr. il sito istituzionale dell'agenzia che gestisce il sistema: <http://www.isbn.it/ISBN.aspx>.

¹²⁷ *Ibidem*, <http://www.isbn.it/ISBNeebook.aspx>.

attraverso la grande distribuzione. L'assegnazione dell'identificativo ISBN, nell'economia del contratto di edizione, compete all'editore.

2.6. IL CONTRATTO DI EDIZIONE PER LE STAMPE APPLICATO ALLA PUBBLICAZIONE DELL'E-BOOK.

Dopo aver esposto le ragioni che suffragano la tesi dell'applicabilità dello schema tipico al particolare caso dell'edizione digitale dell'e-book, occorre verificare l'effettiva compatibilità delle singole norme con la realtà informatica, essendo quello digitale un ambiente molto diverso da quello che il legislatore del 1941 aveva in mente: si procederà pertanto all'analisi dei singoli articoli, dando rilievo ai profili che presentino interesse in questa trasposizione, evidenziando gli eventuali adattamenti interpretativi che si rendano di volta in volta necessari. La norma di apertura, art. 118 l.aut., sarà tralasciata in quanto già trattata¹²⁸, così come sarà omessa la disamina degli articoli: 120 e 121, relativi al contratto avente ad oggetto opere da creare, che non necessitano di particolari adattamenti; 132, relativo ai casi in cui l'editore è ammesso a cedere i diritti acquisiti con il contratto di edizione; 134, relativo alla "estinzione"¹²⁹ del contratto di edizione, pur venendo alcuni aspetti rilevanti trattati altrove in maniera incidentale; 135, relativo al fallimento dell'editore.

¹²⁸ Cfr. *supra*, par. 1 di questo capitolo.

¹²⁹ La legge sul diritto d'autore, sebbene coeva al codice civile, è stata scritta tenendo a mente la disciplina del vecchio codice del 1865, il quale non presentava una sistemazione organica delle patologie del sinallagma: da qui l'impropria dizione "estinzione del contratto".

2.6.1. ART. 119 L. AUT.: LA CIRCOSCRIZIONE DEI DIRITTI CEDUTI; LA QUESTIONE APERTA DELLA SINTESI VOCALE.

Come si è già avuto modo di dire, l'art. 119 l.aut. contiene le disposizioni relative alla delimitazione dell'effetto derivativo-costitutivo proprio del contratto di edizione, ponendo una serie di presunzioni relative che permettono di ricostruire un impianto contrattuale compiuto anche a fronte di un testo redatto in maniera sommaria e lacunosa, con ciò tutelando l'interesse dell'autore ad avere la propria opera pubblicata, senza correre il rischio di vedersi opporre in un momento successivo un'eccezione di nullità per indeterminatezza dell'oggetto contrattuale.

Bisogna qui ricordare che i contratti aventi ad oggetto la negoziazione dei diritti patrimoniali d'autore sono soggetti alla regola della forma scritta *ad probationem*, ai sensi dell'art. 110 l.aut.¹³⁰, il che significa da un lato che le forme di pubblicità previste da disposizioni di legge e di regolamento hanno semplice funzione di pubblicità notizia e non svolgono alcun ruolo nel dirimere conflitti sulla titolarità dei diritti, fornendo soltanto prova dell'esistenza dell'opera, della sua avvenuta pubblicazione e della paternità dichiarata (è ammessa la prova contraria)¹³¹, dall'altro che troveranno applicazione le regole comuni su questo tipo di vincolo formale: il contratto sarà dunque senz'altro valido anche se stipulato solo in forma orale, ma nel momento in cui una parte ne contestasse l'esistenza, questa potrebbe essere dimostrata in giudizio solo tramite la produzione del documento, interdetta la prova per testimoni (art. 2725 cod. civ.), come anche quella per presunzioni (art. 2729 cod.civ.) e rimanendo aperte solo le strade della

¹³⁰ "La trasmissione dei diritti di utilizzazione deve essere provata per iscritto."

¹³¹ Cfr. art. 103 l.aut. comma primo, per l'istituzione presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (così è da intendersi il riferimento al soppresso Ministero della cultura popolare) del registro pubblico generale delle opere protette e comma quinto, per gli effetti legali della pubblicazione; le norme di attuazione sono contenute nel capo III (Registri di pubblicità e deposito di esemplari delle opere) del regolamento di esecuzione della l.aut., R.D. 18 maggio 1942, n.1369, pubblicato in G.U. 3 dicembre 1942, n. 286.

confessione giudiziale, spontanea o prodotta in esito all'esperienza dell'interrogatorio formale (artt. 2730-2735 cod.civ. e 228-232 c.p.c.) e del giuramento decisorio (artt. 2736-2739 cod.civ. e 233-239 c.p.c.), rimanendo peraltro percorribile, come di consueto, la via della prova testimoniale (e, di conseguenza, anche per presunzioni) nell'ipotesi in cui la parte interessata abbia, senza propria colpa, perduto il documento che le forniva la prova (combinato disposto degli artt. 2724, n°3 e 2725 cod.civ.). Nelle relazioni con i terzi vale invece la massima per cui le limitazioni alla prova civile sono poste dal legislatore non nell'interesse pubblico, ma per quello esclusivo dei contraenti, perché ponderino meglio le proprie scelte negoziali e definiscano chiaramente le scelte operate, di modo che il limite viene meno quando il contratto assuma rilevanza come mero fatto storico in una relazione con un terzo: la mancanza della prova documentale non potrà quindi, ad esempio, essere eccepita all'editore concessionario dei diritti esclusivi che abbia convenuto in giudizio un terzo, resosi colpevole dell'abusiva riproduzione dell'opera, per vederlo condannare per contraffazione.¹³²

Tornando in tema e ripercorrendo in parte quanto già detto, si può notare come le disposizioni suppletive dettate dall'art. 119 l.aut. operino nel senso di estendere la concessione dei diritti, in modo da rendere sempre concretamente possibile lo sfruttamento commerciale dell'opera, pur senza allargare l'ambito di efficacia della cessione oltre lo stretto necessario, sempreché non vi sia un consenso espresso in tal senso: si presumerà dunque che i diritti trasferiti abbiano il carattere dell'esclusività e che nel trasferimento sia senz'altro incluso l'insieme dei diritti necessariamente dipendenti da quello principale¹³³: se ciò non fosse vero, potrebbe rendersi addirittura impossibile realizzare le finalità pattuite nel contratto, sicché questa norma assume

¹³² In materia di azione per contraffazione di un programma per elaboratore, cfr. Cass. 13 dicembre 1999, n. 13937, in Mass. Giur. it., 1999.

¹³³ Rispettivamente commi secondo e ultimo art. cit.

anche i connotati di criterio ermeneutico volto a favorire la conservazione del negozio; di converso si presume che, in mancanza di una pattuizione espressa, i diritti non necessariamente dipendenti da quello ceduto restino riservati, come anche i diritti di utilizzazione dipendenti da elaborazione, trasformazione, adattamento, radiodiffusione o registrazione dell'opera, che nel silenzio del contratto restano prerogativa dell'autore¹³⁴.

Nel caso di un'edizione digitale "pura", che non preveda quindi la pubblicazione di una versione a stampa, bisogna stabilire quali siano i diritti concretamente trasferiti all'editore. Il primo comma dell'art. cit. si limita ad affermare che "il contratto può avere per oggetto tutti i diritti di utilizzazione che spettano all'autore nel capo dell'edizione, o taluni di essi", senza prendere tuttavia una posizione su quale sia l'opzione di default: dovranno allora trovare applicazione le presunzioni appena riportate. Ipotizzando un testo contrattuale in cui si faccia esclusivo riferimento alla concessione del diritto di pubblicare in edizione elettronica, pare difficile ipotizzare l'operatività dell'estensione ai diritti di edizione cartacea, perché le due modalità di commercializzazione sono totalmente autonome e non ricorre dunque il requisito della connessione necessaria postulato dall'ultimo comma dell'articolo citato.

Un problema particolare riguarda la funzione *text-to-speech* (TTS)¹³⁵ che alcuni degli attuali software offrono all'utente, ponendosi il dubbio se la conversione in

¹³⁴ Quarto comma art. cit.

¹³⁵ Si tratta di software di sintesi vocale che "leggono" ad alta voce il testo presente in un documento informatico; la differenza rispetto al tradizionale audiolibro sta nel fatto che quest'ultimo è la registrazione della recitazione di un attore, mentre il software di TTS permette di riprodurre "al volo" in formato audio qualsiasi testo gli venga proposto. Questi programmi, che variano in qualità da voci meccaniche ed inespressive a campionature molto elaborate e simili alla voce umana, sono state utilizzate inizialmente come supporto per gli utenti affetti da disabilità visiva, ma il progressivo miglioramento tecnico li sta rendendo via via appetibili anche per il comune utente che più semplicemente abbia voglia di conoscere il contenuto di un testo senza affaticare la vista. Da un punto di vista tecnico, il funzionamento è schematizzabile come segue: "In order to reproduce the natural sound of each language, a narrator records a series of texts which contain every possible sound in the chosen language. These

formato ascoltabile del testo digitalizzato sia coperta o meno da privativa autorale. Sulla questione, in Italia, non consta né giurisprudenza, né dibattito in dottrina, mentre negli Stati Uniti il dilemma si è posto in concreto nel 2009 quando, con la commercializzazione del secondo modello del Kindle, Amazon ha reso disponibile questa modalità di fruizione in via generalizzata su tutte le opere presenti nel proprio catalogo. La contesa, che richiama alla memoria, seppure su scala molto più ampia, quanto già visto nel caso Random House¹³⁶, provocò un'immediata, rigida presa di posizione da parte della *Authors Guild*, influente associazione rappresentativa degli autori, che si oppose con vigore all'introduzione di questa nuova opzione offerta all'utenza, sostenendo che violasse il diritto esclusivo di pubblicazione in forma di audiolibro (un diritto che tendenzialmente ha un valore economico superiore a quello per cui sono ceduti i diritti di pubblicazione elettronica), mentre Amazon respingeva ogni accusa, forte del supporto di un ampio movimento di opinione e dell'appoggio della Free Software Foundation, lobby attiva nel campo della tutela dei diritti civili in ambiente digitale; la disputa non sfociò tuttavia in contenzioso, anche perché la qualità ancora non del tutto appagante della voce sintetizzata non rendeva economicamente conveniente affrontare gli ingenti costi di un giudizio, decidendo infine Amazon di lasciare alla discrezionalità del singolo editore la scelta se abilitare o meno, tramite DRM, il TTS. Non è possibile in questa sede approfondire la questione se la riproduzione di un e-book in formato audio,

recordings are then sliced and organized into an acoustic database. During database creation, all recorded speech is segmented into some or all of the following: diphones, syllables, morphemes, words, phrases, and sentences. To reproduce words from a text, the TTS system begins by carrying out a sophisticated linguistic analysis that transposes written text into phonetic text. A grammatical and syntactic analysis then enables the system to define how to pronounce each word in order to reconstruct the sense. We call this the prosody: it gives the rhythm and intonation of a sentence. Finally, the system produces information associating the phonetic writing with the tone and required length of the pronunciation. The chain of analysis ends here and sound is generated by selecting the best units stocked in the acoustic database." (*Acapela Group FAQ: How Does TSS Work?*, ACAPELA GROUP, <http://www.acapela-group.com/voices/how-does-it-work/>).

¹³⁶ Cfr. *supra*, cap. 1, par. 7.

tramite software TTS, integri un autonomo diritto esclusiva e richieda, pertanto, un'autonoma licenza¹³⁷, resta però il fatto che, qualora a tale domanda dovesse darsi risposta negativa, ci si troverebbe dinanzi ad una ingiustificata restrizione dei diritti dell'acquirente, limitato nel suo diritto di utilizzare un bene acquistato pur in assenza di un diritto di privativa che autorizzi tale compressione.

2.6.2. ART. 122 L. AUT.: MODELLO "PER EDIZIONE" E MODELLO "A TERMINE"; CONCRETA APPLICABILITÀ NELLA REALTÀ DIGITALE.

Il contratto tipico di edizione può presentarsi secondo due modelli differenti, "per edizione" e "a termine", descritti all'art. 122 l.aut.:

[I] Il contratto di edizione può essere per edizione o a termine.

[II] Il contratto per edizione conferisce all'editore il diritto di eseguire una o più edizioni entro vent'anni dalla consegna del manoscritto completo.

[III] Nel contratto devono essere indicati il numero delle edizioni e il numero degli esemplari di ogni edizione. Possono tuttavia essere previste più ipotesi, sia nei riguardi del numero delle edizioni e del numero degli esemplari, sia nei riguardi del compenso relativo.

[IV] Se mancano tali indicazioni si intende che il contratto ha per oggetto una sola edizione per il numero massimo di duemila esemplari.

[V] Il contratto di edizione a termine conferisce all'editore il diritto di eseguire quel numero di edizioni che stima necessario durante il termine, che non può eccedere venti anni, e per il numero minimo di esemplari per edizione, che deve essere indicato

¹³⁷ Cfr., per quanto accennato sul caso e per approfondire il punto in diritto statunitense, FRANCIS, *The Kindle Controversy: An Economic Analysis of How the Amazon Kindle's Text-to-Speech Feature Violates Copyright Law*, in Vand. J. Ent. & Tech., 2010-2011, vol.13, 407 ss.; l'autore, in particolare, ritiene che la lettura operata da un software di TTS non integri una riproduzione dell'opera, difettando il requisito della *fixation*, il file audio generato non venendo mai di fatto salvato nella sua interezza, ma esistendo solo in forma effimera nella memoria RAM del dispositivo, ma costituisca nondimeno *infringement* in quanto opera derivativa, ciò sulla base del ragionamento secondo cui i software di sintesi vocale offrirebbero (se non ora, quantomeno a breve, tenendo conto dell'evolversi della relativa tecnologia) un concreto apporto creativo, ponendo in essere una nuova opera non autorizzata e potenzialmente lesiva del diritto di sfruttamento economico vantato dai titolari dei diritti.

nel contratto, a pena di nullità del contratto medesimo. Tale termine di venti anni non si applica ai contratti di edizione riguardanti: (omissis).

[VI] In entrambe le forme di contratto l'editore è libero di distribuire le edizioni nel numero di ristampe che stimi conveniente.

Nel diritto italiano il contratto di edizione per le stampe, per definirsi tale, non può che rientrare in uno di questi due tipi, dovendosi altrimenti ritenere il negozio posto in essere come invalido, avendo le disposizioni tipiche carattere imperativo, al fine di tutelare la posizione dell'autore¹³⁸.

La forma "per edizione" è regolata dai commi secondo, terzo e quarto dell'art. cit., che rimettono ai contraenti la scelta del numero di edizioni da pubblicare e degli esemplari da produrre per ciascuna edizione, mentre il termine è fissato legislativamente in venti anni, scaduti i quali il contratto si scioglie comunque; nella forma "a termine", invece, regolata dal quinto comma, il termine di durata del contratto è fissato dalle parti entro il tetto massimo del ventennio, potendo l'editore procedere al numero di edizioni che ritenga opportuno fintantoché il contratto ha vita, con l'obbligo però di pubblicare per ogni edizione il numero minimo di copie pattuite. Mentre nel primo schema, peraltro meno utilizzato nella prassi, visto l'interesse degli editori ad assicurarsi la titolarità dei diritti per un periodo di tempo determinato¹³⁹, alla mancata specificazione del numero di edizioni e di copie per edizione sopperisce una norma di

¹³⁸ Cfr. PIOLA CASELLI, *op cit.*, 563; cfr. anche la relazione della commissione ministeriale che lavorò al progetto della l.aut., dove si legge che "Le norme contenute in questa sezione della legge [sezione III – Contratto di edizione] (...) hanno, per la loro natura di norme di legge dettate da un interesse pubblico generale, il valore di norme cogenti, alle quali, quindi, le parti non possono derogare; in giurisprudenza cfr., recentemente, Cass. 23 luglio 2010, n°17279, in Guida al Diritto 2010, 40, 70.

¹³⁹ Incidentalmente si può notare che, con il venire meno del contratto per scadenza, si presumono estinti tutti i diritti concessi all'editore, così che, in difetto di diversa pattuizione, è a questo interdotta la vendita delle copie legittimamente prodotte in corso di contratto, ma rimaste invendute alla scadenza di questo: cfr. Trib. Roma 5 novembre 1998, in IDA 2000, 138 e, in dottrina, AULETTA e MANGINI, *Marchi e diritto di autore*, 199. V.M. DE SANCTIS e FABIANI (*op.cit.*, 123-124) ammettono invece questa attività, purché non abbia dimensioni tali da danneggiare gli interessi economici dell'autore, in applicazione del principio generale di esecuzione del contratto secondo buona fede (art. 1375 cod.civ.).

legge a carattere suppletivo, la quale stabilisce che in tal caso il contratto abbia ad oggetto un'unica edizione per un massimo di duemila esemplari, la mancata indicazione del numero minimo di copie per edizione nel contratto "a termine" è causa di nullità (nullità testuale) dello stesso: questa differenza si giustifica per la posizione egemonica che l'editore assume in tale tipologia contrattuale e mira a costituire una forma di garanzia minima per l'autore¹⁴⁰; notevole è anche il fatto che la giurisprudenza¹⁴¹ abbia interpretato questa causa di nullità alla luce dei più recenti sviluppi del dibattito sulle c.d. "nuove nullità", fiorito grazie al moltiplicarsi delle norme speciali di derivazione comunitaria in tema di tutela dei diritti dei consumatori¹⁴², ritenendo che essa, malgrado la legge nulla disponga al riguardo, non possa essere eccepita dall'editore, ma operi esclusivamente a vantaggio della parte debole del contratto. L'indicazione del numero di copie da commercializzare con riferimento alla sola prima edizione non soddisfa il requisito imposto dalla legge, e non può operarsi conversione del contratto nullo in un contratto "per edizione" allorché emerga dalla volontà delle parti l'intenzione di determinare successivamente tale quantità per le eventuali edizioni future¹⁴³; fuori discussione è pure la conversione del contratto di edizione nullo in contratto di compravendita dei diritti, essendo chiaramente il negozio di vendita un contratto di

¹⁴⁰ Cfr. Cass. 23 luglio 2010, n°17279, cit.

¹⁴¹ Cfr. Cass. 26 giugno 2007, n° 14792, in Foro It. 2008, 2, I, 568; Giust. Civ. 2008, 3, I, 719; Riv. dir. Ind. 2008, 2, 2, 133.

¹⁴² Sulle peculiarità della nullità di protezione, cfr. CATRICALÀ e PIGNALOSA, Manuale del diritto dei consumatori, 98 ss; malgrado il richiamo che è stato fatto alla disciplina consumeristica, bisogna però avvertire che la limitazione alla rilevabilità costituisce qui l'unico elemento di analogia fra i due istituti, operando la nullità ex art. 122, comma quinto l.aut. in maniera totale, colpendo l'intero contratto in maniera tendenzialmente insanabile (ciò vale sicuramente per l'omissione del numero minimo di copie, mentre per quanto riguarda la previsione di un termine eccessivo, vd. *infra*).

¹⁴³ Questo perché la conversione del contratto nullo ai sensi dell'art. 1424 cod. civ. non richiede solo la presenza di tutti i requisiti di forma e di sostanza del contratto di destinazione, ma anche la compatibilità di questo con lo scopo perseguito dalle parti, come risultante dal contratto, requisito quest'ultimo che difetta nel caso di specie: cfr. Cass. 23 luglio 2010, in Foro it. 2011, 12, I, 3402; in dottrina, cfr. GALGANO, *Il contratto*, 359 ss.

contenuto maggiore rispetto a quello di edizione, venendo così a mancare l'essenziale requisito del rapporto di continenza fra contratto nullo, di portata maggiore, e contratto di destinazione, di portata minore¹⁴⁴. Sulla violazione del termine massimo ventennale nel contratto "a termine", con pattuizione di una durata maggiore, la soluzione più ragionevole e meglio compatibile col principio di conservazione del contratto pare essere la sostituzione automatica, ex art. 1339 cod. civ., della clausola nulla con quella prevista dalla legge, pur aprendo i sostenitori di questa opzione interpretativa¹⁴⁵ alla possibilità di una nullità che travolga l'intero negozio nel caso in cui risulti che tale maggior termine fosse stato ritenuto condizione essenziale nell'economia de contratto.

L'ultimo comma dell'art. cit. fa riferimento al concetto di ristampa, termine che indica una tiratura con una composizione identica alla precedente, mentre per edizione si intende l'insieme delle copie prodotte sulla base di una data composizione, in una o più tirature: vista la procedura tecnica con cui sono distribuite le copie informatiche, priva di una fase di duplicazione e stoccaggio delle copie da vendere, tale ultimo comma, nell'edizione digitale, pare privo di concreto valore precettivo.

Non sussistono particolari problemi nell'adattare le norme dettate da questo articolo alla pubblicazione via internet. Per quanto riguarda il contratto "per edizione", il richiamo operato dal secondo comma al "manoscritto" andrà letto con riferimento agli attuali mezzi tecnici a disposizione dell'autore, che potrà consegnare l'originale anche in forma dematerializzata; il fatto che il formato di destinazione sia quello elettronico non significa però che l'originale non possa essere fornito all'editore anche in maniera più tradizionale, a differenza di quanto avviene, invece, in altre tipologie di contratti, in

¹⁴⁴ Cfr. Trib. Roma 26 giugno 2001, in *Giur. It.* 2002, 2340.

¹⁴⁵ Fra questi, GRECO, *op.cit.*, 312 e AULETTA e MANGINI, *op.cit.*, 198; in giurisprudenza cfr. Trib. Napoli 6 marzo 1961, *Dir. e giur.* 1961, 393.

cui all'autore è richiesto di fornire il testo in formato digitale¹⁴⁶, se non anche già correttamente formattato.

La disposizione relativa al numero di edizioni da pubblicare e al numero di copie per ogni edizione appare invece poco confacente alla pubblicazione via web e ciò in quanto vengono meno alcuni dei punti fermi su cui si fonda il bilanciamento di interessi operato dal legislatore: quando si fissa contrattualmente il numero di edizioni da stampare, si stabilisce indirettamente l'impegno economico che l'editore dovrà sostenere e, correlativamente, l'entità del rischio d'impresa che questi ha scelto di accollarsi. Queste considerazioni sono decisamente meno rilevanti nel momento in cui gli unici costi gravanti sull'impresa editoriale sono costituiti da quelli, *una tantum*, di (eventuale) digitalizzazione, editing, formattazione e conversione negli appropriati formati digitali e dai costi di gestione della piattaforma informatica di distribuzione (acquisto o noleggio dei server, manutenzione, banda internet, tenuta del sito internet di *e-commerce*): queste ultime voci, pur potendo raggiungere un'entità ragguardevole al crescere del volume di affari, sono ampiamente ammortizzate dall'economia di scala e compensano di gran lunga i costi che si sosterebbero per stampa, rilegatura, conservazione e distribuzione delle copie fisiche. Inoltre, la ridotta dimensione dei file contenenti gli e-book e le modalità tecniche con cui avvengono gli acquisti di beni digitali fa sì che l'andamento dei costi di gestione sia ancorato non al numero di opere presenti in catalogo, ma al volume di traffico generato¹⁴⁷, rendendo quindi il rischio complessivo irrisorio rispetto a quello che deriverebbe dalla possibilità di insuccesso commerciale di un'opera edita in formato cartaceo: qualora il pubblico decida di disdegnarla, le uniche

¹⁴⁶ È il caso del *self publishing* online, cfr. *infra*, cap. 3.

¹⁴⁷ A titolo esemplificativo, i costi di gestione derivanti dalla vendita di centomila copie di un singolo titolo saranno sostanzialmente equivalenti a quelli generati da cento titoli che vendano mille copie ciascuno, posto che abbiano una dimensione file analoga, in quanto equivalente sarà il volume di dati informatici trasferiti.

perdite economiche da sopportare saranno quelle relative alla predisposizione del file “matrice”. In questa prospettiva non avrebbe nemmeno senso distinguere fra le edizioni, in quanto le copie digitali, al contrario della tiratura stampata, non sono per loro natura soggette ad esaurimento, venendo create sul momento e senza costi apprezzabili: in ambiente digitale, l’unico significato che può qui assumere il termine edizione è quello di “versione del testo”, per distinguere una stesura successivamente rimaneggiata o integrata dall’originale. Per quanto riguarda, infine, il numero di copie fissato per edizione, è chiaro che, se da un lato l’editore non dovrà fare una preventiva stima del rischio derivante dal numero di pezzi da realizzare e dall’altro l’obiettivo dell’autore sia quello di diffondere la propria opera e di massimizzare il profitto ricavabile dalla vendita di essa, nessuna delle due parti avrà alcun interesse ad individuare un massimale raggiunto il quale interrompere la distribuzione, in quanto fare ciò significherebbe porre un limite al potenziale bacino di acquirenti senza una ragione giustificatrice; nondimeno questo vincolo è realizzabile anche in ambiente digitale e, qualora non lo fosse stato, si sarebbe legittimamente potuto dubitare dell’applicabilità di questo schema tipico all’edizione digitale per impossibilità di attuare un aspetto necessario del contratto¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Sul piano tecnico, la limitazione ed il controllo delle vendite effettuate online (anche se, come detto, da un punto di vista economico questa scelta ha poco senso) sono facilmente realizzabili attraverso una pluralità di strumenti. Il più efficace è sicuramente il *watermark* digitale, una sorta di “filigrana informatica” invisibile all’utente, ma codificata all’interno del file informatico (questa caratteristica distingue il *watermark* dai metadati, i quali sono scorporabili dal file) che permette, disponendo degli opportuni software, di verificare le informazioni incorporate. Questi dati occulti contengono gli estremi identificativi dell’opera e del soggetto detentore del copyright, a cui si aggiunge un identificativo univoco generato al momento dell’acquisto e riprodotto in tutte le copie legittimamente scaricate da un determinato acquirente: sarà dunque il software di gestione a tenere il conto delle copie distribuite. Questo tipo di tecnologia non va confuso i DRM: il primo è uno strumento utilizzato per identificare un determinato file, ad esempio al fine di individuare l’originale utilizzato per produrre una pluralità di copie abusive ed imputare quindi il fatto alla persona determinata a cui quell’originale era riconducibile, mentre i secondi hanno la funzione di restringere attivamente le facoltà di utilizzo del bene digitale da parte dell’utente finale, così da conformarle a quelle contrattualmente autorizzate; ulteriore conseguenza di

Qualora nel regolamento negoziale le parti prevedano come massimale di copie una cifra altissima, diretta in sostanza ad eludere la norma, il risultato finale sarà a ben vedere un contratto sostanzialmente equivalente a quello che sarebbe risultato se avessero adottato lo schema “a termine”, indicando venti anni come termine: sembra dunque più appropriato ricorrere direttamente a tale schema, evitando di raggiungere per vie traverse ciò che si può ottenere direttamente. Nell’adottare il modello “a termine” l’unica accortezza da tenere presente sarà quella di indicare comunque, almeno formalmente, un numero minimo di esemplari da produrre: sebbene la predisposizione della matrice digitale e la sua collocazione nel negozio online dell’editore siano attività già idonee a soddisfare il requisito della messa in circolazione di un numero di copie tali da garantire l’opportuna diffusione dell’opera, anche se in via meramente potenziale, il comma quinto dell’art. 122 l.aut. prevede, per l’omessa indicazione di tale quantitativo minimo, una nullità testuale che colpisce l’intero contratto. In alternativa alla clausola di stile sul numero di “copie minime garantite” si potrebbe anche, adottando un’interpretazione evolutiva della norma, predisporre una clausola contrattuale di questo tenore: “Ai sensi e per gli effetti del primo periodo del quinto comma dell’art. 122 l.aut. l’editore si impegna a rendere l’opera acquistabile e disponibile per il download sul proprio sito internet per l’intero periodo di durata del contratto”. Tale obbligazione, nel garantire l’interesse dell’autore alla diffusione

questa distinzione è che, mentre i primi per operare correttamente non devono essere rilevabili (e di norma infatti l’utente ne ignora l’esistenza), i secondi sono palesi per loro natura, venendo solitamente la loro esistenza dichiarata dal venditore al momento della presentazione del prodotto. Il *watermark* digitale, attraverso la perifrasi “informazioni elettroniche sul regime dei diritti”, è preso in considerazione dalla legge italiana all’art. 102-quinquies l.aut., inserito dall’art. 23 del d.lgs. 9 aprile 2003, n°68 *cit.*, e la sua abusiva rimozione è sanzionata penalmente a norma dell’art. 171-ter, comma 1, lett h). Nel caso in cui l’editore non volesse adoperare questi sistemi, potrebbe comunque garantire il rispetto della quota pattuita attraverso la produzione dei documenti contabili, essendo nella procedura d’acquisto digitale la creazione della singola copia collegata all’acquisto di essa. Sul tema del *watermarking*, cfr. ШИИ, *Multimedia Security: Watermarking, Steganography, and Forensics*.

dell'opera, costituirebbe l'equivalente funzionale digitale della stampa di un numero minimo di copie e dovrebbe scongiurare il rischio di una declaratoria di nullità per difetto di un elemento essenziale del contratto.

2.6.3. ART. 123 L. AUT.: LA MARCATURA DELLE COPIE.

L'art. 123 l.aut. prescrive laconicamente:

[1] Gli esemplari dell'opera sono contrassegnati in conformità delle norme stabilite dal regolamento.

Il regolamento di esecuzione¹⁴⁹, all'art. 12, stabilito il principio per cui l'onere della marcatura incombe sull'editore, attribuisce il compito alle associazioni sindacali interessate, per il tramite della SIAE; viene tuttavia fatta salva la possibilità, per l'autore, di marcare direttamente le copie apponendovi la propria firma autografa (è ritenuta idonea anche quella stampigliata), pur trattandosi di una modalità sostanzialmente inutilizzata per la sua scarsa praticabilità. Nella prassi, gli editori provvedono a far timbrare i frontespizi delle opere dall'ufficio di zona della SIAE, o a farsi spedire un numero di bollini adesivi corrispondente al numero di copie da immettere sul mercato¹⁵⁰.

Per stabilire le modalità applicative di questa previsione legislativa al caso della pubblicazione online è necessario, in via preliminare, individuare la *ratio* che regge la norma. La ragione principale per cui il legislatore ha previsto l'obbligo di marcatura delle copie è quello di fornire all'autore un mezzo, se pur da solo non pienamente efficace, di controllare il rispetto, da parte dell'editore, dei limiti di tiratura concordati. Sulla natura di tale norma non c'è unanimità di vedute e si è giunti anche alla paradossale

¹⁴⁹ R.D. 18 maggio 1942, n. 1369, pubblicato in G.U. n.286 del 3 dicembre 1942.

¹⁵⁰ Le concrete modalità di attuazione sono descritte in un'apposita sezione del sito internet della SIAE: http://www.siae.it/UtilizzaOpere.asp?link_page=contrassegni_TimbraturaFrontespiziTariffe.htm.

interpretazione per cui si tratterebbe sì di una norma imperativa, la cui violazione costituisce inadempimento tale da giustificare la risoluzione del contratto ex art. 1455 cod. civ., ma al contempo il suo precetto sarebbe passibile di espressa rinuncia da parte dell'autore, che potrebbe dunque decidere di non avvalersene e, di conseguenza, privarsi per rinuncia del diritto di chiedere la risoluzione giudiziale¹⁵¹.

La tendenza ad interpretare in maniera meno rigida la norma di cui all'art. 123 l.aut ha trovato alimento nell'introduzione nella legge speciale dell'art 181-bis, ad opera dell'art. 10, comma 1 della l. 18 agosto 2000, n°248, *cit.* Il nuovo articolo stabilisce, al comma 1, che "Ai sensi dell'articolo 181 e agli effetti di cui agli articoli 171-bis e 171-ter, la Società italiana degli autori ed editori (SIAE) appone un contrassegno¹⁵² su ogni supporto contenente programmi per elaboratore o multimediali nonché su ogni supporto contenente suoni, voci o immagini in movimento, che reca la fissazione di opere o di parti di opere tra quelle indicate nell'articolo 1, primo comma, destinati ad essere posti comunque in commercio o ceduti in uso a qualunque titolo a fine di lucro". Questo contrassegno, al contrario di quanto avviene per quello di cui all'art. 123 l.aut., è assistito da tutele di natura penale, come si evince dal comma 8 dell'articolo in esame: "Agli effetti dell'applicazione della legge penale, il contrassegno è considerato segno distintivo di opera dell'ingegno". Il diverso trattamento riservato dalla legge ai due tipi di vidimazione deriva dalle diverse finalità cui questi sono preposti, fini essenzialmente privatistici l'uno, fini di ordine pubblicistico l'altro¹⁵³: se dunque dalla protezione penale

¹⁵¹ Cfr. Trib. Torino 3 marzo 1980, in BUONOCORE e LUMINOSO, *Contratti d'impresa*, tomo 2, 1992 ss; Trib. Napoli 27 marzo 1997, in Gius 1997, 1856 dichiara nulla (nullità parziale ex art. 1419 cod. civ.) per violazione di norme imperative la clausola con cui l'editore si impegna a contrassegnare gli esemplari dell'opera solo dietro tempestiva richiesta da parte dell'autore.

¹⁵² Le disposizioni attuative in ordine all'apposizione di tale contrassegno sono contenute nel D.P.C.M. 23 febbraio 2009, n. 31, pubblicato in G.U. n.80 del 6 aprile 2009, recante "Regolamento di disciplina del contrassegno da apporre sui supporti, ai sensi dell'articolo 181-bis della legge 22 aprile 1941, n. 633."

¹⁵³ Cfr. la relativa sezione sul sito internet della SIAE, dove il contrassegno di cui all'art. 181-bis è definito come "uno strumento di autenticazione e di garanzia, ad uso sia delle Forze dell'Ordine che del

deriverà necessariamente, essendo il meno contenuto nel più, un'indisponibilità negoziale in ambito civile, minor valore dovrà attribuirsi *a contrario* alla marcatura prevista dall'art. 123 l.aut., non essendosi il legislatore premurato di prevedere espressamente alcun tipo di sanzione o anche di conseguenza civile di fronte alla sua omissione¹⁵⁴.

Chiariti questi elementi, si può sostenere che la smaterializzazione del bene che caratterizza il libro elettronico non ponga problemi insolubili per quanto riguarda questa formalità: l'apposizione del contrassegno potrà avvenire tramite la c.d. marcatura elettronica¹⁵⁵, o anche essere del tutto omessa, in considerazione del fatto che tale onere è previsto nell'interesse dell'autore come mezzo per controllare il numero di copie circolanti e che la norma che lo prescrive debba ritenersi, come detto, non assolutamente imperativa, mentre altri strumenti resi disponibili dalla tecnologia, come il *watermarking* (cfr. paragrafo precedente), possono certamente soddisfare in grado analogo, se non maggiore, l'interesse tutelato dal precetto di cui si discorre.

2.6.4. ART. 124 L. AUT.: LA PLURALITÀ DI EDIZIONI NEL CONTESTO DIGITALE.

L'art. 122 l.aut., nel regolare i due sottotipi di contratto di edizione, prevede la possibilità che, nel corso della vita del contratto, possano esservi più edizioni dell'opera, vuoi secondo una scelta di opportunità affidata all'editore, come avviene nel contratto "a

consumatore, che può così distinguere il prodotto legittimo da quello pirata, e permette di individuare chi lo produce o commercializza." Il passo sopra citato può essere letto all'url http://www.siae.it/UtilizzaOpere.asp?click_level=0600.1300.0100&link_page=Contrassegni_bollino.htm

¹⁵⁴ Su questa linea di pensiero, muovendo dunque dalla differente natura dei due tipi di marcatura, cfr. LAVAGNINI, in sede di commento a Trib. Milano 8 maggio 2003, in AIDA 2004, 731, dove la commentatrice sostiene anche che la violazione dell'obbligo di cui all'art. 123 l.aut. non sia di per sé idoneo ad integrare la grave violazione richiesta dall'art. 1455 cod. civ. per accedere allo strumento della risoluzione, al contrario di quanto ritenuto più risalentemente da Trib. Napoli *cit.* alla nota 151.

¹⁵⁵ In questo senso cfr. BERTANI, *op.cit.*, 842 (in nota 119).

termine”, vuoi secondo un piano predeterminato, come accade invece nel contratto “per edizione”. L’art. 124 l.aut. stabilisce alcune regole appunto per questi casi in cui l’edizione è più di una. La norma recita:

[I] Se più edizioni sono prevedute nel contratto, l'editore è obbligato ad avvisare l'autore dell'epoca presumibile dell'esaurimento dell'edizione in corso, entro un congruo termine, prima dell'epoca stessa.

[II] Egli deve contemporaneamente dichiarare all'autore se intende o no procedere ad una nuova edizione.

[III] Se l'editore ha dichiarato di rinunciare ad una nuova edizione o se, avendo dichiarato di volere procedere ad una nuova edizione, non vi procede nel termine di due anni dalla notifica di detta dichiarazione, il contratto si intende risolto.

[IV] L'autore ha diritto al risarcimento dei danni per la mancata nuova edizione se non sussistano giusti motivi da parte dell'editore.

Il primo comma individua l’ambito di applicazione delle disposizioni a seguire nei casi in cui il contratto preveda più di un’edizione, imponendo all’editore di avvisare l’autore “entro un congruo termine” del “presumibile” prossimo esaurirsi dell’ultima edizione pubblicata, dandogli contestualmente comunicazione della propria intenzione o meno di immetterne nel mercato una nuova (secondo comma). Il rifiuto di procedere ad una nuova edizione, per qualsivoglia motivo, oppure il mancato provvedervi entro due anni dall’assunzione dell’impegno, comportano la risoluzione di diritto del contratto, liberando l’editore dall’obbligo di procedere ad una stampa che in un modo o nell’altro riteneva antieconomica e consentendo all’autore, di converso, di rivolgersi ad altro professionista, riacquistando la pienezza dei diritti patrimoniali precedentemente ceduti. Qualora il rifiuto di procedere a nuova edizione non sia sorretto da “giusti motivi”, l’editore sarà tenuto al risarcimento dei danni: da questa positiva previsione si ricava che la posizione dell’editore è migliore, nello schema tipico, rispetto a quella in cui si troverebbe se si dovessero applicare le regole di diritto comune, potendo egli qui

liberarsi del contratto in via unilaterale, per di più senza conseguenze pregiudizievoli qualora riesca a dimostrare l'esistenza di un giusto motivo¹⁵⁶.

Nel caso in cui l'editore abbia ommesso di pronunciarsi sulla propria intenzione di procedere o meno ad una nuova edizione, si applica in analogia quanto previsto dagli artt. 127, secondo comma¹⁵⁷ e 128, primo comma¹⁵⁸ l.aut.: l'autore potrà inoltrare all'editore una richiesta scritta, dalla quale decorrerà un termine di due anni entro il quale l'autore dovrà provvedere alla pubblicazione, ovvero potrà rivolgersi al giudice perché fissi un termine, eventualmente più breve dei due anni, tenuto conto delle circostanze e della natura dell'opera; l'inadempimento entro tale termine autorizzerà l'autore a chiedere la risoluzione del contratto e a pretendere il risarcimento dei danni eventualmente sofferti¹⁵⁹. Il mancato provvedere entro due anni alla nuova edizione a cui l'editore si era impegnato comporta, ai sensi della seconda possibilità presa in

¹⁵⁶ Ciò per l'ampiezza concettuale della locuzione "giusti motivi", a cui va aggiunto il fatto che, secondo alcuni autori (PIOLA CASELLI, *op.cit.*, 575 e GIANNINI, Riv. dir. civ. 1957, 230) all'editore che intenda avvalersi di tale facoltà non è richiesto di fornire una formale dimostrazione, potendo il giudice assumere una decisione anche in base a considerazioni relative alla natura dell'opera e delle circostanze del caso. Cass. 6 marzo 1951, n°545, in Foro it. 1951, I, 518 include fra i giusti motivi anche l'eccessiva onerosità sopravvenuta e, affermando il regime di *lex specialis* dell'art. 124 l.aut. rispetto al Codice Civile, sostiene l'inapplicabilità nel caso di specie dell'istituto della *reductio ad aequitatem*, ai sensi dell'art. 1467, u.c., cod. civ., concedendo così all'editore la possibilità di risolvere unilateralmente il contratto senza che la controparte possa fare alcunché per evitarlo. DE SANCTIS e FABIANI, *op.cit.*, 144 sostengono invece che la disposizione che si sta esaminando, in realtà, altro non sia che una sorta di richiamo ai principi generali, sintetizzando tale norma gli istituti della risoluzione per inadempimento (artt. 1453 ss. cod.civ.) e dell'esclusione di responsabilità per il caso di inadempimento dovuto a fatto non imputabile al debitore (art. 1218 cod. civ.), il tutto alla luce di una diligenza professionale parametrata su quella dell'"onesto e corretto editore", richiamata già dal testo della relazione ministeriale alla l.aut. (art. 1176, secondo comma cod. civ.).

¹⁵⁷ "In mancanza di termini contrattuali la pubblicazione o la riproduzione dell'opera deve aver luogo non oltre due anni dalla richiesta scritta fattane all'editore. L'autorità giudiziaria può peraltro fissare un termine più breve quando sia giustificato dalla natura dell'opera e da ogni altra circostanza del caso."

¹⁵⁸ "Se l'acquirente del diritto di pubblicazione o riproduzione non fa pubblicare o riprodurre l'opera nel termine concordato o in quello stabilito dal giudice, l'autore ha diritto di domandare la risoluzione del contratto."

¹⁵⁹ Cfr. V.M. DE SANCTIS, *I contratti di diritto d'autore, cit.*, 144.

considerazione dal terzo comma dell'articolo in esame, una risoluzione di diritto: "il contratto si intende risolto". È però oggetto di discussione se tale risoluzione sia automatica e prescindendo da ogni intervento delle parti, come sembrerebbe dal dato letterale, oppure sia disponibile, potendo il contratto rimanere in vita a seguito della rinuncia dell'effetto risolutorio¹⁶⁰, ovvero ancora sia uno strumento messo a disposizione dalla legge al solo vantaggio dell'autore, unico titolare del diritto di risoluzione¹⁶¹.

Nel campo dell'edizione digitale, molti dei problemi affrontati da questo articolo sembrano perdere di importanza: il caso della pluralità di edizioni, come si è già detto, è di poca rilevanza pratica in un mercato, quale è quello digitale, in cui è difficile scorgere il limite della singola edizione. Non è possibile, visto il meccanismo tecnico che regola la produzione e distribuzione delle copie digitali, stabilire il momento in cui l'edizione corrente stia per esaurirsi e ciò per il semplice fatto che il numero di copie tirabili dal master digitale è tendenzialmente illimitato, non soffrendo questo di usura e garantendo riproduzioni perfette e sempre eguali a se stesse. Escludendo l'ipotesi, abbastanza improbabile, del contratto "per edizione", che effettivamente consente di individuare il momento in cui il numero di copie digitali vendute stia per raggiungere il tetto pattuito, nella assoluta maggioranza dei casi, una volta che l'editore abbia adempiuto al proprio obbligo di rendere disponibile la versione elettronica dell'opera, potrebbe tranquillamente continuare a vendere esemplari di quell'edizione fino alla scadenza naturale del contratto. Dato che la pubblicazione di una nuova edizione è il momento in cui l'autore ha l'opportunità di introdurre modifiche o aggiornamenti al

¹⁶⁰ Sulla ritenuta disponibilità degli effetti risolutivi, cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 1024.

¹⁶¹ Per questa, più recente, presa di posizione, cfr. BERTANI, *op.cit.*, 865: argomentando dalla mancanza di espressioni come "ex lege" o "di diritto" accanto alla locuzione "si intende risolto", l'Autore ritiene che, per aversi concreta operatività dell'effetto risolutorio, sia necessaria una dichiarazione recettizia in tal senso da parte dell'autore che intenda avvalersene.

testo¹⁶², pare conveniente prevedere nei contratti “a termine” un patto espresso circa la possibilità di rinnovare l’edizione digitale in corso, ad esempio offrendo all’autore un’opzione in tal senso a scadenze regolari, riproducendo così artificialmente la situazione che si verifica naturalmente nell’ambito delle stampa cartacea; quanto appena detto vale nel caso in cui il contratto preveda solo l’edizione digitale, mentre qualora questo regoli contemporaneamente più forme di edizione la strada più conveniente sembra quella di legare le sorti dell’edizione digitale a quella dell’edizione cartacea, ferma la possibilità, offerta dal mezzo tecnico adottato, di mantenere in vita per il download anche le versioni precedenti a quella in corso, sempre che l’autore non abbia interesse a rimuoverle dal commercio¹⁶³.

Per quanto riguarda invece i giusti motivi rilevanti ai fini dell’esenzione dal risarcimento del danno di cui all’ultimo comma dell’articolo in oggetto, alla modestissima onerosità economica della predisposizione di un nuovo file master conseguirà logicamente l’impossibilità, per l’editore, di invocare motivi di tipo economico a giustificazione del proprio rifiuto di procedere ad una nuova edizione, dovendosi ritenere invece conferenti ragioni di merito, come l’incompatibilità dell’opera rivista e corretta con disposizioni di legge: l’editore potrà ad esempio rifiutare la pubblicazione di una nuova edizione qualora questa, adeguandosi al mutato sentire del

¹⁶² Questo aspetto è regolato dall’art. 129 l.aut., esaminato *infra* al par. 6.6.

¹⁶³ Ciò può avvenire, ad esempio, nell’ipotesi in cui la versione rivista dell’opera rispecchi un importante mutamento del pensiero dell’autore, che intenda riconsiderare la propria posizione precedente. In questo caso la rimozione della vecchia edizione dalla circolazione costituisce esercizio del diritto morale d’autore: in particolare, questa facoltà dell’autore si può ricavare dall’art. 142 l.aut., relativo al ritiro dell’opera dal commercio per gravi ragioni morali. In questo caso non sorgerebbe tuttavia l’obbligo di indennizzare l’editore, il quale non perderebbe i diritti di pubblicazione, ma sarebbe solo obbligato a pubblicare l’opera nella sua più recente versione, trovandosi in una situazione non dissimile da quella tipica del mercato tradizionale, in cui le versioni dell’opera ormai fuori stampa sono reperibili soltanto sotto forma di rimanenze o sul mercato secondario.

proprio autore, riporti contenuti gravemente diffamatori, con il rischio per l'editore di essere fatto oggetto di azioni legali da parte dei soggetti lesi nella propria onorabilità¹⁶⁴.

2.6.5. ARTT. 125 – 128 L. AUT.: OBBLIGHI DELL'AUTORE E OBBLIGHI DELL'EDITORE.

Questo gruppo di articoli contiene gli obblighi fondamentali e imprescindibili che rappresentano lo scheletro del contratto tipico di edizione, ferma restando, ovviamente, nella libertà delle parti l'elaborazione di ulteriori previsioni nell'esercizio della propria autonomia negoziale.

Il primo di questi articoli, il 125, elenca gli obblighi fondamentali dell'autore:

[I] L'autore è obbligato:

1. a consegnare l'opera nelle condizioni stabilite dal contratto e in forma che non ne renda troppo difficile o costosa la stampa;

2. a garantire il pacifico godimento dei diritti ceduti per tutta la durata del contratto.

[II] L'autore ha altresì l'obbligo e il diritto di correggere le bozze di stampa secondo le modalità fissate dall'uso.

¹⁶⁴ A sostegno di questa considerazione milita il n°4 dell'art. 134 l.aut., che considera causa di estinzione (*rectius*: risoluzione) del contratto di edizione il caso in cui "l'opera non può essere pubblicata, riprodotta o messa in commercio per effetto di una decisione giudiziaria o di una disposizione di legge": di fronte al pericolo di una probabile futura condanna per diffamazione, l'editore ha certamente un giusto motivo per rifiutare la nuova edizione. Secondo DE SANCTIS e FABIANI (*op.cit.*, 136) la garanzia di compatibilità dell'opera con norme imperative, ordine pubblico e buon costume va giudicata alla luce del contratto, ma in questo caso la situazione pare differente, non potendo assumere rilevanza una clausola che consenta all'editore, entro un certo termine di affermare o negare il proprio gradimento del testo, a meno che non sia redatta in modo da avere effetto per ogni riedizione dell'opera e non soltanto per la prima edizione: in quest'ultimo caso troverebbe applicazione anche nell'ipotesi di specie, obbligando l'editore a pubblicare l'opera anche se potenzialmente lesiva di diritti altrui qualora non abbia fatto valere per tempo la propria opposizione. È affermato dalla giurisprudenza di merito il principio per cui l'editore, una volta assunto l'obbligo di pubblicare l'opera, non può più legittimamente sciogliersi dal vincolo adducendo un preteso carattere diffamatorio dell'opera senza incorrere in colpevole inadempimento: cfr. Trib. Milano 5 ottobre 1995, in *Dir. inf.* 1996, 53.

Il numero 1 rappresenta un residuo del secolo scorso, avendo la legge in mente la possibilità che l'autore consegni un originale in forma manoscritta, redatto con grafia tanto indecifrabile da far pensare eccessivamente l'editore nell'attività di decifrazione: già con il diffondersi delle macchine da scrivere aveva perso parte della sua importanza, ma ai nostri giorni questa disposizione rappresenta davvero più che altro una curiosità storica, essendo se non impossibile quantomeno improbabile l'ipotesi di consegna di un originale autografo scritto di proprio pugno dall'autore.

Il numero 2 riporta invece un obbligo particolarmente importante, quello della garanzia del pacifico godimento dei diritti ceduti, garanzia che normalmente prende la forma di un impegno ad assistere l'editore in caso sorgano contestazioni e, comunque, a manlevarlo in caso di esito infausto di queste, tutelandolo contro tutti i danni direttamente o indirettamente connessi con la pubblicazione dell'opera¹⁶⁵. Tipicamente la garanzia che si richiede all'autore riguarda da un lato la presenza del requisito di originalità della propria opera, a conferma della sua proteggibilità secondo la legge sul diritto d'autore e a scongiurare eventuali azioni per plagio da parte di autori di opere eccessivamente simili, dall'altro il non aver posto in essere (e l'impegno a non compiere in futuro) atti dispositivi dei diritti negoziati nel contratto che possano confliggere o risultare comunque incompatibili con quelli acquistati dall'editore. In relazione a quest'ultimo aspetto l'autore è sottoposto, entro certi limiti, ad un obbligo di non concorrenza con l'opera ceduta, non potendo realizzarne un'altra tanto simile, nei contenuti o nel titolo¹⁶⁶, da poter arrecare pregiudizio al mercato e alla profittabilità

¹⁶⁵ Cfr. il formulario di DI FONZO, *op.cit.*, 3044; l'azione di manleva ha natura contrattuale e si prescrive, di conseguenza, nel termine ordinario decennale: cfr. App. Milano 17 marzo 2000, in AIDA 2001, 762.

¹⁶⁶ La tutela del titolo dell'opera è autonomamente considerata dall'art. 100 l.aut., che così stabilisce al primo comma: "Il titolo dell'opera, quando individui l'opera stessa, non può essere riprodotto sopra altra opera senza il consenso dell'autore." Il consenso dell'autore di cui qui si parla è, in realtà, quello del soggetto che sia titolare dei diritti di sfruttamento, per cui l'autore stesso sarà sottoposto al vincolo dopo aver stipulato un contratto di negoziazione dei diritti patrimoniali dell'opera.

della prima; sul principio c'è ampio consenso¹⁶⁷, ma nella sua concreta applicazione si rende necessaria un'analisi molto delicata degli interessi in gioco¹⁶⁸. La prima faccia di questo obbligo di garanzia, ovverosia quello relativo all'effettiva titolarità dei diritti in capo all'autore, rivela nuove inedite sfaccettature nel mercato digitale, in cui l'opera può assumere i connotati della multimedialità: dato che il prodotto pubblicato digitalmente non è vincolato alla sola forma testuale, ma può potenzialmente includere contenuti di tipo audiovisivo, aumenta in maniera non indifferente il pericolo di violazione di diritti altrui. Si rende così necessario, per l'autore, porre la massima attenzione alla verifica della provenienza del materiale che incorpora nella sua creazione, potendo questo essere liberamente utilizzabile, come nel caso di un'immagine da egli stesso realizzata o sottoposta a licenza Creative Commons che autorizzi l'utilizzo commerciale¹⁶⁹, ovvero essere nella disponibilità esclusiva di un licenziatario titolato a concedere sublicenze, o ancora rientrare nel catalogo di un ente gestore dei diritti¹⁷⁰, o anche essere liberamente

¹⁶⁷ Concordano sul punto PIOLA CASELLI, *op.cit.*, 570, ARIENZO, *Edizione, Contratto di*, in *Noviss. Dig. It.*, 415, GRECO e VERCELLONE, *op.cit.*, 283, FABIANI, *Edizione (contratto di)*, in *Dig. Comm.*, 215, AMMENDOLA, *Obbligo di garanzia nel contratto di edizione e pubblicazione di parte dell'opera con diverso autore*, AIDA 2008, 567.

¹⁶⁸ DE SANCTIS e FABIANI (*op.cit.*, 136) riportano come, nel progetto di riforma della legislazione sul diritto di autore del 1917, redatto dalla commissione ministeriale Polacco, fosse previsto, all'art. 54, di vietare all'autore di pubblicare sotto altra veste l'opera già concessa o di concorrere alla produzione di altre opere che potessero fare concorrenza a quella, sottolineando come questa disposizione, proprio per la sua rigidità, non abbia poi trovato spazio nel testo della legge approvata nel 1925.

¹⁶⁹ Creative Commons è un ente no-profit che si prefigge come scopo statutario lo sviluppo della creatività in ambito digitale e la sua disseminazione; esso predispone a tal fine modelli standard di licenze (attualmente sono sei), così da facilitare ad autori ed artisti la distribuzione online delle proprie creazioni e la graduazione delle restrizioni da imporre all'utilizzo che gli altri possano fare della propria opera. I testi degli schemi di licenza predisposti sono disponibili all'URL <http://creativecommons.org/licenses/>.

¹⁷⁰ Ad esempio la SIAE gestisce, in relazione ad un ampio catalogo di c.d. "production music", un sistema di licenze per opere musicali destinate alla sonorizzazione di opere multimediali. Il sistema, l'elenco dei produttori musicali aderenti al progetto e la modalità di ottenimento delle licenze sono descritti all'url http://www.siae.it/UtilizzaOpere.asp?link_page=Musica_Utilizzatori_DRM_ProductionMusic.htm&open_menu=yes#doc.

reperibile online, ma senza che nulla si dica sulla sua utilizzabilità¹⁷¹. A tutto ciò bisogna poi aggiungere, per quanto riguarda fotografie, video e audioregistrazioni, la possibilità di attriti con le norme a tutela dell'immagine e della riservatezza: la legittimità della pubblicazione di questi elementi multimediali, insieme al contenuto informativo che risulta dalla narrazione dei fatti, potenzialmente invasivo della sfera privata altrui, andrà valutata secondo i canoni della notorietà dei personaggi ritratti, della presenza o meno di un interesse pubblico che legittimi il trattamento non autorizzato di dati personali, delle modalità seguite dall'autore nel riportare i fatti e così via¹⁷².

I controlli affidati all'autore su questo fronte risultano quindi complessivamente più impegnativi, corrispondendo all'ampliarsi del ventaglio delle opzioni artistiche disponibili un pari incremento delle occasioni di violazione accidentale dell'altrui sfera giuridica; potrebbe verificarsi tuttavia anche una situazione differente, cioè quella in cui l'opera di multimedializzazione sia stata effettuata non dall'autore, che si è limitato a fornire solo il testo dell'opera, ma dall'editore, nell'ambito della sua attività di predisposizione del master digitale: in questo caso evidentemente nessuna responsabilità potrà essere addebitata all'autore, nei confronti del quale l'editore sarà anzi tenuto a risarcire eventuali danni cagionati dalla propria condotta negligente¹⁷³.

Riguardo la correzione delle bozze, qualificata dal secondo comma dell'art. 125 l.aut. come "obbligo e diritto" dell'autore, non sussistono rilevanti differenze fra la tradizionale pubblicazione per le stampe e la moderna edizione digitale. Questa

¹⁷¹ È il caso del video amatoriale caricato su Youtube: benché chiunque sia libero di visualizzarlo, i diritti patrimoniali d'autore relativi competeranno comunque al soggetto che lo ha realizzato, sicché incorporarlo nella propria opera senza prima ottenere un'autorizzazione o una licenza costituirà una violazione perseguibile con l'azione di contraffazione.

¹⁷² La questione è troppo complessa per essere affrontata in questa sede, sul punto si rinvia pertanto a trattazioni dedicate; per considerazioni sulla più tradizionale questione relativa a opere di carattere biografico o storico, cfr. VAL. DE SANCTIS, *Limiti alla creazione artistica e tutela della personalità*, in IDA, 1971, 120.

¹⁷³ Cfr. MARSEGLIA, *Il contratto di edizione dell'ebook*, 140.

correzione, che rappresenta uno degli aspetti in cui si sostanzia la natura collaborativa del contratto in esame, mira a garantire la correttezza del testo finale riprodotto e intende porre rimedio ad eventuali refusi o errori che possano essere rimasti nella bozza predisposta dall'editore; la restituzione delle bozze corrette, munite secondo prassi del visto "si stampi", liberano l'editore da ogni responsabilità per difformità fra il testo da lui preparato e l'originale consegnato dall'autore; lo stesso effetto liberatorio si verifica nel caso in cui l'inerzia dell'autore costringa l'editore a pubblicare non corrette¹⁷⁴.

L'art. 126 l.aut. riguarda gli obblighi gravanti sull'autore e non offre particolari spunti, concernendo esclusivamente l'obbligo di pubblicare l'opera, a seconda degli accordi intervenuti fra le parti, sotto il nome reale dell'autore, sotto pseudonimo o in maniera anonima, nonché l'obbligo di corrispondere all'autore i compensi pattuiti.

Gli artt. 127 e 128 l.aut. contengono disposizioni relative al termine entro cui l'opera deve essere pubblicata, già in parte analizzate trattando del rifiuto dell'editore di procedere a una nuova edizione¹⁷⁵, oltre alle sorti dell'originale consegnato all'editore per provvedere all'adempimento dei propri obblighi nel caso di risoluzione del contratto:

Art. 127

[I] La pubblicazione o la riproduzione dell'opera deve aver luogo entro il termine fissato dal contratto; tale termine non può essere superiore a due anni, decorrenti dal giorno della effettiva consegna all'editore dell'esemplare completo e definitivo dell'opera.

[II] In mancanza di termini contrattuali la pubblicazione o la riproduzione dell'opera deve aver luogo non oltre due anni dalla richiesta scritta fattane all'editore. L'autorità giudiziaria può peraltro fissare un termine più breve quando sia giustificato dalla natura dell'opera e da ogni altra circostanza del caso.

¹⁷⁴ Ecco, appunto, questa duplicità di natura di diritto-obbligo della correzione delle bozze: essa è prevista nell'interesse dell'autore, che ha ragione di pretendere la pubblicazione di un testo corretto e conforme all'originale, ma non può avvenire in maniera tale da ostacolare il lavoro dell'editore.

¹⁷⁵ Cfr. *supra*, par. 5.4.

[III] E' nullo ogni patto che contenga rinuncia alla fissazione di un termine o che contenga fissazione di un termine superiore al termine massimo sopra stabilito.

[IV] Il termine di due anni non si applica alle opere collettive.

Art. 128

[I] Se l'acquirente del diritto di pubblicazione o riproduzione non fa pubblicare o riprodurre l'opera nel termine concordato o in quello stabilito dal giudice, l'autore ha diritto di domandare la risoluzione del contratto.

[II] L'autorità giudiziaria può accordare all'acquirente una dilazione, non superiore alla metà del termine predetto, subordinandola, ove occorra, alla prestazione di idonea garanzia. Può altresì limitare la pronunzia di risoluzione soltanto ad una parte del contenuto del contratto.

[III] Nel caso di risoluzione totale l'acquirente deve restituire l'originale dell'opera ed è obbligato al risarcimento dei danni a meno che provi che la pubblicazione o riproduzione è mancata malgrado la dovuta diligenza.

Riassumendo, la pubblicazione dell'opera deve avvenire nel termine che le parti hanno contrattualmente stabilito, termine che non può comunque eccedere i due anni dal momento della consegna dell'opera all'editore, con nullità di ogni pattuizione che preveda la rinuncia alla fissazione di un termine o che fissi un termine di durata superiore (art. 127, commi primo e terzo); in mancanza di pattuizioni espresse, il termine di default è quello massimo di due anni, ma l'autore ha il diritto, irrinunciabile, come si è appena detto, ad adire il giudice perché fissi un termine anche minore, in considerazione della natura dell'opera e di ogni circostanza del caso (comma secondo). All'inadempimento dell'obbligo di pubblicare nel termine prefissato o giudizialmente stabilito consegue la facoltà, per l'autore, di domandare la risoluzione del contratto, risoluzione che è sempre giudiziale e mai di diritto¹⁷⁶ (art. 128, comma primo)¹⁷⁷; la natura necessariamente

¹⁷⁶ Al contrario di quanto avviene (o si ritiene possa avvenire, vista la pluralità di interpretazioni) nel caso di cui all'art. 124, terzo comma, l.aut., relativo alla rinuncia, al rifiuto o al mancato procedere entro due anni, da parte dell'editore, alla predisposizione di una nuova edizione dell'opera già edita; cfr. *supra*, par. 5.4.

¹⁷⁷ Anche se non vi fosse una norma espressa, l'omissione della pubblicazione in termini costituirebbe comunque un inadempimento di non scarsa rilevanza ai sensi dell'art. 1455 cod.civ., considerato che il ritardo eccessivo nella pubblicazione compromette drasticamente l'interesse dell'autore a rendere nota

giudiziale della risoluzione si deduce, d'altro canto, dal secondo comma dell'art. 128, che prevede la possibilità di concedere all'editore in mora, in sede di giudizio di risoluzione, una dilazione del termine che non ecceda la metà del termine originario, subordinando se del caso l'efficacia di tale maggior termine alla prestazione di un'idonea garanzia. L'ultimo comma dell'art. 139 individua come conseguenze della risoluzione l'obbligo di restituire l'originale dell'opera e il risarcimento del danno, quest'ultimo evitabile solo se l'editore fornisce la prova di essersi comportato con la dovuta diligenza¹⁷⁸.

La restituzione dell'originale è disposizione verosimilmente superflua, essendo altamente probabile che la consegna dell'opera da editare digitalmente sia avvenuta con modalità telematiche, senza considerare che la norma ha un senso se e in quanto riferita ad un originale che abbia un valore che trascenda quello strettamente venale di una copia ordinaria dell'opera, mirando a rimettere l'autore nel possesso, ad esempio, dell'unico esemplare manoscritto e dotato, quindi, di un rilevante valore affettivo (o anche economico, se l'autore è particolarmente celebre): ebbene, anche sotto questo profilo la norma è priva di importanza pratica, in considerazione della presenza, nella generalità dei contratti di edizione, di una clausola con cui l'autore garantisce di non aver consegnato l'unico originale e che, in caso di sua perdita, limita la

la propria opera e che questa non potrà essere concessa ad altri editori fintanto che rimanga in vita il primo contratto.

¹⁷⁸ Di fronte al fatto dell'inadempimento, la legge pone dunque una presunzione di colpa a carico dell'editore a cui sia richiesto di risarcire il danno; la dottrina si divide sul grado di diligenza richiesta all'editore per superare tale presunzione, oscillando fra la diligenza del buon padre di famiglia (PIOLA CASELLI, *op.cit.*, 578) e quella, decisamente più rigorosa, corrispondente all'attività professionale esercitata (MUSSO, *Del diritto d'autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, in SCIALOJA-BRANCA, *Commentario del codice civile*, 383), fino ad arrivare a chi sostiene la rilevanza della sola causa di forza maggiore (GRECO e VERCELLONE, *op.cit.*, 289). Essendo esentato dalla prova della sussistenza del requisito del dolo o della colpa, come del resto è la norma nei casi di responsabilità contrattuale, l'autore che agisca per i danni sarà tenuto a provare solamente il fatto di aver subito un danno e la quantificazione del danno concretamente sofferto, in quanto conseguenza dell'inadempimento.

responsabilità dell'editore al risarcimento del valore monetario di una ordinaria copia dell'opera¹⁷⁹.

Sulla determinazione giudiziale del termine, in considerazione della maggiore speditezza con cui può realizzarsi l'edizione digitale, specialmente se si considera come una volta predisposto e caricato online il master digitale il prodotto sia di fatto pronto per la commercializzazione, venendo così eliminati dall'equazione i tempi tecnici di stampa, rilegatura, stoccaggio e distribuzione a grossisti e dettaglianti, tempi che devono invece essere soppesati quando si tratti di un'edizione per le stampe, pare legittimo attendersi che il giudice, nell'esercizio del potere discrezionale che la legge gli attribuisce, definisca un termine più breve dei due anni standard prescritti dal primo periodo del secondo comma dell'art. 127 l.aut., appoggiandosi alla clausola che accorda rilevanza a "ogni altra circostanza del caso".

2.6.6. ART. 129 L. AUT.: IL DIRITTO DELL'AUTORE A CORREGGERE L'OPERA.

L'art. 129 l.aut. definisce le modalità con cui possono venir apportate modificazioni all'opera, regolando questa attività nella duplice configurazione di diritto dell'autore ad inserire cambiamenti quando lo ritenga opportuno e di obbligo dello stesso di aggiornare l'opera, quando questa sia per sua natura soggetta ad obsolescenza.

L'articolo in discorso recita:

[I] L'autore può introdurre nell'opera tutte le modificazioni che crede, purché non ne alterino il carattere e la destinazione, fino a che l'opera non sia stata pubblicata per la stampa, salvo a sopportare le maggiori spese derivanti dalla modificazione.

[II] L'autore ha il medesimo diritto nei riguardi delle nuove edizioni. L'editore deve interpellarlo in proposito prima di procedere alle nuove edizioni. In difetto di accordo tra le parti il termine per eseguire le modificazioni è fissato dall'autorità giudiziaria.

¹⁷⁹ Cfr. DI FONZO, *op.cit.*, 3045.

[III] Se la natura dell'opera esige che essa sia aggiornata prima di una nuova edizione e l'autore rifiuti di aggiornarla, l'editore può farla aggiornare da altri, avendo cura, nella nuova edizione di segnalare e distinguere l'opera dell'aggiornatore.

La seconda ipotesi, relativa agli obblighi di aggiornamento gravanti sull'autore e il cui inadempimento autorizza l'editore ad attribuire ad altri il compito di provvedere, a condizione di indicare nella nuova edizione quali parti appartengano all'autore originale e quali no, non merita particolari attenzioni in un'analisi che miri ad individuare le peculiarità applicative del contratto di edizione all'edizione digitale: questa disposizione, infatti, ponendo semplicemente un obbligo in capo all'autore, può essere applicata tal quale anche in ambiente digitale senza specifici adattamenti.

Più interessante la prima ipotesi, in cui si attribuisce all'autore il diritto di apportare modifiche all'opera fino al momento della "pubblicazione per la stampa", salva la sopportazione delle maggiori spese, e prima della pubblicazione di ogni nuova edizione. L'interesse che viene qui salvaguardato è analogo a quello tutelato dal diritto-obbligo di correggere le bozze, ovverosia quello di garantire che l'opera pubblicata corrisponda il più fedelmente possibile agli intendimenti dell'autore. La norma è stata palesemente pensata per un contesto analogico in cui, come è naturale, l'ultimo momento utile per apportare modifiche è quello immediatamente precedente all'avvio della stampa, potendosi dopo porre rimedio ad eventuali sviste solo tramite fogli aggiunti di *errata corrige* che, se accettabili in produzioni di tipo manualistico o da consultazione, sono assolutamente improponibili in un'opera da intrattenimento; il limite invalicabile per l'esercizio del diritto di apportare modifiche in sede di prima pubblicazione è il momento in cui l'opera "sia stata pubblicata per la stampa"¹⁸⁰, e l'esercizio del diritto riconosciuto all'autore dalla norma in commento gli impone

¹⁸⁰ Il requisito della non alterazione del carattere e della destinazione dell'opera è irrilevante ai fini che qui interessano, costituendo una garanzia per l'editore sulla rispondenza fra quanto ha acquistato e quanto effettivamente pubblicherà; esso, attenendo al nucleo principale del sinallagma, si pone indifferentemente quale che sia la forma di pubblicazione, cartacea o digitale, scelta dalle parti.

comunque di accollarsi tutte le maggiori spese che l'intempestività del suo ripensamento abbia imposto all'editore. Per le edizioni successive alla prima, invece, l'editore è obbligato ad interpellare in anticipo l'autore, così da permettergli di comunicare i cambiamenti che intenda apportare al testo, con facoltà, in difetto di accordo fra le parti, di adire l'autorità giudiziaria per ottenere la fissazione di un termine per l'esecuzione degli stessi.

Leggendo queste disposizioni con gli occhi della rivoluzione digitale, la considerazione più immediata che si può fare è quella del sostanziale venir meno dei presupposti materiali che sostengono l'indennizzo a carico dell'autore previsto dal primo comma: potrà eventualmente residuare il costo di manodopera necessario a correggere l'originale digitale predisposto dall'editore, ma si tratterà pur sempre di un costo molto contenuto, sempre che l'editore intenda addebitarlo, mentre l'autore non rischierà più di dover scegliere fra il rinunciare alla correzione in corso d'opera e il corrispondere una somma potenzialmente ingente a compensazione dei costi già sostenuti per preparare gli esemplari da commercializzare. L'aspetto più interessante del nuovo *medium* di distribuzione emerge però nel momento in cui, sviluppando il ragionamento appena condotto fino alle sue naturali conclusioni, appare manifesto che nessuna differenza, sotto il piano dei costi da affrontare, sussiste fra l'apportare modifiche all'opera in procinto di pubblicazione ed il modificarla dopo che detta pubblicazione sia avvenuta: ridotti gli adempimenti necessari per immettere il prodotto sul mercato al caricamento del master digitale online, basterà sostituire questo per poter iniziare a vendere la versione aggiornata dell'opera, senza che si pongano problemi di giacenze da smaltire o di nuovi costi di stampa da sostenere. Di fronte ad un contratto di edizione digitale pura, che non affianchi quindi all'e-book anche una versione tradizionale stampata, l'art. 129 appare quindi obsoleto e meritevole di correzione da parte dell'autonomia delle parti. Si potrebbe convenire, in particolare, di

rendere applicabile la regola dettata dal primo comma in qualsiasi momento del corso della vita del contratto, e ciò nell'interesse di ambo le parti: dell'autore, che potrà apportare correzioni all'opera senza attendere l'esaurimento dell'edizione corrente (sull'inattualità del concetto di esaurimento dell'edizione in ambito digitale si è già detto); dell'editore, che potrà far circolare l'opera nella miglior versione possibile. La solidità di queste considerazioni trova un concreto riscontro in un servizio offerto da Amazon che, potendo controllare sia la distribuzione degli e-book che la piattaforma *hardware* su cui questi vengono fruiti, offre ai propri clienti la possibilità¹⁸¹ di scaricare automaticamente, senza alcun intervento da parte del cliente, le versioni aggiornate degli e-book acquistati non appena questi si rendano disponibili.

2.6.7. ARTT. 130 E 131 L. AUT.: IL COMPENSO DELL'AUTORE; IL PROBLEMA DELLA DETERMINAZIONE DEL PREZZO AL PUBBLICO NEL MERCATO DIGITALE.

La corresponsione del compenso all'autore, uno degli obblighi fondamentali gravanti sull'editore ai sensi dell'art. 126 l.aut., avviene necessariamente, salva la possibilità di optare per una soluzione a stralcio nei casi, peraltro piuttosto numerosi, indicati dalla legge, con il sistema della compartecipazione agli utili, come stabilisce l'art. 130 l.aut.:

¹⁸¹ È stata prevista la possibilità di optare contro gli aggiornamenti automatici, in quanto questi costituiscono pur sempre una forma di ingerenza nei confronti del cliente, che potrebbe preferire mantenere un controllo più stretto su quanto avviene sul proprio dispositivo. Illuminante sotto questo profilo la brutta figura fatta dalla società nel 2009 quando, a seguito di un reclamo per contraffazione presentato contro una società terza che si appoggiava alla struttura di distribuzione digitale di Amazon, quest'ultima provvide a cancellare da remoto le copie già acquistate dai dispositivi dei propri clienti (nella specie si trattava, ironicamente, dell'opera 1984 di George Orwell). Cfr., sul fatto, http://www.nytimes.com/2009/07/18/technology/companies/18amazon.html?_r=0. Come notazione a margine, è interessante evidenziare lo zelo decisamente eccessivo mostrato nella gestione del caso: si consideri, per fare un paragone, che la normativa italiana, all'art. 159, comma 6 l.aut. (capo III, sez. I: difese e sanzioni civili), esclude dai provvedimenti di distruzione degli esemplari dell'opera illecitamente prodotti quelli che siano stati acquistati in buona fede per uso personale.

[I] Il compenso spettante all'autore è costituito da una partecipazione, calcolata, salvo patto in contrario, in base ad una percentuale sul prezzo di copertina degli esemplari venduti. Tuttavia il compenso può essere rappresentato da una somma a stralcio per le edizioni di:

*dizionari, enciclopedie, antologie, ed altre opere in collaborazione;
traduzioni, articoli di giornali o di riviste;
discorsi o conferenze;
opere scientifiche;
lavori di cartografia;
opere musicali o drammatico-musicali;
opere delle arti figurative.*

[II] Nei contratti a partecipazione l'editore è obbligato a rendere conto annualmente delle copie vendute.

Sulle varie problematiche che attengono alla determinazione del compenso a partecipazione esistono una pluralità di teorie che non vale la pena affrontare in questa sede¹⁸², potendo queste essere traslate puramente e semplicemente dall'ambito analogico a quello digitale; basterà ricordare che i problemi più dibattuti attengono alla necessità di non articolare il meccanismo della partecipazione in maniera tale da eludere il principio per cui gli oneri economici della pubblicazione e il relativo rischio d'impresa devono gravare esclusivamente sull'editore. Unica notazione da fare riguarda la determinazione della quota di partecipazione dell'autore, che negli usi contrattuali corrisponde tipicamente ad una percentuale relativamente bassa del prezzo di copertina al netto dell'IVA, moltiplicata per il numero di copie effettivamente vendute¹⁸³: in considerazione dei costi notevolmente inferiori a carico dell'editore, questa potrebbe essere certamente maggiore, specie se si considera la tendenza attuale a mantenere i prezzi delle edizioni digitali relativamente alti¹⁸⁴. Sull'obbligo di tornaconto gravante in capo all'editore, funzionale alla corretta operatività del meccanismo a partecipazione,

¹⁸² Per una panoramica sulla più rilevante dottrina in materia, cfr. UBERTAZZI, *op.cit.*, 1778 ss.

¹⁸³ Cfr. DI FONZO, *op.cit.* 3045.

¹⁸⁴ Bisogna tuttavia tenere conto del fatto che, mentre i libri beneficiano dell'aliquota agevolata al 4% (ai sensi dei n°18 e 35 della parte II della Tab. A allegata alla l. 26 ottobre 1972, n. 633, pubblicata in G.U. n.292 del 11 novembre 1972, in materia di "istituzione e disciplina dell'imposta sul valore aggiunto"), gli e-book sono attualmente sottoposti all'aliquota ordinaria del 22%, che incide non poco sul prezzo complessivo.

c'è poco da aggiungere, salva forse la possibilità di prevedere, per le copie digitali, un sistema in grado di tenere aggiornato l'autore sullo stato delle vendite in tempo reale: dato che le vendite digitali avvengono in maniera centralizzata, l'editore potrebbe consentire all'autore di accedere alla propria infrastruttura telematica per verificare, di giorno in giorno, il numero di copie effettivamente vendute; ciò non si sostituirebbe ovviamente all'obbligo di tornaconto stabilito dalla legge e non fornirebbe un quadro pienamente esauriente della situazione nel caso in cui l'editore decidesse di concedere in sublicenza a terzi i diritti di pubblicazione digitale, ma costituirebbe comunque uno strumento utile per tener traccia dell'andamento del consenso del pubblico verso l'opera.

Neppure l'art. 131 l.aut. richiede adattamenti, poiché opera ad un livello generale che prescinde dal *medium* concretamente adottato per pubblicare l'opera:

Nel contratto di edizione il prezzo di copertina è fissato dall'editore, previo tempestivo avviso all'autore. Questi può opporsi al prezzo fissato o modificato dall'editore se sia tale da pregiudicare gravemente i suoi interessi e la diffusione dell'opera.

L'articolo in commento prevede un'attribuzione precisa - l'affidamento all'editore, in quanto soggetto che sopporta i costi di produzione, della determinazione del prezzo al pubblico dell'opera - e una cautela a favore dell'autore, ovverosia la facoltà di opporsi al prezzo stabilito quando questo sia tanto alto da costituire un inaccettabile freno alla diffusione dell'opera o tanto contenuto da apparire degradante. Conseguenza della *ratio* che sorregge il diritto di opposizione è che l'autore, qualora la divulgazione della sua opera sia minacciata, potrà opporsi al prezzo anche quando questo non costituisca la base di calcolo della sua remunerazione¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Cfr. GRECO, *op.cit.*, 323.

Un problema che invece non è affrontato affatto dalla legge, ma che ricade sempre sotto la questione della determinazione del prezzo di copertina, è quello relativo alla vendita di copie digitali da parte di soggetti diversi dall'editore. Sebbene capiti a volte che gli editori distribuiscano direttamente le versioni digitali delle opere da loro pubblicate¹⁸⁶, ipotesi che fino ad ora si era data per implicita, la norma è che la distribuzione avvenga tramite portali dedicati, come il Kindle Store di Amazon, iBooks di Apple, Google Play Books, IBS e altri ancora, adottando come meccanismo di determinazione del prezzo al pubblico uno fra i due schemi fondamentali disponibili. Il primo, seguito da Amazon quando quello del libro elettronico non era ancora un mercato consolidato, è il cosiddetto modello *wholesale*, che riproduce esattamente in ambiente digitale ciò che avviene con i comuni libri stampati: il distributore acquista dall'editore, all'ingrosso, un certo numero di licenze ad un determinato prezzo unitario, per poi rivenderle attraverso la propria infrastruttura informatica con piena libertà nella determinazione del prezzo, proprio come avverrebbe nel caso di vendita di beni materiali. Il secondo modello distributivo, che ha visto la sua prima applicazione su ampia scala nel 2010, anno in cui Apple, con la presentazione dell'iPad, ha avuto necessità di procurarsi in breve tempo un ampio catalogo di titoli, è detto modello *agency*: i distributori operano come agenti degli editori, vendendo al pubblico le edizioni digitali al prezzo fissato dall'editore e trattenendo per sé una quota del prezzo a titolo di corrispettivo (tendenzialmente il 30%). Il secondo modello si è progressivamente imposto quando gli editori, dopo averlo sperimentato, hanno iniziato a pretendere il maggior grado di controllo che esso assicura, preoccupati, in particolare, delle scelte commerciali di Amazon che, per incentivare la vendita dei propri dispositivi, aveva all'epoca assunto l'abitudine di vendere i nuovi best-seller all'accattivante prezzo di

¹⁸⁶ Come fa ad esempio, per rimanere in ambito giuridico, la casa editrice Giappichelli: cfr. <http://www.giappichelli.it/ebook>.

\$9,99, spesso in perdita: il timore degli editori era che, in questo modo, il pubblico si assuefacesse al prezzo particolarmente conveniente, iniziando ad esigerlo sempre e comunque, minacciando così le loro prospettive di business. Ci si è trovati così nella situazione paradossale per cui l'incremento degli operatori economici nel mercato si è tradotto in un danno per i consumatori, colpiti da un aumento generalizzato dei prezzi, aggravato per di più dalla presenza, in molti degli accordi fra editori e distributori, di clausole anticoncorrenziali che imponevano ai primi di non concedere per la vendita un medesimo prodotto ad un prezzo più basso presso altri distributori¹⁸⁷. Ad oggi, dunque, il modello assolutamente prevalente nella distribuzione digitale è quello *agency*, quantomeno per quanto concerne gli editori di dimensioni maggiori.

2.6.8. ART. 133 L. AUT.: INSUCCESSO DELL'OPERA E ACQUISTO DELL'INVENDUTO: SOSTANZIALE INAPPLICABILITÀ.

L'art. 133 l.aut. regola il destino degli esemplari prodotti nel caso in cui l'opera non riesca a trovare proficua collocazione sul mercato, contemperando l'interesse dell'editore a minimizzare i danni con quello dell'autore a salvaguardare la propria opera. Le prescrizioni sono le seguenti:

Se l'opera non trova smercio sul mercato al prezzo fissato, l'editore prima di svendere gli esemplari stessi a sottoprezzo o di mandarli al macero, deve interpellare l'autore se intende acquistarli per un prezzo calcolato su quello ricavabile dalla vendita a sottoprezzo o ad uso di macero.

In considerazione dei costi da sopportare per lo stoccaggio dell'invenduto, oltre che per rientrare, almeno in minima parte, delle spese affrontate per l'investimento rilevatosi

¹⁸⁷ Il caso è riportato nell'articolo *Kindle fans the flames of price war*, in *Managing Intell. Prop.*, April 2010, 32-33; la questione è oggetto di approfondimento, anche sul piano della legislazione antitrust americana, in STOEPPELWERTH, *Antitrust Issues Associated with the Sale of e-Books and Other Digital Content*, in *Antitrust*, vol.25, spring 2011, 69 ss.

poi infruttuoso, l'editore può essere indotto a svendere le copie, o addirittura a mandarle al macero, qualora non vi sia alcuna prospettiva di vendita nemmeno a prezzo ribassato. Di fronte a questa scelta di disinvestire, per non sacrificare del tutto l'interesse morale dell'autore, viene consentito a quest'ultimo di acquistare in proprio, in tutto o in parte, le copie destinate a svendita o distruzione per un prezzo analogo a quello che l'editore vi ricaverebbe.

È di tutta evidenza come questa norma, assolutamente ragionevole nel contesto per cui è stata concepita, non abbia alcun senso in ambiente digitale. Non vi è, infatti, alcuna copia in sopravanzo ad affollare i magazzini e che possa conseguentemente essere suscettibile di vendita al macero o di acquisto in prelazione da parte dell'autore: le copie dell'e-book infatti, come detto più volte, non vengono ad esistenza finché non ne sia richiesto il download. D'altro canto, se anche il contratto prevedesse la commercializzazione di un quantitativo determinato *ex ante* di copie digitali, che potremmo definire come "in giacenza virtuale", non si capisce quale dovrebbe essere l'interesse dell'autore a farsene acquirente, considerato che, risolto il contratto e riacquistato il pieno diritto di riproduzione della propria opera, potrà procedere alla sua duplicazione di persona¹⁸⁸.

Il fatto che la norma in commento costituisca una tutela contro lo svilimento dell'opera ed il fatto che, nella fisica impossibilità di procedere alla distruzione dell'invenduto, di fronte all'insuccesso di questa l'unica possibilità rimasta in capo all'editore sia il taglio del prezzo di vendita, porta però alla luce un nuovo problema:

¹⁸⁸ Nella pubblicazione digitale, l'autore si rivolge all'editore soprattutto per beneficiare della sua struttura distributiva e della pubblicità che questa può garantire, mentre per quanto riguarda la composizione del testo digitale non è necessaria una peculiare professionalità, potendo questa essere realizzata, senza necessità di particolari competenze, anche dall'autore stesso, o comunque essere affidata a società specializzate a fronte di un modico compenso. Una volta che l'autore abbia disponibile il file digitale contenente la propria opera, potrà evidentemente duplicarlo a piacimento, come qualunque altro file informatico.

posto che la vendita ad un prezzo fortemente ribassato costituisce una potenziale lesione dell'interesse morale dell'autore¹⁸⁹, quest'ultimo si vede privo del mezzo che tipicamente avrebbe a disposizione per impedire la svendita dell'opera. Se in un contratto digitale "per edizione" l'autore potrebbe chiedere di evitare la vendita "sottoprezzo" facendosi acquirente di tutte le copie digitali concordate che residuano, ciò non potrebbe accadere nel caso di un contratto "a termine": in tal caso, infatti, non esiste un numero massimo di copie previste né in astratto, prevedendo il quinto comma dell'art. 122 l.aut. l'indicazione obbligatoria del solo numero minimo di esemplari da produrre¹⁹⁰, né in concreto, venendo i duplicati digitali prodotti secondo necessità e non in anticipo. In vista di questa prospettiva, le parti potranno accordarsi preventivamente per fissare fin dall'inizio, in sede di stipulazione del contratto, l'intervallo di prezzi all'interno del quale potrà operare la discrezionalità garantita all'editore dall'art. 131 l.aut., così da scongiurare alla radice il porsi del problema; in mancanza di una previa pattuizione invece, qualora le parti non riescano ad accordarsi e l'editore decida di procedere unilateralmente al taglio del prezzo oltre la soglia che l'autore ritenga essere accettabile, quest'ultimo potrà, come ultima *ratio*, ricorrere al ritiro dell'opera dal commercio per gravi ragioni morali, ai sensi degli artt.142 e 143 l.aut. Rimane poi sempre percorribile, come di norma, la via della risoluzione del contratto per mutuo dissenso ai sensi dell'art. 1372, primo comma, secondo periodo cod.civ.

Per quanto riguarda la citata possibilità di acquistare gli "invenduti" residuanti da un contratto "per edizione", appare inoltre necessario un ulteriore adattamento della disciplina: in considerazione delle caratteristiche proprie dell'edizione digitale, ed in particolare del fatto che le copie elettroniche non hanno un vero e proprio costo di

¹⁸⁹ Cfr. App. Milano 30 novembre 2011, in UBERTAZZI, *op.cit.*, 1788, che afferma risarcibile il danno d'immagine derivante dalla vendita sottoprezzo dell'opera.

¹⁹⁰ Sull'interpretazione da dare a questa prescrizione in ambito digitale, cfr. *supra*, par. 5.2.

produzione, alla luce del citato principio per cui gli oneri economici e il rischio della pubblicazione devono gravare sull'editore, sembrerebbe contrario alla buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 cod.civ.) il costringere l'autore ad acquistare copie virtuali invendute in numero tale da fargli corrispondere una somma superiore a quella effettivamente investita dall'editore (al netto dei ricavi derivanti dalle copie vendute), il quale altrimenti si arricchirebbe ingiustamente a danno dell'autore.

2.7. CONCLUSIONI.

All'esito dell'analisi svolta sulla disciplina speciale che regola il contratto di edizione, si può evidenziare la perdurante validità di una normativa sì scritta in anni lontani ma, seppur con i dovuti adattamenti resisi indispensabili per rimetterla al passo con un settantennio di evoluzione tecnologica, ancora oggi capace di offrire un buon temperamento degli interessi dei soggetti coinvolti, a testimonianza di un'ormai perduta capacità di redigere testi legislativi scritti per durare nel tempo. Ci si trova comunque di fronte ad uno strumento pensato in un'epoca diversa e che, anche se in grado di dare tuttora buone risposte, non può per sua natura rappresentare sempre la soluzione ottimale ai problemi che la vita propone: proprio per le limitazioni dello schema tipico, per il suo essere uno strumento "ristrutturato" per adattarsi a nuove necessità, la prassi ha cercato anche altrove, nell'autonomia contrattuale, la risposta alla sempre maggiore ricerca di visibilità avanzata dai consociati negli anni più recenti. L'allargarsi a dismisura della platea di soggetti interessati a rendere pubbliche le proprie idee ha reso arduo il lavoro di selezione e di filtro fino ad oggi svolto dall'editore, oberato da una mole ingestibile di proposte editoriali, impossibile da sottoporre ad un adeguato vaglio critico per ragioni di tempo e di risorse umane disponibili. Proprio questa necessità ha trovato uno sbocco nel fenomeno di autopubblicazione digitale, in cui

l'editore è rimpiazzato da un soggetto prestatore di servizi che si limita a fornire gli strumenti necessari a chi intenda avvalersene, senza realizzare quel particolare rapporto di collaborazione proprio dell'editoria tradizionale. Tali innovativi modelli, figli autentici del nostro tempo, saranno analizzati nel prossimo capitolo.

CAPITOLO TERZO

MODELLI CONTRATTUALI EMERGENTI: L'AUTOPUBBLICAZIONE

DIRETTA

SOMMARIO: 3.1. La rete internet e il nuovo modo di concepire la trasmissione delle idee. – 3.2. I colossi del self-publishing online: Amazon Kindle Direct Publishing (KDP) e Google Play Books. – 3.2.1. I documenti contrattuali – 3.2.2. Legge regolatrice del contratto e foro convenzionale. – 3.2.3. Stipulazione del contratto, durata dello stesso, modificazioni, cessazione. – 3.2.4. Il trasferimento dei diritti. – 3.2.5. Obblighi dell'aderente e obblighi del fornitore dei servizi. – 3.2.6. Utilizzi particolari: la visualizzazione dell'anteprima online in Google Books. – 3.2.7. Il compenso dell'autore. – 3.3. Conclusioni.

3.1. LA RETE INTERNET E IL NUOVO MODO DI CONCEPIRE LA TRASMISSIONE DELLE IDEE.

La rete internet, come noto, è realizzata in modo tale da connettere tra di loro, tramite l'integrazione di un'infinità di altre sottoreti pubbliche e private, tutti i dispositivi che vi accedano. Il web si presenta come un groviglio inestricabile di collegamenti e ciò rende il network, nel suo complesso, estremamente difficile da mettere fuori uso, potendo ogni comunicazione trovare molteplici vie per raggiungere la propria destinazione, dovesse quella principale venire interrotta¹⁹¹: nel momento in cui se ne osservi una rappresentazione grafica, ci si rende conto di come il sistema assomigli alla rete

¹⁹¹ Non a caso, infatti, l'Internet moderno che tutti adoperano oggi è l'erede della rete ARPANET, frutto degli studi iniziati nel 1960, in piena guerra fredda, dal governo statunitense per poter garantire un sistema di comunicazione capace di resistere anche ad un attacco nucleare ed in grado, quindi, di permettere la continuità delle comunicazioni anche in condizioni estremamente critiche. Un resoconto di quanto avvenne in quegli anni e dei successivi passi che condussero fino alla moderna internet si può leggere in GUBITOSA, *Hacker, scienziati e pionieri. Storia sociale del Ciberspazio e della Comunicazione Elettronica*, 145 ss.

neuronale del cervello, dove ogni neurone è collegato a molti altri tramite i dendriti, formando così un'intricata rete di connessioni¹⁹². Questa struttura, evolutasi negli anni più recenti in quello che è comunemente chiamato web 2.0¹⁹³, fa ora sì che ogni persona connessa alla rete possa, senza difficoltà alcuna, comunicare istantaneamente con tutti i soggetti collegati, esprimendo il proprio pensiero in maniera immediata, quasi come si trovasse in una grande piazza virtuale in cui le distanze si azzerano ed i limiti imposti dalla normale comunicazione sono agevolmente scavalcati.

L'influenza di questo nuovo modo di comunicare, divenuto in tempi brevissimi quasi una seconda natura per la larga porzione della popolazione mondiale che ha accesso a quegli strumenti tecnologici, primo fra tutti lo smartphone, che garantiscono il mantenimento della qualità di "persona connessa" durante tutto l'arco della giornata, in casa come al lavoro ed in mobilità, non poteva non avere conseguenze sull'idea che il singolo ha di sé come elemento di una totalità più vasta che lo trascende.

Questa accresciuta consapevolezza ha portato all'emersione di nuove esigenze comunicative, in quanto il cittadino, oggi, non vede più la propria area di azione e potenziale influenza circoscritta alla ristretta cerchia delle amicizie, delle conoscenze, del comune di residenza, ma percepisce la possibilità di rivolgersi ad un pubblico eventualmente coincidente con l'umanità intera. Se internet è stato l'artefice del sorgere di questo nuovo bisogno, ha al contempo anche fornito gli strumenti necessari

¹⁹² Una rappresentazione grafica di una porzione di internet, realizzata nell'ambito dell'Opte Project e parte dei cataloghi del Boston Museum of Science e del MOMA, è reperibile presso l'url http://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/d/d2/Internet_map_1024.jpg.

¹⁹³ L'espressione "Web 2.0" comparve per la prima volta nel 2005 e si usa da allora per distinguere il diverso atteggiarsi dell'interazione sito-utente rispetto a quanto avveniva negli anni passati: se fino a tempi molto recenti l'internauta era passivo fruitore dei contenuti che gli venivano proposti, oggi invece è fattivo partecipante della creazione di questi. I maggiori artefici di questo cambiamento sono stati prima i blog, poi i social network e le pagine di tipo wiki, editabili da chiunque. Cfr. voce *Web 2.0* in Enciclopedia Treccani, consultabile online all'url <http://www.treccani.it/enciclopedia/web-2-0/>.

ad appagarlo, specie da quando le connessioni dati hanno raggiunto velocità ragguardevoli e prezzi accessibili.

Se, dunque, prima dell'avvento dell'internet moderno, lo strumento principe ed esclusivo per divulgare il pensiero in forma articolata era il libro, oggi la tecnica offre, accanto a questo, il mezzo dell'e-book; se nella pubblicazione tradizionale l'aspirante autore necessita dell'intermediazione di un soggetto, l'editore, che col proprio rifiuto può porre un argine insuperabile alle sue aspirazioni comunicative, il libro elettronico consente invece, grazie alla sua immaterialità, di mettere in contatto il singolo con la totalità degli altri utenti della rete. Certamente l'assenza dell'intervento dell'editore farà venir meno le garanzie di maggiore qualità e di revisione dei testi da questo garantite e l'assenza di "controlli all'ingresso" del mercato editoriale provocherà – e sta già provocando – un enorme flusso di pubblicazioni di valore discutibile, complice anche la comune tendenza dell'essere umano a sopravvalutare i propri mezzi e le proprie capacità; nondimeno, nel *mare magnum* di questa eterogenea produzione finisce anche la perla rara che, per la sua peculiarità e non conformità agli standard della letteratura *mainstream*, avrebbe rischiato di andare perduta qualora fosse stata sottoposta ad un vaglio editoriale sempre più attento alla sicura profittabilità dei prodotti e sempre meno propenso ad assumere rischi¹⁹⁴, mentre il nuovo problema diverrà, come intuibile, individuare le produzioni di qualità in assenza di chiari punti di riferimento.

¹⁹⁴ Una critica all'attuale assetto del mercato e all'atteggiamento degli "intermediari dei contenuti" si trova in *Exploitative Publishers, Untrustworthy Systems, and the Dream of a Digital Revolution for Artists*, in 114 Harv. L. Rev. 2438 (2000-2001). L'articolo, in particolare, avendo in mente la situazione degli Stati Uniti, contesta come il mercato dei prodotti dell'ingegno abbia finito per tradire il principio costituzionale (*Article I, Section 8, Clause 8*) che tutela il Copyright nella misura in cui questo sia finalizzato a "promuovere il progresso della scienza e dell'arte", riducendolo piuttosto ad una merce come le altre e adottando conseguentemente una politica di massimizzazione dei profitti che rifugge le produzioni di incerto successo economico, trasformando di conseguenza il mercato delle opere intellettuali in una fabbrica di prodotti standardizzati di sicuro apprezzamento da parte del pubblico, e ciò malgrado gli alti ricavi incamerati, che ben potrebbero coprire gli investimenti necessari a concretizzare lo scopo per cui la tutela costituzionale fu in primo luogo fissata, ovvero sia il citato progresso della scienza e dell'arte. Preso atto

Quando ci si pone in questo tipo di ottica, lo strumento giuridico da adottare non potrà essere il contratto tipico di edizione, nemmeno nelle forme rivedute e corrette di cui si è detto nel capitolo precedente, ma dovrà essere necessariamente un mezzo radicalmente nuovo, fondato sulla libertà che l'ordinamento riconosce all'autonomia privata tramite la clausola generale dettata dall'art. 1322 cod. civ.¹⁹⁵ e costruito in maniera tale da ampliare al massimo la platea dei possibili fruitori, al contempo riducendo al minimo i costi d'accesso: per tracciare un parallelo, se l'editoria classica cerca di operare un'attenta selezione *ex ante* del materiale da pubblicare, così da evitare errori molto costosi in termini di investimenti, la contrattualistica legalmente atipica, ma sempre più socialmente tipica, che regola l'autopubblicazione online azzera i controlli iniziali per scommettere piuttosto sulla legge dei grandi numeri, sul casuale successo di un'opera fra le mille che vengono messe a disposizione ai lettori.

Una notazione da fare fin da principio e che dovrà essere sempre tenuta a mente è il fatto che i modelli contrattuali che saranno oggetto di trattazione nel prosieguo di questo capitolo, al contrario del modello tipico analizzato nel capitolo precedente, fondato su disposizioni legislative immutate nell'arco di oltre settant'anni, costituiscono una materia estremamente fluida, soggetta a continui cambiamenti per il fatto stesso di essere affidata alla regolamentazione che le parti (*rectius*: la parte forte¹⁹⁶) decidono di

di tale situazione, l'articolo guarda con favore e speranza al mercato digitale, visto come sbocco per tutte quelle opere che, pur valide, sarebbero rifiutate dall'industria dei contenuti proprio a cagione della loro originalità.

¹⁹⁵ “Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge [e dalle norme corporative]. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.”

¹⁹⁶ Si tratterà infatti sempre di contratti per adesione, con testo predisposto dal soggetto che mette a disposizione la piattaforma di pubblicazione ed accettato senza possibilità di apportarvi modifiche da parte di chi intenda pubblicare la propria opera; sempre presente è poi la clausola che autorizza la modificazioni unilaterali del contratto, anche peggiorative, dietro preavviso e con possibilità, per l'utente insoddisfatto, di recedere senza penalità.

volta in volta di darsi, sicché sarà maggiormente proficua un'analisi che individui quali siano le tendenze generali che orientano la materia, onde non condannare questa indagine a una prematura obsolescenza¹⁹⁷.

3.2. I COLOSSI DEL SELF-PUBLISHING ONLINE: AMAZON KINDLE DIRECT PUBLISHING (KDP) E GOOGLE PLAY BOOKS.

Nell'oggettiva impossibilità di prendere in considerazione tutte le opzioni offerte dal mercato, vale la pena soffermarsi sui servizi che movimentano i numeri maggiori, in particolare quelli offerti da Google e da Amazon, entrambi caratterizzati dalla gratuità d'accesso e dalla possibilità di distribuire su una pluralità di piattaforme digitali (e-reader, PC, smartphone e tablet). L'analisi partirà da un inquadramento generale dei contratti, per poi soffermarsi sugli aspetti più rilevanti e meritevoli di attenzione, offrendo inoltre un approccio comparativo con riferimento ai contratti di autopubblicazione relativi ad altre categorie di beni digitali.

3.2.1. I DOCUMENTI CONTRATTUALI.

La prima questione è quella relativa ai testi contrattuali che formeranno oggetto dell'accordo fra l'autore e la compagnia fornitrice dei servizi di pubblicazione online. In entrambi i casi il testo dei contratti è fornito online, senza che sia necessaria alcuna interazione di persona con agenti delle compagnie interessate, il che da un lato riduce i costi che queste devono sostenere per un tipo di imprenditoria, come si è detto, fondata

¹⁹⁷ Al momento dell'ultima consultazione, il contratto di Google era da ultimo modificato il 21 ottobre 2013; il contratto di Kindle Direct Publishing era da ultimo aggiornato al 12 novembre 2013.

sulle grandi quantità, e dall'altro riduce gli imbarazzi che potrebbero affliggere lo "scrittore della domenica" all'idea di confrontarsi con un professionista.

Google richiede agli aspiranti aderenti di creare innanzitutto un account personale, valido per l'insieme dei servizi che la società fornisce¹⁹⁸, quindi di aderire specificamente al c.d. programma "partner di Google Play Books", il cui documento contrattuale è fornito nel corso della registrazione¹⁹⁹, dopo aver inserito una serie di informazioni personali, ma prima della conferma dell'adesione: non è quindi possibile leggere il testo articolato se non iniziando la procedura di adesione, pur rimanendo possibile consultare una serie di documenti ipertestuali accessori, peraltro richiamati dal contratto nella sua introduzione²⁰⁰, che riportano le condizioni contrattuali in un linguaggio più piano.

Amazon, al contrario, offre una maggiore accessibilità della documentazione legale, fornendola liberamente e senza necessità di previa identificazione personale sul proprio sito dedicato all'autopubblicazione²⁰¹, accompagnata da una serie di schede informative tematiche volte a rendere conoscibile il contenuto generale delle condizioni contrattuali anche senza affrontare la lettura integrale di un testo redatto in linguaggio legale.

Il contratto proposto da Google, per quanto riguarda gli e-book, si compone dei "Termini e Condizioni Generali del servizio Programma Partner Google Libri"²⁰², delle

¹⁹⁸ In sostanza, la creazione di un account di posta elettronica GMail, compilando il form disponibile all' url <https://accounts.google.com/SignUp>.

¹⁹⁹ La procedura di adesione viene avviata, dopo aver effettuato il login con il proprio account, all' url <https://play.google.com/books/publish/signup#settings>.

²⁰⁰ Ci si riferisce, in particolare, alle FAQs, reperibili all' url <http://books.google.com/support/partner?hl=it> e, soprattutto, alle "Policy del Programma", reperibili all' indirizzo <http://books.google.com/partner/policies?hl=it>. Come detto, entrambi questi documenti sono richiamati direttamente dal testo contrattuale.

²⁰¹ Il testo integrale dei termini e delle condizioni legali è reperibile all' url <https://kdp.amazon.com/help?ie=UTF8&topicId=APILE934L348N>.

²⁰² Da qui in poi ci si riferirà a questi come ai "Termini e condizioni generali di Google".

FAQs e delle policy del programma dall'introduzione di questi richiamate, dell' "Addendum Google Ebooks" (addendum che, ai sensi della clausola 9.8 dello stesso prevale, nel testo originale in inglese, qualora entri in conflitto con i termini e condizioni generali), nonché di un allegato relativo all'elaborazione dei pagamenti elettronici; ai fini del riparto della regolamentazione, i Termini e Condizioni Generali si riferiscono al rapporto di fornitura dei libri contro la concessione del servizio di *hosting* (rapporto interno), mentre l'addendum riguarda le modalità di messa a disposizione e commercializzazione delle opere concesse (rapporto esterno), come enunciato nelle premesse dell'addendum stesso.

Il contratto di KDP fornisce invece direttamente nella propria introduzione l'elenco delle fonti dei diritti e degli obblighi delle parti, individuandoli nell'articolato del documento contrattuale, nella "Pricing Page" (che segue nel medesimo documento e contiene la regolamentazione dettagliata delle politiche di pagamento), nelle "Rules and Policies" diffusamente contenute nel sito kdp.amazon.com, nelle "Conditions of Use" del sito Amazon.com e nella "Privacy Notice" in quello stesso sito reperibile.

Complessivamente quindi, sotto questo profilo, si rileva la disponibilità relativamente immediata dei documenti contrattuali, non rinvenendosi in nessuno dei due casi visti inviti ad avviare contatti privati per avere contezza dell'interezza delle condizioni, il che, come detto, è non solo una forma di correttezza e trasparenza verso l'utente, ma anche un *modus operandi* conforme all'interesse di ambo le parti, le quali mirano a facilitare l'instaurazione del rapporto. Va però detto che a questa pronta reperibilità documentale si contrappone un alto livello di complessità del regolamento

negoziale, diffuso in più testi e, in alcuni casi, nemmeno strutturato in forma di documento articolato²⁰³.

Una particolarità meritevole di particolare attenzione riguarda il contratto di KDP, il quale, sebbene presentato in più lingue, italiano compreso, prevede in sede di introduzione una clausola generale sul conflitto fra testi che stabilisce la prevalenza, in caso di difformità, del testo inglese, di modo che sarà opportuno fare sempre riferimento a questo piuttosto che alla versione italiana.

3.2.2. LEGGE REGOLATRICE DEL CONTRATTO E FORO CONVENZIONALE.

Trattandosi in entrambi i casi di società multinazionali che operano in tutto il mondo e svolgendosi la contrattazione su un piano di formale parità, di modo che non opera nel caso di specie alcuna normativa speciale a tutela del contraente debole, è di fondamentale importanza individuare immediatamente quale sia la legge regolatrice del contratto e, cosa ancora più importante, verificare la presenza di limitazioni pattizie alla tutela giurisdizionale dei diritti.

I termini e condizioni generali del servizio Google, all'art. 17 (Disposizioni varie), sanciscono espressamente che

Il Contratto è disciplinato dalla legge italiana, ad esclusione delle norme di diritto internazionale privato. Le eventuali controversie derivanti dal Contratto saranno devolute alla competenza esclusiva del Tribunale di Milano.

Una particolarità riguarda l'addendum che, come detto, forma parte integrante del contratto: ferma l'applicabilità della legge italiana e la competenza esclusiva del foro meneghino, ribadite rispettivamente alle clausole 10.1 e 10.2, viene imposto – dalla

²⁰³ È il caso delle non meglio definite "all rules and policies for participating in the Program provided on the KDP website at <http://kdp.amazon.com/> and <http://kdp.amazon.co.jp/> ("Program Policies") previste come vincolanti dal contratto di Kindle Direct Publishing.

clausola 9.2 - un onere linguistico per tutte le comunicazioni relative all'addendum, che dovranno necessariamente avvenire in lingua inglese; la medesima clausola, fra l'altro, chiarisce pattiziamente il momento in cui queste debbano essere considerate perfezionate, stabilendo che tutte le comunicazioni inviate per email "si intenderanno effettuate all'atto della verifica della ricezione tramite ricevuta scritta o automatica o log elettronici". Conformemente alla legge italiana, vista la natura di contratto per adesione e la qualità di alcune delle clausole contrattuali, da ritenersi vessatorie (come quella, appena citata, riguardante il foro esclusivo), l'art. 18 dei termini e condizioni generali elenca una serie di articoli dei quali l'aderente, sottoscrivendo il contratto, afferma di aver specificamente letto e accettato il contenuto²⁰⁴.

²⁰⁴ La questione delle modalità di attuazione del disposto dell'art. 1341, secondo comma cod. civ. sono state a lungo dibattute in dottrina. A fronte dell'impossibilità fisica di adottare la soluzione invalsa nella prassi tradizionale, consistente nell'apporre una sottoscrizione separata sotto il gruppo di clausole vessatorie ai sensi della norma citata, si è posto il problema di come replicarne un equivalente funzionale nell'ambito del contratto concluso mediante strumenti telematici. Consolidato in giurisprudenza ed in dottrina è il principio per cui i contratti a forma libera possono liberamente concludersi online anche mediante il c.d. sistema del *point and click*, e ciò a maggior ragione da quando, nel maggio del 2012, sono state introdotte nel nostro ordinamento alcune norme di recepimento delle direttive europee in materia dei dati personali e di reti e servizi di comunicazione elettronica (cfr. l'art. 1, comma 5, del D.lgs. 28 maggio 2012, n. 69, pubblicato in G.U. n.126 del 31 maggio 2012), le quali ammettono espressamente la possibilità di manifestare il consenso contrattuale anche tramite "specifiche configurazioni di programmi informatici o di dispositivi che siano di facile e chiara utilizzabilità". Il requisito della conoscibilità delle condizioni generali di contratto viene ritenuto integrato anche quando alcune di queste siano riportate in schermate diverse, il che viene chiaramente incontro alla prassi, legittimandola. Più complessa risulta invece la questione delle clausole vessatorie che, ai sensi dell'art. 1341, richiedono una specifica approvazione per iscritto, approvazione che, malgrado il dettato legislativo sembri stabilire a pena di inefficacia della clausola, l'orientamento consolidato della Cassazione interpreta come requisito di forma *ad substantiam* (fra le altre, Cass. 29 ottobre 1966, n. 1716; Cass. 8 novembre 1968, n. 3709; Cass. 14 febbraio 1969, n. 510; Cass. 30 aprile 1969, n. 1403; Cass. 13 luglio 1991, n. 7805; Cass. 19 gennaio 2000, n. 569). Conseguenza di questa lettura è che, costituendo la forma scritta una prescrizione stabilita a pena di nullità, i contratti per adesione integranti clausole vessatorie (ovverosia praticamente tutti), dovrebbero essere ricondotti sotto il numero 13 dell'art. 1350 cod. civ., voce relativa agli "altri atti" per cui la legge impone la forma scritta (anche se la nullità colpisce solo alcune clausole, spesso l'importanza di queste nell'economia del contratto rende difficile l'applicazione del regime della nullità parziale); tale numero è richiamato espressamente dall'ultimo periodo del comma 2-bis dell'art. 21 del D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (pubblicato in G.U. n.112 del 16 maggio 2005), recante il Codice dell'amministrazione digitale ("CAD"), ove si stabilisce che gli atti appartenenti a quest'ultima categoria "soddisfano comunque il

Ben diversa è invece la situazione nel contratto proposto da Amazon, alla cui Section 10.2 (Applicable Law) è stabilito che la legge applicabile sarà quella dello Stato di Washington: il contratto, dunque, non è di diritto italiano. In caso sorgano conflitti, la Section 10.1 (Disputes) prescrive il ricorso obbligatorio all'arbitrato, secondo le norme del Federal Arbitration Act; l'arbitro applicherà il contratto nelle stesse modalità che avrebbe adottato il giudice ed avrà facoltà di disporre gli stessi risarcimenti e rimedi di un tribunale, comprese ingiunzioni e accertamenti; la società si impegna, tuttavia, a rimborsare le spese di tipo amministrativo sostenute dal ricorrente, purché queste siano contenute entro i \$10'000 e la lite non sia dichiarata temeraria. Ulteriori limitazioni ai rimedi esperibili sono sancite per il caso in cui, per qualsiasi motivo, riviva il diritto dell'aderente ad adire il giudice: in tal caso si fa espressa rinuncia al diritto di avere un processo con giuria e si stabilisce come foro esclusivo quello dello stato di Washington;

requisito della forma scritta se sottoscritti con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale". La conseguenza ultima di questo ragionamento è che su un grandissimo numero di contratti conclusi online attraverso il sistema del *point and click* incombe la spada di Damocle della nullità per difetto di forma: anche se, in tema di documento informatico, l'obbligo di ricorrere ai tre tipi di firma più forti, a pena di nullità, è prevista solamente per i contratti di cui all'art. 1350, numeri da 1 a 12, cod. civ. (ex art. 21, comma 2-bis, primo periodo CAD), mentre per quelli di cui al numero 13 la formula adottata dalla legge sembra piuttosto offrire una presunzione di conformità, lasciando al giudice la facoltà di apprezzare liberamente l'idoneità di altri sistemi di firma debole eventualmente utilizzati ("soddisfano **comunque** il requisito della forma scritta" – enfasi aggiunta), resta il fatto che l'adozione di un sistema di sottoscrizione elettronica qualitativamente inferiore alla firma elettronica avanzata lascerà il giudizio sul rispetto o meno del requisito di forma nel limbo della discrezionalità del giudice, il quale lo valuterà liberamente "tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità ed immodificabilità" (ex art. 20, comma 1-bis, CAD), il che è difficilmente accettabile in un contesto, quale è quello dei rapporti commerciali, che richiede la massima certezza del diritto possibile. La questione, che prima o poi dovrà essere affrontata, potrà indifferentemente risolversi o con una modifica legislativa che regolamenti direttamente i contratti per adesione conclusi con strumenti informatici, ad esempio prescrivendo l'obbligo di riprodurre le clausole abusive su una nuova schermata dopo la prima accettazione del contratto, chiedendo all'aderente un'ulteriore conferma del consenso, ovvero, più semplicemente, attraverso una revisione dell'orientamento giurisprudenziale che riconduce il secondo comma dell'art. 1341 cod. civ. alle ipotesi di forma scritta *ad substantiam*. Per alcune considerazioni sul rapporto fra l'art. 1341 cod. civ. e i contratti conclusi su internet (nel caso di specie si trattava di un contratto B2B fra un imprenditore ed Ebay), cfr. la nota di ARANGUENA a Tribunale Catanzaro, 30 aprile 2012, sez. I, in Dir. Inf. 2012, 1181 ss.

che si proceda in via di arbitrato o giudizialmente, si conviene in ogni caso di condurre la controversia su base esclusivamente individuale, rinunciando quindi all'efficace strumento della *class action*²⁰⁵. Corollario dell'applicazione della legge straniera è, come si evince dallo stesso testo contrattuale, che i testi accessori richiamati saranno non quelli presenti sul sito di lingua italiana, ma quelli reperibili sul sito statunitense: le maggiori difformità si ritroveranno nell'informativa sulla privacy.

Complessivamente, dunque, l'adesione al contratto proposto da Amazon è sicuramente più rischiosa per l'aspirante autore italiano, che in caso di problemi sarà costretto ad assumere un legale stabilito negli Stati Uniti, sostenendo costi che quasi certamente non giustificheranno mai il ricorso al contenzioso. Al di là di questo profilo rimane il fatto che, in linea di massima, l'utente tipico di un servizio di self publishing online non movimenterà mai somme tali da giustificare le spese di un'azione in giudizio, di modo che, in caso di contrasti, l'unica strada concretamente percorribile sarà quasi sempre la risoluzione del contratto; nondimeno il servizio potrebbe prestarsi anche ad operazioni commerciali molto ben organizzate, in grado di produrre somme sufficienti a giustificare il sostenimento delle spese legali nell'ipotesi in cui sorga un conflitto.

²⁰⁵ Le clausole abdicative del diritto a condurre la controversia in maniera collettiva sono particolarmente diffuse nelle convenzioni di arbitrato statunitensi ed hanno recentemente manifestato la propria solidità con sentenza della USSC No. 12-133 (Giugno 20, 2013), caso *American Express Co. v. Italian Colors Restaurant*, estensore Scalia, dove si afferma che la mera antieconomicità dell'esercizio dell'azione in forma individuale non vale, di per sé, ad invalidare una clausola di *class-action waiving*, essendo invece necessario, a tal fine, o una sproporzione tanto esorbitante fra costi e benefici da rendere in concreto opponibile un'eccezione di "*effective vindication*", o un intervento del legislatore federale che limiti il ricorso a tale clausola. Il testo della sentenza è reperibile presso l'url http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-133_19m1.pdf.

3.2.3. STIPULAZIONE DEL CONTRATTO, DURATA DELLO STESSO, MODIFICAZIONI, CESSAZIONE.

Come già detto, questi tipi contrattuali si presentano come contratti di servizi per adesione, potendo l'aspirante autore decidere di sottoporre la propria richiesta di partecipazione al programma dopo aver preso visione dei termini e delle condizioni liberamente consultabili online. Per quanto riguarda il servizio offerto da Google, la pubblicazione dei documenti contrattuali, con possibilità di procedere alla prestazione del consenso con modalità integralmente telematiche, non sembra rendere tuttavia il procedimento sottoponibile alla disciplina dell'offerta al pubblico di cui all'art. 1336 cod. civ., e ciò in quanto l'art. 1 (Partecipazione al programma) dei termini e condizioni subordina la partecipazione al programma "alla previa approvazione del richiedente da parte di Google", il che equivale a dire che l'espletamento delle procedure informatizzate di "adesione" costituisce giuridicamente non un'accettazione, ma una proposta contrattuale standardizzata, subordinata pertanto all'accettazione della controparte: il contratto dovrà quindi ritenersi perfezionato nel momento in cui l'aderente²⁰⁶ sia messo in condizione di conoscere l'avvenuta accettazione della sua candidatura, ovvero sia quando l'email di conferma sarà stata recapitata presso il suo indirizzo di posta elettronica²⁰⁷, ai sensi dell'art. 1335 cod. civ., interpretato

²⁰⁶ Alla luce di questa precisazione, si consideri dunque utilizzato in senso atecnico il termine "aderente" (pur utilizzato dal contratto in commento), con il quale di qui in avanti ci riferirò talvolta al soggetto che abbia stipulato un contratto con una società che offra servizi di self publishing online.

²⁰⁷ Dal punto di vista tecnico, BRAVO precisa che "Il principio andrebbe interpretato nel senso che il momento di ricevimento coincide con il momento in cui la comunicazione elettronica raggiunge l'area di memoria (ad esempio: casella di posta elettronica; area di un sito ad accesso riservato; porzione di un data server, nel quale viene ospitato un database in cui sono memorizzati gli ordini inoltrati a mezzo di compilazione di form presente sulla pagina web di un sito di commercio elettronico; ecc.) e viene ivi memorizzata e resa disponibile al destinatario, affinché possa consultarla generalmente accedendo da remoto tramite apposite credenziali di autenticazione." Cfr. BRAVO, voce *Commercio elettronico*, in Enc. Dir., Annali V, 2012, sezione 19, nota 173, consultata in formato elettronico.

conformemente all'art. 13, comma 3 della legge sul commercio elettronico²⁰⁸, a norma del quale "l'ordine e la ricevuta si considerano pervenuti quando le parti alle quali sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi."

Il contratto di KDP, invece, non pone questo problema, mancando di una clausola che sottoponga la richiesta di adesione ad una previa accettazione, di modo che l'accordo fra le parti dovrà ritenersi perfezionato all'atto dell'accettazione dei termini proposti, accettazione che, ai sensi della Section 1 (Agreement Acceptance) del contratto stesso, potrà avvenire indifferentemente

(a) [by] clicking agree or accept where you're given the option to do so or (b) by using the Program, or any part of it.

ovverosia con un'accettazione espressa, ovvero per fatti concludenti.

Clausola standard, comune a tutti i contratti di questo genere, è quella che vieta il c.d. "multiaccounting": nel momento in cui l'utente si registra, insieme alla verità dei dati anagrafici forniti garantisce anche di non avere registrato ulteriori account a proprio nome presso il medesimo fornitore di servizi. Questo principio può essere ulteriormente specificato, ad esempio prevedendo la possibilità di ottenere una deroga, tramite richiesta e conseguente concessione fatta per iscritto (art. 1, ultimo periodo dei termini e condizioni di Google), o sancendo l'ulteriore divieto di aprire un nuovo account nell'ipotesi di terminazione del primo da parte del fornitore dei servizi (Section 4.2 - Account Information; No Multiple Accounts - contratto KDP). Costante è il ritenere la violazione del principio di unicità dell'account come una violazione di gravità tale da giustificare la risoluzione del contratto²⁰⁹.

²⁰⁸ D.lgs. 9 aprile 2003, n.70, recante "Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico", pubblicato in G.U. n.87 del 14 aprile 2003 - Suppl. Ordinario n. 61.

²⁰⁹ Il testo contrattuale fornito da Google, pur non facendo riferimento all'art. 1456 cod. civ. e non utilizzando l'espressione "clausola risolutiva espressa", lascia intendere chiaramente che questo sia il contenuto giuridico della prescrizione contrattuale, la quale reca testualmente: "Il possesso di account

In maniera diametralmente opposta a quanto avviene nel contratto tipico di edizione, necessariamente circoscritto per legge entro determinati limiti massimi di durata, gli schemi negoziali di cui ci si sta qui occupando, strutturati come contratti quadro di tipo normativo e pensati per regolare una pluralità di rapporti (tanti quante sono le opere che l'autore-aderente riterrà di pubblicare), sono tutti connotati dall'indeterminatezza della durata. Corollario di questa indeterminatezza è la particolare attenzione riposta nel regolare le modificazioni del rapporto e le cause della sua estinzione.

Come spesso avviene nei contratti per adesione a lunga durata, fermo restando il sistema generale, ma macchinoso, dell'atto scritto firmato da ambo le parti, è il contratto stesso a regolare le modalità di aggiornamento delle condizioni, stabilendo a favore del fornitore dei servizi una procedura unilaterale di aggiornamento delle clausole contrattuali basata sullo schema notifica-accettazione tacita. L'art. 17 (Disposizioni varie), quinto periodo dei termini e condizioni di Google reca:

Ogni eventuale modifica al Contratto dovrà essere effettuata alternativamente con: (i) atto scritto firmato da entrambe le parti, (ii) con l'accettazione online da parte dell'Aderente al Programma delle condizioni aggiornate o (iii) con la prosecuzione della partecipazione al Programma dell'Aderente al Programma, dopo l'avvenuto aggiornamento delle condizioni da parte di Google.

Mentre il metodo (i) avrà rara applicazione, come nell'ipotesi di particolari accordi raggiunti su impulso dell'aderente, gli aggiornamenti ordinari che interesseranno il complesso degli utenti del servizio avverranno attraverso il sistema automatico individuato ai punti (ii) e (iii). Il contratto non prevede un termine minimo garantito da far intercorrere fra la comunicazione delle variazioni contrattuali e la loro effettiva entrata in vigore, ma la previsione in concreto di un tale *spatium deliberandi* si può

multipli da parte dello stesso individuo o ente comporterà la risoluzione immediata, salvo che Google non vi abbia espressamente consentito per iscritto o per posta elettronica.”

ricavare dal combinato disposto dei due punti in oggetto: non avrebbe infatti senso contemplare l'ipotesi dell'accettazione espressa da parte dell'aderente qualora questa fosse implicita nel mancato, immediato recesso da parte del contraente insoddisfatto del mutato quadro contrattuale. Dovrà invece ipotizzarsi un sistema congegnato nel modo seguente: predisposta la variazione contrattuale, Google provvederà a notificare, nella maniera che riterrà più opportuna ed efficace²¹⁰, il nuovo testo contrattuale, indicandone la data di entrata in vigore (che di prassi non è inferiore al mese) e fornendo la possibilità di accettare immediatamente le nuove condizioni, come da ipotesi sub (ii), fermo restando il verificarsi della loro accettazione tacita, come previsto sub (iii), nell'ipotesi in cui l'utente non provveda a manifestare il proprio consenso, ma neppure il proprio rifiuto, tramite il recesso dal contratto. Va notato, in particolare, che queste modifiche possono avere ad oggetto anche la parte economica degli accordi, provocando una flessibilizzazione sul fronte della retribuzione dell'autore che sarebbe impensabile in un contratto di edizione tradizionalmente inteso.

Amazon adotta un sistema analogo, ma definisce meglio il regime di transizione fra una versione del contratto e quella successiva; viene operata inoltre una differenziazione fra la generalità delle clausole contrattuali e quelle riguardanti la retribuzione dell'autore (Section 5.4.1 – Royalties) e il regime di concessione dei diritti (Section 5.5 – Grant of Rights). Qualora la modificazione unilaterale abbia ad oggetto queste ultime due categorie, essa avrà effetto a partire dal trentesimo giorno dalla sua pubblicazione, ovvero dal giorno in cui l'utente accetti espressamente, tramite l'apposito comando fornito sul sito online, le nuove condizioni proposte, quale dei due eventi si verifichi prima, ferma restando comunque la non retroattività di eventuali

²¹⁰ Non consta, infatti, alcuno specifico obbligo di forma convenzionale e, fra le varie alternative, non è escluso il aggiornamento delle pagine online recanti le condizioni contrattuali, con onere per l'aderente di verificare periodicamente l'esistenza di aggiornamenti; la prassi prevede comunque di norma quantomeno l'invio di un'e-mail di notifica.

cambiamenti delle condizioni economiche con riguardo alle copie vendute nella vigenza dei termini precedenti, ma non ancora contabilizzate; in casi eccezionali, la società potrà inoltre richiedere l'accettazione espressa come unica forma di manifestazione del consenso, con terminazione del rapporto contrattuale in caso di mancata prestazione dello stesso. Per tutte le clausole che non appartengano invece a queste due categorie particolarmente sensibili, la Section 2.1 del contratto sancisce un'efficacia immediata delle nuove condizioni fin dal giorno della loro pubblicazione, a meno che non venga indicato diversamente; l'utente viene gravato dell'onere di verificare periodicamente l'esistenza di mutamenti contrattuali, giacché l'uso protratto del servizio costituisce tacita (e unica) forma di accettazione dei nuovi termini contrattuali e la comunicazione delle nuove condizioni via email costituisce solo una facoltà e non un obbligo per il fornitore dei servizi, come previsto dall'art. 2 (Agreement Amendment), ultimo periodo.

Sul piano dell'estinzione del rapporto, vista la durata indeterminata di questo, non sorprende la previsione a favore dell'aderente del diritto di recedere *ad nutum* in qualsiasi momento, eventualmente nel rispetto di un congruo termine di preavviso (30 giorni, secondo l'art. 14, primo periodo dei termini e condizioni di Google). Dato che il rapporto fra aderente e fornitore dei servizi non si esaurisce in se stesso, ma è finalizzato a rendere disponibili le opere del primo ad una platea di acquirenti, è evidente che l'estinzione del contratto fra le parti non potrà andare a danno di chi si fosse in precedenza reso acquirente di una o più edizioni digitali nel momento in cui l'autore cessa di essere legato da rapporti contrattuali alla società. Il problema sorge dal fatto che le opere digitali tendono ad essere cancellate dalla memoria fisica dei dispositivi di lettura con una certa noncuranza, nella legittima convinzione che la titolarità della licenza acquistata permetterà di riscicarne una copia in qualsiasi momento: questo modo di atteggiarsi nei confronti del bene digitale in tanto è sostenibile, in quanto le vicende della licenza acquistata dal fornitore di contenuti siano slegate dai rapporti che

questo ha con i soggetti titolari dei diritti. Se, infatti, nel contratto classico di edizione per le stampe anche dopo la scadenza naturale del contratto le copie prodotte e ancora non commercializzate potranno di norma continuare ad essere distribuite dall'editore²¹¹, commercializzate da grossisti e rivenditori, lette da chi le abbia acquistate, in ambito digitale, invece, l'intermediario svolge una funzione che non si esaurisce nel momento dell'acquisto, ma perdura nel tempo, esercitando questi la funzione di gestore centralizzato dei diritti digitali e di fonte da cui attingere all'occorrenza le copie originali di quanto acquisto nel corso del tempo. Proprio per evitare che questo meccanismo, il quale costituisce uno dei principali punti di forza della distribuzione online, venga messo in crisi, tutti i contratti di pubblicazione online contengono una clausola diretta a far salvi i rapporti esauriti intercorsi con la clientela prevedendo che, anche in caso di interruzione dei rapporti con l'autore dell'opera o comunque di rimozione dell'opera stessa dal negozio online del fornitore di servizi, lo stesso sarà comunque autorizzato a mantenerne copia nei propri archivi, al limitato fine di garantire il servizio a chi avesse acquistato legittimamente un esemplare digitale nel tempo in cui questo era ancora in commercio: afferma ad esempio la lettera g) dell'art. 2.1 (Licenza dell'Editore) dell'addendum Google Ebooks che nel contenuto della licenza fornita a Google è ricompreso anche il diritto a

• (g)continuare a fornire agli Utenti Finali i diritti sui Contenuti Acquistati a titolo irrevocabile e fino alla scadenza dei diritti di sfruttamento dei Contenuti Acquistati vantati dall'Editore e/o dai suoi aventi causa, nonostante la cessazione dell'efficacia o la risoluzione dell'Addendum.²¹²

²¹¹ Quantomeno nel caso in cui non siano in quantità tale da danneggiare gli interessi economici dell'autore che intenda rivolgersi ad un nuovo editore; la questione è stata già affrontata *supra*, alla nota 139.

²¹² Google, vista la natura poliedrica dei servizi che offre, si premura anche di far sopravvivere alla cessazione del contratto (con disposizione contenuta al penultimo periodo dell'art. 14 – Recesso – dei termini e condizioni) il diritto di mantenere nei propri database l'indicizzazione dell'opera ai fini delle ricerche effettuate tramite il proprio *search engine*.

Il concetto è ulteriormente specificato all'art. 5 (Durata e scioglimento), paragrafo 5, quinto periodo dell'addendum medesimo:

Obblighi in caso di Scioglimento o Ritiro dei Google eBooks. (...) L'Editore²¹³ riconosce che, una volta che l'Utente Finale ha acquistato un Google eBook, tale vendita è da intendersi definitiva fatti salvi i diritti di recesso e rimborso previsti dalle policy di Google. Tutte le vendite rimarranno efficaci anche dopo lo scioglimento del presente Addendum o il ritiro della Google eBook da parte dell'Editore. L'Editore autorizza ogni Società del Gruppo Google e i loro Rivenditori Autorizzati a continuare a fornire agli Utenti Finali l'accesso ai Contenuti Acquistati e l'utilizzo degli stessi, ivi compreso l'utilizzo di funzionalità e caratteristiche aggiuntive offerte da Società del Gruppo Google di volta in volta in conformità con i termini del presente Addendum e del Contratto.

Previsione di analogo tenore si rinviene al sesto periodo della Section 3 (Terms and Termination) del contratto KDP:

Following termination or suspension, we may fulfill any customer orders for your Digital Books pending as of the date of termination or suspension, and we may continue to maintain digital copies of your Digital Books in order to provide continuing access to or re-downloads of your Digital Books or otherwise support customers who have purchased a Digital Book prior to termination or suspension.

Questa clausola costituisce uno dei pilastri che sorreggono i contratti di pubblicazione digitale a mezzo intermediario ed è praticamente impossibile trovare un testo che non la contenga, qualunque sia il tipo di bene in concreto trattato, si tratti di musica, libri o software e la caduta, per qualsiasi motivo, di questa previsione si riverbererà quasi certamente sull'intero contratto, irrimediabilmente mutilato di una sua componente essenziale. A suffragio di quanto affermato si riporta, a titolo meramente esemplificativo, l'art. 10 (Durata e risoluzione del contratto), lettera b) del contratto di Microsoft per la messa in vendita, nel proprio negozio online, di applicativi Windows sviluppati da terzi programmatori²¹⁴:

*b. **Conservazione dell'app.** Se risolti il presente contratto o richiedi che Microsoft rimuova la tua app da Windows Store, Microsoft potrebbe conservarne una copia*

²¹³ "Editore" è il termine con cui il contratto di Google Play Books designa l'aderente.

²¹⁴ Contratto per gli sviluppatori di app, nel testo della Revisione 5.0, in vigore dal 23 gennaio 2014, consultabile all'url <http://msdn.microsoft.com/it-it/library/windows/apps/hh694058.aspx>.

per un periodo di tempo indefinito. A meno che l'app non sia stata rimossa da Windows Store a causa di una sentenza di tribunale relativamente alla violazione della proprietà intellettuale, Microsoft può riprodurre e continuare a rendere le app disponibili solo agli utenti che hanno precedentemente scaricato le app conformemente ai termini della licenza utente esistente o per la gestione dell'archiviazione, backup e ripristino o altre ragioni tecniche.

Alla facoltà concessa all'aderente di recedere dal contratto in ogni momento fa da *pendant* un notevolissimo potere di risoluzione unilaterale a vantaggio del fornitore di servizi, il quale potrà decidere di in ogni momento di interrompere i rapporti con l'autore. Vista la delicatezza della questione, la facoltà di recesso è accuratamente regolata, presentando formule che esaltano l'ampiezza di questo potere unilaterale. Il già citato art. 14 (Recesso) dei termini e condizioni di Google riporta, al secondo la seguente disposizione:

Google potrà in qualsiasi momento, a sua unica discrezione, annullare il Programma, recedere dal Contratto o ritirare qualsiasi dei Contenuti Autorizzati inseriti nel Programma.

Principio analogo vale anche per l'addendum, riguardo al quale l'art. 5 (Durata e scioglimento), paragrafo 3, dispone in maniera analoga:

Risoluzione da parte di Google. Google ha facoltà: (a) di risolvere il presente Addendum a sua discrezione assoluta e in qualsiasi momento tramite l'invio di una comunicazione scritta con 30 giorni di preavviso all'Editore; (...)

Il potere discrezionale di Google di decidere della sopravvivenza del rapporto obbligatorio può poi anche esprimersi in via parziale, incidendo non sul contratto in sé, ma sulla sua esecuzione, come si deduce dall'ultimo periodo dell'art. 3 (Pagine dei contenuti):

*Google si riserva la facoltà di non utilizzare **o di cessare di utilizzare i Contenuti Autorizzati** inviati a Google ai sensi del Contratto a sua discrezione o per cause indipendenti da Google (per esempio, limitata capacità del server). (enfasi aggiunta)*

Non migliore appare la stabilità del rapporto regolato dal contratto KDP, come si evince facilmente dalla Section 3 (Term and Termination):

(...)We are entitled to terminate this Agreement and your access to your Program account at any time. We will notify you upon termination. (...) We may also suspend your Program account at any time with or without notice to you, for any reason in our discretion. (...)

Parimenti, anche in questo caso, il fornitore si riserva l'ultima parola sulla scelta di rendere disponibile o meno il materiale fornito dall'aderente, come stabilito dalla Section 5.1.3 (Digital Book Rejection):

We are entitled to determine what content we accept and distribute through the Program in our sole discretion.

Ciò che emerge da queste coppie di clausole è l'atteggiarsi radicalmente diverso del rapporto fra le parti, diametralmente opposto in questi contratti di autopubblicazione online rispetto al modello di pubblicazione che la nostra tradizione conosce. Se quelli sono rapporti giuridici caratterizzati dalla stabilità, dalla ponderazione, dall'assunzione di un rischio d'impresa nello scommettere sulla bontà di una data proposta editoriale, questi si caratterizzano invece da un lato per la maggior facilità di accesso al "privilegio della divulgazione", dall'altro per l'estrema precarietà che tale pubblicazione caratterizza, essendo questa in ogni momento esposta all'arbitrio della società fornitrice dei servizi, la quale potrà non solo, come è logico, rifiutare i contenuti proposti, ma anche rimuoverli in ogni momento dal proprio sito a propria insindacabile discrezione, senza alcun onere di motivazione, o anche sciogliersi *ad libitum* dal contratto nella sua interezza: se, dunque, nel vero e proprio contratto di edizione la produzione e messa in circolazione dell'opera costituisce oggetto di un diritto dell'autore, che potrà farlo valere in giudizio e, in caso di inottemperanza, agire per il risarcimento del danno, in quest'altra ipotesi vedere la propria opera pubblicata sullo store online di Amazon o Google non costituirà un diritto, quanto piuttosto una graziosa concessione. La conseguenza più nefasta dell'ampio potere rimesso nelle mani delle società intermediarie risiede nel fatto che queste, per proprie politiche interne di relazioni pubbliche, possano esercitare i propri poteri di veto non solo per prevenire la

pubblicazione di materiale oggettivamente inappropriato, ma anche per evitare temi controversi che potrebbero indurre parte del pubblico a esternare scomode rimostranze: si immagini, ad esempio, l'ipotesi in cui Amazon rifiutasse in Irlanda la pubblicazione di un libro sul tema dell'aborto, temendo un'azione di boicottaggio contro l'azienda da parte dell'ampia maggioranza cattolica e fortemente contraria a tale pratica. Se il rifiuto della pubblicazione è ancora, in linea di principio, accettabile, considerato che anche un comune editore ben potrebbe rifiutare di dare alle stampe un'opera che ritenesse controversa o in qualche maniera passibile di danneggiare i propri affari, i contratti di self publishing online di cui qui si discorre offrono una inedita, più insidiosa minaccia alla libertà di espressione. Come si è visto questi contratti, fra le varie facoltà che riservano all'intermediario, includono anche quella di procedere al ritiro unilaterale, anche senza giusta causa, di una o più opere dell'aderente e ciò sta a significare che, in ogni momento, l'autore potrà vedersi proposta l'alternativa fra il modificare una parte della propria opera che stia causando problemi all'editore o vedersela ritirare dal commercio (o, peggio ancora, essere minacciato della chiusura del proprio account): recuperando l'esempio che si è fatto poc'anzi, possiamo immaginare che, dopo la messa in circolazione dell'ipotetica opera pro-abortista e a seguito delle proteste di una parte rumorosa dell'opinione pubblica irlandese, Google o Amazon decidano di risolvere alla radice il problema "suggerendo" all'autore di edulcorare le proprie posizioni, o rimuovendo direttamente l'opera contestata dai propri cataloghi. Il pericolo del concretizzarsi di un simile modo di procedere aumenta col crescere della concentrazione delle quote di mercato in capo ad un numero sempre più ridotto di soggetti, condizione quest'ultima che segue la tendenza oligopolistica verso cui sembra orientata l'industria di internet. Se infatti un arcipelago di piccoli soggetti economici potrebbe garantire un'offerta specializzata e differenziata, coerente con i principi del pluralismo, della libertà di opinione e di manifestazione del pensiero, lo scenario che si

va edificando fa invece paventare il rischio di una spinta verso una neutralizzazione dei contenuti: il fine economico che regola l'agire delle società commerciali, quello della massimizzazione dei profitti, impone infatti a queste di mantenere una platea di potenziali clienti quanto più ampia possibile, e se il prezzo per garantire tale obiettivo sarà quello di porre un argine alle opere che, per il loro grado di polemicità, minaccino di turbare il buon andamento degli affari, è indubbio che questo, in mancanza di interventi esterni, sarà certamente pagato. Anche se il problema appare per ora soprattutto teorico, e non si può escludere che possa d'altra parte operare una competizione virtuosa fra i soggetti del mercato che individuino un vantaggio concorrenziale nel fregiarsi di una "patente di imparzialità ed equidistanza" nella selezione dei contenuti da pubblicare, la questione merita comunque un alto grado di attenzione²¹⁵.

²¹⁵ Pur non trattandosi nel caso di specie di un'opera edita in self publishing, vista la natura analoga del problema, al fine di offrire un esempio concreto si consideri il seguente episodio di cronaca: nel marzo 2014 il servizio di edizioni digitali di Apple (iBooks) ha rifiutato all'editore francese Éditions des Équateurs la pubblicazione online della versione e-book del romanzo "La Femme", della scrittrice Bénédicte Martin, soltanto per il fatto che nella copertina dell'opera fosse ritratta una donna a seno nudo e che l'editore, richiesto in tal senso, avesse rifiutato di modificarla; il fatto ha suscitato vivaci proteste da parte dell'editore, che ha additato l'eccessivo moralismo della società statunitense come una minaccia alla libertà di espressione e di riflesso Amazon ha colto l'evento come un'occasione per guadagnare in immagine, offrendo in prevendita l'opera così come originariamente concepita. Appare dunque possibile anche un modello di competizione positiva, in cui il rispetto della libertà di espressione diviene valore aggiunto del *brand* che intende promuoversi presso il pubblico: si tratterebbe in buona sostanza di un nuovo modo di applicare una strategia pubblicitaria fondata sull'esaltazione del marchio a partire da valori aggiunti non direttamente riconducibili alla qualità del prodotto, ma afferenti alle scelte di politica aziendale, già collaudata nell'ambito dell'adozione di politiche produttive ecocompatibili (Apple) o nel ricorso a forme di energia prodotta da fonti rinnovabili (Google). La notizia citata è rinvenibile presso l'url <http://www.tomshw.it/cont/news/apple-bacchettona-censura-un-libro-seni-nudi-in-copertina/54372/1.html>.

3.2.4. IL TRASFERIMENTO DEI DIRITTI.

Elemento imprescindibile di un contratto che abbia ad oggetto la divulgazione di un'opera dell'ingegno è la regolamentazione degli aspetti riguardanti la trasmissione e lo sfruttamento dei diritti patrimoniali d'autore, trasmissione che, secondo i principi generali, è sottoposta alla forma scritta *ad probationem*²¹⁶, con tutti i corollari che ciò comporta²¹⁷.

Mentre il contratto tipico regolato dagli artt. 118 e ss. l.aut. è costruito sulla base della trasmissione derivativo-costitutiva dei diritti patrimoniali d'autore²¹⁸, i contratti atipici di autopubblicazione online sono invece caratterizzati da un sistema di gestione dei diritti più snello, coerentemente con la maggiore flessibilità che permea tutto l'impianto della contrattualistica in esame.

Molto chiara è la disposizione dettata dall'art. 6 (Titolarità dei diritti) dei termini e condizioni di Google:

Nulla di quanto indicato nel Contratto comporta la cessione a Google di diritti relativi alla titolarità dei Contenuti Autorizzati²¹⁹, Marchi o altri materiali forniti dall'Aderente al Programma. (...)

Questa indicazione generale di tipo negativo – è detto cosa l'aderente non trasferisce, non cosa egli effettivamente trasferisca – viene poi compiutamente precisata all'art. 2 (Vendita dei Google eBooks), paragrafo 1 (Licenza dell'editore) dell'addendum. Ivi si chiarisce che ciò che l'autore concede è una semplice licenza, caratterizzata dalla

²¹⁶ Art. 110 l.aut.: “La trasmissione dei diritti di utilizzazione deve essere provata per iscritto.”

²¹⁷ Per alcuni cenni sui problemi che la conclusione del contratto online comporta in ordine all'integrazione del requisito della forma scritta, cfr. *supra* alla nota 203.

²¹⁸ Cfr. *supra*, cap. 2, par. 1.

²¹⁹ “Contenuti autorizzati” è l'espressione con cui il contratto di Google Play Books individua le opere fornite dall'aderente perché siano pubblicate online.

gratuità²²⁰, dall'estensione geografica illimitata e, soprattutto, dalla non esclusività: proprio quest'ultima qualità rappresenta la più rilevante differenza rispetto al contratto di edizione per le stampe, il quale, per realizzare ottimalmente la propria funzione economico-sociale, richiede il vincolo dell'esclusività sui diritti concessi, vincolo che infatti è presunto per legge fino a prova contraria²²¹, mentre in questo caso l'autore, pur dopo aver stretto un accordo con Google per vedere la propria opera posta in vendita presso le vetrine digitali del *Play Store*, con ciò procurandosi una visibilità e una possibilità di penetrazione nel mercato che mai avrebbe potuto ottenere pubblicando in maniera tradizionale, resta tuttavia nella piena e incompressa titolarità dei diritti patrimoniali d'autore, che potranno essere da lui ulteriormente sfruttati senza incorrere in sanzioni contrattuali²²². Per quanto riguarda il contenuto della licenza, questo è minuziosamente descritto in un lungo elenco che arriva sino alla lettera i) e che copre un ventaglio molto ampio di utilizzazioni. Oltre alle concessioni ovvie, come quella di promuovere e commercializzare gli e-books (a), di convertirli per consentirne la corretta visualizzazione in vari formati (b), di venderli agli utenti finali (c), si prevede anche un elenco piuttosto variegato di operazioni tecniche, tipiche della manipolazione dei testi in formato digitale, da autorizzare a beneficio degli utenti finali, come l'uso della funzione copia/incolla, la stampa, la creazione e lo scambio di annotazioni (d); viene autorizzata espressamente, come si è già detto, la garanzia dei servizi post vendita agli

²²⁰ La gratuità della licenza si giustifica nel particolare schema giuridico adottato per gestire la commercializzazione delle copie dell'opera ed il riparto dei proventi, come sarà descritto *infra*, al paragrafo 2.7.

²²¹ Art. 119, secondo comma, l.aut.: "Salvo patto contrario, si presume che siano stati trasferiti i diritti esclusivi."

²²² Nel meccanismo giuridico di trasferimento derivativo-costitutivo proprio dell'edizione per le stampe, invece, l'esclusività della concessione immette l'editore nella titolarità di un diritto opponibile non solo ai terzi, ma anche all'autore stesso, che può essere citato in giudizio per contraffazione e conseguentemente condannato al risarcimento del danno qualora ponga in essere atti incompatibili con il diritto acquisito dall'editore. In dottrina, fra gli altri, cfr. BERTANI, *op.cit.*, 835 ss.; DE SANCTIS-FABIANI, *op.cit.*, 110; AUTERI, *op.cit.*, 639.

acquirenti che abbiano acquistato in un momento antecedente all'eventuale venir meno della licenza (g); si autorizza la funzione di anteprima online, che consente di visualizzare alcune pagine dell'opera prima di acquistarla²²³ (h) e si ammette esplicitamente che Google possa vendere copie digitali dell'opera a terze parti, perché le rivendano al dettaglio (e). Contrariamente a quanto avviene nella prassi contrattuale dell'edizione per le stampe, non si fa alcuna menzione di altri diritti accessori, come quelli di traduzione o adattamento cinematografico, i quali rimangono – come tutti gli altri, del resto – nella sfera giuridica del titolare originario: questo perché le società che operano nel campo del self publishing online offrono un mero servizio di intermediazione fra l'offerta e la domanda, non occupandosi invece della gestione dei diritti come farebbe un editore, il quale lucra i propri profitti non solo con la pubblicazione dell'opera, ma anche – qualora questa abbia successo – con le conseguenti attività di negoziazione dei diritti di traduzione e di sublicenza per la pubblicazione in altri paesi, di edizione in audiolibro, di adattamento cinematografico o in altre forme espressive; l'unico punto in comune rispetto al modello di business tradizionale è la facoltà, che Google si fa riservare, di concedere sublicenze a terzi soggetti, il che si giustifica nell'ampissimo network di partner commerciali su cui può fare affidamento una società multinazionale dotata di propaggini in tutto il mondo.

La materia del *Grant of Rights* è regolata, nel contratto KDP, dalla prolissa Section 5.5, che offre innanzitutto una panoramica generale dei diritti concessi dall'aderente:

You grant to each Amazon party, throughout the term of this Agreement, a nonexclusive, irrevocable, right and license to distribute Digital Books, directly and through third-party distributors, in all digital formats by all digital distribution means available.

²²³ Questa particolare forma di utilizzazione è approfondita *infra*, in questo capitolo, al par. 2.6.

Si nota immediatamente come alcuni elementi siano ricorrenti: il ricorso alla figura giuridica della licenza, la sua non esclusività, la libertà di manovra per effettuare le manipolazioni necessarie a distribuire il testo nei vari formati digitali, il diritto di concedere l'opera in sublicenza a terzi soggetti che intendano a loro volta distribuirla. L'unico elemento di distonia rispetto alle analizzate disposizioni del contratto di Play Books è l'aggettivo "irrevocable" che qualifica il sostantivo "licenze", ma si tratta di una differenza soltanto apparente: non ci si trova qui di fronte, come potrebbe sembrare a una prima lettura, a un vincolo per la libertà dell'aderente, che si vedrebbe sottratto il diritto di revocare ad Amazon (o ai suoi associati che avessero ottenuto la distribuzione in sublicenza) il diritto di distribuire online la propria opera, perché questa interpretazione confliggerebbe con altre disposizioni del contratto che tale facoltà di ritiro dal commercio espressamente concedono²²⁴, dovendosi invece, più limitatamente, ricondurre questo aggettivo al citato principio di sopravvivenza di alcuni effetti del contratto alla sua risoluzione, ai fini della tutela dei diritti acquisiti dai terzi acquirenti in data antecedente alla risoluzione del contratto o, comunque, al ritiro dal libro elettronico dal commercio. A seguire viene fornito, anche in questo caso, un elenco molto dettagliato delle facoltà esclusive incluse nella licenza, nel complesso significativamente simili a quelle già lette nel contratto predisposto da Google; è interessante tuttavia la previsione di cui alla lettera f) del contratto KDP, che attribuisce ad Amazon

²²⁴ Ci si riferisce alla Section 5.1.4 (Digital Book Withdrawal), che recita: "You may withdraw your Digital Books from further sale in the Program at any time on five business days advance notice by following the then current Program procedures for Digital Book withdrawal or un-publishing. We may fulfill any customer orders completed through the date the Digital Books are available for sale. All withdrawals of Digital Books will apply prospectively only and not with respect to any customers who purchased the Digital Books prior to the date of removal." Va sottolineato anche il richiamo che gli ultimi due periodi fanno alla mera ultrattività del ritiro dal commercio dell'opera, che non può mai andare a danno di chi si sia già fatto acquirente della stessa in data precedente.

(f) [the right to] transmit, reproduce and otherwise use (or cause the reformatting, transmission, reproduction, and/or other use of) Digital Books as mere technological incidents to and for the limited purpose of technically enabling the foregoing (e.g., caching to enable display). (enfasi aggiunta)

Questa clausola, che autorizza il compimento di una serie di operazioni tecniche all'esclusivo fine di rendere concretamente esercitabili gli altri diritti concessi, non ricorre nel contratto predisposto da Google. La ragione di questa differenza va ricercata nel fatto che quest'ultimo, essendo regolato dalla legge italiana, non ha bisogno di prevedere espressamente la concessione di un diritto che già la legge attribuisce: stabilisce infatti l'art. 68-bis l.aut che

(...) sono esentati dal diritto di riproduzione gli atti di riproduzione temporanea privi di rilievo economico proprio che sono transitori o accessori e parte integrante ed essenziale di un procedimento tecnologico, eseguiti all'unico scopo di consentire (...) un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali.²²⁵

Il diritto statunitense invece, cui si richiama la Section 10.2 del contratto KDP, non ha mai codificato un principio generale di questo tipo, avendo il parlamento federale respinto nel 1997, nell'ambito dei lavori che portarono all'adozione del *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), un disegno di legge che muoveva in questa direzione. In difetto di un'espressa previsione legislativa, pur potendo operare il principio generale del *fair use*, che impedirebbe al titolare dei diritti di lucrare un doppio compenso per un'attività sostanzialmente unitaria, il bisogno di certezza del diritto ha suggerito al licenziatario di predisporre una clausola che gli conferisca in modo chiaro anche il diritto di effettuare le riproduzioni dell'opera meramente incidentali ai procedimenti tecnologici di fruizione del bene digitale²²⁶.

²²⁵ Per alcune considerazioni sul percorso che ha condotto alla codificazione normativa di questa eccezione nel diritto comunitario, cfr. *supra*, cap. 1, par. 6.2.

²²⁶ Cfr. MARZANO, op.cit., 93 ss., che cita un estratto del disegno di legge di cui si è detto e che qui di seguito si riporta: "(...) *Notwithstanding the provisions of Sec. 106, it is not an infringement to make a copy of a work in a digital format if such copying: (1) is incidental to the operation of the device in the course of the use of a work otherwise lawful under this title; (2) does not conflict with the normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.*"

Oltre al contratto base, in cui la concessione della licenza opera nel modo descritto, Amazon offre anche un'opzione accessoria, denominata Kindle Select e regolata da un'apposita sezione del contratto, in cui l'aderente può decidere di sacrificare il beneficio della non esclusività della licenza, impegnandosi così a rinunciare alla pubblicazione online vuoi tramite intermediari diversi, vuoi direttamente a mezzo di un proprio sito web²²⁷, ottenendo tuttavia in cambio una serie di benefici dal punto di vista pubblicitario; essendo questo però un patto opzionale, tra l'altro limitabile nella sua applicazione anche a singoli e-book e temporalmente delimitato in periodi di 90 giorni, non viene scosso il principio generale che vede il self publishing online proporsi come un modello fortemente conservativo dal lato dell'autore, il quale non perde mai veramente il controllo dei propri diritti patrimoniali.

Questo modello, basato sulla concessione di una licenza non esclusiva, ha tuttavia un raggio di applicazione che non si limita alla sola autopubblicazione online dell'e-book, costituendo invece il nucleo di un numero crescente di schemi contrattuali, tutti accomunati dall'elemento della riconducibilità all'autopubblicazione online, ma ciascuno differente per il tipo di opera dell'ingegno pubblicata: che si tratti di libri elettronici, di musica digitale o di software, categorie di opere per ciascuna delle quali si ricorreva tradizionalmente a tipi contrattuali strutturalmente diversi, l'ossatura di fondo del rispettivo contratto di self publishing sarà sempre lo stessa, costruita attorno alla concessione di una licenza non esclusiva ad una società che funge da intermediario con gli acquirenti. Questo è vero, ad esempio, per il già citato contratto rivolto agli

²²⁷ Ai sensi della Section 1 (Exclusivity) dei Terms and Conditions for KDP Select Program (inclusi in coda del medesimo documento che contiene i Kindle Direct Publishing Terms and Conditions) "During this period of exclusivity, you cannot sell or distribute, or give anyone else the right to sell or distribute, your Digital Book (or a book that is substantially similar), **in digital format** in any territory where you have rights." La limitazione, dunque, come si ricava dalla parte evidenziata in grassetto, riguarda soltanto la pubblicazione in forma digitale, non limitando eventuali forme di edizione cartacea.

sviluppatori di applicativi desktop per Windows²²⁸, che esplicita il concetto in due diversi punti dell'articolato, riferendosi rispettivamente ai rapporti fra aderente e Microsoft (Art. 11 – Varie, lett. i) e fra aderente e acquirente del software (Art. 3 – Nomina ad agente o rappresentante; licenze):

*i. **Non esclusività.** Il presente contratto è non esclusivo e nulla nel presente contratto impedisce allo sviluppatore o a Microsoft di stipulare altri accordi simili con altri marketplace o sviluppatori di app, né di acquisire, concedere in licenza, sviluppare, produrre o distribuire tecnologie simili o concorrenti.*

*g. **Concessione della licenza all'utente per app Windows Store.** Sarai tu, non Microsoft, a concedere in licenza il diritto di installare e utilizzare ogni app agli utenti.*

Stessa cosa avviene per il contratto con cui la coreana Samsung²²⁹ consente la pubblicazione, nel proprio negozio digitale, di applicativi software per smartphone e tablet Android: anche in questo caso i termini sono estremamente chiari. Dispone l'art.

8.1 (License to Samsung):

***You do not transfer ownership of the Application to Samsung by submitting it, but you do grant to Samsung: (a) the worldwide right to host, use, distribute, edit and license the Application for evaluation and certification (by Samsung or Samsung's designated certification vendors); (b) the worldwide right to modify or edit the Application for security purposes including, without limitation, the right to apply or upgrade security patches or related software to the Application; (...)** (enfasi aggiunta)*

Il concetto è poi ulteriormente ribadito all'art. 11.4 (Proprietary rights):

Other than the limited license set forth in these Terms, Samsung acknowledges and agrees that it obtains no right, title or interest from you (or your licensors) under these Terms in or to any Application that you submit, post, transmit or display on, or through, the Services, including any intellectual property rights which subsist in that Application (whether those rights happen to be registered or not, and wherever in the world those rights may exist). (...)

Differenze di sostanza non sembrano neppure rinvenibili nei contratti rivolti a chi intenda pubblicare una propria opera musicale senza affrontare la difficoltà di

²²⁸ Contratto reperibile all'url citato *supra*, alla nota 214.

²²⁹ Il contratto per gli sviluppatori che intendano pubblicare le proprie applicazioni presso l'appstore di Samsung è reperibile all'url <https://seller.samsungapps.com/help/termsAndConditions.as>.

convincere una casa discografica della bontà del proprio lavoro e senza piegarsi alla vessatorietà dei contratti di edizione musicale, caratterizzati di solito dalla cessione-vendita definitiva di tutti i diritti patrimoniali d'autore e da un vincolo di pubblicazione con la medesima etichetta per le eventuali opere future. In questo settore, che presenta l'ostacolo addizionale, ma non insormontabile, della necessità di realizzare una registrazione fonografica di qualità senza l'assistenza ed i mezzi tecnici che normalmente metterebbe a disposizione la casa discografica editrice, operano sia imprese di dimensioni considerevoli, come la divisione iTunes di Apple, sia realtà più piccole, ma non per questo meno interessanti. iTunes, vuoi per gestire meglio l'imponente mole degli articoli in catalogo, vuoi per la rigidità delle politiche di Apple, preferisce lavorare direttamente con editori musicali e, nel caso di musicisti indipendenti, esige che le sia presentato un prodotto già pronto per la commercializzazione²³⁰, richiedendo altrimenti che gli artisti interessati agiscano per il tramite di uno degli aggregatori raccomandati; la piattaforma Loudr²³¹ invece, fondata avendo in mente proprio il self publishing indipendente a mezzo internet e avendo come *target* specifico artisti alla ricerca di uno sbocco non connotato dalla "industrialità" tipica delle produzioni commerciali, appare decisamente più interessante. Anche in quest'ultimo caso, come nei precedenti, si ritrova il caposaldo caratterizzante dell'autopubblicazione, come si evince dalla lettura della Section "Your Content On Loudr":

²³⁰ I requisiti per collaborare con iTunes sono leggibili a partire dalle FAQs di iTunes music provider, disponibili all'url <http://www.apple.com/itunes/working-itunes/sell-content/music-faq.html>; fra i requisiti più onerosi da soddisfare si segnala l'obbligo di offrire una raccolta di almeno 20 album musicali, il possesso di un codice fiscale statunitense ed il raggiungimento di una franchigia minima prima di poter ricevere un qualsiasi tipo di compenso sulle vendite effettuate.

²³¹ Raggiungibile all'url <http://www.loudr.fm/>, le sue condizioni contrattuali, peraltro accompagnate da esempi concreti e da un testo redatto in linguaggio non tecnico che ne chiarisce il senso a chi non fosse in grado di confrontarsi con i termini giuridici (e ciò ad ulteriore conferma del target a cui questa azienda si rivolge), sono consultabili all'indirizzo <http://www.loudr.fm/legal/music-services-agreement>.

*You hereby grant to Company the **non-exclusive right** and authorization to distribute, license, sell, promote, and otherwise exploit the Catalog and any and all rights in and to the sound recording(s) and underlying composition(s) within the Catalog, **throughout the world** as part of the Loudr platform, including any products, services, applications or platform/technical integrations offered in connection with Loudr, regardless of whether accessed **through the Website or a third-party platform** (“Loudr Distribution”). (enfasi aggiunta)*

Si nota, nelle parti evidenziate, il ricorso all’istituto della licenza non esclusiva e su scala mondiale a vendere online i brani forniti dall’aderente e a compiere gli atti strettamente funzionali a tale attività, come la promozione, accompagnato come di consueto dalla facoltà di avvalersi della collaborazione di soggetti terzi. In considerazione delle peculiarità del prodotto musicale, è offerto poi l’ulteriore servizio – opzionale – di intermediazione verso altri *service provider* o distributori (come il citato iTunes) che possano garantire una maggiore diffusione dell’opera, ma che in condizioni normali non sarebbero stati accessibili all’artista:

Your Content On The Rest Of The Internet

You may authorize Company to distribute your Catalog or any individual album within your Catalog to any or all of the service providers, distributors, social media platforms, licensees, digital entertainment services and any other third-party services available to you through Loudr (“Third-Party Distribution”). (...) However, for any portion of the Catalog selected by you for Third-Party Distribution, you hereby grant to Company the sole and exclusive right (...) and authorization to distribute, license, sell, stream, transmit, synchronize, perform, promote, and otherwise exploit such Catalog and any and all rights in and to the sound recording(s) and underlying composition(s) within such Catalog, to the extent necessary for Company to facilitate authorized Third-Party Distribution (...)

Si ripete in questa ipotesi quanto già accennato nel caso del piano opzionale “KDP Select” di Amazon, dove a fini limitati e in condizioni di eccezionalità può venire meno la non esclusività della licenza concessa, il che vale, *a contrario*, a confermare come il principio generale invalso nella prassi di questo genere di contratti sia proprio quello della concessione non esclusiva dei diritti.

A conclusione dell’esame delle modalità con cui avviene la cessione dei diritti nei contratti di self publishing online merita dunque di essere messa in evidenza la tendenziale mancanza di impegni significativi per l’autore, che non si spoglierà mai del

diritto, né per un tempo determinato né, a maggior ragione, in via definitiva, costituendo le licenze esclusive un'ipotesi residuale confinata ad alcune pattuizioni particolari, peraltro sempre sottoposte al regime di terminabilità *ad nutum* del rapporto contrattuale, caratterizzato dai connotati di estrema flessibilità esaminati nel precedente paragrafo.

Emerge poi come, nell'intento di ottimizzare la diffusione delle opere concesse e, di conseguenza, i profitti realizzabili, la grande maggioranza dei modelli contrattuali considerati preveda una facoltà di ricorrere ad ulteriori canali distributivi, tramite il meccanismo della sublicenza a terze parti: questa attività avviene comunque nell'interesse del concedente, il quale da un lato beneficia economicamente delle *royalties* che tali sublicenze fruttano, dall'altro mantiene comunque il controllo sulla circolazione della propria opera attraverso lo strumento del recesso dal contratto, recesso che impedirà al concessionario di procedere ad ulteriori atti di vendita di licenze ai terzi distributori, ma i cui effetti si fermeranno di fronte alle vendite a utenti finali già perfezionate, sempre in forza del principio, che tutti i contratti analizzati prevedono, di non retroattività della revoca della licenza rispetto agli atti di acquisto da parte di consumatori finali.

Un dubbio può sussistere con riguardo al rapporto che intercorre fra la revoca della licenza concessa e la posizione dei terzi distributori che si siano fatti acquirenti di copie digitali dell'opera non ancora vendute: mentre l'ipotesi dell'acquisto da parte di un consumatore finale è espressamente prevista e fatta salva da una precisa pattuizione contrattuale, altrettanto non può dirsi dell'acquisto effettuato da un terzo rivenditore. Nel caso in cui la subconcessione sia basata sul modello *agency* non si pongono particolari problemi: in tanto il subconcessionario potrà proseguire nella propria attività, in quanto continui ad esistere la licenza-base in capo al proprio concedente. Operando il primo come un agente commerciale del secondo, nell'operatività del principio

generalissimo per cui nessuno può trasferire un diritto di portata maggiore di quello di cui è titolare, nel momento in cui venisse a mancare la licenza in capo al subconcedente, il subconcessionario di riflesso non avrebbe più alcun diritto da trasferire ai potenziali acquirenti finali. Nella diversa ipotesi in cui il subconcessionario abbia invece acquistato a volume un certo numero di licenze da rivendere, secondo il modello *wholesale*, possono concretamente verificarsi due diversi tipi di situazioni, a seconda della natura giuridica dell'accordo intercorso fra subconcedente e subconcessionario.

La prima è riconducibile al contratto estimatorio (artt. 1556 - 1558 cod. civ.) e si verifica quando il subconcedente immette il subconcessionario nella disponibilità delle licenze da rivendere²³², con diritto di disporre e obbligo di pagarne il prezzo solo a vendita avvenuta; in questo caso l'*accipiens* è depositario della licenza, di cui l'art. 1558 cod. civ. autorizza gli atti dispositivi pur in assenza della titolarità del diritto di proprietà, che rimane in capo al *tradens* fino al pagamento del prezzo, posticipato rispetto al momento della consegna²³³. Questa costruzione giuridica porta a concludere che, pendente ancora il rapporto estimatorio, la risoluzione del contratto con l'autore, facendo venir meno la licenza del *tradens*, faccia necessariamente cadere anche il contratto fra questo e l'*accipiens* (che comunque non soffrirà alcun danno emergente, non avendo ancora corrisposto il prezzo), sempre in forza del principio *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*; è interessante notare come la peculiare natura dei beni digitali, caratterizzati dalla immaterialità, renda questo genere di

²³² Il contratto estimatorio, ai sensi dell'art. 1556 cod.civ., è un contratto reale e si perfeziona con la *datio rei*, il che tuttavia non pone un limite all'applicabilità della norma al caso di specie: anche se il trasferimento riguarda una licenza smaterializzata, questa è pur sempre suscettibile di trasferimento con strumenti informatici, in quanto la comunicazione di un codice seriale univocamente riconducibile ad una determinata copia digitale dell'opera, anche se tramite l'intermediazione di un software, equivale nei fatti alla trasmissione della disponibilità dell'esemplare dell'opera.

²³³ Cfr. GIANNATTASIO, voce *Contratto estimatorio*, in Enc. dir., X, 1962, sezione 3, consultata in formato elettronico.

contratto estimatorio, nella sua concreta applicazione, estremamente simile allo schema *agency*. La seconda ipotesi da considerare è invece quella in cui il subconcessionario abbia a tutti gli effetti acquistato le licenze, ottenendone la proprietà e pagandone il prezzo: in quest'ultimo caso, a tutela della posizione del rivenditore, che sarebbe economicamente danneggiato da un annullamento delle licenze che avesse ancora in giacenza, è possibile immaginare queste ultime come licenze con utenti finali, coperte quindi dalla clausola di salvaguardia, in cui l'utente finale sia ancora indeterminato. Bisogna infatti operare un'importante distinzione fra il diritto che acquisisce la società di self publishing con in contratto di pubblicazione e le licenze che i subconcessionari da questa acquistano: il contenuto della licenza concessa dall'autore alla prima è il diritto di emettere, senza limiti quantitativi²³⁴, licenze d'uso per utenti finali. Queste ultime, risultato dell'esercizio del diritto concesso all'intermediario, costituiscono beni giuridici autonomi e separati, indipendenti dalle sorti del diritto in forza del quale sono state create, così come un libro è un bene diverso rispetto al diritto di riproduzione e distribuzione tramite l'esercizio del quale è stato stampato e messo in commercio, e nessuno immaginerebbe mai che possa essere ordinato il sequestro e la distruzione degli esemplari detenuti dai grossisti a seguito della risoluzione del contratto di edizione intercorrente fra autore ed editore. Proprio in questa luce devono essere lette le clausole che fanno salvi i diritti degli acquirenti finali: esse servono a garantire, in forma obbligatoria, quella naturale situazione di signoria sulla cosa che il passaggio dalla materialità al bene digitale, perennemente sottoposto all'interferenza di soggetti terzi, aveva messo a rischio, rendendo la sua fruizione dipendente dalla necessaria collaborazione dell'intermediario gestore della piattaforma informatica di distribuzione

²³⁴ La tendenziale mancanza di una regolamentazione circa il numero minimo o massimo di copie commerciabili costituisce un'ulteriore differenza fra il self publishing online e le due forme tipiche conosciute dalla nostra tradizione giuridica.

e di gestione dei diritti digitali. La ricostruzione che si è complessivamente fatta rappresenta inoltre un buon punto di equilibrio fra i contrapposti interessi delle parti, garantendo ai subconcessionari acquirenti la sopravvivenza delle copie digitali acquistate e, al contempo, consentendo all'autore di mantenere un ragionevole margine di controllo sulla circolazione della propria opera, dato che, come si è detto, questo meccanismo non opera nelle ipotesi di agenzia e contratto estimatorio, di modo che il concessionario non potrà abusare di questi modelli per continuare a vendere l'opera anche dopo la risoluzione del rapporto con l'autore²³⁵.

Una considerazione conclusiva si impone infine circa le significative similitudini esistenti fra contratti riguardanti prodotti molto diversi fra loro. Il fatto che le clausole di attribuzione dei diritti di licenza siano per molti aspetti analoghe, mentre la tradizione insegna che a espressioni dell'ingegno diverse corrispondono diversi tipi negoziali, pone in evidenza ancora una volta come il passaggio dalla realtà analogica a quella digitale stia spingendo in modo sempre più incisivo verso la convergenza dei modelli contrattuali, avendo la natura poliedrica del file informatico abbattuto le barriere che un tempo separavano i diversi media. Questo è uno fra i sintomi del radicale mutamento

²³⁵ Si immagini, ad esempio, il caso di stipulazione di un contratto estimatorio con cessione di cento milioni di copie digitali: se il contratto estimatorio potesse sopravvivere all'estinzione del contratto principale, il fornitore di servizi potrebbe di fatto appropriarsi a tempo indeterminato dell'opera, il che non è ammissibile. Questo rischio non si corre invece nell'ipotesi della vendita in blocco di licenze, dato che il pagamento immediato delle stesse pone un limite alla quantità di licenze da emettere; un'ipotesi patologica potrebbe aversi nel caso in cui il concedente vendesse ad una propria controllata un numero molto elevato di licenze ad un prezzo estremamente ridotto (uno schema di abuso con caratteri in qualche modo simili a quello avutosi nel noto caso dell'acqua Fiuggi, deciso da Cass. 20 aprile 94 n. 3775, leggibile in *Corr. Giur.* 1994, 566), privando ad un tempo il titolare dei diritti tanto delle *royalties* quanto del controllo sulla diffusione dell'opera, situazione questa che andrebbe risolta facendo applicazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, ex art. 1375 cod. civ. Va tuttavia dato conto del fatto che la varietà di ipotesi fin qui considerate ha interesse per lo più teorico, dato che il modello assolutamente dominante nella prassi è quello della sublicenza secondo il modello *agency*, con pagamento delle *royalties* a vendita avvenuta e trattenuta di una quota da parte del subconcedente, e con estinzione di tutti i rapporti dipendenti alla terminazione del rapporto principale.

che sta sconvolgendo il mondo dei contenuti e i cui effetti si iniziano a vedere già oggi: il futuro prossimo vedrà probabilmente la progressiva unificazione della distribuzione, così che alla versatilità di dispositivi multifunzione in grado di fruire ogni tipo di opera corrisponderà la comodità di accesso fornita da *content providers* in grado di approvvigionare i consumatori con tutto lo spettro delle opere dell'ingegno fruibili in formato elettronico. Se questo dunque è il futuro che ci attende, gravi preoccupazioni desta l'arretratezza dell'infrastruttura *broadband* italiana, particolarmente grave in alcune aree del paese e che altro non è se non lo specchio dell'arretratezza culturale che soffoca lo sviluppo italiano, al cui affossamento contribuisce non poco la miope visione di una classe dirigente che sembra ancora considerare internet alla stregua di un accessorio sì utile, ma tutt'altro che indispensabile²³⁶.

3.2.5. OBBLIGHI DELL'ADERENTE E OBBLIGHI DEL FORNITORE DEI SERVIZI.

Venendo all'effettivo contenuto normativo del contratto, per quanto concerne gli obblighi gravanti in capo all'autore si evidenziano delle nette somiglianze con il contratto di edizione per le stampe, mentre i maggiori scostamenti avvengono dal lato del fornitore dei servizi, il cui ruolo è evidentemente diverso da quello ricoperto dall'editore.

È necessario fare innanzitutto una precisazione terminologica: i contratti di cui si sta trattando, con una diametrale inversione rispetto allo schema tipico, si riferiscono all'autore come "Editore" (Premesse dell'addendum Google Ebooks) o "Publisher" (introduzione dei KDP Terms and Conditions). Questa qualificazione discende dalla

²³⁶ Secondo i dati dell'Unione Europea, aggiornati a giugno 2013, con riferimento alla percentuale di sottoscrizioni a servizi di banda larga fissa che offrano una banda (pubblicizzata) pari o superiore ai 10 Mbps, l'Italia si colloca al penultimo posto, peraltro con grande distacco rispetto alla terzultima posizionata. Per approfondire, cfr. *infra*, appendice A.

natura del contratto, che è appunto di “auto-pubblicazione”, concentrandosi quindi in un’unica persona i ruoli di autore ed editore, mentre il soggetto che mette a disposizione la propria struttura informatica rivestirà il compito di mero intermediario con la clientela, assumendo un ruolo equiparabile a quello dell’agente di commercio.

Nel contratto di Google Play Books gli obblighi principali dell’editore (inteso nel senso ora precisato) sono contenuti agli articoli 12 (Dichiarazioni e Garanzie) e 13 (Obbligo di indennizzo da parte dell’Aderente al Programma). Le indicazioni contenute alle lettere a), b) e d) dell’articolo 12 sono le ordinarie garanzie sulla maggiore età dell’aderente, sulla veridicità e aggiornamento delle informazioni fornite in fase di registrazione al programma e sulla sua capacità di agire; la lettera c) riguarda invece la garanzia di “essere titolare dei diritti, ivi compresi tutti i diritti sulla proprietà intellettuale, sui Contenuti Autorizzati²³⁷ e sui Marchi dell’Aderente al Programma”, garanzia cui deve accompagnarsi, ai sensi dell’ultima parte del medesimo articolo, quella di conformità alle Policy del programma, alle norme di legge vigenti e ai diritti eventualmente detenuti da terzi soggetti. Queste garanzie vengono specificate nell’articolo seguente, estrinsecandosi in un obbligo di difesa in giudizio – prima – e di manleva – poi – con riguardo a “a qualsiasi richiesta di risarcimento, responsabilità, perdita e spesa (ivi comprese somme dovute a titolo di risarcimento danni, corrispettivo di transazioni e spese legali)”; le disposizioni sono ripetute in maniera pedissequa nell’addendum, all’art. 7 (Garanzie e Manleva), dove sono ulteriormente precisate: l’autore-editore si impegna in particolare (b) a mantenere la titolarità dei diritti necessari al rilascio delle licenze²³⁸, (d) a garantire di essersi conformato alle legislazioni

²³⁷ “Contenuti Autorizzati” (o anche “Titoli Autorizzati”) è la locuzione con cui il contratto di Google (Art. 1 – Definizioni – dell’addendum) individua “i titoli forniti dal Publisher a qualsiasi Società del Gruppo Google ai sensi del Contratto per l’inserimento in Google Books.”

²³⁸ L’autore, come si è già avuto modo di dire, non perde in alcun modo la titolarità dei propri diritti patrimoniali d’autore, ma questo non significa che possa compiere indiscriminatamente atti dispositivi tali da far cadere la licenza che ha concesso con il contratto di self publishing, o meglio: potrà certamente

vigenti in ciascuno dei paesi per cui abbia autorizzato la pubblicazione, (e) a consegnare file digitali privi di codice dannoso di qualsivoglia tipo e (f) contenutisticamente soddisfacenti e conformi alla descrizione fornita. Nel ribadire l'obbligo di difesa in giudizio e di indennizzo nei casi in cui dette garanzie siano state disattese, vengono espressamente presi in considerazione i casi in cui un terzo agisca per contraffazione, rilevando la violazione di un proprio diritto di proprietà intellettuale, e le ipotesi di denunciata violazione delle norme applicabili in materia di diffamazione e tutela dei dati personali.

A ben vedere, questo complesso di disposizioni riproducono quella che, nel contratto tipico di edizione per le stampe, prende tradizionalmente il nome di "garanzia di pacifico godimento", prestata dall'autore all'editore al momento della stipulazione ai sensi dell'art. 125, n°2 l.aut.²³⁹; il grado di impegno e di diligenza richiesto all'autore-editore è equivalente per quanto riguarda il pacifico godimento dei diritti, mentre è più intenso con riferimento alle garanzie relative al contenuto dell'opera da pubblicare, non offrendo di norma il service provider, nel contratto di autopubblicazione, alcun tipo di revisione del testo, con conseguente incremento del rischio di divulgazione di materiale diffamatorio o in altro modo contrario a disposizioni di legge. In sintesi massima può affermarsi che l'autore-editore offra al fornitore dei servizi due fondamentali garanzie: quella di essere titolare di tutti i diritti necessari a procedere alla pubblicazione e quello di essere pienamente certo della liceità di ciò che si appresta a pubblicare, assumendosi in pieno ogni responsabilità in caso di controversie.

A fronte di questa notevole responsabilità di cui l'autore-editore deve farsi carico, ampia nei casi contemplati e illimitata nell'entità, corrisponde il ridottissimo

porre in essere atti di questo genere, che saranno validi ed efficaci, in quanto egli è nella piena disponibilità dei diritti negoziati, ma ne risponderà civilmente per inadempimento contrattuale.

²³⁹ Cfr. *supra*, cap. 2, par. 6.5.

grado di responsabilità che Google accetta di sostenere, sostanzialmente sfruttando la propria superiore posizione negoziale per predisporre a suo favore tutte le limitazioni di responsabilità che l'ordinamento è disposto a tollerare: a norma dell'art. 10 dei termini e condizioni, con riguardo quindi al rapporto di concessione delle opere e del correlativo servizio di *hosting*, viene infatti esclusa ogni tipo di garanzia, espressa o implicita, mentre l'art. 11 (Limitazioni della responsabilità) provvede a espungere dalla lista delle ipotesi di danno risarcibile tutte quelle, di fonte sia contrattuale che aquiliana, che non siano riconducibili a dolo o colpa grave²⁴⁰, ponendo inoltre un tetto alla somma massima che in ogni caso Google accetterà di corrispondere nei casi rimasti scoperti, quantificandolo nell'importo netto corrisposto durante i tre mesi precedenti alla richiesta di indennizzo (*rectius*: risarcimento). L'insieme di queste limitazioni di responsabilità è poi espressamente dichiarato come essenziale, a scongiurare l'eventuale applicazione del regime di nullità parziale ai sensi dell'art. 1419 cod. civ. per il caso in cui una di dette clausole venisse giudizialmente dichiarata invalida²⁴¹. L'addendum regola in via autonoma le limitazioni di responsabilità derivanti dal servizio di commercializzazione degli e-book, individuando una serie di casi in cui nessuna limitazione si applica, né nell'*an*, né nel *quantum* (Art. 8.1)²⁴², delle ipotesi in cui ogni responsabilità è esclusa, a

²⁴⁰ Queste due ipotesi costituiscono il limite ultimo invalicabile alle limitazioni di responsabilità, al di là del quale l'art. 1229, primo comma, cod. civ. impone la sanzione della nullità: ammettere una forma di esonero da responsabilità così ampio sarebbe equivalsò infatti a consentire arbitrarie violazioni del contratto da parte del contraente beneficiario; la lievità della colpa deve tuttavia essere provata dalla parte che intenda far valere la clausola di esonero, non dal contraente danneggiato che agisca per il risarcimento (cfr. GALGANO, *op.cit.*, 104 s.).

²⁴¹ Ed in effetti più di un dubbio sorge con riguardo alla previsione che circoscrive l'entità massima del risarcimento alle somme corrisposte nell'ultimo trimestre, essendo questa tanto restrittiva da potere, in casi tutt'altro che improbabili, far tendere a zero il massimale di risarcimento, entrando così in conflitto con la norma imperativa dettata dall'art. 1229, primo comma, cod. civ. (la facilità con cui un'opera può accedere al self publishing comporta di riflesso che la maggior parte di queste avrà un successo insignificante, producendo pertanto ricavi irrisori).

²⁴² Le ipotesi più rilevanti sono quelle relative a (b) dolo o colpa grave; (c) violazione di condizioni implicite relative alla titolarità o al pacifico godimento; (e) responsabilità derivante dagli obblighi di manleva come

meno che non si ricada anche nella categoria precedente (Art. 8.2)²⁴³ e dei massimali che trovano applicazione in ogni caso in cui non sia espressamente prevista la responsabilità illimitata (Artt. 8.3 e 8.4)²⁴⁴.

La lettura delle disposizioni che regolano la materia nel contratto KDP, in buona parte conforme, lascia intendere che il set di clausole appena descritto costituisca, nella sostanza, lo standard dei contratti di autopubblicazione per quanto riguarda garanzie offerte dall'autore-editore, la responsabilità patrimoniale di questo e le limitazioni alla responsabilità della società intermediaria. Premesso che in questo caso non si ha lo sdoppiamento di clausole dovuto alla ripartizione dei rapporti in due diversi testi contrattuali, come accade invece per il servizio offerto da Google, possono individuarsi le stesse categorie di garanzie richieste all'aderente, sia formali che sostanziali, come emerge dalla lettura della Section 5.8 (Representations, Warranties and Indemnities): maggiore età e capacità di contrarre (a), titolarità dei diritti (b), pacifico godimento, conformità a disposizioni di legge e non diffamatorietà (c); compare anche in questo caso (ultimi due paragrafi Sec. cit.) l'obbligo di manleva, che si estende anche agli oneri economici derivanti da un eventuale intervento in giudizio *ad adiuvandum* da parte di Amazon. Segue quindi la Section 8 (Limitation of Liability), eloquentemente redatta per intero in stampatello maiuscolo, che provvede ad escludere ogni forma di garanzia, espressa o implicita, e a declinare ogni responsabilità per danni, fornendo un verboso e dichiaratamente non esauriente elenco di casi di esenzione da responsabilità risarcitoria

previsti dai Termini e condizioni; (f) pagamento degli importi dovuti durante la normale esecuzione del contratto.

²⁴³ Le esclusioni di maggior peso sono quelle relative a (a) perdita di profitti; (c) perdita di opportunità commerciali; (e) danni indiretti o consequenziali, indipendentemente dal fatto che questi fossero prevedibili.

²⁴⁴ Il massimale annuale è calcolato come la maggior somma fra (a) il 125% degli importi dovuti all'autore-editore in forza dell'addendum nell'anno contrattuale in questione (l'anno contrattuale, è specificato, decorre a partire dal giorno di conclusione dell'addendum) e (b) €100; di questi massimali beneficia anche l'autore-editore, nei casi in cui sia fatta valere una sua responsabilità.

e circoscrivendo, si noti la somiglianza con quanto visto per l'addendum di Google Play Books, l'entità di ogni risarcimento che dovesse sfuggire all'esclusione entro il tetto massimo delle somme corrisposte in esecuzione del contratto nei dodici mesi precedenti alla richiesta di risarcimento²⁴⁵.

Un'ipotesi particolare, regolata solo nel contratto di Amazon, alla Section 5.7 (Rights Clearances and Rights Dispute Resolution), è quella relativa al caso in cui un utente del servizio si rendesse conto che una propria opera è stata usurpata e messa in vendita tramite il servizio medesimo da un altro utente: qualora si verificasse ciò il contratto prevede, quasi fosse una sorta di rimedio in forma specifica, peraltro qualificato come "sole and exclusive remedy", la rimozione dell'opera abusivamente pubblicata dal negozio online e la corresponsione al legittimo titolare dei diritti di tutte le *royalties* nel frattempo maturate.

Fra le clausole esclusivamente presenti nel contratto KDP, suscita poi particolare interesse la peculiare disposizione secondo cui

[THE] PUBLISHER ACKNOWLEDGES AND AGREES THAT AMAZON CANNOT ENSURE THAT DIGITAL BOOKS SUBMITTED BY OR ON BEHALF OF PUBLISHER WILL BE PROTECTED FROM THEFT OR MISUSE OR THAT CUSTOMERS WILL COMPLY WITH ANY CONTENT USAGE RULES AMAZON MAY MAKE APPLICABLE IN CONNECTION WITH USE OF DIGITAL BOOKS, AND AMAZON WILL HAVE NO LIABILITY ARISING FROM A FAILURE OF ANY SECURITY SYSTEM OR PROCEDURE OR OF ANY CUSTOMER TO COMPLY WITH ANY CONTENT USAGE RULES. (in stampatello maiuscolo nel testo originale)

Traspare qui la consapevolezza dell'inadeguatezza degli strumenti tecnologici utilizzati per evitare che gli acquirenti possano duplicare senza limiti e quindi ridistribuire i

²⁴⁵ L'individuazione del periodo rilevante ai fini del computo nei "dodici mesi precedenti alla richiesta" prospetta un massimale più ridotto rispetto a quello che deriverebbe dalla previsione adottata da Google: nel primo caso, infatti il tetto massimo ha portata globale, mentre nel secondo ha valenza di "massimale per annualità", permettendo al danneggiato di percepire una somma maggiore qualora il danno sofferto sia distribuito su più anni. Va segnalato inoltre che il massimale previsto dal contratto di Google opera a vantaggio di entrambe le parti, mentre di quello previsto dal contratto KDP beneficia esclusivamente Amazon.

contenuti acquistati, provocando quindi un potenziale calo di vendite: malgrado la severità con cui i vari ordinamenti reprimono oggi la violazione delle misure tecnologiche di protezione²⁴⁶, le sanzioni non vengono in concreto quasi mai applicate ed è molto semplice, per l'utente smalzato, procurarsi online software illegali volti all'aggiramento delle protezioni elettroniche. Il significato di questa puntualizzazione si comprende appieno solo tenendo a mente l'enorme responsabilità patrimoniale che potrebbe sorgere in capo ad Amazon se questa fosse ritenuta corresponsabile, per l'inadeguatezza delle misure tecnologiche di protezione adottate, dei danni cagionati dalla circolazione illegale delle opere: ciò è vero specialmente per quanto riguarda gli Stati Uniti, dove alcuni giudici, in modo alquanto opinabile, calcolano il lucro cessante facendo corrispondere ad ogni copia illegalmente scaricata una mancata vendita²⁴⁷.

Quest'ultima clausola esaminata introduce la tematica della protezione dei contenuti distribuiti, che ricade nella sfera delle incombenze del fornitore dei servizi, in quanto titolare della piattaforma di distribuzione. Salve alcune differenze nella formulazione, in specie il fatto che il contratto KDP, alla Section 5.6 (DRM and

²⁴⁶ L'art. 171-ter, lett f-bis) l.aut. italiana prevede, ad esempio, che sia punito, "se il fatto è commesso per uso non personale, con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 2.582 a euro 15.493 chiunque a fini di lucro: (...) f-bis) fabbrica, importa, distribuisce, vende, noleggia, cede a qualsiasi titolo, pubblicizza per la vendita o il noleggio, o detiene per scopi commerciali, attrezzature, prodotti o componenti ovvero presta servizi che abbiano la prevalente finalità o l'uso commerciale di eludere efficaci misure tecnologiche di cui all'art. 102-quater ovvero siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l'elusione di predette misure." Uno degli elementi caratterizzanti della subcultura di internet è che molto spesso le persone che mettono il proprio talento al servizio dello scardinamento di questi "lucchetti digitali" non lo fanno per ottenere un guadagno (i software elusivi vengono spesso fatti circolare gratuitamente, a beneficio di chiunque voglia avvalersene), ma solo per ottenere visibilità, o addirittura in segno di sfida verso le multinazionali dei contenuti, di cui avversano le politiche restrittive rispetto agli utilizzi consentiti agli acquirenti dei loro prodotti: da un punto di vista della ricostruzione giuridica, ciò significa che in molti casi verrà a mancare il dolo specifico di lucro, rendendo il fatto non perseguibile in sede penale, ferma restando comunque la tutela civilistica.

²⁴⁷ Si consideri, ad esempio, il caso Sony vs. Tanenbaum del 2009, in cui uno studente ventiseienne fu condannato in primo grado, per il download e la conseguente condivisione di 30 brani musicali, al pagamento di un risarcimento quantificato nell'improponibile cifra di \$675'000; cfr. STERNBURG, *Unconstitutional Excess, and Other Recent Copyright Developments*, 2 Intell. Prop. Brief 28 (2010-2011).

Geofiltering Technology), consideri l'apposizione delle misure tecnologiche di protezione come una facoltà più che un obbligo²⁴⁸, differenze che però all'atto pratico non hanno risvolti concreti, con riferimento ai sistemi di gestione elettronica dei diritti l'impegno che il fornitore dei servizi si assume riguarda la messa a disposizione di due diversi tipi di tecnologia: la protezione anticopia e il sistema di *geo-filtering*. Contrariamente a quanto avviene per l'edizione elettronica realizzata nell'esecuzione di un normale contratto editoriale, nell'ipotesi qui considerata l'apposizione dei DRM non avviene "d'ufficio", ma è rimessa alla discrezionalità dell'autore, che può decidere se far vendere la propria opera libera da vincoli, affidando il rispetto dei propri diritti alla buona volontà degli acquirenti, oppure se far commercializzare un file protetto, come è statuito all'art. 2.5 dell'addendum di Google Play Books:

Digital Rights Management. Nel proprio Account Editore, l'Editore dovrà scegliere se consentire il download dei Contenuti Acquistati con restrizioni Digital Rights Management ("DRM") oppure senza restrizioni DRM. (...)

È anche possibile, entro certi limiti, modulare questa protezione, ad esempio permettendo o meno l'utilizzo della funzione copia/incolla e concedendo o negando i permessi di stampa.

Il secondo strumento che si è citato, il c.d. *geo-filtering*, consente di circoscrivere la possibilità di acquisto di un determinato bene digitale su base geografica; a livello tecnico può operare in vari modi, i più comuni dei quali determinano lo stato di provenienza del potenziale acquirente a partire dal suo indirizzo IP o dalla carta di credito utilizzata²⁴⁹. Il sistema di geo-filtraggio assolve due differenti funzioni: in primo

²⁴⁸ **"We may, but are not obligated**, to provide you the option to apply DRM technology in connection with the distribution of your Digital Books. If we provide you the option to apply DRM technology, you acknowledge that we make no representations as to the efficacy of the DRM and will not be responsible for any failure of the DRM.(...)" (enfasi aggiunta); si noti l'ulteriore richiamo alla declinatoria di garanzia sull'effettiva efficacia delle misure tecnologiche di protezione.

²⁴⁹ Si tratta comunque di sistemi non assolutamente sicuri: la geo localizzazione a partire dall'indirizzo IP può essere ingannata se la connessione del richiedente transita attraverso un server proxy, facendo così

luogo permette di pubblicare una determinata opera online anche quando i diritti detenuti dall'editore non siano di portata geografica universale, problema che spesso si presenta con riferimento alle produzioni audiovisive, i cui diritti sono usualmente negoziati per aree geografiche con i singoli distributori, e che sarebbe altrimenti insormontabile, considerata la natura di internet, che consente l'accesso a partire da qualsiasi punto del globo. Se questo problema ha una rilevanza modesta con riferimento alla pubblicazione degli e-book, specie nell'ipotesi qui analizzata, in cui l'autore che intende autopubblicarsi è titolare, per definizione, della totalità dei diritti di sfruttamento patrimoniale, un maggiore interesse può rivestire la seconda funzione, quella di impedire la messa in commercio dell'opera negli stati in cui i contenuti di questa potrebbero essere ritenuti contrari alla legge, rendendo l'autore e, soprattutto, il fornitore del servizio di *hosting* legalmente perseguibili²⁵⁰. L'utilizzo di sistemi di *geo-filtering* può tuttavia essere foriero di problemi nel caso in cui i contenuti acquistati non vengano scaricati sul dispositivo dell'acquirente, ma siano conservati presso un *cloud storage* e fruiti tramite consultazione online: il filtraggio automatico su base geografica

apparire come luogo di provenienza della connessione quello corrispondente alla sede del server intermedio, mentre per quanto riguarda la verifica basata sulla carta di credito dell'acquirente, questa potrà essere elusa utilizzando una carta effettivamente emessa in uno stato diverso, oppure ricorrendo ai servizi di un intermediario che fornisca una carta di debito virtuale la cui emissione risulti avvenuta nello stato in cui l'acquisto deve sembrare avvenire. L'efficacia solo tendenziale di questi sistemi si riflette nell'espressa esclusione, da parte di entrambi i contratti in esame, dell'ipotesi del loro aggiramento dai casi di responsabilità per inadempimento contrattuale, ai sensi dell'art. 2.2 dell'addendum, tramite un esonero di responsabilità ("[...] l'Editore riconosce che, in talune circostanze, i Google eBooks potranno essere acquistati da Utenti Finali al di fuori del Territorio applicabile. L'Editore accetta che tali acquisti non costituiranno una violazione da parte di Google del presente Addendum o del Contratto") e della Section 5.6, ultimo periodo, del contratto KDP, tramite una finzione di avvenuto acquisto all'interno delle zone territoriali autorizzate ("[...] If we use geofiltering technology when distributing your Digital Books, distribution will be deemed to have taken place within the permitted distribution territories for the Digital Books, even though customers may, in fact, be located outside those territories.").

²⁵⁰ Gli esempi sono innumerevoli, tanti quante sono le legislazioni che prevedono reati di opinione: si considerino ad esempio il reato di apostasia e blasfemia, punito finanche con la pena di morte in alcune teocrazie islamiche, i reati relativi all'apologia di orientamenti sessuali ritenuti devianti o, ancora, i reati di opinione relativi alla contestazione del pensiero dominante in uno stato totalitario.

potrebbe infatti impedire l'accesso ai contenuti legittimamente acquistati qualora l'utente si trovasse all'estero in uno stato in cui un certo contenuto risulti bloccato. Per risolvere questo problema Google, che fa ampio ricorso al *cloud storage*²⁵¹, ha inserito una previsione specifica al secondo periodo dell'art. 2.2 (Territori) dell'addendum:

(...) L'Editore riconosce e accetta che i Contenuti Acquistati potranno essere accessibili e visualizzabili dagli Utenti Finali ovunque essi si trovino. (...)

Le ultime due categorie esaminate, la responsabilità patrimoniale per danni e l'obbligo di adeguata protezione delle opere messe in commercio, presuppongono entrambe l'avvenuta pubblicazione di uno o più e-book presso lo spazio digitale messo a disposizione dal fornitore dei servizi. La commercializzazione in sé della singola opera, tuttavia, non rientra nel contenuto obbligatorio dei contratti in oggetto, e ciò anche quando la stipulazione del contratto stesso, che mostra quindi la sua natura di contratto quadro, fosse sottoposta alla preventiva approvazione del fornitore dei servizi, come avviene nel caso del programma Play Books²⁵². Sulla concreta pubblicazione del singolo e-book i fornitori dei servizi mantengono infatti un forte potere di controllo, sia precedente che successivo alla pubblicazione, trovandosi l'autore esposto al rifiuto unilaterale di pubblicare l'opera – prima – e in una posizione di soggezione al potere unilaterale di ritiro dell'opera – dopo; la finalità di questi ampi margini di discrezionalità è, in armonia con le finalità proprie dei contratti in esame, non quella di garantire un particolare standard minimo di qualità, in un'ottica di ritorno degli investimenti e di

²⁵¹ Lo streaming dei contenuti conservati in server remoti, già molto diffuso nell'ambito di video (ad es. Youtube) e musica (ad es. Spotify), è una tecnica che può essere adottata anche per l'e-book: in particolare, saranno scaricate nella memoria RAM del dispositivo dell'utente le sole pagine di cui questi chiedi la consultazione, evitando così di dover mantenere una copia salvata nella memoria di archiviazione locale (che su alcuni terminali può essere limitata, come avviene per gli smartphone di fascia bassa) e contenendo al contempo il consumo di traffico dati.

²⁵² Cfr. *supra*, in questo capitolo, al par. 2.3.

salvaguardia del buon nome dell'editore²⁵³, ma quella, più limitata, di garantirsi contro la messa in circolazione di opere contrarie alla legge o che violino diritti altrui, e di tutelare la propria immagine presso il pubblico tramite la pronta rimozione di opere che risultino a posteriori particolarmente controverse.

Sul piano del linguaggio contrattuale, queste prerogative si riflettono in formule molto chiare nel fare intendere come la collocazione dell'opera nel negozio online del fornitore di *hosting* non costituisca un diritto dell'aderente. Riporta l'art. 3 (Pagine dei Contenuti), ultimo periodo, dei termini e condizioni di Google che la società

(...) si riserva la facoltà di non utilizzare o di cessare di utilizzare i Contenuti Autorizzati inviati a Google ai sensi del Contratto a sua discrezione o per cause indipendenti da Google (per esempio, limitata capacità del server).

Il riflesso esterno di questa disposizione, regolato dall'addendum, è contenuto al settimo paragrafo dell'art. 2 (Vendita dei Google eBooks):

2.7 Discrezionalità di Google. Ciascuna Società del Gruppo Google potrà cessare la vendita, la concessione in licenza, la distribuzione o l'utilizzo di qualsiasi Google eBook in qualsiasi momento, a sua mera discrezione. (...)

Queste disposizioni risultano avere, all'atto pratico, una funzione essenzialmente cautelare, scritte più per garantire una sicura via d'uscita nell'eventualità che sorgano problemi che per instaurare un regime di controllo preventivo su tutte le opere proposte: evidentemente il rifiuto iniziale potrà aversi solo a fronte di criticità macroscopiche ed immediatamente rilevabili, mentre lo strumento del ritiro opererà negli altri casi (ad esempio, a seguito di una causa per diffamazione intentata da un terzo che si ritenga leso dal contenuto dell'opera). È d'altro canto giustificabile che, a fronte del relevantissimo numero di opere di cui è chiesta la pubblicazione e della

²⁵³ Investimenti economici, come si è detto, non ce ne sono, e un intermediario che fornisce servizi di hosting, al contrario di una casa editrice, non ha il compito di preoccuparsi della qualità dei prodotti di cui permette la circolazione nel mercato, essendo la sua attività professionale essenzialmente diversa.

conseguentemente non trascurabile possibilità che alcune di queste causino problemi, le società intermediarie scelgano di cautelarsi prevedendo un sistema unilaterale di rimozione rapido e immune da rischi di contenzioso con l'autore.

Ugualmente netta è la previsione del contratto KDP, contenuta alla Section 5.1.3 (Digital Book Rejection):

We are entitled to determine what content we accept and distribute through the Program in our sole discretion. (...)

In questo caso il riferimento sembra solo alla prima pubblicazione, ma il risultato finale appare lo stesso se si considera il combinato disposto del secondo periodo della Section 5.1.2 (Content Requirements) e del già discusso diritto di recesso unilaterale ad nutum dal contratto²⁵⁴:

5.1.2 Content Requirements. (...) If you discover that content you have submitted does not comply, you must immediately withdraw the content by un-publishing it or by re-publishing content that complies through the Program procedures for Digital Book withdrawal or re-publishing. (...)

Amazon potrà quindi notificare all'autore una ritenuta infrazione delle proprie *policy* e costui, avutane notizia, avrà l'obbligo, in alternativa, di ritirare l'opera o di ripubblicarla in forma emendata, nella consapevolezza che il suo inadempimento potrebbe comportare non solo la risoluzione del contratto, ma anche il rischio di incorrere della penale prevista, per i casi di recesso a seguito di inadempimento²⁵⁵, dall'ultimo punto della Section 5.4.7 (Offsets, etc.):

²⁵⁴ Cfr. *supra*, in questo capitolo, al par. 2.3

²⁵⁵ Non si tratta di una risoluzione giudiziale per inadempimento, come quella che sarebbe regolata dall'art. 1453 cod. civ. (il contratto KDP non è regolato dal diritto italiano), ma di un esercizio extragiudiziale del diritto di recesso unilaterale accordato dal contratto ad ambo le parti, accompagnato dal fatto giuridico di una violazione contrattuale da parte dell'aderente. Stante questa costruzione, sarà l'autore a doversi opporre, in giudizio o nelle altre forme consentite dalla convenzione di arbitrato, qualora ritenga che l'inadempimento gli sia stato ingiustamente addebitato: questo perché la penale non si sostanzia in una somma da corrispondere ad Amazon, ma nella mancata corresponsione, da parte di questa, delle *royalties* ancora pendenti.

• *If we terminate this Agreement because you have breached your representations and warranties or our Content Guidelines²⁵⁶, you forfeit all Royalties not yet paid to you. If after we have terminated your account you open a new account without our express permission, we will not owe you any Royalties through the new account.*

La tendenza della contrattazione di matrice anglosassone ad appesantire il contratto con molteplici, ulteriori specificazioni emerge anche in questo caso, con l'attribuzione di un diritto unilaterale di modifica della descrizione dell'e-book fornita dall'autore e dei metadati associati, del diritto di rimuovere, per qualunque ragione, in tutto o in parte, l'immagine di copertina allegata, del diritto di procedere ad indagini private sulla effettiva titolarità dei diritti e delle informazioni personali dichiarate in fase di registrazione dall'autore, nonché dell'obbligo di questo di comunicare prontamente qualsiasi ulteriore delucidazione gli fosse richiesta: il contratto predispone quindi una pluralità di strumenti variamente graduati, contenendo così attraverso un'azione preventiva i casi di ritiro dell'opera, che diventa l'*extrema ratio*.

Decisamente curiosa, quasi incomprensibile, è la clausola prevista dalla Section 5.1.1 (Delivery) del contratto KDP, a norma della quale si nega espressamente il diritto alla restituzione degli originali forniti ai fini dell'esecuzione del contratto: la disposizione riprende la clausola classica prevista nei tradizionali contratti di edizione²⁵⁷, ma pare difficile coglierne qui la portata pratica, specie in ragione del fatto che la trasmissione elettronica di un file non provoca la distruzione dell'originale, ma la creazione di una copia (più copie, in realtà, se si tiene conto anche di quelle temporanee necessarie alla

²⁵⁶ Le Content Guidelines vietano la pubblicazione di opere con contenuti pornografici, offensivi (circostritti in modo vago e non definitorio: "What we deem offensive is probably about what you would expect."), illegali, che violino gli altrui diritti di proprietà intellettuale, di pubblico dominio, o tali da fornire una "poor customer experience". La qualificazione di una determinata opera come appartenente a una di queste categorie è rimessa alla insindacabile discrezionalità di Amazon, il che desta perplessità, soprattutto in considerazione della labilità dei confini di alcuni di questi parametri.

²⁵⁷ Dell'obbligo di restituzione degli originali previsto dall'art. 128, u.c., l.aut., delle previsioni contrattuali che su di esso vanno a incidere e della sua portata in ambiente digitale si è dato conto *supra*, al cap. 2, par. 6.5.

trasmissione attraverso i vari nodi della rete). L'unico senso attribuibile a questa disposizione sembra essere dunque quello di porre, in capo all'autore, un onere di conservazione di una copia della propria opera per ogni eventuale utilizzo futuro, escludendo quindi che, fra i servizi previsti a suo vantaggio a norma del contratto, rientri anche quello di *cloud data storing*²⁵⁸.

Nel momento in cui il fornitore dei servizi accetta (o non rifiuta) di pubblicare l'opera, deve essere messo in condizione di fornire all'utenza un prodotto fruibile e conforme agli standard minimi del mercato. A questi fini soccorrono le clausole contrattuali che lo autorizzano a compiere quelle attività materiali essenziali alla produzione di un file commercializzabile. Al di là dell'eventuale correzione dei refusi e dell'ottimizzazione della formattazione, è inevitabile poi l'intervento diretto alla conversione del file nei formati più opportuni, nonché l'eventuale applicazione delle misure tecnologiche di protezione concordate; ulteriori trattamenti che il testo può subire riguardano la sua indicizzazione ai fini della ricerca tramite *search engine*, come avviene nel caso di Google.

In materia, il contratto KDP è decisamente spartano, prevedendo un'unica, breve Section, la 5.1.5 (Reformatting), attributiva della facoltà di procedere alla riformattazione dell'opera, qualora questa si rendesse necessaria, e di correggere gli errori eventualmente presenti nel file originale. Più articolate sono invece le norme dettate dai termini e condizioni di Google, che fornisce, in caso di necessità, anche un servizio di digitalizzazione a partire da un testo in formato cartaceo²⁵⁹: in questa ipotesi,

²⁵⁸ Interessante notare come sia Google che Amazon forniscano, fra gli altri, anche un servizio di questo tipo, che prende rispettivamente il nome di Google Drive e Amazon Cloud Drive: può quindi avere un senso interpretare la clausola citata come una "norma di confine" fra servizi afferenti a contratti diversi.

²⁵⁹ Google si è dotata di una struttura idonea alla digitalizzazione delle opere cartacee da quando, a partire dal 2004, ha intrapreso l'opera di scansione di centinaia di migliaia di volumi presenti in alcune importanti biblioteche che hanno aderito al progetto, dal 2005 denominato "Google Book Search"; con il passare del tempo gli enti coinvolti sono andati aumentando e dal 10 dicembre 2012 hanno aderito anche le

in cui sono effettivamente coinvolte copie fisiche dell'opera da digitalizzare, riassume il significato tradizionale la previsione dettata dall'ultimo periodo dell'art. 2 (Erogazione del servizio) dei termini e condizioni, a norma del quale

Google non restituirà all'Aderente al Programma le copie cartacee delle Opere Autorizzate che quest'ultimo avrà inviato a Google.

Si è di fronte, in ciascuno di questi casi, a manipolazioni di tipo esclusivamente formale, mentre sono del tutto assenti gli interventi che incidono sul fronte dei contenuti, a conferma del fatto che nei contratti di self publishing, contrariamente a quanto accade nell'edizione per le stampe, la collaborazione volta al miglioramento dell'opera non entra a far parte del contratto.

3.2.6. UTILIZZI PARTICOLARI: LA VISUALIZZAZIONE DELL'ANTEPRIMA ONLINE IN GOOGLE BOOKS²⁶⁰.

Alla digitalizzazione dell'opera (quando necessaria) da parte di Google si accompagna, come più volte accennato, l'integrale indicizzazione del testo: questa operazione rende praticabile la ricerca *full text* nell'intero database dei libri digitalizzati, il che costituisce un balzo in avanti epocale per quanto riguarda le ricerche di citazioni²⁶¹. Questo

biblioteche nazionali centrali di Roma e Firenze, con un patrimonio librario da digitalizzare stimato fra i cinquecentomila e il milione di libri, come risulta dal relativo comunicato stampa diramato dal ministero dei beni artistici e culturali, leggibile all'url http://www.beniculturali.it/mibac/export/MIBAC/sito-MiBAC/Contenuti/MibacUnif/Comunicati/visualizza_asset.html_298253648.html. Come prevedibile, questa attività ha fatto sorgere aspre controversie con le associazioni degli autori e degli editori, specie negli Stati Uniti.

²⁶⁰ "Google Play Books" è il nome del servizio tramite il quale si possono acquistare le copie digitali dell'opera, mentre "Google Books" è il servizio che consente, a seconda dei casi, la visualizzazione online del libro in forma integrale, limitata a un massimo di pagine, in formato "*snippet*" (ovverosia a piccoli stralci) o nella sola scheda bibliografica; i due servizi sono autonomi e un libro potrebbe anche essere disponibile per la consultazione parziale su Google Books senza per questo essere acquistabile su Play Books, ovvero potrebbe essere acquistabile senza essere consultabile in formato anteprima.

²⁶¹ Concretamente, inserendo nel sistema un passo tratto da un libro, è possibile ottenere immediatamente l'elenco di tutte le opere che lo contengano, potendo addirittura visualizzare il libro alla pagina interessata; ciò consente, ad esempio, di verificare rapidamente citazioni, o di individuare la

innovativo strumento consente di visualizzare online un'anteprima dei testi caricati, che possono essere "sfogliati" in *streaming* dall'utente²⁶² vuoi per avere un'idea dell'opera prima di acquistarla, vuoi per estrapolare una singola informazione di cui avesse bisogno, ipotesi questa più comune per testi di carattere tecnico-scientifico. Le grandi opportunità offerte da questo strumento, che evita al potenziale acquirente il problema di dover decidere se acquistare o meno senza avere la possibilità di avere prima un saggio dell'opera²⁶³, devono però essere bilanciate con la tutela dei diritti dell'autore, che non avrebbe alcun interesse a consentire l'integrale lettura del frutto delle proprie fatiche a soggetti che, dopo averlo letto per intero in questo modo, non sentirebbero più alcun bisogno di acquistarlo²⁶⁴.

La delicata materia è regolata da tre disposizioni contrattuali: la lettera (h) dell'art. 2.1 dell'addendum (Vendita dei Google eBooks – Licenza dell'Editore), attributiva dei "diritti di anteprima", l'art. 4 (Limitazioni d'uso dei contenuti autorizzati) e l'art. 8 (Annunci pubblicitari; Pagamento) dei termini e condizioni, quest'ultimo regolante lo strumento di compensazione di questa particolare forma di sfruttamento dei diritti. Stabilisce la prima disposizione citata che rientra nel contenuto della licenza fornita dall'autore-editore il diritto di

provenienza di passi di cui non si conosce la fonte (purché questa rientri nei contenuti indicizzati). Altro utilizzo che può farsi di database di questo tipo, offerto da società specializzate (come ad esempio Turnitin), è l'analisi automatica e sistematica di testi per individuare casi di plagio.

²⁶² Questo tipo di fruizione può essere grossolanamente equiparata all'atto dello sfogliare i libri in libreria, attività che non necessariamente sfocia nell'acquisto; qui tuttavia l'operazione avviene direttamente dalla postazione dell'utente e può avere ad oggetto un numero enorme di opere, di gran lunga superiore a quello che potrebbe essere contenuto in una normale libreria.

²⁶³ Altro metodo comunemente utilizzato – vi fanno ricorso sia Google che Amazon – per colmare il divario fra acquisto online "a scatola chiusa" e acquisto tradizionale in libreria è quello di consentire il download di un estratto dei libri, tipicamente il primo o i primi due capitoli.

²⁶⁴ Questo servizio è, proprio per questa motivo, limitato alle opere pubblicate tramite il servizio in commento e nell'ambito del progetto Google Library Project, mentre per le opere pubblicate da editori convenzionali e riproposte sul Play Store la consultazione in formato "anteprima" è possibile solo in presenza di uno specifico accordo con l'editore.

(h) consentire agli Utenti Finali di conservare e visualizzare l'anteprima dei Google eBooks, incluso quando gli Utenti Finali non siano connessi a Internet. La percentuale dei Google eBooks che potrà essere inclusa in ogni anteprima non potrà eccedere la maggiore tra: (i) il 20%; e (ii) la percentuale limite stabilita nell'Account dell'Editore per l'anteprima delle Pagine di Content Excerpt. L'Editore è d'accordo affinché l'anteprima dei Google eBooks visualizzata dagli Utenti Finali sia considerata nel calcolo del limite delle Pagine di Content Excerpt prevista nel Contratto;

Il consenso alla visualizzazione delle anteprime in Google Books è quindi concesso d'ufficio, al contrario di quanto avviene con riguardo agli accordi intervenuti fra Google e case editrici che abbiano messo a disposizione il proprio catalogo. Per evitare che la lettura dell'anteprima si trasformi in lettura integrale del libro, viene fissato contrattualmente il limite di pagine visualizzabili in anteprima, individuandolo nella percentuale maggiore fra il 20% (percentuale sotto la quale dunque non si può in ogni caso scendere) e la maggior percentuale stabilita dall'autore-editore attraverso i comandi messaggi a disposizione nella sua pagina personale. Questa limitazione riguarda il contenuto dell'anteprima, non la sua accessibilità, di modo che un'opera per la quale l'autore non abbia autorizzato una percentuale superiore avrà un'anteprima costituita da un numero di pagine pari al 20% del totale, variamente distribuite all'interno del corpo del testo²⁶⁵; a ciò andrà eventualmente aggiunto il saggio gratuito scaricabile da Play Books e contenente, senza omissioni, la parte iniziale del libro.

Al fine di circoscrivere entro convenienti limiti la libera consultazione delle anteprime, specie nei casi in cui queste coprano la gran parte o la totalità dell'opera, il contratto pone a carico di Google l'obbligo di limitare, attraverso apposite misure

²⁶⁵ In concreto l'anteprima si presenta in modo simile ad un file .pdf incorporato in una pagina web: esso sarà scorribile tramite uno *slider* laterale e ricercabile per capitoli, presentando tuttavia una serie di lacune individuate dalla formula "le pagine da x a y non sono mostrate nell'anteprima"; tanto maggiore è la percentuale permessa dall'autore ai sensi della lettera h) dell'art. 2.1 dell'addendum, tanto minori saranno le lacune; nel caso in cui la percentuale concessa sia del 100%, il libro sarà consultabile in ogni sua parte, ferma la diversa limitazione relativa al numero di pagine consultabili.

tecniche, la quantità di pagine consultabili dal singolo utente in un periodo di tempo determinato:

Limitazioni d'uso dei Contenuti Autorizzati. Google farà ogni sforzo commercialmente ragionevole al fine di (a) limitare il numero totale di pagine di ogni Opera Autorizzata visualizzata da ciascun utente finale in relazione ai servizi di ricerca di Google al 20% dei Contenuti Autorizzati di qualsiasi Opera Autorizzata per un periodo di 30 giorni e (b) disattivare le funzioni di utilizzo del tasto destro del mouse, le funzioni di taglia, copia e incolla nonché la stampa dei Contenuti Autorizzati. Nondimeno, Google non è responsabile qualora un utente finale ponga in essere le azioni di cui al presente articolo. Le previsioni di cui alle precedenti clausole (a) e (b) non si applicano ai Contenuti Autorizzati che siano divenuti di dominio pubblico. Inoltre, l'Aderente al Programma avrà facoltà di autorizzare la visualizzazione di oltre il 20% dei Contenuti Autorizzati delle proprie Opere Autorizzate.

Va evidenziato in primo luogo come si tratti di un'obbligazione non di risultato, ma di mezzi, come del resto è la norma per tutti i casi in cui l'oggetto sia una misura tecnologica di protezione, fisiologicamente soggetta ad atti di violazione, per quanto questi possano essere numericamente contenuti a seconda del grado di difficoltà con cui l'atto elusivo può essere posto in essere²⁶⁶. Anche qui la soglia minima prevista dal contratto è quella del 20% delle pagine complessive dell'opera, quota questa riferita ad ogni singolo utente e per un'unità di tempo di 30 giorni, il che significa che un medesimo utente, posto che l'anteprima disponibile sia più ampia rispetto a quella minima del 20%, esaurita la propria quota di pagine visualizzabili potrà comunque leggere ulteriori estratti dell'opera, purché attenda il decorso del periodo di 30 giorni; ciò a sua volta

²⁶⁶ Vista l'impossibilità di realizzare un sistema di sicurezza assolutamente inviolabile, l'obiettivo che ragionevolmente deve porsi un sistema di DRM che voglia dirsi efficace non è tanto quello dell'assoluta inviolabilità, quanto quello di rendere la propria elusione sufficientemente difficoltosa da non essere alla portata dell'utente medio: una protezione estremamente forte è richiesta quando un singolo atto di violazione comporterebbe danni irreparabili, come nel caso della decrittazione di un documento contenente segreti industriali, mentre nell'ipotesi qui considerata il sistema può permettersi un numero di violazioni tali da non incidere comunque in maniera significativa sulla profittabilità dell'opera (ed è ben possibile che un incremento del livello di sicurezza possa comportare un aumento dei costi da sostenere superiore ai danni sofferti dalla pirateria consentita da una protezione più blanda, rendendo quindi l'operazione antieconomica).

comporta che, nell'ipotesi della disponibilità di un'anteprima che ricomprenda l'opera nella sua interezza, questa potrebbe essere interamente letta online, senza acquistarla, nell'arco di cinque mesi. È poi rimessa alla scelta dell'autore-editore, sempre mediante le opzioni presenti nella pagina privata del suo account, la facoltà di ampliare il quantitativo di pagine visualizzabili mensilmente, che può arrivare ad estendersi fino alla libera lettura dell'e-book.

Alla limitazione del numero di pagine visualizzabili su base mensile, che mira a contenere la fruizione online dell'opera, si accompagna il blocco delle funzioni "copia e incolla" e "stampa", per circoscrivere la possibilità di riprodurre – digitalmente o fisicamente – l'anteprima fornita gratuitamente online.

La visualizzazione dell'opera in formato anteprima offre certamente vantaggi all'autore che, specie se sconosciuto, ha la possibilità di far leggere parte della propria opera a chi, venuto a conoscenza della sua esistenza, ne fosse rimasto incuriosito, restando tuttavia ancora indeciso circa la scelta di acquistare o meno; l'indicizzazione integrale del testo si sposa bene poi con una eventuale campagna di marketing sui social network, economica quanto necessaria per far conoscere il prodotto: la messa in circolazione su internet di citazioni o brevi passi particolarmente accattivanti dell'opera, secondo i dettami del *viral marketing*²⁶⁷, fa sì che chiunque ricerchi su internet le frasi interessate si imbatta necessariamente nella pagina contenente l'anteprima del libro, raggiungendosi il duplice obiettivo di attrarre un potenziale cliente e di produrre introiti pubblicitari.

La pubblicità è appunto lo strumento complementare che compensa la parziale fruizione gratuita dei contenuti liberamente leggibili nelle anteprime, secondo lo

²⁶⁷ Secondo il dizionario Treccani, Il Marketing virale è una strategia di commercializzazione basata sul passaparola, sulla propagazione della conoscenza di un prodotto entro gruppi omogenei di consumatori (cfr. l'url http://www.treccani.it/vocabolario/viral-marketing_%28Neologismi%29/).

schema, ormai diffusissimo nella società dell'informazione, per cui si offrono agli utenti dei contenuti senza chiedere in cambio un corrispettivo in denaro, ma affiancando ad essi degli annunci pubblicitari, di modo che chi visiterà la pagina di Google Books in cui l'anteprima è leggibile visualizzerà anche una serie di link che indirizzano verso una pluralità di negozi online presso i quali la versione completa dell'opera è acquistabile (il self publishing, si rammenta, non prevede il vincolo dell'esclusività nella cessione dei diritti di sfruttamento), oltre che un certo numero di messaggi promozionali mirati, per quanto possibile, allo specifico utente²⁶⁸: ogni click su un annuncio pubblicitario produrrà una piccola quota di ricavi anche a vantaggio del titolare dei diritti, che avrà dunque interesse a che la relativa pagina sia visualizzata da più utenti possibile. Il meccanismo relativo all'inserzione degli annunci pubblicitari, compreso il sistema di rendicontazione e di pagamento delle somme spettanti, è regolato dall'art. 8 (Annunci pubblicitari; Pagamento) dei termini e condizioni. I suoi aspetti più interessanti riguardano la previsione di un ventaglio di ipotesi di abuso del servizio (tutte varianti riconducibili alla generazione anomala di click sugli annunci pubblicitari) che fanno decadere l'aderente dal diritto di percepire i relativi compensi, oltre alla singolare previsione per cui, in caso di insolvenza da parte dello sponsor, Google si riserva il diritto di sospendere i pagamenti relativi alla quota spettante all'aderente fino all'avvenuta escussione. Analogamente a quanto si è visto per il contratto KDP, anche qui è prevista la facoltà di ritenzione delle somme ancora non corrisposte per l'ipotesi di violazioni contrattuali. Particolare attenzione merita poi una clausola istitutiva di un sistema di

²⁶⁸ Le attuali tecnologie consentono, in maniera discreta, di tracciare le abitudini di navigazione degli utenti e di produrre, dato un tempo adeguato, un complesso di informazioni idoneo alla creazione di un profilo del singolo soggetto; la profilazione così realizzata viene quindi sfruttata per indirizzare annunci pubblicitari ritagliati specificamente sui gusti e sulle preferenze personali della singola persona, incrementando notevolmente la possibilità di generare click sull'annuncio pubblicitario e, conseguentemente, i ricavi del fornitore di pubblicità, retribuito secondo la formula "un tanto a visualizzazione". Google è oggi uno dei più importanti fornitori di servizi pubblicitari online al mondo.

compensazione per il caso in cui l'aderente sia sottoscrittore di altri servizi a pagamento, a garanzia dell'adempimento delle relative prestazioni:

(...) Inoltre, nell'ipotesi in cui l'Aderente al Programma risultasse in ritardo e/o altrimenti inadempiente rispetto a qualsiasi pagamento dovuto dall'Aderente al Programma a Google in relazione a un qualsiasi programma Google (incluso, a titolo esemplificativo, ma non esaustivo il servizio Google AdWords), Google si riserva il diritto di trattenere il pagamento sino a che tutti i pagamenti sospesi siano stati effettuati o di compensare gli importi dovuti all'Aderente al Programma in relazione al Programma con gli importi dovuti dall'Aderente al Programma a Google. Google fornirà l'accesso ai dati pubblicitari aggregati in modalità standard che Google fornisce in generale ai partecipanti al Programma. (...)

3.2.7. IL COMPENSO DELL'AUTORE.

Chiarite le modalità di conclusione e regolazione del contratto nel corso del tempo, il regime del trasferimento dei diritti d'autore, l'insieme dei diritti e degli obblighi previsti in capo alle parti e le clausole regolatrici delle ipotesi di patologia del rapporto, resta da esaminare l'importante profilo dei rapporti patrimoniali.

Il rapporto giuridico fra aderente e fornitore di servizi è molto diverso rispetto a quello che sorge da un tipico contratto di edizione. Nello schema tradizionale, l'editore è un imprenditore che acquista, per un certo numero anni, il diritto esclusivo di riprodurre una determinata opera, ottenendo contestualmente una serie di diritti accessori che riguardano il suo sfruttamento in modalità e presso canali di distribuzione diversi, come la creazione di edizioni economiche o di lusso, l'adattamento cinematografico o teatrale, la registrazione in forma di audiolibro, la traduzione in lingue diverse. L'ampio contenuto di questa concessione va a bilanciare il rischio di impresa che l'editore si assume, essendo costui obbligato dal contratto, salve le ipotesi – tassative – di risoluzione anticipata, a realizzare il numero di copie pattuito con l'autore, attività questa che porta con sé costi elevati, che potrebbero non ripagarsi in caso di insuccesso dell'opera. Proprio per questa ragione l'editore fa valere le sue competenze

di esperto del settore sia prima della conclusione del contratto, sia durante la sua esecuzione: prima, per stimare il valore commerciale della proposta editoriale sottopostagli, poi, per massimizzare le sue possibilità di successo commerciale, correggendo le bozze, commissionando un'immagine di copertina accattivante, fissando un prezzo al pubblico che ritenga congruo. All'esito di queste attività, se l'impresa avrà avuto successo, l'editore tratterrà per sé i profitti ricavati, cedendo come compenso all'autore (che non partecipa del rischio d'impresa) una piccola quota, calcolata solitamente in percentuale – fra l'otto e il dodici per cento – sul prezzo di copertina delle copie effettivamente vendute, con pagamento delle somme dovute a scadenze regolari, sulla base dei rendiconti riguardanti l'andamento delle vendite, per legge da farsi almeno su base annuale.

Il fornitore dei servizi nei contratti di self publishing qui analizzati opera in maniera del tutto diversa: il suo rischio d'impresa non involge l'acquisto di diritti d'autore e l'anticipazione di rilevanti costi di produzione, ma consiste nell'offerta di un servizio di *hosting* online per contenuti digitali, ospitati su una piattaforma in grado di garantirne la corretta visualizzabilità su più supporti e la commercializzazione presso l'utenza. Questi non ha interesse a sottoporre a un rigido vaglio critico i contenuti sottopostigli, poiché lo svolgimento interamente informatizzato dell'attività abbatte fino all'irrilevanza i costi di messa in commercio, puntando piuttosto all'ottenimento di un parco titoli quanto più ampio possibile: si passa così da un sistema basato sul consenso preliminare a uno fondato sul rifiuto eventuale, limitato peraltro ai casi di incompatibilità con le *policy* aziendali, diritti altrui o disposizioni legislative.

Il fornitore dei servizi, in altre parole, si disinteressa delle sorti della singola opera o del singolo autore, in quanto costui, nella peggiore delle ipotesi, non gli porterà alcun profitto, ma giammai gli procurerà una perdita economica apprezzabile: esso si comporta, in definitiva, come un mero intermediario fra l'autore e il pubblico, lettura

questa confermata dal contenuto minimale dei diritti trasferitigli, oltre che dalla qualificazione stessa dell'autore, cui i contratti si riferiscono come "editore" o "publisher". Un'ulteriore conferma di ciò si ha dall'analisi delle disposizioni contrattuali che regolano i rapporti patrimoniali, ragguagliabili a quelli che intercorrerebbero con un agente di commercio²⁶⁹: l'autore-editore non paga un compenso, né iniziale, né periodico, alla società che gli fornisce il servizio di *hosting* e provvede ad incassare per suo conto i corrispettivi pagati dagli acquirenti, ma accetta che questa ritenga una percentuale fissa dei proventi stessi, di modo che la quota percepita dall'autore per ogni vendita è molto maggiore di quella che gli sarebbe riconosciuta in esecuzione di un contratto di edizione tradizionale, assestandosi in questo caso fra il cinquanta e il settanta per cento del prezzo di vendita.

Per quanto riguarda la determinazione del prezzo di vendita, anche in assenza di una perfetta equivalenza fra le previsioni dei diversi contratti, si può individuare la tendenza comune ad attribuire un ruolo nettamente maggiore, rispetto al modello classico, alla discrezionalità dell'autore, che potrà oscillare fra la proposta di un prezzo di vendita e la determinazione diretta dello stesso.

La questione della determinazione del prezzo è affrontata dall'addendum di Play Books all'art. 3 (Opzioni di prezzo), al primo paragrafo:

*3.1 Prezzo di Google eBooks. L'Editore potrà **raccomandare** un prezzo (al netto di qualsiasi imposta, ivi compresa l'imposta sul valore aggiunto o l'imposta sulle vendite) per la vendita di ciascun Google eBook (tale prezzo è definito come "Prezzo Raccomandato"). (...) (enfasi aggiunta)*

²⁶⁹ Malgrado l'art. 9.5 (sub "Disposizioni Generali") dell'addendum di Play Books preveda che "Salvo diversa previsione del presente Addendum, nessun articolo del presente Addendum creerà alcun rapporto di agenzia, partnership o joint venture di alcun genere tra le parti", le somiglianze di fatto non vengono meno. Esplicita in questo senso è invece la disposizione contenuta all'art. 3 (Nomina ad agente o rappresentante; licenze), lett. a), del contratto per gli sviluppatori ai applicativi Windows, dove si afferma inequivocabilmente: "(...) Il ruolo di Microsoft è quello di fornire la tecnologia e i servizi per abilitare tale forum ed elaborare i relativi acquisti, resi e rimborsi per tuo conto. Con il presente, autorizzi Microsoft ad agire in qualità di tuo agente o rappresentante per tali scopi. (...)"

Eventuali modifiche del prezzo raccomandato vanno notificate nelle forme prescritte dal terzo paragrafo:

*3.3 Modifica delle Opzioni di Prezzo. L'Editore potrà richiedere una modifica e/o la rimozione del Prezzo Raccomandato e il Prezzo Complessivo (ove applicabile) per uno o più Google eBooks **modificando di volta in volta le impostazioni del proprio Account Editore** ovvero inviando una comunicazione scritta a Google. Google farà in modo che tali modifiche siano implementate entro 30 giorni dall'inserimento delle stesse nell'Account Editore. (enfasi aggiunta)*

Dal testo citato emergono due aspetti di rilievo: in primo luogo, il prezzo che l'autore indica per la propria opera non ha carattere vincolante per Google, che potrà liberamente fissarlo in misura diversa, come è ulteriormente ribadito nel quarto paragrafo del medesimo articolo (non riportato). In secondo luogo, anche per questa operazione, come già per il caricamento dell'opera online, l'autore-editore può operare direttamente, agendo tramite il pannello di controllo che gli è messo a disposizione sulla sua pagina privata, il che accentua la sua autonomia ed evita, al contempo, la necessità di ricorrere a comunicazioni foriere di inutili perdite di tempo; il termine massimo di trenta giorni per l'effettiva applicazione delle modifiche si giustifica per il margine di discrezionalità comunque rimesso al fornitore di *hosting*.

La libertà dell'autore nell'indicazione del prezzo di vendita della propria opera, coerente con la sua ulteriore posizione di editore di se stesso, si atteggia in modo particolare nel contratto KDP, dove questo è pur sempre rimesso alla sua libera determinazione, ma nel rispetto di alcuni parametri prefissati e variabili sulla base del modello di retribuzione scelto²⁷⁰. In quest'ottica deve leggersi la Section 5.3.4 (Customer

²⁷⁰ Il contratto KDP prevede un meccanismo di attribuzione delle *royalties* unico nel suo genere: mentre quasi tutti i servizi di self publishing online, indipendentemente dal tipo di prodotto, si basano sull'attribuzione all'avente diritto di una percentuale sul prezzo finale, che si aggira sempre fra il cinquanta e il settanta per cento, Amazon offre invece l'opzione fra due schemi alternativi. Il primo garantisce una percentuale lorda del 70% sul prezzo finale, da cui va però detratta una commissione calcolata sulla base della dimensione del file, ad esempio €0,12 a *megabyte* per i paesi che adottano l'euro (come si è detto *supra*, al cap. 1, par 6.2, la banda internet utilizzata nel trasferimento dei file è uno dei costi principali che grava sul distributore); il secondo modello attribuisce invece la ben più ridotta percentuale del 35% sul

Prices), che rimettendo alla discrezionalità di Amazon la fissazione dei prezzi altro non fa, in realtà, che prevedere uno strumento correttivo per il caso in cui l'autore stabilisca un prezzo non conforme alle linee guida: l'indicazione del prezzo è infatti effettuata tramite l'interfaccia presente nella pagina privata dell'autore, dove questi può anche apportarvi successive modifiche, con effetto entro cinque giorni lavorativi, a norma della Section 5.3.1 (Providing Your List Price).

In entrambi i casi il valore indicato dall'utente è inteso come al netto dell'imposta sui consumi²⁷¹, che viene poi applicata dal fornitore dei servizi al momento della commercializzazione. Questo modo di procedere rende notevolmente più semplice il calcolo delle *royalties* da corrispondere per ogni copia venduta, che vengono calcolate in percentuale sul prezzo al netto dell'IVA²⁷²: la commercializzazione online fa infatti sì che l'opera possa essere venduta praticamente in tutto il mondo e ciò implica l'applicazione di aliquote che variano da stato a stato. Considerare il prezzo indicato

prezzo finale, ma senza alcuna detrazione per le "spese di consegna elettronica". Per quanto riguarda i vincoli nella scelta del prezzo di vendita – per i paesi che adottano l'euro – l'opzione per il regime al 70% impone la scelta nel ristretto intervallo fra €2,60 e €9,70, relativamente elevato nel minimo e molto contenuto nel massimo, mentre il meno remunerativo regime al 35% stabilisce soglie minime variabili sulla base della dimensione del file, a partire dall'aggressivo prezzo di €0,86 per i file che non superino i 3 *megabyte* (ossia l'assoluta maggioranza: la versione per Kindle di Guerra e Pace edita da Garzanti, ad esempio, supera di poco i 2,5 *megabyte*), e pone come valore massimo €173.91. L'addendum di Google Play Books, tramite il combinato disposto degli artt. 1.1 (Definizioni), ultimo e terzultimo punto, e 4.1 (Quota Ricavi), prevede invece il più lineare meccanismo di attribuzione di una quota pari al 52% o al 45% del Prezzo di Listino (ovverosia il valore fissato dall'autore), a seconda che la vendita sia avvenuta direttamente a mezzo dei servizi gestiti da Google o tramite un terzo rivenditore.

²⁷¹ Per quanto riguarda Google Play Books, la previsione è contenuta nell'art. 3.1, citato nel corpo del testo; la norma dettata dal contratto di Amazon è riportata al secondo periodo della Section 5.3.1 (Providing Your List Price): "(...) The list price you provide will be exclusive of value-added or similar taxes that are included within the customer purchase price of a product ("VAT"). (...)".

²⁷² L'art. 1.1 (Definizioni) dell'addendum di Google Play Books, stabilisce che "Quota Ricavi Standard" indica il 52% del Prezzo di Listino", a sua volta definito come il Prezzo Raccomandato dall'autore; la Pricing Page, leggibile in coda al contratto di KDP all'url *cit.*, individua come formule di calcolo delle *royalties*, a seconda dei casi, "The 35% Royalty Rate times the Digital Book's List Price" e "The 70% Royalty Rate times the amount equal to the Digital Book's List Price less Delivery Costs", dove "Books's List Price", ai sensi della Section 5.3.1 (Providing Your List Price), si riferisce al prezzo base fissato dall'autore.

dall'autore come base imponibile, invece che come valore finale da cui scorporare successivamente un'imposta variabile a seconda del luogo di vendita, sottrae all'autore il controllo completo sul prezzo finale di vendita nei vari mercati, ma rende le operazioni contabili meno macchinose. Dal punto di vista delle obbligazioni fiscali, va infine notato che il riparto tipico consiste nell'affidare al fornitore dei servizi, dotato di una struttura aziendale adeguata a gestirne la complessità, il compito di calcolare e versare all'erario degli stati interessati l'IVA (o l'analogo imposta sui consumi applicabile), mentre restano a carico dell'autore gli adempimenti relativi all'imposta sul reddito²⁷³.

Il ricorso allo strumento informatico per la gestione della totalità delle vendite effettuate rende possibile un sistema di reportistica perfettamente accurato e decisamente più appagante per l'autore-editore, che potrà accedere non solo ai dati di vendita, ma anche ad ulteriori informazioni relative alla loro distribuzione temporale e geografica. Il tutto, inoltre, avviene con una cadenza molto più frequente rispetto alle relazioni predisposte dagli editori tradizionali che, come si è visto, hanno frequenza annuale (o comunque superiore al mese): Amazon fornisce un report sui dati di vendita all'atto di ogni pagamento delle *royalties* (Section 5.4.2 – When We Pay You), mentre Google offre addirittura una sezione dedicata, costantemente aggiornata e filtrabile

²⁷³ La Section 5.4.8 (Taxes) del contratto KDP afferma che “The Amazon parties (or their affiliates) are responsible for collecting and remitting any and all taxes imposed on their respective sales of Digital Books to customers. You are responsible for any income or other taxes due and payable resulting from payments to you by an Amazon party under this Agreement. (...)”; analogamente, l'art. 4.7 (Imposte) dell'addendum di Google Play Books stabilisce che “Tutti i pagamenti effettuati in relazione al presente Addendum sono al netto delle imposte di qualsiasi genere applicabili in relazione alle operazioni quivi menzionate. Google (o le altre Società del Gruppo Google) ovvero i loro Rivenditori Autorizzati, a seconda dei casi, saranno tenuti a versare tutte le imposte applicabili ai pagamenti effettuati in conformità al presente Addendum, fatta eccezione per le imposte applicabili sulle entrate dell'Editore. (...)”. Nel prosieguo di entrambi gli articoli indicati, ulteriori precisazioni fanno salva la possibilità di trattenute addizionali alla quota di ricavi spettanti all'autore per il caso in cui la legge dovesse prevedere un'ipotesi di sostituzione d'imposta.

sulla base di un intervallo di date o per un certo numero di paesi (Art. 4.3 addendum – reportistica)²⁷⁴.

Anche il regime dei pagamenti avviene con una cadenza decisamente maggiore: lo standard è infatti quello della contabilizzazione su base mensile, con pagamento secondo la formula “60 giorni fine mese”²⁷⁵, salva la possibilità che il fornitore di *hosting* decida di adottare, come fa ad esempio Google, una franchigia minima, al di sotto della quale i diritti maturati non vengono pagati, ma riportati al mese successivo, fino al raggiungimento di un totale superiore alla soglia²⁷⁶. Quest’ultima soluzione rende tuttavia necessario un correttivo per i casi di risoluzione del contratto, ad evitare che somme dovute inferiori al minimo vadano perse: a questo problema pone rimedio la clausola per cui, in caso di risoluzione, tutti gli importi residui, a meno che non siano inferiori a \$1, saranno pagati nel termine di 90 giorni dalla data di risoluzione o scioglimento del contratto.

Anche se con modalità diverse, è diffuso il ricorso a clausole che prevedono meccanismi di compensazione²⁷⁷ o trattenuta temporanea di *royalties* dovute²⁷⁸. Ciò

²⁷⁴ Tale articolo fa rinvio alle *policy* del programma: per il contenuto e le forme della reportistica sulle vendite cfr. l’url https://support.google.com/books/partner/answer/3323314?hl=it&ref_topic=3324029. Google fornisce inoltre un separato rapporto sui dati relativi alla consultazione delle anteprime di Google Books (cfr. *supra*, par. 2.6 di questo capitolo).

²⁷⁵ L’art. 4.2 (Condizioni di Pagamento) dell’addendum, primo periodo, riporta che “Google farà in modo che gli importi relativi alle vendite di Google eBooks di cui all’articolo 4.1 vengano pagati all’Editore entro 60 giorni dalla fine di ciascun mese solare nel quale sono stati conseguiti tali ricavi.”; analogamente la Section 5.4.2 (When We Pay You) del contratto KDP: “Each Amazon party will pay Royalties due on Digital Book sales approximately 60 days following the end of the calendar month during which the sales were made.”

²⁷⁶ Al momento, ai sensi dell’art. 4.2 (Condizioni di Pagamento) dell’addendum tale soglia minima è fissata in \$100.

²⁷⁷ Si legge, fra l’altro, nell’art. 4.4 (Eccezioni e Rimborsi dell’Editore) dell’addendum di Play Books che “L’Editore autorizza espressamente Google (e ciascuna Società del Gruppo Google) a compensare e decurtare gli importi dovuti da Google (o da una Società del Gruppo Google) all’Editore con gli importi di qualsiasi Rimborsi dell’Editore dovuti dall’Editore nei confronti di qualsiasi Società del Gruppo Google.”

²⁷⁸ L’inizio della Section 5.4.7 (Offsets, etc.) del contratto KDP recita: “We can withhold Royalties and offset them against future payments as indicated below.”

accade perché in diversi casi può capitare che una vendita inizialmente conclusa e contabilizzata sia successivamente soggetta ad annullamento, facendo venir meno il presupposto dei diritti: se una simile eventualità è infatti poco verosimile in una forma di commercio di tipo tradizionale, nel mercato digitale è abbastanza diffuso il fenomeno del rimborso degli acquisti, ad esempio nel caso di opere acquistate per sbaglio²⁷⁹, a seguito di operazioni di storno o, ancora, nell'evenienza che un acquisto venga effettuato mediante uso fraudolento di carte di credito (ad esempio a mezzo di una carta rubata o clonata). Un'ipotesi speciale è poi prevista per il caso di Google, dove il servizio delle anteprime, retribuito sulla base dei contatti pubblicitari prodotti, si presta a particolari forme di abuso²⁸⁰.

L'impianto qui descritto di pagamenti a cadenza mensile è accompagnato da un serrato regime di decadenza convenzionale che ne stabilizza gli effetti, rendendo le

²⁷⁹ I negozi online di contenuti digitali richiedono agli utenti la preventiva registrazione e, se non immediatamente, quantomeno al momento del primo acquisto, la registrazione di una carta di credito o di debito, i cui dati restano salvati in forma criptata nei server del venditore, così da offrire al cliente una migliore esperienza di utilizzo del servizio. Grazie a questo accorgimento, per effettuare acquisti sulla vetrina digitale del negozio online, saranno sufficienti due click – uno per aggiungere il prodotto al “carrello digitale” e l'altro per confermare l'acquisto (in alcuni casi è addirittura sufficiente un doppio click sul medesimo pulsante digitale a distanza di pochi attimi) – senza che sia necessario reimmettere i dati dello strumento di pagamento. Per limitare gli inevitabili rischi insiti in questo sistema, spesso sui dispositivi mobili è offerta la possibilità di stabilire un PIN di sicurezza, da digitare prima che l'acquisto sia confermato, precauzione a cui si affianca l'ulteriore soluzione tecnica dell'annullamento della transazione. Il problema si evidenzia con ancor maggiore nettezza nel caso di Amazon, che offre ai propri clienti l'opzione di semplificare ulteriormente la procedura di acquisto, proponendo un sistema denominato “1-click”, per cui gli acquisti sono immediatamente finalizzati, senza una duplice espressione della volontà di acquisto.

²⁸⁰ Le ipotesi, peraltro espressamente considerate dal contratto al secondo e terzo paragrafo dell'art. 8 (Annunci pubblicitari; Pagamento) dei termini e condizioni, vista la loro diffusione, sono prevalentemente quelle del ricorso a *bot*, *script* o altri software programmati per generare automaticamente click su annunci pubblicitari e quello del pagamento di persone perché compiano manualmente la stessa attività; sono poi esclusi i click che provengano da indirizzi IP riconducibili all'avente diritto. Incidentalmente, per completezza, va aggiunto che la remunerazione per i contatti pubblicitari è considerata separatamente rispetto alle vendite e ha come soglia minima di pagamento €100 (€10 nel caso di cessazione), mentre la corresponsione delle somme dovute avviene con formula “30 giorni fine mese”.

somme liquidate non più contestabili in assenza di un reclamo in brevi termini. I termini e condizioni di Google Play Books, all'ultimo paragrafo dell'art. 8 (Annunci pubblicitari; Pagamento), con disposizione estensibile anche ai pagamenti relativi alla vendita degli e-book²⁸¹, pongono la decadenza convenzionale (nel linguaggio del contratto si parla di "rinuncia a qualsiasi pretesa") di trenta giorni dall'avvenuto pagamento, interrompibile solo con una contestazione scritta inviata in termini:

*(...) In caso di contestazione da parte dell'Aderente al Programma di un qualsiasi pagamento effettuato in virtù del Programma, l'Aderente al Programma sarà tenuto a trasmettere relativa **comunicazione scritta** a Google **entro trenta (30) giorni dall'avvenuto pagamento**. La mancata notifica di tale comunicazione a Google comporterà la **rinuncia** da parte dell'Aderente al Programma **a qualsiasi pretesa inerente detto pagamento contestato**. (...) (enfasi aggiunta)*

In modo non difforme si esprime anche il contratto KDP, con una clausola – la 5.4.6 (Payment Disputes) – che si differenzia solo per il termine temporale più generoso, pur premurandosi di esentare le somme accertate come dovute e non inizialmente corrisposte da ogni forma di interesse di mora:

*You may not bring a suit or other legal proceeding against us with regard to any statement unless you bring it **within six months after the date the statement is available**. Any such proceeding will be limited to a determination of the amount of monies, if any, payable by us to you for the accounting periods in question, and **your sole remedy will be the recovery of those monies with no interest**. (enfasi aggiunta)*

Anche questa rientra, dunque, fra le clausole caratterizzanti del settore, inserendosi in un'architettura di rapporti economici che appare, nelle sue linee fondamentali, ripetersi in maniera costante nelle varie proposte di self publishing digitale letterario. Se poi si allarga l'ambito dell'indagine, le fondamenta di questo

²⁸¹ Tale estensione si giustifica sia per il linguaggio adottato dall'art. cit., che parla genericamente di "qualsiasi pagamento effettuato in virtù del Programma", sia per il fatto che l'addendum non contiene alcuna previsione incompatibile con questa, e che l'art. 9.9 (Disposizioni Generali) dello stesso, all'ultimo periodo, stabilisce che "(b) tutti i diritti disposti, ai sensi del presente Addendum, dall'Editore a favore di ogni Società del Gruppo Google sono ulteriori e non limitano i diritti già disposti dall'Editore ai sensi del Contratto."

sistema si mostrano comuni anche ai modelli di autopubblicazione relativi alle altre categorie di opere dell'ingegno digitali, rafforzando così il parallelismo che già si era in parte tracciato: ripartizione dei proventi con attribuzione all'autore di una quota molto rilevante, reportistica online costante e dettagliata, pagamento su base mensile con franchigia minima, riparto di oneri in materia di imposte, compensazioni volontarie per somme derivanti da rimborsi o oneri aggiuntivi sono tutti elementi presenti anche nei contratti relativi a prodotti diversi, come quelli – esemplificativamente richiamati – per gli sviluppatori di software Windows o per la distribuzione di applicazioni per Android di Samsung, ad ulteriore conferma del segnalato fenomeno di convergenza dei diversi media verso un modello unico di contratto di autopubblicazione.

3.3. CONCLUSIONI.

L'esame dei cardini dei due più rilevanti contratti di self publishing online attualmente disponibili sul mercato, vuoi in relazione alle corrispondenti disposizioni presenti nella contrattualistica tradizionale, vuoi in confronto con gli altri modelli giuridici sorti spontaneamente nella società dell'informazione per facilitare la commercializzazione delle altre categorie di opere dell'ingegno, rivelatisi straordinariamente simili, restituisce l'immagine di uno strumento di grande flessibilità, economico e potenzialmente in grado di fornire un ottimo ritorno sia economico, sia di immagine all'autore esordiente, purché venga utilizzato nel modo corretto.

Il primo vantaggio di questi nuovi contratti, si è visto, consiste nel mettere a disposizione dell'autore incapace di far breccia nel muro dell'editoria tradizionale un mezzo per far giungere la sua opera al grande pubblico, senza per questo essere costretto ad incorrere nei costi (e nella cattiva immagine) che tradizionalmente accompagnano l'editoria a pagamento, non a caso nota anche con il poco lusinghiero

appellativo di “*vanity press*”: sotto questo profilo, il nuovo strumento è incomparabilmente migliore di rispetto a quanto disponibile in epoca analogica, non comportando né costi iniziali, né significativi ostacoli nel momento della conclusione del contratto regolatore del rapporto di auto-edizione, costituendo il diniego del consenso l’eccezione e non la regola.

La prima seria limitazione di questo modo di approcciare la pubblicazione è nient’altro che il risvolto del pregio appena decantato: l’estrema permissività dei requisiti di accesso all’autopubblicazione, complice anche l’assenza di costi per intraprendere l’impresa, rende il mercato delle opere orfane di un editore in senso tradizionale particolarmente sovraffollato e afflitto da un preoccupante numero di scritti di infimo valore che mai avrebbero superato il vaglio critico di una casa editrice. Immediata conseguenza di questo stato di fatto è la tendenza dell’opera autopubblicata a perdersi fra le altre, essendo il catalogo del fornitore di *hosting* un luogo (virtuale) in cui è difficile conquistare notorietà, a meno di non rientrare nella parte alta della classifica vendite, a cui gli algoritmi che gestiscono l’*online store* accordano le condizioni di massima visibilità, ma è allora chiaro che se per avere visibilità è necessario vendere, proprio per realizzare i numeri richiesti si rivela indispensabile una qualche forma di pubblicità, trovandosi allora l’autore-editore intrappolato in un circolo vizioso dal quale non è possibile uscire, se non attraverso un intervento esterno rispetto al circuito di vendita. Se infatti un tipico contratto di edizione contiene sempre, in forma più o meno marcata, dei servizi accessori di promozione dell’opera, nell’autopubblicazione online niente di tutto questo è previsto, esauendosi l’impegno assunto dal fornitore dei servizi (impegno che, come si è visto, non assurge nemmeno al rango di obbligazione²⁸²) nella messa a disposizione del servizio di *hosting* dell’opera e dei metadati connessi, con la

²⁸² Cfr. *supra*, in questo capitolo, al par. 2.5.

garanzia che questa sarà acquistabile da parte del pubblico, ma nulla più: ciò significa che l'autore, salvo il caso in cui sia già conosciuto o abbia una particolare capacità di far parlare della propria opera tramite il passaparola e la comunicazione virale via social network, a meno di essere disposto a pagare terzi soggetti perché promuovano il suo prodotto, sarà quasi certamente condannato all'oscurità, fatta eccezione per la remota ipotesi in cui abbia realizzato uno scritto di particolare pregio e in esso si imbatta una qualche figura influente nel settore che se ne interessi.

Altro inconveniente che non può essere sottaciuto è la quasi totale assenza di revisione delle opere pubblicande, se si eccettuano i controlli minimi relativi alla presenza di refusi e l'ottimizzazione della formattazione. La pubblicazione immediata dello scritto, senza passare attraverso un processo di correzione delle bozze sotto la guida di professionisti del settore, rischia di compromettere seriamente la bontà del prodotto finale, specie se l'autore è uno scrittore alle prime armi che non padroneggia a pieno l'arte della scrittura; anche se ciò comporta il venir meno della gratuità complessiva dell'operazione, l'aspirante scrittore farebbe bene a considerare l'idea di rivolgersi a revisori indipendenti, in grado di consigliarlo su come modificare in meglio il suo lavoro prima di caricarlo online: la messa in commercio di un'opera mal scritta rischia infatti non solo di rimanere ignorata, ma, peggio ancora, di essere notata, compromettendo in maniera forse irrimediabile il nome dell'autore e distruggendo ogni futura prospettiva di carriera, indipendentemente dall'effettiva bontà del suo talento. Ben diverso è invece il caso dello scrittore già affermato, dotato di un proprio entourage di fiducia e che si rivolga all'autopubblicazione per far circolare, magari a prezzo ridotto, un'opera particolare o sperimentale che per la sua rischiosità il suo editore non avrebbe accettato di pubblicare, oppure per tentare di eludere un diritto di opzione

particolarmente oneroso che fosse stato costretto a concedere in sede di pubblicazione della prima opera²⁸³.

Le percentuali di competenza dell'autore sono certamente elevate, superiori di diverse volte rispetto a quanto un esordiente potrebbe ottenere da un editore, ma ciò non toglie che anche una percentuale del sessanta per cento produrrà guadagni irrisori in difetto di un numero cospicuo di vendite, evidenziandosi così il paradosso di una disponibilità dell'opera su scala planetaria che non riesce tuttavia a produrre introiti significativi per difetto di notorietà.

Queste considerazioni portano a concludere che la disponibilità di uno strumento gratuito ed estremamente efficace di distribuzione non equivale necessariamente alla concreta possibilità per chiunque di avventurarsi nel mercato editoriale con prospettive di facili, inverosimili guadagni, poiché all'ostacolo della difficoltà di fare breccia presso un editore si è sostituita la più insidiosa, ma non meno reale difficoltà di mettere in rete un prodotto qualitativamente valido e, soprattutto, conoscibile dal pubblico a cui è indirizzato. In ultima analisi, la pubblicazione di un'opera, così come l'atto dello scrivere, deve essere un'azione ponderata, richiedendo pur sempre una dose di accortezza che potrebbe erroneamente apparire superflua a chi si lasciasse ammaliare dalla intrinseca celerità degli strumenti operanti nella rete.

Il fenomeno dell'autopubblicazione, in ascesa rampante, specie negli Stati Uniti che, come spesso accade per questo genere di innovazioni, fanno da apripista e da anticipatori di tendenze, pare avere in parte interiorizzato i *caveat* qui rappresentati,

²⁸³ La formula tipicamente utilizzata per attribuire all'editore il diritto di opzione è: "L'Autore concede all'Editore il diritto di opzione, da esercitarsi entro ... giorni dall'offerta di cessione per la pubblicazione, sulla prossima opera che creerà, alle medesime condizioni di cui al presente contratto." (cfr. DI FONZO, *op.cit.*, 3048); in particolare, potrebbe opinarsi che un esercizio diretto dei diritti patrimoniali d'autore attraverso lo strumento dell'autopubblicazione non costituisca "offerta di cessione per la pubblicazione", facendo venir meno i presupposti per l'esercizio del diritto di opzione.

come emerge da un recente report riguardante i dati provenienti dagli USA²⁸⁴. Come ci si poteva aspettare, la crescita del numero di nuove opere autopubblicate è impressionante, con un incremento pari a +59% fra il 2011 e il 2012 (+422% rispetto ai dati del 2007), arrivando a coprire nel 2012 il 40% di tutte le nuove pubblicazioni negli Stati Uniti (nel 2011, a solo un anno di distanza, le opere autopubblicate ammontavano al solo 10% del totale delle pubblicazioni)²⁸⁵, ma è anche vero che gli autori nordamericani hanno affrontato molto seriamente la materia, approcciandola non in modo dilettantesco, ma con spirito fortemente imprenditoriale: per usare le parole di Beat Barblan, uno dei responsabili della società che ha redatto il rapporto citato,

The most successful self-publishers don't view themselves as writers only, but as business owners. They invest in their businesses, hiring experts to fill skill gaps and that's building a thriving new service infrastructure in publishing.²⁸⁶

Se dunque è vero, come sembra, che la galassia del self publishing si stia inesorabilmente orientando verso un sistema unificato di contrattualistica, dove le clausole principali tendono ad uniformarsi, giusta l'identità sostanziale di ogni tipo di file elettronico, indipendentemente dal tipo di opera che questo di volta in volta contenga, la diversità di natura fra le varie categorie di opere dell'ingegno fa sì che una differenziazione persista comunque: non più nel momento della pubblicazione e nel relativo contratto, trasformato ormai in una piattaforma asettica e spogliata di tutte le obbligazioni accessorie che non riguardino direttamente la vendita dell'opera, ma nel momento precedente, nella fase della sua rifinitura, in cui ogni autore – scrittore o

²⁸⁴ Analisi condotta dalla società Bowker, specializzata in informazioni bibliografiche; l'*abstract* è reperibile all'url http://www.bowker.com/en-US/aboutus/press_room/2013/pr_10092013.shtml, mentre lo studio con i dati completi è disponibile per la consultazione all'url http://www.bowker.com/assets/downloads/products/selfpublishingpubcounts_2007_2012.pdf.

²⁸⁵ Tutti i dati fanno riferimento ad opere cui sia associato un eISBN, non sono quindi considerate le pubblicazioni prive di un tale codice, in quanto difficilmente tracciabili.

²⁸⁶ Cfr, il primo dei due url *cit.* alla nota precedente.

musicista – a seconda delle proprie necessità si rivolgerà a professionisti esclusivamente dediti all’espletamento di uno o più compiti che un tempo rientravano nel novero delle funzioni dell’editore o dell’etichetta discografica, creando così spazio per un mercato di servizi interamente nuovo²⁸⁷.

²⁸⁷ Il discorso non è perfettamente riproducibile in ambito software, dove la produzione e la vendita autonome di applicativi sono una realtà da decenni ed è più difficile individuare figure di terzi ausiliari; nondimeno le nuove modalità distributive hanno facilitato enormemente la possibilità di ottenere un’ampia diffusione presso il pubblico, specie nel caso in cui l’intenzione sia quella di vendere il software e non di distribuirlo gratuitamente, attività quest’ultima che presenta evidentemente meno ostacoli.

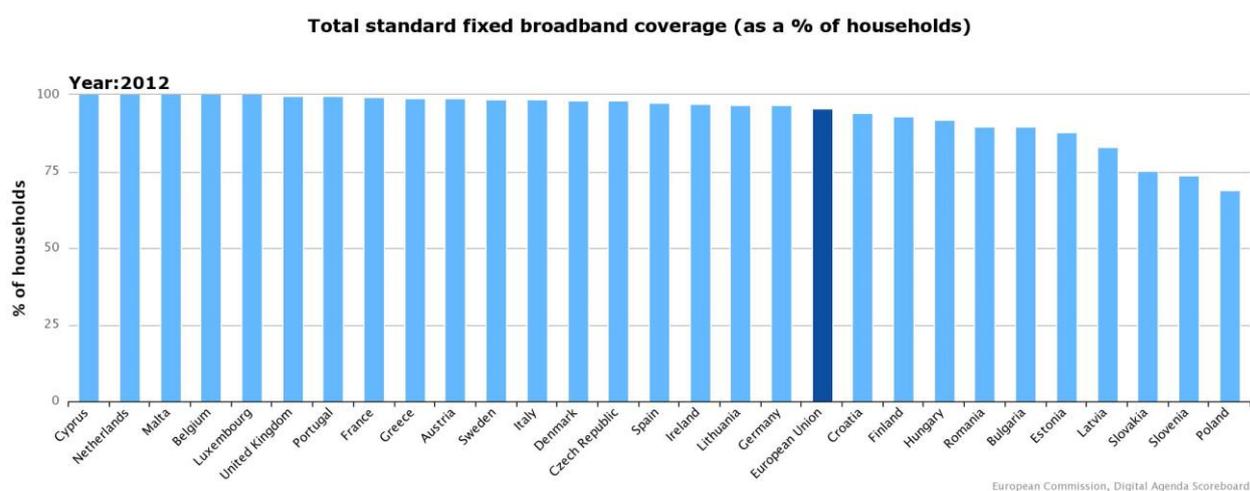
APPENDICE A

LA PENETRAZIONE DELLA BANDA LARGA FISSA NELL'UNIONE

EUROPEA E IN ITALIA²⁸⁸

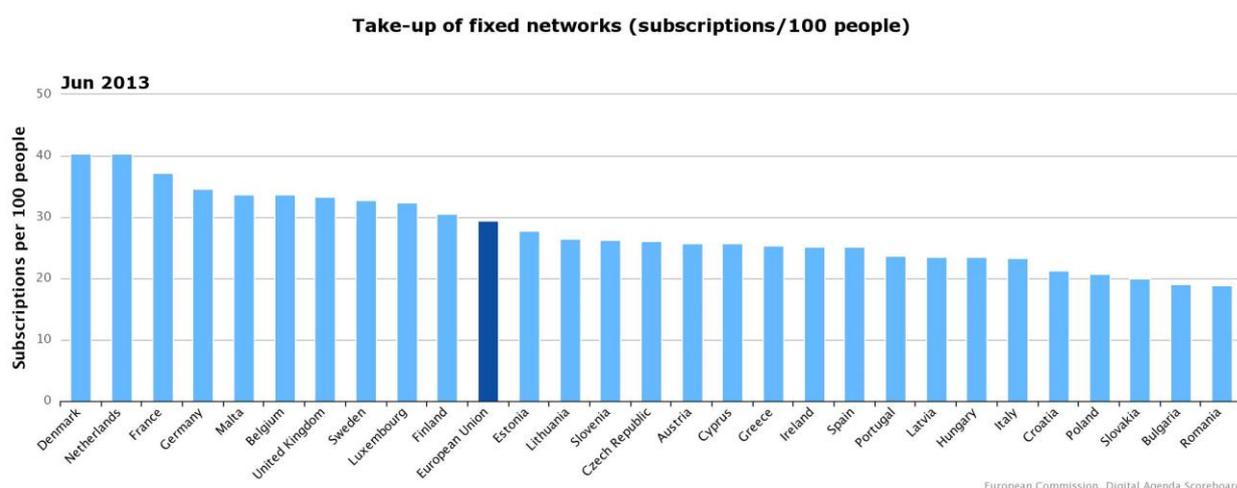
La Commissione Europea, nell'ambito del quarto pilastro (Fast and ultra-fast Internet access) del programma Agenda Digitale per l'Europa, mantiene un costante monitoraggio sulla qualità e la diffusione delle connessioni internet a disposizione dei cittadini degli stati membri dell'Unione, così da valutare i progressi fatti verso il raggiungimento degli obiettivi previsti dal piano di sviluppo Europa 2020.

Sotto il profilo della possibilità di accedere al servizio, quantomeno ad un livello base, il nostro paese ottiene risultati apparentemente molto apprezzabili, addirittura superiori alla media europea, offrendo una copertura pari alla quasi totalità del territorio (98.4% di famiglie coperte).



²⁸⁸ Tutti i grafici riportati sono tratti dalla sezione dedicata del sito dell'agenda digitale per l'Unione europea, dove i dati sono consultabili in forma tabellare o grafica: cfr. l'url http://digital-agenda-data.eu/datasets/digital_agenda_scoreboard_key_indicators/visualizations. I dati, dove non indicato diversamente, sono aggiornati a giugno 2013.

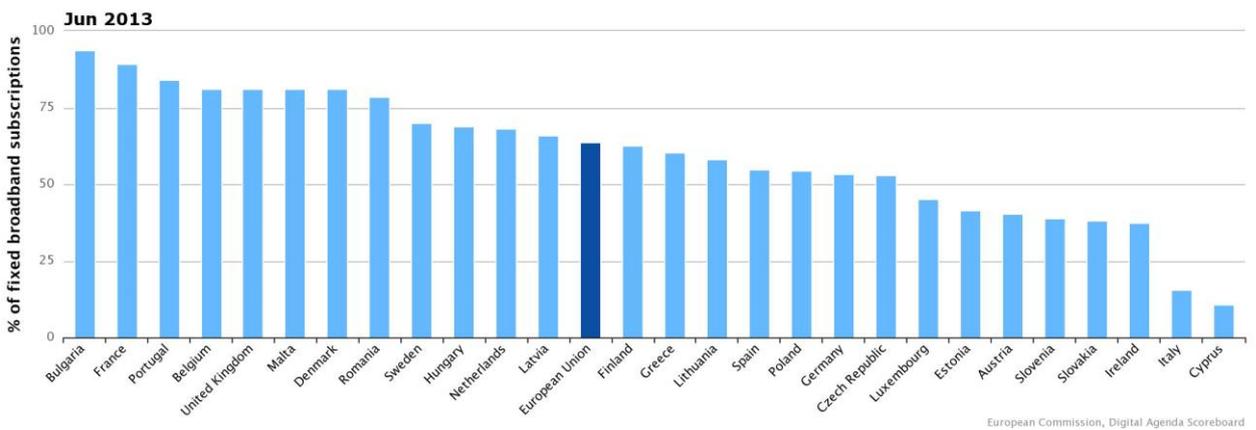
La situazione tuttavia si complica nel momento in cui si osservi il valore di penetrazione della banda larga fissa, ovvero la percentuale di linee broadband fisse attivate in rapporto al totale della popolazione: in questo caso l'Italia si colloca solo ventitreesima sui ventotto stati membri censiti, decisamente al di sotto della media europea: nel nostro paese sono presenti in media solo 23.3 linee attive per ogni 100 abitanti, corrispondenti ad un 68% di famiglie in possesso di una linea broadband, contro una media europea di 29.37 linee attive per cento abitanti, corrispondenti al 76% delle famiglie (con riferimento a quest'ultimo valore, l'Italia si piazza diciannovesima su ventotto).



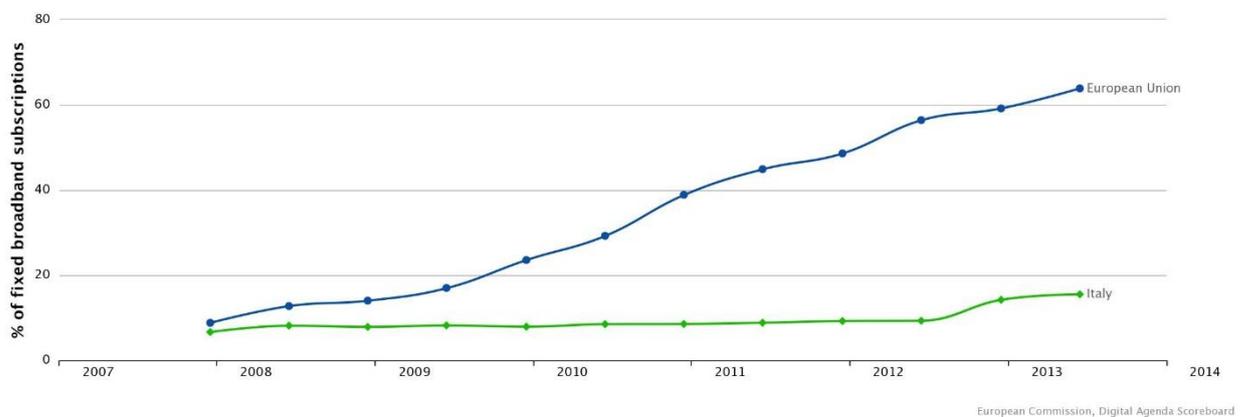
I limiti delle nostre politiche nazionali in materia di banda larga emergono ancor più chiaramente quando si guardi alla velocità media delle connessioni, risultando il nostro paese in posizione estremamente arretrata rispetto agli altri stati membri: prendendo in esame la percentuale di linee che offrono una velocità dichiarata pari almeno a 10 Mbps rispetto al totale dei contratti attivati, l'Italia risulta solo penultima, con un valore pari 15,5%, evidenziandosi peraltro un distacco notevole rispetto al

terzultimo stato classificato, l'Irlanda, che riporta il valore più che doppio del 37,4%. Da notare poi come la Bulgaria, uno degli stati di più recente sviluppo, domini la classifica in questo settore intermedio, con un punteggio del 93,6%, chiaramente indicativo di un'infrastruttura di costruzione relativamente recente. La stagnazione italiana spicca ancora di più qualora si considerino i dati diacronici, come evidenziato dal secondo dei due grafici di seguito riportati.

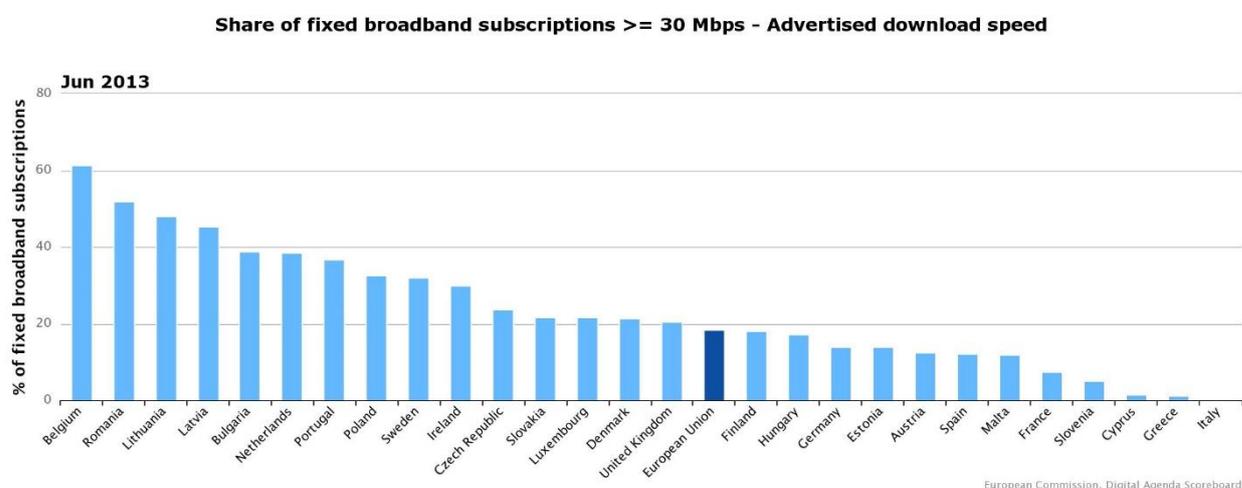
Share of fixed broadband subscriptions \geq 10 Mbps - Advertised download speed



Share of fixed broadband subscriptions \geq 10 Mbps - Advertised download speed

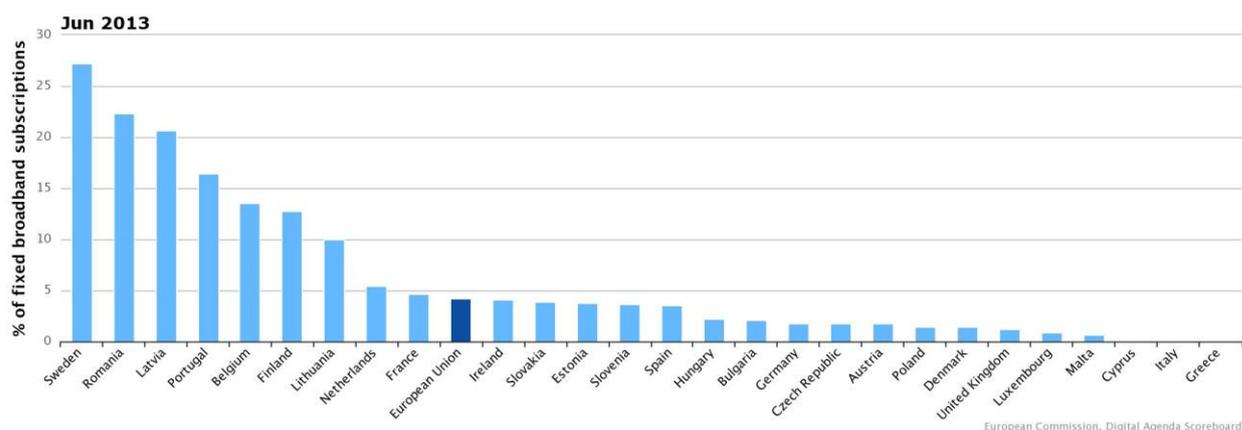


Procedendo poi verso le soglie dell'*ultra-broadband*²⁸⁹, considerando le connessioni di ampiezza pari ad almeno 30 Mbps, valore obiettivo minimo che l'Agenda Digitale ritiene debba essere garantito alla totalità delle famiglie europee entro il 2020 (prevendo altresì per tale data una infrastruttura da 100 Mbps che copra almeno il 50% della popolazione europea), l'arretratezza delle nostre connessioni emerge in tutta la sua gravità: l'Italia si colloca infatti in fondo alla classifica, raggiungendo la soglia dei 30 Mbps solamente lo 0,4% delle linee attive totali, contro una media europea del 18,2%; il valore massimo in questo settore si rileva in Belgio, dove il 61,3% delle linee attive garantiscono questa ampiezza di banda. Se si considera poi la soglia dei 100 Mbps, l'Italia, insieme alla Grecia, ottiene un punteggio addirittura nullo, non essendo un servizio di questo livello offerto in alcuna area del paese al momento della rilevazione; a fronte di una media europea ancora relativamente bassa, assestata al 4,2% delle linee totali, spicca la posizione della Svezia che, avendo investito sul settore, a giugno del 2013 garantiva una copertura a 100 Mbps sul 27,2% delle linee attive; notevoli anche i risultati di Romania e Lettonia, che ricoprono rispettivamente il secondo e il terzo posto con un punteggio del 22,4% e 20,6%.



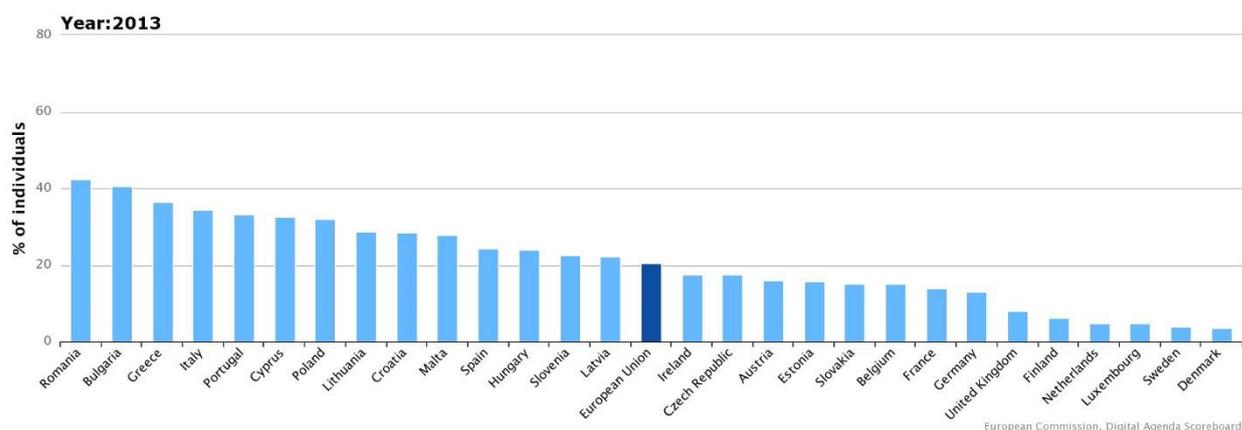
²⁸⁹ Ultra-broadband è termine che si riferisce alle connessioni a banda larga che supportino una velocità di download di almeno 50 Mbps. Cfr. l'url <http://itlaw.wikia.com/wiki/Ultra-broadband>.

Share of fixed broadband subscriptions \geq 100 Mbps - Advertised download speed



Se si combinano poi questi dati con quelli relativi alla percentuale di individui che non hanno mai utilizzato internet, si può arguire come il problema italiano non risieda soltanto in un ritardo nell'aggiornamento delle infrastrutture, ma anche in un'arretratezza tecnologico-culturale che ci vede collocati ai vertici dell'analfabetismo digitale, con una percentuale di cittadini che non hanno mai avuto alcun contatto con la rete che ammonta al 34.4%, un dato che è oltre il settanta per cento più alto rispetto alla media europea, assestata al 20,5%; in questa graduatoria negativa si trovano in condizioni peggiori solo a Grecia, Bulgaria e Romania, dove le ultime due, tuttavia, hanno intrapreso un percorso di investimento in innovazione, testimoniato dai grafici precedenti, che in Italia invece si stenta a vedere.

Individuals who have never used the internet, All Individuals (aged 16-74)



Da questa panoramica emerge in definitiva un quadro preoccupante per quanto riguarda il nostro paese: pur essendo l'Italia una delle maggiori potenze economiche del continente, essa sembra infatti non vedere nell'innovazione digitale quello stimolo indispensabile alla crescita che, invece, stati di più recente sviluppo sembrano aver ben compreso; è indispensabile a questo punto una svolta radicale nel modo di affrontare la questione, essendo inconcepibile che i *policy maker* italiani decidano consapevolmente di abbandonare il paese in una condizione di progressivo declino tecnologico, costituendo oggi una dorsale digitale veloce il presupposto indispensabile per garantire la partecipazione al nuovo e fiorente mercato dei contenuti, rischiandosi in caso contrario l'esclusione da una delle più importanti occasioni di crescita economica.

BIBLIOGRAFIA

- 2000-2001. " Exploitative Publishers, Untrustworthy Systems, and the Dream of a Digital Revolution for Artists ." *114 Harv. L. Rev.* 2438 .
- Acapella Group. n.d. *How does text to speech work?* Accessed 02 10, 2014.
<http://www.acapela-group.com/voices/how-does-it-work/>.
- Amar, M. 1874. "Dei diritti d'autore sulle opere dell'ingegno." Roma - Torino - Firenze: Fratelli Bocca.
- Ammendola, M. 1993. In *Il diritto d'autore*, by L.C. Ubertazzi and M. Ammendola. Torino: UTET.
- Ammendola, M. 2008. "Obbligo di garanzia nel contratto di edizione e pubblicazione di parte dell'opera con diverso autore." *AIDA*.
- Aranguena, G. 2012. "Sospensione di un account su Ebay: il contratto telematico B2B tra accettazione point and click e tutela dell'accesso al mercato del commercio elettronico." *Dir. Inf.*
- Arienzo, A. 1957. "Edizione, contratto di." In *Noviss. dig. it.* Torino: UTET.
- Auletta , G. G., and V. Mangini. 1977. "Marchi e diritto di autore." In *Commentario del codice civile*, by A. Scialoja and G. Branca. Bologna - Roma: Zanichelli - Soc. Ed. del Foro italiano.
- Auteri. 2012. "Diritto d'autore." In *Diritto industriale - Proprietà intellettuale e concorrenza*, by P. Auteri, G. Floridia, V. Mangini, G. Olivieri, M. Ricolfi and P. Spada. Torino: Giappichelli.
- Barcaroli, M. 1999. "Problemi di diritto comparato di autore nell'opera multimediale." *IDA*.

- Bellani, V., and L. Chimienti. 2010. *Il diritto d'autore nella prassi contrattuale - Dottrina, giurisprudenza e formulario*. Milano: Giuffrè.
- Bertani, M. 2011. "Il contratto di edizione." In *I contratti di somministrazione e di distribuzione*, by R. Bocchini and A. M. Gambino. Torino: UTET.
- Borruso, R. 1986. "Computer e diritto." Milano: Giuffrè.
- Borruso, R., S. Russo, and C. Tiberi. 2009. "L'informatica per il giurista: dal bit a internet." Milano: Giuffrè.
- Bravo, F. 2012. "Commercio elettronico." In *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè.
- Buonocore, V., and A. Luminoso. 1993. *Contratti d'impresa*. Milano: Giuffrè.
- Catricalà, A., and M. P. Pignalosa. 2013. *Manuale del diritto dei consumatori*. Roma: Dike giuridica.
- Cerutti, S. 2002. "Aspetti legali dell'opera multimediale." In *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'Internet*, by Cassano. Milano: Ipsoa.
- Cunegatti, B. 2000. "Aspetti legali dell'opera multimediale." Milano: Guerini e associati.
- Cunegatti, B. 1998. "La tutela delle opere multimediali in Italia nell'ambito della disciplina del diritto d'autore." *Dir. Inf.*
- De Gregorio, A. 1913. *Il contratto di edizione*. Pavia: Athenaeum.
- De Sanctis, V.M. 1971. "Il carattere creativo delle opere dell'ingegno." Milano: Giuffrè.
- De Sanctis, V.M. 1997. "La sfera di applicazione della legge di protezione dei diritti degli autori." *Il diritto di autore*.
- De Sanctis, V.M., and M. Fabiani. 2007. *I contratti di diritto di autore*. Milano: Giuffrè.
- De Sanctis, Val. n.d. "Autore (diritto di)." In *Enc. Giur.* Milano: Giuffrè.
- De Sanctis, Val. 1984. "Contratto di edizione." In *Trattato di diritto civile e commerciale*, by A. Cicu and F. Messineo. Milano: Giuffrè.
- De Sanctis, Val. 1965. "Edizione (contratto di)." In *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè.

- De Sanctis, Val. 1971. "Limiti alla creazione artistica e tutela della personalità." *IDA*.
- Di Cocco, C. 2005. "L'opera multimediale. Qualificazione giuridica e regime di tutela." Torino: Giappichelli.
- Di Fonzo, Fabio. 2012. "Il contratto di edizione per le stampe." In *I singoli contratti - applicazioni pratiche, clausole specifiche, giurisprudenza di riferimento.*, by G. (a cura di) Cassano. Milano: CEDAM.
- Elkin-Koren, N. 2010-2011. "The Changing Nature of Books and the Uneasy Case for Copyright." *The George Washington Law Review*.
- Fabiani, M. 1999. "Banche dati e multimedialità." *IDA*.
- Fabiani, M. 1990. "Edizione (contratto di)." In *Dig. comm.* Torino: UTET.
- Fabiani, M. 1983. "Il diritto d'autore." In *Trattato di diritto privato*. Torino: UTET.
- Feiler, L. 2013. "Birth of the First-Download Doctrine: The Application of the First-Sale Doctrine to Internet Downloads under EU and U.S. Copyright Law." *TTLF Working Papers*.
- Ficsor, M. 2002. "The Law of Copyright and the Internet: The 1996 WIPO Treaties, Their Interpretation and Implementation." Oxford: Oxford University Press.
- Floridia, G. 1989. "La protezione del software nel sistema delle esclusive sulle creazioni intellettuali." *Dir. inf.*
- Francis, J. B. 2010-2011. "The Kindle Controversy: An Economic Analysis of How the Amazon Kindle's Text-to-Speech Feature Violates Copyright Law." *Vand. J. Ent. & Tech.*
- Galgano, F. 2011. *Il contratto*. Milano: CEDAM.
- Gattei, C. 1998. "Tutela dell'opera multimediale su rete telematica: la situazione europea." *Dir. inf.*
- Gazzoni, F. 2011. *Manuale di diritto privato*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Ghidini, G. 2008. "Profili evolutivi del diritto industriale." Milano: Giuffrè.

- Ghidini, G., and M.F. Quattrone. 1998. "Opere multimediali e copyrights di terzi." *Riv. d. Ind.*
- Giannantonio, E. 2001. "Manuale di diritto dell'informatica." Milano: CEDAM.
- Giannattasio, C. 1962. "Contratto estimatorio." In *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè.
- Greco, P. 1948. *I diritti sui beni immateriali*. Torino: Giappichelli.
- Greco, P., and P. Vercellone. 1974. "I diritti sulle opere dell'ingegno." In *Trattato di diritto civile italiano*, by F. Vassalli. Torino: Utet.
- Gubitosa, C. 2006. *Hacker, scienziati e pionieri. Storia sociale del Ciberspazio e della Comunicazione Elettronica*. -: Stampa Alternativa/Nuovi Equilibri.
<http://www.stampalternativa.it/liberacultura/books/hacker.pdf>.
- Guglielmetti, G. 1998. "Le opere multimediali." *AIDA* 105 ss.
- Huston, G. 1999. "Web caching." *The Internet Protocol Journal*, September.
- April 2010. "Kindle fans the flames of price war." *Managing Intell. Prop.*
- Marseglia, R. 2012. *Il contratto di edizione dell'ebook*. Bari: Cacucci Editore.
- Marzano, P. 2005. "Diritto d'Autore e Digital Technologies." Milano: Giuffrè.
- Moscato, L. 2007. "Alle radici del Droit d'auteur." In *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, by F. Liotta. Bologna: Monduzzi.
- Musso, A. 2008. "Del diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche." In *Commentario del codice civile*, by Scialoja-Branca and Galgano (curatore). Bologna-Roma: Zanichelli, Il Foro Italiano.
- Nivarra, L. 2001. "Itinerari del diritto d'autore." Milano: Giuffrè.
- Piola Caselli, E. 1943. "Codice del diritto d'autore." Torino: Utet.
- Ricciuto, V. 1996. "Internet, l'opera multimediale ed il contenuto dei diritti connessi." *AIDA*.

- Romano, R. 2010. "Il diritto di riproduzione nel contesto della convergenza dei media."
AIDA.
- Sharpe, N.F., and O.B. Arewa. 2006-2007. "Is Apple playing fair?" *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.*
- Shih, F. Y. 2012. *Sul tema del watermarking, cfr. Shih, Multimedia Security: Watermarking, Steganography, and Forensics*. Boca Raton, Florida.: Crc Pr I Llc.
- Sternburg, A. 2010-2011. "Unconstitutional Excess, and Other Recent Copyright Developments." *Intell. Prop. Brief* Vol 2, issue 1.
- Stoepelwerth, A. M. Spring 2011. "Antitrust Issues Associated with the Sale of e-Books and Other Digital Content." *Antitrust*.
- Stojanovic, M. 1981. *RIDA*.
- Stolfi, N. 1915-1917. "La proprietà intellettuale." Torino: UTET.
- Tepfer, J.A. 2002-2003. "The Policy Considerations of New Use Copyright Law as it Pertains to Ebooks." *Minn. Intell. Prop. Rev.*
- U.S. Coopyright Office. 2001. "DMCA Section 104 Report 86."
- Ubertazzi. 2003. "I diritti d'autore e connessi." 16. Milano: Giuffrè.
- Ubertazzi, L.C. 2012. "Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza." Milano: CEDAM.
- Varrone, C. 1989. "Manuale di diritto d'autore." Napoli: Editoriale scientifica.

INDICE CRONOLOGICO DELLE DECISIONI CITATE

- ❖ Cass. 5 aprile 1930, in Giur. it., 1930, I, 1, 543.
- ❖ Kirke La Shelle Co. v. Paul Armstrong Co., 188 N.E. 2d (1933).
- ❖ App. Torino 15 gennaio 1949, ord., Riv. dir. comm. 1949, 202 ss.
- ❖ Cass. 6 marzo 1951, n°545, in Foro it. 1951, I, 518.
- ❖ Cass., sez. I, 18 febbraio 1955, in Dir. aut., 1955, 338.
- ❖ Trib. Napoli 6 marzo 1961, Dir. e giur. 1961, 393.
- ❖ Trib. Torino 3 marzo 1980, in BUONOCORE e LUMINOSO, Contratti d'impresa, tomo 2, 1992 ss.
- ❖ Cass. 27 luglio 1987, n°6492, in Mass. Foro it., 1987.
- ❖ Trib. Udine 07 novembre 1987, in Dir. Aut. 1988, 599.
- ❖ Cass. 5 luglio 1990, n° 7077, in Giur. It., 1991, I, 47 ss., con nota di RICOLFI.
- ❖ Trib. Milano 12 marzo 1992, in IDA 1992, 390 Trib. Milano 24 febbraio 1995, in IDA 1997, 494.
- ❖ Trib. Milano 5 ottobre 1995, in Dir. inf. 1996, 53.
- ❖ Trib. Napoli 27 marzo 1997, in Gius 1997, 1856 Trib. Milano 25 novembre 1997, in IDA 1994, 97.
- ❖ Cass. 23 giugno 1998, n°6239, in Corr. Giur. 1998, 1162.
- ❖ Trib. Roma 5 novembre 1998, in IDA 2000, 138.
- ❖ App. Trento, 30 marzo 1999, in Rep. AIDA 2000, I 7.4.8.
- ❖ Cass. 13 dicembre 1999, n. 13937, in Mass. Giur. it., 1999.
- ❖ App. Milano 17 marzo 2000, in AIDA 2001, 762.
- ❖ Trib. Roma 26 giugno 2001, in Giur. It. 2002, 2340
- ❖ Random House, inc. v. Rosetta Books, LLC, 283 F.3d 490 (2nd Cir. 8 marzo 2002).

- ❖ Cass. 17 aprile 2002, n°5461, in AIDA, 2002, 534 ss, con nota di AMMENDOLA.
- ❖ Trib. Roma, 19 novembre 2002, in AIDA 2003, 932.
- ❖ Trib. Milano 8 maggio 2003, in AIDA 2004, 731.
- ❖ Trib. Vicenza, sez.I, 6 giugno 2006 n°889, in banca dati lusExplorer (redazione Giuffrè).
- ❖ Cass. 26 giugno 2007, n° 14792, in Foro It. 2008, 2, I, 568; Giust. Civ. 2008, 3, I, 719; Riv. dir. Ind. 2008, 2, 2, 133.
- ❖ Vernor v. Autodesk, Inc. 555 F. Supp. 2d 1164 (W.D. Wash. 20 maggio 2008).
- ❖ Cass. 6 novembre 2008, n°26626, in Riv. dir. ind. 2009, 465.
- ❖ MDY Indus., LLC v. Blizzard Entm't, Inc., 629 F.3d 928 (9th Cir. 17 febbraio 2010).
- ❖ Cass 23 luglio 2010, in Foro it. 2011, 12, I, 3402.
- ❖ Cass. 23 luglio 2010, n°17279, in Guida al Diritto 2010, 40, 70.
- ❖ Vernor v. Autodesk, Inc. 621 F.3d 1102 (9th Cir. 10 settembre 2010).
- ❖ CGUE (Grande Sezione) 3 luglio 2012, causa C-128/11, UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.
- ❖ App. Milano 30 novembre 2011, in UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, 1788.
- ❖ Tribunale Catanzaro, 30 aprile 2012, sez. I, in Dir. Inf. 2012, 1181 ss.
- ❖ Trib. Torino, sez. I, 15 marzo 2013, in banca dati lusExplorer (redazione Giuffrè).
- ❖ USSC No. 12-133 (20 Giugno 2013), caso American Express Co. v. Italian Colors Restaurant.