

Giovanni Maria Riccio**ACCESSO ALLA CONOSCENZA, FAIR USE E DIRITTO D'AUTORE:
IL CASO GOOGLE BOOKS¹****Abstract**

Google Books è un sistema di digitalizzazione delle opere letterarie, lanciato dall'operatore statunitense nel 2002. Nel settembre 2005, Google è stata destinataria di una class action dinanzi al Southern District of New York, lanciata da The Authors Guild, nella quale era accusata di aver commesso, per mezzo del servizio di libri, un "massive copyright infringement". Le controversie sono state risolte per mezzo di una transazione, che ha sollevato più di un dubbio, sia sotto il profilo della tutela degli autori sia del rispetto delle regole di concorrenza.

Successivamente, Google Books è stata chiamata in giudizio, per presunte violazioni del diritto d'autore, anche in Francia e condannata Tribunal de Grande Instance di Parigi per riproduzione integrale o parziale di opere protette, senza il consenso dell'autore. Altre liti giudiziarie sono sorte anche in altri ordinamenti, come Cina e Germania.

L'intervento si ripropone di analizzare, in chiave comparatistica, i precedenti giudiziari che hanno interessato la società americana e l'applicabilità della doctrine del fair use alla fattispecie. Inoltre, verrà sviluppato il tema dell'accesso alla conoscenza ed il complesso contemperamento tra titolari dei diritti d'autore e interessi collettivi.

1. Il progetto Google Books venne presentato per la prima volta nel dicembre del 2004 alla Fiera del Libro di Francoforte, con il nome di Google Print.

L'idea trainante era data dalla possibilità di "salvare", digitalizzandole, milioni di copie di opere orfane, quelle opere, cioè, non più in commercio, ma ancora coperte dal diritto d'autore. Quella delle opere orfane è una tematica molto interessante nell'ambito della proprietà intellettuale, sulla quale mi soffermerò più a lungo nel corso della presente relazione: è bene rilevare sin

¹ Il presente scritto riproduce la relazione tenuta in occasione del Convegno "UseIT: Conoscenza, creatività e fair use nelle università", tenutosi il 16 settembre 2011 presso la John Cabot University, Roma.

d'ora, però, che la questione poggia essenzialmente sullo iato che si registra tra la “vita commerciale” di un'opera letteraria e la “vita giuridica” dell'opera stessa.

È risaputo, infatti, che – salvo i casi di opere letterarie destinate a passare alla storia – è piuttosto raro o, quanto meno, non è il destino più comune, che un libro resti in commercio per oltre un decennio. La vita delle opere scientifiche, naturalmente, è soggetta a processi di obsolescenza e di perdita dell'interesse collettivo ancora più rapidi: è evidente, però, che in questo caso si scontra l'esigenza della tutela del diritto d'autore con quella alla diffusione delle idee e della conoscenza degli autori, i cui i proventi economici derivanti dallo sfruttamento economico dell'opera, generalmente, non rappresentano la motivazione principale.

Nel caso di Google Books, le opere sono consultabili liberamente a condizione che siano cadute in pubblico dominio e che l'autore dell'opera abbia acconsentito a tale forma di diffusione. Google offre agli autori un corrispettivo minimo, che normalmente viene accettato: trattandosi di opere cadute in pubblico dominio, gli autori non hanno più alcun interesse economico mentre, spesso, sono allettati dalla prospettiva di una diffusione a livello internazionale delle proprie idee.

L'obiettivo di digitalizzare milioni di opere, però, non poteva essere realizzato contattando singolarmente ogni autore. Pertanto, Google ha stipulato una serie di accordi con le principali biblioteche americane e inglesi: Harvard University; Stanford University; University of Michigan; New York Public Library; Bodleian Library dell'University of Oxford e, successivamente, University of Chicago Press; Oxford University Press; Cambridge University Press e molte altre.

In altri casi, questa volta per mezzo di intese con i principali editori, Google ha intrapreso la pubblicazione parziale di opere, che consente che solo alcune pagine siano liberamente visualizzabili (generalmente pagine non in sequenza). In questo modo, si tutelano i diritti dei titolari, incentivando anche l'interesse verso le opere letterarie.

In altri casi, infine, Google consente la visualizzazione solo degli *snippets* ossia di brevi frasi (non più di due o tre righe).

2. Da un punto di vista strettamente giuridico, se osservata sotto l'angolo prospettico del diritto nordamericano, l'utilizzazione delle opere dovrebbe essere consentita in virtù del 17 U.S.C. § 107 (2010), che ammette la riproduzione per finalità di critica, commento, attualità, insegnamento o ricerca (letteralmente: “reproduction...for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright”).

A ben vedere, però, l'applicazione della disposizione è soggetta alla ricorrenza di quattro fattori:

- la natura dell'opera: le opere devono avere un livello minimo di creatività, affinché si ricada nell'alveo del *fair use*²;
- la finalità trasformativa dell'utilizzazione, non essendo naturalmente ammesso un successivo sfruttamento commerciale dell'opera³;
- quanto, qualitativamente e quantitativamente, è l'incidenza, per dir così, riproduttiva dell'opera⁴;
- infine (e soprattutto) l'impatto della riproduzione sul mercato esistente e potenziale⁵.

Se quest'ultimo aspetto, come affermato anche in *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters*⁶, è “undoubtedly the single most important element of fair use”, viene spontaneo chiedersi: ma qual è il valore economico degli *snippets* e della digitalizzazione delle opere in generale?

² *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.*, 99 F.3d 1381 (6th Cir. 1996).

³ *Basic Books, Inc. v. Kinko's Graphics Corp.*, 758 F.Supp. 1522 (S.D.N.Y. 1991), nonché, seppur con qualche incertezza nella motivazione, *Encyclopaedia Britannica Educational Corp. v. Crooks*, 542 F.Supp. 1156 (W.D.N.Y. 1982).

⁴ Per esempio, la citazione del 5% circa dell'opera dell'attore è stata considerata lecita: *Maxtone-Graham v. Burtchaell*, 803 F.2d 1253 (2d Cir. 1986), cert. denied, 481 U.S. 1059 (1987).

⁵ *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*, 448 F.3d 605 (2d Cir. 2006).

⁶ 471 U.S. 539, 566 (1985).

Evidentemente, non poco, come dimostra la transazione che avrebbe dovuto chiudere, alla fine del 2008, dopo tre anni di litigi e negoziati, la controversia tra Google e l'Authors Guild⁷.

Il primo accordo, del 17 novembre 2008, prevedeva che Google avrebbe pagato ad editori e altri titolari dei diritti una somma complessiva, a titolo di *copyright levy* (che, in via approssimativa ed esemplificativa potremmo qualificare quale equo compenso), pari a 125 milioni di dollari. Per mezzo di tale transazione, Google si sarebbe altresì impegnata a creare il *Book Rights Registry*, attraverso il quale tutti gli autori o titolari di diritti di opere orfane o di opere fuori commercio, ma ancora protette dal diritto d'autore, avrebbero potuto effettuare una sorta di registrazione, ottenendo un corrispettivo per la cessione della propria opera pari a 60 dollari per un intero libro ovvero oscillante tra 5 e 15 dollari in caso di mere parti dell'opera.

La proposta di transazione è stata però rigettata, nel marzo 2011, dal giudice Denny Chin del *District Court* di Manhattan, il quale ha evidentemente ritenuto predominante, rispetto alle esigenze di recupero delle opere probabilmente destinate all'oblio, la posizione dominante che Google – a seguito dell'accordo – sarebbe venuta ad avere nel mercato dell'editoria *on-line*⁸.

Di là da questo profilo, almeno altre due critiche sono state sollevate nei confronti dell'accordo in esame.

Innanzitutto, è stato censurato l'approccio panamericano, che porrebbe in una posizione subordinata le opere letterarie prodotte in altre lingue. Una valutazione che, però, non appare condivisibile, atteso che Google, in quanto ente privato, non è tenuto al rispetto delle minoranze culturali, ma unicamente a seguire logiche di profitto e convenienza economica.

Eppure, per quanto non condivisibile, tale ultimo rilievo non può non incidere significativamente sull'ulteriore critica mossa all'architettura ideata da

⁷ *Authors Guild v. Google Inc.*, 05 CV 8136 (S.D.N.Y. 2005).

⁸ Così, testualmente, il giudice Chin: "The ASA would give Google a significant advantage over competitors, rewarding it for engaging in wholesale copying of copyrighted works without permission, while releasing claims well beyond those presented in the case".

Google Books. La creazione del *registry* determinerebbe, di fatto, la nascita di società di intermediazione e raccolta dei diritti dei titolari, una *collecting society* privata, in posizione di assoluto monopolio, gestita non secondo logiche pubblicistiche e superindividuali.

3. La vicenda che ha visto (almeno inizialmente) contrapposti Google Books e l'Authors Guild non è stata però l'unica controversia giudiziaria che ha investito il gigante di Mountain View.

Il 18 dicembre 2009, infatti, il Tribunal de Grande Instance di Parigi ha ritenuto Google colpevole di violazione del copyright degli editori che avevano agito in giudizio, condannandola ad un risarcimento pari a 300.000 euro, oltre ad una penale di 10.000 euro al giorno in caso di mancata rimozione delle opere contestate.

È interessante notare che, a dispetto dell'eccezione sollevata dalla resistente, la Corte ha ritenuto l'applicabilità della legge francese, nonostante la digitalizzazione delle opere fosse avvenuta materialmente negli Stati Uniti e le opere stesse fossero "caricate" su server americani. I giudici parigini, anticipando anche la posizione poi assunta dalla Corte di Giustizia in analoga vicenda, hanno infatti ritenuto che la competenza giurisdizionale, con relativa applicazione della legge nazionale, fosse quella del luogo in cui gli effetti dell'evento dannoso si sono verificati (e, quindi, la Francia).

A seguito di tale decisione, Google ha reagito nuovamente stipulando degli accordi prima con Hachette e La Martinière e, successivamente, con Flammarion, Gallimard e Albin Michel.

4. A ben vedere, a prescindere della violazione del diritto d'autore commessa da parte di Google, pare evidente che la questione debba essere osservata da una prospettiva più ampia. Google Books non è altro che il risultato del formalismo e, mi sia fatto passare il termine, delle perversioni del sistema del

diritto d'autore, sviluppandosi nelle slabbrature che si registrano da tempo tra la durata commerciale e quella della tutela delle opere, non solo letterarie.

È probabile, però, che l'accordo con la Authors Guild avrebbe potuto avere l'effetto di determinare una cesura netta tra gli Stati Uniti, dove tutti gli autori/titolari dei diritti, avrebbero astrattamente potuto essere tutelati, rispetto all'Europa e agli Paesi extra-americani, i cui autori/titolari avrebbero dovuto necessariamente agire in via giudiziaria.

In secondo luogo, è innegabile che Google sarebbe venuta a trovarsi in una posizione di monopolio, sbaragliando facilmente la concorrenza di altri progetti – per lo più finanziati da enti pubblici – che non possono fondare le proprie iniziative su simili risorse economiche.

Al riguardo, però, deve osservarsi che le situazioni monopolistiche, considerate negativamente in linea di principio, devono essere osservate oggettivamente, notandone, in taluni casi e per un periodo limitato di tempo, la loro ammissibilità, laddove i benefici che le stesse recano sovrastano nettamente i danni che creano.

In questo senso, è possibile richiamare un passaggio del discorso che tenne, il 5 febbraio 1841, Thomas Babington Macaulay alla House of Commons: “It is right that authors be remunerated; and the least exceptionable [objectionable?] way of remunerating them is by a monopoly. Yet monopoly is an evil. For the sake of the good we must submit to the evil; but the evil ought not to last a day longer than is necessary for the purpose of securing the good”.

Il monopolio, quindi, è il male, ma è un male che, a taluni presupposti, è possibile (e, forse, meglio) tollerare.

Del resto, una posizione monopolistica dovrebbe essere osteggiata laddove causasse un danno alla collettività dei fruitori delle opere o ai titolari dei diritti.

I primi, al contrario, sono avvantaggiati dalla diffusione massiva delle opere protette, un tempo disponibili esclusivamente in biblioteche lontane e difficilmente raggiungibili.

Quanto agli autori, si è visto che le opere di cui si discute sono quelle cadute in pubblico dominio o le opere orfane. Opere, cioè, su cui non si concentra un interesse patrimoniale né degli autori, né di eventuali altri titolari di diritti.

5. Se lo sfruttamento economico delle opere non è il centro della discussione, viene allora, malignamente, da pensare che forse siamo al cospetto di una battaglia che vede, da un lato, i tradizionali attori (e beneficiari) del sistema culturale – ossia gli editori – e, dall’altro, un soggetto nuovo, che sfrutta tecnologie nuove e che viene a rompere equilibri e schemi consolidati.

Il rischio, per essere ancora più esplicito, è che le regole sul diritto d’autore si oppongano, parafrasando le parole di un recente articolo dell’Economista, allo scopo di “favorire la creatività nell’era digitale” (“fostering the creativity in the digital age”).

Un esempio, in questo senso, è stato recentemente offerto, a livello nazionale, dal d.d.l. Levi (dal nome del suo primo firmatario) che aveva vietato la possibilità di scontare i libri oltre il 15% del loro prezzo di copertina.

La norma – recentemente abrogata dal decreto sulle semplificazioni del Governo Monti – avrebbe dovuto tutelare, stando ai lavori preparatori, le piccole librerie, contro lo strapotere dei grandi gruppi (es. Feltrinelli, Mondadori, Giunti). In realtà, la disposizione in commento tradiva un diverso intento, essendo pensata principalmente per arginare lo sviluppo della vendita di opere letterarie via internet, specialmente ad opera di quegli operatori, come Amazon, in grado di offrire ai consumatori prezzi inferiori rispetto ai tradizionali punti vendita.

Se questa è la preoccupazione del legislatore, però, occorre anche essere onesti intellettualmente ed ammettere che il problema – del quale verosimilmente sarebbe stata investita anche la Corte di Giustizia – non è la diversità culturale e la tutela dei piccoli librai, ma la protezione del mercato nazionale.

Parimenti, se circoscriviamo la discussione nel caso di Google, siamo davvero sicuri che il problema siano i confini del *fair use* e la tutela del diritto d'autore e non, come appare più verosimile, uno scontro tra la *old economy*, personificata dal mondo dell'editoria tradizionale ed la *new economy*, con i suoi operatori, portatori di differenti (ed evidentemente vincenti) modelli di business?

Siamo davvero sicuri, poi, che la tutela del diritto d'autore – legittima, sacrosanta – debba necessariamente tradursi nella mortificazione dei modelli di accesso alla conoscenza ideati dagli operatori della Rete?

E, senza voler sposare posizioni aprioristiche e distinguere semplicisticamente il mondo in buoni e cattivi, siamo davvero certi che il focus delle nostre indagini sta illuminando i reali problemi e non la loro ombra?