
ИНТЕЛЕКТУАЛНА ПРАВА

др Слободан МАРКОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ЈАВНИ ДОМЕН И ПРАВО ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ*

Резиме

У чланку се указује на тешкоће формулисања прецизне позитивне дефиниције јавног домена, и даје прећед елемената од којих би се та дефиниција могла састојати. Такође, указује се на начине на које право интелектуалне својине индиректно обликује јавни домен, утврђујући у њега многа своја комплексна својства, посебно принцип територијалности. Аутор заузима критички став према приређивању јавног домена као периферије права интелектуалне својине, сматрајући да је оправданије да се јавни домен схвати као циљ социјалне, културне и правне политике, а право интелектуалне својине само као један од инструмената за његово остварење.

Кључне речи: ауторско право, ауторско дело, рок заштите, искључива права, оригиналност, јавно добро.

I Увод

Термин „јавни домен“ има више значења. Једно од њих односи се на збир оних интелектуалних (нематеријалних, неопипљивих) до-

* Овај чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“.

бра која нису предмет ауторског права, патента или било којег другог субјективног права интелектуалне својине. Другим речима, сва интелектуална добра за чије слободно коришћење нема препрека у виду права интелектуалне својине, налазе се у јавном домену.

Употребљен у описаном значењу, термин „јавни домен“ (енгл. *public domain*; фр. *domain public*) датира из 19. века.¹ У новије време он има конкуренцију у енглеским изразима као што су „*commons*“, „*intellectual commons*“, „*creative commons*“, „*open content*“ и сл. Реч је о изразима чије значење обухвата јавни домен, али се протеже и на интелектуална добра за која није истекао рок важења субјективног права интелектуалне својине, а која су, вољом титулара права, стављена на режим условног слободног коришћења. Дакле, избор теми на тему о којој говоримо није само техничко питање, већ повлачи и питање дефиниције појмова. Ми ћемо се држати термина „јавни домен“, с тим да ћемо се позабавити и различитим могућностима дефинисања његовог значења.

Сама чињеница да се у стручној литератури јавни домен дефинише на негативан начин, импликује два могућа закључка. Први је да постоје одређени проблеми његове позитивне дефиниције, а други је да се објект дефинисања посматра са тачке која је у средишту концепта интелектуалне својине. Тако, јавни домен постаје периферија интелектуалне својине, оно што преостане од интелектуалне својине, гробље ауторских дела и проналазака за које је истекао законски период заштите.

Колоквијалне фразе уз које се помиње јавни домен такође иду на руку овој представи. Тако, кад престане заштита за ауторско дело или проналазак, по правилу се каже да они „падају у јавни домен“, као да је реч о неком симболичном амбису или ништавилу.²

Намера нам је да отворимо ову тему, стављајући на пробу разлоге за пословично неинтересовање правника у области интелектуалне својине за тај феномен, са циљем да бар наговестимо аргументе у прилог тези да јавни домен није само један од узгредних производа деловања права интелектуалне својине, већ, напротив, да је он дубоко усађен у смисао и друштвену сврху овог права.³

Оно што данас подстиче интересовање за изучавање јавног домена јесте извесна криза кредибилитета права интелектуалне својине.

1 Први међународни документ из области права интелектуалне својине, у којем се појављује термин „јавни домен“ била је Бернска конвенција за заштиту књижевних и уметничких дела из 1886. године (чл. 14, који је приликом берлинске ревизије 1908. био преформулисан и пренумерисан у чл. 18).

2 Tyler T. Ochoa, „Origins and Meaning of the Public Domain“, *University Of Dayton Law Review*, Vol. 28, No. 2, 2003, стр. 256.

3 Michael Birnhack, „More or Better? Shaping the Public Domain“, у: Guibault, L. & Hugenholtz (уредник), *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law*, Kluwer Law International, 2006, стр. 60. Говорећи о ауторским делима, аутор, штавише, сматра да је јавни домен директан циљ ауторског права.

Успостављање високих стандарда заштите интелектуалне својине на глобалном нивоу уз помоћ Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине (TRIPS) и механизма Светске трговинске организације довело је до тога да већина света (државе у развоју, државе у транзицији и неразвијене државе) легитимно поставља питање смисла и сврхе овог права у контексту својих развојних потреба. То је довело до доношења тзв. Агенде за развој у оквиру Светске организације за интелектуалну својину (WIPO) 2007. године, у којој се, поред осталог, признаје значај јавног домена и подржава активност на његовом јачању.⁴ Такође, у свету је све већи број иницијатива из владиног и невладиног сектора да се поједини сегменти јавног домена идентификују, кодификују, систематизују и учине доступним јавности на лак и јевтин начин.⁵

II Од чега се јавни домен састоји?

Питање прецизног утврђења састава јавног домена на категоријалном нивоу је, заправо, питање његове дефиниције. Како та дефиниција не може избећи позивање на право интелектуалне својине, то се сва хетерогеност права интелектуалне својине прелива у њу. Примера ради, подела субјективних права интелектуалне својине на лична и имовинска, искључива и релативна, она која штите интелектуалну творевину (ауторско дело, проналазак дизајн, топографију интегрисаног кола и биљну сорту), ознаку (робну марку и географску ознаку порекла) и инвестицију (базу података, фонограм, видеограм и емисију), не може бити игнорисана приликом дефинисања јавног домена. За ову прилику ми ћемо покушати само да пружимо елементе за једну поједностављену дефиницију, указујући на одговарајућим местима на могуће компликације њеног даљег прецизирања. То поједностављење тиче се, пре свега, стављања у центар пажње *интелектуалних творевина*.

4 WIPO Development Agenda, препорука бр. 20: Унапредити нормирање права интелектуалне својине на начин који ће обезбедити постојан јавни домен у државама чланицама WIPO-а, укључујући и могућност припреме смерница које би могле помоћи заинтересованим државама да идентификују јавни домен на територији њихове јурисдикције. (За више детаља посетити сајт: <http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/recommendations.html>, приступ марта 2011. године).

5 Види нпр. пројекат дигиталне библиотеке EUROPEANA, који финансира Европска унија и који садржи преко 5 милиона књига (www.europeana.eu), те пројекат Светске дигиталне библиотеке UNESCO-а, која садржи 1250 најбитнијих дела светске културне баштине (www.wdl.org). Затим су ту приватни пројекти Гутенберг (www.gutenberg.org), база дела из јавног домена, коју одржава Open Knowledge Foundation (www.publicdomainworks.net), и база филмова из јавног домена (www.pdmdb.org).

Сумарно говорећи, јавни домен се састоји од интелектуалних добара која:

- не могу бити предмет заштите правом интелектуалне својине, јер је њихова заштита инкомпатибилна са циљевима који се желе постићи тим правом;
- не могу бити предмет заштите јер не испуњавају законом прописане услове за то;
- не могу бити предмет заштите из одређених правнополитичких разлога, макар и испуњавали законом прописане услове заштите;
- су била заштићена али је трајање заштите престало.

Погледајмо мало ближе набројане групе интелектуалних добара, према разлогу због којих су оне изван заштите:

Инкомпатибилност са циљевима који се желе постићи правом интелектуалне својине. Ова група добара представља тзв. онтолошки јавни домен,⁶ тј. по свом бићу не припада свету интелектуалне својине већ припада свету слободног и неограниченог коришћења. То су идеје, принципи, природни закони, чињенице и подаци као такви, општа правила, стил и метод стварања. Иако је то данас експлицитно потврђено прописима који регулишу интелектуалну својину, овај сегмент јавног домена је препознатан постепено, кроз судску праксу, посебно у области ауторског права. Он дугује своје постојање разумевању да интелектуално стваралаштво није *creatio ex nihilo*, већ је плод индивидуалне обраде постојећег фонда информација. Та обрада има карактер филтрирања, повезивања и комбиновања свега што нам је познато, на основу чега долази да сублимације нашег личног искуства и наше индивидуалне духовне особености у одређени креативни израз.

Дакле, овде је реч о ономе што верујемо да представља универзалну грађу за интелектуално стваралаштво. Ако је један од циљева права интелектуалне својине да подстиче стваралаштво, онда је јасно да оно не сме приватизовати ту грађу, јер би у том случају била ослабљена основа стваралаштва.

Овај сегмент јавног домена има огроман значај не само за стваралаштво, већ и за функционисање самог права интелектуалне својине, посебно у области ауторског права. Реч је о томе да субјективно ауторско право настаје без претходне провере испуњености законског услова оригиналности дела, што је последица претпоставке да два независна лица не могу начинити исто дело. Речју, ауторско право нема инстру-

6 Severine Dusollier, „Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain“, *WIPO Publication*, 2010, стр. 21.

мент за дефинисање предмета заштите, као што је то случај нпр. у патентном праву (патентни захтев). У пракси се, међутим, јавља проблем настанка сличних дела, што може, а не мора, представљати повреду ауторског права на старијем делу. Да ли је реч о повреди зависи од тога да ли је аутор новијег дела знао за старије дело и (свесно или несвесно) преузео његове оригиналне елементе, затим који су оригинални елементи старијег дела, као и колико је сопствених оригиналних елемената он уградио у своје дело. Утврђивање и доказивање ових околности је не само тешко, већ и немогуће, јер почива на доминантно субјективним судовима. Судска пракса је сасвим спонтано и постепено нашла излаз из ове замршене ситуације тако што је утврдила неколико комплементарних постулата око којих се плете фино ткање ауторског права: а) услов оригиналности је задовољен чињеницом да је аутор сам створио дело, б) све што није у јавном домену може бити оригинално, те може бити обухваћено ауторскоправном заштитом, и в) оно што је у јавном домену свакако не може бити предмет заштите. На тај начин је јавни домен стекао улогу инструмента за дефинисање обима заштите за старије ауторско дело, чиме је обликован какав-такав принцип за уређивање односа између носилаца ауторског права за изворно и деривативно дело.⁷ Захваљујући том принципу, највећи део ауторског стваралаштва функционише релативно слободно од ограничења која произлазе као последица ауторскоправне заштите за старија дела, иако је евидентно да свако дело обухвата значајне количине интелектуалне грађе која је већ садржана у раније насталим делима.

Неиспуњавање законом прописаних услова за заштитиу. Да би интелектуална добра која нису обухваћена онтолошким јавним доменом била предмет заштите одређеним правом интелектуалне својине, она морају испуњавати законом прописане услове за то. Ти услови су материјални и формални. Разлози за постојање појединих услова заштите су бројни и комплексни, али им је заједничко то што законодавац њима жели да промовише слободу коришћења интелектуалних добара (дакле, јавни домен) као принцип, а заштиту интелектуалних добара правом интелектуалне својине као изузетак, који у свакој врсти права

7 „Непрекинути респект за концепт оригиналности као правила за заснивање ауторског права не може бити последица његових прагматичних предности у дефинисању граница заштите, већ се мора приписати неком другом његовом својству. Два таква својства нам долазе на ум. Прво је да концепт оригиналности има довољне симболичне снаге да надомести његову магловиту реалност. Ова симболичка снага је укорееена у нашој представи о ауторима и ауторском процесу, у коју волимо да верујемо. Друго својство је да он мора имати некаквог пратиоца, неку другу силу у његовом универзуму, која преузима притисак да се одреде поуздане границе заштите. Тај пратилац је, наравно, јавни домен.“ Jessica Litman, „The Public Domain“, *Emory Law Journal*, Vol. 39, No. 4., 1990, стр. 1007.

интелектуалне својине мора имати свој специјалан и друштвено оправдан разлог. У праву индустријске својине, поред материјалних услова заштите, постоје и формални услови који се тичу вођења управног поступка пред надлежним државним органом.

Имајући све то у виду, можемо рећи да је овај сегмент јавног домена сачињен од интелектуалних добра: а) за која никад није затражена заштита на основу права индустријске својине, б) за која је затражена заштита на основу права индустријске својине али је управни поступак окончан непризнавањем заштите, и в) која не испуњавају материјалне услове за заштиту ауторским или сродним правом.

Правнополиитички разлози за искључење из заштите. Без обзира да ли испуњавају материјалне услове за заштиту или не, одређена, законом прописана интелектуална добра не могу бити заштићена правом интелектуалне својине, јер је законодавац проценио да постоје специјални социјално-политички разлози за то. Понекад законодавац жели да обезбеди слободу коришћења, као што је случај код нпр. закона, подзаконских прописа и аката државних органа (који не могу бити предмет заштите ауторским правом) или нпр. поступака лечења, дијагностичких и хируршких поступака (који не могу бити предмет патентне заштите). Понекад, пак, законодавац жели да ускрати подстицај за стварање одређених врста интелектуалних добара, као што је случај код нпр. проналазака чије је објављивање или коришћење супротно јавном поретку (укључујући одређене категорије биотехнолошких проналазака који се односе на коришћење људског ембриона, клонирање и експерименте на живим животињама). Без обзира на то који мотив законодавца стоји иза искључења поједине врсте интелектуалних добара из заштите, ефекат је исти: та добра су у јавном домену.

Престанак трајања заштите. Велики број интелектуалних добара улази у јавни домен после престанка њихове заштите одређеним правом интелектуалне својине. Начини престанка могу бити разни, почев од истека законског рока заштите, преко превременог престанка заштите због неплаћања такси за одржавање у важности права индустријске својине или укидања права, до добровољног одрицања од права. Не улазећи сад у појединости овог питања, можемо констатовати да већ сама чињеница временског ограничења права интелектуалне својине (осим жига и права заштите географске ознаке порекла) говори у прилог томе да је оно конципирано као изузетно и привремено ограничење слободе коришћења интелектуалних добара (којима је, иначе, место у јавном домену).

Пре него окончамо излагање о саставу јавног домена, дужни смо да изнесемо још једну напомену. У литератури има схватања по којима

јавном домену припадају и интелектуална добра која се могу слободно користити на основу тзв. ограничења субјективних права интелектуалне својине.⁸ Реч је о свим оним бројним изузецима од искључивог дејства права интелектуалне својине према трећим лицима, за одређене облике коришћења предмета заштите. Са становишта слободе коришћења одређеног интелектуалног добра, доиста је свеједно да ли га неко користи зато што на њему нема заштите или зато што је постојећа заштита ограничена (суспендована) законском одредбом. На пример, свако сме слободно умножавати ауторско дело за личне некомерцијалне потребе, без обзира да ли на том делу постоји или не постоји субјективно ауторско право. Уз то, поменута ограничења заштите су увек мотивисана одређеним правно-политичким разлогом, као што је случај и код једног од напред већ описаних сегмената јавног домена.

Урачунавање у јавни домен и интелектуалних добара чије коришћење је слободно на основу ограничења права интелектуалне својине значи заправо поделу јавног домена на његов структурални и функционални део.⁹ Наиме, структурални домен обухвата интелектуална добра чије коришћење је апсолутно слободно јер нема заштите, док се функционални домен односи на интелектуална добра чије коришћење је слободно само под одређеним условима (нпр. корисник припада одређеној категорији лица или се коришћење односи само на одређене радње или се коришћење предузима у одређене сврхе). Идући том линијом размишљања, функционални јавни домен обухвата и она заштићена интелектуална добра која су вољом титулара права интелектуалне својине уступљена на коришћење јавности на основу генералне лиценце (*open access* и *creative commons* лиценце). И у том случају је слобода коришћења односних интелектуалних добара условна.¹⁰ Без обзира што има одређеног теоријског утемељења, функционални јавни домен наилази у литератури на разумљиву уздржаност која се може објаснити опрезом од даљег компликовања ионако сложене дефиниције јавног домена.¹¹

8 Julie Cohen, „Copyright, Commodification and Culture – Locating the Public Domain“, у: Guibault, L. & Hugenholtz (уредници), *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law*, В., Kluwer Law International, 2006, стр. 121.

9 Severine Dusollier, „Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain“, *WIPO Publication*, 2010, стр. 9.

10 На овом месту можемо само да упутимо читаоца на обимну литературу о овом питању, с тим да као почетни материјал препоручујемо S. Dusollier, „Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain“, стр. 46–56.

11 Ипак, концепт функционалног јавног домена је прихваћен у европском пројекту *Commonia*, у оквиру којег је израђен Манифест јавног домена (види www.publicdomainmanifesto). То није необично, будући да Манифест има пре свега политичко-пропагандни, а не научни значај.

III Иманентна релативизација дефиниције јавног домена

Напред смо већ поменули да право интелектуалне својине, као незаобилазни фактор дефиниције јавног домена, овој нужно испоручује добар део својих комплексних особености. Без намере да се упуштамо у исцрпну анализу овог питања, можемо почети од једноставне констатације да ако за право интелектуалне својине важи принцип територијалности, онда он мора важити и за јавни домен. Другим речима, као што нема светског права интелектуалне својине, нема ни светског јавног домена.

У праву индустријске својине можемо за сваку државу установити која су интелектуална добра под заштитом, а која нису, увидом у службене регистре које воде надлежни управни органи. У ауторском праву и сродним правима је ситуација комплекснија не само зато што нема регистара, већ и зато што не постоје јединствена правила о предмету заштите и роковима заштите. Како се заштита увек равна према закону државе тражења заштите (*lex loci protectionis*), да би се знало да ли је једно ауторско дело заштићено или је у јавном домену, потребно је познавати закон те државе и утврдити: колики је рок трајања заштите,¹² како се рачуна почетак рока,¹³ да ли се примењује правило о реципроцитету у односу на трајање рока заштите у земљи порекла дела,¹⁴ да ли дело уопште ужива заштиту уколико земља његовог порекла није чланица Бернске конвенције.¹⁵

Такође, постоје (додуше, ретке) ситуације кад долази до рестаурације ауторскоправне заштите за дела која су, због истека рока заштите, већ ушла у јавни домен. По правилу, до тога долази због промене (продужења) законског рока трајања заштите, у садејству са одређеном

12 Општи рок заштите данас се креће од 50 година *post mortem auctoris* (TRIPS и WIPO Уговор о ауторском праву), преко 70 година *p.m.a.* (државе чланице ЕУ и државе у процесу европске интеграције) до 80 година *p.m.a.* у појединим државама Латинске Америке. При том, постоје бројни и различито уређени посебни рокови за дела настала у радном односу или по уговору, филмска дела, фотографска дела, коауторска дела и др.

13 Рачунање почетка рока заштите на основу датума смрти аутора је најједноставније. Међутим, код анонимних и псеудонимних дела, филмских дела, дела насталих по уговору и др. постоје у различитим државама различита правила (настанак дела, објављивање дела, издавање дела).

14 Реч је о одредби чл. 7, ст. 8 Бернске конвенције која допушта изузетак од примене начела националног третмана странаца у случају да је рок трајања ауторскоправне заштите за дело краћи у земљи његовог порекла него у земљи тражења заштите.

15 Уколико земља порекла ауторског дела ни по једном од основа предвиђених у чл. 5, ст. 4 Бернске конвенције није чланица Бернске уније, заштита ће се пружити само под условом реципроцитета.

нормом међународног права. Једном је то био случај у САД после приступања Берској конвенцији 1989. године, кад су, силом одредбе чл. 18 Берске конвенције, САД морале да обнове ауторскоправну заштиту за инострана дела за која није истекао рок заштите у земљи порекла, а која су већ „пала“ у јавни домен у САД.¹⁶ Други случај се односи на Европску унију која је Директивом о хармонизацији рока заштите ауторског права и одређених сродних права из 1993. године прописала да минимални општи рок ауторскоправне заштите износи 70 година *p.m.a.* Тад је у појединим земљама, применом чл. 18 Берске конвенције, дошло до обнове заштите за дела која су већ у јавном домену, уколико у некој другој држави ЕУ, која је земља порекла тог дела, заштита још није истекла.¹⁷

Посебан проблем представља то што у многим земљама, укључујући Србију, личноправна овлашћења из субјективног ауторског права трају неограничено. Не улазећи овом приликом у генералну нелогичност овог правила, можемо само констатовати да оно релативизује слободу коришћења дела у јавном домену, јер истек рока трајања имовинскоправних овлашћења не значи да је дело апсолутно слободно за коришћење. Конкретно, прерада дела које је у јавном домену може бити условљена сагласношћу наследника аутора тог дела, којима је закон дао право да се супротстављају изменама дела уколико те измене угрожавају част и углед преминулог аутора.

Рекли смо већ да заштићено интелектуално добро може ући у јавни домен и превременим престанком трајања заштите, као што је нпр. одрицање титулара права. Опет, у праву индустријске својине је то релативно лако (мада ретко), јер је довољно да се пуноважна изјава о одрицању достави надлежном управном органу који ће спровести одговарајућу промену у регистру права индустријске својине. У ауторском праву, рекли смо, нема регистара и управног органа, па се поставља питање начина на који се ово одрицање може пуноважно учинити и обзнанити. Уз то, поставља се и питање да ли је, у контексту монистич-

16 Куриозитета ради, вреди поменути да САД нису ово учиниле одмах, поштујући Берску конвенцију, већ тек пет година касније кад су се морале повиновати WTO правилима садржаним у TRIPS-у, који је дао реално обавезујућу снагу Берској конвенцији. Види Т. Т. Ochoa, „Origins and Meaning of the Public Domain“, стр. 230, 321.

17 Занимљиву анализу комбинованог деловања различитих рокова заштите, принципа недискриминације држављана ЕУ и чл. 18 Берске конвенције види у Paul Geller, „Zombie and Once Dead Works – Copyright Retroactivity After the EC Term Directive“, *Entertainment And Sports Lawyer*, Vol. 18, No. 2, 2000, стр. 7. За анализу су, као пример, узети опера Тоска, Ђ. Пучинија, ликовно дело Бродвеј буги-вуги, Мондријана и музичка композиција My Way, Ф. Синатре. Занимљиво је да и овај аутор метафорички означава рестаурацију ауторскоправне заштите за дела која су већ у јавном домену као „устајање дела из гроба“.

ке теорије о правној природи субјективног ауторског права (јединство личноправних и имовинскоправних овлашћења), уопште могуће одрећи се ауторског права.

Коначно, скренимо пажњу и на то да јавни домен обезбеђује слободу *коришћења* интелектуалних добара, што није исто што и *пристиуи* интелектуалним добрима. У условима аналогне информационо-комуникационе технологије, приступ појединца ауторском делу које је у јавном домену је лакши, јер је јевтинији у односу на дело које је под ауторскоправном заштитом. У том смислу, природна функција јавног домена је да олакша приступ интелектуалним добрима, јер обара трошак комуникације¹⁸. Комуницирање интелектуалних добара у дигиталном информационо-комуникационом технолошком окружењу, међутим, доноси нову ситуацију. Понуђачи информационог садржаја на Интернету користе разне техничке могућности да *фактички* заштите своју „робу“, тако што контролишу, онемогућавају или отежавају приступ садржају, условљавајући га плаћањем одређене цене, односно накнаде. При том, сасвим је ирелевантно да ли је реч о садржају који је под правном заштитом или је у јавном домену. Полазећи од тога да Интернет постаје доминантни облик комуницирања, може се оправдано поставити питање шта је сврха јавног домена уколико приступ њему није слободан. То нас води закључку да у дигиталној информационој ери дефинисање јавног домена није само питање разграничења са правом интелектуалне својине, већ и питање односа према тзв. техничким мерама заштите информационог садржаја.

Из горњих разматрања моземо видети да је прецизна дефиниција јавног домена уз помоћ инструмената права интелектуалне својине скоро немогућа, као и да утврђивање да ли је конкретно интелектуално добро у јавном домену или није, зависи од права државе у којој се то добро жели користити. То је велики практични хендикеп, посебно у данашњим условима, кад се прекогранична, односно глобална комуникација подразумева.

IV У чему је вредност јавног домена?

У литератури се могу наћи разни конкретни искази о великом значају јавног домена. На пример, јавни домен:

18 Реч је о томе да нпр. за књигу „Аутобиографија“ Бранислава Нушића и данас морамо платити куповну цену у књижари, без обзира то што је за то ауторско дело истекао рок заштите. Истек рока заштите значи да сваки издавач може да изда то дело без тражења дозволе од Нушићевих наследника и без плаћања ауторског хонорара. За публику, међутим, то евентуално значи да ће куповна цена бити нешто нижа него што би била да је издавач морао да плати ауторски хонорар. Онај ко нема новац за куповину нове књиге може је позајмити у библиотеци или од другог.

- служи као грађа за стварање нових интелектуалних творевина и новог знања,
- омогућује секвенцијалне техничке иновације,
- смањује трошак приступа информацијама,
- обезбеђује приступ културном наслеђу,
- унапређује образовање, јавно здравље и сигурност,
- унапређује демократски процес и демократске вредности.¹⁹

Никако не оспоравајући исправност наведеног, сматрамо да се и овде може запазити имплицитно прихватање слике по којој је свет интелектуалних добара подељен на домен интелектуалне својине и на јавни домен, тако да интелектуална добра која су у домену интелектуалне својине имају једну вредност, а она која су у јавном домену имају другу вредност. Та слика је последица правничке перцепције која не може да појми јавни домен без разграничења у односу на интелектуалну својину, и која је несумњиво нужна за исправну примену права интелектуалне својине. Међутим, расправа о ванправним вредностима је нешто друго. Она нас води на терен правне политике, где право престаје да буде само себи сврха, већ постаје инструмент у служби одређених вредности.

Ми смо склони да прихватимо мишљење да је јавни домен претпостављено стање света интелектуалних добара и да о јавном домену треба размишљати на начин на који се размишља о вредности информација уопште. Посматрајући све врсте добара које човек користи, може се запазити значајна разлика између ствари (*res corporales*) и нематеријалних добара (*res incorporales*). Међу овим другим се посебно издвајају информације. За разлику од ствари, оне, у економском смислу, представљају јавна добра, тј. имају не-ривалски и неискључиви карактер. Другим речима, оне се могу трајно, неограничено и истовремено користити од стране неограниченог броја људи, при чему је немогуће или тешко из круга њихових корисника искључити оне који нису учествовали у њиховом стварању, односно прибављању. Информација чини супстанцу знања, вештине, технологије, културе уопште, те је њен друштвени значај пропорционалан мери њеног коришћења. Коришћење информација генерише нове информације, што је феномен који са економског становишта значи да за ту врсту добара не важи закон опадајућих приноса.²⁰ У том смислу, информација (под који појам под-

19 Pamela Samuelson, „Challenges in Mapping the Public Domain“, у: Guibault, L. & Hugenholtz (уредник), *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law*, Kluwer Law International, 2006, стр. 22.

20 „Телесни свет карактерише закон опадајућих приноса. Опадајући приноси су резултат оскудице телесних добара. Једна од најважнијих разлика између телесних добара и идеја (информација – прим. С. М.) је да нема оскудице идеја и да про-

водимо сва интелектуална добра), представља добро највишег ранга важности.

Економски модел тржишта на којем влада слобода конкуренције каже да се информација најефикасније користи ако је, у виду робе или услуге, доступна потрошачима по цени која је равна маргиналном трошку јединице робе или услуге. Ту је реч о статичкој ефикасности тржишта, која подразумева да су информације већ дате, односно да не постоји трошак њиховог стварања. У стварности, међутим, друштвени развој зависи од динамике и квалитета генерисања нових информација. Пошто тај процес подразумева трошкове, питање је да ли слободно тржиште може да обезбеди механизам којим ће онај који је поднео тај трошак, моћи да га поврати кроз присвајање дела друштвене вредности информације коју је створио. Другим речима, немогућност присвајања те вредности (због не-ривалског и неискључивог карактера информације као јавног добра) одвраћа приватне економске субјекте од инвестирања у стварање нових информација. То је проблем тзв. динамичке ефикасности тржишта. Право интелектуалне својине, у делу који се односи на ауторска дела, проналаске, дизајн, биљне сорте и топографије интегрисаних кола, је мера државне интервенције у слободно тржиште,²¹ која има за циљ да конструисањем *искључивих њрава* на интелектуалним добрима, неутралише природно својство информације као јавног добра, односно да га стави под економску контролу субјекта који је у њега инвестирао. Настојећи да унапреди динамичку ефикасност тржишта информација, право интелектуалне својине нужно долази у конфликт са слободом конкуренције, која обезбеђује статичку ефикасност. Та напетост између два циља који се не могу истовремено постићи, детерминише садржину и природу права интелектуалне својине. По својој економској садржини, право интелектуалне својине је једна компромисна правна конструкција која тежи одређеном балансу између статичке и динамичке ефикасности тржишта информација, а по својој

цес стварања идеја не пати од опадајућих приноса.“ Joel Kurtzman, „An Interview with Paul M. Romer“, *Strategy & Business*, Booz, Allen & Hamilton, First Quarter, 1997, стр. 1–11. (наведено према: Joseph Cortright, „New Growth Theory, Technology and Learning – A Practitioner’s Guide“, *Reviews of Economic Development Literature and Practice*, No. 4, U.S. Economic Development Administration, 2001, стр. 4). Поставка да економија информација не подлеже закону опадајућих приноса је централни део теорије ендогеног привредног раста, у складу са којом ће свет моћи да настави економски раст упркос све бројнијој популацији и смањивању количине материјалних сировина на планети.

21 Види Slobodan Marković, „The Patent System – Not More Than An Instrument of Public Policy“, у: Prinz zu Waldeck und Pyrmont et al., ed.: *Patents and Technological Progress in a Globalized World*, MPI Studies on IP, Competition and Tax Law, Munich, 2008, стр. 829.

економској природи, оно је једна системска мера државне интервенције у функционисање тржишта.

Смисао оног дела права интелектуалне својине који се односи на жигове и заштиту географских ознака порекла је да допринесе ефикасности тржишта кроз смањење информационе асиметрије која постоји између понуђача и потражилаца робе, односно услуга на тржишту, чиме се смањују непродуктивни трансакциони трошкови. И овде право интелектуалне својине конструише искључива права на ознакама, али само уколико је то у функцији смањења поменуте информационе асиметрије.

То што је право интелектуалне својине у последњих неколико деценија добило призив својине упоредиве са стварним правом, не сме да нас одврати од гледишта да је оно, ипак, само једна од прагматичних нормативних творевина које су у функцији стварања и управљања информацијама као јавним добром првог реда.²² При том ваља знати да свако приватно право на информацији далеко више ограничава слободу других људи него што то чини својина на ствари. Зато је право интелектуалне својине изузетак у односу на јавни домен, док је својина на стварима правило у односу на збир материјалних добара овог света.

Из наведених разлога сматрамо да би, са становишта правне политике, било оправданије да преко разумевања суштине и значаја јавног домена допремо до разумевања суштине и значаја права интелектуалне својине, уместо да чинимо то обратно, како се углавном ради.

Тај погрешни, обрнути смер закључивања доводи до тога да преко онога што је изузетак (право интелектуалне својине) дефинишемо правило (јавни домен). Последице су евидентне: током последњих неколико деценија, под утицајем партикуларних интереса моћних носилаца права интелектуалне својине, оно доживљава експанзију на рачун јавног домена који у данашњем светском поретку нема свог представника на местима где се у томе одлучује. Колико је тај демагошки приступ узео маха илуструје изјава председника Филмске асоцијације САД, Џека Валентија: „Дело у јавном домену је сироче. Нико није одговоран за његов живот. Али свако га експлоатише све док не постане упрљано и испијено, лишено својих ранијих врлина. Ко ће онда инвестирати у његову обнову и омогућити његов будући живот, ако га нико не поседује?“²³ Тешко је

22 „Информација је примарно добро. Она је, можда, најважније примарно добро које можемо замислити, кад узмемо у обзир њену улогу у економији, развоју знања и културе и... утицај на моћ у друштву.“ (Peter Drachos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Ashgate, 1996, стр. 171).

23 Изјава са анкетног одбора Представничког дома Конгреса САД из 1995. године (наведено према Т. Т. Очоа, „Origins and Meaning of the Public Domain“, стр. 256).

одолети утиску да су ове речи, заправо, апел тзв. креативне индустрије за вечно трајање ауторског права.

V Закључак

Данас преовлађује схватање да је јавни домен могуће објаснити једино путем његовог разграничења у односу на право интелектуалне својине, и то само појмовним инструментима овог права. Колико год тај приступ био неопходан за закониту примену права интелектуалне својине, он је правнополитички неисправан и штетан. Ово стога што он деформише реалност и пренебрегава да је јавни домен природно и претпостављено пребивалиште информације, а интелектуална својина изузетна мера државне интервенције у тржиште информација, са уским и ограниченим циљем. Стога, у разумевању права интелектуалне својине ваља поћи од разумевања културолошке и економске природе и важности јавног домена, а не обратно: разумевати јавни домен посредством права интелектуалне својине.

Slobodan MARKOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

PUBLIC DOMAIN AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW

Summary

The article points out the difficulties of formulating a precise positive definition of the public domain, and provides an overview of elements such a definition could consist of. It also indicates the ways in which intellectual property law indirectly shapes the public domain, fitting into it a lot of its own complexities, especially the territoriality principle. The author takes a critical stand towards regarding public domain as a kind of periphery of intellectual property law, believing that it is more justified to conceive public domain as an objective of social, cultural and legal policy, and intellectual property law as only one of the instruments for achieving that objective.

Key words: *copyright, copyrighted work, term of protection, exclusive rights, originality, public good.*