

Др Слободан Марковић*

ОЧУВАЊЕ БИОДИВЕРЗИТЕТА И ПРАВО ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ: КОНЦЕПТУАЛНИ НЕСПОРАЗУМ

Аутор је поставио тезу о концептуалном нескладу између права интелектуалне својине и циљева Конвенције о заштити биодиверзитета. Теза је разрађена као анализа: а) проблема на нивоу појединих института патентног права и права заштите генетских ресурса и традиционалног знања, б) јавних политика подстицања технолошког развоја и конзервације биодиверзитета и в) сукоба идеолошких вредности из којих су те јавне политике произашле. Закључак је да се у центру проблема налази различит и противречан правни, политички и идеолошки третман јавног домена, зависно од тога да ли се на њега гледа из угла интереса развијеног или тзв. трећег света.

Кључне речи: Патент. – Биодиверзитет. – Генетски ресурси. – Традиционално знање. – Јавни домен.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Захваљујући напорима за очување планетарног екосистема донете су бројне универзалне и регионалне конвенције. Међу њима посебно место припада Конвенцији о биолошком диверзитету (*Convention on Biological Diversity*), која је донета 1992. године под покровитељством Организације уједињених нација.¹

Занимљиво је да та конвенција повезује инструменте права интелектуалне својине с механизмом за конзервацију биолошког ди-

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, slobodan.mark@sezampro.rs.

¹ Конвенција о биолошком диверзитету је на снази од 1993. и данас броји 193 државе чланице.

верзитета *in situ*. Та интригантна веза предмет је континуираног разматрања и у академским и у политичким круговима.

Централни појам Конвенције о биолошком диверзитету (КБД) јесте биолошки диверзитет (у даљем тексту: биодиверзитет). У свом чл. 2 КБД га дефинише као „варијабилност међу живим организмима укључујући, поред осталог, сувоземне, морске и друге водене екосистеме и еколошке комплексе чији су део; то укључује разноврсност унутар врста, између врста и екосистема. Реч је, дакле, о биолошком материјалу (на пример, биљке, животиње, микроорганизми) који садржи генетске информације и који је способан да се репродукује или да буде репродукован.² Очување биодиверзитета је значајно за обезбеђење животних услова људске врсте, због чега он представља глобално јавно добро.³

За нашу тему је битно и то да КБД уводи у појмовни инструментаријум „знање, иновације и праксе староседелачких и локалних заједница које отеловљују традиционални начин живота релевантан за очување и одрживо коришћење биолошког диверзитета (чл. 8, тач. j). Тај појам је током година нешто проширен захваљујући сведенијем термину „традиционално знање“ (*traditional knowledge*), који се користи у неколико касније донетих конвенција и који је прихваћен у стручном говору.

Светска организација за интелектуалну својину дефинише традиционално знање као знање које је: а) створено, чувано и пренешено међу генерацијама, б) повезано с традиционалном или староседелачком заједницом или народом и в) саставни део културног идентитета староседелачке заједнице или народа који то знање чува,

² Биодиверзитет је резултат еволуције живота на Земљи током око 3,5 милијарде година и представља биолошки одговор на физичко-хемијске промене на планети. Наука сматра да је око 99% свих врста које су икад постојале на Земљи нестало. Највећи део је нестао у пет катастрофалних догађаја изазваних геолошким силама у далекој прошлости. Биодиверзитет се природним путем и обнавља настајањем нових врста. Ипак, период од појаве људске врсте на Земљи праћен је његовим константним смањењем, да би тај процес током последњег века почео да поприма размере шесте катастрофалне редукције биодиверзитета. Постоји процена да сваке године изумре око 140.000 врста, што је стотинама пута више од тзв. нормалне стопе изумирања. Тај забрињавајући процес директна је последица човекових активности. – Џефри Сакс, *Доба одрживог развоја*, Београд 2014, 179.

³ Биодиверзитет је битан за: обезбеђење хране, горива, влакана, склоништа, грађевинског материјала; пречишћавање ваздуха и воде; детоксикацију и разлагање отпада; стабилизацију и умереност климе; обнову плодности земљишта; опрашивање биљака; контролу зараза и болести; очување генетских ресурса као импуста за стварање нових биљних и животињских сорти, лекова и других производа; прилагодљивост живота спољним променама. Вид. *Sustaining Life on Earth*, [https://www.cbd.int/convention/guide/default .shtml?id=changing](https://www.cbd.int/convention/guide/default.shtml?id=changing), април 2015.

колективно поседује или за њега има културну одговорност.⁴ Традиционално знање се може односити на разне области живота, али су за нашу тему од посебног интереса знања из области медицине, те заштите и одрживог коришћења биолошког диверзитета, односно генетских ресурса.⁵

У овом раду учинићемо напор да: а) покажемо да постоји несклад између политике заштите биодиверзитета и средстава из арсенала права интелектуалне својине којима се та политика служи и б) одредимо у чему се тај несклад састоји.

2. ПРАВНА ОСНОВА ПРОБЛЕМА

Са становишта наше теме, КБД је учинила две ствари.

Прво, афирмишући да је биодиверзитет глобално јавно добро, она је компоненте биодиверзитета (биљке и екосистеме) који се налазе на територији државе чланице ставила под правну власт те државе.⁶ Другим речима, потврдила је принцип који је већ примењен на друге материјалне (телесне) ресурсе који се налазе на, испод и изнад површине омеђене границама одређене државе (рудна богатства, вода и др.). Принцип простирања државног суверенитета над

⁴ WIPO, The Protection of Traditional Knowledge – Draft Gap Analysis (документ WIPO/GTRKF/IC/13/5(b)rev., Annex I), Geneva 2008, 4, 5, www.wipo.int/tk/en/igc/gap-analyses.html, април 2016.

⁵ Значај повезаности биодиверзитета и традиционалног знања долази до изражаја, на пример, у области медицине – тачније у области истраживања и производње нових лекова. Постоји процена да се, од свих лекова одобрених за употребу у периоду од 1981. до 2002. године, око 50% заснива на активним супстанцама од тзв. малих молекула који су природног порекла. – David Newman, Gordon Cragg, Kenneth Snader, „Natural Products as Sources of New Drugs over the Period 1981–2002“, *Journal of Natural Products* 66/2003, 1022–1037 (нав. према Padmashree Gehl Sampath, *Regulating Bioprospecting – Institutions for Drug Research, Access and Benefit Sharing*, United Nations University, 2005, 12). Занимљиво је да су лекови против рака и инфективних болести у великом проценту засновани на природним супстанцама. На пример, од 87 лекова против рака, које је Федерална администрација за храну и лекове САД одобрила до 1995. године, 67% има природно порекло. – G. Cragg, D. Newmann, K. Snader, „Natural Products in Drug Discovery and Development“, *Journal of Natural Products* 60/1997, 52–60 (нав. према P. Sampath, 14). У фази претраживања биљног материјала ради идентификације супстанци које би могле имати одређено корисно дејство (*screening*; *bioprospecting*), сарадња с локалним становништвом, посебно староседеоцима који с поштовањем негују вековне традиције своје заједнице која живи у повезаности с природом, повећава вероватноћу успеха истраживача до пет пута. – Walter Raid, Sarah Laird *et al.*, *Biodiversity Prospecting – Using Genetic Resources for Sustainable Development*, World Resources Institute, Washington 1993 (нав. према P. Sampath, 25).

⁶ Чл. 3 и чл. 4, тач. 1.

тим телесним добрима подразумева, дакако, не само суверено право на њихову експлоатацију него и обавезу да то не буде на штету других држава или међународне заједнице уопште. Тај принцип је неутралан (ирелевантан) са становишта права интелектуалне својине јер се односи на телесна добра, док се право интелектуалне својине односи на бестелесна (нематеријална) добра.

Друго, КБД је принцип државног суверенитета проширила и на два *нематеријална добра*: генетске ресурсе (ГР) и традиционално знање (ТЗ).⁷ Другим речима, овластила је сваку државу чланицу да оствари одређен степен контроле над тим добрима. Кад је реч о ГР, држава је овлашћена да правно обезбеди: а) да нико без претходне сагласности локалне заједнице, која је дата под обострано уговореним условима, не може приступити том ресурсу и б) да се корист која произађе из експлоатације тог ресурса правично дели с локалном заједницом.⁸ Кад је реч о ТЗ, држава је овлашћена да правно обезбеди: а) поштовање и заштиту ТЗ локалне заједнице, које је релевантно за очување биодиверзитета, што подразумева да се оно може користити само уз сагласност и сарадњу носилаца тог знања, и б) услове за правично учешће носилаца тог знања у користи која проистекне из његове експлоатације.⁹ Претварајући, дакле, два свима слободно доступна нематеријална јавна добра (ГР и ТЗ) у добра која су у правном режиму неке врсте колективне својине, КБД је зашла у сферу права интелектуалне својине.¹⁰ Из тога се често погрешно закључује да је створен нови изданак права интелектуалне својине, о којем се данас говори као о праву на ГР и ТЗ.

Конвенција о биолошком диверзитету донета је две године пре него што је у оквиру новоформиране Светске трговинске организације усвојен Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property*

⁷ Док је припадање ТЗ категорији нематеријалних добара евидентно, за ГР је, можда, потребно дати кратко објашњење. Одређена биљка је телесни носач њеног генетског кода испољеног у облику ДНК једињења. Сама структура тог конкретног ДНК једињења (тачније, хемијска формула) јесте, пак, нематеријално добро. Следствено томе, на пример, привредна експлоатација одређене биљке, у виду убирања и прераде тоне њеног семена, спада у експлоатацију материјалног ресурса који је свакако под правном влашћу државе у којој биљка расте. Међутим, према КБД, узимање *узорака* биљке или њених делова ради истраживања и касније експлоатације њеног генетског састава (као нематеријалног добра) такође је под контролом државне власти. Другим речима, оно може бити спречено или дозвољено, под обострано усаглашеним условима и уз правичну расподелу користи од експлоатације.

⁸ Чл. 15, ст.1, 4 и 7.

⁹ Чл. 8, тач. ј.

¹⁰ Као што је познато, интелектуална својина је, најапстрактније посматрано, правни конструкт којим се приватизују јавна нематеријална добра (ауторска дела, проналасци, дизајн и др.).

Rights – TRIPS). Иако хронолошки млађи, *TRIPS* (у делу у којем се регулише патентно право) није прилагођен за реализацију циљева КБД, што је довело до тога да питање ГР и ТЗ постане једна од тема преговора за амандирање *TRIPS*-а.¹¹ До данас ти преговори нису дали конкретне резултате.

Није тешко претпоставити да се у том питању свет поделио на земље даваоце и земље кориснике ГР и ТЗ. Реч је о неформалној подели која се великим делом подудара са поделом на неразвијене земље и земље у развоју, с једне, и развијене земље, с друге стране. За прву групу земаља је карактеристично да су многе већ донеле прописе којима настоје да обезбеде примену КБД. Међутим, због ограничености дејства тих прописа само на националну територију, они не представљају комплетно решење проблема. Због тога те земље инсистирају на спровођењу КБД усвајањем универзалних правила патентног права, која ће бити у тој функцији. Фиксација на потребу ревизије патентног права потиче од тога што је патент инструмент којим субјекти из развијеног света остварују економску корист од резултата коришћења заштићених ГР и ТЗ, те је неопходно да се успостави делотворан принудни механизам путем којег ће део те користи припасти одговарајућим локалним заједницама које ће га употребити за конзервацију биодиверзитета. Другу групу земаља карактерише начелна подршка спровођењу КБД, али и одлучно неприхватање ревизије *TRIPS* са циљем да сервисира примену КБД.¹²

У складу с тим позицијама, те две групе земаља делују и у Светској организацији за интелектуалну својину, где (без значајнијих конкретних резултата) ради Међувладин комитет за интелектуалну својину, ГР, ТЗ и фолклор.

Легалистички гледано, право на ГР и ТЗ суочава се са два повезана проблема. Први је недовољно прецизна дефинисаност предмета¹³

¹¹ Савет министара чланица Светске трговинске организације је 2001. године у Дохи донео декларацију у чијем је чл. 19 обавезао Савет *TRIPS*-а да размотри однос између *TRIPS*-а и КБД.

¹² Врло информативан документ на ту тему World Trade Organization, „The Relationship Between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity – Summary of Issues Raised and Points Made“, IP/C/W/368/Rev.1, 2006.

¹³ „Уобичајено је, али погрешно, схватање да је земља порекла према КБД она земља у којој је одређени узорак узет. У најједноставнијој могућој интерпретацији за домаће врсте, међутим, КБД тражи да се идентификује порекло дистинктивних својстава материјала. Земља у којој су се појавила ова дистинктивна својства је земља порекла. То је земља из које се мора добити информисана сагласност. Чак и кад бисмо имали потпуну биолошку историју мноштва својстава пољопривредних култура, без сумње бисмо закључили да би индивидуални приступи подразумевали мношину својинских права и земаља порекла.“ – Cary Fowler, „Protecting Farmer Innovation: The Convention on Biological Diversity“, *Jurimetrics* 41/2001, 487. „Типичан програм oplemeњивања житарица може укључивати више од само неколико природних врста (врста које негују традиционални фармери), као и одређени број

и субјекта заштите¹⁴, што излаже великој правној несигурности и увећаним трансакционим трошковима она лица који су у обавези да поштују то право. Из тога произлази други проблем – инкомпатибилност са системом патентне заштите. Наиме, увећање трошкова и правна несигурност патентне заштите за проналаске који се заснивају на ГР и ТЗ одвраћа инвеститоре од улагања ресурса у такве проналаске. То индиректно води обесмишљавању основне идеје да се новац за конзервацију биодиверзитета *in situ* обезбеди захваљујући патентима. На ту тему постоји обиље извора па се њоме нећемо даље бавити.¹⁵

Нашу пажњу привлаче две друге чињенице. Прва је да је на Самиту о одрживом развоју Рио+20, одржаном у Рију 2012. године, оцењено да је двадесетогодишњи учинак КБД на заштиту биодиверзитета занемарљив.¹⁶ Друга чињеница је да међународни преговарачки механизам на ту тему и даље ради, производи документа и ствара привид да је могуће доћи до компромисног правног концепта који ће заштитити интегритет функције патентног права, али истовремено омогућити да се патентно право и право на ГР и ТЗ доведу у неку врсту синергије ради конзервације биодиверзитета. Наша теза је да су препреке на том путу много озбиљније и дубље од правничке равни.

3. КОНЦЕПТУАЛНИ ПРОБЛЕМИ НА НИВОУ ПРАВНЕ ПОЛИТИКЕ

Право је инструмент различитих јавних политика. Одређеним скупом правних норми творац јавне политике утиче на вољу правних субјеката да нешто чине или не чине, да би се постигао одређени ефекат који је циљ те политике. Главни циљ норми КБД јесте

напредних хибридних линија. Популарна линија пшенице VEERY је резултат 3170 укрштања 51 родитеља из 26 земаља. Замислите комплексност утврђивања генетског доприноса (квалитативног и квантитативног) или економске вредности одређеног родитеља у програму оплемењавања...“ – *Ibid.*, 486.

¹⁴ Наиме, евидентно је да КБД има у виду локалне староседелачке заједнице као бенефицијаре заштите. Међутим, њима недостаје правни субјективитет за учествовање у правном саобраћају, што изискује укључивање агената (најчешће државних органа или универзитета) који делују у њихово име и за њихов рачун. Алудирајући на сложеност и нетранспарентност тих процедура, Улрих говори о „бирокупатском рају“. Вид. Hanns Ullrich, „Traditional Knowledge, Biodiversity, Benefit-Sharing and the Patent System: Romantics v. Economics“, *European University Institute Working Paper 7/2005*, Florence, 17.

¹⁵ Релативно неутралан преглед релевантних питања вид. у WIPO, *Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions*, Geneva 2015.

¹⁶ Ц. Сакс, 451.

конзервација биодиверзитета. Правни начин да се тај циљ постигне та конвенција види у установљењу неке врсте колективне својине на ГР и с тим повезаним ТЗ, која би требало да интернализује позитиван екстерни ефекат коришћења тих нематеријалних добара и тако обезбеди економска средства за инвестиције у конзервацију локалног биодиверзитета.

Пре него што покушамо да објаснимо зашто сматрамо да увлачење права интелектуалне својине у ову јавну политику није сврси-сходно, вреди да учинимо напор да разумемо логику њених заговорника, односно економске премисе на којима је заснована КБД.¹⁷

Дакле, процес убрзаног смањења биодиверзитета на све насељенијој планети узрокован је специфичностима природних ресурса у економском животу. Другим речима, људско понашање које води раубовању биодиверзитета мотивисано је тежњом човека ка максимизацији користи од сваког (па и природног) ресурса, што представља константу економског процеса. Пред избором да ли да сачува и користи одређени природни ресурс у његовом природном стању или да га трансформише у одређени производ, *homo economicus* се опредељује за трансформацију, ако на тај начин увећава корист од тог ресурса.¹⁸ Специфичност биосфере је у томе што *homo economicus* има и додатни избор, а то је да се определи да узгаја продуктивније биолошке врсте на рачун оних мање продуктивних. Тако су биолошке врсте са већом стопом раста и мањим трошковима експлоатације фаворизоване на рачун оних са мањом стопом раста и већим трошковима експлоатације (које су подложне „економском истребљењу“). Томе ваља додати да закони економије обима мотивишу човека да преферира специјализацију, то јест узгајање мањег броја биолошких врста, јер је таква производња јефтинија од диверзификоване производње. Списак најбитнијих разлога за смањење биодиверзитета закључујемо актуелним феноменом глобализације, који доводи до тога да поменути процес специјализације производње биоресурса постаје планетаран захваљујући планетарном ширењу технологија које се односе на агротехничке мере.¹⁹ Садејство трансформације, специјализације и глобализације прети да истреби биолошке врсте преко мере која се

¹⁷ Приказ најрелевантнијих тачака економске анализе биолошког диверзитета потпуно заснивамо на чланку Timothy Swanson, „The Economics of the Biodiversity Convention“, University of Cambridge Discussion Paper GEC 92–08, http://www.cserge.ac.uk/sites/default/files/gec_1992_08.pdf, март 2016.

¹⁸ На пример, руда гвозђа се прерађује у металну алатку, сирова нафта у бензин, шећерна трска у шећер. Ипак, бисер, цвеће и др. задржавају се у непрерађеном стању.

¹⁹ Од хиљада биљних врста које су јестиве и представљају узајамне супституте у људској исхрани, само двадесетак се користи као извор хране за највећи део човечанства. Штавише, пшеница, кукуруз, пиринач и кромпир хране више људи

сматра друштвено прихватљивом.²⁰ Економски говорећи, то значи да и биодиверзитет *per se* има одређену вредност, те да би увећање користи од његовог описаног смањења морало бити заустављено у тачки равнотеже са користи од његовог очувања. У супротном, људска заједница трпи нето штету од његовог даљег смањења. Штавише, постоје схватања да је та граница већ прекорачена.²¹

У чему је економска вредност биодиверзитета? Свансон сматра да она лежи у: а) информационој функцији биодиверзитета и б) сигурносној функцији биодиверзитета. Другим речима, биодиверзитет има економску вредност као: а) генетски ресурс, односно извор биохемијских информација и б) основ за прелаз на алтернативне биоресурсе, за случај подбачаја или пропасти производње засноване на једној или више одређених биолошких врста. Те две вредности биодиверзитета економски су потцењене због иманентне слабости тржишта да омогући њихово присвајање учесницима на тржишту. То је последица околности да биодиверзитет представља јавно добро (у економским смислу), што значи да је неривалско и неискључиво у потрошњи. Неатраaktivност приватног инвестирања у очување и унапређење тог јавног добра (као, уосталом сваког јавног добра) потенцирана је, према Свансоновом мишљењу, и трима јавним политикама: а) постојећим системом заштите интелектуалне својине, б) постојећим системом државног стимулисања специјализације у пољопривредној производњи и в) постојећим системом државног стимулисања осигурања у пољопривреди. Тиме завршавамо приказ Свансонове економије биодиверзитета.

Надаље ћемо се задржати само на разматрању проблематике економске валоризације информационе вредности биодиверзитета и на тези да актуелно право интелектуалне својине представља јавну политику која фиксира немогућност те валоризације на тржишту. Полазимо од тога да се, у конкретном случају, мисли на патент као облик интелектуалне својине.

Зашто Свансон види патентно право као јавну политику која не помаже очувању биодиверзитета, мада би то могла? Према нашем мишљењу, зато што патентно право штити информације (нематеријална јавна добра), али су из правила заштите искључене оне информације које нису непосредни и историјски свежи резултат ин-

него све остале биљне врсте. Слично је са домаћим животињама (говеда, свиње, овце) које су у људској исхрани потиснуле све остале животиње.

²⁰ Сматра се да је процес смањења биодиверзитета нужна последица ширења људске врсте и задовољења њених енергетских потреба. Имајући у виду ограниченост трансформисане и конзервисане сунчеве енергије на земљи у виду биљака, експанзија једне биолошке врсте (човека) мора бити на рачун свих осталих врста.

²¹ Ј. Сакс, 39, са упућивањем на истраживања и изворе.

телектуалног стваралаштва, односно оне које су у јавном домену. Из тог разлога је патентно право у функцији тржишне валоризације *нових информација*, а не *постојећих информација*. Следствено томе, оно представља јавну политику подстицања *стварања* информација, а не подстицања *конзервације* информација.

У вери да се тај „недостатак“ права интелектуалне својине може отклонити, КБД је увела концепт колективне „својине“ на ГР (и пратећем ТЗ), као инструмент интернализације позитивног екстерног ефекта тих јавних добара. Тиме је створена неодржива конструкција према којој је право заштите ГР и ТЗ постало нови огранак права интелектуалне својине. Та конструкција се увукла не само у курикулуме појединих правних факултета, већ је, као таква, стална тема рада Светске организације за интелектуалну својину и Светске трговинске организације која администрира *TRIPS*.

Демонтажа те неодрживе и штетне конструкције почива на неколико битних увида. Први је да стварање нових информација, с једне, и конзервација постојећих информација, с друге стране, као циљеви јавне политике, логички нису комплементарне појаве које би се уклопиле у некакву најопштију политику заштите информација. Напротив, оне се међусобно искључују. Њихова дихотомија почива на битно различитој улози коју у свакој од њих има *јавни домен*, као скуп јавно познатих и свима слободно доступних информација.

За патентно право је карактеристично да третира јавни домен²² истовремено као извориште и уточиште свог предмета заштите, а не као предмет заштите по себи. Сваки пут кад јавни домен буде оплемењен индивидуалним људским чином креације, он бива увећан. Та креација (проналазак), ако испуњава услове за заштиту, постаје предметом искључивог права (патента) само на одређени временски рок, после чега се враћа у јавни домен. У том смислу, можемо рећи да је патент у функцији продукције информација, то јест увећања јавног домена (стања технике). Јавни домен *per se* потпуно је изван могућности заштите патентом. Насупрот томе, право заштите ГР и ТЗ изолује један део јавног домена за потребе заштите, и то без ограничења трајања. Већ на први поглед, јасно је да то право „паразитира“²³ на јавном домену јер га не увећава, не унапређује нити мења. Дакле, патент ослања своју друштвену оправданост на динамичној међузависности између

²² У терминологији патентног права, јавни домен сачињава светско стање технике на дан првенства пријаве патента. Ако је пријављени проналазак садржан у стању технике, он не испуњава законски услов новости. Ако на очигледан начин произлази из стања технике, он не испуњава законски услов инвентивног нивоа. У оба случаја, последица је немогућност патентне заштите таквог проналазак.

²³ Термин смо преузели из Н. Ullrich, 29. Говорећи о патентном систему, аутор каже да он „није једноставно конципиран као паразит на јавном домену, него симболички живи од њега у мери у којој живи за њега“.

јавног домена, чина креације и временске ограничености права, док је право заштите ГР и ТЗ фиксирано само за јавни домен као перпетуални предмет заштите.

Други увид је да је патент виђен као главно средство из којег се генерише новац којим ће се валоризовати ГР и ТЗ који су били основа патентираног проналаска. Комплементарност та два права постоји само у намери творца КБД, али не и у реалности. Наиме, велики део инструмената за операционализацију права заштите ГР и ТЗ *de facto* и *de iure* отежава функционисање патентног система, поскупљује процес истраживања и развоја, ствара правну несигурност – речју, мотивише инвентивне субјекте и њихове инвеститоре да се клоне коришћења информација обухваћених том заштитом.²⁴ У том смислу, право заштите ГР и ТЗ отежава функционисање патентног система (бар у оној мери у којој то важи и *vice versa*) због чега нема њихове синергије у политици конзервације биодиверзитета.²⁵

Трећи увид је да веза између плаћања накнаде за коришћење ГР и ТЗ, с једне, и конзервације биодиверзитета, с друге стране, није сасвим једнозначна. Према КБД, новац који локална заједница убере од титулара патента биће уложен у заштиту биодиверзитета. Да би то у стварности било тако, локална заједница би морала имати све атрибуте *homo economicus*-а и морало би да постоји *тржиште информација* из ГР и ТЗ. Само у тим условима може се очекивати да локална заједница третира биодиверзитет као свој економски ресурс у који би инвестирала средства од интернализације његових позитивних екстерних ефеката. У стварности, такво тржиште не постоји, па самим тим не постоји ни конкуренција међу локалним заједницама,

²⁴ Има мишљења да се, под теретом тих проблема, хемијско-фармацеутске компаније све мање ослањају на истраживање и експлоатацију ГР *in situ* и окрећу се сопственим (раније формираним) или јавним колекцијама узорака генетског материјала, односно синтетизацији хемијских супстанци које су детектоване у биљкама. Уз то, смањује се број комерцијално успешних лекова добијених на бази ГР и ТЗ, тако да евентуална партиципација локалних заједница у приходима постаје све мања и стога неатрактивна. „[В]ероватноћа да ће комерцијално успешан производ потицати од открића у некаквој прашуми или џунгли мања је него што би здрав разум могао да претпостави.“ Вид. Susan Finston, „The Relevance of Genetic Resources to the Pharmaceutical Industry“, *Journal of World Intellectual Property* 8, 2/2005, 144, 146 и 148.

²⁵ Неко може рећи да патентно (а и ауторско) право познаје сличну ситуацију у односу између зависног и независног проналаска (изворног и деривативног ауторског дела). Титулар старијег права је заправо овлашћен да партиципира у користи коју остварује титулар млађег права; старије право увећава трошкове титулара старијег права и делује инхибирајуће на њега. Суштинска разлика је, међутим, у временској ограничености тог „права на партиципацију у користи“. Наиме, по истеку патента (односно ауторског права) предмет свих имовинскоправних овлашћења из права интелектуалне својине испоручује се у јавни домен на слободно и бесплатно коришћење свима.

која би их мотивисала да реинвестирају у конзервацију биодиверзитета који је под њиховом контролом.²⁶ Много је вероватније да би, у спорадичним случајевима пословања са фармацеутским и хемијским компанијама, локална заједница (посредством државе) настојала да максимално и једнократно комерцијализује свој ресурс, па макар и по цену угрожавања биодиверзитета.

Четврти увид се тиче разлике између конзервације биодиверзитета *in situ* и *ex situ*. Конзервација *in situ* подразумева очување биљног материјала који носи генетске информације на месту његовог природног порекла. Другим речима, мисли се на очување, на пример, шуме, жбуња, траве, алги, риба, животиња на месту на којем они иначе живе. Насупрот томе, конзервација *ex situ* значи премештање генетског материјала у виду узорака биљки, семена и слично у посебна складишта (такозване банке гена), одакле су они доступни заинтересованим корисницима. Ако на ГР гледамо само као на информацију (а то је поента са аспекта права интелектуалне својине), они то својство имају без обзира на начин конзервације. Занимљиво је да ГР који су похрањени у банкама гена имају несумњив статус јавног домена, без ограничења у виду било чијих „својинских“ права, док је за ГР који се налазе *in situ* предвиђено посебно право заштите ГР. О чему то говори? Према нашем мишљењу, реч је о томе да се при конзервацији биодиверзитета *in situ* тек индиректно циља на заштиту генетске информације, а директно на заштиту њеног телесног носача у виду мноштва индивидуа одређене биљке или животиње на њиховом природном станишту. Та околност баца завршно светло на разлику у природи и функцији између права интелектуалне својине и права заштите ГР. Наиме, док се правом интелектуалне својине увек штити информација *per se*, у праву заштите ГР се штити *телесни биолошки материјал* зато што је он носач генетске информације. Тим аргументом се раскида свака функционална веза између права интелектуалне својине и права заштите ГР, односно утврђује се да се право интелектуалне својине (чак и уз разне модификације и допуне)

²⁶ „Иако је КБД успоставила оквир за тржиште генетских ресурса, она није могла успоставити и само тржиште. Доиста, да су постојали услови за тржиште ГР у области прехранбених и пољопривредних биљака, тржиште би се успоставило.“ – С. Fowler, 486. Ту своју тезу аутор објашњава тиме што сматра да КБД није установила државни суверенитет на ГР него га је само реafirмисала. Са тим се не бисмо сложили јер полазимо од тога да ГР представљају нематеријално добро (информацију) на којем није било никаквог искључивог права пре КБД, а не биљни материјал као његов телесни носач на којем одувек постоји државни суверенитет. Фаулерова теза може имати оправдања само ако прихватимо да телесна материјализација генома представља незаобилазни предмет сваке трансакције или манипулације с геномом, што значи залажење у питање неспорног државног суверенитета над самим биолошким материјалом.

не може ставити у службу еколошке заштите, тачније, конзервације биодиверзитета.

Закључујући ово поглавље, констатујемо да нису продуктивне идеје да би заговорници права заштите ГР и ТЗ морали одустати од своје оштре реторике о такозваном биопиратству и окренути се тражењу оних оквира за дискусију у којима ће развијене земље препознати и своје дилеме у вези с заштитом интелектуалне својине.²⁷ То стога што је јасно да тај оквир представља патентни систем као најмаркантнији део права интелектуалне својине, а који, као што смо показали, системски није употребљив као инструмент јавне политике конзервације биодиверзитета.²⁸ Евентуална реализација идеје да се то може променити модификацијама патентног система компромитовала би његову функцију промотера техничких иновација.

4. ПОЛИТИЧКА ДИМЕНЗИЈА ПРОБЛЕМА

Расправу о заштити биодиверзитета и припадајућег ТЗ прати реторика која није ништа мање оштра и драматична од оне која је пратила процес глобализације права интелектуалне својине посредством *TRIPS*-а. Подсетимо се да је крилатица у *pro TRIPS* пропаганди била „борба против пиратства“ на интелектуалним добрима. И дан-данас, скоро четврт века од почетка планетарне примене те конвенције, може се чути да је неопходно повећати ефикасност судске заштите права интелектуалне својине да би се стало на пут „пиратству“. Непотребно је објашњавати да је та реторика пласирана из привредних и политичких кругова најразвијенијих земаља које су биле иницијатори и *spiritus movens* доношења *TRIPS*-а. Аналогно, кад је реч о заштити ГР и ТЗ, гласно се чује да је неопходна глобална „борба против биопиратства“. Логично, та реторика је пласирана из политичких кругова неразвијених земаља и земаља у развоју, које су богате тим ресурсима и које себе виде као евентуалне добитнике у таквој борби.²⁹

²⁷ Врло екстензивна елаборација таквих идеја, на пример, у Cynthia Ho, „Biopiracy and Beyond: A Consideration of Socio-Cultural Conflicts with Global Patent Policies“, *University of Michigan Journal of Law Reform* 39/2006, 505 и даље.

²⁸ У том смислу и Krishna Srinivas, „Traditional Knowledge and Intellectual Property Rights: A Note on Issues, Some Solutions and Some Suggestions“, *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy* 3/2008, 97, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1140623, април 2016.

²⁹ Лингвистички неукус стилске фигуре „пиратство“ у значењу које му се придаје, лажна моралистичка порука коју она шаље, њена проблематична правна основаност и жалосна спремност с којом су је пригрлиле све администрације за интелектуалну својину у свету, заслужују посебну анализу у другој прилици.

Будући да реч пиратство има и правну и моралну конотацију, она је изабрана као семантичко средство које нам посредује одређени систем вредности. Запитајмо се који систем вредности имају у виду заговорници борбе против пиратства, односно биоиратства. Заједничко им је то што одређене информације сматрају својим битним ресурсом и што на њих полажу право јер им на одређени начин (морално или правно, непосредно или посредно) припадају. Разлика која дели свет на пола, лежи у перцепцији основа припадања.

У идеологији развијеног друштва либералног капитализма кључна је улога индивидуе која својим активизмом покреће свет и обезбеђује напредак. Ако се капитал који припада приватном субјекту инвестира у привредни подухват који задовољава одређену друштвену потребу, праведно је да власник капитала, посредством тржишта, валоризује своју инвестицију присвајајући део друштвене вредности тог подухвата. Реч је о Локовом моралу заснованом на праведности награде која је пропорционална радној заслуги. Међутим, морални поредак у том случају није довољно ефикасан да обезбеди ту награду јер наилази на препреку у виду екстерног позитивног ефекта јавног добра, као иманентне слабости тржишта. Тада се сматра праведним послужити се инструментима права и државе и конструисати право интелектуалне својине као државну корекцију те слабости тржишта. Једном кад је право интелектуалне својине успостављено, реч пиратство добија и своју правну конотацију противправног деловања. Даљу елаборацију сматрамо непотребном јер и сами припадамо културном кругу чији је кредо управо изложена теза.

У земљама такозваног трећег света, које се још увек боре с тешким наслеђем колонијализма и у којима су обиље природних ресурса и степен друштвеног развоја у великој диспропорцији, перцепција је следећа. Из културолошких и економских разлога, индивидуа још није „стасала“ за централну улогу у животу заједнице. Приватни капитал није кључни унутрашњи ресурс који покреће друштвени живот, те и морални систем не фетишизује везу између индивидуалне заслуге и награде у виду присвајања плодова сопствене инвестиције. Отуда је за те земље цела либералнокапиталистичка конструкција заштите интелектуалне својине страно ткиво које, у виду принудног правног транспланта (путем *TRIPS*-а), не само да не доприноси развоју већ служи за трансфер богатства из тих земаља у земље развијеног света. Асоцијација права интелектуалне својине с неоколонијализмом представља окидач за реакцију која нервозно инсистира на колективним вредностима и на правима на сопствене природне ресурсе. Стога, појам биоиратства имплицира неморалност послуживања субјеката из развијених земаља генетским ресурсима и традиционалним знањем из тзв. трећег света, са циљем стицања

искључивог права интелектуалне својине (патента) на основу којег ће његов титулар извладити корист не само у својој него и у другим земљама, укључујући и ону која је „постојбина“ поменутих ресурса.

Из чињенице да актуелни патентни систем квалификује ГР и ТЗ као стање технике, то јест јавни домен, а оно што је интелектуални производ трансформације тог јавног домена (проналазак) чини предметом присвајања, могу се, доиста, извући забрињавајуће паралеле с неким минулим епохама. „Драматичан ефекат колонизације био је трансформација биолошких и природних ресурса колоније у благостање колонизатора. Колонизатори су створили правни систем који им обезбеђује повољан приступ цењеним ресурсима, као што су риба, крзно, зачини и свила. Као што је право интелектуалне својине које је заштићено путем *TRIPS*-а, тако је ова ранија, историјска, колонизација била заснована на фикцији о *res nullius* – ничјој ствари... Иста машинерија рационализације која је створила прихватљива објашњења зашто староседеоци нису били власници сопствене земље, сада ради у правцу напора да се објасни зашто традиционално знање и природне врсте нису подобне за присвајање, а хибриди, лабораторијски дестилати и њихове битне карактеристике јесу... Никад се не сме заборавити да су током колонијалног периода биле повучене својинске линије у складу с расним кастинским погледом који је систематично обезвређивао захтеве не-белаца, не-европљана и не-хришћана. Те линије су сматране очигледним и природним онолико колико се данас сматра и право интелектуалне својине утемељено у *TRIPS*-у. Поново вући линије које *a priori* искључују исте оне популације, мада из привидно неутралнијих разлога него што су нецивилизованост или нехришћанска вера, требало би да буду некакав сигнал.“³⁰

Оба та система имају своју дубоку културолошку утемељеност и тешко је бити ваљан судија у њиховом спору. Тај спор је у корену различитог приступа глобалном питању односа између права интелектуалне својине и развоја. У том питању (као и у многим другим) свет је подељен на развијени север и неразвијени југ. Глобализација онемогућава мирну коегзистенцију тих светова. Један од њих мора победити. Очигледно је да је доношењем *TRIPS*-а победио развијени свет либералног капитализма. Високи стандарди заштите интелектуалне својине постали су глобално обавезујући, док је међународноправна афирмација права заштите генетских ресурса и традиционалног знања у великом и ненадокнадивом заостатку.³¹

³⁰ Rebecca Bratspies, „The New Discovery Doctrine: Some Thoughts on Property Rights and Traditional Knowledge“, *American Indian Law Review* 31, 2/2007, 23, 24.

³¹ Корак даље у критичком промишљању третмана биодиверзитета као глобалног јавног добра укљештеног између за два система вредности вид. у *The Museum*

Околност да су та питања ипак предмет текуће политичке дебате у Светској трговинској организацији и Светској организацији за интелектуалну својину ствара привид да су оба приступа у колико-толико равноправној конкуренцији. У реалности, међутим, болна неједнакост преговарачких позиција представника једног и другог приступа има свој ритуални дипломатски израз у очигледној чињеници да се о темама значајним за развијене земље расправља у Светској трговинској организацији (где постоји широка леза средстава притиска на државе чланице да се донесу глобално обавезујуће супстанцијалне норме), а о темама значајним за тзв. трећи свет у Светској организацији за интелектуалну својину (где из политичких разлога више није могуће донети глобално обавезујућу супстанцијалну норму).³²

5. ЗАКЉУЧАК

Дијаметрално различит третман јавног домена у патентном праву, с једне, и праву заштите ГР и ТЗ, с друге стране, чини те две правне гране функционално инкомпатибилним. Прва је у функцији подстицања стварања нових информација, а друга у функцији подстицања конзервације постојећих информација. Због тога није могуће постићи да патентни систем (чак и уз одређене модификације) постане део јавне политике конзервације биодиверзитета, као што сугерише КБД, за шта се земље тзв. трећег света безуспешно залажу деценијама.

Инкомпатибилност тих правних грана може се документовати на нивоу конфликта појединих правних института, на нивоу разлаза јавних политика које те гране операционализују и на нивоу културолошког система вредности из којих су те гране произишле.

Разумљиво је да земље које имају трауматично колонијално наслеђе и које су деморалисане својом и даље неповољном економском ситуацијом желе да валоризују своје ГР и ТЗ. Парадоксално,

of Bioprospecting, Intellectual Property and the Public Domain: A Place, A Process, A Philosophy (ed. Joseph Henry Vogel), London 2010, 103 и даље.

³² „Ова асиметрија моћи обезбеђује да се теме за које ЕУ и САД немају интерес да буду разрешене, одржавају отвореним много година, уз илузију напретка кроз подношење докумената који садрже позиције појединих земаља чланица.“ – К. Srinivas, 109. Занимљиво је да ни земље тзв. трећег света, упркос својој бројности, немају веру у шансе да наметну своје погледе на отворена питања него их користе као „улог у преговорима“ о другим темама, тако што попуштају на једном питању да би остварили одређену концесију на неком другом питању. – *Ibid.*, 109. Вид. такође UNCTAD-ICDS, *Resource Book on TRIPS and Development*, Geneva 2005, 399.

оне су се определиле да покушају да у ту функцију ставе патентни систем који, захваљујући *TRIPS*-у, подсећа на софистицирано неоколонијално оруђе за поновни трансфер богатства из неразвијених у развијене земље. Показало се да патентни систем, као производ либералнокапиталистичке идеологије, не може да обавља ту функцију (под фирмом заштите биодиверзитета) без значајних модификација које би га компромитовале у његовој изворној функцији подстицања технолошког напретка.

Вишедеценијска симулација стварних преговора о тим питањима у Светској организацији за интелектуалну својину и Светској трговинској организацији заправо одражава *status quo*,³³ који је тешко променљив све док на овој планети живе два света одвојена драстичним разликама у благостању, степену друштвеног развоја и систему вредности.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Bratspies, R., „The New Discovery Doctrine: Some Thoughts on Property Rights and Traditional Knowledge“, *American Indian Law Review* 2/2007.
- Finston, S., „The Relevance of Genetic Resources to the Pharmaceutical Industry“, *Journal of World Intellectual Property* 2/2005.
- Fowler, C., „Protecting Farmer Innovation: The Convention on Biological Diversity“, *Jurimetrics* 41/2001.
- Ho, C., „Biopiracy and Beyond: A Consideration of Socio-Cultural Conflicts with Global Patent Policies“, *University of Michigan Journal of Law Reform* 39/2006.
- Сакс, Ц., *Доба одрживог развоја*, Београд 2014. (Saks, Dž., *Doba održivog razvoja*, Beograd 2014)
- Sampath, P., *Regulating Bioprospecting – Institutions for Drug Research, Access and Benefit Sharing*, United Nations University, 2005.
- Srinivas, K., „Traditional Knowledge and Intellectual Property Rights: A Note on Issues, Some Solutions and Some Suggestions“, *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy* 3/2008, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1140623, април 2016.

³³ Увид у најновији консолидовани Документ о интелектуалној својини и генетским ресурсима Међувладиног комитета за интелектуалну својину и генетске ресурсе, традиционално знање и фолклор, који је припремљен за Генералну скупштину Светске организације за интелектуалну својину 2016. године, најречитије говори о томе. Вид. WIPO документ WO/GA/49/8.

- Swanson, T., „The Economics of the Biodiversity Convention“, University of Cambridge Discussion Paper GEC 92–08, http://www.cserge.ac.uk/sites/default/files/gec_1992_08.pdf, март 2016.
- Ullrich, H., „Traditional Knowledge, Biodiversity, Benefit-Sharing and the Patent System: Romantics v. Economics“, *European University Institute Working Paper 7/2005*, Florence.
- UNCTAD-ICDS, *Resource Book on TRIPS and Development*, Geneva 2005.
- Vogel, J. H. (ed.) *The Museum of Bioprospecting, Intellectual Property and the Public Domain: A Place, A Process, A Philosophy*, London 2010.
- WIPO, Second Revision of the Consolidated Document Related to Intellectual Property and Genetic Resources WO/GA/48/9, 2016.
- WIPO, The Protection of Traditional Knowledge – Draft Gap Analysis (документ WIPO/GRTKF/IC/13/5(b)rev., Annex I), Geneva 2008, www.wipo.int/tk/en/igc/gap-analyses.html, април 2016.
- World Trade Organization, *The Relationship Between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity – Summary of Issues Raised and Points Made*, IP/C/W/368/Rev. 1, 2006.

Slobodan Marković, PhD

Full Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

BIODIVERSITY CONSERVATION AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW: A CONCEPTUAL MISUNDERSTANDING

Summary

The author has set up a thesis on conceptual incompatibility of intellectual property rights and the objectives of the Convention on the protection of biodiversity. The thesis is developed through analysis of: a) the problem at the level of particular institutes of patent law and the law of protection of genetic resources and traditional knowledge, b) public policy incentives for technological development and conservation of biodiversity, and c) conflicts of ideological values from which this policies emerge. The conclusion is that the core of the problem is in different and contradictory legal, political and ideological treatment of the public domain, depending on whether it is seen from the perspective of the interests of the developed or the so-called third world.

Key words: *Patent. – Biodiversity. – Genetic resources. – Traditional knowledge. – Public domain.*

Article history:

Received: 25. 8. 2016.

Accepted: 28. 11. 2016.