

Autor: Haris Hasić, MA, viši asistent

Institucija: Pravni fakultet Univerziteta u Travniku

E-mail: haris.hasic@pfsk.edu.ba

STATUS OF ORPHAN WORKS IN COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS OF BOSNIA AND HERZEGOVINA AND THE HARMONIZATION OF B&H COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS RULES WITH DIRECTIVE 2012/28/EU ON CERTAIN PERMITTED USES OF ORPHAN WORKS

Sažetak

Autorska djela „siročadi“ su takve intelektualne tvorevine za koje je izvjesno da su kvalifikovane za autorskopravnu zaštitu po pozitivnim normama autorskog i srodnih prava, povodom kojih je, dalje, izvjesno da nije istekao vremenski period zaštite, ali, povodom kojih autor ili drugi nosilac autorskih imovinskih ili drugih prava nije poznat ili ne može da bude utvrđen, odnosno jeste poznat ili može biti utvrđen, ali gdje nakon onoga što član 2 st. 1 Direktive 2012/28/EU Evropskog parlamenta i Savjeta donešene 25. oktobra 2012. godine o izvjesnim dozvoljenim upotrebama autorskih djela „siročadi“ zove „diligentnom“ potragom autor ili nosilac prava ne može da se pronađe radi davanja odobrenja za zaštićenu upotrebu tog autorskog djela. Britanska Biblioteka procjenjuje da 40% njene kolekcije predstavljaju autorska djela „siročadi“. Za istraživače, arhiviste kao i bilo koja druga lica koja žele da koriste autorska djela „siročadi“ ali koja to ne mogu budući da ne mogu da ne mogu da nađu ovlašteno lice za davanje dozvole postojanje ovih vrsta autorskih djela ali nepostojanje mehanizma za njihovu legalnu upotrebu predstavlja neprihvatljivo ugrožavanje pravne sigurnosti u sistemu zaštite autorskog i srodnih prava, te neopravdano izuzimanje velikog postotka i broja intelektualnih tvorevina iz kulturološkog, naučnog i stvaralačkog diskursa društva. Rad počinje sa pojmovnim određenjem autorskog djela „siročadi“ te uticajem postojanja ovih vrsta autorskih djela na stvaralački potencijal i općenito na društvo. Analiziraju se pozitivnopravna pravila u Zakonu o autorskom i srodnim pravima (Sl. glasnik BiH 63/10) koja se mogu primjeniti na iteracije autorskih djela ove vrste. Izvršava se analiza direktive 2012/28/EU, te se na kraju donosi zaključak o tome kako i u kom obimu Bosna i Hercegovina bi trebala da transponira ovu direktivu u svoj pozitivnopravni sistem zaštite autorskog i srodnih prava, a sa ciljem uklanjanja pravno neželjenih dejstava koje njihovo postojanje uzrokuje.

Ključne riječi: autorsko djelo „siročadi“, Direktiva 2012/28/EU, diligentna potraga, nepoznat autor, Bosna i Hercegovina

1. Uvod

Kada ljudsko biće stvaralački intelektualno djeluje u domenu književnosti, umjetnosti ili nauke na takav način da nastaje individualna intelektualna tvorevina, pravni poredak plodu takvog djelovanja, koje se tada naziva autorsko djelo, pruža autorskopravnu zaštitu.

Individualna intelektualna tvorevina koja bi bila intelektualnopravno odnosno autorskopravno na ovaj način zaštićena je pojmovno široko definisana u članu 4 st. 1 Zakona o autorskom i srodnim pravimaⁱ, a što čini mogućnost klasifikovanja izvjesne intelektualne tvorevine autorskim djelom tim više vjerovatnim.

Da bi autor stekao autorskopravnu zaštitu povodom klasifikovane intelektualne tvorevine, isti ne mora da poduzme bilo kakvo daljnje djelovanje. Pružanje autorskopravne zaštite je automatsko, a nastaje u trenutku stvaranja autorskog djelaⁱⁱ. Autor se ne može odreći autorskopravne zaštite, pa čak ne može ni da disponira sa svim subjektivnim pravima koja proizilaze iz dotičnog autorskog prava povodom dotičnog autorskog djelaⁱⁱⁱ. Osnutak djela, nezavršeno djelo, naslov i drugi sastojci autorskog djela su takođe autorskopravno zaštićeni kao i samo autorsko djelo^{iv}, a prema presudi Evropskog suda pravde čak samo 6 riječi može biti autorskopravno zaštićeno^v.

ZAISP poznaje dvanaest imenovanih vrsta autorskih djela^{vi}, a taj broj nije konačan^{vii}, te je opravdano zaključiti da ne postoji vrsta ljudskog intelektualnog djelovanja (u poprilično široko definisanim kategorijama umjetnosti, nauke i književnosti) koja se ima smatrati apsolutno izuzetom iz autorskopravne zaštite^{viii}. Primjetna je historijska tendencija ekspanzije kako pojma autorskog djela tako i obima autorskog prava autora povodom takvih intelektualnih tvorevina^{ix}.

Jednom kada bude pružena, autorskopravna zaštita traje, po pravilu^x, sedamdeset^{xi} godina nakon smrti autora^{xii}.

Kombinacija izuzetno široko definisanog pojma kvalifikovane intelektualne tvorevine, automatizma zaštite koja ne iziskiva bilo kakvo aktivno djelovanje od strane autora ili nosioca prava da bi dotična intelektualna tvorevina bila potpuno i cjelovito autorskopravno zaštićena, a gdje autor ne može da se, u cijelosti, odreke autorskopravne zaštite, kvalifikovanosti sve većeg broja vrsta intelektualnog djelovanja ljudskih bića kao i izrazito dugoročnog trajanja autorskopravne zaštite nalazi negativnu nuspojavu u pojavljivanju iteracija autorskih djela povodom kojih nije isteklo vremensko trajanje autorskopravne zaštite, ali povodom kojih autor ili nosilac prava ili nije poznat, odnosno i ako je poznat, autor ili nosilac prava ne mogu da budu identifikovani, odnosno ne postoji razuman i objektivno opravdan način da ih se kontaktira da bi se dobila dozvola za izvjesno djelovanje povodom njihovih zaštićenih intelektualnih tvorevina. Takva autorska djela se zovu autorska djela siročad^{xiii}.

Svaka vrsta autorskog djela može da bude autorsko djelo siročadi^{xiv}, a izvjesne vrste autorskih djela^{xv} su podložnije tome da budu tako klasifikovane.

ⁱ Zakon o autorskom i srodnim pravima (Službeni glasnik Bosne i Hercegovine 63/10), u ostatku teksta ZAISP.

ⁱⁱ Sukladno odredbama člana 14 ZAISP-a

ⁱⁱⁱ Ovdje se posebno misli na pitanje moralnih prava autora, koje autor ne može da prenese na druga lica.

^{iv} Sukladno odredbi člana 5 ZAISP-a

^v Slučaj C-5/08, Infopaq Inter 1national A/S v Danske Dagblades Forening

^{vi} Član 4 st. 2 tačke a-l ZAISP-a

^{vii} Što je vidljivo iz odredbe člana 4 st. 2 ZAISP-a „(a) autorskim djelom smatraju se naročito...“

^{viii} Osim odredbi člana 8 kao i drugih relevantnih odredbi ZAISP-a.

^{ix} O ovome, između ostalog, piše autor u svojoj doktorskoj disertaciji.

^x Postoje izuzetci, o kojima se može više saznati u Poglavlju V ZAISP-a.

^{xi} Ovo određenje je prihvaćeno jer predstavlja otprilike dvije generacije nakon smrti autora, odnosno izvornog nosioca autorskog prava povodom dotičnog autorskog djela.

^{xii} Član 55 ZAISP-a.

^{xiii} Engleski – orphan works

^{xiv} Vidi (Bunce, 2013): 245

^{xv} Kao što su na primjer fotografije, arhivski spisi, te izvjesni audiovizuelni radovi podložniji bivstvovanju autorskog djela siročadi.

Autorsko pravo je po svojoj prirodi isključivo^{xvi}. Mehanizam djelovanja autorskopravne zaštite je takav da izvjesna postupanja povodom autorskih djela može da uradi samo autor ili od strane autora ovlašteno lice.

Korisnik koji želi da koristi takvo autorsko djelo povodom kog autor ili nosilac prava nije poznat, odnosno gdje takav autor ili nosilac prava ne mogu biti kontaktirani radi davanja neophodnog odobrenja, se nalazi u situaciji gdje mora da donese odluku da li će da povrijedi autorsko pravo nepoznatog odnosno nepristupačnog autora ili nosioca prava, u nadi da isti nikada neće da sazna za korištenje autorskog djela korisnika, ili će da donese odluku da ne koristi autorsko djelo u pitanju, iz straha da će nosilac da se pojavi u budućnosti te da zahtjeva naknadu štete, odnosno gdje korisnik može biti izložen strogim^{xvii} sankcijama^{xviii} za povredu autorskog i srodnih prava.

Obije ove opcije su jednako nepoželjne za društvo i za pravni poredak, i obije ove opcije jednako predstavljaju opasnost za pravni sigurnost tog pravnog poretka.

U prvom slučaju manifestacija te nepoželjnosti se ima naći u činjenici da korisnik se potiče da svjesno vrijeđa subjektivna prava drugog lica i pozitivne pravne norme koje uređuju odnose subjekata prava povodom ove materije.

U drugom slučaju manifestacija te nepoželjnosti se ima naći u činjenici da intelektualna tvorevina se namjerno izostavlja iz kreativnog supstrata društva, kojim to društvo ostaje tim više osiromašeno za tu intelektualnu tvorevinu s jedne strane, odnosno predstavlja negiranje same svrhe autorskopravne zaštite^{xix} i balansa interesa između autora s jedne strane te svih drugih lica s druge strane^{xx} koja je okosnica društvenog ugovora u srcu opravdanosti pružanja autorskopravne zaštite.

Ovo je razlog zašto je Evropska unija odlučila da donese propise koji u izvjesnom obimu harmoniziraju instrumentarij rješavanja problem autorskih djela siročadi u vidu Direktive 2012/28/EU Europskog Parlamenta i Vijeca od 25.10. 2012. godine o određenim dozvoljenim korištenjima djela siročadi^{xxi}.

Predmet ovog rada jeste da se utvrdi pojam autorskih djela siročadi, da se utvrdi koji je obim problema, odnosno da se pokuša utvrditi da li su u praksi instance autorskih djela siročadi prominentne ili relativno rijetke. Ovdje je posebno bitno napomenuti da je pitanje digitalizovanja kolekcija javnih biblioteka, ali i drugih analognih primjeraka autorskih djela kulturalnih ali i drugih ustanova posebno

^{xvi} Kao što je vidljivo iz odredbi člana 15 ZAISP-a: „Autorsko pravo... koje sadrži isključiva ličnopravna ovlaštenja... isključiva imovinskopravna ovlaštenja“, odnosno iz relevantnih odredbi koje se odnose na definisanje konkretnih objektivnih prava koja bi trebao autor imati prema autorskom djelu u pitanju, a kao še je slučaj na primjer u odredbi člana 20 st. 1 : „Autorska imovinska prava sadrže isključivo ovlaštenje autora da zabrani ili dozvoli iskorištavanje svog djela i primjeraka tog djela, ako ovim Zakonom nije drugačije određeno.“

^{xvii} U autorskopravnoj teoriji postoji struja misli koja smatra da sankcije koje su predviđene za individualne povrede autorskih djela su neopravdano visoke, a kojoj koncepciji se pridružuje i autor. Postoji i mišljenje, uglavnom zastupano od strane zastupnika nosilaca prava da sankcije nisu dovoljno stroge, te koji pozivaju na pooštavanje sankcija za iteracije povrede autorskog prava autora ili nosioca prava.

^{xviii} Vidi član 171 st. 1: „Novčanom kaznom u iznosu od 1.000 KM do 200.000 KM kaznit će se za prekršaj pravno lice, a novčanom kaznom u iznosu od 1.000 KM do 20.000 KM kaznit će se za prekršaj preduzetnik...“ st. 2: „Novčanom kaznom u iznosu od 3.000 KM do 20.000 KM kaznit će se za prekršaj iz stava (1) ovog člana i odgovorno lice u pravnom licu i kod preduzetnika.“, te stav 3. „(3) Novčanom kaznom u iznosu od 3.000 KM do 10.000 KM kaznit će se za prekršaj iz stava (1) ovog člana fizičko lice.“ Budući da sankcije u citiranim stavovima se potencijalno imaju primjeniti na svaku pojedinu povredu autorskog prava, te da povodom izvjesnog autorskog djela ima preko dvadeset vrsta subjektivnih autorskih prava, i da svaki vid nedozvoljenog djelovanja predstavlja povredu, lako je da kumulacijom dođe do izrazito velikog broja povreda i rezultirajućih novčanih i drugih sankcija.“

^{xix} Sa ovim stanovištem se slaže i Copyright Office Sjedinjenih Američkih Država, vidi: (United States Copyright Office, 06.2015): 3.

^{xx} A koja bi se mogla karakterisati na sljedeći način: Društveni poredak kao nagradu za stvaranje intelektualne tvorevine i kao motivaciju za daljnje stvaranje, daje autoru kao i svim drugim licima koje autor ovlasti pravo da isključi iz izvjesnog djelovanja sva druga lica, te da na taj način osigura da, ukoliko ima biti ekonomske koristi od korištenja autorskog djela, autor će biti taj koji će, relativno, imati kontrolu nad ostvarivanjem te koristi. Društvo zauzvat dobija povećanje stvaralačkog supstrata društva, te nakon proteka vremena trajanja zaštite, sve jedinice društva mogu slobodno da koriste intelektualne tvorevine u pitanju.

^{xxi} U ostatku teksta Direktiva 2012/28/EU.

osjetljivo i relevantno za pitanje pravne dozvoljenosti upotrebe autorskih djela siročadi, odnosno ilustrativni za nepoželjnost javljanja iteracija autorskih djela siročadi. Bitno je navesti i da, usljed digitalizacije, te trenda sve češće i obimnije upotrebe primjeraka autorskih djela i predmeta srodnih prava od strane sve većeg obima i vrsta korisnika, da je potrebno omogućiti što veći stepen pravne sigurnosti, te inkluziju što većeg broja intelektualnih tvorevina, bile one zaštićene ili ne, brinuli se autori ili nosioci prava o njima ili ne, a za što optimalniji društveni, intelektualni i stvaralački razvoj potencijala društva.

Rad će potom analizirati pozitivnopravne mehanizme zaštite kako autora povodom autorskih djela siročadi, tako i korisnika koji želi koristiti autorska djela siročadi.

Rad će izvršiti analizu *acquis* po pitanju izvjesnih upotreba autorskih djela siročadi, te pojednosti konkretnih mehanizama za osiguranvanje balansa interesa zaštite autora odnosno nosioca prava ali i korisnika koji želi da koristi autorsko djelo siročadi u državama članicama.

2. Pojam autorskog djela siročadi i obim problema postojanja autorskog djela siročadi

U Green Paper on the Knowledge Economy^{xxii} Evropska komisija je definirala autorska djela siročadi kao: „Autorska djela siročadi su takva djela povodom koji još uvijek traje autorskoppravna zaštita, ali čiji vlasnici ne mogu biti identifikovani ili locirani^{xxiii}.^{xxiv}“^{xxv}

Po navedenoj definiciji karakteristike autorskog djela siročadi su:

- a) Da se radi o intelektualnoj tvorevini koja je kvalifikovana kao autorsko djelo po normama pozitivnog autorskog prava;
- b) Da povodom tog autorskog djela nije istekao vremenski interval zaštite, odnosno da predmetno autorsko djelo je još uvijek predmetom autorskoppravne zaštite, te da postupanje na izvjestan način prema tom autorskom djelu predstavlja isključivo pravo autora odnosno lica koje je autor izričito i pravno valjano ovlastio na takvo djelovanje, odnosno gdje je tako djelovanje dozvoljeno od strane relevantnih sadržinskih ograničenja autorskog i srodnih prava ili drugim odredbama ZAISP-a ili drugog relevantnog zakona;
- c) Da vlasnici^{xxvi} tog autorskog djela:
 - a. Ne mogu biti na bilo koji način identifikovani, a što može da nastane bilo na osnovu činjenice da je autor odlučio, u okviru svog autorskog moralnog prava^{xxvii} da taj konkretni ili sve nastale primjerke izvjesnog autorskog djela ne označi nikakvom oznakom, označi djelo kao autorsko djelo anonimnog autora, označi oznakom koja je izgubila svoj inicijalni karakter koji je ukazivao na ličnost autora, označi pseudonimo, odnosno gdje, bilo namjerno ili nenamjerno, takva oznaka identiteta autora je izgubljena ili na drugi način uklonjena sa tog ili svih primjerka autorskog djela, te
 - b. Mogu biti identifikovani na bilo koji način koji proizvodi jasan identitet jedne jedinke kao stvaratelja zaštićene intelektualne tvorevine u pitanju, ali gdje ta identifikovana jedinka koja je autor autorskog djela ne može da se locira, u smislu da ne postoji način da se sa izvjesnošću utvrdi gdje je ta osoba da bi se moglo sa istom korespondirati na način kojim bi ista odobrila pravom zaštićenu upotrebu autorskog djela u pitanju.

Veoma sličnu definiciju je prihvatio i Australian Copyright Council^{xxviii}.

^{xxii} (Commission of the European Communities, 2008)

^{xxiii} Prevod autorov. Osim ukoliko je izričito navedeno drugačije svi prevodi sa Engleskog jezika u radu su autorovi.

^{xxiv} „Orphan works are works which are still in copyright but whose owners cannot be identified or located.

^{xxv} (Commission of the European Communities, 2008): 10

^{xxvi} Evropska komisija je ovdje, evidentno, odlučila da koristi kolektivni izraz „vlasnici“ za autora te za od strane autora lica koja su ovlaštena da postupaju povodom zaštićenog autorskog djela na izvjestan način, odnosno povodom kojih je autor autorska imovinska prava ili druga prava autora na pravno valjan način i sa pravno valjanim iustus titulom prenio subjektivna autorska prava.

^{xxvii} Prava na priznavanje autorstva iz člana 18 ZAISP-a.

^{xxviii} (Australian Copyright Council, 18.12.2008)

Sličnu definiciju je predložio i U.S. Copyright Office u Report on Orphan Works^{xxxix} koja ima identična tri elementa^{xxx}. Tu definiciju prihvataju i izvjesni autorskopравни pisci^{xxxi}.

Ova definicija predstavlja dobru polazišnu tačku za razmatranje pojma autorskog djela siročadi, međutim ista ima značajnih nedostataka. Ti nedostaci se ogledaju u tački c)^{xxxii} karakteristike autorskog djela siročadi. Naime definicija ostavlja otvorenim pitanja situacija kada se kod izvjesnog koautorskog djela ne može da identifikuje jedan ili više koautora, ali može da identifikuje najmanje jedan koautor odnosno može da se identifikuje najmanje jedan nosilac prava, ali takođe ne može da se identifikuje jedan ili više drugih nosilaca prava, te pitanje značenja pojma „lociranja“ nosioca autorskog djela. Upotreba izraza „lociranje“ nije dovoljno precizna za potrebe definiranja ovog pojma, budući da ostavlja veliki potencijal za provizorno tumačenje odnosno ne ukazuje na prirodu korespondencije koja je potrebna između lica koje želi da koristi autorsko djelo i autora ili nosioca prava koji nije dostupan za „lociranje“.

Evropska unija je u Direktivi 2012/28/EU odlučila da ponudi izmjenjenu definiciju u članu 2 iste, tako da su definirali autorsko djelo siročad kao: „Djelo ili fonogram smatra se djelom siročetom ako nije utvrđen nijedan od nositelja prava na to djelo ili fonogram ili, čak i ako je utvrđen jedan ili više nositelja prava, nijedan od njih nije pronađen unatoč pažljivoj^{xxxiii} potrazi za nositeljima prava koja je provedena i evidentirana u skladu s člankom.“^{xxxiv}

Karakteristike definicije iz Direktive 2012/28/EU su:

a) Pojam „siročadi“ može da se pridruži kako autorskom djelu tako i fonogramu kao predmetu srodnih prava, ali, upotrebnom izraza „djelo“ ili „work“ na Engleskom jeziku takođe na druge predmete srodnih prava;

b) Da bi izvjesna autorskopravno ili srođnopravno zaštićena intelektualna tvorevina bila klasifikovana kao autorsko djelo siročad^{xxxv} ne smije biti identifikovan ni jedan autor odnosno koautor, te ne smije biti identifikovan ni jedan nosilac autorskog ili srodnih prava, a da bi bila zadovoljena definicija kvalifikovane intelektualne tvorevine kao autorsko djelo siročad po prirodi činjenice da se ne može identifikovati autor ili nosilac prava;

c) Ukoliko se može identifikovati jedan autor ili nosilac prava, odnosno više istih, kvalifikovana intelektualna tvorevina može biti autorsko djelo siročad, pod uslovom da se ne može pronaći, u smislu uspostavljanja korespondirajućeg kontakta ili bilo kakvog drugog kontakta iz kog može da se očekuje da će moći da se stekne pravno valjano odobrenje za upotrebu kvalifikovanog autorskog djela, pod uslovom da se prethodno izvrši ono što se naziva pažljivom ili diligentnom potragom za nositeljem prava, a gdje su karakteristike te diligentne potrage precizirane članom 3 Direktive 2012/28/EU.

Navedena definicija ispravlja nedostatke definicije iz (Commission of the European Communities, 2008) kao i sličnih definicija. Ista unosi značajno više elemenata pravne izvjesnosti te predstavlja dobru polazišnu tačku po pitanju materije autorskog djela siročadi. Ista nije bez vlastitih problema^{xxxvi}.

Uzimajući u obzir činjenicu da ZAISP ne nudi alternativnu definiciju, kao ni to da smo u literaturi koju smo koristili za pripremanje rada našli alternativnu, prihvatljiviju definiciju, smatramo da bi

^{xxxix} (United States Copyright office, 01.2006)

^{xxx} „This Report addresses the issue of “orphan works,” a term used to describe the situation where the owner of a copyrighted work cannot be identified and located by someone who wishes to make use of the work in a manner that requires permission of the copyright owner.“ (United States Copyright office, 01.2006): 1

^{xxxi} Vidi: (Bunce, 2013): 244; (Hansen, 19.12.2011): 1; (Lifshitz-Goldberg, 05.2010): 1.

^{xxxii} Tačke a) i b) se trebaju uzeti kao prihvatljive.

^{xxxiii} Na engleskom jeziku: „diligent search“.

^{xxxiv} Prevod definicije je službeni prevod na Hrvatski jezik koji je dostupan na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32012L0028>

^{xxxv} U radu kada indiciramo „autorsko djelo siročad“ ili „siročad“ podrazumjevaju se i predmeti srodnih prava, osim ukoliko se drugačije izričito ne naznači.

^{xxxvi} Eludicijacija istih prevazilazi obim i svrhu ovog rada.

autorskoppravna teorija Bosne i Hercegovine trebala podržati definiciju Direktive 2012/28/EU kao prihvatljivu i dobru polazišnu tačku za buduća istraživanja ove materije.

Bitno je primjetiti da se mora praviti stroga razlika između autorskog djela siročadi i primjeraka autorskih djela koji su izašli iz štampe, odnosno povodom kojih postoje izvjesne poteškoće u postupku sticanja prava vlasništva na primjerku autorskog djela u pitanju.

Primjerci autorskih djela koji su izašli iz štampe su takve vrste primjeraka autorskih djela gdje inicijalni tiraž primjeraka autorskih djela jeste ili distribuiran, odnosno gdje na tržištu se ne može steći pravo vlasništva na novom ili (rijeđe) korištenom primjerku autorskog djela u razumnom roku od strane lica koje je spremno da stekne pravo vlasništva na takvom primjerku te koje je spremno remunerirati razumnom cijenom prethodnog vlasnika primjerka tog autorskog djela.

Autorska djela siročadi mogu, ali ne moraju biti primjerci autorskih djela izvan štampe. „Dok mnoga autorska djela siročadi se mogu klasifikovati kao primjerci autorskih djela izvan štampe, nisu sva autorska djela čiji primjerci su izvan štampe autorska djela siročadi.“^{xxxvii}

Autor, odnosno nosilac prava ima pravo da zahtjeva nadoknadu za zaštićene upotrebe njihovih autorskih djela. Za razliku od patenta, gdje se može koristiti pravni mehanizam zakonske ili prisilne licence u slučajevima nerazumnosti nosioca patenta, kod autorskih djela, u slučaju nerazumnosti, odnosno nedostatka želje autora ili nosioca autorskog i srodnih prava da dozvoli zaštićeno korištenje kvalifikovane intelektualne tvorevine, korisnik koji želi da koristi predmetnu zaštićenu intelektualnu tvorevinu na takav način ima značajno manje pravnih instrumenata da prisli autora ili nosioca prava na takvo postupanje.

Mehanizmi za rješavanje problema autorskih djela siročadi se ne mogu koristiti u onim slučajevima gdje je autor ili nosilac prava poznat, u kojima se može i vrši se komunikacija sa istim, ali kao rezultat te komunikacije ne nastaje pravno relevantna dozvola za zakonski dozvoljeno korištenje zaštićenih kvalifikovanih intelektualnih tvorevina.

David Vaile^{xxxviii} postavlja pitanje da li status objavljenosti treba da bude bitan za klasifikovanje autorskog djela autorskim djelom siročadi. Uzimajući u obzir činjenicu da neobjavljena autorska djela su jednako autorskoppravno zaštićena kao i objavljena autorska djela^{xxxix} te da objavljivanje autorskog djela od strane lica koje nije autor predstavlja povredu autorskog moralnog prava^{xl}, te potencijalno krivično djelo, smatramo ipak da u slučaju da se stekne pristup autorskom djelu koje nije objavljeno a u kom slučaju ne može da se identifikuje autor odnosno nakon diligentne potrage ne može da se stupi u kontakt sa autorom, u to slučaju, iako znamo da je autorsko djelo u pitanju neobjavljeno autorsko djelo, takvo djelo moglo biti podobno za klasifikaciju autorskim djelom siročadi, a što je podržano i odredbom člana 11 st. 2^{xli} ZAISP-a^{xlii}, te da bi se trebala dozvoliti upotreba takvog neobjavljenog autorskog djela, a korisniku koji koristi takvo djelo bi trebao biti pružen imunitet od krivičnihopravnih i građanskopravnih mehanizama za zaštitu tog konkretnog subjektivnog autorskog moralnog prava.

Isti autor postavlja i pitanje da li kvalifikovane intelektualne tvorevine koje je napustio^{xliii} autor se imaju smatrati podobnim za stanje autorskog djela siročadi^{xliiv}. Kao što smo naveli prethodno, u pozitivnom autorskom pravu Bosne i Hercegovine, autorska moralna prava mogu da se prenose samo univerzalnom sukcesijom. Ništave su ugovorne odredbe kojima se disponira moralnim autorskim pravima^{xliv}. Autor ne može^{xlvi} da prenese na drugo lice svoja moralna prava. To znači da za njegovog života

^{xxxvii} (Lueder, 2010)

^{xxxviii} (David Vaile, 2011, Working paper – For comment, Version 12):1

^{xxxix} Sukladno prethodno navedenoj odredbi člana 14 ZAISP-a.

^{xl} Sukladno odredbi člana 17 ZAISP-a.

^{xli} „(2) Autorsko pravo na neobjavljena djela čiji autor nije poznat ostvaruje odgovarajuća organizacija autora.“

^{xlii} O kom će biti više riječi kasnije.

^{xliii} Tzv. – abandoned ili napuštena autorska djela

^{xliv} (David Vaile, 2011, Working paper – For comment, Version 12):2

^{xlv} Sukladno odredbama člana 79, st 1 tačka b

^{xlvi} Osim univerzalnom sukcesijom

autor ne može a da ne bude nosilac autorskim moralnih prava povodom dotičnog autorskog djela, a budući da su ništave ugovorne odredbe kojima se disponira autorskim moralnim pravima, analogno se može zaključiti da bi bile ništave i manifestacije pravno relevantne volje autora usmjerene na efektivno obećanje da isti se neće koristiti autorskim moralnim pravima, a koje bi sačinjavale sadržaj bilo kakvog akta odricanja od autorskog djela, kao takve. Korisnik nikada ne može da se pouzda u istinitost i volju autora kao pravni osnov za slobodno korištenje autorskog djela u ovom pitanju. Budući da je nemoguće se istinski odrekne autorskog djela, činjenica da li ili nije autor se odrekao autorskog djela nije relevantna za determinaciju istog autorskim djelom siročem.

3. Obim problema postojanja autorskog djela siročadi

U izvještaju o pitanju autorskih djela siročadi i masovne digitalizacije, Copyright Office Sjedinjenih Američkih Država je istakao da problem autorskih djela siročadi jeste „široko rasprostranjen i značajan.“^{xlvi} (Hansen D. R., 10.09.2013) ističu da je problem autorskih djela siročadi „veoma značajan u veličini i obimu“^{xlvi}.

Često se navodi činjenica da Britanska Biblioteka procjenjuje da 40% njene kolekcije predstavljaju autorska djela siročadi^{xlix}.

Istraživanje Evropske komisije je zaključilo da „postoji veliki broj autorskih djela siročadi u kolekcijama kulturalnih institucija“^l država članica koje su bile analizirane.

Istraživanje je dalje pokazalo da postoje „visoki postotci autorskih djela siročadi za gotovo sve kategorije djela, posebno među fotografijama i audiovizuelnim materijalima.“^{li}

Konkretni primjeri zaključaka su:

- „Konzervativna procjena broja autorskih djela siročadi knjiga kao postotak knjiga povodom kojih još uvijek traje autorskoppravna zaštita širom Evrope stavlja taj broj na nekih 3 miliona knjiga autorskih djela siročadi (što predstavlja 13% ukupnih knjiga povodom kojih još uvijek traje autorskoppravna zaštita). Što su starije knjige veći je postotak autorskih djela siročadi.“^{lii}
- „Kada procesuiraju zahtjeve za upotrebu starijih filmskih materijala, filmske arhive širom Evrope su kategorizovale, nakon pretrage za nosiocima prava 129 000 filmskih djela kao autorska djela siročadi, koji stoga nisu mogla biti korištena. Djela za koje se može pretpostaviti da su siročad bez izvođenja stvarne potrage za nosioca prava dopunjava taj broj na približno 225 000 filmskih autorskih djela“^{liii}.
- „Digitalizacijski projekt u Ujedinjenom Kraljevstvu je našao da 95% novinskih članaka prije 1912 godine su autorska djela siročadi. Takođe, istraživanje među muzejima u Ujedinjenom Kraljevstvu je utvrdilo da nosioci prava 17 miliona fotografija (a što čini 90% cjelokupnih kolekcija fotografija muzeja) nisu mogli biti pronađeni.“^{liv}
- „U kolekcijama Danske Nacionalne Biblioteke, otprilike 160 000 djela, stvorenih od 1880-1930 godine imaju neizvjestan autorskoppravni status.“^{lvi}

^{xlvi} (United States Copyright Office, 06.2015):2

^{xlvi} (Hansen D. R., 10.09.2013): 5

^{xlix} Vidi: (Korn, 04.2009):12, i (Hansen D. R., 19.12.2011): 10 na primjer i između ostalih

^l (Vuopala, 05.2010):4

^{li} (Vuopala, 05.2010):4

^{lii} (Vuopala, 05.2010): 5

^{liii} Nije izvjesno da li se ovo odnosi samo na filmska autorska djela kao podvrstu audiovizuelnih autorskih djela ili na audiovizuelna autorska djela kao vrstu autorskih djela.

^{liv} (Vuopala, 05.2010):5

^{lv} (Vuopala, 05.2010):5

^{lvi} (Vuopala, 05.2010):5

Britanski Independent procjenjuje da „do 50 posto arhivskih spisa u Ujedinjenom Kraljevstvu su autorska djela siročad^{lvii}, a isti izvor navodi da kao izravni rezultat bivstvovanja autorskim djelom siročadi nekih 91 milion kreativnih djela je ostao skrivenim izvan javnog pogleda, prvenstveno jer se nosioci prava ne mogu identifikovati^{lviii, lix}.

„Empirijske studije su pokazale da postoji veliki broj autorskih djela siročadi, ali detaljne podatke o tačnoj veličini i prirodi ovih autorskih djela je teško utvrditi.“^{lx}

Istraživanje iz 06.2012 godine pod naslovom UK Intellectual Property Office Final Impact Assessment on Orphan Works je proizvelo sljedeće rezultate^{lxi}:

Tabela 1: Rezultati istraživanja UK IPO Final Impact Assessment on Orphan Works-a

Kategorija medijuma/djela	Volumen uzorka	Postotak autorskih djela siročadi
Umjetničke slike	548 000	20-25%
Zvučni zapisi (sati)	750 000	5-10%
Komercijalni filmovi (sati)	21 800 000	0-7%
Arhivski filmovi (sati)	513 000	5-35%
Biblioteke slika	>100 000 000	Oko 0%
Arhivske slike	28 280 000	5-90%
Pisani materijal	10 400 000	4-30%
Zbirke mješovitih a. djela	38 000 000	8-40%

Veličina problema postojanja autorskih djela siročadi se ogleda i u činjenici da u Evropskoj uniji^{lxii}, Sjedinjenim Američkim Državama^{lxiii} kao i u cijelom svijetu postoji jasan impetus da se digitalizuju analogne zbirke i da se na taj način omogući kako veći nivo izvjesnosti i postojanosti sadržaja takvih djela^{lxiv}, tako i da se omogući širi pristup većem krugu korisnika i da se omogući pristup što širem obimu intelektualnog stvaralaštva koji je baština društva i sustrat za subsekventne intelektualne tvorevine.

4. Mehanizmi za saniranje iteracija autorskih djela siročadi u Zakonu o autorskom i srodnim pravima Bosne i Hercegovine

ZAISP ne sadrži odredbe koje uređuju odnose subjekata prava povodom autorskih djela siročadi kao takvih, niti sadrži mehanizme za saniranje iteracija autorskih djela siročadi, kao takvih. Svakako nema odredbi koje uređuju materiju pojma onako kao smo ga definijali u ovom radu.

Za razliku od drugih Direktiva EU koje je zakonodavac Bosne i Hercegovine odlučio, u većoj ili manjoj mjeri transponirati u ZAISP, odredbe Direktive 2012/28/EU nisu transponirane u Bosanskohercegovačko pozitivno autorsko pravo budući da je direktiva usvojena 2012. a ZAISP je usvojen 2010. godine.

^{lvii} (Sherwin, 2014)

^{lviii} Ibid.

^{lix} Interesantna je činjenica iznesena u (Sherwin, 2014)da, na primjer, autorska djela koja su nastala od strane pacijenata u ustanovama za brigu o mentalnom zdravlju su bila autorska djela siročad, budući da su njihovi stvaratelji, koji su ih stvarali za potrebe liječenja zbog njihove terapijske vrijednosti, a što sve nema nikakvog uticaja na njihovu autorskoppravnu zaštitu koja je identična zaštiti bilo kom drugom autorskom djelu, te koji kao takvi ili nisu stavljali znakove raspoznavanja, označavali su autorska djela anonimnim ili su ih označavali pseudonimom.

^{lx} (Hansen D. R., 19.12.2011): 8

^{lxi} Tabela je u cijelosti preuzeta iz: (Hansen D. R., 10.09.2013):6

^{lxii} Vidi Europeana projekt na: <http://www.europeana.eu/portal/>

^{lxiii} Vidi Google Books projekt: <https://books.google.com/?hl=hr>

^{lxiv} Jer, da parafraziramo jednog govornika povodom materije – digitalna djela ne gore!

Od pravila pozitivnog autorskog prava BiH, relevantnim za pitanje problema autorskih djela siročadi bi se potencijalno mogao okarakterizirati član 11 ZAISP-a.

Član 11 ZAISP-a nosi naziv „nepoznati autor“. Odredbe ovog člana se odnose na slučajeve anonimnog ili pseudonimnog djela, odnosno djela povodom kog autor nije poznat. Međutim, ove odredbe se ne odnose na autorska djela siročadi.

Da bi smo objasnili zašto član 11 ZAISP-a nije relevantan za pitanje autorskih djela siročadi, analizirati ćemo stav 1 i 2 ovog člana.

Član 11, stav 1 ZAISP-a glasi:

„(1) U slučaju anonimnog ili pseudonimnog djela, izdavač čije je ime naznačeno na djelu smatra se zastupnikom autora dok se suprotno ne dokaže, i kao takav ovlašten je da vrši moralna i imovinska prava autora. Ako izdavač nije naznačen na djelu, za ostvarivanje autorskog prava ovlašteno je lice koje je objavilo djelo.“

Na prvi pogled se može činiti da ovim članom se eliminiše pravna nesigurnost prilikom svih slučajeva u kojima anonimnost odnosno pseudonimnost kao manifestacija moralnog prava autora može da predstavi prepreku za traženje pravne dozvole za korištenje predmetnog autorskog djela. Odredba člana 11 st. 1 doista uklanja tu neizvjesnost, međutim, bitna tačka jeste da kod djela koja su pokrivena članom 11 st. 1, autor možda nije poznat, ali jeste poznat nosilac izvjesnih imovinskih prava povodom tog autorskog djela. Izdavač tog djela je nosilac izvjesnih prava povodom relevantnog primjerka autorskog djela na osnovu pravnog posla kojim su prenešeni pravo izdavanja^{lxv} na izdavača, te na osnovu odredbe člana 138 ZAISP-a kao sui generis srodno pravo izdavača. Dok je možda identitet autora nepoznat, u slučaju koji se odnosi na član 11 st. 1 poznata je pravna ili fizička osoba koja je izdala, odnosno objavila djelo, te korisnik koji želi da koristi autorsko djelo u pitanju uvijek može da kontaktira tu osobu, a da bi saznao identitet i komunikacione podatke autora. Dakle, autorsko djelo, čak i prije primjene odredbi člana 11 st. 1 ZAISP-a ne bi se moglo kvalifikovati kao autorsko djelo siročad jer je poznat jedan od nosilaca prava^{lxvi}, te jer ne bi bilo moguće izvršiti diligentnu pretragu budući da postoji efektivan način da se sazna identitet ili da se stupi u kontakt sa autorom.

Izvjesno je da član 11 st. 1 uvodi veći stepen pravne sigurnosti u slučajeve u kojima autor nije poznat ili je identitet autora, usljed bilo kojih razloga, ostao nepoznat ili teško utvrdiv javnosti. Međutim, ta sigurnost je više usmjerena na stranu autora nego na korisnika, dok, argumentovano, pitanje autorskog djela siročadi je prvenstveno pitanje prava korisnika i društva^{lxvii}, odnosno ollašavanja korisniku upotrebe autorskih djela siročadi, te osiguravanja bujnog i što obimnijeg kulturološkog supstrata za cjelokupno društvo.

Uprkos tom većem stepenu sigurnosti, koristi člana 11 st. 1 se ne odnose na uređenje pitanja i uklanjanje pravne nesigurnosti povodom autorskog djela siročadi te kao takve se ne mogu smatrati relevantnim za saniranje štetnih posljedica ovoga društveno nepoželjnog fenomena.

Član 11 st. 2 glasi: „(2) Autorsko pravo na neobjavljena djela čiji autor nije poznat ostvaruje odgovarajuća organizacija autora.“

Kao što je bio slučaj i sa članom 11 st. 1, član 11 st. 2 takođe je usmjeren na zaštitu interesa autora ili nosioca autorskog i srodnih prava izravno, a zaštitu prava korisnika tek neizravno, kroz uklanjanje pravne nesigurnosti. I član 11 st. 2 takođe determinira tko se ima smatrati nositeljem prava, odnosno tko će biti ovlašten da vrši autorskopravna ovlaštenja te da daje dozvolu za korištenje predmetnog autorskog prava ukoliko autor nije poznat. Član 11 st. 2 ne daje korisniku pravo da koristi predmetno

^{lxv} Koje se sastoji od prava reproduciranja i prava distribuiranja autorskog djela, a sukladno doredbi člana 85 st. 1 ZAISP-a.

^{lxvi} Izdavač

^{lxvii} Kao što ćemo imati priliku vidjeti, ovo nije apsolutno determinirano, budući da u pravnom instrumentariju odobravanja upotrebe autorskih djela siročadi postoji mehanizam i značajan element zaštite autora, odnosno nosioca prava, ali naglasak nije prvenstveno na zaštitu prava autora odnosno nosioca prava, kao što, argumentovano, to je slučaj sa članom 11 st. 1 ZAISP-a.

autorsko djelo siročad na izvjestan način, već umjesto toga određuje da će izvjesna „odgovarajuća organizacija autora“ biti ta koja će ostvarivati ovlaštenja autora povodom tog autorskog djela.

Neizvjesno je pitanje šta se podrazumjeva pod pojmom „odgovarajuća“ te šta je „organizacija autora“. Vjerujemo da se odredba člana 11 st. 2 ima tumačiti na dva načina:

1.) da je zakonodavac htio da uspostavi sui generis udruženja autora koje bi ostvarivalo prava povodom autorskih djela povodom kojih nije poznat autor^{lxviii}, koje tumačenje ne držimo vjerovatnim, te, i vjerovatnije,

2.) da je zakonodavac htio da odredi da će ovlaštenja povodom autorskih djela povodom kojih autor nije poznat višiti organizacije za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava.

Problem sa ovim tumačenjem se nalazi u činjenici da zakonodavac je mogao, i trebao^{lxix}, da je htio^{lxx}, da naglasi da je riječ o kolektivnim organizacijama za vršenje autorskog i srodnih prava. Ovakav pristup ima svojih prednosti, ali i značajnih nedostataka. Dok nam se čini logičnim da se povjeri, uslovno rečeno^{lxxi}, staranje o autorskim djelima povodom kojih nisu poznati autori kolektivnim organizacijama za ostvarivanje autorskog i srodnih prava, jer je razumno da se pretpostavi da osoblje tih organaizacija je kvalifikovano da razumije i da se najbolje stara o takvim autorskim djelima, na ovaj način se primorava korisnika da, u slučaju različitih vrsta autorskih djela kontaktira pojedine kolektivne organizacije za te vrste autorskih djela^{lxxii}, što predstavlja dodatnu prepreku za korištenje ovakvih autorskih djela, te potencijalno izlaže korisnika i pravni sistem nedosljednom postupanju i nekonzistentnom pristupu starateljstvu povodom te vrste autorskog djela od strane te konkretne kolektivne organizacije^{lxxiii}.

Ni jedna konkretna odredba ZAISP-a se ne odnosi na pitanje uređenja upotrebe autorskog djela siročadi. Uzimajući u obzir obim problema, tendenciju, usljed psotojanja istog povećanja pravne nesigurnosti, te potrebe reguliranja ovog pitanja, predlažemo da Bosna i Hercegovina u izmjenama i dopunama ZAISP-a obavezno uvrsti zakonski okvir saniranja iteracija i olakšavanja upotrebe autorskih djela siročadi.

Jedan od mogućih pristupa rješenju takvog problema bi moglo biti transponiranje odredaba Direktive 2012/28/EU, kojim bi se i pozitivno autorskopravno zakonodavstvo, povodom ovog pitanja harmoniziralo sa *acquis*. Stoga je primjereno da se pogleda modalitet uređenja ovog pitanja u direktivi 2012/28/EU.

5. Direktiva 2012/28/EU o izvjesnim dozvoljenim upotrebama autorskih djela siročadi

Kao što je prethodno ukazano, Evropska komisija je u (Commission of the European Communities, 2008) ukazala na problem autorskih djela siročadi.

Kao moguća rješenja na problem koji su potencijalno predstavljali autorska djela siročadi, Evropska komisija je razmotrila sljedeće opcije^{lxxiv}:

- a) Da ne poduzme nikakve korake;
- b) Da stvori sadržinsko ograničenje u korist korisnika povodom autorskih djela siročadi^{lxxv};
- c) Da omogući prošireno kolektivno digitalno licenciranje^{lxxvi}

^{lxviii} A koja se ne mogu smatrati autorskim djelima siročadi jer je zakonodavac odlučio da imenuje nositelja prava, što samim tim znači da definicija koju smo ponudili ni u kom slučaju ne može da se primjenjuje na ta konkretna autorska djela.

^{lxix} Budići da zakonodavac sam, u, na primjer u članu 66 ZAISP-a navodi više vrsta organizacija, te budući da se i kao subjekti srodnih prava javlja na primjer, organizacija za radiodifuziju, te iz drugih, nomotehničkih razloga.

^{lxx} Zakonodavac, pored organizacije za radiodifuziju, još spominje organizacije jedino u članu 66 ZAISP-a, kada koristi izraz „kolektivna organizacija“.

^{lxxi} Ali, vjerujemo, apropos, uzimajući u obzir odredbe člana 11 st. 3 i 4 ZAISP-a

^{lxxii} Vidi više Zakon o kolektivnom ostvarivanju autorskog i srodnih prava (Sl. glasnik BiH 63/10)

^{lxxiii} Takođe, gube se dodatne prednosti centralizacije.

^{lxxiv} (Lueder, 2010):11

^{lxxv} Vidi: (Lueder, 2010):11

^{lxxvi} Vidi: (Lueder, 2010):13

- d) Da omogući posebnu licencu za digitalno prikazivanje autorskih djela siročadi^{lxxvii};
- e) Da omogući centralnu državnu licencu za digitalno prikazivanje autorskih djela siročadi^{lxxviii}; te,
- f) Da omogući uzajamno prepoznavanje autorskih djela siročadi koje biblioteke učine dostupnim^{lxxix}.

Evropska komisija je odlučila da usvoji direktivu kojim će da dozvoli izvjesne dozvoljene upotrebe autorskih djela siročadi. Ta direktiva predstavlja kombijaciju opcije b) i f) te izvjesnih drugih opcija u manjem obimu i sa ograničenijom primjenom. Direktiva 2012/28/EU je usvojena 25.10.2012 godine.

Kao razlozi za usvajanje ove direktive navode se digitalizacioni poduhvati koje poduzimaju javnosti dostupne biblioteke, obrazovne ustanove, muzeji, akriivi kao i druge društvene organizacije^{lxxx}, te „uspostavljanje pravnog okvira koji će olakšati digitalizaciju i širenje djela i druge građe zaštićene autorskim pravom^{lxxxi}“... autorskog djela siročadi, budući da je to „ključna aktivnost Digitalnog plana za Evropu“^{lxxxii}.

Direktiva se sastoji od preambule sa 25 paragrafa, 12 članova i Priloga. Izvjesno je da Direktiva 2012/28/EU ne predstavlja cjelovito rješenje za pitanje korištenja autorskih djela siročadi od strane svih vrsta korisnika, budući da se u članu 1 ističe da se odredbe predmetne Direktive odnose isključivo na:

- a) Javnosti dostupne biblioteke,
- b) Obrazovne institucije,
- c) Muzeje,
- d) Arhive,
- e) Institucije za filmsku audio baštinu, te
- f) Javne organizacije za radiodifuziju.

U istom članu je upotreba od strane samo ovih klasa lica dalje ograničena ciljem ispunjavanja njihove zadaće zaštite odnosno služenja javnog interesa^{lxxxiii}.

Kao moguće vrste autorskih djela siročadi na koje se ova direktiva primjenjuje, prepoznati su samo:

„(a) djela objavljena u obliku knjiga, dnevnih listova, novina, časopisa ili drugih tiskovina koje čine sastavni dio zbirki javnosti dostupnih knjižnica, obrazovnih institucija ili muzeja kao i zbirki arhiva ili institucija za filmsku ili audio baštinu; i

(b) kinematografska ili audiovizualna djela i fonograme koji čine sastavni dio zbirki javnosti dostupnih knjižnica, obrazovnih institucija ili muzeja kao i zbirki arhiva ili institucija za filmsku ili audio baštinu; i

(c) kinematografska ili audiovizualna djela i fonograme koji su nastali u produkciji javnih organizacija za radiodifuziju do zaključno 31. prosinca 2002. i nalaze se u njihovim arhivima;^{lxxxiv}^{lxxxv}, te koja su prethodno objavljena^{lxxxvi}, i koja su objavljena u državi članici ili prvi put emitirana u državi članici Evropske Unije^{lxxxvii}.

^{lxxvii} Ibid.

^{lxxviii} Vidi: (Lueder, 2010):15

^{lxxix} Vidi: (Lueder, 2010):16

^{lxxx} Paragraf 1 Preambule Direktive 2012/28/EU

^{lxxxi} Paragraf 3 Preambule Direktive 2012/28/EU

^{lxxxii} Ibid.

^{lxxxiii} Što možemo porediti sa odredbom općeg pravila povodom sadržinskih ograničenja autorskog i srodnih prava koja se nalazi u članu 40 ZAISP-a, te što predstavlja standardno ograničenje da bi se osigurala kompatibilnost sa Testom u tri koraka iz TRIPS-a te Internet sporazuma Svjetske Organizacije za Intelektualno Vlasništvo.

^{lxxxiv} Prevod je službeni, dostupan na relevantnoj web stranici Evropske Unije.

^{lxxxv} Član 1 st. 2 Direktive 2012/28/EU

^{lxxxvi} Pitanje neobjavljenih autorskih djela kao autorska djela siročad je uređeno stavom 3 istog člana Direktive 2012/28/EU.

^{lxxxvii} Ibid.

Primjećujemo da je rješenje problema koji predstavljaju autorska djela siročadi u Direktivi 2012/28/EU izuzetno ograničeno. Da se to ograničenje manifestuje kako na subjektima koji imaju pravo koristiti autorska djela siročadi na izvjestan način sukladno odredbama Direktive 2012/28/EU, ali i na predmetima koja se imaju smatrati kvalifikovanim, unutar šireg skupa autorskih djela siročadi, da budu predmetom odredbi Direktive 2012/28/EU. Svrha rješenja problema autorskog djela siročadi koje se nudi u predmetnoj direktivi je usmjereno prvenstveno na zadovoljenje interesa društva kroz omogućavanje institucijama čije je djelovanje usmjereno služenju i zaštite interesa društva, te kroz identifikaciju i klasifikaciju za primjenu predmetnih mehanizama samo izvjesnih vrsta autorskih djela. Brojne klase korisnika su izostavljeni izvan dometa odredbi Direktive 2012/28/EU. Neki od njih su krajnji korisnik, korisnik koji je istraživač te ustanove koje su posvećene isključivo istraživanju, a ne obrazovanju i korisnici koji služe zadovoljenju svih drugih potreba koje nisu i ne mogu biti klasifikovane kao „javni interes“ ali i sve druge vrste institucija koje služe javnom interesu, ali koje nisu poimenično navedene u Članu 1 st. 1 Direktive 2012/28/EU.

Razlog za ovako značajno ograničavanje dometa rješenja problema autorskih djela siročadi, koje se ima naći u Direktivi 2012/28/EU jest, najvjerovatnije, izbjegavanje nekompatibilnosti sa Testom u tri koraka^{lxxxviii} Sporazuma o trgovinskim aspektima intelektualnog vlasništva Svjetske trgovinske organizacije i Internet sporazuma Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo^{lxxxix}. Bez obzira koji razlozi bili, obim primjenjivosti za sveobuhvatno rješenje problema iteracija autorskih djela siročadi odredbi Direktive 2012/28/EU je značajno ograničen članom 1 iste.

Moguće je argumentovati da i korak inkluzije rješenja za ustanove koje su definisane Članom 1 st. 1 Direktive 2012/28/EU predstavlja optimalno rješenje kao prelazni ili međukorak dok se pokuša naći obimnije i praktičnije rješenje, te da bi inkluzija većeg obima korisnika i većeg obima autorskih djela otvorila potencijal za veći pravnu nesigurnost i inkompatibilnost sa Testom u tri koraka, te da je i postojeće rješenje prihvatljivije od odsustva bilo kakvog rješenja.

Pored što precizira, u članu 2, definiciju autorskog djela siročadi^{xc}, u problematiku autorskog djela siročadi, Direktiva 2012/28/EU uvodi koncept i zahtjev diligentne ili pažljive pretrage.

Stav 3 Direktive 2012/28/EU precizira šta se ima podrazumjevati pažljivom pretragom.

Diligentna ili pažljiva pretraga će neophodno da ima sljedeće elemente:

- a) Pretraga mora biti provedena u dobroj vjeri^{xci};
- b) Pretraga mora biti provedena za svako pojedino autorsko djelo ili drugu zaštićenu građu koje se želi koristiti a za koje postoje indicije da može biti autorsko djelo siročad;
- c) Pretraga mora da bude provedena konsultirajući izvore, a gdje je u stavu članu 3 st. 2 precizirano šta se imaju smatrati izvori koji su primjereni za diligentnu pretragu, a gdje svaka država članica može da utvrdi spisak relevantnih izvora te i sama Direktiva 2012/28/EU u svom prilogu navodi minimalne relevantne izvore koji se moraju da konsultuju da bi pretraga bila diligentna ili pažljiva;
- d) Diligentna ili pažljiva pretraga mora da se izvede prije korištenja autorskog djela ili druge zaštićene građe, i kao uslov za korištenje a nikako post hoc.
- e) Kvalifikovane organizacije moraju da vode evidenciju o izvršenim diligentnim ili pažljivim pretragama, te da obavještavaju nadležna državna tijela o rezultatima tih pretraga.

Član 4 Direktive 2012/28/EU, koji glasi: „Djelo ili fonogram koji se, u skladu s člankom 2., smatra djelom siročetom u jednoj državi članici, smatra se djelom siročetom u svim državama članicama. To se djelo ili fonogram može koristiti ili je dostupno u skladu s ovom Direktivom u svim državama članicama. Isto vrijedi za djela i fonograme iz članka 2. stavka 2. što se tiče prava nositelja prava koji nisu

^{lxxxviii} Više o Testu u tri koraka vidi: (Senftleben, 2004)

^{lxxxix} Potpuna analiza Testa u tri koraka kao i kompatibilnosti Direktive 2012/28/EU prevazilazi obim i ambicije ovog rada. Isto pitanje bi predstavljalo opravdan istraživački poduhvat u budućnosti.

^{xc} O kojoj je prethodno bilo riječi.

^{xci} Bona fides pretraga jeste pravni standard koji će da se utvrđuje u svakom konkretnom slučaju.

utvrđeni ili pronađeni.“, predstavlja integraciju opcije f)^{xcii} kao djelimične solucije za problem autorskog djela siročadi.

Član 5 Direktive 2012/28/EU, koji glasi: „Države članice osiguravaju da nositelj prava na djelo ili fonogram koje se smatra djelom siročetom u bilo kojem trenutku ima mogućnost okončati status djela siročeta što se tiče vlastitih prava.“, predstavlja ustupak autoru odnosno nosiocu autorskog ili srodnih prava povodom predmetnog autorskog djela siročadi, gdje se omogućuje istom da okonča status autorskog djela siročadi dotičnom autorskom djelu siročadi tako što će da negativno zadovolji jedan od elemenata definicije autorskog djela siročadi, na bilo koji mogući način. Autor ili nosilac prava koji je prekinuo dotičnom autorskom djelu status autorskog djela siročadi ima pravo, sukladno odredbama člana 6 st. 5 Direktive 2012/28/EU na primjerenu naknadu za korištenje autorskog djela koje je izvršeno dok je dotično autorsko djelo bilo klasifikovano autorskim djelom siročadi.

Lice koje je kvalifikovano sukladno odredbama člana 1 st. 1 Direktive 2012/28/EU, povodom intelektualne tvorevine koja je po članu 3 iste klasifikovana kao autorsko djelo siročad, a koje spada u spisak djela na koja se Direktiva primjenjuje iz člana 1 st. 2 tačaka (a), (b) i (c), kao i drugih relevantnih odredbi, nakon što je izvršilo diligentnu ili pažljivu potragu za autorom ili nosioce autorskog djela siročadi iz člana 3 dotične Direktive, mogu, na osnovu člana 6 Direktive 2012/28/EU da djeluje na sljedeći način:

- a) Mogu da stave autorsko djelo siročadi na raspolaganje javnosti^{xciii}, ^{xciv}, ^{xcv}; te mogu da
- b) Reproduciraju autorsko djelo, ukoliko se takvo reproduciranje vrši za zadovoljenje potrebe digitalizacije, stavljanja na raspolaganje, indeksiranja, katalogizacije, očuvanja ili obnavljanja^{xcvi}.

Primjećujemo da je i po pitanju dozvoljenih upotreba kvalifikovanih djela, kvalifikovanih korisnika nakon kvalifikovane procedure, znatno suženo te da predstavlja dalje ograničenje korisniku i prepreku za učinkovito korištenje autorskog djela siročadi, ali da efektivno omogućuje postupak digitalizacije koji je i prominentno situiran u preambuli Direktive 2012/28/EU.

Efektivno, ono što je dozvoljeno kvalifikovanim korisnicima jeste da digitaliziraju analogne primjerke autorskih djela, te da potom omoguće korisnicima da se upoznaju sa sadržajem tako digitaliziranih autorskih djela siročadi.

6. Zaključak

Sa ekspancijom obima pojma autorskog djela, sve širom upotrebom sve većeg broja autorskopravno zaštićenih intelektualnih tvorevina – autorskih djela, sa automatizmom zaštite i nedostatkom obaveze od strane autora ili nosioca prava da se stara o predmetnom autorskom djelu,

^{xcii} Sama Direktiva bi se mogla klasifikovati kao solucija b).

^{xciii} Sukladno odredbi člana 6 st. 1 tačka a), a što je izveeno u smislu odredbe člana 3 Direktive 2001/29/EZ, poznate kao InfoSoc Direktive

^{xciv} Za Bosnu i Hercegovinu i u kontekstu autorskog i srodnih prava, pojam javnosti je definisan stavom 2 tačka 2 ZAISP-a, a koji glasi: (2) Izrazi "javan" i "javnost", u smislu ovog Zakona, znače veći broj lica koja nisu međusobno povezana rodbinskom vezom ili drugim ličnim vezama.

^{xcv} Saopštavanje autorskog djela javnosti u BiH je isključivo, imovinsko pravo autora, a ova materija je uređena članom 24. ZAISP-a, koji glasi: (Pravo saopćavanja javnosti)

Pravo saopćavanja javnosti je isključivo pravo da se djelo učini dostupnim javnosti u nematerijalnom obliku i obuhvata naročito:

- a) pravo javnog izvođenja,
- b) pravo javnog prenošenja,
- c) pravo javnog prikazivanja,
- d) pravo javnog saopćavanja s fonograma i videograma,
- e) pravo radiodifuznog i kablovskog emitiranja,
- f) pravo radiodifuznog i kablovskog reemitiranja,
- g) pravo sekundarnog korištenja djela koje se radiodifuzno emitira,
- h) pravo činjenja dostupnim javnosti.

^{xcvi} Ovo pravno nije, po svom obimu jednako pravu reproduciranja iz člana 22 ZAISP-a, već predstavlja znatno suženej istog, a koje je usmjereno iskazanim razlozima odnosno ciljevima iz preambule Direktive.

neminovno je da će se javiti iteracije kada autori ili napuste, ili prestanu da se brinu o predmetnom autorskom djelu, odnosno da iz bilo kog drugog razloga spona između autora ili nosioca prava i predmetnog autorskog djela nestane te da to autorsko djelo postane autorsko djelo siročće.

Postojanje autorskih djela siročadi je društveno nepoželjan fenomen. Korisnik koji želi koristiti to djelo je primoran da bira između dvije jednako nepovoljne opcije. Isti može ili da odluči da okuša sreću, u vječnoj sjeni drakonskih sankcija, da povrijedi pravo drugog te da koristi autorsko djelo u nadi da izgubljeni autor ili nosilac prava će ostati izgubljen. Odnosno, isti može da odluči da jednostavno ne koristi autorsko djelo u pitanju, čime ta intelektualna tvorevina gubi svoj smisao i nipodaštava sami rezon postojanja autorskopravne zaštite.

Problem postojanja iteracija autorskog djela siročadi je rasprostranjen i pervazivan. Uključuje sve vrste autorskih djela, ali pogađa izvjesne vrste autorskih djela prominentnije od drugih vrsta. Te vrste su uglavnom povodom djela koje imaju značajnu historijsku ako ne i ekonmsku sferu. Pravni poredak mora da proizvede efektivne mjere za odobravanje upotrebe autorskih djela siročadi.

Pozitivno autorsko pravo Bosne i Hercegovine ne sadrži takve efektvne mjere. Evropska unija je Direktivom 2012/28/EU proizvela instrumentarij za omogućavanje određenih upotreba autorskih djela siročadi. Te mjere su značajno ograničene i podređene osiguravanju efektivno jedne svrhe – digitaliziranja kolekcija institucija od značaja za javni interes. Direktiva 2012/28/EU ne predstavlja efektivno rješenje problema iteracija autorskih djela siročadi. Ono je samo prvi korak.

Bosna i Hercegovina bi trebala transponirati odredbe Direktive 2012/28/EU, ne samo zato što je to obaveza koju je BiH preuzela prema EU, i ne samo zato što će to biti jedan od uslova za pridruživanje BiH EU, već i zato što rješenje koje se ima naći u Direktivi 2012/28/EU je dobra polazišna tačka na kojoj teorija autorskog prava BiH može da gradi trajnije rješenje. Izvjesno je da je detaljnije istraživanje ovog pitanja opravdano i poželjno.

7. Literatura^{xcvii}

Australian Copyright Council. (18.12.2008). Orphan Works,. dostupno na: http://www.copyright.org.au/admin/cmsacc1/_: Australian Copyright Council.

Bunce, A. (2013). British Invasion: Importing the United Kingdom's Orphan Works Solution to United States Copyright Law. 108 Nw. U. L. Rev. 243, dostupno na: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/nulr/vol108/iss1/5>.

Commission of the European Communities. (2008). Green Paper on the Knowledge Economy. Brussels: Commission of the European Communities, COM(2008) 466/3.

David Vaile. (2011, Working paper – For comment, Version 12). Orphan Works – Issues and Solutions? Cyberspace Law and Policy Centre, UNSW, dostupno na: http://www.bakercyberlawcentre.org/orphan/Issues_and_solutions_v12.pdf.

Direktiva 2012/28/EU Evropskog Parlamenta i Vijeća od 25.10.2012. godine o određenim dozvoljenim korištenjima djela siročadi

Hansen, D. R. (10.09.2013). Solving the Orphan Works Problem for the United States. Columbia Journal of Law & the Arts, Vol. 37, No. 1, 2013; UNC Legal Studies Research Paper No. 2323945, dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=2323945>.

Hansen, D. R. (19.12.2011). Orphan Works: Definitional Issues. Berkeley Digital Library Copyright Project White Paper No. 1., dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=1974614>.

^{xcvii} Osim ako nije drugačije izričito u tekstu navedeno, svi izvori dostupni na internetu su posljednji put provjereni 01.12.2015 godine.

Korn, N. (04.2009). In from the Cold, An assessment of the scope of 'Orphan Works' and its impact on the delivery of services to the public. Cambridge: Collection Trust.

Lifshitz-Goldberg, Y. (05.2010). Orphan Works. WIPO Seminar Lecture Summary (p. dostupno na: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/en/wipo_smes_ge_10/wipo_smes_ge_10_ref_theme11_02.pdf) . World Intellectual Property Organization.

Lueder, T. (2010). The 'orphan works' challenge. dostupno na: <http://fordhamipconference.com/wp-content/uploads/2010/08/TilmanLueder.pdf>.

Senfleben, M. (2004). Copyright, Limitations and the Three-Step Test, An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law. The Hague: Kluwer Law International.

Sherwin, A. (2014, 10 30). Independent.co.uk. Retrieved from Millions of unseen 'orphan' artworks to be put on show, Orphan Works Directive will put unseen art on show: <http://www.independent.co.uk/arts-entertainment/art/news/millions-of-orphan-artworks-and-historic-documents-to-be-seen-under-new-copyright-laws-9824266.html>

United States Copyright office. (01.2006). Report on Orphan Works. Washington D.C.: Library of Congress of the United States of America.

United States Copyright Office. (06.2015). Orphan Works and Mass Digitization. Washington D.C.: Library of Congress of the United States of America.

Vuopala, A. (05.2010). Assessment of the Orphan works issue and Costs for Rights Clearance. Brussels: European Commission DG Information Society and Media.

Zakon o autorskom i srodnim pravima (Službeni glasnik Bosne i Hercegovine 63/10)

Zakon o kolektivnom ostvarivanju autorskog i srodnih prava (Službeni glasnik Bosne i Hercegovine 63/10)

Author: Haris Hasić, LL.M., Senior Assistant
Institution: Faculty of Law, University of Travnik
E-mail: haris.hasic@pfk.edu.ba

**STATUS AUTORSKIH DJELA „SIROČADI“ U AUTORSKOM I SRODNIM
PRAVIMA BOSNE I HERCEGOVINE I HARMONIZACIJA AUTORSKOG I
SRODNIH PRAVA BIH SA DIREKTIVOM 2012/28/EU O IZVJESNIM
DOPUŠTENIM UPOTREBAMA AUTORSKIH DJELA „SIROČADI“**

Abstract

Orphan works are such types of intellectual creations for which it is certain that they are qualified for copyright protection, regarding which it is equally certain that protection has not elapsed, however, regarding which, either the author or the right holder cannot be identified, or are not otherwise known, or if the author and/or the right holder is known, regarding whom, after what the article 2 paragraph 1 of the Directive 2012/28/EU of the European Parliament and the Council, of 25th of October, 2012, on certain permitted uses of orphan works, a „diligent“ search the author or right holder cannot be found to give permission for use of those copyright protected works. The British Library estimates that up to 40% of its collection consists of orphan works. For researchers, archivists or any other person wishing to use orphan works, but who are unable to do so due to the fact that there is no one to give them permission for use, the existence of this type of copyright protected works but not also of mechanisms for their legal use is an unacceptable endangerment of legal certainty in the system of copyright and related rights protection, and an unjustified extraction of a large percentage and number of intellectual creations from the cultural, scientific, creative discourse of a society. The work begins by making a determination regarding the term „orphan“ work and examines the influence existence of which has on the creative protection and overall on a society. Positive rules in the Law on copyright and related rights (Official gazette of B&H 63/10) that can be applied to orphan works are analyzed. Further, the Directive 2012/28/EU is examined and in the end conclusion is reached regarding how and in what extent Bosnia and Herzegovina should transponder this directive into its existing positive system of protection of copyright and related rights, in the pursuit of the general goal of removing these legal uncertainties regarding this kind of copyright protected works.

Keywords: orphan works, directive 2012/28/EU, diligent search, unknown author, Bosnia and Herzegovina