

UNIVERZITA KARLOVA

Právnická fakulta

Ústav práva autorského, práv průmyslových a práva soutěžního

Martina Müllerová

DUŠEVNÍ VLASTNICTVÍ A FOLKLOR

Diplomová práce

Vedoucí práce: JUDr. MgA. Petra Žikovská

Datum uzavření rukopisu: 01. 09. 2018

Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou práci vypracovala samostatně, že všechny použité zdroje byly řádně uvedeny a že práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

Dále prohlašuji, že vlastní text této práce včetně poznámek pod čarou má 110 769 znaků včetně mezer.

V Praze dne 01. 09. 2018

Martina Müllerová

Na tomto místě chci především poděkovat paní doktorce Petře Žikovské za její ochotu přijmout mnou zvolené téma práce a velmi vstřícný přístup.

Mé poděkování patří také panu doktorovi Pavlu Zemanovi, vedoucímu *Samostatného oddělení autorského práva (SOAP)* Ministerstva kultury ČR, který Českou republiku reprezentuje při jednáních *Mezivládního výboru pro duševní vlastnictví a genetické zdroje, tradiční znalosti a folklor (IGC)* ve WIPO, za čas věnovaný zodpovězení mých e-mailových dotazů.

OBSAH

| | |
|---|-----------|
| ÚVOD..... | 6 |
| 1. ZÁKLADNÍ TERMÍNY..... | 12 |
| 1.1. Duševní vlastnictví..... | 12 |
| 1.2. Folklor..... | 14 |
| 1.2.1. Folklor <i>de facto</i> | 14 |
| 1.2.2. Folklor <i>de iure</i> | 18 |
| 1.3. Domorodé obyvatelstvo (<i>Indigenous Peoples</i>)..... | 20 |
| 1.3.1. Zvykové právo domorodých obyvatel (<i>Indigenous Customary Law</i>)..... | 22 |
| 1.4. Veřejná doména (<i>Public Domain</i>)..... | 23 |
| 1.4.1. <i>Domaine public payant</i> | 25 |
| 2. VZTAH DUŠEVNÍHO VLASTNICTVÍ A FOLKLORU..... | 26 |
| 2.1. Povaha vztahu duševního vlastnictví a folkloru..... | 26 |
| 2.2. Zájmy v průsečíku duševního vlastnictví a folkloru..... | 27 |
| 2.2.1. Folklor jako kulturní dědictví lidstva..... | 29 |
| 2.3. Problematické způsoby nakládání s folklorem..... | 30 |
| 2.4. Terénní průzkum WIPO (<i>Fact-Finding Missions</i>)..... | 32 |
| 3. FOLKLOR A STANDARDNÍ PRÁVO DUŠEVNÍHO VLASTNICTVÍ..... | 35 |
| 3.1. Autorské právo..... | 35 |
| 3.2. Průmyslová práva..... | 36 |
| 3.3. Jiné způsoby ochrany..... | 37 |
| 4. FOLKLOR A <i>SUI GENERIS</i> PRÁVO DUŠEVNÍHO VLASTNICTVÍ..... | 39 |
| 4.1. Přehled dosavadních <i>sui generis</i> dokumentů..... | 39 |
| 4.2. Návrhy článků WIPO pro mezinárodní smlouvu o TCEs..... | 41 |
| 4.3. Východiska pro <i>status quo</i> v IGC..... | 43 |

| | |
|---|----|
| 5. FOLKLOR A ČESKÉ PRÁVO DUŠEVNÍHO VLASTNICTVÍ | 45 |
| 5.1. Autorskoprávní ochrana folkloru..... | 46 |
| 5.2. Známková ochrana folkloru..... | 48 |
| ZÁVĚR..... | 49 |
| SEZNAM ZKRATEK..... | 51 |
| SEZNAM ZDROJŮ..... | 52 |
| NÁZEV PRÁCE, ABSTRAKT A KLÍČOVÁ SLOVA V ČEŠTINĚ..... | 57 |
| THESIS TITLE, ABSTRACT AND KEY WORDS IN ENGLISH..... | 58 |

ÚVOD

Generální ředitel *Světové organizace duševního vlastnictví (WIPO)* Francis Gurry v květnu 2014 u příležitosti svého znovujmenování do úřadu v děkovné řeči¹ za jednu z překážek na cestě k širšímu porozumění ohledně přínosu a hodnoty duševního vlastnictví označil „*vícerychlostní a mnohovrstevnatý svět, v němž multilateralita představuje zároveň vrcholný projev inkluze a legitimacy i nejpomalejší řešení*“. V budoucnu by dle něj měla být agenda WIPO adresována „*všem stranám mnohostranné rovnice*“. Tehdy také prohlásil, že pro naplnění hlavního poslání jím vedené organizace, kterým je podpora inovací, je třeba reflektovat nejnovější technologický rozvoj. Zdůraznil však, že nelze opomíjet ani hledání vhodného nastavení pro systém tzv. *tradičních znalostí*,² jelikož v opačném případě WIPO selže co do univerzálnosti.

Myslím, že výše uvedený úryvek dobře ilustruje skutečnost, že dnešní právo duševního vlastnictví (PDV) podobně jako jiné právní disciplíny dohání rapidní pokrok různých technologií a současně si ale začíná všímat i donedávna pro něj takřka neviditelné oblasti tradiční kultury. Jak bude popsáno dále v této práci, tradice jsou pro PDV až překvapivě netradiční sféra, k níž zatím zdaleka nebyl zaujat jednoznačný postoj. Nadto se lze setkat s výmluvnou formulací, že: „*Duševní vlastnictví bylo vždy dynamickým kompromisem mezi tím, co je místně specifické, a tím, co je univerzální, mezi praxí a principem.*“³

Prvotním impulzem, který ve mně vyvolal zájem o zkoumání vztahu mezi PDV a folklorem, bylo přečtení knihy zakladatelky *Fashion Law Institute*⁴ Susan Scafidi, jejíž titul by v češtině mohl znít: „*Komu patří kultura?*“.⁵ Autorka se v ní poutavým způsobem zamýšlí nad otázkami spojenými s fenomény kulturní aropriace a autenticity. Upozorňuje na fakt, že umění vznikající v tradičních komunitách přes svou často vysokou hospodářskou i společenskou hodnotu existuje v jakémsi „*právním vakuu*“.⁶ Původní obyvatelstvo, jemuž je daná kultura vlastní, nemá mnohdy žádný vliv na to, že jsou její prvky volně přebírány například hudebním či oděvním průmyslem a dochází tak k jejich komodifikaci v prostředí

¹ WIPO. *Acceptance Speech by Francis Gurry on his Reappointment* [online]. 8. května 2014 [cit. 3. června 2018]. Dostupné z: http://www.wipo.int/about-wipo/en/dgo/speeches/a_53_dg_speech.html.

² Viz zde kapitulu 1.2.

³ JOHNS, Adrian. *Pirátsví: boje o duševní vlastnictví od Gutenberga po Gatese*. Brno: Host, 2013, s. 604.

⁴ Web institutu: <https://fashionlawinstitute.com/>.

⁵ SCAFIDI, Susan. *Who owns culture?: Appropriation and Authenticity in American law*. New Brunswick, N.J.: Rutgers University Press, 2005.

⁶ *Ibid.*, s. 137.

“kulturní kleptomanie”.⁷ Tatáž publikace obsahuje varování, před nešetrnou, byť dobrou vírou motivovanou, regulací ochrany tradičních artefaktů a připomíná “tekutou podstatu”⁸ kultury, jež by neměla být vystavena snahám o její zakonzervování. Scafidi také přichází s nevšední paralelou⁹ mezi kulturami s předlouhou historií a soudobým trendem open-source software, u nichž spatřuje několik shodných rysů. U obojího lze vysledovat společnou tvorbu a s ní související pluralitu autorství. Na první pohled zdánlivě odtržené světy moderních korporací a starobylé lidové kultury tak spojuje potřeba v jistých ohledech fungovat mimo zavedený, jejich charakteru ne právě vyhovující systém PDV. Participativní pojetí jejich produkce je předurčuje k hledání nových, pro ně příhodnějších, variant právních instrumentů.

Již v 60. letech 20. Století, tedy v předinternetové době, zavedl kanadský filozof Marshall McLuhan¹⁰ metaforu “globální vesnice”, jíž předvídal, jak svět promění elektronická média. Představoval si, že změny ve způsobech dorozumívání a využívání informací mohou společnost zbavit komunikačních bariér a vrátit ji k období, kdy lidé žili v kmenech (tribální stadium). Odhadoval, že díky rychlosti šíření informací v celosvětových sítích budou mít k sobě blízko i lidé z nejbližších míst. Podobnou myšlenku v sobě obsahuje i termín „glokálnost“¹¹ vyjadřující simultánní lokálnost i globálnost, jež Christoph Antons zmiňuje při úvahách o využití licencí Creative Commons pro potřeby domorodého obyvatelstva. Za důsledky všudypřítomné globalizace spojené s dostupností prakticky čehokoliv *na* jedno kliknutí lze označit i jistou kulturní nivelizaci až uniformitu. Vedle toho si však nelze nevšimnout, že „z pouhého pasivního konzumenta se stal angažovaný prosumer.“¹² Pojmenování je složeno z anglického *producer* (tvůrce) a *consumer* (konzument). „Tento nový subjekt – produkující uživatel – vytváří „remix culture“, což vyžaduje adekvátní právní regulaci.“¹³ Je také možno konstatovat, že díky demokratizaci a decentralizaci kreativity „se produkce a konzumace autorskopravně chráněných děl přesunuly z centrálního modu operandi (*one-to-many*) na multicentrický (*many-to-many*).“¹⁴

Poptávka po autenticitě, ať už s nálepkou *ethno*, *retro*, *genuine*, *original*, či podobným přívlastkem, přispěla k nárůstu komercializace artiklů donedávna vyhrazených pouze určitým

⁷ Ibid., anotace na přebalu knihy.

⁸ Ibid., s. xii.

⁹ Ibid., s. 116.

¹⁰ MCLUHAN, Marshall. *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*. Toronto: University of Toronto Press, 1962.

¹¹ ANTONS, Christoph. *Introduction*. In: ANTONS, Christoph (ed.). *Traditional knowledge, traditional cultural expressions, and intellectual property law in the Asia-Pacific region*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, s. 23.

¹² MYŠKA, Matěj. *Veřejné licence*. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2014. Edice Scientia, č. 497, s. 15.

¹³ Ibid., s. 23.

¹⁴ Ibid., s. 24.

skupinám. Velice výrazně se přitom promítá v segmentu cestovního ruchu a přidružené výrobě suvenýrů. Lze vysledovat i provázanost s tzv. *living museums* (skanzeny). Za pozornost rozhodně stojí i nakládání s tradičními kulturními projevy v digitálním prostředí. Kupříkladu při analýze¹⁵ textů podmínek používání některých významných webů (mj. YouTube a Wikipedia) bylo zjištěno, že samotný pojem folklor ani jeho synonyma neobsahují. Jistou relevanci mohou mít zahrnutá ustanovení o nevhodném, urážlivém, důvěrném a diskriminačním obsahu. Jako jejich protiváhy jsou vzpomenuy principy svobodného projevu a volného šíření myšlenek.

Moji motivaci věnovat se v diplomové práci PDV a folkloru prohloubil poznatek, že nastavit vybalancovaná pravidla pro všechny zainteresované osoby se snaží *Mezivládní výbor pro duševní vlastnictví a genetické zdroje, tradiční znalosti a folklor*¹⁶ (IGC) zřízený ženevskou WIPO v roce 2000. IGC je aktuálně celosvětově hlavní forum zastřešující diskuze o vztahu PDV a genetických zdrojů (GR), tradičních znalostí (TK) a folkloru (TCEs).¹⁷ IGC pracuje metodou tzv. *text-based negotiation*. To znamená, že předmětem negociace jsou návrhy článků (*draft articles*),^{18,19,20} které by později měly vykristalizovat do tří samostatných mezinárodních smluv upravujících všechny tři společně projednávané kategorie. Nutno uznat, že roztrojená agenda působí poněkud nesourodě a při takto širokém pojetí „lze mít o systémovosti vážné pochybnosti“.²¹ Zatímco u TCEs (na něž se v této práci soustředím) a TK lze spatřovat vícero překryvů a rozhraničení mezi tradicemi kulturního a technického rázu není zcela delimitováno, genetické zdroje se jeví značně svébytně. Nejpravděpodobnější vysvětlení²² pro přidružení GR je spjato s biopirátstvím a bioprospektingem a datuje se do 90. let 20. století. V rámci tehdejších snah o revizi patentového práva se jako obtížný bod v diskuzích ukázalo dokládání zeměpisného původu (*geographical origin disclosure*), pročež byly GR v zájmu zjednodušení a

¹⁵ FITZGERALD, Brian; HEDGE, Susan. *Traditional Cultural Expressions and the Internet World*. In: ANTONS, Christoph (ed.). Op. cit., s. 260.

¹⁶ IGC se ve struktuře WIPO řadí k tzv. *permanent committees* stejně jako např. *Výbor pro rozvoj a duševní vlastnictví (CDIP)*. Odlišnou skupinu tvoří tzv. *standing committees* zaměřené jednotlivě na oblasti patentů, ochranných známek a autorského práva. Přehled orgánů WIPO je dostupný na: <http://www.wipo.int/policy/en/>.

¹⁷ Zkratka TCEs zastupuje označení *traditional cultural expressions*, kterým je v dokumentech WIPO i většinou odborných publikací označován folklor. V této práci jsou oba pojmy i zkratka používány zaměnitelně.

¹⁸ WIPO/GRTKF/IC/35/4. *The Consolidated Document Relating to Intellectual Property and Genetic Resources*. Dostupné z: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_35/wipo_grtkf_ic_35_4.pdf.

¹⁹ WIPO/GRTKF/IC/37/4. *The Protection of Traditional Knowledge: Draft Articles, Facilitators' Rev. 2*. Dostupné z: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_37/wipo_grtkf_ic_37_4.pdf.

²⁰ WIPO/GRTKF/IC/37/5. *The Protection of Traditional Cultural Expressions: Draft Articles. Facilitators' Rev. 2*. Dostupné z: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_37/wipo_grtkf_ic_37_5.pdf.

²¹ DOBŘIHOVSKÝ, Tomáš. *Moderní trendy práv k duševnímu vlastnictví v kontextu evropského práva, dohody TRIPS a aktivit WIPO*. Praha: Linde, 2004, s. 214.

²² PERLMAN, Marc. *From "Folklore" to "Knowledge" in Global Governance: On the Metamorphoses of the Unauthored*. In: BIAGIOLI, Mario; JASZI, Peter; WOODMANSEE, Martha (eds.). *Making and Unmaking Intellectual Property: Creative Production in Legal and Cultural Perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 2011, s. 124.

urychlení vyjednávacího procesu vyčleněny k projednání do samostatné pracovní skupiny. Debata o otázce začleňování různých tradičních materiálů bez přiznání zdroje se jevila vhodná i pro TK a později byly do svazku přibrány i TCEs.

Jednání IGC probíhají již řadu let, aniž by se podařilo nalézt mezi členskými státy WIPO shodu v přístupu k řešení této problematiky a situace zatím nenaznačuje její vyřešení v dohledné době (i přes taktické pokusy o jakýsi *trade off*²³). Dělicí čára probíhá prakticky mezi rozvojovým světem, vznášejícím většinou nereálné požadavky s cílem získat z případně přijaté závazné mezinárodně právní ochrany určité benefity (nejen pro domorodé komunity, ale někdy i pro tyto samotné státy) a rozvinutými státy, které poukazují na zásadní právní a systémové překážky prosazované úpravy, z mnoha důvodů těžko řešitelné v rámci základních principů autorského práva, aniž by byla dotčena tzv. *public domain*²⁴, tedy sféra dosud zaručeného volného užití TCEs. Pozice k projednávané věci se ve WIPO standardně vyjadřují stanovisky regionálních skupin²⁵ – v tomto případě na sebe narážejí zejména *Skupina B* tvořená nejrozvinutějšími státy světa,²⁶ *Skupina CEBS* („noví“ členové EU vč. ČR a balkánské státy) a EU (která není v technickém smyslu samostatnou regionální skupinou) na straně jedné a regionální skupiny africká, asijská a GRULAC (Střední a Jižní Amerika) na straně druhé. Stanoviska ČR v zásadě odpovídají koordinovaným stanoviskům prezentovaným uskupeními, jejichž jsme členem, tj. *CEBS* a EU.²⁷

K mé volbě tématu diplomové práce významně přispělo, že dosud bylo v rámci kvalifikačních prací zpracováno pouze okrajově²⁸ a ani česky psané odborné publikace mu nevěnují příliš pozornosti. Vnímám tedy možnost přispět touto prací do českého akademického prostředí, pro které se jedná o látku poměrně novou, na niž lze bez bližšího poznání pohlížet jako na nepraktickou a minoritní, případně ji prohlásit za kontroverzní. Jsem

²³ Výměnný obchod vzájemných ústupků se praktikuje, nebo se alespoň zkouší praktikovat, nejen ve WIPO běžně. V případě IGC jde o určité pokusy (prozatím neúspěšné) tzv. *demandeurs*, tedy skupin států prosazujících závaznou mezinárodní úpravu GR, TK a TCEs, získat ostatní pro tuto úpravu za ústupky v jiné oblasti normativní agendy WIPO, kterou prosazují rozvinuté státy a brzdí většinou státy rozvojové (např. sjednání mezinárodní smlouvy na ochranu práv vysílacích organizací).

²⁴ Viz zde kapitolu 1.4.

²⁵ V současnosti funguje v IGC následujících sedm spíše neformálních skupin volně zformovaných na geografickém základě: (i) Afrika, (ii) Asie a Tichomoří, (iii) Skupina B (nejrozvinutější státy), (iv) Centrální Asie a východní Evropa, (v) Skupina CEBS (centrální Evropa and Pobaltí), (vi) Latinská Amerika a Karibik, (vii) Čína.

²⁶ Některé z nich (např. Švýcarsko, Austrálie nebo Nový Zéland) mívají odlišný, oproti zbytku skupiny shovívavější postoj.

²⁷ E-mailová konzultace s JUDr. Pavlem Zemanem (Ministerstvo kultury ČR) z června 2018.

²⁸ Příbuzným tématům je výraznější prostor věnován např. v pracích tří absolventek Právnické fakulty Univerzity Karlovy. Na Katedře mezinárodního práva byly v roce 2016 obhájeny diplomové práce Hany Černé „*Ochrana práv původních obyvatel Austrálie, zejména pak ve vztahu k médiím a právům duševního vlastnictví*“ a Kateřiny Hendrychové „*Cultural Diversity and its Protection in International Law*“. V roce 2018 na Katedře práva životního prostředí proběhla obhajoba rigorózní práce Marty Vančurové „*Environmentální práva domorodých národů*“.

však přesvědčená, že toto specifické téma bude časem získávat stále větší význam a mým přáním tedy je, aby se má práce pro eventuální zájemce stala zajímavým zdrojem informací.

Cílem této práce je podchytit zásadní problémy vztahu duševního vlastnictví a folkloru, zmapovat, jak je jejich provázanost reflektována v právu duševního vlastnictví, jaké prostředky ochrany TCEs poskytuje nynější úprava PDV a jaké jsou zvažovány. Ráda bych problematiku nastínila tak, aby práce mohla posloužit jako průvodce pro čtenáře s tématem dosud neseznámeným a usnadnit mu orientaci v nesnadno uchopitelné materii. Zároveň budu ráda, poslouží-li můj výběr literatury a dalších zdrojů v budoucnu jako rozcestník někomu, kdo by chtěl některé aspekty tradičních znalostí podrobněji rozvést. Jsem přesvědčena, že téma nemůže být vzhledem k jeho komplexnosti a přesahům mimo obor PDV touto prací vyčerpáno. Zároveň bych si při tvorbě tohoto textu chtěla ověřit mé dvě hypotézy:

- I. že vzhledem k dosavadnímu postupu prací IGC nelze v blízké době očekávat zavedení celosvětového *sui generis* systému ochrany pro TCEs;
- II. že lze na TCEs při vhodné strategii alespoň zčásti aplikovat současné instrumenty PDV, čemuž často brání jen nedostatečná informovanost.

Mojí ambicí naopak není nalézt optimální řešení pro folklor v systému PDV, neboť si již od prvotní rešerše tématu uvědomuji, že se jedná „skládačku o mnoha dílcích“.

Využívat budu metody analýzy, komparace a evaluace zdrojů. Následně získané poznatky přenesu do textu práce za pomoci syntézy a deskripce.

Tato práce je rozdělená do pěti částí, z nichž některé obsahují kapitoly a ty případně body. V první části osvětlím základní termíny, ve druhé potom vztah duševního vlastnictví a folkloru. Ve třetí části se zaměřím na možnosti přístupu k folkoru ve standarním právu duševního vlastnictví, ve čtvrté se potom budu soustředit na možnosti *sui generis* ochrany folkloru. Pátá část poskytne vhléd do právní úpravy České republiky.

K tématu vzhledem k jeho neukotvené povaze přistupuji stejně jako většina zdrojů, z nichž čerpám, z určitého mezinárodního nadhledu. Až na odbočení do české úpravy v páté kapitole, není mou koncepcí výrazněji se soustředit na konkrétní regiony. Myslím, že s ohledem na teritorialitu PDV, by toto snižovalo vypovídací hodnotu mé práce.

Skutečnost, že v práci není mnoho odkazů na judikaturu je zapříčiněna tím, že o sporech v doméně folkloru zatím nebylo mnohokrát autoritativně rozhodováno. Vystalé sporné situace byly nezdědky řešeny mimosoudně, často nedošlo k řešení vůbec a rozpory pouze „vyšuměly do ztracena“.

Uvědomuji si interdisciplinaritu této problematiky a předesílám, že nejsem odborníkem v žádném uměnovědném oboru, etnologii, folkloristice, antropologii, sociologii, rozvojových studiích, ekonomii, ani v kterémkoli jiném oboru, kterého se tato práce může místy dotýkat.

Pro formální úplnost úvodu dodávám, že citované překlady anglicky psaných zdrojů nedostupných v českém jazyce jsou mé vlastní, přičemž jsem se snažila o co nejvěrnější převod podstatných myšlenek. Kde uznávám za vhodné, ponechávám v závorkách za svým překladem některé originální termíny.

1. ZÁKLADNÍ TERMÍNY

Považuji za příhodné čtenáře v první části za účelem snazšího porozumění částem dalším seznámit se základními termíny, jež jsou stavebními kameny navazujícího textu, a dva z nich jsou dokonce obsaženy v samotném názvu práce. První kapitola rekapituluje pojem duševní vlastnictví. Druhá kapitola nahlíží na folklor v rovině obecné i právní. Kapitola třetí se zabývá domorodým obyvatelstvem a závěrečná kapitola této části je věnována tzv. *public domain*.

1.1. Duševní vlastnictví

Právo duševního vlastnictví chrání inovace a výtvoř. Duševní vlastnictví nás provází na každém kroku. Pojem *duševní vlastnictví* byl jednoznačně definován v **Úmluvě o zřízení Světové organizace duševního vlastnictví** v roce 1967. Z jejího článku 2 se lze dozvědět, že „*duševním vlastnictvím se rozumí práva:*

- *k literárním, uměleckým a vědeckým dílům;*
- *k výkonům výkonných umělců, ke zvukovým záznamům a k rozhlasovému vysílání;*
- *k vynálezům ze všech oblastí lidské činnosti;*
- *k vědeckým objevům;*
- *k průmyslovým vzorům a modelům;*
- *k továrním, obchodním známkám a známkám služeb, jakož i k obchodním jménům a obchodním názvům;*
- *na ochranu proti nekalé soutěži a všechna práva vztahující se k duševní činnosti v oblasti průmyslové, vědecké, literární a umělecké.“*

Dohoda o obchodních aspektech práv k duševnímu vlastnictví (TRIPS) z roku 1995 na základě jejího článku 1, odstavce 2 výraz duševní vlastnictví vztahuje na „*autorské právo a práva související, ochranné známky, zeměpisná označení, průmyslové vzory, patenty, topografie²⁹ integrovaných obvodů, významné nezveřejněné informace³⁰“.*

²⁹ Layout-designs.

³⁰ Know-how, goodwill, obchodní tajemství.

Duševní vlastnictví lze vymezit jako „*institut soukromého práva, který v mezích právního pořádku poskytuje výlučná práva autorům, resp. původcům anebo vlastníkům (majitelům) zákonem definovaných anebo vymezených nehmotných statků (předmětů duševního vlastnictví) tyto chránit, využívat a disponovat jimi nezávisle na oprávnění jiných subjektů, přičemž v oblasti průmyslových práv je proces přihlašování a rozhodování o ochraně upraven také normami veřejného práva*“.³¹ Práva duševního vlastnictví tedy řadíme k subjektivním právům (oprávněním) soukromým. Soubor právních předpisů upravujících duševní vlastnictví je potom právo duševního vlastnictví v objektivním smyslu.

Obecným pojmovým znakem duševního vlastnictví (nehmotného majetku) je *hospodářská nebo jiná majetková využitelnost*. Dalšími právně pojmovými znaky duševního vlastnictví jsou:

- *nehmotnost*;
- *dočasnost*;
- *teritorialita* (státně územní omezenost);
- *přiznatelnost absolutních majetkových práv sui generis* (pro každý zvláštní zákonný druh zvlášť).³²

K tomuto výčtu lze ještě doplnit, že vnímání, resp. užívání nehmotných statků nezávisí na existenci hmotného substrátu. Nehmotný statek může být kdekoli a kdykoli současně i následně vnímán a užíván neomezeným počtem subjektů bez újmy na jeho podstatě a jeho funkci (tzv. *ubiquita*). V kontinentálních právních systémech jsou práva k nehmotným statkům osobnostní povahy nepřevoditelná.³³

Duševní vlastnictví lze rozdělit na tři druhy³⁴:

a) průmyslové vlastnictví

- vynález, užitný vzor, průmyslový vzor, šlechtitelská odrůda, topografie polovodičů, know-how
- předmětem ochrany je cesta k dosažení výsledku, nikoli výsledek sám

³¹ VOJČÍK, Peter. *Teorie právní ochrany nehmotných statků*. Brno - Praha: Václav Klemm - Vydavatelství a nakladatelství - Metropolitní univerzita Praha, 2016, s. 17-18.

³² TELEČEK, Ivo. *Autorské právo a práva související jako součást práv k duševnímu vlastnictví*. In: SRSTKA, Jiří, et al. *Autorské právo a práva související. Vysokoškolská učebnice*. Praha: Leges, 2017, s. 37.

³³ MUNKOVÁ, Jindřiška. *Pojem práv duševního vlastnictví*. In: KINDL, Jiří; MUNKOVÁ, Jindřiška; SVOBODA, Pavel. *Soutěžní právo. 2. vydání*. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 309.

³⁴ *Ibid.*, s. 310.

b) *obchodní vlastnictví*

- ochranné známky, označení původu, doménové adresy, práva k obchodní firmě³⁵
- předmětem ochrany je vztah mezi výrobkem či službou a vlastníkem dotyčného vlastnictví a z tohoto vztahu vyplývající záruka kvality pro spotřebitele

c) *autorská díla a související vědecké či umělecké statky*

- předmětem ochrany je jedinečný³⁶ výsledek, nikoli způsob jeho dosažení

1.2. Folklor

Tato kapitola přistupuje k termínu folklor ve dvou různých rovinách – obecné a právní. Při jejím čtení je dobré mít na paměti, že „*téměř všechny pojmy v této oblasti jsou předmětem sporů, mají složitou minulost a vzdorují jednoznačnému vymezení*“.³⁷ To však nemění nic na tom, že pro orientaci v diskutované problematice je alespoň zběžné vymezení tohoto klíčového pojmu nezbytné.

1.2.1. Folklor *de facto*

TCEs jsou v angličtině označovány jako *folk art*, v němčině *Volkskultur*, ve francouzštině *arts populaires* a v italštině *tradizioni popolari*. Pojem folklor původně označoval souhrn lidové moudrosti, tj. soubor toho „*co lid ví*“. Je složen z anglických slov *folk* (lid) a *lore* (tradice, znalosti). Poprvé byl použit anglickým antikvářem Williamem Thomsem v londýnském časopisu *Athenaeum* v roce 1846. Thoms jím nahradil tehdy běžný výraz „*popular antiquities*“ (*lidové starožitnosti*) Folklor je předmětem vědeckého zájmu především folkloristiky (většinou zaměřené na jeho slovesné složky) a etnologie (včetně jejích specializací jako etnomuzikologie a etnochoreologie). Panuje shoda na tom, že folklor přispívá ke kulturní rozmanitosti, někdy nazývané jako „*sociodivezita*“.³⁸ V procesu globalizace nabývá na důležitosti.

³⁵ K obchodní firmě (trade name) jako předmětu PDV viz rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ve věci Pfeiffer Großhandel GmbH v Löwa Warenhandel GmbH, C-255/97.

³⁶ Anglický pojem „original“ bývá chápán různě, originalita v jednotlivých jurisdikcích významově kolísá mezi původností a jedinečností.

³⁷ ANDERSON, Jane. *Indigenous/Traditional Knowledge & Intellectual Property* [online]. 2010 [cit. 4. července 2018]. Dostupné z: www.law.duke.edu/cspd/itkpaper.

³⁸ BUSCH, Anna Friederike. *Protection of Traditional Cultural Expressions in Latin America: A Legal and Anthropological Study*. Berlin; Heidelberg: Springer-Verlag, 2015. Munich Studies on Innovation and Competition, Volume 3, s. 362.

O folkloru lze dnes hovořit jako o *souboru lidových výtvorů a aktivit*, které se zachovaly v určitém území po předcích. Je to souhrnné označení pro lidové projevy, které se přenášejí mezi generacemi formou přímé kontaktní komunikace (řečí či nápodobou) a přetrvávají v jakési *kolektivní paměti*³⁹. Tyto kulturní jevy se realizují v malých sociálních skupinách a existují ve vícero variantách. Odrážejí se v nich lokální společenské vztahy, etické a estetické normy. *Tradice se vyznačují* historickou zakotveností, kontinuitou i recepcí ověřených hodnot. Folklor je součástí skupinové identity, má výrazné etnické znaky a je pokládán za hodnotnou část kulturního dědictví. Je zvykem jej považovat za produkt venkovského prostředí, ale osobité projevy vznikly i ve městech. „*Dlouho přetrvávající rousseauovský mýtus viděl lid v jeho nezkaženosti, nezatíženosti vědou, uměním, civilizací.*“⁴⁰ Chování městského lidu je více diferenciované, heterogenní. K *modernímu folkloru*⁴¹ lze řadit například soudobé městské legendy (urban legends), současný humor či rozmanité pouliční subkultury⁴² (graffiti, parkour, etc.).

Etnolog Petr Janeček popisuje folklor jako „*kolektivně vytvářené i sdílené a neformálně tradované projevy lidské expresivní kultury včetně jejich materializací*“.⁴³ Janeček tvrdí, že folklor „*patří k základním antropologickým univerzáliím, jelikož tvoří neodmyslitelný prvek všech známých lidských kultur a společností.*“⁴⁴ O TCEs dále píše jako o integrální součásti industrializované, urbanizované a globalizované společnosti. Folklor podle něj není pouhým přežitkem či nefunkčním pozůstatkem zaniklých stádií kulturního vývoje. TCEs napomáhají vytváření specifického *genia loci*, jsou nástrojem naplňování lidské touhy po autenticitě, hrají úlohu inspiračního zdroje, slouží jako marketingově vytvářený produkt turistického nebo zábavního průmyslu, mohou být způsobem trávení volného času⁴⁵ či prostředkem dynamické sebereprodukce kultury.⁴⁶ Jedním z esenciálních prvků folkloru je sociální základna – tedy fakt, že je výtvořem, výrazem a majetkem specifické společenské

³⁹ Centrum pre tradičnú ľudovú kultúru. *Elektronická encyklopédia tradičnej ľudovej kultúry*. Heslo Folklor.

⁴⁰ TYLLNER, Lubomír. *Předmluva*. In: TYLLNER, Lubomír (ed.). *Velké dějiny země Koruny české. Tematická řada, Lidová kultura*. Praha: Paseka, 2014, s. 9.

⁴¹ Vysoká škola ekonomická v Praze. *Arts Lexikon: on-line výkladový slovník arts managementu a arts marketingu*. Heslo Folklor.

⁴² Několik takovýchto mikrosociálních skupin v ČR zmapoval projekt Kmeny. Podrobnosti dostupné na: <http://kmeny.tv/o-projektu/>.

⁴³ JANEČEK, Petr. *Folklor jako sociální produkt. Subkultury a malé sociální skupiny jako prostředí šíření současného folkloru*. In: JANEČEK, Petr (ed.). *Folklor atomového věku: kolektivně sdílené prvky expresivní kultury v soudobé české společnosti*. Praha: Národní muzeum, 2011, s. 7.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ V Praze např. skupina *Folklorní mejdlo* pořádá pravidelné „*párty u cimbalu*“. Podrobnosti dostupné na: <http://folklornamejdlo.cz/>. Text antropoložky Anežky Hrbáčkové *Folklorní mejdlo: „Folkloristé“ v Praze jako kulturní kohorta* dostupný v Národopisné revue č. 02/2018 na: <http://revue.nul.kz/pdf/r2-2018.pdf>.

⁴⁶ JANEČEK, Petr. Op. cit., s. 7.

skupiny. Autor také vyzdvihuje skutečnost, že folklor se dokázal přizpůsobit vysoce institucionalizované společnosti a dochází k jeho šíření pomocí moderních médií.⁴⁷

Můžeme dovodit, že základními charakteristikami folkloru je jeho *dlouhodobost* (přetrvávání, nadčasovost), *kolektivnost*, *anonymita autorů*, *orálnost* (vysoký podíl ústního předávání) a *velká variabilita*. Lze rozeznávat TCEs původní (autentické) a přetvořené (stylizované a upravené). Proces, jehož prostřednictvím dochází k integraci folkloru do oblasti masové spotřeby, kultury a komunikace se nazývá *folklorizace*. V odvětví cestovního ruchu lze narazit na pojem *folklorizace destinace* značícím nepřiměřené zdůrazňování a umělé ožívování prvků lidové kultury tak se záměrem zvýšení lukrativnosti destinace. Příkladem je předvádění tradičních lidových slavností či tanců vytržené z časoprostorových souvislostí a reálného života soudobých místních rezidentů (dekontextualizace).⁴⁸ Lze se setkat rovněž s pojmem *folklorismus* ve významu „procesu vědomého přetváření a stylizace prvků tradiční lidové kultury“.⁴⁹ Josef Jančář, vědecký pracovník *Národního ústavu pro lidovou kulturu* (NULK) ve Strážnici, tento jev považuje za ambivalentní. Může přispívat k toleranci a vlastenectví, ale dokáže být i zdrojem etnocentrismu i nacionalismu.⁵⁰ Jde jej rovněž zneužít k nevhodné komercializaci TCEs.⁵¹ V té souvislosti Jančář zdůrazňuje, že „projevy lidové kultury mají kromě svých vnitřních hodnot i hodnoty ekonomické, které z nich činí předmět tržních sil“.⁵² Varuje před deformacemi TCEs, chápaných jako tzv. *volná díla*, v hromadných sdělovacích prostředcích a při jejich pódiových předváděních nebo při reprodukci technologií a vzorů lidové rukodělné výroby. Jako nejúčinnější možnou ochranu shledává „právní nástroje, jimiž se chrání ostatní hodnoty intelektuálního vlastnictví, spolu s výchovou a vzděláváním“,⁵³ přičemž jako předpoklad efektivity ochrany uvádí identifikaci TCEs a kontrolu dodržování příslušných práv.

Identifikace TCEs je jedním z hlavních úkolů IGC, který při plnění pracuje tzv. *evidence-based* metodou. To znamená, že zakládá svoji normotvornou činnost na důkazech a

⁴⁷ Ibid., s. 8.

⁴⁸ Vysoká škola ekonomická v Praze. *Arts Lexikon*. Op. cit., heslo Folklorizace.

⁴⁹ JANČÁŘ, Josef. *Folklorismus a komercializace lidové kultury*. In: Národopisná revue. Strážnice: Ústav lidové kultury, 02/1999, s. 67.

⁵⁰ Extrémními případy nacionalistických právních předpisů jsou některé jihoafrické zákony z doby tamního apartheidu nebo Norimberské zákony.

⁵¹ S nevhodnou komercializací souvisí i pojem *fakelore* (odvozeno z anglického slova *fake* – napodobenina, padělek), tj. folklor ve zfalšované, podvržené, nepravdivé podobě, imitace folkloru.

⁵² JANČÁŘ, Josef. Op. cit., s. 70.

⁵³ Ibid.

konkrétních zjištěních. V rámci tohoto přístupu byly členské státy WIPO vyzvány k předložení seznamů s příklady TCEs vyskytujícími se na jejich území. Obsáhlá a z mého pohledu eklektická a místy kuriozní soupiska byla WIPO doručena ze Spojených států amerických. Folklor je v dokumentu⁵⁴ klasifikován do následujících tříd:

- a) TCEs pohybové (*in action*):
 - rituály (*jóga*)
 - tance (*jig, tango, polka, waltz, hula*)
 - sporty and hry (*baseball, lakros*)

- b) TCEs materiální:
 - hudební nástroje (*housle, dudy, banjo*)
 - vernakulární architektura⁵⁵ (*nomádké i permanentní příbytky*)
 - umělecká a řemeslná výroba (*pískové kresby, aztécké turquoise⁵⁶, lapače snů, textilní vzor tartan, panamský klobouk, kovbojské boty, shakerský nábytek⁵⁷, halloweenské dýňové svítilny*)
 - jídlo (*crêpe palačinky, pizza, mezoamerické tamale, sushi, hamburger, popcorn, barbecue*)
 - účesy a ozdoby těla (*dredy, tetování*)

- c) TCEs hudební a zvukové: (*skotské balady, jódlování, ghanské azonto, karibské calypso, ska, hip hop, kreolské zydeco*)

- d) TCEs verbální a psané:
 - pohádky a bajky (*pohádky bratří Grimmů, Ezopovy bajky, pohádky tisíce a jedné noci*)
 - legendy (*Santa Claus, Bigfoot/Sasquatch/Yeti*)

⁵⁴ WIPO/GRTKF/IC/33/5. TRADITIONAL CULTURAL EXPRESSIONS: A Discussion Paper Submitted by the Delegation of the United States of America. Dostupné z: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_33/wipo_grtkf_ic_33_5.pdf.

⁵⁵ Synonymum pro lidovou architekturu. V roce 1999 vznikla pod patronátem Mezinárodní rady památek a sídel (ICOMOS) v Mexiku Mezinárodní charta o lidovém stavebním dědictví. Dostupné z: https://www.icomos.org/images/DOCUMENTS/Charters/vernacular_e.pdf.

⁵⁶ Tyrkysové mozaiky a šperky.

⁵⁷ Shakeři jsou již téměř vymizelá křesťanská církev v USA. Přednáška profesora designu Jiřího Pelcla „Shakers: Zapomenutí minimalisté“ dostupná na: <http://pechakucha.cz/index.php#702>.

Výše uvedený ilustrativní výčet, který sestavili delegáti USA⁵⁸, rozhodně nelze interpretovat jako jejich návrh TCEs, které jsou nutně hodny ochrany v pojetí IGC. Dokument chápou spíše jako podklad k budoucí debatě, jelikož zástupci USA patří při jednání k zastáncům myšlenky, že „je třeba rozlišovat folklor v obecném slova smyslu a TCEs, které potřebují být takto chráněny“.⁵⁹ S otázkami, zda a které TCEs bychom měli chránit souvisí i úvahy o míře ochrany. O tom, že spíše než binární pojetí (tj. ne/chráněné TCEs) by byla příhodnější širší škála stupňů ochrany, je přesvědčen například Chidi Oguamanam.⁶⁰

1.2.2. Folklor *de iure*

Jak bylo v předchozí kapitole ukázáno, folklor uniká svému přesnému vymezení v obecné rovině. O to komplikovanější je jeho definice v rovině právní. Otázkou je, zde je exaktní legální výměr tohoto termínu vůbec žádoucí. Kupříkladu Andreas Rahmatian je přesvědčen, že: „*tradice nemohou být definovány v dostatečném detailu za účelem efektivní právní ochrany, aniž by z nich byl vytvořen rigidní artefakt*“.⁶¹ IGC se o vytvoření definice folkloru dlouhodobě snaží, prozatím bez finálního výsledku. Dosavadní výstupy jsou shrnuty ve *Slovníčku klíčových termínů*⁶² z něž vycházím při psaní následujících řádků.

Jako zastřešující pro folklor i tradiční znalosti, tedy pro tradiční znalosti *largo sensu*, bývá někdy používán výraz TK. Ani ohledně něj však na mezinárodní úrovni nepanuje shoda. Pod TK v širším slova smyslu může tedy vedle tradičních znalostí *stricto sensu* (tradiční postupy a znalostní systémy⁶³) spadat i folklor. Jindy bývá k TK a TCEs přistupováno jako k samostatným kategoriím. WIPO se o folkloru vyjadřuje dost byrokraticky jako o *tradičních kulturních projevech* (TCEs), někdy též synonymně jako o *projevech folkloru* (EoF, *expressions of folklore*).

⁵⁸ USA byl sestaven i obdobný seznam TK v užším slova smyslu, které spatřují například v: *injekčních stříkačkách, anestetikách, antibiotikách, žvýkačkách, čokoládě, kávě, čaji nebo surfingu*. Viz WIPO/GTRKF/IC/34/13. *IDENTIFYING EXAMPLES OF TRADITIONAL KNOWLEDGE TO STIMULATE A DISCUSSION OF WHAT SHOULD BE PROTECTABLE SUBJECT MATTER AND WHAT IS NOT INTENDED TO BE PROTECTED: A Document submitted by the Delegation of the United States of America*. Dostupné z: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_34/wipo_grtkf_ic_34_13.pdf.

⁵⁹ VÉZINA, Brigitte. *Traditional Cultural Expressions: Laying Blocks for an International Agreement*. In: CIGI Papers. Waterloo, Ontario: Centre for International Governance Innovation, No. 169 - April 2018., s. 7.

⁶⁰ OGUAMANAM, Chidi. *Tiered or Differentiated Approach to Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions: The Evolution of a Concept*. In: CIGI Papers. Waterloo, Ontario: Centre for International Governance Innovation, No. 185 - August 2018.

⁶¹ RAHMATIAN, Andreas. *Universalist Norms for a Globalised Diversity: On the Protection of Traditional Cultural Expressions*. In: MACMILLAN, Fiona (ed.). *New directions in copyright law, Volume 6*. Northampton, MA: Edward Elgar, 2007, s. 228.

⁶² WIPO/GTRKF/IC/37/INF/7. *Glossary of Key Terms Related to Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions*. Dostupné z: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_37/wipo_grtkf_ic_37_inf_7.pdf.

⁶³ Mezi nejčastěji uváděné příklady TK *stricto sensu* patří tradiční know-how v oblastech zemědělství, ekologie, vědy, techniky a medicíny.

Trefná je v tomto směru poznámka o tom, že oproti běžnému pojmenování děl v autorskoprávní terminologii působí vzletný výraz *projevy* jako jakási *naddíla* („überworks“⁶⁴). WIPO v pracovních textech přiznává TCEs hmotnou i nehmotnou podobu. Jako typické příklady hmotných projevů bývají uváděny: kresby, malby, řezby, sochy, mozaiky, keramika a terakota, výrobky ze dřeva a kovu a proutí, koberce, textil, výšivky, kroje, šperky, hudební nástroje a architektonické formy. K nehmotným TCEs potom dle WIPO patří například lidová hudba, různé performance, příběhy, jména a symboly. Obecné rysy nehmotného kulturního dědictví lze dohledat v **Úmluvě o zachování nemateriálního kulturního dědictví** z roku 2003 *Organizace OSN pro vzdělání, vědu a kulturu (UNESCO)*. Podle jejího článku 2, odstavce 2. se *“nemateriální kulturní dědictví projevuje mimo jiné v těchto oblastech:*

- a) ústní tradice a vyjádření, včetně jazyka jakožto prostředku nemateriálního kulturního dědictví;*
- b) interpretační umění;*
- c) společenské zvyklosti, obřady a slavnostní události;*
- d) vědomosti a zkušenosti týkající se přírody a vesmíru;*
- e) dovednosti spojené s tradičními řemesly.”*

I UNESCO se v minulosti pokusilo vymezit folklor jako takový, přičemž podle jeho **Doporučení o ochraně tradiční a lidové kultury** z roku 1989 je tradiční a lidová kultura *“souhrn výtvorů založených na tradici kulturního společenství, vyjádřených skupinou nebo jednotlivci jako obraz tužeb společenství takovým způsobem, že odrážejí jeho kulturní a sociální totožnost a že jeho vzory a hodnoty jsou předávány ústně, napodobováním či jinými způsoby. Formy této kultury zahrnují zejména jazyk, literaturu, hudbu, tanec, hry, mytologii, rituály, obyčeje, řemeslnickou výrobu, architekturu a různé druhy umělecké tvorby”*. Ve společném dokumentu WIPO a UNESCO **Modelová ustanovení** z roku 1982, který byl vytvořen jako vodítko pro národní úpravy v oblasti ochrany TCEs proti nezákonnému využívání a jiným škodlivým činům se lze v článku 2 dočíst, že *“projevy folkloru sestávají z charakteristických prvků tradičního uměleckého dědictví rozvíjeného a uchovávaného komunitou země nebo jedinci zohledňujícími tradiční umělecká očekávání takové komunity; jde zejména o:*

- a) slovní vyjádření; např. lidové povídky, poezie, hádanky;*

⁶⁴ GERVAIS, Daniel. *Traditional Innovation and the Ongoing Debate on the Protection of Geographical Indications*. In: DRAHOS, Peter; FRANKEL Susy (eds). *Op. cit.*, s. 135.

- b) *hudební vyjádření; např. lidové písně a instrumentální hudba;*
- c) *vyjádření činností; např. lidové tance, divadelní hry a umělecké formy rituálů;*
zachycené v materiální podobě i takto nezachycené; a
- d) *hmotné projevy.”*

První dílčí pokusy o výslovnou regulaci nakládání s folklorem v národních právních rádech byly učiněny v autorských zákonech Tuniska (1967), Bolívie (1968), Chile a Maroka (oba 1970), Alžírsko a Senegal (oba 1973), Keni (1975), Mali (1977), Burundi (1978), Pobřeží slonoviny (1978), Guinea (1980). Všechny tyto texty prohlašují folklor za součást kulturního dědictví národa.⁶⁵ Význam folkloru je v nich však zachycen různě. Všechny se ovšem shodují v tom, že TCEs pocházejí od autorů neznámé identity, přičemž se podle všeho jednalo nebo jedná o příslušníky dané země. V marockém právu folklor zahrnuje všechna taková nepublikovaná díla, oproti tomu právní řády Alžírsko a Tuniska požadavek nepublikování nekladou. Většina vyjmenovaných kodexů uznává za zvláštní kategorii díla inspirovaná folklorem, jejichž komerční užití⁶⁶ podrobuje souhlasu příslušného orgánu.

1.3. Domorodé obyvatelstvo (*Indigenous Peoples*)

Indigenous peoples bývá do češtiny nejčastěji překládáno jako *domorodé obyvatelstvo*, případně jako *původní obyvatelstvo*. Vyskytuje se i alternativa *domorodé národy*.⁶⁷ Variantními označeními v angličtině jsou potom termíny *aborigines, first nations, native peoples, tribal peoples, traditional local communities*. Slovo indigenní, tedy domácí či původní, má původ v latinském *indigenus* (rodilý). Přičemž *indu* v latině znamená uvnitř a *gignere* zplodit. Přídomek *indigineous* naznačuje, že někdo nebo něco pochází z určitého konkrétního místa. Vzhledem k tomu, že neexistuje obecně akceptovaná jednoznačná definice domorodého obyvatelstva, není ani možné přesně určit jeho celkový počet a lokalizaci.

⁶⁵ Za použití termínů jako “traditional heritage” či “cultural patrimony”.

⁶⁶ U TCEs lze vedle obchodního využití uvažovat i o následujících způsobech užití:

- a) obyčejové (*customary use*);
- b) pro osobní potřebu (*household use*);
- c) za výzkumným nebo vzdělávacím účelem (*research and educational use*);
- d) poctivé (*fair use*); tj. common law obdoba kontinentálních zákonných licencí.

⁶⁷ ŽÁKOVSKÁ, Karolína. *Práva domorodých národů jako nástroj ochrany životního prostředí*. In: ŠTURMA, Pavel; ŽÁKOVSKÁ, Karolína; et al. *Studie z lidských práv č. 6: Od zákazu diskriminace k ochraně kolektivních práv*. Praha: Univerzita Karlova, 2014, s. 71.

Mnohdy žije v amorfních skupinách a komunitách přesahujících hranice států (zvláště v případě geometrických hranic) Domorodé obyvatelstvo se zpravidla vyskytuje spíše v rozvojovém než v rozvinutém světě. Tradiční znalosti bývají často spojovány s tzv. třetím, popřípadě čtvrtým světem.⁶⁸ Nevystačíme si však s jednoduchým rozdělením linií *sever – jih*.⁶⁹ Domorodé obyvatelstvo je hojně zastoupeno i ve státech jako Nový Zéland, Austrálie a Kanada.⁷⁰

V souvislosti s domorodým obyvatelstvem se často hovoří o *třetí generaci lidských práv*, charakteristické svojí kolektivní povahou (právo na sebeurčení, právo na užívání menšinových jazyků etc.). Dále lze v systému mezinárodního práva vysledovat následující oblasti, které mají pro domorodé obyvatelstvo významnou roli⁷¹:

- mezinárodní právo životního prostředí;
- mezinárodní právo kulturního dědictví;
- mezinárodní právo duševního vlastnictví;
- mezinárodní právo rozvojových financí a investic.

Domorodých obyvatel se rovněž dotýkají otázky práva pozemkového, zemědělského, mořského, antidiskriminačního, etc.

Všeobecná deklarace lidských práv z roku 1948 ani **Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod** přijatá v Radě Evropy v roce 1950 původní obyvatelstvo nezmiňují. **Deklarace OSN o právech původních obyvatel (UNDRIP)** z roku 2007 přiznává domorodému obyvatelstvu různá práva, ale toto obyvatelstvo samotné nedefinuje. V kontextu TCEs je důležitý **článek 31** této deklarace, který zaručuje práva související s kulturními statky původního obyvatelstva, včetně příslušných práv k duševnímu vlastnictví. S pojmy *domorodé obyvatelstvo* či *indigenní komunity* rovněž bez jejich konkrétního vymezení pracují i tyto dokumenty:

⁶⁸ Za čtvrtý svět jsou označovány nejméně rozvinuté regiony třetího světa. Podrobnosti dostupné na: <https://www.investopedia.com/terms/f/fourth-world.asp>.

⁶⁹ von LEWINSKI, Silke. *Traditional Knowledge and Folklore – A New Topic in the International Arena*. In: GROSHIDE, Frederik Willem; BRINKHOF, Jan J. *Intellectual Property Law: Articles on the Legal Protection of Cultural Expressions and Indigenous Knowledge*. Cambridge: Intersentia, 2002. Molengrafica Series, Volume 13, s. 189.

⁷⁰ Velmi viditelně bylo původní obyvatelstvo zapojeno do ceremonií souvisejících s olympijskými hrami v Sydney (2000) a Vancouveru (2010). Oficiální loga obou her využívala TCEs.

⁷¹ SAUL, Ben. *Indigenous peoples and human rights: international and regional jurisprudence*. Portland, Oregon: Hart Publishing, 2016, s. 12.

- **Úmluva Mezinárodní organizace práce č. 169 o původním a kmenovém obyvatelstvu (1989);**
- **Úmluva Organizace pro výživu a zemědělství o rostlinných genetických zdrojích (2001);**
- **Úmluva o biologické rozmanitosti (1992);**
- **Nagojský protokol o přístupu ke genetickým zdrojům a spravedlivém a rovnocenném sdílení přínosů plynoucích z jejich využívání k Úmluvě o biologické rozmanitosti (2010).**

1.3.1. Zvykové právo domorodých obyvatel (Indigenous Customary Law)

Domorodí obyvatelé se neřídí vlastními interními pravidly, které v jejich autonomních kruzích suplují oficiální předpisy, a mohou splývat s pravidly náboženskými a morálními. Zvykové právo bývá charakterizováno jako *antropocentrické a holistické*, silný vliv v něm mají *symbolika a spiritualita*, může mít podobu psanou i nepsanou. Tyto tradiční principy jsou komunitou považovány za závazné a jejich nedodržení je rovněž v rámci komunity sankcionováno. Pravidla nejčastěji regulují zacházení s přírodními zdroji a kulturním dědictvím či instituy vlastnictví a dědictví. Zvykové právo se v čase proměňuje, odráží společenský i hospodářský vývoj. Podstatným aspektem je vztah vůči právnímu systému příslušného státu. Někdy dochází k tomu, že vedle státního práva je státem uznáno i specifické právo zvykové (v různém rozsahu) a vznikají tak hybridní systémy. Existence více paralelních právních systémů se nezývá *právní pluralismus*.⁷²

Na zvykové právo bývá odkazováno i v pracovních textech IGC s tím, že může sloužit jako inspirace při legislativní činnosti WIPO v oblastech GR, TK a TCEs. Jistě je užitečné zkušenosti se zvykovými právy zohlednit, třeba už pro to, aby případná nově nastavená ochrana duševního vlastnictví nebyla přemrštěná. Graham Dutfield varuje, že nastavíme-li ochranu TCEs přísněji, než jak to dělá zvykové právo, povede to k jakémusi novodobému *merkantilismu*.⁷³

⁷² DLEŠTÍKOVÁ, Tereza. *Trestní právo tradičních domorodých komunit v Peru a jejich metody řešení trestních věcí*. In: Česká kriminologie. Praha: Česká kriminologická společnost, 02/2017, s. 1.

⁷³ DUTFIELD, Graham. Protecting Traditional Knowledge and Folklore. In: GROSHEIDE, Frederik Willem; BRINKHOF, Jan J. Intellectual Property Law: Articles on the Legal Protection of Cultural Expressions and Indigenous Knowledge. Op. cit., s. 86.

Jedním z nejčastěji citovaných případů, kdy bylo k domorodému zvykovému právu přihlíženo soudem, je australské rozhodnutí ve věci *Milpurrruru v. Indorfum Pty Ltd.*⁷⁴ Žalovaná obchodní společnost dovážela do Austrálie ve Vietnamu vyráběné koberce s reprodukcemi tradičních aboriginských motivů. Výroková část rozhodnutí byla sice založena na klasických australských autorskoprávních předpisech, soudce však v odůvodnění rozsudku zdůraznil, že počínání žalované bylo vysoce urážlivé vůči hodnotám tradičních obyvatel. Pozastavil se nad tím, že obrázky byly použity právě na kobercích a mohly tak být doslova pošlapány, což zvykové právo přísně trestá.⁷⁵

1.4. Veřejná doména (*Public Domain*)

Public domain by se s trochou nadsázky dala prohlásit za *zemi nikoho*. Doktrína *terra nullius* známá z mezinárodního práva v mnoha parametrech odpovídá veřejné doméně v PDV.⁷⁶ *Public domain* má svůj původ v angloamerické právní kultuře. Tento termín není obsažen v žádném českém právním předpisu⁷⁷. Obecně se tak označuje „vše zveřejněné, veřejně dostupné ve smyslu volné dispozice širokou veřejností“.⁷⁸ Autorské právo nechrání prosté informace, ale jen jejich vyjádření (*idea/expression dichotomy*), s čímž souvisí tzv. *přístupové právo veřejnosti*. Nakládání s nechráněnými informacemi, které jsou součástí veřejné domény, může být omezeno pravidly nekalé soutěže a osobnostními autorskými právy. V užším pojetí *public domain* zahrnuje díla v autorskoprávním smyslu volná, u nichž uplynula doba trvání majetkových autorských práv nebo díla vyloučená z autorskoprávní ochrany (např. díla úřední). Fakticky, nikoli však právně, může být dílo součástí veřejné domény rovněž tehdy, když se autor rozhodne dílo poskytnout na základě veřejné bezúplatné licence.⁷⁹

Autorským dílem není námět díla sám o sobě. Není jím ani myšlenka, postup, princip, metoda, objev či vědecká teorie, etc. Objevitel si nemůže takové údaje monopolizovat a ty

⁷⁴ *Milpurrruru v. Indorfum Pty Ltd.* Rozsudek *Federal Court of Australia* ze dne 13. prosince 1994.

⁷⁵ ELSEN, Albert Edward; MERRYMAN, John Henry. *Law, Ethics, and the Visual Arts. Fourth Edition.* Hague: Kluwer Law International, 2002, s. 294-295.

⁷⁶ ĀHRÉN, Mattias. *Indigenous Creativity and the Public Domain - Terra Nullius Revisited?* In: HEINAMAKI, Leena; NUORGAM, Piia; VALKONEN, Sanna; XANTHAKI, Alexandra (eds.). *Indigenous Peoples' Cultural Heritage Rights, Debates, Challenges.* Leiden; Boston, MA: Brill Nijhoff, 2017, s. 130.

⁷⁷ Obsahově nejbliže má v českém právním řádu k *public domain* pojem *volné dílo*.

⁷⁸ PRCHAL, Petr. *Výjimky a omezení práva autorského, náhradní odměny.* In: SRSTKA, Jiří, et al. *Autorské právo a práva související. Vysokoškolská učebnice.* Praha: Leges, 2017, s. 140.

⁷⁹ *Ibid.*, s. 141.

tudíž patří do obecného fondu⁸⁰ (alternativní překlad public domain do češtiny⁸¹). „Každé autorské dílo se skládá nejméně ze dvou komponent: obecného fondu a jeho autorskoprávního ztvárnění.“⁸² Z tohoto je patrné, že žádné autorské dílo nevznikne *ex nihilo*, vždy je navazováno na preexistující prvky. Počet zmíněných komponent se rozmnožuje s každým dalším autorskoprávním tvůrčím přínosem navazujícím na původní dílo. Tehdy mluvíme o *derivativní*⁸³, *odvozené* nebo též *sukcesivní* tvorbě, v jejímž důsledku „obě díla, jak prvotní, tak i odvozeně vzniklé nové dílo původní, existují paralelně vedle sebe.“⁸⁴ Do public domain spadá všechno, co je předmětem veřejného užívání nejen z hlediska obsahu, ale i formy vyjádření. Seznam nechránitelných prvků (noncopyrightable elements) byl americkým soudem sestaven ve sporu *Alexander v. Haley*.⁸⁵

- a) fakta historická či současná;
- b) materiál zjistitelný z obecných zdrojů, public domain, národní zvyky⁸⁶;
- c) *scène à faire* (nepostradatelné prvky, standardní náležitosti jednotlivých žánrů);
- d) jazyková klišé, metafory, základní jazykové prvky;
- e) *setting* (aranžmá, situace).

Séverine Dusollier ve své studii⁸⁷ zpracované pro WIPO člení public domain následovně:

- a) ontologická (*prosté informace, myšlenky, styly, etc.*);
- b) nesplňující podmínky pro ochranu (*neoriginální díla, některá zahraniční díla*);
- c) časová (*po expiraci ochrany*);
- d) úřední;
- e) dobrovolná (*Creative Commons, open-data, open source, open access, etc.*).

⁸⁰ ŠALOMOUN, Michal. *Ochrana názvů, postav a příběhů uměleckých děl*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 19.

⁸¹ Termíny *public domain*, *veřejná doména* a *obecný fond* užívám v této práci synonymně.

⁸² KNAP, Karel. *Užití autorského díla*. In: *Aktuální otázky práva autorského, práv průmyslových a práva soutěžního*. Praha: Univerzita Karlova, 1974, s. 34.

⁸³ Derivativní díla upravuje např. *Bernská úmluva o ochraně literárních a uměleckých děl* v článku 2 odst. 3, jenž stanoví, že: „Překlady, úpravy, hudební úpravy a jiná zpracování literárního nebo uměleckého díla jsou chráněny jako díla původní bez újmy autorského práva k původnímu dílu.“

⁸⁴ TELEČ, Ivo; TŮMA, Pavel. *Autorský zákon: komentář (EVK)*. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 7.

⁸⁵ *Alexander v. Haley*. Rozsudek *US District Court for the Southern District of New York* ze dne 20. září 1978.

⁸⁶ V originále *folk custom*.

⁸⁷ CDIP/4/3/REV./STUDY/INF/1. *Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain*. Dostupné z: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/cdip_4/cdip_4_3_rev_study_inf_1.pdf.

Na public domain se lze dívat optikou utilitární a etickou. V pracovních textech připravovaných IGC se často o veřejné doméně píše, že by měla být robustní (*robust*) a živá (*vibrant*). Otázkou zůstává, zda by do ní měly spadat i všechny TCEs. Pakliže ne, je obezřetné počítat s možnou řetězovou reakcí.

1.4.1. *Domaine public payant*

Zvláštním typem veřejné domény je *domaine public payant*⁸⁸ (standardně užívaný francouzský termín se do angličtiny překládá jako *paying public domain*, česky bychom snad mohli říci *zpoplatněná veřejná doména*). V tomto pojetí je užívání prvků z public domain zatíženo poplatky⁸⁹. Systém funguje obdobně jako nucené licence. Uživatel je povinen zaplatit stanovený poplatek, není třeba předem získávat souhlas s užitím.

U zrodu tohoto konceptu byl spisovatel Victor Hugo, který byl jeho výrazným zastáncem. Přál si, aby takto získané příjmy plynuly do finančního fondu podporujícího mladé umělce. Nápad podporovat tímto způsobem příští generace tvůrců se tenkrát setkal s vcelku kladným ohlasem. Výše poplatků i jejich vyměňování se v jednotlivých jurisdikcích, kde dnes tento princip funguje, velice různí. Příjmy jsou většinou určeny na kulturní, vzdělávací a jinak dobročinné účely. Zvláštním případem je Alžír, kde jsou tyto peníze investovány do zachování public domain jako takové, většinou v podobě příspěvků na zpřístupňování jejích složek (rozvoj depozitářů, digitalizace, etc.). *Domaine pulic payant* je samozřejmě spojena s jistými administrativními náklady a o jejím ekonomickém přínosu lze pochybovat. V IGC ovšem toto řešení bývá některými státy často navrhováno jako možný způsob kompenzace domorodých obyvatel za užívání jejich TCEs.

⁸⁸ WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8. *Note on the Meanings of the Term "Public Domain" in the Intellectual Property System with Special Reference to the Protection of Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions*. Dostupné z: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_17/wipo_grtkf_ic_17_inf_8.pdf.

⁸⁹ Nastavení tohoto systému se v jednotlivých státech, které jej uplatňují, různí. Někde je zpoplatněno pouze komerční užití public domain. Co do rozsahu, často se poplatky týkají jen části public domain představované díly, u nichž již uplynula doba ochrany. Některé země však poplatky vybírají i za folklorní část public domain.

2. VZTAH DUŠEVNÍHO VLASTNICTVÍ A FOLKLORU

„Duševní vlastnictví a domorodé znalosti jsou koncepty, které se po dlouhou dobu ubíraly oddělenými historickými cestami.“⁹⁰ „Autorskoprávní normy etablované v polovině 18. století daly vzniknout silné dualitě mezi moderními psanými kulturami soustředěnými kolem individuálních autorů a staršími kulturami bez písemných základů zakořeněnými v komunitách.“⁹¹ Někdy zaznívá, že je třeba „eliminovat etnocentrickou jednostrannost“⁹² soudobého mezinárodního práva a brát více v potaz i „newesternizované společnosti“⁹³ PDV je dle mnohých zatíženo svým evropským původem a prosazuje tak pro domorodé obyvatelstvo cizí či nesrozumitelné interpretace pojmů. V této části práce se pokusím předejít, jaký je vztah duševního vlastnictví a folkloru v současnosti. Chci naznačit nejvýraznější aspekty jejich koexistence a učinit reflexi o kompatibilitě těchto dvou fenoménů.

2.1. Povaha vztahu duševního vlastnictví a folkloru

Systém práva duševního vlastnictví, jak jej známe dnes, nabízí širokou paletu sofistikovaných a flexibilních nástrojů umožňujících určitou měrou chránit tradiční i nové duševní vlastnictví. Zároveň je potřeba říci, že tento současný systém potřebám folkloru nevyhovuje stoprocentně. Lze dokonce vysledovat i některé jejich velmi nekompatibilní prvky. Většina rozporů vyvstává ze samostatné povahy folkloru a týkají se například důrazu na autorství a originalitu či mechanismů fungování vyspělých trhů. Mnoho TCEs v důsledku této disonance stojí mimo dosah ochrany PDV, přičemž rozšíření masových médií zintenzivnilo potřebu řešení tohoto stavu, když současně nabývají na významu ekonomické souvislosti problému.⁹⁴

Do této chvíle nebylo PDV folkloru nijak výrazněji přizpůsobováno. Bude-li ke změnám přistoupeno, bylo by dobré mít na paměti, že právní normy adaptované potřebám TCEs by

⁹⁰ DRAHOS, Peter; FRANKEL, Susy. Indigenous Peoples' Innovation and Intellectual Property: The Issues. In: DRAHOS, Peter; FRANKEL Susy (eds.). *Indigenous People's Innovation: Intellectual Property Pathways to Development*. Canberra: ANU E Press, 2012, s. 1.

⁹¹ DOMMANN, Monika. Lost in tradition? Reconsidering the history of folklore and its legal protection since 1800. In: GRABER, Christoph Beat; BURRI-NENOVA Mira (eds.). *Intellectual property and traditional cultural expressions in a digital environment*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2008, s. 15.

⁹² POSPÍŠIL, Leopold. *Etnologie práva: Teze ke studiu práva z mezikulturní perspektivy*. Praha: Setout, 1997, s. 7.

⁹³ *Ibid.*, s. 74.

⁹⁴ BURRI, Mira. *Digital Technologies and Traditional Cultural Expressions: A Positive Look at a Difficult Relationship*. In: *International Journal of Cultural Property*. *International Cultural Property Society*, Vol. 17, No. 1., 2010, s. 35.

neměly v důsledku své přílišné neohebnosti vést k tomu, že ochrana folkloru bude stižena rigiditou spíše budující než bourající překážky.⁹⁵ Přijmeme-li příliš přísná pravidla, věci přestanou fungovat. Přitakávám názoru, že nelze plně vyhovět všem dnes vznášeným požadavkům na zásadní změny, neboť to by mohlo vyescalovat v „erozi“⁹⁶ stávajícího systému PDV. Takovéto rozmělnění a znepřehlednění by nepřineslo užitek nikomu ze zúčastněných. Zajisté by však nebylo žádoucí ponechat bez jakéhokoliv řešení situaci, kdy ohledně „srových zdrojů“⁹⁷ sílících na hospodářské hodnotě nevládne širší a stabilní mezinárodní konsensus.

Vztah duševního vlastnictví a folkloru má vedle toho, že se prolíná celým spektrem PDV, i politické, historické, kulturní, náboženské a etické rozměry, což nazírání na něj značně ztěžuje. V jisté zkratce lze napsat, že domorodé obyvatelstvo by rádo docílilo aplikovatelnosti PDV na veškeré TK a TCEs a všechny podoby jejich užití, včetně možnosti omezení přístupu k nim pro ostatní. Realizaci této představy v konvenčním systému PDV překáží kromě názorové polarizace také nejasnosti například ohledně:

- předmětu ochrany (chybí dostatečně přesné obecně uznávané definice);
- identifikace vlastníků, správců a dalších odpovědných subjektů;
- mechanismu, rozsahu a délce ochrany;
- vymezení případné role státních institucí či jiných příslušných národních orgánů;
- rozhodnutí o případné retroaktivitě ochrany a možných přechodných opatřeních;
- provázanosti mezinárodní a národní ochrany.

2.2. Zájmy v průsečíku duševního vlastnictví a folkloru

V hypotetickém zjednodušeném obecném scénáři⁹⁸ PDV lze potkat tři typy postav: tvůrce (*creators*), spotřebitele (*consumers*) a výrobce (*producers*). U každého typu lze vysledovat jeho zájmy rázu právního i mimoprávního. Tvůrci za svoji práci žádají výdělek (spravedlivou odměnu), uznání a respekt. Kladou důraz na své autorství, chtějí chránit svá práva majetková i osobnostní. Spotřebitelé (a možní následní tvůrci) chtějí, aby zdroje

⁹⁵ Ibid., s. 50.

⁹⁶ DOBŘIČOVSKÝ, Tomáš. Op. cit., s. 215.

⁹⁷ ANDERSON, Jane. Op. cit.

⁹⁸ DUTFIELD, Graham; SUTHERSANEN, Uma. *Global Intellectual Property Law*. Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, 2008, s. 52.

inspirace byly pokud možno volně dostupné (mechanicky i ekonomicky). Podporují veřejný zájem a koncept veřejné domény. Vítají výjimky a omezení ochrany PDV. Vyhovuje jim možnost různě experimentovat s duševním vlastnictvím jiných a odvolávají se na svobodu projevu. Výrobci si přejí férovou obchodní soutěž, jasné a předvídatelné právní prostředí, bezproblémovou a rychlou vymahatelnost práva. Klíčová je pro ně ochrana jejich investic.

V průsečíku duševního vlastnictví a folkoru jsou zájmy reprezentovány v zásadě dvěma skupinami (pomiňme nyní některé specifické státy či jejich skupiny): rozvojovými zeměmi⁹⁹ a rozvinutými zeměmi. Z rozvojového světa, pro nějž je příznačná spíše nižší úroveň ochrany duševního vlastnictví, zaznívá volání po sdílení výhod (*benefit-sharing*), rovnosti (*equity*), podpoře národních ekonomik, důsledné ochraně životního prostředí a kulturního bohatství. Důraz je kladen na koherenci mezinárodního práva a práv národních.

Rozvinuté země oponují, že požadavky na ochranu TK a TCEs jsou do značné míry motivovány snahou o získání výhodnější pozice při dalších vyjednáváních na poli PDV¹⁰⁰. Domnívají se, že jejich důvodem není čistě touha pomoci domorodému obyvatelstvu. Tyto požadavky jsou rozvinutými zeměmi notně vnímány jako záměr rozvojových zemí využít téma tradičních znalostí pro prosazení svých cílů v ne přímo souvisejících oblastech PDV. Nadto rozvinuté země viní rozvinutý svět z toho, že sám (až na pár výjimky) činí v oblasti TCEs a TK jen velmi málo. Většina rozvojových zemí si přeje ponechat TCEs a TK ve veřejné doméně a nechce příliš narušovat právní jistotu. Rozvinutý svět předesílá, že museli-li by v nově nastaveném systému uživatelé TCEs a TK vyhovovat nejrůznějším podmínkám, mělo by to pro ně dosti demotivující¹⁰¹. V tom okamžiku by se téměř vytratil obchodní zájem o TCEs a TK. Rozvinutým světem by s jejich přispěním nadále nebyly generovány zisky a stěží by se tak dalo hovořit jejich sdílení (*benefit-sharing*).¹⁰² Shoda v obou táborech panuje na tom, že větší ekonomická soběstačnost rozvojových zemí by byla všeobecně prospěšná. Rozvojové státy tradičně představují (téměř) čisté dovozce nehmotných statků. V momentě, kdy by se jim

⁹⁹ V angličtině často uváděné pod zkratkou LDCs (*least developed countries*).

¹⁰⁰ NÚÑEZ, Rosa Giannina Alvarez. *Intellectual Property and the Protection of Traditional Knowledge, Genetic Resources and Folklore: The Peruvian Experience*. In: Max-Planck Yearbook of United Nations Law. Heidelberg: Max-Planck-Institut for Comparative Public Law and International Law and the University of Chile, Volume 12/2008, s. 498.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Pozoruhodná je v tomto ohledu situace kolem tzv. *pralesní lékárny (jungle pharmacy)*. Některé rozvinuté země deklarují, že technologie výroby syntetických látek jsou již natolik pokročilé, že se odvětví farmacie bez doposud užívaných přírodních zdrojů vlastně docela dobře obejde. Jednodušší než dostát přehnané regulaci TK a TCEs by tak podle nich bylo investovat do testů nových léčiv. Ibid.

podářilo proměnit folklor ve zdroj financí, vyrovnala by se alespoň zčásti tato asymetrie¹⁰³. Velice však záleží na konkrétním provedení. V současnosti neexistuje dostatek statistických údajů o komerčním využívání folkloru. Postup oceňování TCEs ve smyslu cenotvorby je rovněž velkou neznámou.¹⁰⁴ Nikdo tak nedokáže dostatečně spolehlivě určit možné ekonomické dopady změn v systému PDV souvisejících s TCEs.¹⁰⁵ Zřejmé však je, že zesílená ochrana folkloru nemusí nutně vyústit v navýšení příjmů rozvojových zemí.¹⁰⁶

2.2.1. Folklor jako kulturní dědictví lidstva

V tomto bodě chci ukázat, že sociální aspekt folkloru může být vnímán na dvou úrovních. TCEs mohou být považovány jednak za zdroj kulturní identity konkrétní skupiny a její integrální součást, jednak jako kulturní dědictví společné pro celé lidstvo, které má být sdíleno, nikoli monopolizováno. Projevuje se tak i celospolečenský zájem. V té souvislosti je na místě odlišování ochrany v právním smyslu (*protection*) a památkové péče, neboli uchovávání (*preservation, safeguarding*). Na uchování „má zájem mnoho subjektů – lidstvo, stát a jeho obyvatelé, domorodé obyvatelstvo, jednotlivci.“¹⁰⁷ O právní ochranu „stojí primárně držitelé TCEs, jsou-li identifikováni.“¹⁰⁸ Na zachování folkloru jsou zainteresovány organizace jako UNESCO, *Mezinárodní folklorní organizace (IOV)*, *Mezinárodní rada organizátorů folklorních festivalů a lidového umění (CIOFF)*, různé muzejní asociace, nevládní organizace, etc.

Většina forem duševního vlastnictví zakládá soukromá majetková práva za účelem kontroly využívání příslušných statků a povzbuzení k další tvorbě. Památková péče se zabývá vyhledáváním, restaurováním, revitalizací, dokumentací, popularizací a obdobnými činnostmi ve vztahu ke kulturnímu dědictví. Rozdíl v obou pojetích si lze ukázat na tradičním příběhu zaznamenaném kdysi dávno na kousku tkaniny. Vhodně zvolené právo by mohlo domorodé komunitě umožnit komukoli mimo ni zabránit v užívání příběhu (jeho adaptacích, přetištění,

¹⁰³ PERLMAN, Marc. *Traditional Cultural Expressions*. In: ROBINSON, Daniel F.; ABDEL-LATIF, Ahmed; ROFFE, Pedro (eds.). *Protecting traditional knowledge: the WIPO intergovernmental committee on intellectual property and genetic resources, traditional knowledge and folklore*. New York, NY: Routledge, 2017, s. 173.

¹⁰⁴ PALETHORPE, Stephen; VERHULST, Stefaan. *REPORT ON THE INTERNATIONAL PROTECTION OF EXPRESSIONS OF FOLKLORE UNDER INTELLECTUAL PROPERTY LAW*. University of Oxford and European Commission: Directorate-General (DG) for Internal Market, 2000, s. 22.

¹⁰⁵ Ibid., s. 23.

¹⁰⁶ Ibid., s. 24.

¹⁰⁷ BLAKE, Janet E. *International Cultural Heritage Law*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2015, s. 231.

¹⁰⁸ Ibid.

etc.). Pokud však příběh (případně i jazyk, v němž je napsán) bude znát jen několik málo lidí, je tu jistě prostor pro zapojení památkové péče, která usnadní jeho uchování pro příští generace. Památkáři mohou být nápomocni i v okamžiku, kdy textilie jakožto nosič začne měnit svoji podobu.¹⁰⁹

Někteří akademici hlásají, že je třeba při ochraně TCEs postupovat tak, aby byl folklor zachován pro všechny, včetně domorodých lidí, ne jen pro úzkou skupinu.¹¹⁰ Jiní hovoří o zažité „ochraně folkloru 1.0“ coby konzervační (kurátorský přístup, ochrana před vnějšími hrozbami, neměnnost), již vyhovuje vytváření nových forem práva pro staré předměty, a pokročilější „ochraně folkloru 2.0“ coby inovativní (více než jen archivářský přístup, odolávání vnitřním hrozbám a životnost).¹¹¹

2.3. Problematické způsoby nakládání s folklorem

V této kapitole popisují dva z nejčastějších problematických způsobů nakládání s folklorem, kterými jsou *apropriace* a *autentifikace*. Pro lepší představu jsou doprovázeny i o několik medializovaných případů, které slouží jako názorná ukázka.

Apropriací se v širším kontextu rozumí *přivlastnění*. Může být chápána také jako „specifický případ užití cizího díla, jenž je typický pro sféru vizuálního umění posledních několika dekád“.¹¹² Touto tvůrčí metodou vznikají odvozená díla v podobě různých fúzí.¹¹³ *Apropriující* umělci si většinou neobstarávají žádná svolení od původních autorů, kvůli čemuž tuto metodu provázejí kontroverze.¹¹⁴ Jindy je *apropriace* pojmována z historického pohledu a spojována s koloniální érou a obdobími migračních vln, v jejichž důsledku se artefakty ze vzdálených končin dostaly do sbírek různých muzeí. Pro TCEs je však nejpřílehavější pojetí *kulturní appropriace*,¹¹⁵ jak je chápáno dnes. V tomto případě jde o přebírání (většinou za současného

¹⁰⁹ WIPO. *Consolidated Analysis of the Legal Protection of Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore*. Geneva, 2004, s. 12.

¹¹⁰ CARPENTER, Megan M. *Intellectual Property Law and Indigenous Peoples: Adapting Copyright Law to the Needs of a Global Community*. In: *Yale Human Rights & Development Law Journal*. Vol. 7, No. 51, 2004, s. 77.

¹¹¹ PAGER, Sean A. *Folklore 2.0: Preservation Through Innovation*. In: *Utah Law Review*, Vol. 2012, No. 4, 2012, s. 2.

¹¹² SÝKORA, Matěj. *Autorské právo a vizuální umění v postmoderní době*. In: ŠTĚPÁNKOVÁ, Markéta et al. *Vybrané otázky z art práva*. Brno: Masarykova univerzita, 2017, s. 53.

¹¹³ Za *apropriativní* by se dalo v jistém směru považovat i Gauguinovo tahitské a Picassovo protokubistické africké období.

¹¹⁴ Klasická *apropriáční* kauza je americký případ z roku 1988 známý jako *Rogers v. Koons*. Výjev z cizí fotografie štěňat byl tehdy bez dovolení převeden do formy sošky „String of Puppies“. Detaily dostupné z: <https://www.artsy.net/article/artsy-editorial-jeff-koons-8-puppies-lawsuit-changed-artists-copy>.

¹¹⁵ Více o současném fenoménu *kulturní appropriace* dostupné z: <https://fashionmagazine.com/fashion/cultural-appropriation/>.

pozměňování) až absorpci stylů jiných kultur. Touto cestou dochází ke komerčnímu vytěžování folkloru v mnoha průmyslových sektorech. Užití folklorních prvků pro marketingové účely bez hlubšího zájmu o jeho původní význam není nijak ojedinělé. Nepromyšlený merchandising pomíjí kulturní citlivost TCEs, trivializuje je a dává do nepřirozených souvislostí. Jako příklady z oblasti módy lze uvést užívání masajských prvků různými oděvními a obuvnickými domy (např. *Louis Vuitton* či *MBT: Masai Barefoot Technology*)¹¹⁶ a nošení indiánských čelenek modelkami na přehlídkách spodního prádla *Victoria's Secret*.¹¹⁷ Pobouření vzbudila zpěvačka Lady Gaga, když své nové album propagovala v zářivě růžové burce,¹¹⁸ s nevolí kmene Navahů se setkala kolekce *Navajo* amerického řetězce *Urban Outfitters*.¹¹⁹ Rozporuplně byla akceptována zřejmá inspirace společnosti *Dior* rumunskými kroji,¹²⁰ naopak spíše s povděkem za nepřímé promo lokálních výrobců bylo kvitováno zviditelnění indického sáří brandem *Dolce & Gabbana*.¹²¹

Mimo módní odvětví se lze s kulturní aropriací setkat třeba ve filmovém průmyslu – kritizováno bývá zfilmování legend o *Pocahontas*¹²² či *Mulan*¹²³ studiem Walt Disney. Proti komercializaci svého kulturního dědictví opakovaně vystoupili novozélandští Maorové. Jejich komunita protestovala v době, kdy v reklamě automobilky FIAT tančily tanec haka (vyhrazený jen mužským tanečnickům) ženy.¹²⁴ Vymohli si také omluvu od tabákového gigantu *Philip Morris* (za potisk krabiček cigaret maorskými motivy)¹²⁵ či od společnosti *LEGO* (za použití domorodých jmen jako názvů postaviček stavebnice *Bionicles*).¹²⁶ Pojmenovávání ledasčeho domorodými slovy je frekventovaným nešvarem. Namátkou lze uvést čisticí techniku a topidla *Sioux*¹²⁷ nebo terénní vozidlo *Cherokee*¹²⁸ a konfekci *Cherokee*.¹²⁹ Firma

¹¹⁶ Detaily dostupné z: <https://www.ft.com/content/999ad344-fcff-11e7-9b32-d7d59aace167>.

¹¹⁷ Detaily dostupné z: <https://www.harpersbazaar.com/uk/fashion/fashion-news/a13880726/victorias-secret-cultural-appropriation-native-american/>.

¹¹⁸ Detaily dostupné z: <https://www.theatlantic.com/entertainment/archive/2013/08/lady-gaga-shows-cultural-appropriation-newold-way-sell-single/312427/>.

¹¹⁹ Detaily dostupné z: <https://www.cbc.ca/news/canada/north/cultural-appropriation-make-it-illegal-worldwide-indigenous-advocates-say-1.4157943>.

¹²⁰ Detaily dostupné z: <http://www.euronews.com/2018/07/05/romanian-designers-accuse-dior-of-plagiarising-traditional-vest>.

¹²¹ Detaily dostupné z: <https://www.hindustantimes.com/fashion-and-trends/dolce-gabbana-showcase-fashion-s-greatest-chameleon-the-sari/story-a4DV6DzGpmInlrmbxXIRNI.html>.

¹²² Profil filmu dostupný z: <https://www.imdb.com/title/tt0114148/>.

¹²³ Profil filmu dostupný z: https://www.imdb.com/title/tt0120762/?ref=tt_rec_tt.

¹²⁴ Detaily dostupné z: https://en.wikinews.org/wiki/New_Zealand_diplomats:_Fiat_using_Maori_haka_in_television_ad_is_insensitive.

¹²⁵ Detaily dostupné z: https://www.nzherald.co.nz/nz/news/article.cfm?c_id=1&objectid=10379513.

¹²⁶ Detaily dostupné z: <http://edition.cnn.com/2001/WORLD/asiapcf/auspac/06/01/newzealand.maori/index.html>.

¹²⁷ Detaily dostupné z: <https://sioux.com/>.

¹²⁸ Detaily dostupné z: <https://www.jeep.com/cheerokee.html>.

¹²⁹ Detaily dostupné z: <http://www.cheerokeeusa.com/>.

Billabong je převzata z označení Austrálců pro mrtvé rameno vodního toku.¹³⁰ Křesla, sedačky a jídelní stoly *IKEA* jsou pojmenovávány podle názvů míst ve Švédsku (což, zdá se, zatím nikomu nevadí).¹³¹ Přes 25 let trval spor o domorodých obyvatel a washingtonského sportovního klubu o název *Redskins* (ve finále bylo týmu soudem dovoleno název používat).¹³² Nejcitlivější jsou potom situace, kdy při apropriaci dochází k vyzrazení informací, které domorodé obyvatelstvo střeží jako tajné nebo posvátné.

K autentifikaci dochází, když se na trhu potkávají autentické domorodé výrobky a jejich imitace. Spotřebitel bývá klamán lživými údaji o původu napodobenin, které jsou mnohdy za minimální náklady produkovány v rozvinutých zemích. Vydávání falešných variant za pravé TCEs snižuje možnost výtěžku pro tradiční řemeslníky. Předějit se tomu snaží osvětové kampaně neziskových organizací, které zároveň spravují respektované štítky autenticity (např. novozélandská ochranná známka *Toi Iho*¹³³ nebo kanadský *Igloo Tag*¹³⁴). Napadá mě, že zmírněním protíží s autentifikací by pro některé TCEs mohlo být uvádění šarží, které je známé mj. ze segmentu luxusního zboží (verifikace pomocí tzv. *date codes*).

2.4. Terénní průzkum WIPO (*Fact-Finding Missions*)

V rozmezí let 1998 až 1999 provedla WIPO 9 terénních průzkumů (tzv. *fact-finding missions*) s cílem zjistit potřeby a očekávání držitelů TK a TCEs v těchto regionech: *Karibik, jižní Tichomoří, východní a jižní Afrika, západní Afrika, arabské země, Jižní Amerika, Střední Amerika a Severní Amerika*. Při sběru dat byly využívány především metody shromažďování dokumentů, polostrukturovaných rozhovorů a zúčastněného pozorování. Výstupy byly posléze v roce 2001 publikovány v ucelené zprávě¹³⁵, která ve svém závěru shrnuje hlavní zjištěné potřeby a očekávání s upozorněním, že ne všechny mohou být adresovány WIPO, následovně¹³⁶:

¹³⁰ Detaily dostupné z: <https://www.merriam-webster.com/words-at-play/7-bonzer-australian-words/billabong>.

¹³¹ Detaily dostupné na: <https://www.youtube.com/watch?v=2X1JyM9IKU0>.

¹³² Detaily dostupné na: <https://eu.usatoday.com/story/sports/nfl/2018/01/18/appeals-court-vacates-decisions-canceled-redskins-trademark-registrations/1046758001/>.

¹³³ Detaily dostupné na: <http://www.toiho.co.nz/>.

¹³⁴ Detaily dostupné na: <http://iaq.inuitartfoundation.org/inuit-art-foundation-igloo-tag/>.

¹³⁵ WIPO. *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders: WIPO Report on Fact-Finding Missions (1998-1999)*. Geneva, 2001. Dostupné z: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/768/wipo_pub_768.pdf.

¹³⁶ Uvádím zde jen zkrácenou verzi obsáhlého seznamu.

- a) zvolení vhodných termínů nebo popisu předmětu zamýšlené ochrany;
- b) jasné určení, co má a nemá být předmětem zamýšlené ochrany;
- c) prostudování vztahu PDV a kolektivních TK a TCEs;
- d) výzkum zvykových práv domorodého obyvatelstva;
- e) efektivní zvyšování povědomí o otázkách ochrany TK a TCEs u široké veřejnosti, domorodého obyvatelstva, státních úředníků;
- f) zvyšování povědomí o potenciální komerční hodnotě TK a TCEs (včetně vytvoření metod pro oceňování TK a TCEs);
- g) posílení zapojení příslušných národních a regionálních úřadů a odborníků na PDV;
- h) usnadnění dialogu mezi držiteli TK a TCEs a soukromým sektorem, vládními představiteli, neziskovými organizacemi;
- i) testování aplikovatelnosti stávajícího systému PDV na TK a TCEs formou pilotních projektů na lokální úrovni a zpracování případových studií;
- j) testování možností kolektivního nabývání, správy a vymáhání PDV asociacemi držitelů TK a TCEs;
- k) usnadnění přístupu k nástrojům PDV držitelům TK a TCEs;
- l) školení držitelů TK a TCEs v oblasti smluvního práva (vyjednávání, navrhování, implementace);
- m) informování a asistence týkající se vymáhání ochrany TK a TCEs;
- n) technická asistence týkající se dokumentace TK a TCEs;
- o) předcházení nežádoucího nabývání práv k TK (ev. i TCEs) jejich dokumentováním a zveřejňováním¹³⁷ na způsob *prior art*¹³⁸ (přejí-li si toto původní držitelé);
- p) vytvoření a testování *best-practices*, vodítek a modelových smluvních ustanovení (za úzké spolupráce s domorodým obyvatelstvem);
- q) vytvoření nových nástrojů PDV na ochranu TK a TCEs nechráněných stávajícím systémem PDV;
- r) vytvoření *sui generis* systému komunitních nebo kolektivních práv na ochranu TK a TCEs.

¹³⁷ V Indii od roku 2001 funguje národní digitální repozitář *Traditional Knowledge Digital Library (TKDL)*, který je iniciativou indického *Ministerstva AYUSH*, což je unikátní ministerstvo pro ájurvédu, jógu, naturopatii, homeopatii a léčebné postupy unani a siddha. Dostupné na: <http://www.tkdli.res.in>.

¹³⁸ *Prior art* označuje v patentovém právu dosavadní stav techniky. Zahrnuje vše, co je v daný okamžik veřejně známo.

Očekávání a potřeb je, jak vidno, na seznamu dlouhá řada. Domnívám se, že vyhovění všem není reálné. Tím spíše bez vlastní iniciativy tzv. *demandeurs*. Vůbec například není zřejmé, kdo a za jakých podmínek, by měl personálně zajišťovat požadované právního poradenství. Podobných otázek se vynořuje mnoho.

3. FOLKLOR A STANDARDNÍ PRÁVO DUŠEVNÍHO VLASTNICTVÍ

Tato třetí kapitola má sloužit jako přehled slučitelnosti povahy TCEs se standardním, rozuměno konvenčním či klasickým, systémem práva duševního vlastnictví. Na jejím začátku se hodí říct, že typickými rysy tradičních kulturních projevů jsou kolektivnost (sounáležitost) a tradice, (dlouhodobost). Často nejsou nijak hmotně zachyceny a mívají povahu pouhých myšlenek a stylů. V protikladu k tomu PDV je vybudováno na principech individuality, novosti a dočasnosti. Pro poskytnutí ochrany vyžaduje, aby myšlenky byly dle jeho pravidel vyjádřeny a zachyceny. V systému PDV, jak jej známe, většina TCEs spadá do *public domain*. Naopak dílům současným nesoucím odkazy na folklor neno jej nějak přetvářejícím, interpretujícím, současné PDV ochranu přiznává, jelikož dostávají jeho požadavkům. Tato sama o sobě dost komplikovaná výchozí situace je ještě ztěžována rozličnými praktickými aspekty – například tím, že někteří příslušníci domorodého obyvatelstvo neumí číst a psát (neznají tak ani systém not, kterými by mohly být zaznamenány jejich písně) nebo že komunitám schází status právnické osoby.

3.1. Autorské právo

Na folklor většina platných úprav nahlíží z úhlu autorského práva, protože jim pro potřeby TCEs připadá nejpříhodnější. Národní autorské zákoníky by se daly klasifikovat následovně:¹³⁹

- a) nezmiňují folklor (většina evropských států, Austrálie, Kanada, USA, Japonsko);
- b) výslovně vylučující TCEs ze své působnosti (postsovětské republiky, Řecko, Maďarsko);
- c) poskytující přímou ochranu folkloru (nejčastěji africké státy).

Některé národní úpravy na TCEs v praxi vztahují ustanovení čl. 15, odst. 4 **Bernské úmluvy o ochraně literárních a uměleckých děl** (1889) o neuveřejněných dílech neznámých autorů.

¹⁴⁰ **Smlouva WIPO o výkonech výkonných umělců a o zvukových záznamech** (tzv. WPPT, 1996)

¹³⁹ LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Folklore*. In: von LEWINSKI, Silke (ed.). *Indigenous Heritage and Intellectual Property: Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore. Second Edition*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008, s. 371-373.

¹⁴⁰ Ustanovení čl. 15, odst. 4 Bernské úmluvy zní následovně:

v definici výkonných umělců v čl. 2, písm. a) stanoví, že (pro účely této smlouvy): "výkonní umělci jsou herci, zpěváci, hudebníci, taneční a jiné osoby, které hrají, zpívají, přednášejí, recitují, představují, předvádějí nebo jinak provádějí literární nebo umělecká díla anebo výtvary folkloru."

Dle Bernské úmluvy může být autorskoprávní ochrana poskytována literárním a uměleckým dílům. Mnoho TCEs lze pod tyto dvě skupiny podřadit. Většina z nich však na ochranu nedosáhne, protože nesplní požadavky na originalitu, určitelného autora a hmotné zachycení. Folkloru příliš nevyhovuje ani časové omezení autorských práv. Autorskoprávní ochrana navíc nebývá udílána pouhým myšlenkám a stylům.

Autorskoprávní spor s příměsí TCEs byl rozhodován v roce 2015 v USA.¹⁴¹ Lektor bikram jógy, pan Bikram Choudhury, tehdy neuspěl s tvrzením, že série 26 ásan (jógových pozic) a 2 dechových cvičení, kterou vyučoval a dříve knižně zpracoval, je jeho autorským dílem. Soud rozhodl, že o autorské dílo nejde (narozdíl od Choudhuryho knihy), neboť se jedná pouze o myšlenky. Nebylo shledáno dostatečně transformativní užití. V odůvodnění rozhodnutí bylo uvedeno, že sestava nenaplňuje ani znaky choreografického díla.¹⁴²

3.2. Průmyslová práva

Průmyslové vzory chrání vzhled výrobku. Ten spočívá zejména ve znacích jeho linií, barev, tvaru, struktury nebo materiálů. Jde o vizuálně vnímatelnou vlastnost výrobku, nikoliv o jeho technickou podstatu. Průmyslovými vzory by teoreticky bylo možné chránit např. textilní TCEs, sochy a řemeslné výrobky z různých materiálů. I v této oblasti jsou však kladeny požadavky na novost a originalitu, což nejde příliš dohromady s tím, že tradiční vzory již většinou nejsou veřejnosti neznámé.

Ochranné známky slouží k odlišení produktů či služeb jednoho obchodníka od jiných. Může to být vhodný nástroj pro TCEs, s nimiž má být obchodováno. Folkloru vyhovující se jeví

a) *Není-li u neuveřejněných děl známa autorova totožnost, avšak ze všech okolností lze mít za to, že autor je občanem státu Unie, vyhrazuje se zákonodárství tohoto státu možnost, aby určil příslušný orgán, který autora zastupuje a je oprávněn hájit a uplatňovat jeho práva ve státech Unie.*

b) *Státy Unie, které podle tohoto ustanovení přistoupí k takovému určení, uvědomí o tom generálního ředitele písemným prohlášením obsahujícím úplnou informaci o takto určeném orgánu. Generální ředitel sdělí toto prohlášení ihned všem ostatním státům Unie.*

¹⁴¹ Bikram's Yoga College of India, L.P. a Bikram Choudhury v. Evolution Yoga, LLC a Mark Drost a Zefea Samson.

¹⁴² Detaily dostupné z: <https://www.nytimes.com/2015/10/15/us/court-rules-hot-yoga-isnt-entitled-to-copyright.html>.

potenciálně časově neomezená ochrana (platnost lze postupně prodlužovat). Možnosti pro TCEs skýtají i kolektivní a certifikační známky,¹⁴³ které nelpí na individualitě. Praktickými překážkami jsou zde vysoké přihlašovací a obnovovací poplatky. Některé země zavedly v rámci defenzivní ochrany TCEs změny v procesu registrace ochranných známek – příkladem je Nový Zéland, kde registrační úřad zřídil zvláštní maorskou komisi, která se vyjadřuje k přihláškám.¹⁴⁴

Zeměpisná označení jsou v článku 22, odst. 1 Dohody o obchodních aspektech práv k průmyslovému vlastnictví (TRIPS) definována jako označení, která „určují zboží jako zboží, pocházející z území Člena, nebo oblasti, nebo místa tohoto území, jestliže lze danou jakost, pověst nebo jiné charakteristické znaky zboží připsat v podstatě jeho zeměpisnému původu.“¹⁴⁵ Známe jsou vinařské apelace podtrhující tzv. *terroir* (vlastnosti půdy). Zeměpisná označení mohou být řešením pro TCEs zpracovávající přírodní zdroje. Jako zeměpisná označení si potom lze představit tradiční jména sama o sobě. Nebezpečím je zde zdruhovění. „Druhovým označením se rozumí původně zeměpisný název, který ztratil svůj zeměpisný význam a stal se jakožto obecný výraz označením typu výrobku.“¹⁴⁵ Jako příklady zdruhovění lze uvést *bermudy*, *manšestr* a *šampus*.

Daphne Zografos¹⁴⁶ navrhuje jako nejvhodnější ochranu TCEs všechna tzv. *origin-related* (tedy s původem související) práva duševního vlastnictví, kam řadí kolektivní a certifikační známky a zeměpisná označení. Považuje tento přístup za vhodnější než ochranu folkloru založenou na právu autorském a dosavadní *sui generis* návrhy.

3.3. Jiné způsoby ochrany

Vhodným prostředkem ochrany TCEs mohou v současnosti být smlouvy využívající institutů známých z práva občanského a obchodního. Vypomoci by si jistě šlo ustanoveními o nekalé soutěži, obchodním tajemství, trustech, ochraně osobnosti, etc. Dobrým nápadem se zdají být štítky pro TK a TCEs na způsob *Creative Commons*.¹⁴⁷

¹⁴³ Z oblasti certifikace jsou široce známy například značky *Fair Trade* (různé výrobky), *Rainforest Alliance* (káva), *UTZ* (káva, kakao, čaj) nebo *Forest Stewardship Council* (produkty ze dřeva).

¹⁴⁴ Detaily dostupné z: <https://www.iponz.govt.nz/about-ip/trade-marks/practice-guidelines/current/maori-advisory-committee-and-maori-trade-marks/>.

¹⁴⁵ CHARVÁT, Radim. TÝČ, Vladimír. Zeměpisná označení v mezinárodních smlouvách a v právu Evropské unie. Praha: Leges, 2016, s. 35.

¹⁴⁶ ZOGRAFOS, Daphne. *Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions*. Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, 2010, s. 1.

¹⁴⁷ Detaily dostupné z: <http://localcontexts.org/tk/cv/1.0>.

V Austrálii byly vytvořeny vzorové smlouvy a vodítka pro filmový průmysl upravující vztahy s domorodým obyvatelstvem.^{148,149} Jejich autorku, Terri Janke, k tomu přimělo shlédnutí filmu, který „*nekopíroval jen jednu domorodou skupinu, dokonce smíchal prvky z různých kultur.*“ Toto podle ní upevňuje negativní stereotypy a vytváří „*mishmash fictional faux*“ (pomýlenou) představu o domorodém obyvatelstvu.¹⁵⁰ Svěbytným případem angažovanosti původního obyvatelstva v kinematografii je nigerijský Nollywood.

Za zmínku stojí, že na ochranu folkloru je vzpomenuo i v některých bilaterálních mezinárodních smlouvách - například v článku 150 **Dohody o hospodářském přátelství mezi státy EU a státy Karibského fora (CARIFORUM)** z roku 2008 nebo v článku 10.40 **Dohody o volném obchodu mezi EU a Korejskou republikou** z roku 2011.

¹⁴⁸ JANKE, Terri. *Indigenous Cultural Protocols and the Arts*. Sydney: Terri Janke & Company Pty Ltd, 2016. Dostupné z: <http://www.terrijanke.com.au/indigenous-cultural-protocols-and-arts>.

¹⁴⁹ JANKE, Terri. *Pathways & Protocols: A Filmmaker's Guide to Working with Indigenous People, Culture and Concepts*. Sydney: Screen Australia, 2009. Dostupné z: <https://www.screenaustralia.gov.au/getmedia/16e5ade3-bbca-4db2-a433-94bcd4c45434/Pathways-and-Protocols>.

¹⁵⁰ JANKE, Terri. *Avatar Dreaming: Indigenous Cultural Protocols and Making Films Using Indigenous Content*. In: RIMMER, Matthew (ed.). *Indigenous Intellectual Property: A Handbook of Contemporary Research*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2015, s. 177.

4. FOLKLOR A *SUI GENERIS* PRÁVO DUŠEVNÍHO VLASTNICTVÍ

Sui generis znamená „svého druhu“. Označuje něco specifického, odlišného, majícího odchylky či hybridního. V oblasti PDV se *sui generis* pravidly řídí např. databáze, odrůdy rostlin nebo olympijské symboly. Právě úprava *sui generis* je diskutována i v případě folkloru. Ve většině k tématu TCEs dostupné literatury se lze setkat se závěry, že takováto forma by byla pro stávající systém PDV subverzivní. Graham Dutfield podotýká, že v porovnání s tím, že na software PDV hledí jako na literární díla, by toto řešení nebylo až tolik vybočující (sám přitom není příznivcem *sui generis* pojetí pro TK a ani neodpírá softwaru právo na ochranu).¹⁵¹

Sui generis právní ochrana TCEs může být postavena na třech vzájemně kombinovatelných principech:¹⁵² výhradní majetková práva, právo na spravedlivou odměnu, osobnostní práva. V prvním případě (tedy majetkovém režimu) by bylo vyžadováno, aby zájemce o jakékoliv užití TCEs předem získal autorizaci od jejich držitele. Tato autorizace by mohla zahrnovat dohodnuté podmínky užití a informovaný souhlas držitele. Ve druhém případě založeném na odpovědnosti by uživatel nemusel získávat dopředu žádné povolení. Musel by však dostát obecným podmínkám pro užití TCEs (např. ohlášení tohoto užití nebo zaplacení poplatku či odvedení části z užití plynoucího zisku). V režimu osobnostních práv by po uživateli bylo požadováno uvedení zdroje TCEs, nesměl by dílo užít způsobem snižujícím jeho hodnotu a mohl by být zavázán respektovat některá zvyková pravidla držitelů TCEs.

4.1. Přehled dosavadních *sui generis* dokumentů

Mezi první významnější pokusy o *sui generis* úpravu TCEs patří tzv. tuniská modelová pravidla, ***Tunis Model Law on Copyright for Developing Countries*** z roku 1976. Jednalo se o snahu modifikovat autorské právo pro potřeby folkloru, která ve výsledku trpěla mnoha nedokonalostmi, místy byla vnitřně rozporná – např. TCEs přiznávala časově neomezenou ochranu a zároveň mělo být po jejím uplynutí užití díla zpoplatněno skrze *domaine public payant*.¹⁵³

¹⁵¹ DUTFIELD, Graham. *TRIPS-Related Aspects of Traditional Knowledge*. In: *Case Western Reserve Journal on International Law*. Cleveland, Ohio: Case Western Reserve University, Volume 33, Issue 2, 2001, s. 252.

¹⁵² PERLMAN, Marc. *Traditional Cultural Expressions*. Op. cit., s. 178.

¹⁵³ LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Folklore*. Op. cit., s. 447.

Za zdařilejší jsou považována modelová ustanovení společně vytvořená WIPO a UNESCO v roce 1982, ***Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions***. K jejich výrazným rysům patří absence požadavku na hmotné zachycení TCEs, přiznání časově neomezené ochrany, zahrnutí výjimek pro zvykové užití a poctivé užití (*fair use*), zákaz užití posvátných materiálů jiným než tradičním způsobem. Tato ustanovení předpokládají režim, v němž je potřeba pro užití TCEs předem získat souhlas.¹⁵⁴ Dokument byl odborníky přijat veskrze pozitivně a chválen pro jeho flexibilní pojetí.¹⁵⁵ Na otázku, zda by se jeho fungování v praxi osvědčilo, však nikdo nezná odpověď. Několik afrických států přijalo zákony zčásti založené na těchto vzorových ustanoveních, zkušeností je tak jen pomálu.¹⁵⁶

K dalším milníkům v oblasti *sui generis* práv k TCEs a TK patří následující dokumenty:

- ***USA Indian Arts and Crafts Act*** z roku 1990;
- ***Bangui Agreement on the Creation of an African Intellectual Property Organization (OAPI)*** z roku 1999;
- ***Special Intellectual Property Regime Governing the Collective Rights of Indigenous Peoples for the Protection and Defence of their Cultural Identity and their Traditional Knowledge of Panama*** z roku 2000;
- ***Pacific Regional Framework for the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Culture*** z roku 2002.

Ustanovení žádného z nich však nebyla v praxi prověřena natolik, aby mohla být považována za vhodná k celosvětové aplikaci. Ze soukromé platformy (Rockefellerova nadace) vzešla v roce 1994 ***Deklarace z Bellagia***, která stávající přístup PDV k TK a TCEs kritizuje, konkrétní možnosti změn však nenaznačuje.

¹⁵⁴ PALETHORPE, Stephen; VERHULST, Stefaan. *REPORT ON THE INTERNATIONAL PROTECTION OF EXPRESSIONS OF FOLKLORE UNDER INTELLECTUAL PROPERTY LAW*. Op. cit., s. 45.

¹⁵⁵ LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Folklore*. Op. cit., s. 450.

¹⁵⁶ DUTFIELD, Graham. *Protecting Traditional Knowledge and Folklore: A review of progress in diplomacy and policy formulation*. ICTSD-UNCTAD: IPRs & Sustainable Development, 2008, s. 42.

4.2. Návrh článků WIPO pro mezinárodní smlouvu o TCEs

Jak již bylo výše uvedeno, v roce 2000 vznikl ve WIPO *Mezivládní výbor pro duševní vlastnictví a genetické zdroje, tradiční znalosti a folklor*. Jeho zatím poslední, třicáté sedmé, setkání proběhlo v srpnu 2018. Třicáté osmé setkání je naplánováno na prosinec 2018. Cílem vytyčeným v aktuálním mandátu tohoto výboru je dosažení dohody na jednom či více mezinárodních právních nástrojích. Cíl tedy není právě konkrétní, neříká nic o závaznosti těchto nástrojů ani neurčuje časový rámec pro jejich vznik. Schůzky výboru trvají vždy přibližně pět dní a účastní se jich zástupci příslušných úřadů z členských zemí WIPO a pozorovatelé, kterými jsou pracovníci různých mezinárodních organizací, neziskových organizací i reprezentanti domorodého obyvatelstva. To, že domorodí obyvatelé mají pouze roli pozorovatelů, tedy nemohou hlasovat ani sami nic navrhopvat, bývá vnímáno jako jejich nedostatečné zahrnutí do přípravných prací.¹⁵⁷ V roce 2005 byl při WIPO vytvořen fond (*Voluntary Fund for Accredited Indigenous and Local Communities*), který má za pomoci dobrovolných příspěvků usnadnit financování účasti původních obyvatel na jednáních v Ženevě (např. hrazením cestovních nákladů). Dlouhodobě je však podfinancován.

V rámci IGC již bylo provedeno mnoho rozličných analýz na téma ochrany folkloru. Téma je však nadále spojeno se spoustou neznámých. Často jde o základní otázky. Dosavadním nejmatatelnějším výstupem v oblasti TCEs je návrh článků pro jim věnovanou mezinárodní smlouvu (*Draft Articles*).¹⁵⁸ Po jejich úvodní části nazvané v originále „[PRINCIPLES / PREAMBLE / INTRODUCTION]“ následují:¹⁵⁹

- **Článek 1. Cíle „POLICY OBJECTIVES“** (ve 4 alternativních zněních)
 - Pozitivní či negativní vymezení: „*The objective of this instrument is to prevent / deter the offensive use of TCEs.*“ / „*The objective of this instrument is to ensure / encourage the respectful use of TCEs.*“¹⁶⁰

¹⁵⁷ GORDON, Veronica. *Appropriation Without Representation? The Limited Role of Indigenous Groups in WIPO's Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge, and Folklore*. In: *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*. Nashville, TN: Vanderbilt Law School, Volume 16, Issue 3, 2014, s. 629.

¹⁵⁸ WIPO/GRTKF/IC/37/5. *The Protection of Traditional Cultural Expressions: Draft Articles. Facilitators' Rev. 2*. Op. cit.

¹⁵⁹ Pro dokreslení podoby textu přidávám i přesné originální znění názvů jednotlivých článků (vč. závorek a lomítek).

¹⁶⁰ K nejkomplicovanějším článkům vkládám zde světle šedou barvou psaná a dle mého názoru velmi zdařilá a pragmatická alternativní znění, která jejich autorka nazývá „*common-denominator compromises*“ (kompromisy obsahující společné jmenovatele) – text ponechávám v angličtině pro snazší porovnání s názvem článků od IGC. Zdroj: VÉZINA, Brigitte. *Traditional Cultural Expressions: Laying Blocks for an International Agreement*. Op. cit., s. 1.

- **Článek 2. Definice „USE OF TERMS“** (ve 3 alternativních zněních)
- **Článek 3. Předmět ochrany „[ELIGIBILITY CRITERIA FOR [PROTECTION] / [SAFEGUARDING]] / [SUBJECT MATTER OF [THE INSTRUMENT] / [PROTECTION]],“** (ve 3 alternativních zněních)
 - *“The subject matter of this instrument is traditional cultural expressions that are a) created; b) held; c) transmitted; d) maintained in a collective context through the generations; and e. directly linked with their holders who integrally identify with them. Traditional cultural expressions are any forms of creative, literary or artistic expression that embody, manifest or express the collective traditional cultural heritage of their holders.”*
- **Článek 4. Beneficienti „BENEFICIARIES OF [PROTECTION] / [SAFEGUARDING]“** (ve 4 alternativních zněních)
 - *„The beneficiaries of this instrument are Indigenous peoples, as well as local communities and other beneficiaries, as may be determined by national law, who hold, express, create, maintain, use and develop protected traditional cultural expressions.“*
- **Článek 5. Rozsah ochrany „SCOPE OF [PROTECTION] / [SAFEGUARDING]“** (ve 3, resp. 4 alternativních zněních; část třetí alternativy má dvojí podobu – „Option 1“ a „Option 2“)
 - *“Beneficiaries have the right to have their TCEs used in a respectful / non-offensive manner.”*
- **Článek 6. Správa práv „ADMINISTRATION OF [RIGHTS] / [INTERESTS]“** (ve 2 alternativních zněních)
- **Článek 7. Výjimky a omezení „EXCEPTIONS AND LIMITATIONS“** (ve 4, resp. 5 alternativních zněních; část čtvrté alternativy ve dvou různých zněních)
 - *„Member states may adopt justifiable exceptions and limitations necessary to protect the public interest where it is disproportionately and unreasonably prejudiced, provided such exceptions and limitations are limited to certain special cases, do not conflict with the normal utilization of the traditional cultural expressions by the beneficiaries and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of beneficiaries nor unduly prejudice the implementation of this instrument.“*

- **Článek 8. Doba trvání ochrany** „*TERM OF [PROTECTION]/[SAFEGUARDING]*“ (ve 3 alternativních zněních)
- **Článek 9. Úřední formality** „*FORMALITIES*“ (ve 2 alternativních zněních)
- **Článek 10. Sankce, nápravná opatření a výkon práv** „*SANCTIONS, REMEDIES AND EXERCISE OF [RIGHTS]/[INTERESTS]*“ (ve 4 alternativních zněních)
- **Článek 11. Přejícná ustanovení** „*TRANSITIONAL MEASURES*“ (ve 2 alternativních zněních)
- **Článek 12. Vztah k jiným mezinárodním smlouvám** „*RELATIONSHIP WITH [OTHER] INTERNATIONAL AGREEMENTS*“
- **Článek 13. Národní zacházení** „*NATIONAL TREATMENT*“
- **Článek 14. Přeshraniční spolupráce** „*TRANSBOUNDARY COOPERATION*“
- **Článek 15. Posilování kapacit a zvyšování povědomí** „*CAPACITY BUILDING AND AWARENESS RAISING*“

Články 12-15 jsou bez alternativ (rozdílných koncepcí) jako takových, obsahují pouze četné závorky (tzn. neuzavřenou textaci). Takovéto závorky se ovšem hojně vyskytují i ve všech předchozích částech návrhu. Myslím, že i tato krátká ukázka vypovídá o stadiu, v jakém se dokument nachází, a svědčí o tom, že k případnému schválení konečné podoby textu povede v IGC ještě dlouhá cesta.

4.3. Východiska pro *status quo* v IGC

Nalézání východisek pro stávající situaci IGC není v žádném případě snadné. Zaznívá přespříliš odlišných názorů a požadavků. Cestou by mohlo být zjednodušení textu navrhovaných článků, jak bylo naznačeno výše. Je však třeba si určit, zda je nynější prioritou zrychlení práce IGC či preciznost a snaha o vyslyšení všech (je-li toto vůbec možné). Bylo by dobré rovněž ujasnit, jaký prostor má být ponechán pro národní úpravy. Vyskytuje se požadavek na pouhou mezinárodní harmonizaci a využití blanketních norem i snaha o přenesení co největší části agendy na mezinárodní úroveň s odvoláním na to, že nevhodné nakládání s TCEs mívá často přeshraniční rozměr.

Z procedurálního hlediska lze ke zvážení doporučit nejméně tyto tři věci:¹⁶¹

¹⁶¹ VÉZINA, Brigitte. *Traditional Cultural Expressions: Laying Blocks for an International Agreement*. Op. cit., s. 11.

- a) oddělení TCEs od TK a GR – snížení počtu nesourodých zájmů střetávajících se při jednáních
- b) přenesení jednání do pracovních skupin – základní otázky by mohly být věcně předjednány v menších skupinách, jak tomu bývá např. v UNESCO
- c) zvolení hlavního reprezentanta – stát (nebo organizace) s dostatečným technickým i finančním zázemím by mohl tlumočit zájmy vícero zemí (inspirací může být role Světové unie nevidomých při jednáních o *Marrákešské smlouvě o usnadnění přístupu k publikovaným dílům nevidomým a zrakově postiženým osobám* nebo koordinovaný postup tzv. *Like Minded Megadiverse Countries – LMMDCs* při vyjednávání *Nagojského protokolu*)

Daniel Pinto zatupující v IGC Brazílii ve své přednášce „*Towards a consensus [at][on] the IGC*“, v jejímž názvu je zřejmá narážka na text návrhu článků pro TCEs plný závorek, vyzval k zamyšlení, zda se IGC již v některý okamžik více přiblížila k přijetí smlouvy. Pokud ano, kdy a díky čemu to bylo?¹⁶² Pinto také doporučuje inspiraci jednáními o *Marrákešské smlouvě a Nagojském protokolu*. Podotýká však, že v prvním případě panovala od počátku široká shoda na začlenění příslušných výjimek a ve druhém případě šlo o protokol k již existující úmluvě, takže jednání nebyla tak spleťtá jako to v IGC.

Graham Dutfield věří spíše v prosazování změn tzv. zezdola, než „na hřišti“ IGC. „*Představte si, jaký vliv by měla reciproční dohoda mezi, řekněme, Indií, Čínou a Indonésií.*“¹⁶³ Upozorňuje tak na možné prosazení změn pro TCEs díky příkladem jdoucím strategickým aliancím.

¹⁶² PINTO, Daniel R. *Towards a consensus [at][on] the IGC: A view from Brazil*. Prezentace ze semináře o IGC pořádaném v sídle WIPO dne 9. června 2017.

¹⁶³ DUTFIELD, Graham. *Protecting Traditional Knowledge and Folklore: A review of progress in diplomacy and policy formulation*. Op. cit., s. 49.

5. FOLKLOR A ČESKÉ PRÁVO DUŠEVNÍHO VLASTNICTVÍ

Poslední částí před závěrem této práce je krátký exkurs do českého práva. Třebaže TCEs mohou z domácího pohledu působit jako cosi vzdáleného a exotického, stopy folkloru lze nalézt i na našem území.¹⁶⁴ Jak uvádím níže, folklor je implikován i právních předpisech České republiky. Byť je to v porovnání s některými jinými státy úprava spíše minimalistická, odpovídající tomu, že „ze současného českého hlediska lze mít věcné pochyby, zda bychom u nás společenství ve smyslu původního obyvatelstva našli. V našem prostředí existuje snad jen něco, co bychom mohli obecně nazvat know-how¹⁶⁵ obsahující tradiční vědění či jeho obdobu, které je soukromoprávně chráněno jen nepřímo.“^{166,167} Zmínky o TCEs lze přesto v našich právních předpisech spatřit prizmatem veřejnoprávním^{168,169} i soukromoprávním.

V mediálním prostoru se nedávno právní otázky spojené s folklorem vynořily například když fotograf Robert Vano pořídil a jako charitativní kalendář vydal snímky mužů v součástech místních krojů, ovšem bez košil. Dílo *Šohaji*¹⁷⁰ bylo v konzervativních kruzích kritizováno s tím, že jde o hrubou urážku tradic. Jiná část veřejnosti naopak neotřele kontrastní přístup uvítala. Tisk si také povšimnul toho, že Úřad průmyslového vlastnictví v Praze rozhodoval spor o slovní ochrannou známku *Světlovánek*,¹⁷¹ kterou byly pojmenovány dva různé dětské folklorní soubory.

¹⁶⁴ Několik ukávek českého folkloru lze nalézt v seznamech spravovaných UNESCO. V *Reprezentativním seznamu nemateriálního kulturního dědictví lidstva* se vyskytují: slovácký verbuňk (mužský lidový tanec), masopustní obchůzky a masky z Hlinecka, sokolnictví, jízdy králů (lidové slavnosti na jihovýchodě ČR) a loutkářství. Do *Seznamu světového kulturního a přírodního dědictví* byla zapsána vesnická památková rezervace v Holašovicích postavená ve stylu tzv. *selského baroka*. Nejznámějším tuzemským folklorním festivalem je *MFF Strážnice*.

¹⁶⁵ Jako příklad je uváděna *Priessnitzova balneoterapie* – vodoléčebné lázeňské metody mající původ v Jeseníku.

¹⁶⁶ TELEČ, Ivo. *Přírodní léčitelství, tradiční vědění a duševní vlastnictví*. In: *Právní rozhledy: časopis pro všechna právní odvětví*. Praha: C.H. Beck, 10/2016, s. 349.

¹⁶⁷ Nepřímou soukromoprávní ochranou je zde myšlena ochrana před nekalou soutěží anebo pomocí ochrany držby nehmotné věci.

¹⁶⁸ V českém právu jsou začleněny principy obsažené v dokumentu *UNESCO z roku 1989 Doporučení k ochraně tradiční a lidové kultury*. Usnesením vlády ČR byla schválena aktuálně platná *Koncepce účinnější péče o tradiční lidovou kulturu v České republice na období 2016 – 2020*. Centrálním pověřeným pracovištěm pro koordinaci a plnění úkolů souvisejících s touto koncepcí byl jmenován *Národní ústav lidové kultury* (příspěvková organizace Ministerstva kultury ČR). Péče o folklor je zakotvena také ve *Státní kulturní politice na léta 2015 - 2020 (s výhledem do roku 2025)*. Poradním orgánem Ministerstva kultury je *Národní rada pro tradiční a lidovou kulturu*.

¹⁶⁹ Dekretem prezidenta republiky ze dne 27. října 1945 bylo jako veřejnoprávní korporace založeno dnes již zaniklé *Ústředí lidové a umělecké výroby* (ÚLUV). Na Slovensku doposud funguje jeho nástupce *Ústredie ľudovej umeleckej výroby*.

¹⁷⁰ Dokument o projektu *Šohaji* z cyklu České televize *Folklorika* dostupný na: <https://www.ceskatelevize.cz/porady/1102732990-folklorika/314294340030010-vano-foti-sohaje/>.

¹⁷¹ Rozhodnutí o rozkladu bylo vydáno dne 16. října 2017 pod spisovou značkou O-524101.

5.1. Autorskoprávní ochrana folkloru

Pro pořádek uvádím, že ústavněprávní ochrana duševního vlastnictví je v českém právním řádu roztroušena to tři ustanovení: článku 10 (nehmotná práva osobnostní), článku 11 (nehmotná práva majetková) a článku 34 odst. 1 (práva k výsledkům tvůrčí duševní činnosti) usnesení č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod.¹⁷² „Z českého soukromoprávního hlediska nejsou k výtvorům tradiční lidové kultury přiznána absolutní majetková práva sui generis.“¹⁷³ TCEs mohou být (jako cokoliv jiné) předmětem autorského práva, vyhovují-li legálním pojmovým znakům uvedeným v § 2 odst. 1 autorského zákona.^{174,175} Autorskoprávní ochrana může být TCEs u nás ale přiznána pouze, jestliže je obecně známo pravé jméno autora nebo jedná-li se o dílo anonymní¹⁷⁶ či pseudonymní¹⁷⁷ ve smyslu § 7 odst. 1 autorského zákona. Tento osobnostněprávní předpoklad vychází z přirozenoprávní podstaty autorského práva.¹⁷⁸ V praxi naprostá většina TCEs požadavku na znalost osoby autora nedostojí. TCEs bývají organické, autorů bývá vícero a jsou jen obtížně dohledatelní. Kvůli absenci určitelného autorství budou TCEs diskvalifikovány i z ochrany coby díla kolektivní podle § 59 odst. 1 autorského zákona.¹⁷⁹ Folklor nelze podřadit ani pod ustanovení o § 27a autorského zákona o dílech osiřelých.¹⁸⁰

Na TCEs se v Česku nejčastěji aplikuje jedna z výjimek (výluk) z ochrany podle autorského práva. Ustanovení § 3 autorského zákona rozeznává dvě výjimky: pro úřední díla a pro výtvořiny tradiční lidové kultury.¹⁸¹ „Na rozdíl od úředních děl není důvodem výluky [u TCEs] veřejný

¹⁷² TELEČ, Ivo. *Přehled práva duševního vlastnictví: Lidskoprávní základy - Licenční smlouva*. Brno: Doplněk, 2007, s. 72.

¹⁷³ TELEČ, Ivo. *Přírodní léčitelství, tradiční vědění a duševní vlastnictví*. Op. cit., s. 350.

¹⁷⁴ Zákon č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů.

¹⁷⁵ Toto ustanovení určuje, že předmětem autorského práva mohou být literární, jiná umělecká a vědecká díla, jsou-li jedinečným výsledkem tvůrčí činnosti autora. Kumulativně musí být dále splněn požadavek na vyjádření v jakékoli objektivně vnímatelné podobě.

¹⁷⁶ Dílo, které bylo podle projevu vůle autora zveřejněno bez udání jména autora.

¹⁷⁷ Dílo, které bylo podle projevu vůle autora zveřejněno pod krycím jménem autora nebo pod jeho uměleckou značkou. Někdy nazýváno i jako dílo kryptonymní.

¹⁷⁸ TELEČ, Ivo. *Přírodní léčitelství, tradiční vědění a duševní vlastnictví*. Op. cit., s. 350.

¹⁷⁹ Kolektivním dílem je dle tohoto ustanovení dílo, na jehož tvorbě se podílí více autorů, které je vytvářeno z podnětu a pod vedením fyzické nebo právnické osoby a uváděno na veřejnost pod jejím jménem, přičemž příspěvky zahrnuté do takového díla nejsou schopny samostatného užití.

¹⁸⁰ Jde o případy, kdy není určen autor díla, nebo i když je určen, není nalezen ani po provedení důsledného vyhledávání. Institut osiřelých děl se dle článku 1 odst. 2 směrnice o některých povolených způsobech užití osiřelých děl (2012/28/EU) vztahuje pouze na poměrně úzký okruh děl: písemnosti, kinematografická nebo audiovizuální díla a zvukové záznamy (obsažené v archivech).

¹⁸¹ Ustanovení § 3 písm. b) autorského zákona zní: „Ochrana podle práva autorského se nevztahuje na výtvořiny tradiční lidové kultury, není-li pravé jméno autora obecně známo a nejde-li o dílo anonymní nebo o dílo pseudonymní; užití takové dílo lze jen způsobem nesnižujícím jeho hodnotu.“

*zájem na šíření těchto děl a přístup veřejnosti k nim.*¹⁸² Výluka je zde založená na tom, že výkon autorských práv (včetně stanovení doby trvání autorských práv) by byl z důvodu neidentifikovatelnosti autora fakticky nemožný. Autorský zákon limituje užití TCEs na základě této výjimky tak, že k němu může dojít pouze způsobem nesnižujícím hodnotu díla.¹⁸³ Zákon však mlčí ohledně věcné aktivní legitimace k výkonu případné ochrany před užitím porušujícím tento limit. Dle komentáře k autorskému zákonu autorů Telce a Tůmy: „*Lze mít za to, že ochrany (jako tzv. actio popularis) se může domáhat právnická osoba sdružující autory nebo příslušný kolektivní správce.*“¹⁸⁴ Titíž komentátoři doplňují, že: „*Výluka se nevztahuje na tvůrčí zpracování těchto děl, ani na jejich provedení výkonnými umělci či na zvukový a zvukově obrazový záznam nebo vysílání, jehož je dílo tradiční lidové kultury obsahem.*“¹⁸⁵ České právo výkonných umělců je tedy nastaveno tak, že chráněným uměleckým výkonem je i provádění výtvaru tradiční lidové kultury (ustanovení § 67 odst. 1 autorského zákona).

Folkloru se dotýká i ustanovení § 98c autorského zákona o povinnosti uživatelů a dalších osob v souvislosti s uzavíráním smluv v rámci kolektivní správy. Poslední věta jeho čtvrtého odstavce zní po novele provedené zákonem č. 102/2017 Sb. následovně: „*Ustanovení věty první, druhé a třetí neplatí pro provozovatele živé veřejné produkce a dodavatele živé veřejné produkce, pokud budou či byly provozovány pouze výtvaru tradiční lidové kultury povahy hudební ve smyslu § 3 písm. b), kde není pravé jméno autora obecně známo.*“ Přičemž v prvních třech větách jsou stanoveny povinnosti uživatelů a dalších osob týkající se ohlašování akcí a dokládání playlistů (seznamů odehraných skladeb). Novelizací došlo k jednoznačnějšímu vynětí folklorních děl z ochrany autorským zákonem a snížení administrativní zátěže. Folklorní soubory však nejsou osvobozeny od plateb za užití děl autorů zastupovaných Ochranným svazem autorským (OSA).¹⁸⁶

¹⁸² TELEČ, Ivo; TŮMA, Pavel. *Autorský zákon: komentář (EVK)*. Op. cit., s. 81.

¹⁸³ Cf. limity v ustanovení § 11 odst. 5 autorského zákona pro tzv. postmortální (pietní) ochranu a volná díla ve smyslu § 28 autorského zákona (díla, u kterých uplynula doba trvání majetkových práv): „Dílo smí být užit jen způsobem nesnižujícím hodnotu díla. Je-li to obvyklé a nejde-li o dílo anonymní, musí být při jeho užití uveden autor. Ochrany se může domáhat i po zániku majetkových práv osoba autorovi blízká, právnická osoba sdružující autory nebo příslušný kolektivní správce.“

¹⁸⁴ TELEČ, Ivo; TŮMA, Pavel. *Autorský zákon: komentář (EVK)*. Op. cit., s. 81.

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ Dříve existovala hromadná licenční smlouva mezi *Ochranným svazem autorským (OSA)* a *Folklorním sdružením České republiky (FOS ČR)*, na jejímž základě toto sdružení platilo symbolickou měsíční částku za licencování skladeb zastupovaných autorů (nikoliv za použití lidové tvorby neznámých autorů, jak někdy bývalo v médiích nepřesně uváděno). FOS ČR však kvůli své zadluženosti podal koncem roku 2014 insolvenční návrh. Nová smlouva byla uzavřena se *Společností pro lidové tradice Jihomoravského kraje*, která část souborů sdružuje.

5.2. Známková ochrana folkloru

V souvislosti s členstvím v Evropské unii je i pro české výrobky otevřena možnost označení některou z evropských značek kvality potravin.¹⁸⁷ Systém vychází z **Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1151/2012, o režimech jakosti zemědělských produktů a potravin** a sestává ze tří značek: zaručená tradiční specialita¹⁸⁸, chráněné zeměpisné označení,¹⁸⁹ chráněné označení původu.¹⁹⁰ Registrační řízení začínají na národní úrovni a končí rozhodnutím Evropské komise. Žádosti o registraci se v případě zaručených tradičních specialit předkládají Ministerstvu zemědělství ČR, registraci zbylých dvou uvedených značek zprostředkovává Úřad průmyslového vlastnictví v Praze.

V březnu 2016 nastala účinnost novelizačního Nařízení Evropského Parlamentu a Rady (EU) č. 2015/2424, které zavedlo certifikační ochrannou známku Evropské unie. Jak bylo výše v této práci naznačeno, certifikační známky mohou být vhodným instrumentem pro ochranu TCEs. Zákon č. 441/2013 Sb., o ochranných známkách, certifikační ochranné známky prozatím neupravuje. Výhledově však lze doufat v jejich využití i v České republice.¹⁹¹ Český zákon o ochranných známkách vedle známek individuálních zná i známky kolektivní, jež mohou u některých TCEs také nalézt uplatnění.

Ministr kultury ČR od roku 2001 každoročně uděluje vynikajícím lidovým výrobcům titul Nositel tradice lidového řemesla. S udělením titulu je spojeno propůjčení ochranné známky Nositel tradice, a to prostřednictvím licenční smlouvy jednotlivým výrobcům.¹⁹² Spolek *Asociace regionálních značek*¹⁹³ je národním koordinátorem systému regionálního značení, v němž certifikační komise rozhodují o právu žadatelů užívat některou z ochranných známek asociace (nejedná se ovšem o známky certifikační). Podobné regionální značení v menším územním rozsahu organizují i další spolky, např. *Tradice Bílých Karpat*.¹⁹⁴

¹⁸⁷ Detaily dostupné z: <http://eagri.cz/public/web/mze/potravin/znacky-kvality-potravin/>.

¹⁸⁸ Mezi registrované zaručené tradiční speciality patří např. špekáčky a lovecký salám.

¹⁸⁹ Mezi registrovaná chráněná zeměpisná označení patří např. olomoucké tvarůžky, hořické trubičky, pardubický perník, třeboňský kapr, valašský frgál nebo karlovarské oplatky a trojhránky.

¹⁹⁰ Mezi registrovaná chráněná označení původu patří např. Chamomilla Bohemica (odrůda heřmánku pravého), český kmín a žatecký chmel.

¹⁹¹ JIRSA, Tomáš. *Přivalová vlna ve světě ochranných známek - nástup certifikačních známek*. In: DOBŘIČOVSKÝ, Tomáš et al. *Aktuální otázky práva autorského a práv průmyslových*. Praha: Univerzita Karlova, 2017, s. 8.

¹⁹² Detaily dostupné na: <http://www.nulk.cz/nositele-tradice/>.

¹⁹³ Detaily dostupné na: <http://www.regionalni-znacky.cz/>.

¹⁹⁴ Detaily dostupné na: <http://www.tradicebk.cz/>.

ZÁVĚR

Mám za to, že obě mé v úvodu vyslovené hypotézy byly podloženy dostatkem informací svědčících o jejich správnosti. Třicáté sedmé setkání IGC uskutečněné těsně před uzavřením rukopisu této práce nepřineslo žádný průlom, který by situaci ve výboru akceleroval. Ve své letošní zprávě¹⁹⁵ při příležitosti mezinárodního dne domorodého obyvatelstva (9. srpen) ředitel WIPO Francis Gurry svojí rétorikou potvrdil postoj vůči TK a TCEs naznačený už v jeho děkovné řeči z roku 2014, kterou jsem zmínila v úvodu této práce. Bohužel ve věci není od té doby patrný žádný výraznější progres. IGC se momentálně nezdá být příliš akceschopná. Při jejích jednání se stále opakují v podstatě tatáž stanoviska. „*Je obvyklé zaslechnout delegáty, kteří se několik let jednání neúčastnili, mluvit o tom, že při jejich návratu je vše při starém.*“¹⁹⁶ Nezdá se, že by v dohledné době mohlo být přikročeno k diplomatické konferenci, na níž by byl sledovaný dokument přijat. Pakliže k tomu jednoho dne dojde, bude poté ještě nějakou dobu trvat, než bude případná mezinárodní smlouva ratifikována jednotlivými státy. Budoucnost IGC je jen velmi těžko předpověditelná. Pakliže by její mandát po vypršení stávajícího nebyl obnoven, přešla by agenda folkloru ve WIPO pravděpodobně na *Výbor pro rozvoj a duševní vlastnictví (CDIP)*.

Ve druhé části práce bylo vysvětleno, že vztah duševního vlastnictví a folkloru je komplikovaný. Ve třetí části je však naznačeno, že i přesto i ve stávajícím právním systému jsou možnosti, kterých lze pro ochranu TCEs využít. Důležitá je při tom bezpochyby kreativita. Vymahatelná práva poskytovaná stávajícími instrumenty PDV mohou předčít práva, která by nový instrument možná vzletně deklaroval, ale v praxi by byla nefunkční. WIPO jistě může zintenzivnit podporu¹⁹⁷ lokálním úřadům a komunitám v zemích, kde je folklor nejkřiklavěji zneužíván, ale bez jejich vlastního přičinění nebude takováto pomoc dostatečně účinná.

Prostoru pro zlepšení by se jistě našlo více. V současnosti je vymahatelnost práv pro domorodé obyvatelstvo stížena překážkami finančními a jazykovými. Odhaduji však, že úprava *sui generis* by minimálně v počátku mohla kvůli své neusazenosti případná správní či soudní

¹⁹⁵ WIPO. Message from WIPO DG Gurry on the International Day of the World's Indigenous Peoples [online]. 9. srpna 2018 [cit. 28. srpna 2018]. Dostupné z: http://www.wipo.int/tk/en/news/tk/2018/news_0006.html.

¹⁹⁶ PERLMAN, Marc. *Traditional Cultural Expressions*. Op. cit., s. 187.

¹⁹⁷ Vhodnou formou osvěty pro pracovníky úřadů může být např. e-learning WIPO o tradičních znalostech. Dostupné z: https://welc.wipo.int/acc/index.jsf?page=courseCatalog.xhtml&lang=en&cc=DL203E#plus_DL203E.

Pro širokou veřejnost potom může být srozumitelné video o tradičních znalostech fiktivní komunity Yakuanoi, které publikovalo WIPO v březnu 2018. Dostupné z: <https://www.youtube.com/watch?v=3bim1tFE6Tg>.

řízení prodloužit. Podílet se na ochraně tradičních znalostí může jistě i soukromý sektor např. implemetací pravidel do svých programů sociální odpovědnosti (tzv. CSR) a jednotlivci chovající se jako etičtí spotřebitelé. Je potřeba mít realistická očekávání a brát v potaz, že mnohé rozvojové země jsou sužovány fundamentálními problémy v oblasti bezpečnosti, zdraví, energetických zdrojů, potravin či vzdělávání.

SEZNAM ZKRATEK

| | |
|-------------------|--|
| GR | genetické zdroje <i>(genetic resources)</i> |
| IGC | Mezivládní výbor pro duševní vlastnictví a genetické zdroje, tradiční znalosti a folklor <i>(the Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore)</i> |
| PDV | právo duševního vlastnictví |
| TCEs / EoF | tradiční kulturní projevy / projevy folkloru <i>(traditional cultural expressions / expressions of folklor)</i> |
| TK | tradiční znalosti <i>(traditional knowledge)</i> |
| UNESCO | Organizace OSN pro vzdělání, vědu a kulturu <i>(the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization)</i> |
| WIPO | Světová organizace duševního vlastnictví <i>(the World Intellectual Property Organization)</i> |

SEZNAM ZDROJŮ

Monografie

- BLAKE, Janet E. *International Cultural Heritage Law*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2015. ISBN 978-0-19-872351-6.
- BUSCH, Anna Friederike. *Protection of Traditional Cultural Expressions in Latin America: A Legal and Anthropological Study*. Berlin; Heidelberg: Springer-Verlag, 2015. Munich Studies on Innovation and Competition, Volume 3. ISBN 978-3-662-46769-5.
- CHARVÁT, Radim. TÝČ, Vladimír. *Zeměpisná označení v mezinárodních smlouvách a v právu Evropské unie*. Praha: Leges, 2016. ISBN 978-80-7502-187-8.
- DOBŘICHOVSKÝ, Tomáš. *Moderní trendy práv k duševnímu vlastnictví v kontextu evropského práva, dohody TRIPS a aktivit WIPO*. Praha: Linde, 2004. ISBN 80-7201-467-6.
- DUTFIELD, Graham; SUTHERSANEN, Uma. *Global Intellectual Property Law*. Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, 2008. ISBN 9781848443860.
- DUTFIELD, Graham. *Protecting Traditional Knowledge and Folklore: A review of progress in diplomacy and policy formulation*. ICTSD-UNCTAD: IPRs & Sustainable Development, 2008. Dostupné z: https://www.ictsd.org/sites/default/files/downloads/2008/06/cs_dutfield.pdf.
- ELSEN, Albert Edward; MERRYMAN, John Henry. *Law, Ethics, and the Visual Arts. Fourth Edition*. Hague: Kluwer Law International, 2002. ISBN 90-411-9882-2.
- JOHNS, Adrian. *Piráctví: boje o duševní vlastnictví od Gutenberga po Gatese*. Brno: Host, 2013. ISBN 978-80-7294-711-9.
- SCAFIDI, Susan. *Who owns culture?: Appropriation and Authenticity in American law*. New Brunswick, N.J.: Rutgers University Press, 2005. ISBN 9780813537856.
- MCLUHAN, Marshall. *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*. Toronto: University of Toronto Press, 1962. ISBN 9781442690615.
- MYŠKA, Matěj. *Veřejné licence*. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2014. Edice Scientia, č. 497. ISBN 978-80-210-7538-2.
- PALETHORPE, Stephen; VERHULST, Stefaan. *REPORT ON THE INTERNATIONAL PROTECTION OF EXPRESSIONS OF FOLKLORE UNDER INTELLECTUAL PROPERTY LAW*. University of Oxford and European Commission: Directorate-General (DG) for Internal Market, 2000. Dostupné z: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2000b53001e04_en.pdf.
- POSPÍŠIL, Leopold. *Etnologie práva: Teze ke studiu práva z mezikulturní perspektivy*. Praha: Setout, 1997. ISBN 80-902058-1-4.
- ŠALOMOUN, Michal. *Ochrana názvů, postav a příběhů uměleckých děl. 2. vydání*. Praha: C. H. Beck, 2009. ISBN 8071797936.
- TELEC, Ivo. *Přehled práva duševního vlastnictví: Lidskoprávní základy - Licenční smlouva*. Brno: Doplněk, 2007. ISBN 978-80-7239-206-3.
- VOJČÍK, Peter. *Teorie právní ochrany nehmotných statků*. Brno - Praha: Václav Klemm - Vydavatelství a nakladatelství - Metropolitní univerzita Praha, 2016. ISBN 978-80-87713-16-7.
- ZOGRAFOS, Daphne. *Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions*. Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, 2010. ISBN 9781849806336.

Příspěvky ve sbornících a kolektivních monografiích

ÅHRÉN, Mattias. *Indigenous Creativity and the Public Domain - Terra Nullius Revisited?* In: HEINAMAKI, Leena; NUORGAM, Piia; VALKONEN, Sanna; XANTHAKI, Alexandra (eds.). *Indigenous Peoples' Cultural Heritage Rights, Debates, Challenges*. Leiden; Boston, MA: Brill Nijhoff, 2017. ISBN 9789004342194.

ANTONS, Christoph. *Introduction*. In: ANTONS, Christoph (ed.). *Traditional knowledge, traditional cultural expressions, and intellectual property law in the Asia-Pacific region*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009. ISBN 978-90-411-2721-1.

DOMMANN, Monika. *Lost in tradition? Reconsidering the history of folklore and its legal protection since 1800*. In: GRABER, Christoph Beat; BURRI-NENOVA Mira (eds.). *Intellectual property and traditional cultural expressions in a digital environment*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2008. ISBN 978-1-84720-921-4.

DRAHOS, Peter; FRANKEL, Susy. *Indigenous Peoples' Innovation and Intellectual Property: The Issues*. In: DRAHOS, Peter; FRANKEL Susy (eds.). *Indigenous People's Innovation: Intellectual Property Pathways to Development*. Canberra: ANU E Press, 2012. ISBN 9781921862779.

DUTFIELD, Graham. *Protecting Traditional Knowledge and Folklore*. In: GROSHEIDE, Frederik Willem; BRINKHOF, Jan J. *Intellectual Property Law: Articles on the Legal Protection of Cultural Expressions and Indigenous Knowledge*. Cambridge: Intersentia, 2002. Molengrafica Series, Volume 13. ISBN 9789050952330.

FITZGERALD, Brian; HEDGE, Susan. *Traditional Cultural Expressions and the Internet World*. In: ANTONS, Christoph (ed.). *Traditional knowledge, traditional cultural expressions, and intellectual property law in the Asia-Pacific region*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009. ISBN 978-90-411-2721-1.

GERVAIS, Daniel. *Traditional Innovation and the Ongoing Debate on the Protection of Geographical Indications*. In: DRAHOS, Peter; FRANKEL Susy (eds.). *Indigenous People's Innovation: Intellectual Property Pathways to Development*. Canberra: ANU E Press, 2012. ISBN 9781921862779.

JANEČEK, Petr. *Folklor jako sociální produkt. Subkultury a malé sociální skupiny jako prostředí šíření současného folkloru*. In: JANEČEK, Petr (ed.). *Folklor atomového věku: kolektivně sdílené prvky expresivní kultury v soudobé české společnosti*. Praha: Národní muzeum, 2011. ISBN 978-80-7036-315-7.

JANKE, Terri. *Avatar Dreaming: Indigenous Cultural Protocols and Making Films Using Indigenous Content*. In: RIMMER, Matthew (ed.). *Indigenous Intellectual Property: A Handbook of Contemporary Research*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2015. ISBN 9781781955901.

JIRSA, Tomáš. *Přivalová vlna ve světě ochranných známek - nástup certifikačních známek*. In: DOBŘIČOVSKÝ, Tomáš et al. *Aktuální otázky práva autorského a práv průmyslových*. Praha: Univerzita Karlova, 2017. ISBN 978-80-87975-75-6.

KNAP, Karel. *Užití autorského díla*. In: *Aktuální otázky práva autorského, práv průmyslových a práva soutěžního*. Praha: Univerzita Karlova, 1974.

von LEWINSKI, Silke. *Traditional Knowledge and Folklore – A New Topic in the International Arena*. In: GROSHEIDE, Frederik Willem; BRINKHOF, Jan J. *Intellectual Property Law: Articles on the Legal Protection of Cultural Expressions and Indigenous Knowledge*. Cambridge: Intersentia, 2002. Molengrafica Series, Volume 13. ISBN 9789050952330.

LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Folklore*. In: von LEWINSKI, Silke (ed.). *Indigenous Heritage and Intellectual Property: Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore. Second Edition*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008. ISBN 9789041124920.

MUNKOVÁ, Jindřiška. *Pojem práv duševního vlastnictví*. In: KINDL, Jiří; MUNKOVÁ, Jindřiška; SVOBODA, Pavel. *Soutěžní právo. 2. vydání*. Praha: C. H. Beck, 2012. Beckovy mezioborové učebnice. ISBN 978-80-7400-424-7.

PERLMAN, Marc. *From "Folklore" to "Knowledge" in Global Governance: On the Metamorphoses of the Unauthored*. In: BIAGIOLI, Mario; JASZI, Peter; WOODMANSEE, Martha (eds.). *Making and Unmaking Intellectual Property: Creative Production in Legal and Cultural Perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 2011. ISBN 0226907090.

PERLMAN, Marc. *Traditional Cultural Expressions*. In: ROBINSON, Daniel F.; ABDEL-LATIF, Ahmed; ROFFE, Pedro (eds.). *Protecting traditional knowledge: the WIPO intergovernmental committee on intellectual property and genetic resources, traditional knowledge and folklore*. New York, NY: Routledge, 2017. ISBN 9781317354857.

PRCHAL, Petr. *Výjimky a omezení práva autorského, náhradní odměny*. In: SRSTKA, Jiří, et al. *Autorské právo a práva související*. Vysokoškolská učebnice. Praha: Leges, 2017. ISBN 978-80-7502-240-0.

RAHMATIAN, Andreas. *Universalist Norms for a Globalised Diversity: On the Protection of Traditional Cultural Expressions*. In: MACMILLAN, Fiona (ed.). *New directions in copyright law, Volume 6*. Northampton, MA: Edward Elgar, 2007. ISBN 9781845422653.

SÝKORA, Matěj. *Autorské právo a vizuální umění v postmoderní době*. In: ŠTĚPÁNKOVÁ, Markéta et al. *Vybrané otázky z art práva*. Brno: Masarykova univerzita, 2017. ISBN 978-80-210-8679-1.

TELEC, Ivo. *Autorské právo a práva související jako součást práv k duševnímu vlastnictví*. In: SRSTKA, Jiří, et al. *Autorské právo a práva související*. Vysokoškolská učebnice. Praha: Leges, 2017. ISBN 978-80-7502-240-0.

TYLLNER, Lubomír. *Předmluva*. In: TYLLNER, Lubomír (ed.). *Velké dějiny zemí Koruny české. Tematická řada, Lidová kultura*. Praha: Paseka, 2014. ISBN 978-80-7432-442-0.

ŽÁKOVSKÁ, Karolína. *Práva domorodých národů jako nástroj ochrany životního prostředí*. In: ŠTURMA, Pavel; ŽÁKOVSKÁ, Karolína; et al. *Studie z lidských práv č. 6: Od zákazu diskriminace k ochraně kolektivních práv*. Praha: Univerzita Karlova, 2014. ISBN 978-80-87975-08-4.

Odborné články

BURRI, Mira. *Digital Technologies and Traditional Cultural Expressions: A Positive Look at a Difficult Relationship*. In: *International Journal of Cultural Property*. International Cultural Property Society, Vol. 17, No. 1., 2010. Dostupné z: <https://doi.org/10.1017/S0940739110000032>.

CARPENTER, Megan M. *Intellectual Property Law and Indigenous Peoples: Adapting Copyright Law to the Needs of a Global Community*. In: *Yale Human Rights & Development Law Journal*. Vol. 7, No. 51, 2004. Dostupné z: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yhrdjl/vol7/iss1/2>.

DLEŠTÍKOVÁ, Tereza. *Trestní právo tradičních domorodých komunit v Peru a jejich metody řešení trestních věcí*. In: *Česká kriminologie*. Praha: Česká kriminologická společnost, 02/2017. ISSN 2464-6210. Dostupné z: <http://ceskakriminologie.cz/cs/archiv/2017-2/trestni-pravo-tradicnich-domorodych-komunit-v-peru-a-jejich-metody-reseni-trestnich-veci/Attachment>.

DUTFIELD, Graham. *TRIPS-Related Aspects of Traditional Knowledge*. In: *Case Western Reserve Journal on International Law*. Cleveland, Ohio: Case Western Reserve University, Volume 33, Issue 2, 2001. Dostupné z: <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol33/iss2/4>.

GORDON, Veronica. *Appropriation Without Representation? The Limited Role of Indigenous Groups in WIPO's Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge, and Folklore*. In: *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*. Nashville, TN: Vanderbilt Law School, Volume 16, Issue 3, 2014. Dostupné z: <http://www.jetlaw.org/journal-archives/volume-16/volume-16-issue-3/appropriation-without-representation/>.

JANČÁŘ, Josef. *Folklorismus a komercializace lidové kultury*. In: *Národopisná revue*. Strážnice: Ústav lidové kultury, 02/1999. ISSN 0862-8351. Dostupné z: <http://revue.nulk.cz/pdf/r2-1999.pdf>.

NÚÑEZ, Rosa Giannina Alvarez. *Intellectual Property and the Protection of Traditional Knowledge, Genetic Resources and Folklore: The Peruvian Experience*. In: *Max-Planck Yearbook of United Nations Law*. Heidelberg: Max-Planck-Institut for Comparative Public Law and International Law and the University of Chile, Volume 12/2008. Dostupné z: http://www.mpil.de/files/pdf3/mpunyb_14_thesis_rosa_12.pdf.

OGUAMANAM, Chidi. *Tiered or Differentiated Approach to Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions: The Evolution of a Concept*. In: *CIGI Papers*. Waterloo, Ontario: Centre for International Governance Innovation, No. 185 - August 2018. Dostupné z: <https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Paper%20no.185web.pdf>.

PAGER, Sean A. *Folklore 2.0: Preservation Through Innovation*. In: *Utah Law Review*, Vol. 2012, No. 4, 2012. Dostupné z: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/utahlr2012&div=49&id=&page>.

TELEC, Ivo. *Přírodní léčitelství, tradiční vědění a duševní vlastnictví*. In: *Právní rozhledy: časopis pro všechna právní odvětví*. Praha: C.H. Beck, 10/2016. Dostupné z: <https://www.beck-online.cz/>.

VÉZINA, Brigitte. *Traditional Cultural Expressions: Laying Blocks for an International Agreement*. In: CIGI Papers. Waterloo, Ontario: Centre for International Governance Innovation, No. 169 - April 2018. Dostupné z: https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Paper%20no.169_1.pdf.

Primární zdroje (zákony, mezinárodní smlouvy, etc.)

Bernská úmluva o ochraně literárních a uměleckých děl (1889).

Dohoda o obchodních aspektech práv k duševnímu vlastnictví (tzv. TRIPS, 1995)

FAO. Úmluva Organizace pro výživu a zemědělství o rostlinných genetických zdrojích (2001).

ILO. Úmluva Mezinárodní organizace práce č. 169 o původním a kmenovém obyvatelstvu. (1989).

OSN. Deklarace OSN o právech původních obyvatel (2007).

OSN. Nagojský protokol o přístupu ke genetickým zdrojům a spravedlivém a rovnocenném sdílení přínosů plynoucích z jejich využívání k Úmluvě o biologické rozmanitosti (2010).

OSN. Úmluva o biologické rozmanitosti (1992).

OSN. Úmluva o zřízení Světové organizace duševního vlastnictví (1967).

Rada Evropy. Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod (1950).

UNESCO. Doporučení o ochraně tradiční a lidové kultury (1989).

UNESCO. Úmluva o zachování nemateriálního kulturního dědictví (2003).

WIPO-UNESCO. Modelová ustanovení (1982).

WIPO. Smlouva WIPO o výkonech výkonných umělců a o zvukových záznamech (tzv. WPPT, 1996)

Zákon č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů.

Dokumenty WIPO

CDIP/4/3/REV./STUDY/INF/1. *Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain*. Dostupné z: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/cdip_4/cdip_4_3_rev_study_inf_1.pdf.

WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8. *Note on the Meanings of the Term "Public Domain" in the Intellectual Property System with Special Reference to the Protection of Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions*. Dostupné z: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_17/wipo_grtkf_ic_17_inf_8.pdf.

WIPO/GRTKF/IC/33/5. *TRADITIONAL CULTURAL EXPRESSIONS: A Discussion Paper Submitted by the Delegation of the United States of America*. Dostupné z: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_33/wipo_grtkf_ic_33_5.pdf.

WIPO/GRTKF/IC/34/13. *IDENTIFYING EXAMPLES OF TRADITIONAL KNOWLEDGE TO STIMULATE A DISCUSSION OF WHAT SHOULD BE PROTECTABLE SUBJECT MATTER AND WHAT IS NOT INTENDED TO BE PROTECTED: A Document submitted by the Delegation of the United States of America*. Dostupné z: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_34/wipo_grtkf_ic_34_13.pdf.

WIPO/GRTKF/IC/35/4. *The Consolidated Document Relating to Intellectual Property and Genetic Resources*. Dostupné z: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_35/wipo_grtkf_ic_35_4.pdf.

WIPO/GRTKF/IC/37/4. *The Protection of Traditional Knowledge: Draft Articles, Facilitators' Rev. 2*. Dostupné z: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_37/wipo_grtkf_ic_37_4.pdf.

WIPO/GRTKF/IC/37/5. *The Protection of Traditional Cultural Expressions: Draft Articles. Facilitators' Rev. 2*. Dostupné z: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_37/wipo_grtkf_ic_37_5.pdf.

WIPO/GRTKF/IC/37/INF/7. *Glossary of Key Terms Related to Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions*. Dostupné z: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_37/wipo_grtkf_ic_37_inf_7.pdf.

WIPO. *Consolidated Analysis of the Legal Protection of Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore*. Geneva, 2004. Dostupné z: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/785/wipo_pub_785.pdf.

WIPO. *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders: WIPO Report on Fact-Finding Missions (1998-1999)*. Geneva, 2001. Dostupné z: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/768/wipo_pub_768.pdf.

Judikatura

Alexander v. Haley. Rozsudek *US District Court for the Southern District of New York* ze dne 20. září 1978.

Milpurrurru v. Indofurn Pty Ltd. Rozsudek *Federal Court of Australia* ze dne 13. prosince 1994.

Internetové zdroje

ANDERSON, Jane. *Indigenous/Traditional Knowledge & Intellectual Property* [online]. 2010 [cit. 4. července 2018]. Dostupné z: www.law.duke.edu/cspd/itkpaper.

WIPO. *Acceptance Speech by Francis Gurry on his Reappointment* [online]. 8. května 2014 [cit. 3. června 2018]. Dostupné z: http://www.wipo.int/about-wipo/en/dgo/speeches/a_53_dg_speech.html.

WIPO. *Message from WIPO DG Gurry on the International Day of the World's Indigenous Peoples* [online]. 9. srpna 2018 [cit. 28. srpna 2018]. Dostupné z: http://www.wipo.int/tk/en/news/tk/2018/news_0006.html.

Jiné zdroje

Centrum pre tradičnú ľudovú kultúru. *Elektronická encyklopédia tradičnej ľudovej kultúry*. Dostupné z: <https://www.ludovakultura.sk/encyklopedia/>.

E-mailová konzultace s JUDr. Pavlem Zemanem (Ministerstvo kultury ČR) z června 2018.

PINTO, Daniel R. *Towards a consensus [at][on] the IGC: A view from Brazil*. Prezentace ze semináře o IGC pořádaném v sídle WIPO dne 9. června 2017. Dostupné z: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo iptk_ge_17/wipo iptk_ge_17_presentation_18pinto.pdf.

TELEC, Ivo; TŮMA, Pavel. *Autorský zákon: komentář (EVK)*. Praha: C. H. Beck, 2007. ISBN 978-80-7179-608-4. Dostupné z: <https://www.beck-online.cz/>.

Vysoká škola ekonomická v Praze. *Arts Lexikon: on-line výkladový slovník arts managementu a arts marketingu*. Dostupné z: <http://www.artsllexikon.cz/>.

DUŠEVNÍ VLASTNICTVÍ A FOLKLOR

Abstrakt

Tato diplomová práce je zaměřena na folklor v systému práva duševního vlastnictví a zkoumá stávající i navrhované způsoby jeho ochrany. Ačkoli je pojem *tradičních kulturních projevů* pro právní vědu relativně nový, rychle nabývá na významnosti, zčásti z důvodu jeho politických konotací.

První část představuje čtyři základní termíny: *duševní vlastnictví, folklor, domorodé obyvatelstvo a public domain*. Dále popisuje pojmy *zvykové právo domorodých obyvatel a domaine public payant*.

Druhá část se zaměřuje na vztah mezi duševním vlastnictvím a folklorem. Pojednává o jeho povaze a různých zájmech, které s ním souvisejí. Tato část se na folklor dívá jako na kulturní dědictví lidstva. Nastihuje také hlavní problematické způsoby nakládání s folklorními díly a ilustruje je četnými příklady. Ve svém závěru zmiňuje tzv. *terénní průzkum WIPO*.

Třetí část pohlíží na folklor v rámci standardního práva duševního vlastnictví. Je rozdělena do tří kapitol, jmenovitě *Autorské právo, Práva duševního vlastnictví a Jiné způsoby ochrany*.

Čtvrtá část je věnována *sui generis* právu. Poskytuje přehled snah o změny konvenčního systému práva duševního vlastnictví mířených na jeho přizpůsobení potřebám folkloru. Představuje činnost *Mezivládního výboru pro duševní vlastnictví a genetické zdroje, tradiční znalosti a folklor* založeného *Světovou organizací duševního vlastnictví* v roce 2000. Je zakončena několika návrhy pro zmíněné forum.

Pátá, poslední část se soustředí na právní systém České republiky, konkrétně na možnosti, které pro folklor existují v českém právu duševního vlastnictví.

Obecným cílem této práce je představit téma folkloru v kontextu práva duševního vlastnictví. Tento text nemá najít optimální řešení pro jejich průsečík, jelikož ten vytváří komplexní otázky. Tato práce je aktuální ke dni 1. září 2018.

Klíčová slova: duševní vlastnictví / folklor / tradiční kulturní projev

INTELLECTUAL PROPERTY AND FOLKLORE

Abstract

This thesis focuses on folklore within intellectual property law and examines current and suggested means of its protection. Although the notion of *traditional cultural expressions* is relatively new for jurisprudence, it quickly becomes significant, partly due to its political connotations.

The first part introduces four essential terms: *intellectual property*, *folklore*, *indigenous peoples* and *public domain*. Furthermore, it describes notions of *indigenous customary law* and *domaine public payant*.

The second part focuses on the relation between intellectual property and folklore. It discusses its nature and various interests that are linked to it. The same part looks at folklore as a cultural heritage of humankind. It also outlines main problematic uses of folkloric works and illustrates them with numerous examples. In the end it mentions so called *WIPO Fact-Finding Missions*.

The third part looks at folklore in the framework of standard intellectual property law. It is divided into three chapters, namely *Copyright*, *Industrial Property Rights* and *Other means of protection*.

The fourth part is dedicated to *sui generis* law. It provides an overview of attempts to amend conventional system of intellectual property law in order to better suit the needs of folklore. It presents the work of *the Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore* established at the *World Intellectual Property Organization* in 2000. It concludes with several proposals for this forum.

The fifth part, the last one, concentrates on the legal system of the Czech Republic, in particular on options that exist in Czech intellectual property law for folklore.

The overall aim of this thesis is to introduce the topic of folklore in the context of intellectual property law. This text is not meant to come up with the optimum solution for their intersection, since it creates complex issues. This thesis is up to date to 01 September 2018.

Key Words: intellectual property / folklore / traditional cultural expressions