

Др Слободан М. Марковић, редовни професор  
Универзитета у Београду  
Правни факултет у Београду  
slobodanmarkovic0227@gmail.com

## ИНФОРМАЦИОНО ДРУШТВО ИЗМЕЂУ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ И ЈАВНОГ ДОМЕНА\*

**Сажетак:** Информационо друштво је амбивалентно према праву интелектуалне својине. С једне стране, оно је резултат технолошког и економског напретка који је донекле резултат деловања права интелектуалне својине. С друге стране, интелектуална својина у неким аспектима почиње да ограничава корисност расположивих технолошких могућности информационог друштва. Указујући на осетљивост границе између слободе конкуренције и искључивих права интелектуалне својине, односно јавног и приватног домена, аутор ставља нагласак на јавни домен као културни и економски ресурс који добија ново значење у савременим технолошким и привредним условима. Насупрот релативној пасивности законодавца да прилагоди право интелектуалне својине новим условима, евидентан је процес приватне реконфигурације односа на тржишту информација, којим се јавни домен проширује иако што се титулари права интелектуалне својине уздржавају од вршења својих искључивих овлашћења.

Тај процес указује на потребу holisticког приступа иновационој политици која мора да преиспита и усклади три своја кључна елемента: стимулативну награду за инвестирање у технолошки и културни развој, слободу/ограничење конкуренције и слободу/ограничење приступа тековинама развоја. То је неопходно ради стављања права интелектуалне својине и других инструмената иновационе политике у функцију друштвеног благостања.

**Кључне речи:** јавни домен, приватни домен, конкуренција, приступи, саморегулација.

---

\* Рад је презентован на Међународној научној конференцији Правна традиција и нови правни изазови, одржаној 03. и 04.10.2019. године на Правном факултету Универзитета у Новом Саду.

## 1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Јавни домен је технички термин којим се у праву интелектуалне својине означава укупност нематеријалних (интелектуалних) добара која нису обухваћена ниједним важећим субјективним правом интелектуалне својине, па их стога свако може слободно (без правних ограничења и бесплатно) користити. *A contrario*, за нематеријална добра која су у режиму правне заштите интелектуалне својине може се рећи да су у приватном домену, тј. да је њихово коришћење условљено сагласношћу титулара субјективног права интелектуалне својине и/или плаћањем накнаде. Дакле, подела на јавни и приватни домен, у овом контексту, последица је настанка права интелектуалне својине у 17. и 18. веку.<sup>1</sup>

Све до почетка 21. века струка је показивала слабо интересовање за ову тему јер је тежиште било на изучавању и унапређењу права интелектуалне својине чија функција јесте да путем приватизације, односно комодификације нематеријалних добара допринесе динамичкој ефикасности тржишта и благостању заједнице. На јавни домен се гледало као на културно наслеђе које је сировински инпут у продукцију нематеријалних добара заштићених правима интелектуалне својине, с једне, као и на депонију интелектуалних добара на којима је истекао рок трајања права интелектуалне својине, с друге стране. Тек крајем 20. и почетком 21. века креће појачано интересовање за јавни домен, као последица одређених противречности новонасталог информационог друштва. Наиме, информација (нематеријално добро) постаје све важнији привредни ресурс чија тржишна валоризација ствара потребу за глобалним јачањем права интелектуалне својине.<sup>2</sup> Истовремено, дигитална информационо-комуникациона технологија, а посебно интернет као епитом информационог друштва, демонстрира неусклађеност између средстава и циљева права интелектуалне својине у новим технолошким

---

<sup>1</sup> Прва међународна конвенција у којој се помиње јавни домен јесте Бернска конвенција о заштити књижевних и уметничких дела из 1886. године. Види чл. 18, ст. 1 и 2: „Ова конвенција се примењује на сва дела која, у тренутку њеног ступања на снагу, нису још пала у јавни домен у земљи порекла истеком рока заштите. Ако је пак истеком рока заштите која је претходно пружена, дело пало у јавни домен у земљи тражења заштите, такво дело не може бити заштићено изнова.“ Дакле, ове одредбе с краја 19. века сугеришу да истек рока заштите није једни начин како се једно ауторско дело може наћи у јавном домену. Примера ради, оно може по закону бити искључено из ауторскоправне заштите (нпр. законски или други службени текст).

<sup>2</sup> Круну тог процеса несумњиво представља доношење Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине (енгл.- Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, даље: TRIPS) из 1994. године, којим је преко институционалних механизма Светске трговинске организације практично свим земљама света наметнута обавеза поштовања високих стандарда правне заштите интелектуалне својине.

условима.<sup>3</sup> Актуелна запитаност о начинима превазилажења ове противречности доноси неке нове акценте. Један од њих је реafirмација јавног домена, али не као „отпадка“ од права интелектуалне својине, него као крајњег циља дејства права интелектуалне својине.<sup>4</sup>

Политички израз ове појаве на међународном плану јесте укључење проблематике јавног домена у агенду Светске организације за интелектуалну својину (енгл.— *World Intellectual Property Organisation*, даље: WIPO).<sup>5</sup> Тиме је земљама тзв. трећег света дата извесна политичка компензација за економски терет који им је наметнут глобалним тријумфом права интелектуалне својине путем TRIPS-а из 1994. године.

Сам термин јавни домен упућује на исправан закључак да се у том домену налазе јавна добра. Неспоразум може да настане око питања јесу ли та добра јавна по правном режиму или по својој економској природи. Будући да је реч о нематеријалним добрима, она су свакако јавна по својој економској природи.<sup>6</sup> Њихова економска природа јавног добра је и разлог за постојање права интелектуалне својине, како би се превазишла слабост тржишта садржана у њиховом позитивном екстерном ефекту, односно у проблему присвајања њихове друштвене вредности. Дакле, битно је да запазимо да је нематеријално добро увек јавно по својој економској природи, док према

<sup>3</sup> Ова околност је покренула процес критичког преиспитивања свих премиса на којима почива актуелно право интелектуалне својине. Најрадикалнији (мада не и довољно релевантан) политички израз тог процеса је настанак тзв. пиратских партија које у парламентима појединих земаља заговарају укидање ауторског права и битно сужавање права интелектуалне својине уопште.

<sup>4</sup> Michael D. Birnhack, „More or Better? Shaping the Public Domain“ у *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law*, (уредници L. Guibault, B. Hugenholtz), 2006, 60. Аутор разматра само ауторска дела и подсећа на инструменталистичку интерпретацију друштвеног оправдања постојања ауторског права.

<sup>5</sup> Скупштина WIPO је 2007. године основала Комитет за развој и право интелектуалне својине, и донела Агенду за развој са 45 препорука којима се Комитет отад бави. Две препоруке се односе на јавни домен. Препорука 16: ... „размотрити заштиту јавног домена у оквиру нормативног процеса WIPO-а, и продубити анализу импликација и предности богатог и доступног јавног домена“. Препорука 20: ... „унапредити нормативне активности које се односе на интелектуалну својину, а које подржавају робустан јавни домен у државама чланицама WIPO, укључујући могућност припреме смерница које би помогле заинтересованим државама чланицама да идентификују нематеријалне објекте који су пали у јавни домен у државама чланицама“. На основу тога је поменути Комитет одобрио тематски Пројекат о интелектуалној својини и јавном домену, чије компоненте обухватају ауторско право, патентно право, право зига и традиционална знања.

<sup>6</sup> Према учбеницима економије, неривалитет и неискључивост у потрошњи су обележја јавних добара. Неривалитет значи да више лица може да троши (користи) исто добро без оштећења његове супстанце, а неискључивост значи да није могуће искључити из потрошње таквог добра она лица која нису инвестирали у његову производњу. Види нпр. Борис Беговић, Мирољуб Лабус, Александра Јовановић, Економија за правнике, Београд 2008, 300.

правном режиму може бити јавно (ако је у јавном домену) или приватно (ако је под заштитом путем права интелектуалне својине).

Резиме резултата изучавања јавног домена у постојећој литератури (укључујући и један чланак аутора<sup>7</sup>) изгледа отприлике овако:

- Дефинисање јавног домена може се учинити на ужи или на шири начин. Ужи начин подразумева његово свођење на укупност нематеријалних добара која по закону не могу бити предмет заштите на основу права интелектуалне својине (тзв. онтолошки јавни домен), која не испуњавају законске услове за заштиту, као и она за које је истекао рок заштите. То је релативно јасно и стабилно језгро јавног домена. Шири дефиниција укључује и јавна добра која су у режиму важеће заштите на основу права интелектуалне својине, али које одређена трећа лица могу слободно користити на одређене начине на основу законом прописаних ограничења права интелектуалне својине (дакле, без обавезе да од титулара права прибаве сагласност и плате му накнаду). То је тзв. функционални јавни домен. Још шири дефиниција укључује и јавна добра која су у режиму важеће заштите али која титулар права интелектуалне својине добровољно препушта трећим лицима на слободно коришћење тако што не врши своје право или га бесплатно уступа трећим лицима без ограничења или с минималним ограничењима. За тај сегмент скован је термин „добровољни јавни домен“.
- Улога јавног домена је да: „служи као материјал за стварање нових знања и интелектуалних творевина; омогући конкуритивну имитацију; омогући јефтин приступ информацијама; обезбеди приступ културном наслеђу; унапреди образовање; унапреди јавно здравље и сигурност; унапреди демократске процесе и вредности“.<sup>8</sup>
- Као што нема светског права интелектуалне својине, већ делује принцип територијалности по којем субјективна права интелектуалне својине важе само на територијама оних земаља по чијем закону су призната, тако не постоји ни светски јавни домен. Наиме, национални закони могу се разликовати у погледу било којег критеријума који је одлучујући за статус одређеног нематеријалног добра (забрана заштите, услови заштите, трајање заштите, ограничења права). Стога, одређено нематеријално добро у одређеном тренутку може у једној земљи бити у јавном домену, а у другој земљи бити предмет важећег права интелектуалне својине.

---

<sup>7</sup> Слободан Марковић, „Јавни домен и право интелектуалне својине“, *Право и привреда*, бр. 4-6, 2011, 819-831.

<sup>8</sup> Pamela Samuelson, „Challenges in Mapping the Public Domain“ u *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law*, (уредници L. Guibault, B. Hugenholtz), 2006, 22. Према броју и квалитету радова из ове области, ова ауторка је међу највећим ауторитетима за тему јавног домена и ауторског права.

- Јавни домен може бити компромитован одређеним „спољним“ факторима као што су лична (тзв. морална) овлашћења аутора која у неким земљама попут Србије трају вечно<sup>9</sup>, правима сродним ауторском праву<sup>10</sup>, технолошким мерама заштите информационог садржаја на интернету<sup>11</sup> и др.
- Свака врста права интелектуалне својине има за предмет заштите одређену врсту нематеријалних добара. Отуда су за сваку врсту нематеријалних добара применљива различита правила разграничења између јавног и приватног домена. Генерално су у центру пажње нематеријална добра која представљају тзв. интелектуалне творевине (као што су ауторска дела и проналасци) јер код њих највише долази до изражаја правнополитичка неопходност одржавања друштвено продуктивног баланса између јавног и приватног домена.

У овом раду ћемо се користити појмом јавног домена у његовом најширем значењу које обухвата све случајеве у којима је допуштено користити одређено нематеријално добро без сагласности титулара права интелектуалне својине и без плаћања накнаде. Разматраће ћемо углавном концентрисати на две врсте нематеријалних добара: ауторска дела и проналаске.

Сврха овог рада је да проблематику јавног домена представи у контексту јавне политике чији крајњи циљ је друштвено благостање, а чија средства су (превасходно, а не једино) право конкуренције и право интелектуалне својине.

## 2. НЕМАТЕРИЈАЛНА ДОБРА ИЗМЕЂУ СЛОБОДЕ КОНКУРЕНЦИЈЕ И ЗАШТИТЕ ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ

Пређашња констатација да је подела на јавни и приватни домен у области нематеријалних добара настала са увођењем права интелектуалне својине у правни поредак, импликује да су пре тога сва нематеријална добра била у јавном домену. Међутим, важно је напоменути да настанак права интелектуалне својине није довео до приватизације једног дела јавног домена, него је омогућио приватизацију једног дела оних нематеријалних добара која ће тек настати. У том смислу, свакако се не може рећи да право интелектуалне својине сужава постојећи јавни домен. Оно само привремено

---

<sup>9</sup> На пример, за прераду ауторског дела за које је истекла заштита неопходна је сагласност наследника аутора, без обзира што је дело у јавном домену.

<sup>10</sup> На пример, није допуштено слободно умножавање или јавно саопштавање музичког ауторског дела које је у јавном домену, ако је оно забележено на фонограму и ако трају права интерпретатора или произвођача фонограма.

<sup>11</sup> На пример, на интернету фактички није могуће слободно коришћење музичког дела које је у јавном домену, ако је то дело технички (нпр. путем шифре) учињено недоступним без плаћања накнаде (из било којег разлога).

држи изван јавног домена она интелектуална добра која су настала захваљујући правноекономском подстицају у виду права интелектуалне својине, који држава даје власницима приватних ресурса, не би ли ови те ресурсе инвестирали у истраживање, развој, стваралаштво.

Разумејући то, можемо замислити слику да је јавни домен заправо огроман простор деловања слободе конкуренције. На том простору постоје одређена места на којима је слобода конкуренције суспендована вољом законодавца – то су места приватног домена који је последица деловања субјективних права интелектуалне својине. Линеарно разграничење између приватног и јавног домена могуће је само на апстрактан, односно теоријски начин. У практичном животу та граница није видљива без доброг познавања права интелектуалне својине и одређених чињеница које нису увек очигледне.<sup>12</sup>

Позабавићемо се сад тим разграничењем. Апстрактно посматрано, линија између јавног и приватног домена је линија између слободе конкуренције и права интелектуалне својине. Сматра се да она треба да буде постављена тамо где економски потстицаји утемељени у конкуренцији нису довољни да мотивишу власнике капитала да инвестирају у продукцију нових нематеријалних добара због несавршености тржишта (екстерни ефекти информације као јавног добра и немогућност присвајања њене друштвене вредности). На тој граници, недостајући економски подстицаји права конкуренције надомешћују се подстицајима у виду привремених искључивих права интелектуалне својине. Технички гледано, ту границу дефинишу норме права интелектуалне својине, које се тичу предмета заштите, услова заштите, обима и трајања заштите, ограничења заштите и др. Извесне корекције те границе могуће су и на основу норми права заштите конкуренције, као што је институт неопходних средстава, забрана споразума којима се ограничава конкуренција и др.

Начелно говорећи, иако се на тој граници сучељавају супротни принципи (слобода конкуренције насупрот искључењу конкуренције), важно је запамтити да оба принципа раде за исти циљ: ефикасност тржишта и бла-

---

<sup>12</sup> Примера ради, ако неко жели да креира атрактивну страницу на интернету уз коришћење обиља аудиовизуелних садржаја, он прво мора знати да разграничи ауторска дела, интерпретације, фонограме и видеограме од осталих садржаја. Затим мора сазнати ко су аутори ауторских дела, ко су актуелни титулари ауторског и сродних права, да ли су аутори још живи, односно колико година је прошло од њихове смрти. Коначно, мора остварити контакте са титуларима важећег ауторског и сродних права ради закључења одговарајућих уговора и плаћања накнаде. Аналогно важи и за случај кад неко жели да производи одређену технолошки сложенију робу на основу сопствених и туђих технолошких решења. Постоји податак да производња мобилног телефона Samsung Galaxy 2 подразумева коришћење технологије која укључује стотине хиљада патентираних проналазака (види <https://www.engine.is/news/category/so-how-many-patents-are-in-a-smartphone>, приступ августа 2019). У овим случајевима је практично разграничење јавног од приватног домена више него сложено, што јако оптерећује пословање трошковима и ризицима.

гостање потрошача. Синергија та два принципа постоји, међутим, само под условом да је граница између њих правилно постављена, тако да друштвени трошак никад не буде виши од друштвене користи деловања сваког од њих. Другим речима, економско функционисање приватног домена је оптерећено статичком неефикасношћу тржишта као последицом одсуства конкуренције. Јасно је да оправдање за то може постојати само ако је: (а) одсуство конкуренције било нужан подстицај за настанак тог приватног домена, чиме је унапређена динамичка ефикасност тржишта и (б) одсуство конкуренције трајало само онолико колико је било неопходно да се поврати инвестиција у приватни домен.

Данас у литератури преовлађује оцена да живимо у добу кад је граница између слободе конкуренције и права интелектуалне својине, односно између јавног и приватног домена умерена на штету слободе конкуренције (јавног домена), и то под притиском мултинационалних корпорација као највећих бенефицијара заштите интелектуалне својине. Ближе разматрање тог питања које данас доминира у стручним расправама, излази изван сврхе овог чланка. Желимо, међутим, да нагласимо да у расправи о потреби редифинисања права интелектуалне својине у информационом друштву, ми заправо говоримо о успостављању новог баланса између јавног и приватног домена у условима нових технологија и нових пословних модела.

Кад је реч о практичним аспектима разграничења између јавног и приватног домена (за потребе производње одређеног производа или пружање одређене услуге), проблеми су бројни. Они пре свега произлазе из већ поменуте релативности јавног домена. Он је релативан у просторном, временском и функционалном смислу истовремено. Другим речима, ауторско дело и проналазак могу бити расположиви за слободно коришћење у једној земљи, а у другој не; у једном тренутку не, а касније да; за једну сврху да, а за другу не; за једног субјекта да, а за другог не. То је последица територијалног дејства права интелектуалне својине, као и бројних ограничења тих права, прописаних националним законима. Овоме треба додати и чињеницу да су читаве области технологије и ауторског стваралаштва „покривене“ мрежом субјективних права интелектуалне својине различитих титулара. За привредне субјекте који желе да прибаве та права за потребе коришћења предмета заштите, то за последицу има огромне трансакционе трошкове, укључујући трошкове за ауторске и лицендне накнаде.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Овај феномен је у литератури познат као трагедија приватног домена (енгл. – *tragedy of anticommons*). Израз потиче из чланка Michael A. Heller, „Tragedy of Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets“, *Harvard Law Review*, Vol.111, 1998, 621-688. Аутор анализира проблеме у експлоатацији ресурса који је под правном контролом мношине субјеката. По правилу, ту долази до слома координације и ексцесних, па и прохибиторних трансакционих трошкова, што онемогућује друштвено ефикасно коришћење тог ресурса.

Дакле, поменуте околности су свакако извор значајних трошкова и ризика, а понекад делују и прохибиторно на пословање које тражи брзину и међународну правну сигурност.<sup>14</sup>

### 3. САМОРЕГУЛАЦИЈА ГРАНИЦЕ ИЗМЕЂУ ПРИВАТНОГ И ЈАВНОГ ДОМЕНА

Док се у теорији и политици води дебата о томе како променити норме права интелектуалне својине да би се граница између приватног и јавног домена прилагодила технолошко-привредним изазовима 21. века, занимљиво је да практичан живот налази и отвара нове начине којима се, у постојећем правном оквиру, та граница коригује у интересу свих учесника у процесу.

Насупрот интуитивном осећају да сваки субјект који инвестира у стварање одређеног нематеријалног добра радије експлоатише то добро у условима искључења конкуренције него у условима конкуренције, од последње деценије прошлог века па до данас ми смо сведоци појаве да одређени субјекти радије чине управо супротно. Иза тога, по правилу, не стоје филантропски разлози, него сагледавање сопственог интереса у другом светлу.

Појимо од софтвера отвореног кода (енгл.- *open source software*) као појаве која датира из 1985. године, чија идејна срж је у томе да се удруженим напорима множине програмера (аутора софтвера) креира софтвер који ће бити слободно доступан на интернету у свом изворном коду, тако да га свако може бесплатно користити, прилагођавати и усавршавати, уз обавезу да оно што је променио такође учини слободно доступним на интернету за бесплатно коришћење другима. Не улазећи у почетне идеолошке аспекте ове појаве,<sup>15</sup> пословни интерес учесника у том систему састоји се у: а) поде-

<sup>14</sup> Поменимо узгред и занимљиву појаву која је, чини се, узела маха у САД. Наиме, у складу са традицијом и прописима тамошњег ауторског права, примерци ауторских дела која су под ауторскоправном заштитом означавају се тзв. резервом о ауторском праву (енгл.- *copyright notice*) у виду знака ©, са годином првог издања и именом титулара права. Примећено је да многа издања ауторских дела за која је истекао рок заштите, носе ову ознаку или напомену са тим значењем, преварно шаљући сигнал публици да је дело под заштитом, тј. у приватном домену. Евидентно је реч о настојању да се без правног основа искључи конкуренција, односно прикрије да је реч о ауторском делу које је већ у јавном домену. Ближе о овоме види Jason Mazzone, „Copуfraud“, *New York University Law Review*, Vol.81, 2006, 1026-1100. Аутор се залаже за оштре грађанскоправне мере заштите јавног домена од ове врсте угрожавања, односно реприватизације.

<sup>15</sup> Richard Stallman, творац овог концепта и оснивач организације Free Software Foundation која њиме администрира, истицао је у први план идеалистичке мотиве. Види Richard Stallman, *Why Software Should Not Have Owners*, [www.gnu.org/philosophy/why-free.html](http://www.gnu.org/philosophy/why-free.html) (приступ августа 2019). Централни правни институт Creative Commons-а јесте тзв. СС лиценца (у нашем праву би било прикладније да се зове СС ауторски уговор) на основу које сва

ли трошкова развоја новог софтвера и б) креирању производа који ће бити платформа за конкуренско надметање у области комплементарне робе (нпр. апликативног софтвера или одређених уређаја) или услуга (нпр. одржавање софтвера, креирање интернет презентација и сл.).

У области ауторског стваралаштва, управо изложени концепт је добио огромно проширење у виду организације *Creative Commons* која сад има глобалну мрежу одговарајућих националних организација. Оне промовишу и логистички подржавају слободан приступ ауторским садржајима на интернету и њихово бесплатно коришћење и прерађивање, под условом да се поштује тзв. право патернитета аутора и да се све евентуалне измене такође учине слободно доступним на интернету ради бесплатног коришћења и даљих измена.<sup>16</sup> Један део своје виталне енергије *Creative Commons* црпи из чињенице да огроман број аутора нема опипљиву корист од искључивог дејства ауторског права. Такви аутори, у највећем броју случајева, допуштају слободну циркулацију својих дела на интернету, стичући тако афирмацију и популарност које настоје да валоризују на други начин.

Битно је да су и софтвер отвореног кода и *Creative Commons* само специфични начини вршења ауторског права које *ipso iure* постоји на тим ауторским делима. Наиме, титулари ауторског права на тим делима уступају општу неискључиву бесплатну лиценцу свим трећим лицима да слободно користе та дела под поменутиим условима. Правни механизам за санкционисање повреде обавезе из такве лиценце обезбеђује ауторско право у виду тужбе за повреду уговора о лиценци и тужбе за повреду ауторског права. Ауторска дела која су на овај начин слободна за бесплатно коришћење чине тзв. добровољни јавни домен, који смо поменули напред. На овим моделима почивају неки попуно нови погледи на дисеминацију информација. Поменимо, примера ради, само концепт тзв. отворене науке (енгл.- *open science*) која чини део званичне политике Европске уније.<sup>17</sup> Поента је да резултати, методологије и подаци који су произашли из научно-истраживачких пројеката финансираних новцем пореских обвезника, морају бити објављени у режиму *Creative commons* лиценци на интернету (у одговарајућим репозиторијумима). На тај начин јавност одмах и бесплатно долази до информација о пројектима, може да их користи, проверава и критикује. Тиме се

---

трећа лица, под одређеним условима, прибављају овлашћења на одређене типове коришћења ауторског дела. Реч је о типским лиценцама које се разликују по броју и врсти уступљених овлашћења, а сваки тип има свој визуелни симбол.

<sup>16</sup> Види детаљније на сајту српског огранка ове организације <http://creativecommons.org.rs/>.

<sup>17</sup> Commission Recommendation on Access to and Preservation of Scientific Information (C/2012/ 4890). На принципима отворене науке почива и научно истраживачки програм Европске уније HORIZON 2020 за период 2014-2020.

прескаче традиционална улога издавача скувих научних публикација чије прибављање за пореске обвезнике представља додатни трошак доласка до сазнања о резултатима истраживања која су сами већ платили.

У области техничког стваралаштва такође постоји неколико појава које почивају на контра-интуитивној логици. На пример, привредни субјекти инвестирају у истраживања и развој нових технологија које уопште немају намеру да патентирају, него их објављују да би спречиле њихово евентуално патентирање од стране конкурената (тзв. дефанзивно објављивање).<sup>18</sup> Другим речима, резултати тих истраживања иду директно у јавни домен како би могли бити предмет експлоатације на конкурентском тржишту. Као и у случају софтвера отвореног кода, *ratio* овога је процена да је технологија која је на овај начин створена и предата јавном домену, превасходно база за слободан даљи развој у чијим будућим резултатима се евентуално очекује одређена конкурентска предност.

Сличан случај је и уздржавање од вршења патента (енгл. – *patent non-assertion pledge*)<sup>19</sup>, којем титулар прибегава кад очекује да ће у условима слободног коришћења патентираних технологија доћи до жељеног технолошког помака захваљујући креативном раду множине субјеката који на тај начин деле трошкове тог развоја и стога нису нужно зависни од патентне заштите као начина за повраћај инвестиције.

У литератури постоји појам *property preempting investment*, који можемо слободно превести као инвестиција у јавни домен.<sup>20</sup> Он обухвата већину горњих примера тржишне саморегулације границе између јавног и приватног домена, без промене прописа о заштити интелектуалне својине. Овај

---

<sup>18</sup> Према правилима патентног права, објављивање техничког решења пре подношења патентне пријаве, води његовом уласку у тзв. стање технике и тиме заувек остаје изван могућности приватизације путем патента. За такво објављивање довољан је било који јавни медиј (часопис, књига, јавна демонстрација и сл. било где у свету). Данас преовлађују електронске објаве на интернету, на специјализованим порталима као што су на пример: Research Disclosure (<http://www.researchdisclosure.com/>), Defensive Publications (<http://www.defensivepublications.org/>), Open Patent Office (<http://www.openpatentoffice.org/>).

<sup>19</sup> Patent non-assertion pledge представља једнострано обећање које титулар патента даје јавности да неће уживати радње коришћења патентираних проналазак. У домаћој литератури о томе види Никола Илић, „Уздржавање од вршења патента“ у зборнику Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније (уредник Вук Радовић), Београд, 2015, 538 и даље.

<sup>20</sup> Види ближе у Robert P. Merges, „A New Dynamism in the Public Domain“, University of Chicago Law Review, Vol.71, 2004, 185 и даље. Аутор документује овај феномен на примерима истраживања у области биотехнологије (секвенце гена) и софтвера отвореног кода, објашњавајући зашто је у интересу одговарајућих компанија као што су Merck Pharmaceuticals или IBM да резултате својих истраживања и инвестиција одмах препусте јавном домену, уместо да их експлоатишу у режиму приватног домена путем права интелектуалне својине.

„приватни ре-инжењеринг структуре правних овлашћења у интересу људи који хоће да обаве посао“<sup>21</sup> свакако није коначни одговор на проблеме права интелектуалне својине у информационом друштву, али јесте један одушак путем којег се смањује притисак на хитност темељитије реформе права интелектуалне својине, и добија време за разматрање квалитетних законских решења.

#### 4. ПРИСТУП ЈАВНОМ ДОМЕНУ

Како смо већ напред рекли, у време које је претходило настанку права интелектуалне својине постојала је апсолутна доминација јавног домена. Међутим, не треба изгубити из вида да је и тад постојао легитиман интерес појединих субјеката да одређена информација не буде слободна за коришћење од стране трећих лица. Једини начин да се то постигне јесте држање информације у тајности. Једна од друштвених користи увођења права интелектуалне својине у правни поредак је у томе што је омогућено да информација буде објављена, а да тиме не падне нужно у јавни домен.<sup>22</sup> Стога можемо на право интелектуалне својине гледати, поред осталог, као на својерсан друштвеноекономски компромис између тајности, с једне, и јавног домена, с друге стране.<sup>23</sup> Потреба за тајности тиме није сасвим престала, тј. она и данас представља један од начина да се другоме онемогући коришћење одређене информације.<sup>24</sup>

То нас води једном крупном питању у вези с јавним доменом. Реч је о **доступности** нематеријалног добра (информације) које је у јавном домену. Наиме, евидентно је да постоји део јавног домена који не може да врши своју друштвену функцију зато што је његов садржај недоступан. Недоступност је елеменат дефиниције тајности, али то не значи да је доступност елеменат дефиниције јавног домена. Постоје нематеријална добра у јавном домену, за

<sup>21</sup> Ibidem, 203.

<sup>22</sup> Штавише, у патентном праву је објављивање проналаска у патентној пријави услов за његово патентирање. Ипак, чување проналаска у тајности остаје рационалнији избор у појединим ситуацијама.

<sup>23</sup> Rufus Pollock, *The Value of the Public Domain*, Institute for Public Policy Research, London, 2006, 3.

<sup>24</sup> На овом месту могуће је запитати се да ли би тајне информације требало рачунати у приватни домен. Интуитивно гледано, одговор је вероватно потврдан. Међутим, теоријска доследност налаже да тајне информације оставимо изван поделе на јавни и приватни домен. Разлог томе је већ поменута чињеница да је ова подела настала с појавом права интелектуалне својине, као инструмента за решавање слабости тржишта нематеријалних добара (позитиван екстерни ефекат и немогућност присвајања друштвене вредности). Код тајних информација нема тих слабости тржишта, што ове чини неутралним у односу на поделу о којој говоримо.

која јавност зна али из одређених разлога не може да им слободно и/или лако приступи. Разлог може бити технички (нпр. не постоје примерци одређеног ауторског дела; ауторско дело или други садржај је на интернету заштићен технолошким мерама спречавања приступа). Разлог може бити и правни, с тим да он није повезан с правом интелектуалне својине (нпр. музеј наплаћује скупе улазнице за разгледање ауторских дела у јавном домену, и забрањује њихово фотографисање; држава наплаћује коришћење података генерисаних радом јавних служби, као што су географски, метеоролошки и др. подаци). Дакле, припадност одређеног нематеријалног добра (информације) јавном домену не гарантује доступност тог добра јавности – гарантује само да не постоје препреке његовом слободном **коришћењу**, у виду субјективних права интелектуалне својине. Отуда следе један важан закључак и једно занимљиво питање. Закључак је да се размишљање о друштвеној функцији и вредности јавног домена не може раздвојити од питања његове доступности јавности. Питање је: у каквој су вези доступност интелектуалног добра, с једне, и право интелектуалне својине, с друге стране, односно да ли се одговарајућом реформом права интелектуалне својине може повећати доступност нематеријалних добара?<sup>25</sup>

За потребе овог чланка, горњи закључак заслужује само краћи коментар. Данас преовлађује схватање да је интернет кључно техничко средство за решење проблема доступности јавног домена. Интернет свакако не може да приволи издаваче да издају дела чији је тираж давно исцрпљен, не може да смањи цене примерака ауторских дела у продавницама, нити може да укине скупе улазнице за музеје, али може свако нематеријално добро (информацију, садржај) које је у јавном домену да доведе до милијарди људи широм планете, и то по цени која гравитира нули. Услов за то је да је нематеријално добро „пребачено“ у одговарајући дигитални запис. Дакле, несагледиви комуникациони потенцијал интернета може бити стављен у функцију доступности јавног домена путем дигитализације истог. У свету тренутно постоји мноштво започетих, поодмаклих и планираних пројеката дигитализације појединих сегмената културног наслеђа које је у јавном домену, са циљем да се свакоме на планети, који има прикључак на интернет, омогући приступ што већем сегменту јавног домена. Дигитализација културног наслеђа је огроман пројекат са глобалним импликацијама, те захтева висок степен координације учесника превасходно ради рационализације трошкова, те ком-

---

<sup>25</sup> Има, додуше, једна ствар која се тиче доступности садржаја на интернету, а која је уређена правом интелектуалне својине. То су тзв. технолошке мере заштите, које су санкционисане као посредна повреда ауторског права или сродних права, под условом да је заштићени садржај „покривен“ ауторским или сродним правом. Ако је реч о садржају који је у јавном домену, такве мере заштите престају да буду предмет регулација правом интелектуалне својине.

патибилности и интероперабилности база података које тако настају. То су углавном техничка питања чијем разматрању нема места у овом раду.

Уместо тога, враћамо се горњем питању о односу између доступности нематеријалних добара и права интелектуалне својине. Ваља прво констатовати да право интелектуалне својине, категоријално гледано, није у колизији са доступношћу нематеријалних добара, без обзира да ли су она у приватном или у јавном домену. На списку искључивих овлашћења из права интелектуалне својине налазе се радње привредног коришћења заштићених интелектуалних добара, што значи да су радње сазнавања или перципирања предмета заштите изван регулација права интелектуалне својине. Следствено томе, право интелектуалне својине је, **по свом правном дејству**, неутрално у односу на доступност нематеријалних добара.

Формална тачност горње констатације, међутим, ни изблиза не одражава целину слике. Остатак слике чине **економске последице** деловања права интелектуалне својине. Наиме, искључива овлашћења титулара права интелектуалне својине имају за последицу забрану директне конкуренције. Ако производ или услуга који су покривени тим овлашћењима немају супституте на тржишту, положај титулара права има карактер монопола. Управљајући рационално понудом и ценом такве робе или услуге, монополиста свакако ограничава приступ тој роби или услузи, што је, заправо, у економској бити интелектуалне својине. Отуда, кад се покушава објаснити разлог чињенице да су нпр. патентирани лекови увек вишеструко скупљи (па стога и недоступни људима слабе куповне моћи) од тзв. генеричких лекова за које је истекао рок патентне заштите, било би цинично да кажемо да је то последица дејства права својине продавца, иако у тој трансакцији доиста долази до промета својине на одређеном паковању лека, а не до промета права интелектуалне својине на проналаску лека.<sup>26</sup>

Дакле, дејство права интелектуалне својине суштински има негативан ефекат на доступност нематеријалних добара која су у приватном домену, и то представља друштвени трошак постојања права интелектуалне својине (на који је друштво пристало).

<sup>26</sup> Илустрације ради, направимо мало поређење. Одређено лице купи 200гр саламе у месарници, а затим пређе у књижару и тамо купи примерак Библије и примерак најновијег романа неког актуелног светског писца. Салама је ствар, а не нематеријално добро; примерак Библије садржи нематеријално добро које је у јавном домену, а примерак поменутог романа садржи нематеријално добро које је у приватном домену (заштићено ауторским правом). Слободној доступности тих добара испречује се продавац који у сва три случаја условљава предају робе плаћањем цене. Цена је битни елемент уговора о куповини и продаји, којим се врши трансфер својине на роби. Дакле, својина је непосредно правно ограничење слободном приступу овој роби, али цена саламе и примерка Библије одређена је, захваљујући конкуренцији, на нивоу маргиналног трошка јединице производа, док је цена примерка заштићеног ауторског дела одређена на вишем нивоу захваљујући искључивом дејству ауторског права.

Акцент нашег разматрања је, међутим, на јавном домену и премиси да његова доступност не може бити ограничена правом интелектуалне својине. Другим речима, уласком једног нематеријалног добра у јавни домен мора бити прекинута свака веза тог добра са режимом права интелектуалне својине. То је неспоран правнополитички циљ, који не успева увек да буде остварен. Осврнућемо се овде на четири појаве: реприватизација јавног домена, техничке мере заштите од приступа садржају на интернету, правни режим ауторских дела чији аутор није познат (тзв. дела сирочићи, енгл. – *orphan works*) и базе података.

Кад се говори о реприватизацији јавног домена мисли се на ретке случајеве кад одређено нематеријално добро изађе из правног режима приватног домена и уђе у јавни домен, па затим интервенцијом законодавца буде враћено у приватни домен. То је, на пример, 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.<sup>27</sup> Други пример односи се 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 *post mortem auctoris*. 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.<sup>28</sup>

Овде ваља поменути и настојање појединих неразвијених земаља и земаља у развоју да међународним конвенцијама и националним законима уведу правну заштиту за традиционална знања и генетске ресурсе. У својој бити, ово настојање такође циља на неку врсту реприватизације или ограничења јавног домена, због чега нема изгледа на шири међународни успех.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> 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 Tyler T. Ochoa, „Origins and Meaning of the Public Domain“, *University Of Dayton Law Review*, Vol.28, бр.2, 2002, 220, 221.

<sup>28</sup> Занимљиву анализу комбинованог деловања различитих рокова заштите, принципа недискриминације држављана ЕУ и чл. 18 Бернске конвенције види у Paul E. Geller, „Zombie and Once Dead Works – Copyright Retroactivity After the EC Term Directive“, *Entertainment And Sports Lawyer*, Vol. 18, бр. 2, 2000, 7. За анализу су, као пример, узети опера Тоска, од Ђ. Пучинија, ликовно дело Бродвеј буги-вуги од Мондријана и музичка композиција Му Way од 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“. Схватање јавног домена као гробља ауторских дела је све друго него умесно, и одражава застарели интелектуално-својинско-центрични поглед на културно наслеђе.

<sup>29</sup> Види детаљније у Слободан Марковић, „Очување биодиверзитета и право интелектуалне својине: концептуални неспоразум“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1, 2017, 7-24.

Техничке мере заштите од приступа нематеријалним добрима на интернету имају *per se* карактер упоредив са мерама заштите од крађе нпр. књига у књижари. То, по себи, није предмет интересовања права интелектуалне својине. Међутим, ако се тим мерама заштите ограничава приступ ауторским делима и предметима сродног права који су у приватном домену, ствари стоје друкчије јер је санкционисање неовлашћеног уклањања тих техничких мера заштите нормирано као (посредна) повреда права интелектуалне својине.<sup>30</sup> Ситуација у којој право интелектуалне својине на овај начин омета приступ јавном домену је, на пример, следећа: одређена Бахова композиција која је одавно у јавном домену, изведена је недавно од стране одређеног оркестра, а све то је снимљено на комерцијално издати фонограм. Уколико се тај фонограм нађе на интернету, могуће је заштитити га техничким мерама од недопуштеног приступа на основу важећег права интерпретатора и произвођача фонограма. Тиме, међутим, бива онемогућен приступ и Баховој композицији која је у јавном домену, будући да је практично немогуће раставити композицију од њене интерпретације и од фонограма. Још еклатантнији пример је кад је техничким мерама заштићени садржај који је у приватном домену, те стога лице које има право да га користи (па самим тим и да му приступи) на основу одређеног **ограничења ауторског и сродног права**, то не може да учини. Овде је реч о ограничавању приступа тзв. функционалном јавном домену. Упркос законским одредбама које адресирају овај проблем,<sup>31</sup> за њега нема практичног и ефикасног решења.

Занимљиво је да се у литератури наилази на глас да би једина правична противтежа правном санкционисању техничких мера заштите приватног домена на интернету, заправо била законска забрана коришћења тих мера у односу на приватни домен. Тако би, *de lege ferenda*, требало да се уведе правна одговорност за повреду права приступа јавном домену.<sup>32</sup> Иако делује заводљиво, сматрамо да је то сасвим нереално јер представља насиље над функционисањем тржишта информација на интернету.

Рецимо укратко и о делима чији аутор није познат – прецизније, чији носилац ауторског права није познат. Реч је о специфичном проблему који

<sup>30</sup> WIPO Уговор о ауторском праву из 1996. године прописује у члановима 11 и 12 обавезу држава чланица да санкционишу тзв. заобилажење (енгл. - circumvention) техничких мера заштите, укључујући уклањање или мењање електронских информација које служе управљању ауторским паравом. Ову обавезу су САД испуниле доношењем Миленијумског дигиталног закона о ауторском праву (енгл.- Millenium Digital Copyright Act) 1998, а ЕУ је преко чланова 7 и 8 Директиве о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву (2001/29) обавезала своје чланице да учине исто. Законодавац Србије је одговарајуће одредбе унео у Закон о ауторском и сродним правима (чл.208).

<sup>31</sup> Види на пример члан 209 Закона о ауторском и сродним правима Србије.

<sup>32</sup> Paul Goldstein, „Copyright and its Substitutes“, Wisconsin Law Review, 1997, 869.

омета велики и важан процес дигитализације културне баштине. Наиме, културна баштина обухвата како јавни, тако и приватни домен. Дигитализација јавног домена је свакако слободна. Насупрот томе, дигитализација приватног домена (и његово коришћење) подразумева прибављање сагласности титулара ауторског права и сродних права, као и плаћање накнаде. Стога је за субјекте који спроводе дигитализацију од највеће важности да разграниче која нематеријална добра су у јавном, а која у приватном домену. Поред тешкоћа које произлазе из већ помињане релативности јавног домена (као последице територијалног дејства права интелектуалне својине), јавља се и проблем утврђења идентитета титулара ауторског или сродног права за одређено нематеријално добро. Немање те информације може да доведе до ситуације да се одређено нематеријално добро третира као саставни део јавног домена, а да се по извршеној дигитализацији и чињењу тог нематеријалног добра доступним јавности путем интернета, јави носилац права и тужи за повреду ауторског или сродног права.<sup>33</sup> Да би умањила ризике наступања таквог сценарија Европска унија је донела директиву којом је прописала процедуре тзв. пажљиве претраге (енгл. – *diligent search*) у циљу откривања идентитета носиоца ауторског или сродног права, као и последице неуспешног окончања исте.<sup>34</sup> Поента је да се дело, за које није могао бити пронађен носилац права, региструје као такво у Европском заводу за интелектуалну својину, чиме може на територији целе ЕУ постати предмет слободне дигитализације и коришћења од стране културних институција које спроводе дигитализацију културног наслеђа. Ако се накнадно појави носилац права, он не може тужити за повреду ауторског или сродног права већ може само тражити да се дело врати у приватни домен.

Материја којом се уређује статус нематеријалних добара за која није могуће утврдити носиоца ауторског или сродног права припада, несумњиво, корпусу права интелектуалне својине. Из те околности сматрамо да извлачимо исправан закључак о могућем двосмерном дејству права интелектуалне својине на јавни домен. Наиме, дело за које је формално утврђен статус дела чији носилац права није познат, сматра се да припада јавном домену. Међутим, на основу истих прописа, такво дело може бити враћено у приватни домен (реприватизовано) ако и када се појави носилац права.

---

<sup>33</sup> Размере овог проблема могу се наслутити из податка да Британска библиотека процењује да је за око 40% материјала у колекцијама које су под ауторском или сродноправном заштитом, носилац права непознат. Види EU Commission Memo „Orphan Works – Frequently Asked Questions“ ([http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-12-743\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-743_en.htm?locale=en), приступ јула 2019).

<sup>34</sup> Директива 12/28/EУ о одређеним допуштеним коришћењима дела чији носилац права није познат, од 2012. године (Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works).

Коначно, увођење заштите за базе података у Европској унији 1996. године<sup>35</sup> створило је још једно поље задирања права интелектуалне својине у јавни домен, у смислу ометања доступности јавног домена. У намери да заштити инвестицију у прикупљање, верификацију, систематизацију и ажурирање великог броја података који *per se* припадају јавном домену, Европска унија је креирала ново сродно право<sup>36</sup> у виду права заштите база података, чији изворни титулар је субјект који је учинио значајну инвестицију у производњу те базе. Иако је иницијални рок трајања права ограничен на 15 година од настанка базе података, оно добија неограничено трајање ако се база података ажурира (после сваког ажурирања рачуна се нови рок од 15 година). Разумљиво је да укључењем одређеног податка у заштићену базу, тај податак *per se* није постао заштићен правом интелектуалне својине, али је доступност тог податка преко базе података (чему она, уосталом, и служи), отежана условом сагласности титулара права заштите базе података и плаћањем накнаде.

Занимљиво је да су се САД, које су иначе наклоњење пролиферацији права интелектуалне својине у циљу заштите инвеститора и крупног бизниса, уздржале од увођења овог права у свој правни поредак управо са позиције отпора према отежању приступа подацима који представљају тзв. органски јавни домен. Без намере да дајемо коначан суд о оправданости постојања права заштите базе података, истичемо да је овде реч о једној *do ut des* ситуацији. Наиме, конкретан податак (који је свакако у јавном домену) у практичном животу не би био лакше доступан да није садржан у бази података; база података управо служи томе да кориснику омогући лакши, бржи и поузданији приступ податку, с тим да је „цена“ тога садржана у обавезама које корисник има према титулару права који је то омогућио. Корисник увек може одабрати компликованији пут до траженог податка, не користећи базу

<sup>35</sup> Директива 96/9/ЕЗ о правној заштити база података, од 1996. године (Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases).

<sup>36</sup> Званично, ЕУ третира ово право као *sui generis*, и инсистира на томе да то није сродно право. Разлог томе нема утемељење у стручној анализи овог права. Постоји мишљење да је реч о вештом начину да се држављанима и резидентима земаља које не признају реципрочну заштиту база података, онемогући да га уживају у ЕУ на основу принципа националног третмана странаца. Тако William Cornish, *Intellectual Property – Omnipresent, Distracting, Irrelevant?*, Clarendon Law Lectures, Oxford, 2004, 38. Не оспоравајући утемељеност ове оцене, констатујемо ипак да овде није реч о примени принципа националног третмана странаца на основу чл.3 TRIPS-а, јер је та обавеза по TRIPS-у ограничена само на она права интелектуалне својине која су уређена TRIPS-ом. Како TRIPS не помиње сродна права на генералан начин, нити посебно помиње право заштите база података као сродно право, јасно је да Cornish мисли на неки други могући извор те обавезе, као нпр. на билатералне уговоре које ЕУ има са појединим земљама, укључујући САД, а које ми овде нисмо консултовали.

података, с тим да је питање хоће ли тај пут бити и јефтинији за њега. Контра-аргумент овом резону полази од примера базе података који су добијени истраживањима у области биотехнологије и генетике. Ако ти подаци по закону представљају тзв. органски јавни домен, а нема прихватљиве алтернативе њиховом приступу осим коришћења базе података која је заштићена правом интелектуалне својине, практичан ефекат је индиректна заштита података, тј. њихова приватизација.

Како год било, овде имамо још један пример утицаја права интелектуалне својине на јавни домен, где нематеријално добро из јавног домена (податак), преко базе података која је у приватном домену, допире до јавности тек уз савладавање препрека које су иначе карактеристичне за функционисање приватног домена.

Резимирајући преглед описаних случајева у којима право интелектуалне својине интерферира са јавним доменом, тако што отежава или ограничава приступ истом, можемо уочити да том проблематиком не управљају принципи и „природа ствари“, него прагматизам мотивисан настојањем да се намире одређени интереси које законодавац, у датом тренутку, сматра битним. Стога је илузорно озбиљно говорити о праву интелектуалне својине *de lege ferenda*, које ће оставити јавни домен сасвим на миру.

С друге стране, свест о значају доступности јавног домена за развојне интересе друштва довела је до тога да се ово питање више не разматра само у контексту права интелектуалне својине, него и у контексту разних других правних и фактичких препрека доступности. Ту су од посебног значаја информације (нематеријална добра) које су генерисане од стране јавног сектора. Са аспекта права интелектуалне својине, већина тих информација неспорно припада тзв. органском јавном домену. Међутим, приступ њима је некада рестриктиван ради покривања одређених трошкова. На бази бројних студија које самеравају трошкове генерисања информација у јавном сектору, с једне, и економског потенцијала разних привредних активности заснованих на њима, с друге стране,<sup>37</sup> ЕУ је 2019. године донела Директиву о отвореним подацима и коришћењу информација из јавног сектора.<sup>38</sup> Циљ Директиве је да се, поред осталог, стимулише објављивање информација генерисаних у јавном сектору, а максимална накнада за њихово коришћење сведе на маргинални трошак њихове дистрибуције (а не продукције), те да

<sup>37</sup> Види Rufus Pollock, *Op.cit.*, 13,14. На примеру метеоролошких и географских података аутор илуструје стање у САД и ЕУ, показујући да САД, својим либералним ставом према доступности јавног домена генерисаног у јавном сектору, дају знатно већи замах својој привреди, него што то чини ЕУ.

<sup>38</sup> Directive (EU) 2019/1024 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on open data and the re-use of public sector information. Овом директивом је замењена слична директива из 2003. године.

се успоставе бесплатне и слободно доступне базе података уједначеног формата у областима географије, осматрања Земље и природне околине, метеорологије, статистике, компанија и власништва над њима, мобилности.

## 5. ЕКОНОМСКА ВРЕДНОСТ ЈАВНОГ ДОМЕНА

Свако ће интуитивно рећи да је вредност јавног домена немерљива, имајући у виду све његове функције у друштву. Међутим, ако говоримо само о његовој економској вредности, морамо поћи од идеализоване претпоставке да је свако нематеријално добро, које је садржано у јавном домену, инкорпорисано у неку робу или услугу која се нуди на тржишту. Сума потрошачког и произвођачког вишка у условима равнотеже тражње и понуде за сваки такав производ или услугу, представља макроекономску вредност јавног домена, односно вредност којом јавни домен учествује у економском благостању друштва.

У економској струци не постоје расположиви алати за моделирање, уз помоћ којих би било могуће дати веродостојну процену економске вредности јавног домена. Постоје, међутим, нека новија истраживања која настоје да квантитативним методама оспоре једну од популарних теза којом се брани економска утемељеност права интелектуалне својине, а то је да постоји већи економски подстицај за привредну експлоатацију нематеријалних добара која су приватном домену, од оних која су у јавном домену. Ова теза почива на премиси да је пословање у условима искључења конкуренције *a priori* атрактивније за привредног субјекта него пословање у условима конкуренције. Последично, тржишна расположивост нематеријалних добара из приватног домена, требало би да је већа од оне из јавног домена.

Без намере да у целини оспоравамо основаност горње тезе, упућујемо на прилично обимно и мунуциозно емпиријско истраживање спроведено у САД, које се тиче учестаности коришћења одређеног узорка књижевних и музичких дела, зависно од тога да ли су у јавном или приватном домену. У области књижевности, реч је понуди дела на платформи *Amazon.com*, а кад је реч о музици, реч је о делима која су коришћена у америчким играним филмовима који су издати на DVD. Насупрот очекивањима заснованим на теорији, резултати истраживања су показали упадљиви мањак понуде и коришћења ауторских дела из приватног домена (временски распон од 1923 до 2012) у односу на понуду из јавног домена.<sup>39</sup>

Постоји још убедљивија емпиријска анализа економских ефеката коришћења јавног домена, која је спроведена на узорку фотографија познатих

<sup>39</sup> Paul J. Heald, „How Copyright Keeps Works Disappeared“, *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 11, 2014, 829 и даље. Аутор претерано одважно констатује да „ауторско право пре значајно корелира са нестајањем ауторских дела, него са њиховом расположивошћу“, *op.cit.*, 830.

личности, које се користе на Википедији. Будући да су фотографије ауторска дела, логично је да Википедија укључује само фотографије које су у јавном домену. Постојање фотографија на страници Википедије повећава њену посећеност за 17-19%. Кад би Википедија била комерцијални сервис који се издржава од реклама, а полазећи од тога да свака посета интернет страници у просеку генерише 0,0053 USD прихода од рекламе, израчунато је да је вредност јавног домена у области фотографије за целу Википедију на енглеском језику око 33, 9 милиона USD.<sup>40</sup>

Иако се баве јавним доменом само парцијално (другачије није ни могуће), поменута истраживања заслужују пажњу јер демонстрирају да се стање ствари у овој области променило у односу на пре-дигитално технолошко доба. Традиционална парадигма по којој се кориснику дела не исплати да инвестира у његову привредну експлоатацију ако нема одговарајуће право интелектуалне својине које ће држати конкуренцију на одстојању, не може да опстане у ери интернета, где је трошак умножавања и дистрибуције садржаја скоро на нули. Управо та околност ствара простор за нове пословне моделе експлоатације нематеријалних добара, где јавни домен постаје атрактивнији него што је био раније.

## 6. ЗАВРШНИ ПОГЛЕД

„Наша тренутна парадигма представља облик мономаније у којој монополска права у виду права интелектуалне својине измештају све остало из нашег размишљања о овој теми. То нас везује за уско и погрешно гледиште у којем је иновација у центру, а приступ на периферији“<sup>41</sup>. Однос између иновације (рачунајући ту и друге резултате људске креативности), с једне, и њене доступности људима, с друге стране, није једнозначан. Тај однос обликују тржиште и иновациона политика. Потребно је да иновациона политика прати функционисање тржишта у датим технолошким условима, и путем права интелектуалне својине, пореских прописа, субвенција итд. оптимизује не само иновациону делатност него и приступ иновацијама као две друштвене вредности **истог ранга**. Кад се у том контексту гледа на јавни и приватни домен, економски разлози кажу да би у будућности требало акценат ставити на истраживање привредног и иновационог потенцијала

---

<sup>40</sup> Kristofer Erickson et al., *Copyright and the Value of the Public Domain*, CREATE Working Paper Series, UK Intellectual Property Office, 2015 ([https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/561543/Copyright-and-the-public-domain.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/561543/Copyright-and-the-public-domain.pdf), приступ јуна 2019). Овим истраживањем обухваћена су још нека поља економске експлоатације јавног домена.

<sup>41</sup> Rufus Pollock, *Op.cit.*, 4

јавног домена, као првог политичког избора, а приватни домен оставити као ствар другог политичког избора.

Конкретније говорећи, чини се да су три кључна елемента око којих се окрећу инструменти иновационе политике: стимулативна награда за инвестирање у технолошки и културни развој, слобода/ограничење конкуренције и слобода/ограничење приступа тековинама развоја.<sup>42</sup> Те елементе би требало поново размотрити и међусобно ускладити у условима информационог друштва, ради максимизације благостања не само тзв. креативне индустрије, него и стваралача и потрошача, па макар то значило и крупније промене на плану права интелектуалне својине.

Има, међутим, нешто што као неизговорена претња стоји над овим послом. То је гледиште по којем право интелектуалне својине (па тиме и граница између приватног и јавног домена) није ствар политичког избора, него је ствар природног права човека (*ерџо*, не може се сужавати, преобликовати или доводити у питање на основу утилитарних разлога). Наиме, постоји један корпус литературе која аргументује природноправни карактер права интелектуалне својине, не само чинећи аналогију са правом својине на стварима, него и доказујући да је природноправни карактер израженији код интелектуалне својине него код својине на стварима.<sup>43</sup> Тумачење Европског суда за људска права да се Протокол 1 Европске конвенције о људским правима, који се односи на имовину, аналогно примењује и на интелектуалну својину<sup>44</sup>, свакако не представља доказ да и Конвенција заузима такав став, али није сасвим без значаја.

Околност да овај рад почива на дубоком уверењу аутора у утилитаристичку природу права интелектуалне својине (системска интервенција државе у слободно тржиште ради подстицања приватног инвестирања у културни и технолошки развој друштва) неће нас овде одвести у полемику са онима који

<sup>42</sup> Charlotte Waelde, Hector MacQueen: „Introduction“ у зборнику Intellectual Property – the Many Faces of the Public Domain (уредници Charlotte Waelde, Hector MacQueen), Cheltenham UK 2007, XVI.

<sup>43</sup> Извориште највећег дела тих теорија је свакако Џон Лок, Две расправе о влади, Утопија, Београд, 2002, где је дато природноправно објашњење настанка и оправданости права својине на стварима. Међу старијим ауторима који су Локову теорију транспоновали на интелектуалну својину вреди издвојити Lysander Spooner, The Law of Intellectual Property – An Essay on the Right of Authors and Inventors to a Perpetual Property in their Ideas, Boston, Bela Marsh, 1855 (<https://oll.libertyfund.org/titles/spooner-the-law-of-intellectual-property-1855>), приступ августа 2019). Међу новијим ауторима види нпр. Adam Moore, „A Lockean Theory of Intellectual Property Revisited.“ San Diego Law Review, Vol. 49, 2012, 1069-1103.

<sup>44</sup> Квалитетан преглед и анализу праксе Европског суда правде у материји права интелектуалне својине види у Christophe Geiger, Elena Izumenko, Intellectual Property before the European Court of Human Rights, Center for International Intellectual Property Studies Research Paper No. 2018-01, CEIPI, Strasbourg ([https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3116752](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3116752), приступ августа 2019). Поред права на имовину, ова студија обухвата и аспекте слободе говора, права на приватност, права на фер суђење.

мисле друкчије.<sup>45</sup> Уместо тога, упућујемо на студију Хјуа Брејкија<sup>46</sup> који полази од актуелног права интелектуалне својине и доказује да све основне вредности на којима се заснива теорија природних права<sup>47</sup>, пре говоре у прилог ширења и јачања јавног домена, него приватног домена. Ове теоријске расправе, међутим, имају мало значаја за нормативну активност глобалних организација као што су Светска организација за интелектуалну својину или Светска трговинска организација, јер „оне теже компромисима између легалитета и ауторитета, често кршећи демократска правила, жртвујући једнакост и бирократску неутралност да би задовољили своју политичку клијентелу која их издржава, и тиме задржали моћ“.<sup>48</sup> Ту политички клијентелу, нажалост, чине велике корпорације као највећи бенефицијари права интелектуалне својине, које преко влада најразвијенијих држава раде све да задрже и ојачају своје позиције.

Из ових разлога смо склони мишљењу да ће суштинско прилагођавање права интелектуалне својине информационом друштву, па тиме и реконфигурација приватног и јавног домена, у блиској будућности динамичније да тече у виду приватног прилагођавања појединих титулара права новим технолошким могућностима и пословним моделима, него путем промене прописа на међународном и националном плану.

## ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

- Birnhack Michael D., „More or Better? Shaping the Public Domain“ у *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law*, (уредници L. Guibault, B. Hugenholtz), 2006, 59-86.
- Беговић Борис, Мирољуб Лабус, Александра Јовановић, *Економија за њравнике, Београд 2008*,
- Boyle James, *The Public Domain – Enclosing the Commons of the Mind*, New Haven, Yale University, 2008.
- Erickson Kristofer et al., *Copyright and the Value of the Public Domain*, CREATE Working Paper Series, UK Intellectual Property Office, 2015.

---

<sup>45</sup> Ипак, нећемо пропустити прилику да поставимо већ познато питање: ако је право интелектуалне својине природно право човека, како објаснити временску ограниченост ауторског права, патента, права заштите дизајна. Види James Boyle, *The Public Domain – Enclosing the Commons of the Mind*, New Haven, Yale University, 2008, 29.

<sup>46</sup> Hugh Breakey, „Natural Intellectual Property Rights and the Public Domain“, *The Modern Law Review*, Vol.73, No.2, 2010, 208-239.

<sup>47</sup> То су нпр. доследност (consistency), универзална примењивост (universalisability), претходни пристанак других (prior consent), само-власништво (self-ownership) итд.

<sup>48</sup> Jonathan Koppel, *Accountability, Legitimacy and the Design of Global Governance*, University of Chicago Press, 2010 (наведено према Severin de Wit, „Challenges in Public and Private Domains Will Shape the Future of Intellectual Property“, *National Taipei University of Technology Journal of Intellectual Property Law and Management*, Vol.3, No.1, 2014, 33).

- Geiger Christophe, Elena Izymenko, *Intellectual Property before the European Court of Human Rights*, Center for International Intellectual Property Studies Research Paper No. 2018-01, CEIPI, Strasbourg 2018.
- Geller Paul E., „Zombie and Once Dead Works – Copyright Retroactivity After the EC Term Directive“, *Entertainment And Sports Lawyer*, Vol. 18, бр. 2, 2000, 7.
- Goldstein Paul, „Copyright and its Substitutes“, *Wisconsin Law Review*, 1997, 866.
- Heald Paul J., „How Copyright Keeps Works Disappeared“, *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 11, 2014, 829-866.
- Heller Michael A., „Tragedy of Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets“, *Harvard Law Review*, Vol.111, 1998, 621-688.
- Илић Никола, „Уздржавање од вршења патента“ у зборнику *Усклађивање њо-словног њрава Србије са њравом Евројске уније* (уредник Вук Радовић), Београд, 2015, 538 и даље.
- Лок Џон, *Две расѡраве о влади*, Утопија, Београд, 2002.
- Марковић Слободан, „Јавни домен и право интелектуалне својине“, *Право и ѡривреда*, бр. 4-6, 2011, 819-831.
- Марковић Слободан, „Очување биодиверзитета и право интелектуалне својине: концептуални неспоразум“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1, 2017, 7-24.
- Mazzone Jason, „Copyfraud“, *New York University Law Review*, Vol.81, 2006, 1026-1100.
- Merges Robert P., „A New Dynamism in the Public Domain“, *University of Chicago Law Review*, Vol.71, 2004, 185 и даље.
- Moore Adam, „A Lockean Theory of Intellectual Property Revisited.“ *San Diego Law Review*, Vol. 49, 2012, 1069-1103.
- Ochoa Tyler T., „Origins and Meaning of the Public Domain“, *University Of Dayton Law Review*, Vol.28, бр.2, 2002, 215.
- Pollock Rufus, *The Value of the Public Domain*, Institute for Public Policy Research, London, 2006.
- Samuelson Pamela, „Challenges in Mapping the Public Domain“ у *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law*, (уредници L. Guibault, B. Hugenholtz), 2006, 22.
- Spooner Lysander, *The Law of Intellectual Property – An Essay on the Right of Authors and Inventors to a Perpetual Property in their Ideas*, Boston, Bela Marsh, 1855.
- Waelde Charlotte, Hector MacQueen: „Introduction“ у зборнику *Intellectual Property – the Many Faces of the Public Domain* (уредници Charlotte Waelde, Hector MacQueen), Cheltenham UK 2007.
- William Cornish, *Intellectual Property – Omnipresent, Distracting, Irrelevant?*, Clarendon Law Lectures, Oxford, 2004.
- Commission Recommendation on Access to and Preservation of Scientific Information (C/2012/ 4890).
- Directive (EU) 2019/1024 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on open data and the re-use of public sector information.
- Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases.
- Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works.

*Slobodan M. Marković, Ph.D., Full Professor  
University of Belgrade  
Faculty of Law Belgrade  
slobodanmarkovic0227@gmail.com*

## **Information Society between the Intellectual Property Law and the Public Domain<sup>49</sup>**

***Abstract:** The information society is ambivalent about intellectual property law. On the one hand, it is the result of technological and economic progress that is (to a certain extent) the result of the operation of intellectual property rights. On the other hand, intellectual property in some aspects begins to limit the usefulness of the available technological capabilities of the information society. Pointing to the sensitivity of the boundary between freedom of competition and exclusive intellectual property rights, that is, public and private domain, the author emphasizes the public domain as a cultural and economic resource that is gaining new meaning in modern technological and economic conditions. Contrary to the legislator's relative passivity to adjust intellectual property law to the new conditions, there is a process of private reconfiguration of relationships in the information market, which extends the public domain by the abstention of the holders of exclusive IP rights to exercise.*

*This process points to the need for a holistic approach to innovation policy that must reconsider and reconcile its three key elements: a stimulating reward for investment in technological and cultural development, freedom/restriction on competition, and freedom/restriction on access to the fruits of development. This is necessary in order to put intellectual property law and other instruments of innovation policy in the service of social well-being.*

***Keywords:** public domain, private domain, competition, access, self-regulation.*

Датум пријема рада: 23.10.2019.

---

<sup>49</sup> This paper has been presented at the International Scientific Conference Legal Tradition and New Legal Challenges, held on October 3rd and 4th, 2019, at the University of Novi Sad Faculty of Law.