

*Mr Sanja Radovanović, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

OPEN SOURCE UGOVOR O LICENCI SOFTVERA – POJAM I PRAVNA PRIRODA¹

Sažetak: *U radu je analizirana posebna vrsta ugovora o licenci softvera - open source licenca, kao relativno nov instrument pravnog prometa autorskim pravom na softveru. Značaj ovog ugovora ogleda se u njegovoj, sve većoj, zastupljenosti na softverskom tržištu, koja najavljuje novu eru u eksploataciji autorskih dela uopšte. Naime, u savremenom informacijskom društvu, informacije predstavljaju stožer daljeg civilizacijskog napretka. S obzirom na to da su one, pod određenim uslovima, objekti pravne zaštite, restriktivne mogućnosti njihove upotrebe, naročito kada je u pitanju softver kao autorsko delo, mogu negativno uticati na dalji društveni razvoj. Stoga se u praksi softverski razvijenih zemalja pronalaze novi instrumenti raspolaganja, kojima se nastoji da se zadovolje interesi titulara autorskog prava i interesi korisnika autorskih dela. Ovaj rad ima za cilj da jedan takav ugovor - open source, približi i domaćoj pravnoj teoriji i praksi.*

Ključne reči: *softver; ugovor o licenci; licenca; open source softver; open source licenca; ugovor o licenci otvorenog kôda; kopyleft; copyleft; opšta javna licenca; GNU licenca; BSD licenca; vlasnički softver; ne vlasnički softver; neisključivo ustupanje; pactum de non petendo; oproštaj duga; pravna priroda.*

¹ Rad je posvećen projektu *Harmonizacija prava Republike Srbije i prava Evropske Unije – teorijskopравни, sociološkopravni, istorijskopравни, pozitivnopravni i pravnoekonomski aspekti* koji se u celini finansira iz izvornih prihoda Pravnog fakulteta u Novom Sadu.

Uvod

Dok su se s jedne strane vodile burne rasprave oko adekvatnog oblika pravne zaštite softvera (patentom ili autorskim pravom), na drugoj strani je započet proces njegovog oslobađanja od zakonskih stega. Okrenuti istom cilju, razvoju društva i podsticaju stvaralaštva, pojedini autori su svoja zakonom priznata prava stavili u službu opšteg interesa uspostavljajući nova pravila igre na softverskom tržištu.

Koreni ove inicijative dosežu do davnih 80-tih godina prošlog veka kada je *Richard Stallman*, istraživač u Laboratoriji za veštačku inteligenciju Tehnološkog instituta u američkoj državi Masačusets (Massachusetts Institut of Technology) i osnivač Fondacije slobodnog softvera (*Free Software Foundation*) pozvao na solidarnost u rušenju destruktivnog monopola softverskih giganata, prevashodno *Microsoft Corporation*-a.² Vršenje autorskog prava u negativnom aspektu (zabrane), kako *Stallman* navodi, može da usporava ili sprečava dalje usavršavanje softvera. Tržište softvera treba da bude tržište ideja, a ne gotovih proizvoda. U tom smislu, hiljade programera uključenih u ispravljanje grešaka i unapređivanje softvera su svakako korisniji od zatvorenog kruga komercijalno orijentisanih subjekata.³

Stoga se *Stallman* zalagao za svojevrsno ustupanje prava društvu. Naglašavajući da softverska industrija treba da služi zajednici, a ne ekonomskim interesima pojedinca, on je uobličio filozofiju prema kojoj je svako slobodan da upotrebljava softver i da vrši izmene u njemu u cilju poboljšanja na dobrobit svih. Proizvođači softvera, prema njegovim rečima, nude proizvode radi sopstvene zarade, a da pri tom ne postavljaju pitanje šta korisnicima zaista treba. Sledeći profitnu politiku, plasman softvera na tržište odvija se strateški, te je ponekad potrebno da prođe dosta vremena dok proizvođač ne ponudi najadekvatniju verziju određenog softvera. Iz tih razloga je neophodno da se korisnicima omogući da samostalno vrše potrebne izmene u softveru.⁴

Takva sloboda bi, međutim, ugrozila same promotere zajedništva, budući da prerađeni slobodni softver može da bude objekt autorskopravne zaštite i izvor prihoda za njegovog tvorca, na račun društva. Imajući to u vidu, *Stallman* je, u saradnji sa profesorima prava, sačinio i objavio tzv. *General Public Licence – GPL* (Opštu javnu licencu), kojom je postavio

² V: <http://www.gnu.org/philosophy/reevaluating-copyright.html>, decembar 2009.

³ V: E. Raymond, *The Cathedral and the Bazaar*, Knowledge, Technology & Policy, Vol. 12, No. 3, 1999, str. 25.

⁴ V: R. Stallman, *Why Software Should Not Have Owners*, www.gnu.org/philosophy/why-free.html, decembar 2009.

okvire pravne zaštite slobodnog softvera, odnosno pravno uobličio GNU projekat.⁵

Jedan paradoks – *copyleft*

Iako na prvi pogled izgleda da je upravo ugovor sredstvo zaštite, njegova specifična sadržina upućuje na mnogo kompleksniji problem. Naime, tvorac softvera, koji želi da svoje delo učini slobodnim, ne odriče se zakonom priznatog autorskog prava, već ga koristi u cilju svojevrstne negacije tako što svoja isključiva ovlašćenja ustupa svim zainteresovanim licima, pod uslovom da ista takva sloboda iskorišćavanja prati svaki dalji prenos njegovog, prerađenog ili neprerađenog softvera. Dakle, lice koje je pribavilo ovakav softver može nesmetano da ga prerađuje ili vrši druge izmene na njemu, ali prilikom daljeg distribuisanja ne sme drugima da postavlja ograničenja koja ni sam nije imao.

Ovakav ugovorom uspostavljeni sistem zaštite predstavlja društveni i pravni fenomen označen terminom *copyleft*⁶, kojim se ne samo na zanimljiv način objašnjava novonastala pojava, već se i ukazuje na jasnu distinkciju između slobodnog softvera i softvera koji je javno dobro (*public domain software*), odnosno na kojem ne postoji ni jedan oblik pravne zaštite, te njegovo iskorišćavanje nema nikakvih ograničenja. Stoga se još softver koji je zaštićen autorskim pravom naziva vlasničkim (*proprietary*), a onaj zaštićen kopileftom ne vlasničkim (*non-proprietary*).

Da je ovakvo određenje više metaforičko nego egzaktno, upućuju bar dva paradoksa. Prvo, kopileft se upravo poziva na pravo koje negira (autorsko). Drugo, pravo na zaštitu softvera, koji se smatra ne vlasničkim,

⁵ GNU je skraćenica za izraz „*GNU's Not Unix*“ kojim je označen pokret stvaranja slobodnog Unix kompatibilnog operativnog sistema i drugih slobodnih programa i programskih paketa. V: www.gnu.org, decembar 2009.

⁶ Termin *copyleft* ne može da se prevede na srpski jezik, te je neophodno ukazati na njegov engleski koren: *copyright*. Naime, u engleskom jeziku *copyright* je kovanica koja označava autorsko pravo, a za razliku od francuskog, na čijoj doktrini se razvija i naše pravo, zasnovano je na pravu kopiranja odnosno umnožavanja. Reč *right*, međutim, ima i značenje desno, zbog čega oznaka *left* na njegovom mestu označava upravo ono što se nastoji postići: njegovu suprotnost. Štaviše, ako se orijentacija levo odnosi na levičarske društvene grupe u svakom segmentu, onda se jasno ukazuje na to da je reč o jednom levičarskom pokretu u pravu intelektualne svojine koji nije vezan samo za autorska dela softvera već nalazi mesto i u drugim vrstama autorskih dela (npr. Creative Commons postoji u oblasti književnog i umetničkog stvaralaštva). U tom smislu se o ovom pokretu govori i kao o intelektualnom komunizmu, što prema svojim karakteristikama donekle i jeste. Interesantna je i oznaka koju autori stavljaju radi označavanja kopileftovanog dela. Naime, dok je latinično slovo C u krugu oznaka za autorsko pravo, za *copyleft* se koristi isti znak, ali je slovo okrenuto u suprotnom smeru, na levo.

ima njegov autor (vlasnik intelektualne tvorevine) ili njegov pravni sledbenik.

Problem kopilefta produbljuje se činjenicom da je autorsko pravo kompleksna mreža ličnopravnih (neotuđivih) i imovinskopravnih ovlašćenja, te je kao takvo nedeljivo. Tako se sam fenomen kopilefta zapravo svodi na uobličavanje apsolutnog, pre svega imovinskog prava koje titular ima.

Ovo je potpuno jasno u pogledu kontinentalnih pravnih sistema u kojima se lična prava autora izričito štite. Slobodno iskorišćavanje softvera podrazumeva da korisnik mora da poštuje ličnu komponentu, čak i kada to ugovor ne sadrži izričito. Kopileft se zapravo odnosi na negativni (prohibitorni) aspekt autorskog prava.

Američko pravo, s druge strane, zanemaruje ličnopravna ovlašćenja autora, naročito kada je reč o softveru. Zbog toga je kopileft, koji inače odatle i potiče, istinsko „kvaziautorsko“ pravo. Ipak, tamošnja novija sudska praksa ne zanemaruje činjenicu da poštovanje moralnih prava prethodi vršenju imovinskih. Tako je sud u jednom sporu koji se vodio upravo zbog povrede *open source* ugovora o licenci, utvrdio da postoji povreda autorskog prava, jer tuženi nije naznačio ime autora softvera. U obrazloženju odluke, Sud ističe da pravni sistem ne predviđa sankcije za povredu moralnih prava, ali da takva povreda onemogućava autora u ostvarivanju imovinskih. Naime, u konkretnom slučaju, tuženi je propustio da prilikom prerade softvera naznači ime autora originalnog programskog kôda zbog čega je tužilac autor izgubio kontrolu nad mrežom korisnika. Iako je reč o besplatnom ustupanju ovlašćenja iskorišćavanja neograničenom broju lica, Sud je prepoznao ekonomske interese u raspolaganju softverom putem *open source* ugovora o licenci.⁷ Time se na posredan način priznalo zapravo i pravo na tužbu zbog povrede moralnih ovlašćenja autora.⁸

Nadalje, kada je reč o imovinskopravnim ovlašćenjima, titular daje opštu saglasnost za vršenje, svih ili samo pojedinih.

Ako se nadovežemo na odluku američkog suda, postavlja se pitanje koji je ekonomski interes kopilefta.

⁷ V: Robert Jacobsen v. Matthew Katzer and Kamind Associates, Inc. No. 06-CV-1905, United States District Court for the Northern District of California, August 13th, 2008, www.cafc.uscourts.gov/opinions/08-1001.pdf, decembar 2009.

⁸ Američki pravni sistem ne poznaje subjektivno pravo u kontinentalnopravnom smislu reči, već se pitanje prava svodi na mogućnost utuživanja. U autorskom pravu, to je rezervisano za imovinskopravna ovlašćenja. Moralna ovlašćenja, sama za sebe, ne mogu da budu predmet spora.

U pokušaju da se da odgovor, mora se poći od nekoliko premisa. Pre svega, otkrivanjem izvornog kôda i davanjem saglasnosti za izmene i dalju distribuciju, titular ne mora nužno da se odrekne prihoda. U filozofiji slobodnog softvera se u tom kontekstu govori o slobodi govora, a ne besplatnog piva (*free speech, not free beer*).⁹ Suprotno, ustupanje iskorišćavanja softvera bez naknade (*freeware*), ne znači otkrivanje izvornog kôda i ovlašćivanje korisnika da vrše izmene u njemu. Ono što se zapravo nastoji postići slobodnim softverom jeste da korisnik ima mogućnost da vrši potrebne izmene, ukoliko, naravno, za to ima i potrebna znanja. Sama činjenica da on ili neko drugi umesto njega može bez ikakvih restrikcija da unapredi pribavljeni softver može da bude od odlučujućeg značaja za odabir ne vlasničkog, a ne vlasničkog softvera, čak i ako za to mora da plati.

Uz to, pošto takvo tehničko znanje ima samo mali procenat svetske populacije, manje-više su korisnici upućeni da pomoć zatraže upravo od autora slobodnog softvera, koji takve usluge po pravilu naplaćuju.

Ništa manji značaj u današnje vreme nema ni sve prisutnija praksa da se na Internet stranicama na kojima se nudi slobodni softver, s obzirom na njegovu popularnost, sve više reklamno oglašavaju različiti privredni subjekti, od čega se takođe prikupljaju ne mala novčana sredstva.

Premda je prvobitno zamišljeno kao vid borbe protiv velikih softverskih proizvođača, pokret slobodnog softvera je danas izuzetno prisutan i opšteprihvaćen model. Informacije radi, *Linux*¹⁰, kao *open source* operativni sistem je u upotrebi na više od 40% računarskih uređaja od čega se najveći broj locira upravo u zemljama sa najjačom zaštitom intelektualnog stvaralaštva, Sjedinjenim Američkim Državama i Nemačkoj.¹¹ Štaviše, zahvaljujući njihovoj kompatibilnosti, velika većina kori-

⁹ V: R. Stallman, *Why Software Should Not Have Owners*, www.gnu.org/philosophy/why-free.html, decembar 2009.

¹⁰ *Linux* zapravo predstavlja jezgro (kernel) operativnog sistema, ali se u svakodnevnom govoru upotrebljava i da označi ceo operativni sistem GNU/Linux. Za nastanak Linux-a zaslužan je Linus Torvalds (Linus Torvalds), finski student informatike, koji je ovaj operativni sistem početkom devedesetih godina prošlog veka izgradio na bazi vlasničkog Unix-a (otuda i naziv). Danas postoji nekoliko verzija od kojih su najpopularniji Ubuntu (*Ubuntu*), DŽentu (*gentoo*), Slakver (*Slackware*), Red Hat (*Red Hat*), a u toku je razvijanje Knopiksa (*Knoppix*), operativnog sistema za koji nije potrebno izvršiti instalaciju na računar, već on radi direktno sa kompakt diska, zajedno sa paketom programa za kancelarijsko korišćenje (poput *Microsoft Office*-a). V: http://en.wikipedia.org/wiki/Free_software, decembar 2009.

¹¹ Detaljni podaci su dostupni na: <http://i18n.counter.li.org/reports/machines.php>, decembar 2009.

snika vlasničkog operativnog sistema svakodnevno upotrebljava raznovrstan aplikativni slobodni softver,¹² a da toga nije ni svesna. Primera radi, reč je *Apache* web serveru (http, html) i *Mozilla Firefox* Internet pretraživaču, koji sve više zamenjuje do sad najzastupljeniji *Internet Explorer*.¹²

Zahvaljujući sveopštoj podršci, plasiranje slobodnog softvera na tržište danas se obavlja u saradnji sa komercijalno orijentisanim proizvođačima računarske opreme (IBM, Hewlett Packard (HP)), a kao model poslovanja prihvaćen je, skoro neočekivano za njegove inicijatore, i od strane softverskog monopoliste, *Microsoft Corporation*-a. Štaviše, on je započeo sopstvenu, doduše selektivnu, kampanju slobodnog softvera (*codeplex*).¹³ Tako je izvorne kôdove pojedinih programa učinio dostupnim, ali samo za potrebe ispravljanja grešaka (tzv. *share source*)¹⁴, na drugima je pak dao saglasnost i za vršenje određenih izmena u skladu sa opštom javnom licencom (npr. za *Windows 7* u pogledu upotrebe USB i DVD uređaja)¹⁵, dok je na trećima potpuno zadržao vlasnička prava.

Terminološke napomene

Pojava svakog novog društvenog fenomena otvara pitanje njegovog terminološkog označavanja. Odabir jezičkog izraza predstavlja prvi korak u društvenoj promociji novonastale pojave, jer se njime želi nagovestiti i njena suštinska odlika. U informatičkom i poslovnom svetu su u upotrebi termini preuzeti iz engleskog jezika. Iz tih razloga, predstojeće terminološke napomene imaju za cilj da otklone nejasnoće koje mogu da se pojave prilikom doslovnog prevoda na srpski jezik.

U literaturi se o *open source* ugovoru o licenci softvera najčešće govori u kontekstu posebne vrste softvera, *open source* softvera (*free software, non-prorpietary, non-commercial*), a ne ugovora, što ne smatramo potupno korektnim, bar iz dva razloga.

S jedne strane, ako se pođe od osnovnih karakteristika, razlikovanje ugovora ne može da se izvrši prema kriterijumu podele softvera, koji je

¹² Svi vlasnički softveri imaju kopileft alternativu. Tako, za operativne sisteme to je OpenOffice, za softvere namenjene razmeni elektronske pošte (npr. Outlook Express) to je Mozilla Thunderbird, za obradu teksta (npr. Word) to je LyX, grafičke obrade (npr. CorelDraw) to je Inkscape, za upotrebu različitih multimedijalnih formata (npr. Windows Media Player) to je VideoLAN Client.

¹³ V: www.codeplex.com, decembar 2009.

¹⁴ Opširnije o tome vidi: J. Matusow, *Shared Source: The Microsoft Perspective*, y: Perspectives on Free and Open Source Software (ed. J. Feller, B. Fitzgerald, S. Hissam, K. Lakhani), The MIT Press, Cambridge, London, 2005, str. 329-346.

¹⁵ V: <http://port25.technet.com/>, decembar 2009.

mahom funkcionalan (operativni i aplikativni softver, softver opšte namene i softver posebne namene), već prema obimu autorskog dela (celina ili njegov deo) na kojem se ustupaju ovlašćenja.

S druge strane, iako u širem smislu može da se govori o različitom obimu ustupljenih ovlašćenja, ovde nije reč o pitanju predmetnog ograničenja ustupljenog ovlašćenja, već se akcenat zapravo stavlja na sâm softver kao objekt zaštite. U tom smislu, ukoliko se ugovorom o licenci ustupa iskorišćavanje softvera u celini, reč je o *open source* licenci, odnosno o licenci otvorenog kôda. Terminom *open source* softver zapravo se označava predmet prestacije iz ovih ugovora. Suprotno, kada se ustupljena ovlašćenja vrše samo u pogledu objektnog kôda u pitanju je klasična licenca, licenca zatvorenog kôda. Stoga je *open source* ugovor o licenci zapravo posebna vrsta ugovora o licenci, a kriterijum podele je objekt iskorišćavanja.

Ova podela je donekle obuhvaćena prethodnim izlaganjem o svojevrsnom kopileftu. Međutim, činjenje izvornog kôda dostupnim zainteresovanim licima nije uvek motivisano namerom autora da svoj softver drži van mehanizma autorskopravne zaštite.

Otkrivanje izvornog kôda može da ima različitu svrhu. U pojedinim slučajevima to je ispunjenje ugovorom preuzete obaveze prema određenom korisniku radi omogućavanja ispravljanja grešaka u programu ili prilagođavanja njegovim potrebama, odnosno radi postizanja neophodne interoperabilnosti sa hardverom ili drugim softverom.

Nasuprot tome, kod *open source* licenci, izvorni kôd je dostupan neograničenom broju korisnika, pod licencnim uslovima, te njegovim pribavljanjem korisnik stiže i niz drugih ovlašćenja. Drugim rečima, objavljivanjem izvornog kôda titular prava svesno ide za tim da svi zainteresovani subjekti mogu da upotrebljavaju, usavršavaju i/ili plasiraju na tržište njegov softver. Na izvestan način, govoreći u duhu kontinentalnog prava, on daje svojevrsnu opštu saglasnost za iskorišćavanje dela, odnosno obećanje da neće zahtevati zaštitu zbog povrede koja bi u redovnim okolnostima mogla da nastupi.

Nedovoljno jasnoći izvršene klasifikacije doprinosi donekle činjenica da je u najvećem broju slobodni softver zapravo rezultat preuzetih obaveza iz tzv. javnih licenci (eng. *public licences*), što primenjenom kriterijumu objekta iskorišćavanja daje sekundarni značaj. Ipak, ako se pođe od toga da se svi istovrsni ugovori međusobno razlikuju prema svojoj sadržini, odnosno prema specifičnostima glavne prestacije (što je kod ugovora o licenci ustupanje iskorišćavanja), smatramo da bi podela na javne i privatne licence produbila terminološku nepreciznost¹⁶ bacajući senku na njihova karakteristična obeležja.

¹⁶ Upotreba termina javni i privatni u savremenim pravnim sistemima označava interese koji se u konkretnom slučaju uzimaju u obzir, pa bi se ovakva podela mogla

S obzirom na praktični značaj i sve veću zastupljenost *open source* licenci,¹⁷ zadržaćemo se na njenim suštinskim obeležjima.

Pojmovno određenje *open source* ugovora o licenci softvera

U prethodnom delu ukazano je na to da se osnovna karakteristika *open source* licence ogleda u činjenici da je korisniku predat izvorni kôd ovog autorskog dela. Međutim, ta činjenica ove ugovore, u odnosu na ostale, ne čini dovoljno dinstiktivnim. Naime, kako je već rečeno, otvaranje, odnosno predaja izvornog kôda ne znači nužno davanje saglasnosti za njegovo iskorišćavanje. Moguće je da autor softvera ne drži u tajnosti izvorni kôd, ali da ne dozvoljava bilo kakve izmene u njemu ili dozvoljava samo neke od njih tačno određenim subjektima.

Suštinska razlika između ustupanja putem *open source* licenci i licenci zatvorenog kôda ogleda se u tome da je korisnik snabdeven *ovlašćenjem iskorišćavanja* kako izvornog tako i objektnog kôda.

Takvo ustupanje iskorišćavanja, međutim, nije bezuslovno, niti neograničeno. Naime, korisnik mora da se obaveže ugovorom kojim se uslovi iskorišćavanja detaljno regulišu. Da bi jedan softver mogao da se smatra *open source* softverom, ugovor kojim se ustupa njegovo iskorišćavanje mora da zadovolji jasno definisane uslove:¹⁸

1) ugovor o licenci ne sme da ograničava bilo kojeg korisnika u raspolaganju softverom, koji je deo skupne softverske distribucije sačinjene od različitih istovrsnih proizvoda;

odnositi na licence zaključene u javnom (primera radi, ugovor o licenci softvera za vojne - potrebe) odnosno privatnom interesu.

¹⁷ Opširnije o *open-source* softverima vidi: R. van Wendel de Joode, J. A. de Bruijin, M. J. G. van Eeten, *Protecting the Virtual Commons – Self-Organizing Open Source and Free Software Communities and Innovative Intellectual Property Regimes*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2003, str. 109-115; J. Matsuura, *Managing Intellectual Assets in the Digital Age*, Artech House, Boston, London, 2003, str. 31-47; T. Schiffner, *Open Source Software – Freie Software im deutschen Urheber- und Vertragsrecht*, VVF Verlag, München, 2002, str. 77-83; J. Siepmann, *Freie Software – Rechtsfreier Raum?*, LinuxLand International, München, 2000, str. 13-19 i 35-48; E. Louwers, C. Prins, *International Computer Law*, Vol. 2, LexisNexis, Matthew Bender, Newark, San Francisco, 2004, str. 9-13; A. Metzger, T. Jaeger, *Open Source Software and German Copyright Law*, IIC, 1/2001, str. 52-74; R. Dixon, *Open Source Software Law*, Artech - House, Boston, London, 2004; S. Nuss, L. Heller, *Intellectual Property Rights and Intellectual Property Left – The Case of the Operating System Linux*, y: *Intellectual Property Rights in Central and Eastern Europe* (ed. E. Alvaer, K. Prunskiene), IOS Press, 1998, str. 64-71; B. Fitzgerald, *Has Open Source Software a Future?*, y: *Perspectives on Free and Open Source Software* (ed. J. Feller, B. Fitzgerald, S. Hissam, K. Lakhani), The MIT Press, Cambridge, London, 2005, str. 93-106; C. Shirky, *Epilogue: Open Source outside the Domain of Software*, y: *Perspectives on Free and Open Source Software*, str. 483-488.

¹⁸ V: www.opensource.org/docs/definition_plain.html, decembar 2009.

2) softver, koji je predmet ustupanja mora da bude distribuisan u izvornom kôdu, ili da se na jednostavan način on učini dostupnim na fizičkom nosaču podataka ili putem Interneta;

3) izmene izvornog kôda su dozvoljene, čak i distribuisanje tako nastalih dela, samo ukoliko se korisnik obaveže da će ista takva prava dalje ustupiti zajedno sa delom prerade;

4) izmene izvornog kôda se mogu zabraniti samo ako autor obezbedi tzv. *patch file* sa izvornim kôdom, koji se može menjati, sa različitom oznakom u odnosu na originalni softver;

5) ustupanje ovlašćenja ne sme da bude zasnovano na diskriminaciji, određenih lica ili grupe;

6) ustupanje ovlašćenja ne sme da bude zasnovano na diskriminaciji u pogledu polja primene;

7) ugovorom ustupljena ovlašćenja moraju da se odnose na sva lica kojima se softver dalje distribuiše, bez nametanja dodatnih uslova licence;

8) ustupljena ovlašćenja na softveru ne smeju se dovoditi u zavisnost od činjenice da je on deo određene softverske distribucije (npr. za *Linux* operativne sisteme distribuisanje putem *Red Hat-a*);

9) ugovor se ne može prostirati na druge softvere koji se distribuišu u istom paketu sa predmetnim (pri tom se misli na fizički medijum na kojem se zajedno sa drugim softverima predaje i predmetni).

Navedeni uslovi zapravo predstavljaju pojmovno određenje *open source* licenci.

Iako nije izričito pomenuto, iz analize sadržaja pojedinih ugovora ovog tipa proističe još jedna značajna odlika: isključenje odgovornosti za eventualne nedostatke softvera. Ipak, ona se ne može smatrati distinktivnom, budući da je takva klauzula uobičajena i u ugovorima o licenci softvera zatvorenog kôda.

Uvažavajući navedene karakteristike, softver se plasira na tržište pod različitim uslovima, zbog čega postoji i nekoliko vrsta *open source* ugovora o licenci. U ovom radu će biti istaknute samo tipične.

Vrste *open source* ugovora o licenci softvera

Na prvom mestu svakako je GNU -ova Opšta javna licenca (GNU/General Public License – GNU/GPL), koja je pravni osnov iskorišćavanja najpopularnijeg slobodnog operativnog softvera – *Linux-a*.

S obzirom na to da se ovaj *open source* ugovor jedini u celini zasniva na fenomenu kopilefta, u pogledu suštinskih odlika ustupanja ovlašćenja upućujemo na odnosno izlaganje.

Drugu grupu *open source* ugovora predstavljaju tzv. *BSD licence*,¹⁹ među kojima je najprisutnija licenca za *Apache* softver namenjen Internet serverima.²⁰

Za razliku od prethodno pomenutih, *BSD licence* ne obavezuju korisnika da predmetni softver, izmenjen ili neizmenjen, dalje plasira na tržište pod istim uslovima. Drugim rečima, ove licence ne sadrže kopyleft odredbe, te je moguće da nevlasnički softver, koji je predmet ustupanja, kasnije preradom postane vlasnički. Jedina ograničenja u pogledu ovakvog raspolaganja tiču se obaveze korisnika da zadrži obaveštenja o autorskom pravu titulara na predmetnom softveru i da isključi odgovornost za eventualne nedostatke.

Zahvaljujući ovim prednostima, ustupanje iskorišćavanja softvera putem *BSD licence* predstavlja pogodnost i za tradicionalne komercijalne proizvođače. Štaviše, nisu usamljeni primeri softvera koji sadrži upravo izvorni kôd onog čije je iskorišćavanje ustupljeno ovim putem.²¹

Poslednju grupu čine *open source* ugovori o licenci za softver firme *Netscape*²², odnosno *Mozilla Public License*²³. Suštinska odlika ovih licenci jeste da se ovlašćenja u pogledu iskorišćavanja izvornog kôda tretiraju na različit način. Naime, izmene izvornog kôda u smislu prerade, prilagođavanja i ispravljanja grešaka je potpuno slobodno. Čak i distribuisanje tako nastalih dela. Međutim, ukoliko se time softver značajno unapređuje, odnosno ukoliko se originalni softver proširuje kôdom koji nije obuhvaćen ovom licencom, dalje raspolaganje podleže posebnim uslovima, odnosno predmet je samostalnih ugovora.

Pravna priroda *open source* ugovora o licenci

S obzirom na to da se o prirodi ugovora o licenci, kojem pripada i *open source*, u pravnoj teoriji već diskutovalo, u pogledu opštih napome-

¹⁹ Naziv je dobila po prvoj takvoj licenci plasiranoj od strane programera kalifornijskog Univerziteta u Berkliju (Berkley Source Distribution). Navedeno prema: D. Kennedy, *A Primer on Open Source Licensing Legal Issues: Copyright, Copyleft and Copyfuture*, www.denniskennedy.com/opensource/mk.pdf, decembar 2009.

²⁰ V: www.apache.org/licenses/, decembar 2009.

²¹ Takav je slučaj sa Microsoft Windows operativnim sistemima. V: www.linfo.org/bsdlicense.html, decembar 2009.

²² Netscape je softvere sa otvorenim kodom počeo da plasira na tržište kao odgovor na oštru borbu koja se vodila sa konkurentom, Microsoft-om, povodom narušavanja konkurencije upravo kroz zaštitu izvornog kôda. Ugovorima o licenci Netscape, zapravo, uspostavlja jedan novi poslovni model, crpeći komercijalne mogućnosti postojećih licenci otvorenog kôda. V: D. Kennedy, *op.cit.*, str. 21.

²³ V: <http://www.mozilla.org/MPL/>, decembar 2009.

na upućujemo na odnosnu literaturu.²⁴ U ovom radu istaći ćemo samo one segmente koje ovaj ugovor čine specifičnim.

Iz pojmovnog određenja *open source* ugovora o licenci proizlazi da je raspolaganje autora ovim putem uvek neisključivo, zbog čega ćemo prirodu ovog ugovora analizirati upravo s ovog aspekta.

Naime, kod neisključive (proste) licence, sticalac ugovorom zapravo pribavlja *dozvolu* za preduzimanje određenih radnji, odnosno vršenje ovlašćenja, sa relativnim dejstvom (*inter partes*). On nema aktivnu legitimaciju da se suprotstavlja istovetnom iskorišćavanju od strane trećih lica, još manje davaoca, niti da dalje raspolaže ustupljenim ovlašćenjem.²⁵ Potonje je u pravnoj literaturi, naročito nemačkoj, poslužilo kao argument da se neisključivo ustupanje označi kao obećanje davaoca licence da će sticaocu tolerisati određena činjenja u skladu sa ugovorom (*pactum de non petendo*), a ne kao akt konstitutivnog prometa, koji sticaoca čini titularom subjektivnog prava.²⁶ To bi značilo da vršenje ugovorom definisanog ovlašćenja zadržava karakter protivpravnosti, a okolnost da se davalac sa takvim aktima saglasio predstavljala bi osnov isključenja utuživosti, kao procesne pretpostavke. Davanjem saglasnosti se ne gasi obaveza sticaoca da odgovara zbog povrede autorskog prava, već se ona pretvara u prirodnu obligaciju.

Smatramo da je ovakva konstrukcija u praksi ipak neodrživa, čak i za nemački pravni sistem u kojem se institutu *pactum de non petendo* pridaje značaj prevashodno procesnog ugovora.

Primeru radi, ukoliko je ugovorom o licenci ustupljeno ovlašćenje na proizvodnju i prodaju primeraka softvera, preduzimanje takvih akata bi bilo načelno protivpravno, ali davalac licence ne bi utuživao sticaoca shodno datom obećanju. Međutim, lica koja su pribavila primerak softvera od neisključivog sticaoca ne bi imala osnov za isključenje protivpravnosti zbog neovlašćenog iskorišćavanja, budući da nisu u ugovornom odnosu sa davaocem.²⁷

Pored toga, ako se uzme u obzir opšteusvojeni princip konzumacije prava na stavljanje u promet, davalac licence ne može isticati svoje pravo

²⁴ V: M. Janjić, *Ugovori o licenci (posebno međunarodni ugovori o licenci)*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1967, str. 10. i tamo navedenu literaturu

²⁵ V: Čl. 62(3) Zakona o autorskom i srodnim pravima.

²⁶ V: S. Perović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga II, Savremena administracija, Beograd, 1995, str. 1220, u vezi sa čl. 689. Zakona o obligacionim odnosima i tamo navedenu literaturu.

²⁷ *Ibidem*

prema trećim licima koja su tako postali vlasnici primerka, što bi u do-
slednoj primeni ove konstrukcije morao da bude slučaj.²⁸

Konačno, zaključenjem ugovora o licenci, davalac preuzima i odre-
đene obaveze u pogledu vršenja ovlašćenja (primera radi, odgovornost za
materijalne nedostatke), koje ne bi postojale da je reč o prostom „dogovoru
o nenapadanju“.²⁹

Naš pravni sistem ne poznaje institut *pactum de non petendo*, ali
ovaj problem možemo da sagledamo kroz prizmu sporazuma sa sličnim
dejtstvima, sporazuma o otpuštanju duga.

Prema Zakonu o obligacionim odnosima, obaveza prestaje kad po-
verilac (u ovom slučaju titular prava na softveru) izjavi dužniku (korisni-
ku softvera) da neće zahtevati njeno ispunjenje, a dužnik se sa tim sagla-
si.³⁰ Već iz definicije proizlazi da napred navedena konstrukcija nije pri-
menljiva, jer da bi obaveza prestala, najpre mora da nastane. Dakle, o
oproštaju duga govorimo samo u slučajevima kada je korisnik započeo is-
korišćavanje bez saglasnosti titulara, a ovaj kasnije izjavi da ga neće po-
zivati na odgovornost zbog povrede. Ukoliko je saglasnost prethodila is-
korišćavanju, sama ta činjenica upućuje na isključenje protivpravnosti,
budući da naš zakonodavac ne poznaje otpuštanje budućih dugova. Kori-
snik zapravo i iskorišćava softver zato što takva saglasnost postoji, i su-
protno, da nje nema, on bi se, radi izbegavanja odgovornosti, uzdržao od
iskorišćavanja. Saglasnost, u smislu navedenog, predstavlja prepreku na-
stanku obaveze.³¹

Na kraju, otpuštanje duga predstavlja osnov gašenja obaveze, a ne njene
transformacije u prirodnu obligaciju, što je slučaj sa *pactum de non petendo*.

Zaključak koji iz navedenog proizlazi jeste da je ugovor o licenci
softvera, kojim se ovlašćenje ustupa na neisključiv način ipak pravni po-
sao raspolaganja tim ovlašćenjem, te sticalac postaje titular subjektivnog
prava u ograničenom (okrnjenom) obimu.³²

Ovo je naročito značajno s aspekta ustupanja iskorišćavanja putem
open source licenci, o kojem je reč. Naime, činjenica da davalac licence i
nadalje zadržava pravo da iskorišćava svoje delo dovodi do toga da on
može softverom, koji je predmet ustupanja ovih licenci, kasnije da raspo-

²⁸ *Ibidem*

²⁹ *Ibidem*

³⁰ V: Čl. 344(1) Zakona o obligacionim odnosima.

³¹ Opširnije o tome vidi: S. Perović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*,
Knjiga I, Savremena administracija, Beograd, 1995, str. 753, u vezi sa čl. 344. Zakona o
obligacionim odnosima.

³² Opširnije o tome vidi: S. Perović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*,
Knjiga II, str. 1220, u vezi sa čl. 689. Zakona o obligacionim odnosima; S. Marković,
Autorsko pravo i srodna prava, Službeni glasnik, Beograd, 1999, str. 252.

laže na drugačiji način. To podrazumeva i mogućnost davaoca licence da svoj softver „vrati“ u granice autorskog prava i restriktivnog iskorišćavanja. Međutim, ovakvo raspolaganje ne može da obuhvati delove programa korisnika koji su rezultat vršenja subjektivnog prava stečenog ugovorom o *open source* licenci.³³ Suprotno dejstvo bi bilo u slučaju prihvatanja konstrukcije o *pactum de non petendo*, budući da se povlačenje saglasnosti proteže na preduzete akte.

Donekle je zbujujuće retroaktivno dejstvo povrede ugovora, koje dovodi do odgovornosti korisnika za preduzete radnje iskorišćavanja, što *open source* licence približava „sporazumu o nenapadanju“, u prethodno objašnjenom smislu. Tako, primera radi, ukoliko korisnik preradi slobodni softver, pa ga potom stavi u promet pod restriktivnim uslovima iskorišćavanja (suprotno odredbama *open source* ugovora o licenci), autor slobodnog softvera će zahtevati sudsku zaštitu zbog povrede autorskog prava, a ne zbog povrede ugovora. Istina, činidbe korisnika protivne ugovornim odredbama dovode do automatskog prestanka ugovornog odnosa, jer je na takvu posledicu korisnik pristao prihvatanjem uslova ugovora, ali to nije jedina sankcija koju korisnik trpi. Za autora softvera, prestanak ugovora nije dovoljna satisfakcija za vršenje ovlašćenja protivno ugovornim odredbama, zbog čega ugovorom izričito određuje pravne posledice neovlašćenog iskorišćavanja od strane korisnika.

Stoga, imajući u vidu iznesene zaključke, a naročito u vezi sa našim pozitivnim pravom, smatramo da *open source* licenca nije ništa drugo do ugovor sa raskidnim uslovom i izričito ugovorenim retroaktivnim dejstvom raskida.

Zaključak

Open source ugovor o licenci, odnosno ugovor o licenci otvorenog koda, nastao je u poslovnoj praksi Sjedinjenih Američkih Država, ali je danas, kao model raspolaganja softverom, prisutan u svim zemljama. Međutim, činjenica da potiče iz precedentnog pravnog sistema, čini ovaj ugovor u zoni kontinentalnog prava nedovoljno jasnim instrumentom pravnog prometa, naročito u pogledu sadržine i pravnog dejstva preuzetih obaveza, odnosno povrede ugovora. Stoga je u ovom radu *open source* ugovor o licenci posmatran u duhu našeg pozitivnog prava. Zaključak koji proizlazi iz analize jeste da je ugovor o licecni otvorenog koda neisključiv ugovor, sa raskidnim uslovom i izričito ugovorenim retroaktivnim dejstvom raskida.

³³ V: D. Kennedy, *A Primer on Open Source Licensing Legal Issues: Copyright, Copyleft and Copyfuture*, www.denniskennedy.com/opensourcedmk.pdf, decembar 2009.

*Sanja Radovanović, LL. M, Assistant
Faculty of Law Novi Sad*

Open Source Software License Agreement – Definition and Legal Nature

Abstract

This paper analyzes the special type of software license agreements - open-source license, as a relatively new instrument of the legal trade of copyrighted software. The importance of this agreement is reflected in its increasing existence on the software market, announces that a new era in the exploitation of copyright works in general. Namely, in the modern information society, information is presented to further pivot of civilization progress. Because they are, under certain conditions, objects of legal protection, restrictive capabilities of using them, especially when it comes to software as a copyright work, may affect, in negative sense, the further social development. Therefore, in a software developed countries business practice created new instruments of software usage, which seeks to satisfy the interests of the copyright holder's rights and interests of consumers. This paper aims to make closer this agreement to the local legal theory and practice.

Key words: software; license agreement; license; open source software; open source license; copyleft; GNU license; BSD license; proprietary software; non-proprietary software; non-exclusive license; pactum de non petendo; release of a debt; legal nature.