

Др Драгица ПОПЕСКУ
судија Апелационог суда у Београду

ФОТОГРАФИЈА КАО АУТОРСКО ДЕЛО

Резиме

Схватање да Закон о ауторским и сродним правима штити свако фотографско дело, па и оно које није настало као резултат духовне творевине човека, директно је супротстављено одредби члана 2, став 1, тачка 9. и члану 9. тог закона, јер за фотографију, као ауторско дело, Закон предвиђа исти услов – да је настала као интелектуална творевина човека. Стога се питање да ли је фотографија *ipso facto* ауторско дело мора посматрати у контексту наведеног закона као целине, циљним тумачењем онога што је законодавац желео да заштити. Није у духу Закона о ауторским и сродним правима да као ауторско дело буде заштићен обичан производ технике, без оригиналног доприноса људског ума.

Да ли је фотографија ауторско дело, у конкретном случају може се утврдити путем вештачења, али да би постојало ауторско дело, основно је да је креирано људским интелектом, а не да га је створио случај, апарат итд. Фотографија је ауторско дело под истим условима који важе за остала ауторска дела, те је јединствена и дужина рока трајања заштите по Закону.

За настанак нематеријалне штете, нужно је да душевне болове и/или страх, као њене видове, претрпи аутор који због повреде моралног ауторског права, и то у свим законом признатим облицима, претендује на новчану накнаду. Истовремено, сама повреда ауторског права није довољан услов за новчану накнаду штете, а по том основу досуђена накнада води „тарифирању повреде права“, што није у духу Закона о облигационим односима.

Кључне речи: фотографско дело, духовна творевина, фотографија, нематеријална штета, тарифирање повреде права.

I Ауторско дело

Стварање фотографија је самостална људска делатност, уско везана за ликовну уметност, попут примењене уметности, дизајна, филма и налази се негде између ликовне и примењене уметности, зависно од тога да ли, као примењена, служи за улепшавање простора или се изражава у простору, као ликовна уметност, што су визуелне уметности.

Закон о ауторским и сродним правима предвиђа међу ауторским делима и фотографије. Ауторско дело према одредбама ЗАСП је оригинална духовна творевина аутора, изражена у одређеној форми, без обзира на њену уметничку, научну и другу вредност, величину, садржину, начин испољавања. Стога нису ауторска дела она која настану опонашањем, копирањем, плагирањем туђег ауторског дела или коришћењем неког поступка, без духовног односа човека према његовом настанку, изгледу, сврси, пропорцији, композицији. На исти начин се мора посматрати ауторско дело фотографије, која може бити и уметничко дело, ако поред своје оригиналности има и уметничких вредности, али које такође, не мора испуњавати ни услове да би било ауторско (случајни снимак услед ненамерног активирања механизма, јер данас су присутне нове технологије настанка фотографије, које то омогућују и слично), не може се сматрати ни да је свака фотографија *ipso facto* ауторско дело, о чему је закон дао последњу реч.¹

У данашње време велики је утицај дигиталне технологије на настаanak ауторских дела, што се одражава и на фотографију, која осим бележења слика из реалног живота на одговарајућој подлози, хемијским путем, настаје и дигиталним путем.² На овај начин умножавање записа постаје лако и доступно, изједначено је са приступом ауторском делу, пошто нема телесног носача фотографије у класичном смислу. Стога се уместо

1 Слободан Марковић, *Ауторско право и сродна права*, Београд, 1999, 134. Технолошки развој је довео до коришћења електронске методе за дигитално бележење слика, које се могу тако произведене чувати на дигиталним носачима и репродуковати на екранима компјутера и умножавати на обичном папиру.

2 Слободан Марковић, *Право интелектуалне својине и информационо друштво*, Београд, 2014, 141-142. Аутор наводи да се слика у дигиталној технологији бележи тако што се поставља на делове или тачке, чија се места, боја и процес репродуковања одвијају помоћу бинарних бројева. Предност дигитализоване информације је у идентичној репродукцији, у уштеди простора на физичком носачу, у брзом преносу такве информације на даљину путем електромагнетних или светлосних таласа и у могућности лаке класификације, складиштења, претраге, промене, прераде таквих записа.

продаје фотографија, сада приступа давању права на њихово умножавање.³ Многе фотографије, настале на описани начин, доступне су за преузимање путем Интернета. Оне се умножавају и користе јавним саопштавањем и путем оних медија, чији издавачи (медијске куће) нису ангажовали своје запослене да их сачине, нити су их наручили или откупили право умножавања од аутора, њихових наследника или других носилаца ауторског права⁴ или медијских кућа које су то учиниле или које су носиоци искључивих имовинских ауторских права на њихово искоришћавање.⁵ Проблем настаје и у ситуацији када се фотографије објаве, а приликом преузимања није било могуће утврдити ко је њихов творац, будући да су на друштвеним мрежама присутне и фотографије анонимних и непотписаних лица, што стваралаца, што актера забележеног догађаја.

II Настанак записа слике

Нови технолошки поступци и дигитализација су поједноставили настанак записа слике, а тиме се компликује утврђење да ли је реч о оригиналној духовној творевни, па самим тим и заштита таквог производа, као ауторског. Сходно члану 9, став 1. Закона о ауторском и сродним правима, аутор је физичко лице које је створило ауторско дело. Аутором се сматра лице чије су име, псеудоним или знак назначени на примерцима дела или наведени приликом објављивања дела, док се не докаже друкчије (став 2). Аутор дела је носилац ауторског права (став 3). Поред аутора носилац ауторског права може бити лице које није аутор, а које је у складу са ЗАСП стекло ауторско право (став 4).

Оригинална творевина људског духа, изражена у одређеној форми, без обзира на њену уметничку, научну или другу вредност, њену намену,

3 С. Марковић (2014), 143-147.

4 Одредбом чл. 64. Закона о ауторском и сродним правима – ЗАСП, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, прописано је да лице које је уступањем стекло имовинско право од аутора или његовог наследника, може то своје право у целини пренети на другог уз дозволу аутора, односно ауторовог наследника, која није потребна у случају преноса привредног друштва које је носилац имовинског ауторског права.

5 Вид. ЗАСП, чл. 95, 98. У чл. 98. ЗАСП, прописано је да ако је аутор дело створио током трајања радног односа, извршавајући своје радне обавезе, послодавац је овлашћен да то дело објави и носилац је искључивих имовинских ауторских права на његово искоришћавање у оквиру своје привредне делатности, у року од 5 година од завршетка дела, ако општим актом или уговором о раду није другачије одређено. Аутор задржава на делу сва остала ауторска права, а по истеку рока од 5 година, искључива имовинска права на делу стиче аутор.

величину, садржину и начин испољавања, као и допуштеност јавног саопштавања њене садржине, услов је да би се било које дело чији је творац човек, могло сматрати ауторским. Дакле, ауторско дело, као оригинална духовна творевина, је само оно дело које настане као продукт људског ума, односно надахнућа, сензације, импулса, инстинкта, оригиналне идеје која је материјализована у дело које се од других таквих дела разликује у својој посебности.⁶ Стога је веома важно да ауторска дела буду потписана именом ствараоца, ради препознавања у јавности, да би се знало да титулар права на делу, које може бити објекат не само ауторског, већ и својинског, права личности и других права, истовремено штити дело од повреда од стране неовлашћених лица (физичких, али и правних). Аутор спречава да дело буде неовлашћено коришћено, забрањује да се делу промени облик и да буде оскрнављено или прерађено, противи се коришћењу дела на начин који може да штети његовој части и угледу итд.

Дакле, да би дело имало ауторскоправни квалификат и да би потпадало под заштиту коју та врста грађанског права пружа, основно је да га је створио човек, а не случај, апарат, животиња итд. Могуће је замислити ситуацију да нека творевина настане услед дешавања у природи, или несвесном активношћу детета, особе или животиње, када се активира се дугме за снимање и настане фотографија. С обзиром на дефиницију ауторског дела какву познаје важећи Закон о ауторском и сродним правима,⁷ овако настала фотографска дела не могу бити ауторска, јер нису материјализација човекове идеје, као духовне креације. Истовремено, није пресудно да ли ауторска фотографија садржи и уметничку компоненту (што зависи од одабира позиције, светлости, композиције итд.).⁸ Такође,

6 Слободан Марковић сматра да би неко дело било ауторско, неопходно је да буде оригинална творевина човека, а за ауторско дело нису од утицаја практична сврха, одређеност и намена, квалитет, вредносни суд о њему, као ни трошак и труд утрошени за његово стварање, околност да ли је дело довршено или не, уколико већ садржи одлике ауторског. Стога не можемо да оспоримо ауторство творцима дела којима се људи позивају на кривична дела, али можемо на њих да реагујемо цензуром (прим. аутора чланка), вид. С. Марковић, (1999), 124, 125.

7 Вид. ЗАСП, чл. 2.

8 Бернска конвенција о заштити књижевних и уметничких дела од 9.9.1886. године (са изменама и допунама), предлаже у чл. 7, ст. 4. законодавствима земаља држава чланица да пропишу краће рокове трајања заштите за дела фотографије, али не краће од 25 година, почев од реализације таквог дела, што би требало да важи за све врсте фотографија, који рок садржи Закон о ауторском праву – ЗАП, *Службени лист СФРЈ*, бр. 19/78, 24/86 и 21/90, у чл. 84. од дана њиховог објављивања. Слободан Марковић, наводи да Закон о ауторском и сродним правима – ЗАСП, *Службени гласник РС*, бр. 24/98, напушта то схватање у складу са чл. 6. Директиве Европске уније о хармонизацији рока трајања ауторског права и одређених сродних права из 1993. године, јер је фотографија ауторско

постоје и уметничке фотографије, које су посебна категорија ауторских фотографија.

Иако фотографије, као ауторска дела, настају хемијским процесом или помоћу механике и технике,⁹ битан чинилац, који претходи је људски фактор да би се сматрале оригиналном духовном творевином, у смислу одредбе чл. 2. Закона о ауторском и сродним правима, а естетска и уметничка вредност фотографија, нису опредељујуће у том смислу.¹⁰

III Рутинска фотографија

У судској пракси, као спорно, поставило се питање, да ли у ауторско дело спада и *рутинска* фотографија¹¹ која настаје као производ ис-

дело, под истим условима који важе и за остала дела, због чега је дужина рока трајања заштите и за њу иста као и за друга ауторска дела и износи 50 година, вид. С. Марковић (1999), 134. Данас је тај рок у нашем праву 70 година, сходно чл. 102. ЗАСП и Закону о изменама и допунама Закона о ауторском и сродним правима - ЗИД ЗАСП, *Службени гласник РС*, бр. 99/2011 и 119/2012.

- 9 Фотографска дела су добила ауторскоправну заштиту на Берлинској конференцији за ревизију Бернске конвенције, 1908. године, вид. В. Бесаровић, 267.
- 10 „Оригинално фотографско дело је оно дело које одражава индивидуалност аутора, које производи одређен естетски доживљај на гледаоце и које се по том доживљају разликује од осталих фотографских дела која имају исти објекат“, В. Бесаровић, 267; Д. Милић, *Коментар Закона о ауторском и сродним правима (са судском праксом)*, Нови Сад, 2011, 13-19. У коментару чл. 2, ст. 2. наводи да се ауторским делом сматрају и фотографије и да се штите у свим стадијумима поступка стварања, од негатива до завршетка. Лице које је створило фотографију је аутор, те има право да је користи и да тражи заштиту ауторских имовинских и моралних права.
- 11 „Чињеница је, међутим, да се у пракси тешко врши дистинкција између фотографског дела које испуњава услове за ауторскоправну заштиту и осталих фотографија, те је због једноставније примене, прихваћено у нашој законској регулативи, у Бернској конвенцији и већини националних закона о ауторском праву, друго становиште – сва фотографска дела и дела произведена поступком сличном фотографији, уживају правну заштиту ауторског права. То значи да је свака фотографија (фотографија идентитета, фотографија из аутомата) ауторско дело и ужива правну заштиту. Иако је ово решење добило законску регулативу, оно одступа од општих принципа ауторског права и излази ван оквира ауторскоправне заштите.“ В. Бесаровић, 267. Ради се о регулативи према Закону о ауторском праву - ЗАП, *Службени лист СФРЈ*, бр. 19/78, 24/86 и 21/90; вид. М. Чекеревца, „Шта је уметничка, а шта рутинска фотографија“, *Политика*, од 22.01.2016. године, објављен је чланак поводом расправе у Скупштини Србије, због аутентичног тумачења Закона о ауторском и сродним правима, јер је Одбор за уставна и законодавна питања оценио да рутински израђена фотографија није ауторско дело и препоручио је Скупштини Србије да усвоји овај став, што због противљења фотографских и новинарских удружења није учињено, јер је наводно, недопустиво да фотографија нема никакву ауторскоправну заштиту. Одбор за уставна и законодавна питања налази да би обична фотографија, као резултат искључиво механичке, рутинске односно физичке радње, требало да има правну заштиту на основу општих принципа грађанског права, али не као ауторско дело. Проблем је настао услед бројних фотографија које су производ развоја техничких уређаја (дигитални фотографски апарати,

кључиво механичког процеса рада апарата, без креативног доприноса аутора, ради документовања предмета или затечене ситуације, без творчевог утицаја на композицију, пропорције, хармонију, светло, дакле, без претходног естетског или неког другог духовног приступа или процене, без личног односа према снимљеном и без идеје да би се записом поручило публици још нешто осим конкретног приказа. Фотодокументација за потребе судског поступка, фотографије сачињене за лична документа, фотографије настале испробавањем рада апарата, без идеје човека и труда око детаља, по мишљењу многих не спадају у категорију ауторских дела, јер у њихово стварање није унет ауторски печат, те им недостаје оригиналност, тј. духовна креативност.¹²

IV Морална ауторска права

Одредбом члана 8. ЗАСП, прописано је да аутор ужива морална и имовинска права, у погледу свог ауторског дела од тренутка његовог настанка. У *морална ауторска права*, која су апсолутна, лична права и делују *erga omnes*, спада *право патернитета* прописано одредбом члана 14. важећег ЗАСП, које аутору даје искључиво право да му се призна ауторство на његовом делу. Следеће морално (неимовинско) ауторско право је *право на назначење имена*. Оно значи да аутор има искључиво право да му име, псеудоним или знак буду назначени на сваком примерку дела и наведени приликом сваког јавног саопштавања дела, изузев ако је то с обзиром на конкретни облик јавног саопштавања дела, технички немогуће или нецелисходно, с тим да се аутор овог права не може одрећи изричито на одређен начин, као што је то предвиђала одредба члана 15, став 2. бившег ЗАСП.¹³ Следеће морално право је *право објављивања* аутор-

паметни телефони и слично), где је допринос човека сведен на саму механичку радњу. У прилогу овом тумачењу Одбора, наводи се и решење Врховног суда Србије од 12.07.2001. године у коме стоји да ауторска дела, па самим тим и фотографије, која уживају законодавноправну заштиту, треба да су само она ауторска дела, која као творевина људског духа надилазе рутинска, физичка или умна дела, којима се задовољавају свакодневне потребе у животу, професији и раду. Одбор је навео да је овакав правни став изражен и у међународним правним прописима, као и у прописима, односно судској пракси судова бивших југословенских република где се обична фотографија сматра обичном техничком репродукцијом. Скупштина Србије 26.01.2016. године није усвојила предлог аутентичног тумачења ЗАСП, који је изазвао бурне реакције.

12 „Оригинално фотографско дело је оно дело које одражава индивидуалност аутора, које производи одређен естетски доживљај на гледаоце и које се по том доживљају разликује од осталих фотографских дела која имају исти објекат (ауторска и уметничка оригиналност“. В. Бесаровић, 267.

13 Закон о ауторском и сродним правима – ЗАСП, *Службени гласник РС*, бр. 24/98.

ског дела, регулисано одредбом члана 16. ЗАСП-а, према којој аутор има искључиво право да објави своје дело и да одреди начин на који ће се оно објавити, а до објављивања дела само он има искључиво право да јавно даје обавештења о садржини дела или да га описује. Морално право на заштиту интегритета дела, прописано је одредбом члана 17. ЗАСП, која предвиђа да аутор има искључиво право да штити интегритет свог дела и то нарочито: 1) да се супротставља изменама свог дела од стране неовлашћених лица; 2) да се супротставља јавном саопштавању свог дела у измењеној или непотпуној форми, водећи рачуна о конкретном техничком облику саопштавања дела и доброј пословној пракси (што је новина овога ЗАСП); 3) да даје дозволу за прераду свог дела.¹⁴ Чланом 18. ЗАСП-а штити се морално ауторско право на супротстављање недостојном искоришћавању дела, по ком основу аутор има искључиво право да се супротстави искоришћавању свог дела, на начин који угрожава или може угрозити његову част или углед.

Одредбом члана 60. ЗАСП-а, прописано је да преношењем имовинскоправних овлашћења аутор не преноси лично правна овлашћења, која су везана за његову личност и не могу бити пренета на друга лица, нити могу бити уступљена, тачније не могу бити предмет располагања аутора за живота. Одређена лица, која закон предвиђа, међу која спадају и наследници, могу вршити овлашћења која се односе на морална ауторска права, после смрти аутора, када долази до њиховог преображаја. Наиме, смрћу аутора престаје право на стварање, измену и повлачење дела из промета и уништење дела, али на наследнике аутора прелази право да се супротставе свакој радњи која би нарушавала интегритет дела, па и измени дела и као и свакој радњи која би вређала успомену на аутора и његово дело.¹⁵

V Имовинска ауторска права

Имовинско право аутора на економско искоришћавање његовог дела, као и дела које је настало прерадом његовог дела, прописано је одредбом члана 19, став 1. ЗАСП, а за свако искоришћавање ауторског дела од

14 „Када одређено лице преузме и објави фотографије из другог дела које је настало прилагођавањем без сагласности аутора тог дела, иако није аутор фотографије, вређа ауторска права и дужно је накнади штету“, (пресуда Врховог суда Србије у Београду Гж 449/91 од 15.05.1991. године и Округног суда у Београду П бр. 4031/87-89 од 04.12.1990. године), вид. Д. Милић, 381.

15 Вид права на пијетет наследника, којом се штити успомена на аутора, присутна је код заштите права на интегритет дела и код права на супротстављање недостојном искоришћавању дела (прим. аутора чланка).

стране другог лица, аутору припада накнада ако тим законом или уговором није другачије одређено (став 2). Одредбом члана 20. ЗАСП, прописано је имовинско *право аутора на бележење или умножавање* свог ауторског дела. Ставом 1. тог члана, предвиђено је да аутор има искључиво право да другоме забрани или дозволи бележење или умножавање свог дела у целости или делимично, на било који телесни и бестелесни, трајни или привремени, посредни или непосредни начин. Умножавање дела постоји независно од броја примерака дела, технике којом су умножена и трајности примерака (став 3). Одредбом члана 21. ЗАСП, статуирано је *право стављања примерака дела у промет*, па тако аутор има искључиво право да другоме забрани или дозволи стављање у промет примерака свог дела, што обухвата и нуђење примерака дела ради стављања у промет, складиштење примерака дела ради стављања у промет и увоз примерака дела. Међутим, сходно ставу 2. овога члана, ово право аутора не делује према оном власнику примерка дела који га је прибавио у Републици Србији од аутора или од ауторовог правног следбеника (*исцрпљење права*). Власник, такође, може слободно отуђити примерак дела које је легално прибавио од аутора или ауторовог правног следбеника. Одредбом члана 65, став 1. ЗАСП, прописано је да пренос својине на оригиналном примерку ауторског дела, не подразумева стицање ауторских права на делу.

Аутор, односно његов правни следбеник може *уступити* поједина или сва имовинска права на ауторском делу другом лицу на искључиво или неискључиво коришћење. Код искључивог уступања ауторског права стицалац права може бити тужилац у спору заштите уговорног права пред судом.¹⁶ Одредбом члана 64. ЗАСП-а прописано је да лице ко-

16 Одредбом чл. 61, ст. 1. важећег ЗАСП, прописано је да аутор, односно његов правни следбеник може уступити поједина или сва имовинска права на своме делу другом лицу. У случају *искључивог* уступања имовинских права, једино је стицалац права овлашћен да на начин прописан уговором искоришћава ауторско дело, као и да уз посебну дозволу аутора, односно његовог правног следбеника, уступа другима то право. Право које стицалац права уступа другима је неискључиво право, ако уговором није другачије одређено (ст. 2). У случају *неискључивог* уступања имовинских права, стицалац права није овлашћен да забрани другоме да искоришћава ауторско дело, нити је овлашћен да уступа другоме имовинско ауторско право (ст. 3). Ако у уговору није назначено да се ради о искључивом или неискључивом уступању, сматра се да се ради о неискључивом уступању имовинских права (ст. 4). Д. Милић, 169, наводи да *код* искључивог уступања права стицалац може имати активну легитимацију пред судом, док код неискључивог уступања стицалац нема то право па не може другоме лицу да забрани искоришћавање дела, нити да неискључиво уступљена му ауторска права, преноси даље или уступа другом лицу.

је је уступањем стекло имовинско право од аутора или његовог наследника може то своје право у целини пренети на другог, уз дозволу аутора, односно ауторовог наследника, али дозвола аутора, односно ауторовог наследника, није потребна у случају преноса привредног друштва које је носилац имовинског ауторског права, предвиђено је ставом 2. овога члана. Наиме, искључивим уступањем ауторског права, од стране носилаца ауторског права, стицаоци тог права могу вршити његов *пренос* (цесију), уз дозволу аутора, односно ауторовог наследника, а без дозволе, ако је у питању привредно друштво које је већ носилац имовинског ауторског права.¹⁷

VI Повреда ауторског права

Одредбом члана 204. ЗАСП-а, прописано је да *повреду* ауторског права представља неовлашћено вршење било које радње која је обухваћена искључивим правима носиоца ауторског права, неплаћање накнаде прописане овим законом или уговором, као и неизвршавање других обавеза према носиоцу ауторског права, прописаних овим законом.

У случају повреде права лице чије је право повређено има право на накнаду материјалне и нематеријалне - моралне штете, у складу са чл. 154-209 Закона о облигационим односима.¹⁸ Претпостављени аутори у судском поступку за заштиту ауторског права¹⁹ и накнаду штете, често не успевају да објасне у чему се огледа оригиналност њихових фотографија, идеја коју су тиме материјализовали, осим што су изричити у томе да су користили фотоапарат датом приликом. Међутим, тешко је утврдити и да ли је особа, која се представља као творац фотографије (чак и под претпоставком да је у питању ауторско дело), тај снимак, односно дигитални фајл, сачинила сама или га је позајмила од аутора, уз његову сагласност, или без ње.²⁰ Зато сходно члану 9. ЗАСП, аутором сматрамо лице

Приликом закључења уговора о уступању права, нужно је уговором изричито да ли се ради о искључивом или неискључивом уступању, 169.

17 Вид. важећи ЗАСП, чл. 95. и 98.

18 Д. Милић, 374.

19 Вид. важећи ЗАСП, чл. 205, ст. 1. и 2. Ставом 2. је прописано да аутор има право на тужбу за накнаду неимовинске штете због повреде својих моралних права.

20 „У неким ситуацијама, тужиоци, који, као аутори претендују на накнаду штете, како материјалне, тако и нематеријалне, тешко могу доказати да су баш они сачинили фотографски, односно видео запис. Као предмет повреде ауторског права прилажу се и фотографије које се не издвајају оригиналношћу, делују као „већ виђене“ и не буде посебан осећај (пријатан, непријатан) и слично, као

чије су име, псеудоним или знак назначени на примерку дела или наведени приликом објављивања дела, док се супротно не докаже.

Када се у судском поступку за накнаду штете затражи да тужилац, као аутор фотографије објасни начин на који је одмерио висину новчане накнаде штете, испостави се да је утужени износ заправо утростручени износ купопродајне цене фотографије или накнаде за њено коришћење, премда се тужбеним захтевом не тражи *плаћање накнаде до троструког износа уобичајене накнаде*, у смислу члана 206. ЗАСП.²¹ То није правилно постављен тужбени захтев за накнаду штете, која је у смислу одредбе члана 155. Закона о облигационим односима, умањење нечије имовине (обична штета) и спречавање њеног повећања (измакла корист), као и наношење другог физичког или психичког бола или страха (нематеријална штета).

VII Накнада нематеријалне штете

Накнада нематеријалне штете код повреде ауторског права из домена фотографије, мора бити *сатисфакција* за претрпљене душевне болове, због повреде моралног ауторског права. Одредбом члана 200, став 1. Закона о облигационим односима, прописано је да ће за претрпљене душевне болове због повреде угледа, части, слободе или права личности итд., суд, ако нађе да околности случаја, а нарочито јачина болова и њихово трајање то оправдавају, досудити правичну новчану накнаду, независно од накнаде материјалне штете, као и њеном одсуству. Ставом 2. истог члана, прописано је да ће суд приликом одлучивања о захтеву за накнаду нематеријалне штете, као и о висини њене накнаде, водити рачуна о значају повређеног добра и циљу коме служи та накнада, али и о томе да се њоме не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом.

уметничке“, Д. Попеску, „Нека спорна питања у спору између аутора фотографија и медија“, *АНЕМ публикација* 9, Београд, 2013, 14-17.

21 „Ова накнада се не може изједначити са материјалном штетом, чије се постојање, починилац, противправност штетне радње и узрочна веза између штетне радње и последице, морају доказати пред судом у сваком конкретном случају. С друге стране, код постављања захтева за исплату до троструког износа уобичајене накнаде, утврђује се зла намера или крајња непажња повредиоца права (дакле, не штетника), као и износ уобичајене накнаде, спрам самог ауторског дела и његовог аутора. Овде је важно подсетити се да свака накнада не мора представљати пун износ троструке уобичајене, већ може бити у распону од уобичајене накнаде, до тог лимита, што би требало да зависи од кривице повредиоца права“, Д. Попеску (2013).

Неповредивост психичког (и физичког) интегритета личности, гарантована је чланом 25. Устава Републике Србије, који истовремено у члану 35, став 3. гарантује и право на накнаду штете (материјалне и нематеријалне), непосредно од шетника, под законом одређеним условима. Но, да би се имало право на новчану накнаду нематеријалне штете по основу повреде било ког заштићеног добра, као објекта неког субјективног права (па тако и моралних ауторских права),²² неопходно је да аутор претрпи повреду још једног права, које спада у домен права личности, а то је право на психички интегритет, као и да наступе последице повреде тог права у виду претрпљених душевних болова (и/или страха). У ауторскоправним споровима, услови за новчану накнаду нематеријалне штете су: повреда права на заштићено добро (нпр. на интегритет ауторског дела), која изазива повреду права на психички интегритет аутора (душевне патње због неовлешћене измене тог дела), што се одражава на поремећај његове душевне равнотеже услед јачине претрпљених душевних болова (и/или страха) и/или дужине њиховог трајања и то је нематеријална штета за аутора. Зато у случају повреде неког од ауторскоправних овлашћења која произлазе из моралног ауторског права, није штетна сама повреда ауторскоправног добра, ако поводом те повреде изостану и последице које настају повредом психичког интегритета аутора, као његовог личног добра и објекта права личности.²³

VIII Тарифирање повреде права

У поступку утврђивања права на накнаду нематеријалне штете у ауторским споровима, не може се пресуда темељити једино на утврђеној повреди ауторског права, по принципу тарифирања повреде (нпр. за једно скраћивање било које фотографије следује по 50.000,00 динара накнаде и исто толико за неозначавање имена било ког аутора, било које фотографије).²⁴ Таква пракса води комерцијализацији људске личности и не представља накнаду штете, већ грађанску казну за починиоца повреде,

22 Вид. важећи ЗАСП, чл. 14 – право патернитета (право на признање ауторства); ЗАСП, чл. 15 – право на назначење имена или псеудонима аутора на делу; ЗАСП, чл. 16 – право објављивања ауторског дела; ЗАСП, чл. 17 – право на заштиту интегритета дела; ЗАСП, чл. 18 – право на супротстављање недостојном искоришћавању дела.

23 Вид. Архив Апелационог суда у Београду, сентенца из пресуде Апелационог суда у Београду Гж бр. 227/13 од 16.04.2014. године; пресуда Апелационог суда у Београду Гж4 бр. 87/15 од 13.01.2016. године.

24 Вид. Архив Апелационог суда у Београду, Гж бр. 1524/13, Гж бр. 1606/13, Гж бр. 6245/13, Гж бр. 3946/2014, Гж бр. 5107/14, Гж 4 бр. 14/15.

ако нематеријална штета за аутора, у виду поремећаја психичке равнотеже, није ни настала. Осим тога, судска пресуда код нас није извор права.²⁵ Зато је потребно посматрати сваки случај издвојено и различито третирати повреду ауторског права за ексклузивне фотографије, фотографије настале изузетним физичким напором, или оне које су сачињене уз опасност по живот аутора, у односу на типске, односно рутинске.

Уколико је приликом неовлашћеног коришћења фотографије повређено више моралних ауторских права, *накнаду штете је могуће досудити као јединственоу*, изазвану деловањем више фактора, пошто је често, готово немогуће утврдити која је повреда моралног ауторског права довела до нематеријалне штете и да ли је свака од повреда са истим уделом допринела поремећају психичке равнотеже аутора. Може се сматрати да је тада до нематеријалне штете дошло заједничким деловањем међусобно повезаних фактора. Када се не може утврдити који ју је од њих тачно проузроковао, исправно би било досудити јединственоу накнаду, али не простим сабирањем, у судској пракси уобичајених износа накнада по тим основима, већ одмеравањем правичне новчане накнаде, као сатисфакције за поремећај психичке равнотеже аутора, изазваном наведеним узроцима.

IX Висина накнаде неимовинске штете

Неимовинска штета, као повреда личних права или интереса, не одражава се у имовини оштећеног. Висину њене накнаде суд досуђује по слободној оцени, према одредбама члана 232. Закона о парничном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, ако утврди да странци припада право на накнаду ове штете, а висина износа се не може утврдити или би се могла утврдити само са несразмерним тешкоћама. Приметно је у споровима ради накнаде нематеријалне штете због повреде моралних ауторских права,²⁶ занемаривање нашег позивитноправног режима,²⁷ досуђивањем

25 Пресудом Врховног суда Србије Гж бр. 56/06 од 05.07.2006. године, се наводи да је ирелевантно за одлуку у конкретном случају то што је својевремено пресудом једног другог суда, која је потврђена пресудом Врховног суда Србије, тужиоцем делу признат статус ауторског, које тиме није добило законску заштиту, као ауторско, у другом поступку, јер судска пресуда није извор права, па не представља позитивно материјално право, које би везивало суд за доношење одлуке у тој правној ствари, вид. Д. Милић, 34.

26 Вид. важећи ЗАСП, чл. 14-18.

27 Према Закључку заједничке седнице Савезног суда, Врховних судова република, покрајинских и Врховног војног суда, који је објављен 15.10 1986. године, који став се још увек примењује у судској пракси, новчана накнада нематеријалне штете може се досудити оштећеном

новчане накнаде за саму повреду права, без утврђења постојања нематеријалне штете, која и код повреде моралног ауторског права настаје само када се због тога претрпе душевни болови и/или страх.

Услов за новчану накнаду нематеријалне штете настале услед повреде било ког објекта заштићеног права је да мора бити правична у смислу члана 200. ЗОО, дакле, у корелацији са значајем повређеног добра за титулара права, због чега је и настао поремећај психичке равнотеже те особе. Стога се накнада штете досуђује *услед повреде психичког интегритета* појединца, манифестованог душевним боловима и /или страхом, одређене јачине и дужине трајања. То значи да бол или страх кратког трајања и /или слабог интензитета, нису у стању да изазову *поремећај психичке равнотеже* и представљају основ за одбијање тужбеног захтева, а не за одмеравање нижег износа новчане накнаде.

Х Уместо закључка

Схватање да Закон о ауторском и сродним правима штити свако, па и фотографско дело које није резултат оригиналне духовне творевине човека, директно је супротстављено условима прописаним одредбама члана 2, став 1. и члана 9. ЗАСП, који важе за сва ауторска дела. Аутор је физичко лице које је створило ауторско дело, као оригиналну духовну творевину.²⁸ Није у духу наведеног закона да се, као ауторско дело, штити производ технике, који није оригинална духовна творевина, а да ли је фотографија ауторско дело, може се утврдити путем вештачења.²⁹ Новчана накнада нематеријалне штете настале услед повреде било ког објекта заштићеног права, па и ауторског, мора бити правична, а досуђивање накнаде по основу пуког настанка повреде ауторског права, у одсуству нематеријалне штете, представља тарифирање повреде ауторског права.

само ако настане у једном од признатих видова нематеријалне штете (претрпљени физички и/или душевни болови и /илио страх) и ако је оправдавају интензивни и/или дуготрајни болови и страх.

28 В. ЗАСП, чл. 9. и 2, став 1.

29 Вид. коментар члана 2. ЗАСП, у коме се аутор позива на пресуду Врховног суда Србије у Београду Гж 125/05 од 14.11.2006. и пресуду Окружног суда у Београду П бр. 1519/00 од 12.05.2005. године, где се наводи да утврђење да ли је нека људска творевина резултат духовног рада знања, даровитости, оригиналности и као таква ауторско дело или није, представља чињенично питање, које се утврђује одговарајућим доказним средствима, па и вештачењем у области у којој је та људска творевина остварена, без чега нема ауторског дела, ни услова за ауторско правну заштиту из члана 172. Закона о ауторским и сродним правима – ЗАСП, *Службени лист СРЈ*, бр. 24/98. Д. Милић, 33-34.

Dragica POPESKU, PhD
Judge Court of Appeal in Belgrade

PHOTOGRAPHY AS A WORK OF AUTHORSHIP

Summary

The viewpoint that the Law on Copyright and Related Rights protects all photographic work, even that which was not created as a result of man's spiritual creation, is directly opposed to the provisions of Article 2, paragraph 1, item 9 and Article 9 of said Law, since the Law provides the same condition for photography as a work of authorship – that it emerged as an intellectual creation of man. Therefore, the question of whether the photographs are ipso facto works of authorship must be viewed in the context of said Law as a whole, teleologically interpreting what the legislator wanted to protect. It is not in the spirit of the Law on Copyright and Related Rights to protect ordinary technical products without original contribution of the human mind, as works of authorship. Whether a photograph is a work of authorship, can be determined by expertise in particular cases, but in order for it to be considered a work of authorship, it is essential that it was created by human intellect, not that it was made automatically, by chance, etc. Photography is considered a work of authorship under the same conditions as other works of authorship, and thus has the same duration of protection under the Law.

In order for non-material damage to occur, it is necessary for the author who aspires to monetary compensation due to infringement of moral rights in all legally recognized forms, to withstand mental pain and/or fear as its aspects. Concurrently, mere infringement of copyright is not a sufficient condition for monetary compensation; compensation awarded on that basis leads to “tariffing violations of rights”, which is not in the spirit of the Law on Obligations.

Key words: *photographic work, man's spiritual creation, photography, non-material damage, tariffing violations of rights.*