

Rosa Maiello¹

Copyright e licenze ai tempi dell'e-lending e della scienza aperta: nuove opportunità o nuovi ostacoli per lo scambio interbibliotecario

ILL e DD: modello di servizio pubblico o fenomeno residuale?

Lo scambio interbibliotecario di opere o parti di opere, o loro riproduzioni, ha permesso finora di supplire all'impossibilità per le singole biblioteche di soddisfare in modo esaustivo i bisogni dei rispettivi utenti. È forse tuttora il principale modello di cooperazione interistituzionale a beneficio del pubblico e Internet e la diffusione dei formati digitali permettono di abbattere tempi e costi delle procedure rendendo più efficiente il servizio.

Tuttavia, la crescita di due fenomeni opposti – da un lato la diffusione di licenze *open content* e, dall'altro, la iperregolazione dei diritti esclusivi spettanti ai titolari e la pervasività dei sistemi di *digital rights management* – sembrerebbe evidenziare una tendenza, seppure con modalità divergenti, a forme di disintermediazione (o meglio, di spostamento in capo ad altri intermediari della funzione di *content delivery*: i gestori delle piattaforme editoriali o di distribuzione *online*) che in prospettiva potrebbero rendere marginali il prestito interbibliotecario (*InterLibrary Loan*, ILL) e l'invio di documenti (*document delivery*, DD) effettuato dalle biblioteche.

¹ Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

Per capire se è davvero questa la prospettiva a medio termine, o se proprio l'antiteticità delle due suddette tendenze lasci supporre che ancora a lungo sarà necessario il lavoro delle biblioteche in questo campo, è opportuno mettere a fuoco il contesto normativo attuale e le sue prospettive evolutive, considerando in particolare tanto il sistema legislativo, quanto le caratteristiche delle licenze d'uso concesse dai titolari.

Punto di partenza: finalità del servizio e fabbisogni da soddisfare

Come sappiamo, ILL e DD sono attività svolte dalle biblioteche generalmente per soddisfare richieste di utenti per finalità di studio personale, ma possono rispondere anche ad altre finalità meritevoli di tutela, come ad esempio: l'integrazione in una raccolta di un fascicolo ordinato, pagato e non pervenuto, o pervenuto mutilo o danneggiato, o la sostituzione di pagine strappate di un libro, o di un intero esemplare di una pubblicazione fuori commercio; rendere disponibile una copia di una pubblicazione al suo autore, affinché possa utilizzarla nella sua attività scientifica o didattica o in un esercizio di valutazione utile alla sua carriera (un concorso), o ai suoi studi (per accedere alle quote premiali dei finanziamenti alla ricerca), o obbligatorio per legge (quando la valutazione della produttività scientifica è presupposto per la destinazione di finanziamenti pubblici ordinari o speciali, secondo principi di trasparenza e buon andamento). ILL e DD sono quindi strumenti per realizzare la missione istituzionale delle biblioteche, volta a rendere effettivi diritti e doveri riconosciuti.

Prerogative delle biblioteche e diritto d'autore

Proprio in considerazione delle loro finalità di servizio pubblico, in molti stati le biblioteche e altri istituti culturali godono di

specifiche prerogative, riconosciute da una legislazione speciale. Diversamente da altre nazioni ove esiste un apposito *Library Act*, in Italia tale legislazione va rintracciata in diverse fonti: il Codice dei beni culturali, la legge sul deposito legale, leggi regionali e altre norme sparse nell'ordinamento.

Il diritto d'autore è anch'esso una legislazione speciale, finalizzata alla tutela morale ed economica dei prodotti della creatività intellettuale, ma include «eccezioni e limitazioni» ai diritti esclusivi dei titolari, volte a tutelare i diritti di altri soggetti e del pubblico generale. Tutte le «eccezioni e limitazioni» corrispondono quindi ad altrettante facoltà di utilizzo attribuite a monte dalla legge ai rispettivi beneficiari indipendentemente dalla volontà dei *copyright holders*. Tali facoltà possono quindi essere direttamente esercitate senza dover chiedere specifici permessi (licenze).

ILL e DD: quali eccezioni e limitazioni ai diritti esclusivi?

Secondo la legge italiana, allo scambio interbibliotecario di riproduzioni sono applicabili anzitutto due fondamentali eccezioni: l'art. 68, secondo comma, L. 633/1941, che recepisce l'eccezione di cui all'art. 5, secondo comma, lett. c) della Direttiva 2001/29/CE, che consente le fotocopie effettuate dalle biblioteche accessibili al pubblico (o da quelle scolastiche, o dai musei pubblici o dagli archivi pubblici), per i loro servizi e senza scopo di lucro, da coordinare con la limitazione di cui al terzo e al quinto comma del citato art. 68, che recepiscono la lettera a) del secondo comma dell'art. 5 della direttiva europea, consentendo all'utente di ottenere, per finalità di studio personale, copia su carta o supporto analogo di parti di opere ad eccezione degli spartiti musicali, a condizione che i titolari dei diritti percepiscano un equo compenso. La legge italiana precisa che il limite quantitativo della riproduzione corrisponde

al 15% del fascicolo o del libro, ma che tale limite non si applica alle opere fuori catalogo editoriale e rare in quanto di difficile reperibilità sul mercato, per le quali non è neppure dovuto l'equo compenso.

Al prestito interbibliotecario si applica invece l'art. 69, primo comma, L. 633/1941, che recepisce la limitazione consentita dalla Direttiva 2006/115/CE, che ha sostituito la Direttiva 92/100/CEE, onde è consentito il prestito effettuato dalle biblioteche e discoteche dello Stato e degli enti pubblici per finalità di promozione culturale e studio personale di opere a stampa, eccettuati gli spartiti e le partiture musicali, e di fonogrammi e videogrammi contenenti opere cinematografiche o audiovisive o sequenze d'immagini in movimento, siano esse sonore o meno (per queste tipologie di opere è previsto un 'embargo' di almeno diciotto mesi dal primo atto di esercizio del diritto di distribuzione, ovvero, non essendo stato esercitato il diritto di distribuzione, decorsi almeno ventiquattro mesi dalla realizzazione delle dette opere e sequenze di immagini).

Posto che i rapporti tra istituti pubblici possono essere considerati alla stregua di servizi interni, finché lo scambio rimane circoscritto entro questi rapporti e non coinvolge il servizio all'utente finale non sembrano sussistere ostacoli insormontabili rispetto al fatto che il mezzo di comunicazione e consegna sia digitale (l'art. 68-bis L. 633/1941, che recepisce l'eccezione di cui al primo comma dell'art. 5 Direttiva 2001/29/CE recita: «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 la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario, o un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali»).

Invece, le sole eccezioni e limitazioni che permettono espressamente la messa a disposizione all'utente di riproduzioni 'in formato digitale' sono attualmente: quella riguardante la

comunicazione al pubblico 'locale', tramite terminali dedicati, di opere presenti nelle raccolte delle biblioteche e non soggette a vincoli di licenza (art. 71-ter L. 633/1941 che recepisce l'art. 5, comma 3, lett. n), Direttiva 2001/29/CE); quella riguardante la riproduzione e comunicazione al pubblico di opere orfane effettuato dalle biblioteche a certe condizioni (artt. 69-bis e seguenti della L. 633/1941 che recepiscono la Direttiva 2012/28/UE); quella riguardante la copia privata su qualsiasi supporto per uso personale di fonogrammi e videogrammi, escluse le opere accessibili *online* e soggette a licenze e misure tecnologiche di protezione dei *file* (art. 71-sexies, primo e terzo comma). Tuttavia, l'eccezione che consente la comunicazione al pubblico locale è applicabile alle sole opere presenti nelle raccolte della stessa biblioteca (non a quelle fornite da altre biblioteche), e l'eccezione riguardante la comunicazione al pubblico delle opere orfane è soggetta a un procedimento talmente complesso e oneroso (ricerca diligente dei titolari, documentazione in appositi registri pubblici delle fonti consultate e dell'eventuale mancato reperimento dei titolari stessi, attesa di almeno sei mesi prima di poter utilizzare l'opera), da non essere di fatto applicabile se non in casi eccezionali.

Riassumendo: nei limiti delle finalità del servizio, lo scambio tra istituti pubblici di opere o loro riproduzioni non sembra essere soggetto a vincoli particolari, ma agli utenti (destinatari finali dello scambio) possono essere consegnate solo opere o riproduzioni su supporto analogico, con determinati limiti qualitativi (esclusione di determinate tipologie) e quantitativi (15% nel caso di riproduzioni di opere in commercio; durata limitata della fruizione nel caso del prestito). L'utente può accedere alla copia digitale di opere solo nel caso in cui si rechi fisicamente nei locali della biblioteca ricevente e la consulti tramite terminali dedicati, purché l'opera non sia stata acquisita dalla biblioteca mediante licenza d'uso per l'accesso *online* alla piattaforma del fornitore.

Interpretazione e applicazione delle eccezioni e limitazioni: ciò che non è espressamente previsto è vietato?

Tutto qui? A dispetto della consolidata tendenza a una interpretazione estremamente restrittiva delle eccezioni e limitazioni, secondo cui tutto ciò che non è espressamente previsto è vietato, in anni recenti la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha aperto la strada a forme di interpretazione sistematica più elastiche e coerenti con le finalità stesse del sistema del diritto d'autore (incentivare la creatività e il progresso della conoscenza).

In particolare, la sentenza dell'11 novembre 2014 sul caso C-117/13 *Technische Universität Darmstadt vs. Eugen Ulmer KG* ha affermato il principio della combinabilità di più eccezioni e limitazioni. Nel caso specifico si trattava di verificare se, qualora recepite in modo pieno nella legislazione nazionale, tre eccezioni tra quelle previste dalla Direttiva 2001/29/CE - l'art. 5(2)c), eccezione al diritto esclusivo di riproduzione per gli atti specifici di riproduzione effettuati dalle biblioteche e altri istituti pubblici per finalità non di lucro, l'art. 5(3)n), eccezione al diritto esclusivo di comunicazione al pubblico e l'art. 5(2)b) sulla copia privata in qualsiasi supporto - permettono alle biblioteche di digitalizzare opere presenti nelle loro collezioni e di metterle a disposizione del pubblico tramite terminali dedicati nei locali dell'istituto, anche qualora ne esista una versione digitale in commercio, mentre l'utente potrebbe trarne la copia per uso privato su qualsiasi supporto e in qualsiasi formato, effettuandone il *download* su un proprio dispositivo.

Non è questa la sede in cui analizzare le conseguenze della sentenza per le biblioteche italiane, poiché esse non riguardano la questione delle utilizzazioni possibili nell'ambito dello scambio interbibliotecario, ma qui ci interessa sottolineare che, dall'affermazione del principio della combinabilità tra più eccezioni e limitazioni (principio che fino allora era stato negato dai più), deriva, ad esempio, la possibilità di combinare

l'eccezione che consente le riproduzioni effettuate dalle biblioteche per i loro servizi (art. 68 secondo comma L. 633/1941) con l'eccezione che autorizza l'utilizzo di riproduzioni di opere protette (senza limiti di formato e quantità) nell'ambito di procedure amministrative (art. 67 L. 633/1941): è quindi da considerare consentita la consegna all'utente di una riproduzione digitale ottenuta in *document delivery* di un'opera della quale egli sia autore o coautore, se lo scopo dell'utilizzazione è la sottomissione dell'opera in un esercizio di valutazione.

Analogamente, sarà da considerare consentita la fornitura da parte della biblioteca di formati accessibili ai portatori di handicap, nei limiti previsti dall'art. 71-bis L. 633/1941, di opere ottenute tramite ILL o DD.

Gli esempi potrebbero continuare².

Dalle leggi alle licenze: da prerogative delle biblioteche a concessione dei titolari

A parte le limitate aperture interpretative della Corte di Giustizia europea, resta il fatto che, in ambiente digitale, i diritti esclusivi dei titolari generalmente prevalgono, di fatto e di diritto, su quelli del pubblico: l'oggetto digitale residente sul *server* del titolare dei diritti è considerato un 'servizio', regolato da una licenza d'uso (i.e., autorizzazione, permesso di utilizzazione) che dispone come, quanto e se l'oggetto possa essere utilizzato (l'art. 3, terzo comma, Direttiva 2001/29/CE afferma il principio di inesauribilità dei diritti esclusivi anche dopo il primo

² Pochi mesi dopo il Convegno NILDE 2016, un'altra importante sentenza della Corte di Giustizia Europea ha affermato che, se effettuato con modalità comparabili al prestito librario tradizionale (messa a disposizione a un utente per volta e per una durata temporanea), il prestito digitale di un *e-book* effettuato da una biblioteca può rientrare nell'eccezione al diritto esclusivo di prestito: Cfr. la sentenza del 10 novembre 2016 sul caso *Vereniging Openbare Bibliotheken v Stichting Leenrecht*, C-174/15, <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-174/15>> (ultimo accesso: 19/06/2017).

atto di vendita); ulteriore, autonoma protezione è accordata alle misure tecnologiche di protezione sull'oggetto, che possono sì essere rimosse senza il consenso dei titolari per consentire utilizzazioni previste da alcune eccezioni e limitazioni, ma solo quando l'opera è fissata su supporto, mentre per quelle *online* accessibili in base a licenza è necessario un accordo coi titolari.

Quando la Direttiva 2001/29/CE fu emanata, i decisori dell'epoca ritennero che affidare al mercato delle licenze la regolazione di tutte le utilizzazioni consentite avrebbe stimolato il miglioramento continuo delle offerte e la più ampia diffusione e circolazione delle opere. L'esperienza diretta di utenti e biblioteche, suffragata da molteplici studi commissionati dalla Commissione europea a partire dal decennio scorso hanno mostrato che, invece, questo sistema ha favorito la crescita di oligopoli e squilibri tra le parti contrattuali, ponendo gli utenti e le biblioteche in condizione di contraenti sempre più deboli ed esposti e ostacolando l'accesso al mercato di nuovi operatori.

Se si procede all'esame delle caratteristiche delle licenze adottate dagli editori commerciali, si può osservare che quelle più 'liberali' sono generalmente quelle relative ai periodici scientifici, che spesso consentono lo scambio di riproduzioni digitali tramite posta elettronica o almeno tramite *secure networks* come NILDE, a condizione che all'utente finale sia consegnata la versione a stampa o comunque fotografica. Sui costi della letteratura scientifica e sul fatto che gli Atenei e gli istituti di ricerca finiscono per pagare due volte, prima finanziando la ricerca scientifica, poi pagando prezzi elevatissimi per le pubblicazioni che ne documentano i risultati, e talvolta tre volte (quando si fanno carico della pubblicazione *open access* di articoli dei loro ricercatori su riviste che contemporaneamente le loro biblioteche acquistano in abbonamento) esiste un'ampia letteratura.

Nei settori dell'editoria professionale, della manualistica e dell'editoria varia, e in particolare per gli *e-book*, regna invece assoluta eterogeneità: dalla assenza di licenze, ovvero indisponibilità

dell'editore a concedere l'utilizzazione dell'opera alle biblioteche, a licenze che consentono la sola lettura anche agli stessi utenti istituzionali e interdicono qualunque riproduzione o *download* anche parziale, a licenze che consentono numeri limitati di ILL a pagamento, ecc. Si tratta di una giungla, orientarsi nella quale è sempre più arduo. La situazione si complica poi ulteriormente nel caso di scambi transfrontalieri, a causa della eterogeneità delle legislazioni nazionali, tanto che uno *statement* di IFLA, EBLIDA, LIBER, EIFL e altre associazioni bibliotecarie denuncia una vera e propria 'paralisi delle licenze' ed esordisce affermando: «Imagine a world where every book on every shelf across the world had different usage terms and conditions - this is the reality of the digital world we now live in»³.

La lenta avanzata delle licenze Open Content

A fronte del materiale accessibile solo a pagamento sui siti dei fornitori, crescono le licenze unilaterali (esplicite o implicite) che esprimono la volontà del fornitore (l'autore o un organismo pubblico o appartenente al settore *non profit*) di mettere a disposizione del pubblico almeno la copia e il *download* per uso personale (fino a licenze che permettono il più ampio riutilizzo, dalla ripubblicazione alla rielaborazione) di pubblicazioni di cui può disporre (essendone titolare in quanto autore, editore o – nel caso di opere di pubblico dominio – detentore di un esemplare).

Internet Archive, la biblioteca digitale internazionale ad accesso libero più estesa a livello mondiale, offre 11 milioni di libri e altri testi digitali o digitalizzati, 4 milioni di registrazioni audio, 3 milioni di video, 1 milione d'immagini. Di questi, una parte sono accessibili solo in alcuni paesi, secondo la legislazione vigente in materia di durata dei diritti d'autore, che può

³ <https://www.ifla.org/files/assets/clm/position_papers/sccr-licence_paralysis.pdf> (ultimo accesso: 19/06/2017).

essere diversa secondo gli stati. Internet Archive è tra i partner della Digital Public Library of America, un progetto che unisce numerose tra le più importanti biblioteche degli Stati Uniti. Europeana, la biblioteca digitale europea, esporrebbe circa 54 milioni di opere varie di pubblico dominio, circa 3 milioni delle quali a carattere testuale, ma in realtà molte di esse sono accessibili solo presso gli istituti che le posseggono, a causa delle *policy* applicate dagli stessi istituti. Ulteriori collezioni digitali ad accesso libero sono disseminate nel web e tra queste collezioni vi sono quelle presenti nei *repository* – a carattere disciplinare o multidisciplinare – di letteratura scientifica. Tra queste, il portale OpenAIRE aggrega circa 19 milioni di articoli da circa 3.000 tra *repository* e riviste *open access*.

In ambito europeo, da molto tempo la Commissione europea raccomanda la più ampia diffusione in rete del patrimonio culturale e scientifico e ha adottato varie misure volte a incentivare l'adozione di soluzioni adeguate in tal senso. Tra queste misure, possiamo ricordare: la Raccomandazione del 7 ottobre 2011 sulla digitalizzazione e l'accessibilità in rete dei materiali culturali e sulla conservazione digitale⁴; le molteplici forme di finanziamento allo sviluppo di biblioteche digitali; la Direttiva 2013/37/UE del 26 giugno 2013, che modifica la Direttiva 2003/98/CE relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico⁵ (recepita in Italia con il D.lgs. 102/2015⁶), rafforzando gli obblighi di rendere disponibile il materiale in formati interoperabili ed estendendo il suo ambito applicativo alle collezioni presenti nelle raccolte di musei, biblioteche e archivi pubblici purché non gravate da vincoli di esclusiva o di riservatezza

⁴ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2011.283.01.0039.01.ITA&toc=OJ:L:2011:283:TOC> (ultimo accesso 19/06/2017).

⁵ <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32013L0037>> (ultimo accesso 19/06/2017).

⁶ Il D.lgs. in questione ha modificato il D.lgs. 36/2006. Il testo consolidato con le modifiche è reperibile su Normattiva: <<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2015-07-10&atto.codiceRedazionale=15G00116¤tPage=1>> (ultimo accesso 19/06/2017).

derivanti da diritti di terze parti; la Raccomandazione 2012/417/UE del 17 luglio 2012 sull'accesso all'informazione scientifica e sulla sua conservazione⁷, parzialmente recepita in Italia con l'art. 4 secondo comma D.l. 91/2013 convertito con modificazioni nella L. 112/2013⁸, i bandi di finanziamento nell'ambito del programma quadro Horizon 2020, che prevedono l'impegno ad assicurare l'accesso aperto agli articoli pubblicati ad esito delle ricerche finanziate quale condizione necessaria per l'accesso ai finanziamenti.

La crescita di documentazione rilasciata con licenze *open content* è tuttavia lenta e in ogni caso potrà arrivare a coprire solo quella parte della documentazione che viene prodotta in ambito pubblico o grazie a finanziamenti pubblici. Persino le opere di pubblico dominio (tali dall'origine o perché è trascorso il tempo di durata del *copyright*) spesso non sono liberamente accessibili *online* (perché non sono state digitalizzate, perché non sono state messe *online*, o infine perché sono *online* ma accessibili a pagamento).

Lunga vita all'ILL e al DD tra riforme attese e mercato

Per concludere, nulla attualmente autorizza a supporre che i fabbisogni a cui rispondono ILL e DD diminuiranno nel medio termine: al contrario, è probabile che essi crescano al pari del bisogno di documenti e informazione. Non sarà un mercato non regolato (o iperregolato a favore di una parte sola) a soddisfarli, né la diffusione delle licenze *open content* sarà tale da risolvere il problema dei costi per l'accesso a documenti e informazioni.

⁷ <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:194:0039:0043:IT:PDF>> (ultimo accesso 19/06/2017).

⁸ <<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2013-10-08&atto.codiceRedazionale=13G00158¤tPage=1>> (ultimo accesso 19/06/2017).

Riusciranno le biblioteche a difendere autonomia e indipendenza di gestione, o le politiche dell'accesso saranno sempre più demandate alle piattaforme commerciali e alle scelte di editori e aggregatori? Molto dipenderà dall'evoluzione del quadro legislativo.

Dal punto di vista delle associazioni bibliotecarie, servono riforme che amplino e rafforzino le eccezioni e limitazioni vigenti, in modo da stabilire condizioni minime di utilizzazione non aggirabili dai contratti di licenza e dalle misure tecnologiche di protezione, e norme più omogenee da Stato a Stato e più flessibili, orientate alle finalità dell'uso piuttosto che ai formati di utilizzazione. Ciò è indispensabile per ripristinare posizioni contrattuali almeno paritetiche e non squilibrate nei confronti degli editori e degli aggregatori. Tra le richieste, vi è quella di introdurre eccezioni e limitazioni specifiche a favore dell'*e-lending* e dell'ILL e del DD in ambiente digitale.

La risposta della Commissione europea e del Parlamento EU si attende da anni, anni durante cui sono stati prodotti sempre nuovi studi, consultazioni, tavoli di confronto, le raccomandazioni sopra citate e qualche parzialissima riforma come quella sulle opere orfane e quella sull'informazione del settore pubblico⁹. La risposta del Consiglio EU, quindi dei Governi nazionali, è ancora più prudente e mentre i paesi del Nord Europa sembrano orientati a favore dell'ampliamento delle eccezioni e limitazioni, il Governo italiano è tradizionalmente refrattario a qualsiasi innovazione.

⁹ Nel settembre 2016, pochi mesi dopo la conclusione del Convegno Nilde, è stato pubblicato un pacchetto di proposte di nuove direttive e regolamenti, già attese a fine 2015, che tuttavia non comprendono previsioni a favore del DD e del prestito digitale. Si veda in proposito lo statement AIB, <<http://www.aib.it/attivita/2017/60533-statement-riforme-copyright-proposte-commissione-europea/>> (ultimo accesso: 19/06/2017) e l'analisi ad esso allegata della proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, <http://www.aib.it/wp-content/uploads/2017/01/2017_14_all_Statement-su-riforma-UE-copyright.pdf> (ultimo accesso: 19/06/2017).