

NEKI ASPEKTI NOVIH ODREDBI O ZAŠTITI TEHNIČKIH MJERA U ZAKONU O AUTORSKIM I SRODNIM PRAVIMA BOSNE I HERCEGOVINE

SOME ASPECTS OF THE NEW PROVISIONS ON THE PROTECTION OF
TECHNOLOGICAL MEASURES IN THE LAW ON COPYRIGHT AND
RELATED RIGHTS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Ismet Alija
Haris Hasić

Pravni fakultet Univerziteta u Travniku

SAŽETAK

Rad analizira član 152 Zakona o autorskim i srodnim pravima Bosne i Hercegovine (Sl. glasnik BiH 63/10) koji je u pravni sistem BiH, između ostalog, unjeo i novi institut zaštite tehničkih mjera, i pravnu regulativu BiH doveo u saglasnost sa njenim obavezama preuzetim u međunarodnim ugovorima kao i sa *acquis communautaire*-om. Potpune implikacije ovih provizija, njihov utjecaj i uklapanje sa ostatkom Zakona kao i svi uglovi njihovog mogućeg tumačenja do sada nisu adekvatno istraženi. Ovaj rad nastoji da to djelomično učini po pitanju zaštite tehničkih mjera. U njemu je primjećeno da nove provizije predstavljaju treći, komplementarni sloj zaštite nosilaca prava po Zakonu, kao i da Zakon pruža zaštitu za tehničke mjere koje same faktički štite i ono što nije samim Zakonom zaštićeno, čime je efektivno zaštitena proširena i na takve do sada nezaštićene elemente. Utvrđeno je i da se ovom provizijom stvara novo isključivo ovlaštenje autora, a koje je da ograniči pristup kao i subsekventne pristupe djelu, a što je analizirano kao nepoželjno zalaženje u pravo društva kao cjeline. Analizirana je i kriminalizacija proizvodnje uređaja koji služe za zaobilazanje tehničkih mjera. Kao zaključak djelo predlaže da se izvrši detaljnija analiza i da se Zakon izmjeni i dopuni na primjeren način da se ukloni

nesigurnost u pojedinim značenjima i implikacijama.

Ključne riječi: tehničke mjere, anticirkumvencija, pravo ograničenja pristupa autorskom djelu, autorska i srodna prava, umnožavanje, provizija, WIPO Ugovor o autorskim pravima, zaštita

Key words: technical measures, anticircumvention, right to limit access to a copyrighted work, copyright and related rights, multiplication methods, provisions, WIPO Copyright treaty

ABSTRACT

The work analyzes article 152 of the Law on copyright and related rights in Bosnia and Herzegovina (Sl. Glasnik BiH 63/10) which introduces into the legal system of Bosnia and Herzegovina, among others, a new institute of the protection of technical measures, and which harmonizes the B&H body of laws with its commitments undertaken in international contracts as well as with *acqui communitar*. The full implications of these provisions, its impact and intermeshing with the remainder of the Law as well as all the other angles of its potential interpretation up till now have not been adequately been considered. This paper aims to, at least partially, do that with the institute of the protection of technical measures. In it, it has been noted

that the new provisions represent a third, complementary layer of protection to the rights holders, as well as the fact that the Law protects technical measures that in themselves actually project that which is not protected by the Law itself, by which the effective protection has been expanded onto these, up till now unprotected elements of copyrighted works. It is determined that with this provision a wholly new right is given to the author, which is to limit the access as well to limit any subsequent access to the copyrighted work, which has been analyzed as being an undesirable transgression onto the rights of the society as a whole. The work also analyzes the criminalization of the production of devices whose purpose is to circumvent technical measures. As a conclusion, the paper suggest that a more detailed analysis is made of the new provisions, and for the Law to be changed or amended in an appropriate manner so that the uncertainty of certain meanings and implications is removed.

UVOD

Autorska djela materijalizovana u obliku digitalnog zapisa su po svojoj prirodi izuzetno podobna za lagano, jednostavno i praktično besplatno umnožavanje, gdje kopija se bitno ne razlikuje od originala, a što neophodno znači da je i izuzetno podobna za kršenje autorskih i srodnih prava nad autorskim djelima koja su ovako materijalizovana, često od strane velikog broja individua. Naime, za razliku od utjelovljavanja u tradicionalnim oblicima papirne knjige ili umjetničke slike, čije nedozvoljeno umnožavanje je rezultovalo, po svojoj prirodi inferiornijim kopijama i gdje subsekventno umnožavanje samih kopija je po pravilu rezultiralo neupotrebljivim predmetima, umnožavanje elektronskih knjiga ili digitalnih fotografija kao rezultat ima apsolutno identične digitalne datoteke koje se nemogu razlikovati od originala, čije opetovano

umnožavanje rezultuje jednako identičnim primjercima.

Ovakvo stanje je rezultovalo značajnim porastom fenomena piraterije ili masovnog neovlaštenog kršenja autorskih i srodnih prava od strane javnosti. Kao rezultat istih, izvjesni nosioci autorskih i srodnih prava su soluciju potražili u samoj tehnologiji, a gdje su našli takve mehanizme kakvi bi ograničili neovlašteno umnožavanje digitalno materijalizovanih autorskih djela, ograničili pristup, odnosno spriječili svako postupanje sa digitalnim primjercima djela na način na koji nosioc autorskog prava ne želi da se postupa.

Kao što bi se moglo i pretpostaviti, sa pojavljivanjem tehničkih mjera pojavili su se i naponi da se iste mjere uklone sa digitalno utjelovljenih autorskih djela bez dozvole nosilaca prava.

Prisutan je tu takođe i ono što se u nauci zove problemom pametne krave⁵⁴ gdje jedan osvješten i tehnološki stručan pojedinac je bio u stanju da kroz efektivno uklanjanje tehničkih mjera i reprodukciju postupka za isti, omogućiti velikom krugu manje tehnički osvještenih individua da jednako uspješno savladaju postojeće tehničke mjere.

Kao rezultat, predstavnici država svijeta su odlučili da se pruži zakonska zaštita i da se kriminalizira zaobilaženje tehničkih mjera u članu 11 Ugovora o autorskim pravima Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo, koji je naslovljen „Obaveze u pogledu tehničkih mjera“, a koji glasi: „Ugovorne strane će predvidjeti odgovarajuću pravnu zaštitu i djelotvorne pravne mjere protiv osujećenja djelotvornih tehničkih mjera koje autori koriste vezano za izvršavanja njihovih prava prema ovom Ugovoru ili Bernskoj konvenciji, a koje ograničavaju djelovanja u pogledu njihovih djela, za koja dotični autor nije dao dopuštenje ili nisu dopuštena zakonom“, te članom 18 Ugovora o izvedbama i fonogramima Svjetske organizacije za

⁵⁴ Nazvan tako iz logičkog zaključka da sve što je potrebno da bi krave u toru pobjegle je da jedna pametna krava otvori vrata.

intelektualno vlasništvo, koji na gotovo identičan način uređuje ovu materiju⁵⁵.

Evropska Unija, provodeći ove članove iz pomenutih ugovora je u Direktivi 2001/29/EZ Evropskog Parlamenta i Vijeća, od 22.05.2001 o usklađivanju određenih aspekata autorskih prava i srodnih prava u informacijskom društvu, a koja je poznata kao Direktiva EZ o informatičkom društvu, razvija intenciju visokih ugovornih strana te sadrži tekst koji je u nekim instancama doslovno prenešen u tekst Zakona o autorskim i srodnim pravima⁵⁶ BiH.

Na ovaj način pozitivno pravo Bosne i Hercegovine u području zaštite autorskih i srodnih prava je dovedeno u saglasnost sa *acquis communautaire*-om⁵⁷, ali kao rezultat nameće se pitanje da li u uvođenju ovih novih provizija se obraćala pažnja na same osnove prava intelektualnog vlasništva, na balans koji isti uspostavlja između prava autora s jedne strane i prava društva s druge. Kontencija ovog rada je da je novim provizijama ta ravnoteža narušena na štetu društva, te da nove odredbe, preuzete iz međunarodnih dokumenata nisu dovoljno razjašnjene što

može dovesti do potencijalnih neželjenih posljedica u primjeni Zakona.

ČLAN 152 ST. 1. ZAISPBIH - „ZAŠTITA TEHNIČKIH MJERA“

Član 152. St. 1: „Smatra se da je lice povrijedilo isključiva prava iz ovog zakona ako zaobiđe efektivne tehničke mjere koje služe za zaštitu autorskih djela ili predmeta srodnih prava.“

Zakonom se određuje da čin zaobilaženja efektivne tehničke mjere predstavlja povredu isključivih prava autora. U djelu sedam zakona, imenovanom „Prekršajne odredbe“, u članu 170. zaobilaženje efektivnih tehničkih mjera je kvalifikovano kao prekršaj, a za koji je predviđena novčana sankcija⁵⁸.

Iz zakonskog teksta primjećujemo da djelo zaobilaženja efektivnih tehničkih mjera predstavlja kršenje isključivih prava koje ovaj zakon štiti. Na ovaj način se efektivno stvara treći sloj zaštite prava autora i srodnih prava na djelu.

Prvi sloj zaštite je konkretna pravna zaštita koju Zakon pruža svim onim duhovnim tvorevinama koje zadovolje zakonom propisane kriterije za pružanje zaštite. Ovo bi takođe mogli nazvati klasičnom, konvencijalnom zaštitom koja je pružena svim autorskim i srodnim djelima a na koje se primjenjuju konkretne odredbe Zakona.

Drugi sloj zaštite je faktička zaštita koju tehnička mjera pruža nosiocu autorskog prava a prema korisnicima i s tim i potencijalnim neovlaštenim licima u postupanju odnosno nedozvoljenom postupanju sa djelom.

Tehnička mjera je tu da ograniči postupanje prema autorskom djelu i predmetu srodnog prava na samo onakvo postupanje kakvo dozvoli nosioc prava, a ne na onakvo postupanje kakvo ograničava zakon, te stoga tehnička mjera od sebe može da pruži veći stepen zaštite od zaštite koju Zakon pruža nosiocu autorskog prava, budući da

⁵⁵ Obaveze u pogledu tehničkih mjera

Ugovorne strane predviđaju odgovarajuću pravnu zaštitu i djelotvorne pravne mjere protiv osujećenja djelotvornih tehničkih mjera koje umjetnici izvođači ili proizvođači fonograma rabe vezano za izvršavanje njihovih prava prema ovom Ugovoru, a koje ograničavaju djelovanja u pogledu njihovih izvedbi ili fonograma, za koja nisu dali dopuštenje ili koja nisu dopuštena zakonom.

⁵⁶ Zakon o autorskim i srodnim pravima (Sl. Glasnik 63/10), dalje Zakon

⁵⁷ „Pravna stečevina Evropske unije (francuski *acquis communautaire*) naziv koji se odnosi na cjelokupno dosad akumulirano pravo Evropske unije, odnosno na skup pravnih normi i odluka koje obavezuju sve zemlje članice Evropske unije. Svaka država koja želi pristupiti u članstvo EU mora prihvatiti osnivačke ugovore i druge sadržaje izvedene iz ugovora i uskladiti svoje zakonodavstvo sa pravnom stečevinom EU. Potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju Bosna i Hercegovina je preuzela i obavezu prilagođavanja svog zakonodavstva pravnoj stečevini EU.“ – Preuzeto iz (Alija, 2011), str. 9

⁵⁸ Veličina novčane sankcije zavisi od toga da li je prekršitelj pravno ili fizičko lice, te zavisi od stupnja i težine prekršaja.

izvjesne mjere sprečavaju potpun pristup djelu, te stoga, na primjer pružaju zaštitu i idejama izraženim u autorskom djelu, nešto što nije zaštićeno Zakonom⁵⁹.

Sa odredbom člana 152 st. 1, nad ove dvije zaštite, pravnu i faktičku, se stavlja dodatni, treći sloj zaštite u vidu zaštita koje Zakon pruža samim tehničkim mjerama, a po pitanju njihovog zaobilaženja.

Samo nam se nameće pitanje da li je zaista neophodno da autor ima ovoliko slojeva zaštite?

Ovo pitanje time je važnije budući da drugi, faktički sloj zaštite pruža širu zaštitu od samog Zakona i proširuje se na ono što se tradicionalno smatralo nezaštićenim u autorskim i srodnim pravima, i samim tim nešto što pripada društvu kao cjelini. Trećim slojem zaštite izraženim u članu 152 Zakona, zakonodavac defacto stvara zaštitu na tu novu zaštitu. Ovim se ozbiljno ulazi sa pravima autora i srodnim pravima u domen prava društva kao cjeline i narušava se balans interesa autora i nosilaca srodnih prava s jedne strane i društvene zajednice kao cjeline sa druge. Ovaj balans je u samom središtu pravnog rezona za samo postojanje prava intelektualnog vlasništva.

„... pravo intelektualne svojine ima kompromisan cilj: ono je u funkciji zaštite subjekata koji stvaraju intelektualna dobra, s tim da su način i mjera te zaštite takvi da ne ugrožavaju razvojne interese zajednice, već naprotiv, podstiču razvoj.“⁶⁰ Ukoliko se defakto zaštita produži i na područja koja su tradicionalno izostavljena iz razloga što bi zaštita istih značajno ugrozila kreativnost, postaje očito da u tom slučaju zaštita subjekata postaje upravo kočnica

budućeg razvoja društva a ne njegov podsticaj.

Ukoliko, na primjer pravna zaštita se pruži na ograničavanje pristupa idejama onda slobodan protok istih, razmjena koja je sine qua non kreativnom, otvorenom, uspješnom društvu postaje teško zamisliva.

„Kriterijum društvene korisnosti pruža moguću osnovu za opravdanost pravne zaštite (intelektualne svojine⁶¹). Naime, ako društvo ne bi nagrađivalo stvaraoce, optimalni društveni output bi izostao, a pogotovu ako se ne bi zabranila nedozvoljena upotreba intelektualnih dobara. Racionalna politika jedne zemlje proširuje zaštitu intelektualne svojine sve dok marginalni dobitci ne budu jednaki marginalnim troškovima.“⁶² Da li je zakonodavac prešao taj prag? Mi smatramo da jeste, budući da ukoliko se ograniči legalan pristup elementima na koje Zakon ne pruža zaštitu to će neophodno dovesti do zaštite onoga što pravni teoretičari i pravna praksa nije smatralo kao primjerenim za zaštitu, jer može izvjesno dovesti i vjerovatno će i dovesti do sputavanja napretka društvene zaštite, sputavanja kojim marginalni troškovi društva prevazilaze marginalne troškove zaštite.

Ovo je svakako interesovalo i zakonodavca koji u članovima 154. i 155. Zakona uspostavlja mehanizam za zaobilaženje tehničkih mjera ali je taj mehanizam složen, nekonzistentan i za legalne korisnike prepun odlaganja kako vremenskog tako i činjeničnog.

S druge strane, međutim primjećujemo da ovaj novi, treći sloj zaštite ipak u određenoj mjeri smanjuje domet drugog, faktičkog sloja zaštite, u smislu da je određeno da je povreda isključivih prava zaštićenih Zakonom samo zaobilaženje takvih efektivnih mjera koje služe za zaštitu autorskih djela ili predmeta srodnih prava. Tom logikom, po odredbi člana 152 st. 1 dozvoljeno je zaobići efektivne tehničke

⁵⁹ U Članu 8., imenovanom „Nezaštićene tvorevine“ određeno je da autorskoppravno nisu zaštićene: ideje, koncepti, postupci, radne metode, matematičke operacije, načela ili otkrića, službeni tekstovi iz oblasti zakonodavstva, uprave i sudstva (zakoni, uredbе, odluke, izvještaji, zapisnici, sudske odluke i slično), politički govori i govori održani tokom sudskih rasprava, dnevne vijesti ili razne informacije, koje imaju karakter kratke vijesti sadržane u obavještenju za štampu, narodne književne i umjetničke tvorevine.

⁶⁰ (Marković, 2007), str. 26.

⁶¹ Dodatak autora, citat je iz poglavlja koje je naslovljeno „Opravdanost pravne zaštite intelektualne svojine“

⁶² (Besarović, 2005), str. 27.-28.

mjere, ukoliko je isključivi cilj takvog zaobilaženja dolazak do pomenutog primjera ideja koje su predstavljene u autorskim ili djelima srodnih prava, a ne i pristup zaštićenom djelu radi konzumacije ili drugih nedozvoljeni postupanja sa djelom. Ali, u članu 152 stavu 2 Zakona proizvodnja te niz drugih djela mehanizama za zaobilaženje tehničkih mjera je kvalifikovana krivičnim prekršajem za koje je predviđena ista sankcija kao i za povredu stava 1 ovog člana. Sa tim kao opcija za legalno zaobilaženje tehničkih mjera je svedena na tako uzak pravni put gdje mjera mora biti tako precizno i delikatno situirana da omogući prevazilaženje tehničkih mjera za nezaštićene elemente ali ne i za zaštićene, nešto za što autori zbog nedostatka znanja u tom polju definitivno ne mogu reći da je nemoguće, ali što se čini izuzetno dalekim od mogućnosti.

Uvijek postoji mogućnost ilegalnog zaobilaženja tehničkih mjera da bi se došlo do nezaštićenih elemenata, ali ukoliko je solucija da se krši zakon da bi se ostvarilo pravo, sama takva formulacija je po sebi apsurdna.

ČLAN 152 ST. 3 ZAISPBIH - POJAM EFEKTIVNIH TEHNIČKIH MJERA

U stavu 1. člana pojavljuju se pojmovi tehničkih mjera i efektivnih tehničkih mjera. Zakonodavac ih sam definiše u stavu 3. člana.

Član 152 st. 3, prvi dio, definiše tehničke mjere tekstem: „Tehničke mjere, u smislu ovog zakona, označavaju svaku tehnologiju, uređaj, sredstvo, proizvod, sastavni dio ili kompjuterski program koji su u normalnom toku svoje primjene namijenjeni da sprečavaju ili ograničavaju radnje koje nosilac prava iz ovog zakona nije dopustio...“

Iz prvog djela ovog stava jasno je da tehničke mjere su svake takve tehnološke tvorevine čija namjena je da u normalnom toku svoje primjene sprečavaju ili ograničavaju radnje koje nosilac prava iz ovog zakona nije dozvolio.

Zakon je ovdje namjerno širok u svojoj definiciji tehničkih mjera, budući da u velikoj većini slučajeva prilikom pisanja teksta Zakona sam zakonodavac nije znao niti je mogao da zna kakve tehnološke mjere će biti napravljene i primjenjene u budućnosti za zaštitu prava autora i srodnih prava, ali je još uvijek želio da se provizije Zakona odnose i na njih.

Zakonodavac je takođe mogao da bude namjerno širok, budući da je ovako široku definiciju kvalifikovao u drugom djelu teksta stava gdje je stvarno i odredio konkretne tehničke mjere koje su Zakonom zaštićene. Naime, neophodno je primjetiti, u članu 152 st. 1 da nije prekršaj zaobići sve tehničke mjere koje služe za zaštitu prava u Zakonu, već samo one koje su, kako ih Zakon naziva „efektivne“.

Zakonodavac, stoga, određuje u nastavku teksta, odnosno u Članu 152. St. 3, drugom djelu da: „...Te mjere smatraju se "efektivnim" kada nosioci prava iz ovog zakona korištenje svojih autorskih djela ili predmeta srodnih prava ograničavaju putem kontrole pristupa ili putem zaštitnog postupka kao što su enkripcija, deformacija ili druga transformacija autorskog djela ili predmeta srodnih prava, ili putem mehanizma za kontrolu umnožavanja kojima se postiže cilj zaštite.“ Zakonodavac dakle, u citiranom tekstu, iz potencijalno neograničenog mora tehničkih mjera prvog djela ovog stava, pravnu zaštitu pruža samo takvim mjerama koje:

1. kontrolišu pristup, ili koje,
2. pružaju zaštitni postupak odnosno transformišu autorsko djelo ili predmet srodnih prava, ili koje su,
3. mehanizmi za kontrolu umnožavanja.

Tehničke mjere za kontrolu pristupa

Ovdje se prvenstveno misli na mjere koje onemogućavaju sva lica koja nosilac prava iz Zakona izričito ne ovlasti da uopšte pristupe zaštićenom djelu.

„Prva kategorija – tehničke mjere koje vrše kontrolu pristupa i korištenja djela – mogu se dalje podjeliti u četiri vrste mjera:

tehnologije koje kontroliraju pristup u internetskom izvoru; mjere koje kontroliraju pristup unutar fizičke sfere kontrole korisnika; mjere koje kontroliraju pristup na nabavljenom primjerku djela i mjere koje ne sprečavaju inicijalni pristup – kako gore pomenute mjere izvršavaju – već kontrolišu primjere na druge načine.⁶³

Način na koji tehnička mjera vrši prepoznavanje ovlaštenog korisnika nije definisan⁶⁴, pretpostavljamo iz istih razloga pomenutim u dijelu diskusije o definisanju tehničkih mjera.

Kao odbrana ovog instituta navodi se analogija svakodnevnog života gdje brave i drugi mehanizmi rutinski onemogućavaju pristup predmetima od strane neovlaštenih lica. Argument ide, u primjeru filma, da vlasnik kina koji prikazuje film može da zahtjeva plaćanje, odnosno da ograniči pristup licima kojima ne želi da pruži uslugu.⁶⁵ Primorani smo da zaključimo da ova analogija samo prividno može da se primjeni na naš problem. Nije osnova brave i ključa, odnosno ekskluzije lica iz kina pravo intelektualnog vlasništva, već je takva osnova stvarno pravo. Predmet zaštite stvarnog prava je uvijek djelovao erga omnes, odnosno je bio zasnovan na ekskluzivitetu prava držaoca stvari prema trećim, dok kod prava intelektualnog vlasništva, čiji je predmet bestjelesna duhovna tvorevina, takva kontrola nikada nije bila ni moguća, te stoga nije ni utkana u pravnu tkaninu zaštite, te čitav mehanizam zaštite bestjelesnih prava intelektualnog vlasništva je u ograničavanju ekonomskog iskorištenja predmeta zaštite od strane neovlaštenih lica.

⁶³ (Instituut voor Informatierecht, 1998), str. 1. Prevod autora.

⁶⁴ Opća podjela materijalizovanih takvih mjera može se napraviti u smislu da oni mogu biti hardverski, u obliku posebnih „ključeva“ u obliku elektronskih ploča sa čipovima, donglova, kojim tehnička mjera prepoznata i propušta korisnika, te mogu biti softverski u obliku posebnih programa ili posebnih linija koda koje sadržaj zahtjeva da budu prisutni ili da se koriste da bi korisnik mogao da pristupi sadržaju

⁶⁵ Više (Instituut voor Informatierecht, 1998).

Tehničke mjere koje transformišu predmet zaštite

Ovakve tehničke mjere su veoma slične mjerama ograničenja pristupa. Citirana klasifikacija Instituta za informaciono pravo navodi ovu vrstu mjera kao podvrstu tehničkih mjera za kontrolu pristupa. Nije, stoga, jasno zašto je zakonodavac odlučio da posebno naglasi ove tehničke mjere.

Kod ovih mjera radi se o transformaciji autorskog djela u takav oblik koji nije podoban za njegovu namjenjenu kozumaciju, odnosno pristup kome ne rezultuje u prenošenju duhovnog sadržaja zaštićenog djela na konzumenta.

Ukoliko možemo tehničke mjere pristupa da poredimo sa sobom sa zaključanom bravom, ove tehničke mjere možemo porediti sa šifriranim pismom koje je potpuno nerazumljivo bez tajnog koda.

Tipičan primjer ovakve mjere je gledanje zaključanih kanala na satelitskoj ili kablovskoj televiziji, gdje je signal toliko deformisan da se od njega nemogu dobiti značajni podatci bez pristupstva uređaja koji dekriptuje signal i s tim omogućuje pristup njegovom ne deformisanom sadržaju⁶⁶.

Enkripcija je toliko bitna kao metod ove tehničke mjere da je i zakonodavac exempli cause istu naveo, te je stoga upitno postojanje odredbe u stavu 2. ovog člana za budući razvoj iste, a o kome će biti više riječi u raspravi tog stava.

Tehničke mjere mehanizma za kontrolu umnožavanja

Ovo su takve tehničke mjere kojima se prave prepreke za sve one mehanizme koji su podobni za korištenje za umnožavanje primjeraka zaštićenih djela, odnosno to su takve mjere kojima se sprječava svim uređajima i metodama za umnožavanje da vrše i samo umnožavanje zaštićenih djela ukoliko to ovlašteno lice ne dozvoli.

Ograničenje umnožavanja u potpunosti odgovoara sa isključivim imovinosko-

⁶⁶ Više (Instituut voor Informatierecht, 1998).

pravnim ovlaštenjem nosioca prava zaštićenih Zakonom a normiranih članom 21. Zakona⁶⁷.

Međutim, iako je ovaj član prilično potpuno i jasno uredio materiju prava reproduciranja, ovo pravo nije neograničeno, već je nasuprot, ograničeno cijelim poglavljem IV Zakona imenovanim „Sadržajna ograničenja autorskog prava“ a gdje posebno naglašavamo odjeljak B „Slobodnu upotrebu“, i članove 42.-45. i naročito Član 46. koji podrobno određuje koja lica i kada mogu da reprodukuju zaštićeno djelo bez izričitog odobrenja nosioca ovlaštenja.

Interesantno je pitanje gdje bi mogli definisati takve mjere koje psihički utiču na potencijalne korisnike tako što ih sprječavaju ili ograničavaju u nedozvoljenim radnjama? Primjer takvih mjera bi bila kratka audio-vizuelna djela obično na nosačima filmskih uradaka koji ističu korisnicima da je nedozvoljeno digitalno kopiranje zaštićenih djela krivično djelo slično krađi. Naime takvi mehanizmi nebi potpali pod zaštitu podataka o upravljanju pravima kako su isti definisani u članu 153 Zakona, te ukoliko ih ne zaštiti Zakon u članu 152 njihovo uklanjanje bi bilo u potpunosti dozvoljeno ako ne bi uključivalo kršenje drugih tehničkih mjera na nosaču filma. U srži pitanje je da li njihovo djelovanje koje je efemeralno po samoj definiciji se može podvesti pod postulat „normalnog toka primjere“ kao i na to da li one potpadaju pod neke od tri klase efektivnih tehničkih mjera. Autori rada smatraju da se podrazumjevaju pod definicijom člana 152 i da su kao takve definisane kao tehničke mjere jer se ne traži konkretno dokaz učinkovitog normalnog toka primjene, te da se može reći da je njihova normalna primjena njihovo mentalno djelovanje i da se kvalifikuju kao

mjere koje potpadaju pod mehanizam kontrole umnožavanja.

PRAVO OGRANIČAVANJA PRISTUPA KAO NOVO ISKLJUČIVO PRAVO AUTORA I NOSILACA SRODNIH PRAVA

Kao relevantno pitanje nameće nam se to da li tehnička mjera blokira samo inicijalni pristup ovlaštenog lica zaštićenom djelu, ili je ona zaštićena i kada blokira svaki pojedinačni i subsekventni pristup zaštićenom djelu?

Ukoliko je slučaj da tehnička mjera blokira samo inicijalni pristup, možemo da se složimo da je to pravo u potpunosti unutar postojećeg prihvaćenog razumjevanja zaštite autorskih i srodnih prava, a izvodi se iz isključivog imovinsko-pravnog ovlaštenja autora na distribuiranje, a kako je ono definisano u članu 32. Zakona.

Analizom teksta člana u pitanju, međutim, ne možemo da prihvatimo ovo razumjevanje, budući da je Zakon nijem po pitanju o kakvoj kontroli pristupa se radi. Po duboko prihvaćenom svatanju u pravu, da sve ono što nije isključivo zabranjeno Zakonom je dozvoljeno i odobreno⁶⁸, mi držimo da ova odredba člana u pitanju se može tumačiti kao pravo autora da tehničkim mjerama blokira svaki pristup neovlaštenim licima zaštićenom djelu.

Ovakvo tumačenje znači da je zakonodavac ovom odredbom stvorio novo pravo za autore i nosioce srodnog prava, pravo kontrole i ograničavanja pristupa djelu tehničkim mjerama, i da je samim tim proširio zaštitu koju Zakon pruža autoru i srodnim pravima izvan opsega tradicionalnih prava istih, te kroz činjenicu da tehničke mjere po svojoj prirodi štite i one elemente duhovnih kreacija čovjeka koje nisu zaštićene zakonom, ovo razumjevanje znači da je zakonodavac proširio autorska prava i na takve elemente kroz ovu proviziju, a o čemu je bilo riječi ranije.

⁶⁷ Pravo reproduciranja je isključivo pravo fiksiranja djela na materijalnom nosaču (primjerku djela) neposredno ili posredno, priveremeno ili trajno, djelimično ili u cjelini, bilo kakvim sredstvima i na bilo kakav način.

⁶⁸ Osim u poznatim i priznatim izuzetcima.

Ovo novo pravo ograničavanja pristupa, dakle, još jednom efektivno proširuje zaštitu nosioca autorskih i srodnih prava izvan područja tradicionalnog opsega tih prava, te još jednom zadire u prava društva kao cjeline.

U prirodi predmeta zaštite prava intelektualnog vlasništva je da su oni bestjelesni, te postojalo je duboko uvriježeno mišljenje da je nemoguće da se ograniči distribucija samog bestjelesnog prava zaštite, budući da je po prirodi stvari nemoguće da se podatak jednom prenesen „izvadi“ iz glava lica koja su neovlašteno došla u njegov posjed.

„...moramo da konstatujemo da je sloboda korištenja tuđih nematerijalnih dobara dominantan princip.“⁶⁹

Stoga kao čitava osnova zaštite prava intelektualnog vlasništva jeste ideja da se ograniči pravo neovlaštenih lica da se ekonomski koriste zaštićenim predmetom, a ne da se ograniči pristup djelu.

„Dakle, za razliku od stvarnopravne svojine, nosilac subjektivnog prava intelektualne svojine ne može nikoga spriječiti da „drži“ nematerijalno dobro, već mu može samo zabraniti da se tim dobrom koristi.“⁷⁰

Po izvjesnim pravnim teoretičarima, ovo je temelj na kome je zasnovan cijeli sistem ne samo prava autora i srodnih prava već i samih prava intelektualnog vlasništva i, argumentovano, rezon za njegovo postojanje.

Štaviše, Zakonodavac je takođe bio svjestan da i usprkos toga određena doza masovnog kršenja zakona je neizbježna i stoga očekivana, što je, argumentovano, razlog zašto u članu 36. Zakona zakonodavac pravi proviziju za pružanje naknade nosiocu autorskih i srodnih prava od prodaje predmeta za koje se obzirom na njihovu prirodu može očekivati da će biti korišteni u nedozvoljeno reproduovanje predmeta zaštite. „...evidentno je da je korištenje tuđeg znanja, ideja i informacija oblik socijalnog ponašanja koji omogućuje

efikasno stavljanje cjelokupne kulturne baštine u produktivnu (razvojnu) funkciju.“⁷¹

Koliko je primjereno da se uvede ovakvo pravo ograničenja pristupa za autore i nosioce srodnih prava?

Duhovno djelo postaje predmetom zaštite Zakona samo onda kada je postiglo takav oblik koji isti čini podobnim da se odvoji od ličnosti autora⁷². „...autorsko djelo se odvađa od ličnosti autora i postaje podobno za komunikaciju i privredno korištenje.“⁷³

Duhovno djelo čovjeka je zaštićeno kada je sposobno samo da živi, neovisno od bivstvovanja autora. To je jedan od razloga je zakonodavac stavio isključivo moralno pravo autoru i nosiocu srodnih prava da odluči kada će djelo prvi put biti predstavljeno javnosti⁷⁴. Ono s jedne strane štiti autora djela dok isto nije podobno za javnu konsumpciju, ali od trenutka kada autor odluči da je djelo sposobno da napusti njegovu ličnu sferu, od tada prestaje ta konkretna pravna zaštita, i autori ovog rada drže da nastaje druga, implicirana zaštita, ovaj put za društvo kao cjelinu, čijoj kolektivnoj svijesti sada to djelo pripada, a to pravo je za svakog člana društva da slobodno konzumira djelo u pitanju uz pravičnu naknadu autoru. Jednom objavljena duhovna tvorevina napušta lice koje ju je napravilo i postaje dijelom opće svijesti i kompendijuma dostignuća društva kao cjeline.

Držimo da je potencijalno izuzetno opasno za društvo da omogući nosiocu zaštite da uskrati društvu svaki subsekventni pristup djelu, posebno kada znamo da cijela osnova prava intelektualne svojine je da je autor zaštićen od toga da treća, neovlaštena lica mogu ekonomski da iskorištavaju to djelo, a

⁷¹ (Marković, 2007), str. 26.

⁷² S tim da nije neophodno za djelo da poprimi materijalnu formu da bi bilo predmetom zaštite. Zaštita nastaje činom stvaranja kad su zadovoljeni zakonski uslovi.

⁷³ (Marković, 2007), str. 39.

⁷⁴ Član 17. „Pravo objavljivanja“ tekst koga glasi: Autor ima isključivo pravo odlučiti da li će, kada, na koji način i u kojoj formi njegovo djelo biti objavljeno.

⁶⁹ (Marković, 2007), str. 27.

⁷⁰ (Marković, 2007), str. 25.

i budući da kroz moralna isključiva ovlaštenja autor i nosilac srodnih prava su zaštićeni od transformacije djela u nešto što više ne odgovara odnosno što više ne odražava individualno duhovno stvaralaštvo lica koje je djelo stvorilo.

Ukoliko je dakle, ličnost autora moralno i imovinski zaštićena, zašto onda je neophodno za pravo da autorima i nosiocima srodnih prava pruži ovako široko i potencijano izuzetno štetno pravo. Ako je, kako je razmjena i korištenje tuđih ideja osnov za razvoj društva kao cjeline, kako ističe prof. Marković, te ako Zakon štiti prava autora i nosilaca srodnih prava, zašto onda se daje istim da ograniče pristup kao i svaki subsekventni pristup na svoje djelo. Izvjesni teoretičari ističu da je u okruženju digitalnog umrežavanja takvo pravo neophodno⁷⁵. Autori ovog djela se ne slažu. Potencijalna i neutvrđena šteta u budućnosti ne može opravdati stvarni upad u prava tako velikog broja lica sada.

Pravo nosilaca ovlaštena po autorskim i srodnim pravima su fundamentalno ograničena prava, „...zaštita ima raznorsna ograničenja (vremenska, sadržinska, predmetna) čiji je cilj da se i trećim licima omogućiti korištenje zaštićenog nematerijalnog dobra, ukoliko je to u opštem interesu.“⁷⁶

Ukoliko zakonodavac želi da uvrsti to pravo autorima i nosiocima srodnih prava, onda ono treba biti jasno definisano i pravilno označeno, a ne stavljeno unutar definicione klauzule jednog od članova. O takvom pravu treba da se vodi živa i otvorena javna rasprava. U najmanju ruku neophodno je da se u izmjenama i dopunama zakona ova odredba frazeološki uobliči na način koji će ili afirmativno ili negativno dati odgovor na to da li ili ne postoji novo isključivo pravo na ograničavanje svakog pristupa djelu od strane nosilaca prava zaštićenih Zakonom.

ČLAN 152 ST. 2. ZAISPBIH – KRIMINALIZACIJA RAZVOJA I KORIŠTENJA CIRKUMVENCIONISKIH PREDMETA

Jedan pojedinac ili grupa pojedinaca tehnički osvješteni i vješti u stanju su da zaobiđu tehničku mjeru, te razvijajući jednostavan i lahko ponovljiv proces, u stanju su da izuzetno širokom krugu pojedinaca ili grupa pojedinaca olakšaju proces zaobilazanja tehničkih mjera. Ovo je u nauci poznato kao već pomenuti problem pametne krave.

Primjer pomenutog svakako je „kreiranje“ igrica, gdje je potrebno za jednog pojedinca da napravi kompjuterski program koji zaobilazi tehničke mjere, te kroz neograničeni potencijal kvalitetnog duplikovanja digitalnog sadržaja, potencijalno neograničen broj korisnika može efektivno i lagano da zaobiđe tehničke mjere te igre i značajno da utiče na komercijalni potencijal, igrice u konkretnom primjeru.

Jednom kada veliki broj lica imaju predmet za zaobilazanje tehničkih mjera onda postaje nepraktično, ako ne i nemoguće, bilo za nositelja prava koji je tehničkom mjerom obradio svoj predmet zaštite i koji želi provesti svoja prava koja im pripadaju po zakonu, ili za državu koja u našem pravnom sistemu jedina je ovlaštena da procesuiru pojedince za kršenje krivično pravnih odredbi zakona, da se izbori sa tim enormnim brojem lica koja krše Zakon. Neupitno i nepobitno je da nosilac prava, kao rezultat nedozvoljenog zaobilazanja tehničkih mjera trpi osjetan ekonomski gubitak.

Iz tog razloga, zakonodavac je uvojio stav dva člana 152 Zakona, tekst kojeg glasi:

„Smatra se da je lice povrijedilo isključiva prava iz ovog zakona ako proizvede, uveze, distribuira, proda, dâ u zakup, oglašava za prodaju ili daje u zakup ili posjeduje za komercijalne svrhe tehnologiju, uređaj, proizvod, sastavni dio ili

⁷⁵ Više (Koelman, A Hard Nut to Crack: The Protection of Technological Measures, 2000)

⁷⁶ (Marković, 2007), str. 27.

kompjuterski program, ili pruža usluge, koje:

- a) se predstavljaju, oglašavaju ili se njima trguje radi omogućavanja zaobilaženja efektivnih tehničkih mjera, ili
- b) imaju samo ograničen komercijalni značaj ili upotrebljivost za druge svrhe osim za zaobilaženje efektivnih tehničkih mjera, ili su prvenstveno zamišljeni, proizvedeni, izrađeni, sastavljeni, prilagođeni ili učinjeni radi zaobilaženja efektivnih tehničkih mjera.“

Član 170 kvalifikovao je ovu povredu isključivih prava prekršajem u Bosni i Hercegovini na koju se mogu primjeniti za to propisane novčane sankcije.

Kriminalizovan je čin proizvodnje, uvoza, distribuiranja, prodaje, davanja u zakup, oglašavanja za prodaju ili oglašavanja za davanje u zakup te posjed za komercijalne svrhe takvog objekta koji može biti sama tehnologija ili uređaj, proizvod, sastavni dio zasebnog proizvoda ili kompjuterski program te može biti pružanje usluge sa tri provizora kao u članku.

Na ovaj način zakonodavac pokušava da utiče na tog tehnološki osvještenog i sposobnog pojedinca ili grupu da ne primjene svoja znanja i ne olakšavaju zaobilaženje tehničkih mjera.

Držimo da ova odredba je upotpunosti razumljiva uzimajući u obzir postojanje stava 1 član 152. Ona slijedi iz stava 1. budući da je samo zaobilaženje tehničkih mjera takođe klasifikovano prekršajem. Međutim kriminalizacija proizvodnje i drugih opisanih radnji je prilično kontraverzna u teorijskim diskursima⁷⁷.

Komentatori ukazuju na to da je stvoren izuzetan upad u polje prava društva kao cjeline, budući da je u interesu društva da kroz nauku i razvijanje naučnih sredstava dovodi do napretka društva, a samim tim i dovodi do poboljšanja statusa nosioca autorskih prava, te da ova odredba po pitanju razvoja u ovakve mjere dovodi do

⁷⁷Više (Koelman, The protection of technological measures vs. the copyright limitations, 2001)

kriminalizovanja tehničkog napretka i u ovom domenu kao takva neophodno dovodi do retardovanja napretka nauke, te tim do siromašenja društva kao cjeline.

Navodimo primjer kriptografije kao nauke i praktične djelatnosti. U dijelu teksta koji se odnosio na „efektivne“ tehničke mjere smo napomenuli da jedna od tih mjera je i transformacija djela kroz kriptografiju. Po prirodi tog pojla izučavanja istraživači u napretku kriptografije se dijele u dva tima, „code-maker-e“ i „code-breaker-e“. Posao prvih je da osmisle kriptografske algoritme i da sačine samu tehnološku mjeru. Posao drugih je da na bilo koji način pokušaju da slome ili probiju enkripciju subjektne materije i da na taj način ukažu prvim na eventualne propuste istih. Enkripcija, kao i druge nauke, zahtjeva konstantni napretak i razvoj.

U Bosni i Hercegovini kao rezultat člana 152 st. 2 Zakona svaki napori code-breaker-a su prekršaji, te budući da u Bosni i Hercegovini državni tužioci ex officio moraju da procesuiraju one koji krše zakon, čak ni eksplicitno odobrenje code-maker-a odnosno nosilaca prva code-breaker-ima ne predstavljaju apsolutnu zaštitu istim od krivične persekucije. Dakle, ni jedan pojedinac ne može da se upusti u produktivnu društvenu aktivnost razvijanja kriptografskih metoda potpuno siguran u znanje da neće država da ga procesuiraju za kršenje zakona. Očito je da će polje kriptografije biti negativno utjecano ovim provizijama. Isto je slučaj i sa drugim naučno-istraživačkim disciplinama kod kojih zaobilaženje tehničkih mjera je neophodno za samu provedbu istraživanja.

ČLAN 152 STAV 4. ZAISPBIH – ANALOGNO PRIMJENJIVANJE ODREDBI ČLANA 152 NA ČLAN 153 I ELEKTRONSKE PODATKE O UPRAVLJANJU PRAVIMA

Stavom 4. U kojem je zakonodavac odredio da: „Odredbe ovog člana na odgovarajući način primjenjuju se i na tehnologiju, uređaj, sredstvo, proizvod, sastavni dio ili

kompjuterski program napravljen za uklanjanje ili izmjenu elektronskih podataka o upravljanju pravima (član 153.).“, određuje da se analogno određuju provizije člana 152 zakona i na član 153. koji ustanovljava zabranu modifikovanja i uklanjanja elektronskih podataka o upravljanju pravima. Isti sačinjavaju drugi pravni institut, te stoga nisu u opsegu ovog rada.

ČLAN 152 STAV 5. ZAISPBIH – RADNJE KOJE NE PREDSTAVLJAJU POVREDU PRAVA PO ČLANU 152 ZAISPBIH-A

Tekst ovog stava glasi: „Radnje spomenute u odredbama ovog člana ne predstavljaju povredu prava ako se izvrše u pojedinačnom konkretnom slučaju radi provođenja zadataka javne sigurnosti ili bilo kojeg službenog postupka.“ Ovakva odredba predstavlja logički slijed i proizvod uvođenja kao krivičnog djela prekršaja zaobilaženja tehničkih mjera i proizvodnje, i drugih pomenutih djelovanja, uređaja koji zaobilaze takve mjere. Naime, na ovaj način lica koja moraju radi razloga javne sigurnosti, odnosno koja obavljaju bilo koji drugi službeni postupak, da zaobiđu tehničku mjeru u postupku vršenja svojih obaveza, su zaštićena od krivičnog gonjenja za vršenje svojih dužnosti, i stoga Zakon određuje da u ovim slučajevima ne postoji povreda Zakona. Mišljenja smo da je zakonodavac trebao i da uvrsti čisto istraživačke postupke također u spisak egzemptovanih postupaka.

ZAKLJUČAK

Odredbe u članu 152 Zakona o autorskim i srodnim pravima Bosne i Hercegovine dovode naš pravni sistem u sklad sa obavezama koje je Bosna i Hercegovina preuzela u Ugovoru o autorskom pravu i Ugovoru o izvedbama i fonogramima Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo, kao i u skladu sa *acquis communautaire*-om, ali čini se da te nove

odredbe su uvrštene u tekst Zakona bez dublje konsideracije na utjecaj koje one mogu imati na širi sistem zaštite prava autora i srodnih prava u BiH. Od uvođenja trostruke zaštite i zaštite mjera koja sama pružaju zaštitu nad elementima nad kojima je Zakon i izričito zaštitu isključio, do uvođenja novog isključivog prava ograničenja svakog pristupa zaštićenim djelima, do mjera koje potencijalno retarduju razvoj naučnog rada, rad je argumentovao da se ovaj član i njegove provizije trebaju ponovno i dobro analizirati i da se trebaju preformulisati na način na koji će se ukloniti potencijalne pravne nesigurnosti.

LITERATURA

- [1] Ugovor o izvedbama i fonogramima Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo.
- [2] Alija, I. (2011). Pravo intelektualnog vlasništva u Bosni i Hercegovini, Zakoni iz oblasti autorskog i srodnih prava i kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava Bosne i Hercegovine sa objašnjenjima i registrom pojmova. Travnik: Univerzitet u Travniku.
- [3] Zakon o autorskim i srodnim pravima (Sl. glasnik BiH 63/10).
- [4] Marković, S. (2007). Pravo intelektualne svojine. Sarajevo: Magistrat.
- [5] Besarović, V. (2005). Intelektualna svojina, Industrijska svojina i autorsko pravo, Četvrto, dopunjeno i izmjenjeno izdanje. Beograd: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu.
- [6] Instituut voor Informatierecht. (1998). Protection of technological measures. Amsterdam: Instituut voor Informatierecht.
- [7] Koelman, K. J. (2000). A Hard Nut to Crack: The Protection of Technological Measures. *European Intellectual Property Review*, 272-288.
- [8] Koelman, K. J. (2001). The protection of technological measures vs. the

- copyright limitations. New York: ALAI Congress Adjuncts and Alternatives for Copyright.
- [9] Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.
- [10] Kamiel J. Koelman, M. B. (27. 01 2004). Euro-Copyrights.org. Preuzeto 25. 10 2011 iz International Context: www.euro-copyrights.org/index/13/52
- [11] Martin, E. A. (2003). Oxford Dictionary of Law, Fifth Edition. Oxford: Oxford University Press.
- [12] Ugovor o autorskom pravu Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo.
- [13] World Intellectual Property Organization Copyright Treaty.