

ОСНОВИ ДОКТРИНЕ FAIR USE О ОГРАНИЧАВАЊУ ИМОВИНСКОПРАВНИХ ОВЛАШЋЕЊА АУТОРА

Апстракт

У раду је обрађена америчка доктрина fair use као специфичан и флексибилан начин и систем ограничавања имовинскоправних овлашћења аутора који постоји у англосаксонском систему Copyright-a. Такође, извршена је анализа свих конститутивних елемената ове доктрине и дат компаративни осврт у односу на европски-континентални систем ограничавања ауторових овлашћења.

Кључне речи: ауторско право, ограничења имовинскоправних овлашћења, fair use (поштена употреба).

1. ПОЈАМ И НАСТАНАК ДОКТРИНЕ Fair Use

Творцима ауторских дела припада субјективно ауторско право (састављено из имовинскоправних и моралноправних овлашћења) по основу њиховог интелектуалног стваралаштва. Ова констатација је опште прихваћена и преточена у правне регуле (разуме се са одређеним специфичностима) свих, како националних, тако и међународних прописа о ауторском праву. Такође, неспорно је да ексклузивно право аутора (односно власника права у англосаксонском праву) не може и не сме бити апсолутно и неограничено. Стога, у одређеним случајевима прописаним законом, било то у јавном или приватном интересу, морају се предвидети извесна ограничења ауторскоправних овлашћења, као "вентили сигурности" у задржавању равнотеже међу опречним интересима аутора и корисника дела. Већина националних законодавстава о ауторским правима, као

¹ Асистент на Правном факултету у Нишу

и међународне конвенције у овој области, прихватају и регулишу институт ограничења имовинскоправних овлашћења аутора.

Постоје различите класификације ограничења ауторског субјективног права. Ипак, најзначајнија је подела која за критеријум узима дубину захвата у супстанцу субјективног ауторског права. Тако са ауторског гледишта најтежи облик ограничења представља суспензија искључивих права и права на накнаду, где се искоришћавање његовог дела врши без одобрења и плаћања било какве накнаде. Други вид ограничења представља тзв. принудна лиценца, када корисници-трећа лица употребљавају ауторско дело без одобрења аутора, али уз плаћање одговарајуће накнаде.

С обзиром на значај института ограничавања ауторскоправних овлашћења и начин његовог регламентирања постоје различити системи. На једној страни је тзв. европски-континентални систем, где се ова материја регулише тако што су у закону тачно прецизирани случајеви у којима је допуштено ограничавање ауторских права.

На другој страни, земље англосаксонског правног подручја имају сасвим другачији приступ регулисању овог питања. Код овог система законом се само утврђују општи оквири-критеријуми за процењивање, а судовима је остављено да у сваком конкретном случају одређену употребу квалификују као дозвољено или недозвољено ограничење. Наравно, судови ступају у дејство тек када се покрене поступак пред њим, а пре тога сваки корисник туђег ауторског дела дужан је да сам изанализира да ли је одређена употреба допуштена или не. У том смислу, без икакве сумње, најпознатији најконзистентнији и најзначајнији начин регулисања ове материје, који је нашао место не само у легислативи, већ се потврдио у теорији и верификовао и у пракси представља "фер употреба" ("fair use"). Овај модел се у америчком праву неверовтно развио, тако да је прерастао у "доктрину fair use".

Амерички Copyright Act од 1976. године специфицира који су типови употребе заштићених ауторских дела изван контроле власника ауторског права. Овакве употребе, односно изузеци од ексклузивних права потпуно искључују одговорност корисника или обезбеђују, односно потврђују одбрану од активности, које би се, иначе, сматрале повредом ауторског права.

Најзначајнија, а по неким ауторима и можда најмрачнија ограничења ексклузивних права власника ауторског права представља доктрина "fair use". Иако је тек у новије време укореењена у законском језику, ова

доктрина је утемељена у судским одлукама више од 200 година. "Fair use" је афирмативна одбрана од активности кршења ауторског права. Она је потенцијално корисна, узимајући у обзир све врсте неовлашћених употреба свих типова дела у свим медијима. Када се примени доктрина "fair use" на одређено коришћење неког дела, корисник дела не мора да тражи одобрење за коришћење од власника (носиоца) ауторског права нити да плаћа било какву накнаду за то коришћење.

Најзначајнији општи пример "fair use" је онај када корисник сједињује неки део из претходно постојећег дела неког аутора унутар новог дела. Нпр. цитат из књиге или представе од стране оцењивача-критичара или случајно "хватање" сегмената из заштићене мелодије са тв-а представља фер употребу. У једном случају из новијег доба² Врховни суд (Supreme Court) је изричито прихватио да таква "трансформативна" употреба је шире фаворизована од употреба које су мало шире него копирање од речи до речи. Као један корак даље од таквих трансформативних употреба у оквиру области употребе које, у практичном смислу, се такмиче са искоришћавањем дела од стране власника ауторског права, анализе постају још теже, с обзиром да се број спорних случајева повећава.

Имајући у виду чињеницу да амерички Copyright Act садржи само начелне, па дакле и недовољно јасне одредбе које не садрже егзактне параметре за квалификовање, као озбиљан проблем појављује се питање дефинисања и одређивања граница примене доктрине fair use. У одговору на ово питање, генерално, треба поћи од два екстремна случаја. У том смислу, сагласност постоји да употреба више кратких цитата из објављеног ауторског дела за потребе дисертације сматраће се фер употребом. Али, зато, репродуковање целог текста чланка, или другог дела - подједнако и у академским публикацијама - нема сумње, неће бити фер употреба. Али, ако је наведене примере лако разумети, тешкоће представљају други комплекси случајева - шири цитати или употребе различитог материјала, такве као што је приказ-преглед стандардизованим инструментима, упитници, видеотејпови или компјутерски програми. Могући примери "fair use" су неисцрпни, теоријски и практично неограничени. Многе употребе захтевају нове анализе и оне никако не могу произвести лаке, резолутне и апсолутне одговоре.

Више америчких универзитета имају утврђена начела за тумачење "fair use" за такве заједничке активности као што је фотокопирање

² Campbell v. Acuff – Rose Music, Inc., U. S. (1994)

за истраживање или дистрибуцију у учионици, али зато су ретка начела о коришћењу материјала у публикацијама, таквих као што су њихове публикације. Фер употреба материјала у школским делима представља редак предмет судских спорова (у којима су, иначе, искључени-забрањени судски трошкови и адвокатски хонорари). Судови, зато, имају мало вођство. Шта више, судови нису неосетљиви за академске потребе и акт о фер употреби признаје значај образовних употреба. Неки владајући кругови су признали да пораст школарине зависи од употребе претходних дела. Ипак, судови, генерално, истичу највећи значај ефекта по потенцијално тржиште за оригинал дела. Због тога, судови сматрају да професор не може припремити нови аранжман из заштићене музике и дистрибуирати копије за школски хор. Такође, образовна тв станица не може емитовати заштићене приказе покрета (кореографија) без одобрења. Судови су, исто тако, установавали и друге повреде ауторског права, које су се базирале на позајмљивању из књига "начина и стила" или "организационе шеме" клавијатура (односно, партитура), за свирање гитаре или "идентични концепт и осећај" (total concept and feel) компјутерског софтвера. У случају који би сви постдипломци морали уважавати фер употреба не допушта часопису копију скале за мерење (scales measuring) "љубав и наклоност" који потиче из докторске дисертације. Иако одредба о фер употреби егзистира у америчком Copyright Act-у од 1976. године, пре 1990. године ретко се позивало на њу изван академских кругова. Фер употреба је изгледала само као брига за прављење копија за употребу у учионици и коришћење фрагмената дела у академским расправама.

2. ОСНОВНИ ЕЛЕМЕНТИ ДОКТРИНЕ Fair Use

Амерички Закон о ауторском праву (Copyright Act) од 1976. године у секцији 107 прописао је да независно од одредаба из секције 106 и 106 А (у којима су наведена ексклузивна права власника ауторског права), фер употреба заштићеног ауторског дела, која укључује-подразумева такву употребу преко репродукција на копијама или фононимцима или од стране других средстава означених у овој секцији за сврху као што су критика, коментар, новински извештај, учење (укључујући више копија за употребу у учионици), стипендије или истраживања, не сматра се повредом ауторског права.

У оцењивању да ли је нека употреба дела у сваком појединачном конкретном случају је фер употреба узме се у обзир разматрање следећа четири фактора: 1) Сврха - циљ употребе и карактер, укључујући и питање да ли је таква употреба комерцијалне природе или у циљу непрофитне едукације; 2) природа заштићеног ауторског дела 3) износ (сума) и супстанцијалност употребљеног дела у односу на заштићено дело као целину 4) ефекат употребе на потенцијалну продају или на вредност заштићеног ауторског дела – тржишни учинак.

На изворну одредбу Copyright Act-а о фер употреби додат је је 25.10.1992. амандман који је јасно изрекао да чињеница да дело није објављено неће моћи бити, сама по себи, препрека утврђивању, односно налажењу фер употребе, ако је такво налажење учињено уз посматрање свих горњих фактора, истакнутих збирно. Извесни додаци специфичним одредбама учињени су за фер употребу у различитим пољима. Тако, нпр. није повреда ауторског права од стране власника копије компјутерског програма, ако изради или овласти израду друге копије компјутерског програма или адаптацију тог програма прибављен (1) тако да нова копија или адаптација је створена као суштински корак у коришћењу компјутерског програма у вези са машином и који није коришћен ни на један други начин или (2) тако да нова копија или адаптација је само за архивске циљеве, односно потребе и да све архивске копије буду уништене у случају да је својина на компјутерском програму престала бити законита.

Анализом секције 107 америчког закона можемо закључити да он у одређивању појма фер употреба користи комбиновани метод: генерална клазула и егземпларно набрајање. Генерална клазула полази од премисе да ће се свака употреба заштићеног ауторског дела која испуњава све или бар већину од четири релевантна критеријума сматрати фер и неће представљати повреду ауторског права, упркос чињеници да је до употребе дошло без одобрења власника – носиоца ауторских права и без плаћања накнаде за то коришћење. Истовремено су побројане најчешће и најтипичније употребе које се сматрају фер и дакле, допуштеним, уз могућност појаве нових форми-облика употребе ауторских дела које ће бити допуштене ако испуњавају прописане услове.

2.1. Сврха (циљ) коришћења ауторског дела (Purpose)

Први детерминишући фактор у квалификовању допуштености употребе ауторских дела, у вези са ограничењима, према америчком Закону о ауторском праву представља сврха (циљ) и карактер употребе, укључујући чињеницу да ли је употреба комерцијалне природе или је за непрофитне образовне циљеве. Мада се најчешће сматрало да четврти фактор (тржишни учинак) има највећи значај, овај прво наведени фактор, не ретко, има већу улогу у одређивању резултата, који ће штитити туженог у избору одбране fair use.

Први фактор супротставља "комерцијалне" употребе и "непрофитне образовне". Амерички Конгрес, али, такође и судска пракса, фаворизовали су "непрофитну образовну" употребу више него "комерцијалну" употребу. Копије које су коришћене у едукацији, али које су произведене или продате за новчану добит, не могу бити фаворизоване. Судови су, дакле, фаворизовали употребе које су "трансформативне" или које нису пуке репродукције. Фер употреба ће бити, вероватно, када је копирање дела претворено у нешто ново или у неку нову корисност, као што су: цитирања инкорпорисана на папир и можда делови дела помешани у мултимедијалне продукте за потребе сопственог учења или садржано у коментару или критици оригинала. За потребе учења, кат-кад, и вишеструке копије неких дела, су, посебно, допуштене чак и ако нису "трансформативне". Врховни суд је апострофирао такав закључак, фокусирајући тезу о кључним речима у Закону "укључујући вишеструке копије за употребу у учионици". Први фактор "посматра" новостворено дело кроз призму следећа три подфактора: 1) комерцијална природа или непрофитни образовни циљеви, 2) уводни циљеви - критика, коментар, новински извештај... 3) степен трансформације.

Први подфактор, једноставно, "гледа" на ново дело и одређује да ли је оно примарно створено за интерес, односно профитни подухват или је створено за непрофитни образовни циљ. У случају кад није све потпуно одређено, овај "тест фактор" показује које олакшице или предности ће бити дозвољене у делу које се ствара за непрофитне образовне сврхе.

Други подфактор показује да ли је ново дело створено за један од циљева наведених у уводу fair use одредбе. Треба истаћи да ова листа није рестриктивна, односно таксативно сачињена. Кат-кад терет

доказивања fair use је, унеколико, лакши, ако је дело створено за један од означених циљева.

Трећи суб фактор показује степен трансформације извршене у новом делу. Другим речима, овај фактор одређује да ли је ново дело само пуко замењивање оргинала или кат-кад додаје нешто ново, са другим циљем или различитим карактером, мењањем првобитних новим изразима, значењем или поруком. О значају првог фактора може се закључити на основу врло ограничене fair use јуриспруденције. У четири fair use случаја у којима је одлучивао, једна некомерцијална, необразовна употреба је сматрана фер,³ две комерцијалне употребе сматране су нефер,⁴ позоришна и телевизијска дистрибуција покретних слика у подножју (позадини) кратких прича, на основу приговора власника ауторског права сматрана је повређујућом,⁵ и једна комерцијална употреба се сматрала потенцијално фер.⁶ У случају Sony суд је прогласио "претпоставку" о скоро општем одбацивању захтева за утврђивањем фер употребе у комерцијалним контекстима. Он је изјавио да ће свака комерцијална употреба бити претпостављено нефер (unfair).⁷ Случај Campbell јасно одређује која Sony претпоставка је имала највећу примењивост у контексту дословног копирања, односно која даје већи задатак у комерцијалној, али трансформативној употреби. Највећим делом "пука репродукција" је много више долазила на суду под удар Закона о ауторском праву, подједнако у правном и наводно образовном контексту. Конгрес је изричито нагињао озакоњивању специфичних искључења од ауторскоправне одговорности за образовне употребе.

Судови су негирали фер употребу,⁸ нарочито у следећим случајевима:

³ Случај: Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U. S. 417, 451 (1984).

⁴ Stewart v. Aben, 495 U. S. 207, 216 (1990).

⁵ Случај: Harper&Row, радило се о објављивању у Time-у сериала мемоара бившег председника Форда, за које је сматрано да су повређујуће.

⁶ Случај: Campbell v. Acuff – Rose Music, Inc., U. S. (1994) - Supreme Court. Лирска пародија из народних песама није per se нефер услед комерцијалне сврхе пародије.

⁷ Након Campbell одлуке показало се да је оваква претпоставка најчвршћа у случајевима "пуког дупликата" а најслабија када други трговачки посетилац начини трансформативну употребу и створи дериватно дело.

⁸ Последице негирања fair use одбране у извасним легитимним образовним контекстима су много незнатније него у комерцијалном контексту

- учитељска репродукција у материјалном тексту "тексту градива" из заштићеног материјала другог учитеља,⁹

- пракса школских система о снимању образовних емитовања за каснију употребу у учионицама,¹⁰

- продаја израђених копија изван кампа (off campus), према учитељским захтевима (спецификацијама) и дистрибуција фотокопија антологија које садрже делове из књига и перодика.¹¹

2.2. Природа заштићеног ауторског дела (the nature of the Copyrighted work)

Други фактор од значаја за утврђивање fair use представља природа заштићеног дела. Он испитује карактеристике коришћеног дела. Он се не односи на атрибуте дела које неко ствара уз коришћење fair use. Многе карактеристике дела могу утицати на примену fair use. Нпр. у неколико новијих судских одлука закључено је да необјављена "природа" историјских преписки не може се подвести (супсумирати) под фер употребу. Судови су схватили да власници ауторског права могу имати право у одређивању околности под којима ће се извршити "прво објављивање". Ауторитети су подељени око питања да ли објављено дело које сада није у штампи ће уживати посебан третман. Судови такође радије фаворизују fair use на фикцијама (бајкама, измишљотинама, и сл.) него на не-фикцијама (стварним, не измишљеним делима). Исто тако, комерцијална аудиовизуелна дела, генерално уживају мању заштиту према fair use него штампана дела. Потрошња радне књиге (workbook) ће много извесније бити мање склона фер употреби него штампани друштвено научни текст.

Фактор природе тендира да игра мање значајну улогу него први фактор у fair use споровима. Судови су држали да овај фактор фаворизује власника ауторског права када је дело из фикције¹² и необјав-

⁹ Marcus v. Rowley, 695 F.2 d 1171 (9 th Cir 1983).

¹⁰ Encyclopedia Britannica Educ. Corp. v .Crooks, 558 F. Supp. 1247 (W.D.N.Y. 1983).

¹¹ Basic Books, Inc. Kinkos Graphics Corp., 758 F. Supp. 1522 (S.D.N.Y. 1991).

¹² Види: Twin Peaks Prods. Inc. v. Publication Int `L,Ltd., 996 F. 2 d 1366, 1376 (2 d Cir. 1993).

ОСНОВИ ДОКТРИНЕ FAIR USE О ОГРАНИЧАВАЊУ ИМОВИНСКОПРАВНИХ
ОВЛАШЋЕЊА АУТОРА (стр. 215-234)

љена дела¹³ која су копирана, док фаворизује тужене кад су у питању фактички (стварни) радови,¹⁴ и објављена дела,¹⁵ која су копирана. Према концепту из НП апсолутно је могуће да ће судови сасвим различите процене - закључке доносити с обзиром на околност да ли је ауторско дело које је коришћено било у дигиталној, конвенционалној или аналогној форми.

Други фактор признаје факат да нека дела једноставно заслужују ширу соруright заштиту од других. Посматрајући оригинал дела овај фактор покушава да одреди које дело из спектра заслужује већу заштиту.

2.3. Сума (износ) коришћења (Amount)

Сума - износ коришћеног дела, представља, у суштини, најмање, значајан фактор ако је узет једнако мали део, али само ако он не представља "срце" (heart) или срж дела. У супротном, овај фактор неће допринети налажењу fair use, већ ће водити повреди ауторског права.¹⁶ Овај фактор је у чл. 107 америчког Copyright Acta означен као: "износ (количина) и материјалност (садржина-квалитет) употребљеног дела (квоте) у односу на заштићено ауторско дело као целину." Ово наглашавање у претходном члану (које се тиче количине копирања који конституишу повреду) може бити посматрно као питање материјалне сличности пре него да ли је употреба "фер". Ово наводи на закључак да одлука о одређење не проистиче само из квантитета, већ, такође, и квалитета-материјалности. У сваком случају, каква год била нека употреба, генерално, она може конституисати фер употребу, ако је репродуковано цело дело.

Дакле, сума - износ коришћеног дела мери се истовремено квантитативно и квалитативно. Пошто у закону нема прецизних мера и показатеља за дозвољени квантитет, то ће се до њега долазити у сваком кон-

¹³ Види: New Era Publications Int ' L, Aps v. Henry Holt & Co., 873 F.2 d 576 (2d Cir. 1989) cert. denied, 493 U. S.1094 (1990).

¹⁴ Види: Natonal Rifle Assn v. Handgun Control Fed'n, 15 F. 3 d 559, 562 (6 th Cir. 1994).

¹⁵ Види: New Era Publications int'L. ApS. v. Carol Publishing Group, 904 F. 2 d 152 (2 d Cir. 1990).

¹⁶ У случају Harper & Row узимање од неких 300 речи сматрано је повређујућим.

кретном случају. Квантитет ће се ценити у односу величину целокупног оригинала и величине неопходне да објективно задовоље сврху.

Један суд је заузео став да у само један новински чланак представља читаво дело. А свака копија читавог дела обично веома тежи против фер употребе. Међутим, ако су у вези са књижевним делима проблеми релативно мање израженији са сликама и уопште, са уметничким делима, ствари стоје посве другачије. С разлогом се истиче да употреба слика производи много озбиљније полемике и контроверзе, нарочито из разлога што корисник у принципу и скоро увек жели целу слику, односно цео "износ-количину" па је у таквим случајевима мерење износа и његово подвајање на дозвољено и недозвољено беспредметно.

Филмске слике (тзв. покретне слике - *Motin pictures*), такође, могу поставити проблем допуштености износа коришћеног дела, пошто и најкраћи исечци или секвенце могу позајмити најнеобичније или креативне елементе. Да је износ коришћеног дела релативна ствар говори и чињеница да се употребом неког дела може репродуковати само један мали његов део, а да се таквим чином узме "срце дела" што може тежити нефер употреби. Тако је "супстанцијални" концепт квалитативна мера која може тежити против фер употребе.

2.4. Тржишни учинак (Effect)

Четврти фактор доктрине *fair use* представља тржишни учинак или економски ефекат употребе одређене репродукције на тржиште продаје оригиналних примерака дела.

У судској пракси је више пута истакнуто да је ефекат најзначајнији од сва четири фактора. Међутим, с друге стране овај тржишни учинак је често можда и више сложен и компликује ситуацију, уместо да је поједностави, у односу на претходна три фактора. Веома је значајно подвући да се овај фактор процењује према кориснику дела не само када постоји текуће тржиште (продаја) за појединачну употребу, већ такође и у односу на потенцијално тржиште које би могло бити коришћено од стране власника ауторског права. Штета на оба тржишта ће се у највећем броју случајева исказати као нефер употреба.¹⁷

¹⁷ Види: *American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*, 37 F. 3 d 881, 895 (2 d Cir. 1994). (Анализа четири фактора показала је нужност фокусирања на тржишни учинак фотокопирања према потенцијалном тржишту). *Salinger v. Random House, Inc.*, 811 F. 2

Овај фактор суштински значи да ако корисник изврши употребу за коју је потребна куповина оригинала, теоретски се може десити да без обзира на његову спремност или могућност да плати за такву куповину, тада се овај фактор може мерити против фер употребе. Када говоримо о тржишном учинку или ефекту, треба истаћи да је он тесно везан за сврху или циљ употребе. Ако је корисников циљ комерцијалан, његов ефекат је тада претпостављен. У том смислу, узгредна (случајна) цитирања или фотокопије немају никакав противтржишни ефекат, али зато репродукције софтвера и видеокасета могу правити директан упад на њихово потенцијално тржиште.

Одлуке Врховног суда показују значај процењивања овог фактора. Тако, у поменутом случају Sony у одсуству било каквог тржишта за дозвољено кућно снимање, састављено са исказима неких власника ауторског права који су индиферентни према кућном копирању, водило је закључивању суда да је онда штета непојмљива.

У случају Harper & Row, суд је прихватио да тужениково-браниочево "ископавање" из Тајм-магазинских права да уради први сериал публикација из мемоара бившег америчког председника Форда, који је проузроковао раскид магазинског уговора са Harper & Row, проузроковао је штету за власника ауторског права.

У случају Stewart v. Abend, извођење покрета јасно је штетило интересима економских власника ауторског права у измишљеној краткој причи.

Разумно је очекивати да ће судови удовољити захтевима из фер употребе само када се ради о "традиционалним" окружењима. Комерцијалне употребе које не укључују "трансформацију" од стране корисника и конкретну или потенцијалну штету ће вероватно увек бити повређујуће, док непрофитне образовне трансформативне употребе ће вероватно бити фер. Између ових екстрема налази се читав спектар тип ситуација и судови ће имати великих проблема у интензивним анализама таквих случајева да направе оштре линије ("bright lines") у јасном раздвајању законитог од незаконитог, односно фер од нефер употреба.¹⁸

Судови су у два случаја која се тичу недозвољеног постављања ("uploading") и скидања ("downloading") ауторски заштићеног матери-

d 90, 99 (2 d Cir.), 484 U. S. 890 (1987). (Заштита потенцијалног тржишта за ауторска писма).

¹⁸ Неспособност америчког common law система да одреди водиче-орјентире који би покривали сваку могућу промену понашања је очигледна слабост.

јала на и са BBS-a, (bulletin board services – огласна табла) сматрали да такве употребе нису фер. У случају Playboy, где се радило о умножавању ауторски заштићених фотографија из Playboya, суд је заузео став да је такав акт повређујући, а употреба нефер, јер се тиме врши суштински и директан удар на потенцијално тржиште и часопису наноси штета.

У случају Мафија (Marfia) суд је установио да је SEGA само на први поглед утврдио директне или индиректне повреде из операција - активности тужениковог BBS-a, где су Сегини ауторскоправно заштићени програми видео игара били "постављани" и "скидани" ("uploaded" and "downloaded"). Изричући привремену меру, суд је констатовао да сваки од четири фактора (у целини) се мерио против налажења фер употребе, иако појединачно гледано четврти фактор (ефекат) тешко се може уклопити у такву констатацију. На основу личне изјаве туженог да 45.000 субјеката сличних Marfi-и оперише у земљи, јасно је да ће неодобро копирање Сегиних видео игара од стране туженика и других који ће у знатној мери нанети удар на тржиште за Сегине ауторски заштићене програме за видео игре.

Већ решени случајеви у другачијим контекстима ће дати драгоцен путоказ судовима који су се супроставили НИИ случајевима. Баш, као што су судови правили разлике између кућне употребе VCR (Видео касете рекордер) у изради time-shifting тејпова (касета) из радио дифузног материјала (фер употреба) и школских система, употребе VCR за "скидање" "емитованог" инструкцијског материјала за креације за образовне филмске библиотеке није фер употреба. Образовне употребе које служе истим циљевима и које су потчињене на исти начин као копирања дозвољена у оквиру смерница за учионице (Classrom Guidelines) ће вероватно бити фер, док ће покушаји супституције тржишта за књиге, филмове, софтвере и друге материјале који су умножени беу одобрења, сходно НИИ бити, вероватно, повређујући. На крају, можда ће технолошка средства за улажење у траг трансакцијама и лиценцама водити редукованој примени и дохвату fair use доктрине. Тако у случају American Geophysical Union v. Texaco¹⁹ суд је установио одговорност за неауторизовано фотокопирање (из) новинских чланака, засновано на судском убеђењу да је добијање лиценце за право на израду фотокопија преко Copyright Clearance Center било је неразумно мучно.

¹⁹ American Geophysical Union v. Texaco Inc. F. 802 F. Supp. 1 (S.D.N.Y.1992) aff'd, 37 F. 3 d 881, 892 (2 d Cir. 1994).

Суд је, дакле, спекулисао да власници неће имати успеха у успостављању система лиценци за употребу у питању, док ће се однос снага мењати у корист налажења фер употребе.

2.5. Значај четири фактора

Говорећи о конститутивним елементима факторима доктрине fair use, видели смо да сваки од њих појединачно има своје место и улогу у систему као целини. У законодавном смислу ниједан од фактора није "привилегован" у односу на друге, већ су сви они сврстани, у исту раван и генерално имају подједнак значај за квалификовање одређене употребе фер или не.

Међутим, ако законодавац не прави никакву разлику у значају појединих фактора доктрине fair use, то се свакако не може рећи за доктрину а нарочито не за судску праксу. У том смислу, у пракси се искристалисао редослед појединих фактора према њиховом значају – доприносу укупној оцени одређене употребе, односно њеном квалификовању као фер или не. На тој скали, чини се да нема сумње, на првом месту по значају налази се ефекат употребе на потенцијално тржиште. Одмах иза ефекта налази се сврха - циљ и карактер употребе. Потом следи износ и суштина коришћеног дела у односу на дело као целину. Најмањи значај има природа заштићеног ауторског дела. Овако сачињену "ранг листу" треба генерално и условно прихватити. Свакако да ће у одређеним случајевима долазити до одступања од приказане шеме, чиме ће се однос појединих фактора релативизирати. Такође, ни један од фактора, ма како значајан био сам по себи не значи много, већ тек у садејству са другим факторима може резултирати да одређена употреба ауторског дела добије квалификативав - фер. Тако, нпр. упркос снази фактора "ефекат" он сам не може произвести нефер употребу. Исто тако, ни сама образовна употреба не чини, ipso facto, неку употребу фер. Ефекат или сврха - циљ употребе само су поједини фактори које корисници дела морају анализирати и узети у обзир у циљу закључивања да ли је деловање било законито или не.

Осим тога, сваки од фактора је подложен интерпрегацији судова у напору да пронађу смисао права. Неке интерпретације и њихова каснија реконструкција од стране политичара и интересних група, су били посебно проблематични. Тако, нпр. неки теоретичари ауторског права закључили су да ако је дело било коришћено као комерци-

јални производ, фактор "природа" се противи фер употреби. Према овом критеријуму било који извод (исечак) из карактеристика филма или копија из трговачке књиге преживеће који fair use фактор. Слично томе, неки теоретичари су доказивали да ако је лиценца за одређену употребу корисна за власника ауторског права, такво деловање ће директно доћи у сукоб-погодити тражњу за лиценцом оригинала. Оваквим поступком, корисност од лиценци ће само по себи доћи под лаки удар "ефекта" као фактора против фер употребе. У сваком случају треба истаћи да ни једна од теза поједностављених конструкција не може се засигурно генерализовати. Осим тога оне су засноване на неким истинама под ограниченим околностима.- чињеницама. На крају, у вези са значењем фактора фер употребе, један закључак се засигурно намеће: једино је извесно да ништа није апсолутно извесно, поуздано је само да свака ситуација мора бити процењивана само у светлу специфичности појединих случајева.

2.6. Мерење (вредновање) и резултанта четири фактора

Основни закључак који се може извући из досадашњих анализа је да је fair use једна врло флексибилна доктрина намењена за примену у промењеним околностима и потребама. Међутим, закон не одрђује потпуно јасне и директне критеријуме, односно прецизно дефинисан кључ за тачно разлучивање која употреба (умножавање) ауторског дела је фер, а која није. Друштвена заједница, а нарочито конзоменти ауторских дела, желе имати тачне показатеље о пољу примене доктрине fair use и установљавање што транспарентнијих клишеа за обликовање фер употреба. Али, свака поуздана оцена конкретне употребе ауторског дела остављена је судовима и зависиће од свеобухватне и промишљене анализе сва четири конститутивна елемента-фактора доктрине fair use. Пред судовима је заиста сложен и одговоран посао - утврдити да ли је одређена употреба допуштена, што ће рећи фер или не. Има случајева кад ће бити релативно лако извршити квалификацију. Али, зато ће некада бити изузетно тешко извагатаи и избалансирати све факторе и наћи њихову крајњу резултанту. Не каже се, зато, без разлога, да у сложенијим ситуацијама треба применити апотекарске методе и узети апотекарске ваге ради тачног одмеравања чињеница које потпадају под сваки од фактора. Полазна премиса у доношењу оцене о конкретној

употреби је, да, ако више фактора (односно већина од четири) "иде", односно нагиње у прилог фер употребе, таква активност ће се, са ауторскоправног аспекта, сматрати допуштеном. Обрнуто, ако више фактора тежи против фер употребе, предузималац такве радње (корисник ауторског дела), неће се моћи позивати на ограничење ауторског права допуштено доктрином fair use, већ ће морати да тражи одобрење власника ауторског права за искоришћавање његовог дела, као би избегао евентуалне судске непријатности.

2.7. Фер за једне, али не фер за друге

Fair use, као типичан правни стандард, представља флексибилну доктрину, која се манифестује као флуидна, тешко мерљива и тешко "ухватљива" појава, која се камелеонски мења од случаја до случаја. У том смислу, једна иста активност може, у одређеном случају, бити фер а у другом бити не-фер. Сама делатност умножавања ауторског дела са гледишта корисника дела ће скоро увек представљати фер и допуштено понашање, док ће, насупрот томе, аутори, односно власници ауторског права на то гледати сасвим другим очима, тежећи да границу фер -не фер што више примакну ка минимуму. Исто тако, ма колико је граница између допуштеног и недопуштеног колико-толико, на неки начин објективизирана (детерминисана факторима конкретног случаја), она нужно имплицира и субјективни моменат. Тако, нпр. умножавање исте врсте истог обима ауторског дела, два или више аутора, може резултирати различитим крајњим исходом. Као илустрација и поткрепљење претходне тезе може послужити чињеница да једна иста делатност може за једног аутора имати озбиљан, а за другог релативно безначајан ефекат по потенцијално тржиште.²⁰ Исто тако, једна иста врста активности може у различитим ситуацијама бити различити мотивисана и уперена ка другачијим циљевима. Зато, оно што је фер данас, не значи ipso facto да ће аутоматски бити фер и сутра, што је фер за једног не мора бити фер за другог.

²⁰ Имајући у виду његово имовно стање или његов суд о категоризацији вредности.

3. ПОТРЕБА ЗА FAIR USE И ЊЕНЕ КОМПАРАТИВНЕ ПРЕДНОСТИ У ОДНОСУ НА ДРУГЕ СИСТЕМЕ РЕГУЛИСАЊА

Бивши председник САД Клинтон, имајући у виду значај ауторскоправних питања за читав систем, формирао је Infrastructure Task Force (ИТФ) са циљем да се артикулише и примени визија администрације о National Information Infrastructure (НИИ) и конституисао Саветодавно веће (U.S. Advisory Council), у оквиру Министарства трговине ради саветовања министра трговине о националној стратегији за потпомагање развоја НИИ.

Радна група за права интелектуалне својине²¹ под председништвом помоћника министра трговине и руководиоца за патенте и жигове Bruce A. Lehman-a), имала је задатак да сачини препоруке за одговарајућим променама у америчком законодавству, као и у политици интелектуалне својине.

Након свестраних прегледа и анализа уз уважавање гласа јавности, Радна група је сачинила нацрт свог извештаја у виду тзв. "Зелене књиге" ("Green Paper"), средином 1994. године. Овај документ је изражавао значајан интерес за могућност ограничавања ексклузивних права власника ауторског права, посебно оних садржаних у fair use одредби Закона о ауторском праву, обезбеђујући јавности адекватан приступ дигиталним делима. Радна група је, у исто време, сматрала да ће бити "тешко и можда неприкладно применити специфичан језик из неких од ових смерница у контексту дигиталних дела и on-line сервиса".

Радна група је сазвала Конференцију о фер употреби (Conference on fair use - CONFU) да би усагласила истовремене и узајамно супротстављене интересе власника ауторских права, с једне и корисника дела, с друге стране.

Радна група је веровала да ће фундаментални принципи сачињених смерница бити релативно лако примењиво на библиотеке и образовне употребе у погледу штампаног материјала и музичких дела.

Током 1995. године Радна група је сачинила један нови документ тзв. "Белу књигу" ("White Paper"), да би почетком септембра исте године дошло до застоја у раду. Касније је рад групе обновљен па је

²¹ Формирана унутар једног од три Комитета - Комитета за информациону политику (Information Policy Committee).

завршна сесија одржана маја 1998. године, да би коначно новембра исте године био објављен финални извештај са закључцима Конференције о fair use.

Пошто НП и друга дигитална технологија пружају многобројне могућности фер употребе дела, оправдано се може очекивати да ће се судови све више приближавати захтевима фер употребе у контексту НП, сходно ономе што чине у традиционалним-аналогним или штампарским окружењима. У том смислу, скоро да нема спора око чињенице да комерцијалне употребе дела, које нису трансформативне, али којима се од стране корисника наноси штета постојећем или потенцијалном тржишту, увек ће се сматрати повређујућим, док ће се непрофитне, образовне, трансформативне употребе, у принципу, сматрати допуштеним. Међутим, између ових екстремних и неспорних случајева, постоји читав низ ситуација у којима ће се судови ангажовати на озбиљним и тешким анализама чињеница које карактеришу спорове у вези са фер употребом и фрустрира оне који траже "линију разграничења која јасно раздваја законито од незаконитог".

У недостатку оваквих јасних линија разграничења заинтересоване стране, укључујући групе корисника ауторских дела, носиоце ауторских права, као и посреднике типа библиотека, наставног особља и издавача, временом су изградили добровољне директиве-смернице које ће примењивати у пракси. Непосредни предмет ових директива били су: фер употреба, библиотечка умножавања и образовна употреба који су регулисани Законом о ауторском праву. Све то је чинило садржај четири групе директива око којих је између заинтересованих страна постигнута сагласност и које, иако немају законодавну снагу, представљају значајан садржај законодавне историје. Осим наведеног, поменуте директиве обухватају и извесна копирања (умножавања) за и од стране наставника за рад у учионици, снимање музике у образовне сврхе, умножавање релативно скоријих новинских чланака од стране библиотека ради заштите од других и видеоснимање емитованог образовног материјала.

Излагање и дискусије на Конференцији обухватили су око 21 различитих тема, од којих су неке биле одабране према различитим сценаријима који су пружили конкретне примере како и под којим условима, под видом фер употребе би школе, односно образовне установе и библиотеке могли да користе дела заштићена ауторским правом и да ли је таква употреба "покривена" постојећим законодавством. У суштини, са аспекта

наше теме, ове дискусије су биле фокусиране на учење на дистанци, мултимедије, електронске резерве, умножавања за видно оштећене, привремено (транзитно) копирање, употреба софтвера у библиотекама, презервација (чување), архиве визуелних слика, међубиблиотечка позајмица/предаја докумената, "скидање" ("downloading"), односно умножавање за приватну употребу и прелиставање.

Након више сесија и опсежних суштинских дискусија, шест радних група²² у сарадњи са представницима носилаца права и образовним библиотечким корисницима, сачинили су директиве-смернице фер употребе у шест посебних области. Осим наведених, још две теме су биле предмет дискусије на овим сесијама: интереси лица са оштећеним видом и потреба презервације (чувања) дигиталног материјала, али је постигнута сагласност да се ова питања и проблеми разматрају и решавају у склопу законских реформи.

Резимирајући, можемо истаћи да је КОНФУ представљала изузетан јавно-приватни напор да се дискутује о потреби и развоју директива о фер употреби за образовне и библиотечке потребе, дела заштићених ауторским правом у дигиталном окружењу. КОНФУ је, у бити, био један дуг и тежак процес у коме су учествовали многи субјекти. Неки од њих су испољавали бојазан и скептицизам у крајњи успех. Други учесници су снажно подржавали процес, али су показали озбиљну резервисаност према резултатима, мада је било и оних који су изражавали неверицу и према једном и према другом. Међутим, упркос свему, највећи број учесника се сложио да је то, у сваком случају, био макар инструктиван, ако не увек продуктиван процес.

КОНФУ је недвосмислено закључила да је фер употреба заживела и нашла своје место и у дигиталном добу, с тим што ће покушај да се сачини нацрт прихваћених директива наилазити на тешкоће проишле из супротстављених интереса заинтересованих страна.

Ако покушамо, у најкраћем, да направимо суштинску компарацију између америчке доктрине fair use и система регулисања ограничења имовинскоправних овлашћења аутора у европском-континенталном систему, можемо изнети следећа запажања. Пре свега, треба истаћи да европски-континентални систем, у начелу, садржи строго

²² Радне групе су биле за: дигиталне слике, учење на дистанци, мултимедијско образовање, системи електронских резерви, међубиблиотечка позајмица-предаја докумената и употреба софтвера у библиотекама.

прецизне казуистички конципиране регуле, којима се филигрански и у танчине врши јасно разграничавање допуштених умножавања ауторских дела од недопуштених. Ово се постиже експлицитним побрајањем свих допуштених ограничења ауторскоправних овлашћења, груписаних и систематизованих по одређеним критеријумима. На тај начин законодавац је не само реализовао своју легислативну функцију, већ је у највећој мери јасно трасирао и лимитирао путеве и оквире у којима ће се кретати судови, дефинишући њихову улогу као "пуког" спроводиоца законодавчеве воље, свдећи њихову креативност и аутономност на минимум. Истина, и у законодавствима у области ауторског права у земљама континенталног система, може се, понегде, пронаћи понека генерална клаузула, која на уопштен и апстрактан начин регулише неко ауторскоправно ограничење, дајући судовима релативно већу слободу за њену интерпретацију кроз практичну примену у пракси.

С друге стране, америчка доктрина fair use представља врло флексибилан систем са широким пољем примене на темељу четири кључна фактора, конципираних на генералан начин у форми правних стандарда. Тиме је судовима дата велика слобода у интерпретацији доктрине и њеној примени на конкретне случајеве умножавања ауторских дела. Међутим, то подразумева и повећану одговорност судова, виши ниво критичности и израженију дозу самосвести у оставаривању комплексне и значајне судске мисије. На том, ни мало лаком, недовољно трасираном, кривудавом и недовољно осветљеном, путу интерпретације и спровођења законодавчевих идеја, судови ће се налазити пред многим тешкоћама и изазовима, што ће њиховој мисији дати додатни импулс. У сваком случају, капиталну предност америчког система ограничавања ауторскоправних овлашћења кроз доктрину fair use, у односу на системе европског-континенталног права, представља његова флексибилност и врло широко поље примене. То су несумњиво квалитети који нису својствени европским државама у којима се преферира стриктна-таксативна енумерација случајева у којима је, по самом закону, умножавање ауторских дела слободно, што ће рећи да није условљено тражењем сагласности или одобрења носилаца ауторског права, нити плаћањем било какве накнаде за то умножавање. Основна слабост оваквог (континенталног) система, управо је уже поље примене, које резултира из његовог идејног концепта, уз, наравно, латентни ризик да изван домаћаја његове примене остану неки случајеви умножавања, посебно они који су у вези са новим информационим технологијама, који би, иначе, могли бити третирани као дозвољени.

Vidoje Spasić, LL.M

THE BASIS OF DOCTRINE FAIR USE ABOUT A LIMITATION OF COPYRIGHT OWNER'S EXCLUSIVE RIGHTS

Summary

The copyright law provides a number of exception to the "exclusive" right of copyright owners. Like the copyright laws of almost all countries, the Copyright Act of U.S.A. specifies that certain uses of copyrighted works are outside the control of copyright owner. While many regard these exceptions as right of users, they are, as a juridical matter, outright exemption from liability or affirmative defenses to what would otherwise be acts of infringement.

The most significant of limitations on a copyright owner's exclusive is the doctrine fair use. Fair use is an affirmative defense to an action for copyright infringement. It is potentially available with respect to all manners of unauthorized use of all types of works in all media. When it exist, the user is not required to seek permission from the copyright owner or to pay a licence fee for the use.

Fair use is a flexible system of limitation copyright owner's exclusive right. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the four factors to be considered shall include:

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole, and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

If most factors lean in favor of fair use, the activity is allowed; is most will not fit the fair use exception and may require permission from the copyright owner.

Key words: *Copyright, Limitations of Exclusive Rights, Fair Use.*