

46 #3 2023

ТРУДЫ
ПО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ
СОБСТВЕННОСТИ

WORKS
ON INTELLECTUAL
PROPERTY

Vol. 46 #3 2023

WORKS ON INTELLECTUAL PROPERTY

ISSUE TOPICS

- ◆ *10th Anniversary of the Intellectual Property Court*
- ◆ *Transformation of the Information Law*
- ◆ *General Theory of the Authorship*
- ◆ *Content as a Legal Reality*
- ◆ *Australian Union Media Law*
- ◆ *Author's Right to Self-quote*
- ◆ *ChatGPT "reflections" about Authorship*



HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS
NATIONAL RESEARCH UNIVERSITY

MOSCOW 2023

Том 46 #3 2023

ТРУДЫ ПО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

ТЕМЫ НОМЕРА

- ♦ *Суду по интеллектуальным правам — 10 лет*
- ♦ *Трансформация информационного права*
- ♦ *Общая теория авторства*
- ♦ *Контент как правовая реальность*
- ♦ *Медиаправо Австралийского Союза*
- ♦ *Право автора на самоцитирование*
- ♦ *ChatGPT «размышляет» об авторстве*



ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ

НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ

МОСКВА 2023



UNESCO Chair on Copyright,
Neighboring, Cultural
and Information Rights,
HSE University, Moscow,
Russian Federation

The journal is registered on September 16, 2021 in the Federal Service of Supervision of Communications, Information Technology and Mass Media. Certificate of registration of mass media ФC77–81925.

The reproduction of articles and other materials against the will of the copyright holders is prohibited in accordance with paragraph 3 of Art. 1274 of the Civil Code of the Russian Federation.

The RLS "ConsultantPlus" was used when preparing the journal.

The journal is included in the List of peer-reviewed scientific publications recommended by the Higher Attestation Commission of the Ministry of Higher Education and Science of Russian Federation for the publication of the main research results for the degree of candidate and doctor of Legal Sciences.

Subscription Index
Unified catalogue "Russian Press" 11287

Address:
National Research University Higher
School of Economics

20 Myasnitskaya St.
Moscow 101000, Russia

Tel. +7 495 772 95 90 *23017
e-mail: tis@hse.ru

Executive editor:
Ruslan Budnik

Designer
Valery Korshunov

Pre-press
Natalya Puzanova

Proofreader:
Elena Satarova

© National Research University
Higher School of Economics, 2023

ISSN 2225-3475
ISSN 2713-1270 (Online)

WORKS ON INTELLECTUAL PROPERTY

Vol. 46 #3 2023. DOI: [10.17323/tis.2023.v46](https://doi.org/10.17323/tis.2023.v46)

Scientific and analytical journal
Issued since 1999

(Certificates of registration of mass media
018878 dated 28/05/1999 and ФC77–45963 dated 15/07/2011)

Publishers:

National Research University Higher School of Economics
Creativity Center for UNESCO

The journal is published according to the Agreement between UNESCO and the Higher School of Economics on the establishment of the UNESCO Chair in Copyright, Neighboring, Cultural and Information Rights dated August 7, 2020. The authors are responsible for the choice and presentation of views contained in this journal, and for opinions expressed therein, which are not necessarily those of UNESCO and do not commit the Organization as well as of the UNESCO Chair.

Editor-in-Chief

MIKHAIL FEDOTOV (HSE, Russian Federation)

Deputy Editor-in-Chief

RUSLAN BUDNIK (HSE, Russian Federation)

Executive secretary

MARIA KATKOVA (HSE, Russian Federation)

Editorial Council:

YURI BATURIN (Lomonosov Moscow State University, Russian Federation)

IVAN BLIZNETS (Kutafin Moscow State Law University, Russian Federation)

ELENA VOINIKANIS (Kutafin Moscow State Law University, Russian Federation)

EDUARD GAVRILOV (HSE, Russian Federation)

GADIS GADZHIEV (HSE, Russian Federation)

ADOLF DIETZ (Max Planck Society, Germany)

MIKHAIL KRASNOV (HSE, Russian Federation)

PETER MAGGS (University of Illinois, USA)

OLEG NERETIN (Federal Institute of Industrial Property, Russian Federation)

ANGELIKA NUSSBERGER (University of Cologne, Germany)

SERGEY POTAPENKO (Kuban State University, Russian Federation)

ILYA RASSOLOV (Moscow City University, Russian Federation)

ALEXANDR SERGEEV (HSE, Russian Federation)

ANTON SERGO (Russian State Academy of Intellectual Property, Russian Federation)

ASTAMUR TEDEEV (Shenzhen MSU-BIT University, PRC)

ILYA SHABLINSKY (State Academic University for the Humanities, Russian Federation)

SERGEY SHAKHRAV (HSE, Russian Federation)



unesco

Кафедра

Кафедра ЮНЕСКО
по авторскому праву,
смежным, культурным
и информационным правам,
НИУ ВШЭ, Москва,
Российская Федерация

Журнал зарегистрирован Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций и включен в реестр зарегистрированных средств массовой информации, серия ПИ № ФС77–81925 от 16 сентября 2021 г.

Перепечатка материалов против воли правообладателей запрещена в соответствии с п. 3 ст. 1274 ГК РФ. При подготовке журнала использована СПС «КонсультантПлюс».

Журнал входит в Перечень рецензируемых научных изданий, рекомендованных ВАК при Минобрнауки России для публикации основных результатов исследований на соискание ученых степеней кандидата и доктора юридических наук.

Распространяется по подписке. Объединенный каталог «Пресса России» — подписной индекс 11287.

Координаты редакции:
адрес фактический: 109028, Москва, Б. Трехсвятительский пер., д. 3, оф. 436; почтовый: 101000, Москва, ул. Мясницкая, 20, журнал «Труды по интеллектуальной собственности», тел.: +7 495 772 95 90 *23017, e-mail: tis@hse.ru

Координаты издателя и распространителя:
адрес фактический: 117418, Москва, ул. Профсоюзная, д. 33, кор. 4, Издательский дом НИУ ВШЭ; 101000, Москва, ул. Мясницкая, 20, Издательский дом НИУ ВШЭ, тел. +7 495 772 95 90 * 15298, e-mail: id@hse.ru

Выпускающий редактор:
Будник Р.А.

Художественное оформление:
Коршунов В.П.

Верстка:
Пузанова Н.Е.

Корректор:
Сатарова Е.В.

© Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», 2023

Напечатано с готового оригинал-макета. ООО «Фотоэксперт», 109316, Москва, Волгоградский проспект, д. 42.

Подписано к печати 23.08.2023
Формат 60×90 1/8. Усл.печ.л. 12,75.
Тираж 200 экз. Заказ №

ISSN 2225-3475
ISSN 2713-1270 (Online)

ТРУДЫ ПО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Том 46 #3 2023. DOI: 10.17323/tis.2023.v46

Научно-аналитический журнал
Издается с 1999 г.

(Свидетельства о регистрации СМИ
№ 018878 от 28.05.1999 и ФС77–45963 от 15.07.2011)

Учредители:

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Автономная некоммерческая организация «Творческий центр ЮНЕСКО».

Журнал издается по Соглашению между ЮНЕСКО и НИУ ВШЭ об учреждении Кафедры ЮНЕСКО по авторскому праву, смежным, культурным и информационным правам от 7 августа 2020 г. В соответствии с Соглашением авторы статей, опубликованных в журнале, несут ответственность за выбор и представление мнений, которые не обязательно совпадают с мнением ЮНЕСКО и не являются мнением Организации или Кафедры ЮНЕСКО НИУ ВШЭ.

Главный редактор

ФЕДОТОВ М.А. (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)

Заместитель главного редактора

БУДНИК Р.А. (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)

Ответственный секретарь

КАТКОВА М.М. (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)

Редакционный совет:

БАТУРИН Ю.М. (Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова, Российская Федерация)

БЛИЗНЕЦ И.А. (Московская государственная юридическая академия имени О.Е. Кутафина, Российская Федерация)

ВОЙНИКАНИС Е.А. (Московская государственная юридическая академия имени О.Е. Кутафина, Российская Федерация)

ГАВРИЛОВ Э.П. (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)

ГАДЖИЕВ Г.А. (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)

ДИТЦ А. (Институт Макса Планка, ФРГ)

КРАСНОВ М.А. (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)

МЭГГС П. (Иллинойский университет, США)

НЕРЕТИН О.П. (Федеральный институт промышленной собственности, Российская Федерация)

НУССБЕРГЕР А. (Кёльнский университет, ФРГ)

ПОТАПЕНКО С.В. (Кубанский государственный университет, Российская Федерация)

РАССОЛОВ И.М. (Московский городской педагогический университет, Российская Федерация)

СЕРГЕЕВ А.П. (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)

СЕРГО А.Г. (Российская государственная академия интеллектуальной собственности, Российская Федерация)

ТЕДЕЕВ А.А. (Университет МГУ-ППИ в Шеньчжэне, КНР)

ШАБЛИНСКИЙ И.Г. (Государственный академический университет гуманитарных наук, Российская Федерация)

ШАХРАЙ С.М. (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)

TABLE OF CONTENTS

Encomium to the Intellectual Property Court	8
5.1.2; 5.1.3. Juridical Sciences	
INFORMATION. STATE. HUMAN RIGHTS	
Yu.M. BATURIN. "Information Atelier": Omnimedia and Transformation of the Law	9
M.E. BOCHAROVA, V.N. MONAKHOV. Media Law in the Commonwealth of Australia: Current Trends in Development	20
V.L. ENTIN. Restructured Information and Content Involvement into Civil Turnover	29
INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS	
M.A. FEDOTOV. The Introduction into the General Theory of Authorship	38
V.V. ZAITSEV, I.A. MIKHAYLOVA. Author' Right to Self-quote Among Other Author's Rights	76
N.V. BUZOVA. Use Photos: How to not Violate the Rights of the Photographer and Other Rightholders	84
ARTIFICIAL INTELLIGENCE LAW	
P.B. MAGGS. Artificial Intelligence and Authorship of Intellectual Property	94
ABOUT UNESCO CHAIR ON COPYRIGHT, NEIGHBORING, CULTURAL AND INFORMATION RIGHTS AT THE HSE UNIVERSITY	101

СОДЕРЖАНИЕ

Похвальное слово Суду по интеллектуальным правам по случаю его 10-летия	8	
5.1.2; 5.1.3. Юридические науки		
ИНФОРМАЦИЯ. ГОСУДАРСТВО. ПРАВА ЧЕЛОВЕКА		
Ю.М. БАТУРИН. «Информационное ателье»: омнимедиа и трансформация права	9	
М.Е. БОЧАРОВА, В.Н. МОНАХОВ. Медиаправо Австралийского Союза: современные тенденции развития	20	
В.Л. ЭНТИН. Реструктурированная информация и контент в гражданском обороте	29	
ПРАВА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ		
М.А. ФЕДОТОВ. Введение в общую теорию авторства	38	
В.В. ЗАЙЦЕВ, И.А. МИХАЙЛОВА. Право автора на самоцитирование среди других авторских прав	76	
Н.В. БУЗОВА. Использование фотографий: как не нарушить права фотографа и иных правообладателей	84	
ПРАВО ИСКУССТВЕННОГО ИНТЕЛЛЕКТА		
П.Б. МЭГГС. Искусственный интеллект и авторство интеллектуальной собственности	94	
О КАФЕДРЕ ЮНЕСКО ПО АВТОРСКОМУ ПРАВУ, СМЕЖНЫМ, КУЛЬТУРНЫМ И ИНФОРМАЦИОННЫМ ПРАВАМ НИУ «ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ»		99

ПОХВАЛЬНОЕ СЛОВО СУДУ ПО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫМ ПРАВАМ ПО СЛУЧАЮ ЕГО 10-ЛЕТИЯ

Дорогие коллеги!

3 июля 2013 г. впервые открылись двери Суда по интеллектуальным правам. Нынешнее десятилетие Суда — важный рубеж в становлении уникальной для нашей страны системы правосудия по делам, возникающим из правоотношений, которые складываются в сфере интеллектуальной собственности.

Создание Суда стало логичным и долгожданным следствием введения в действие части четвертой Гражданского кодекса РФ, ознаменовавшей поистине революционные изменения в построении отечественного законодательства в сфере интеллектуальной собственности.

За первые десять лет своей деятельности Суд приобрел репутацию надежного и авторитетного судебного органа, работа которого вносит значимый вклад в развитие интеллектуальной среды, в обеспечение защиты и приумножение творческого потенциала России.

В качестве специализированного органа правосудия по первой и кассационной инстанциям Суд вносит неоценимый вклад в формирование единой образной правоприменительной практики в такой крайне сложной отрасли законодательства, как право интеллектуальной собственности. Именно благодаря скрупулезной работе Суда были прояснены многие недостаточно проработанные положения Гражданского кодекса РФ, вызывающие не только нескончаемые споры в юридической науке, что нормально, но и значительные сложности в повседневной работе промышленных предприятий, банков, издательств, телерадиокомпаний, театров, патентных поверенных, изобретателей, обществ по коллективному управлению правами и т.д.

Сложившиеся в творчестве Суда прецеденты, в особенности аналитические документы, скромно именуемые информационными справками и обзорами практики, стали ориентирами для понимания таких многомерных проблем, как правовая охрана части произведения, определение и правовая оценка результатов опроса потребителей в отношении общеизвестности товарных знаков, пресечение нарушений интеллектуальных прав в интернете, порядок расчета компенсации в пользу правообладателей и т.д. На этих прецедентах учатся не только студенты, магистранты, аспиранты, но и судьбы арбитражных судов и судов об-

щей юрисдикции по всей стране. Тем самым неприятие прецедентного права отечественной правовой традицией частично снимается стремительным развитием высокопрофессиональной научно-практической школы толкования и применения права интеллектуальной собственности.

Значение интеллектуальных активов в современной экономике непрерывно увеличивается и обуславливает рост количества поступающих в Суд исков, а также проникновение в сложность и истончение спорных материй. В этих непростых условиях высочайшая квалификация, независимость и беспристрастность Суда по интеллектуальным правам становятся гарантией установления истины и торжества справедливости, что, в свою очередь, благотворно влияет на развитие сферы интеллектуального творчества, научно-техническую модернизацию и экономическое развитие.

Суд внимательно прислушивается к дискуссиям, ведущимся в юридическом научном сообществе, смело выносит самые сложные вопросы на обсуждение Научно-консультативного совета, привлекает крупнейших экспертов. Такое отношение к качеству научного осмысления возникающих юридических проблем обеспечивает Суду даже в самых запутанных делах надежный теоретический фундамент, опирающийся на современные познания в различных областях культуры, искусства, науки, техники, инноваций. Это благотворно влияет на точность и аргументированность решений, способствует развитию экспертного сообщества и обмену знаниями в области интеллектуальной собственности.

Желаем коллективу Суда по интеллектуальным правам столь же достойно осуществлять свою миссию, увеличивая свой авторитет в профессиональном сообществе и в обществе в целом как на национальном, так и на международном уровнях.

*Международный научно-образовательный центр
«Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву,
смежным, культурным и информационным правам»
НИУ «Высшая школа экономики»,
Редакция научно-аналитического журнала
«Труды по интеллектуальной собственности»*

Научная статья

УДК: 366.636

DOI: 10.17323/tis.2023.17797

Original article

«ИНФОРМАЦИОННОЕ АТЕЛЬЕ»: ОМНИМЕДИА И ТРАНСФОРМАЦИЯ ПРАВА “INFORMATION ATELIER”: OMNIMEDIA AND TRANSFORMATION OF THE LAW

Юрий Михайлович БАТУРИН

Московский государственный университет имени
М.В. Ломоносова, факультет журналистики, Москва,
Российская Федерация,
baturin@ihst.ru,
Scopus ID: 6603102121

Информация об авторе

Ю.М. Батурин — член-корреспондент РАН, доктор
юридических наук, профессор кафедры зарубежной
журналистики и литературы факультета журналистики
МГУ имени М.В. Ломоносова.

Аннотация. Описаны этимология и история нового для
теории и практики СМИ понятия «омнимедиа». Про-
анализирован смысл понятия. Объясняются технологии
омнимедиа. Приведены примеры становления и практи-
ки омнимедиа. Показано, как на основе искусственного
интеллекта с использованием технологии так называ-
емых больших данных (Big Data) создается платфор-
ма для интеллектуальной среды омнимедиа, которая
объединяет поиск, производство, подготовку «инфор-
мационного пакета» для конкретного потребителя
и доставку его в указанное время и в желаемой форме.
Обсуждаются изменения и проблемы, которые ожидают
право массовой информации и информационное право
при переходе на омнимедийный уровень.

- **Ключевые слова:** омнимедиа, СМИ, информация, право
- на информацию, право массовой информации, персо-
- нализированное право, искусственный интеллект
- **Для цитирования:** Батурин Ю.М. «Информацион-
- ное ателье»: омнимедиа и трансформация права //
- Труды по интеллектуальной собственности (Works on
- Intellectual Property). 2023. Т. 46, № 3. С. 9–19;
- DOI: 10.17323/tis.2023.17797

• **Yuri M. BATURIN**

• Lomonosov Moscow State University, Faculty of Journalism,
• Moscow, Russian Federation,
• baturin@ihst.ru,
• Scopus ID: 6603102121

Information about the author

- Yu.M. Baturin — Corresponding Member of the Russian
- Academy of Sciences, Doctor of Legal Sciences, Professor
- of the Department of Foreign Journalism and Literature
- of School of Journalism of Lomonosov Moscow State
- University.

- **Abstract.** The etymology and history of the concept of
- “omnimedia”, which is new for the mass media theory
- and practice, are described. The meaning of the concept

Аналогичные системы стали производить и другие компании в разных странах, причем первенство постепенно перехватывали страны Востока, а достойную конкуренцию доминирующим на информационном рынке США с их мощнейшей медиакulturой составил Китай.

Сегодня Китай — бесспорный лидер в сфере омнимедиа. 15 июня 2015 г. в Шэньчжэне на международном отраслевом саммите омнимедиа, на котором собрались представители компаний вещательных СМИ со всего мира, ведущие поставщики программного обеспечения, эксперты в области информационных технологий для новых медиа — компании Huawei Enterprise Business Group, Shenzhen Media Group (SZMG) и Sobey Digital Technology — объявили о запуске первого в Китае гибридного облака *omnimedia* для индустрии вещания. Медиаоблако, совместно разработанное этими компаниями и запущенное непосредственно на саммите, объединяет гибкие пулы вычислительных и медиаресурсов на базе сетевой инфраструктуры All-IP с использованием технологии больших данных для поддержки гибридной облачной системы редактирования видео, значительно облегчающей создание и распространение контента [3]. С тех пор в КНР регулярно проводятся отраслевые саммиты руководителей омнимедиа [4].

Разработанная Huawei совместно с SZMG и Sobey платформа омнимедиа, основанная на гибридной облачной инфраструктуре и использующая технологию больших данных, состояла из двух взаимодействующих сегментов: 1) общедоступного облака, расположенного за пределами телевизионной станции с низкой скоростью передачи данных, предназначенного для редактирования видео, транскодирования и рендеринга за пределами телеканала и позволяющего журналистам собирать, редактировать и загружать видеоматериалы в любое время и в любом месте, и 2) локального облака внутри телекомпании, обеспечивающего возможность редактирования видео высокой четкости с высокой скоростью. Облачная архитектура обеспечивала гибкость, позволяя при необходимости быстро перераспределять информационные ресурсы, например легко внедрять новые телевизионные каналы и программы, поскольку время их развертывания значительно сократилось.

Интеграция между публичным и локальным облаками в сочетании с аналитикой больших данных обеспечивает доступ к огромным ресурсам контента для точной доставки его потребителю продукции омнимедиа и предоставляет аудитории удобные и бесшовные аудио- и видеобзоры. На саммите впервые была продемонстрирована способность облачной платформы поддерживать удобное и бесперебойное

производство информационного контента и вещание. Участники загружали фотографии и видео со своих мобильных телефонов и планшетов на платформу омнимедиа, редактировали отснятый материал в режиме реального времени и распространяли информацию через видеосайты, онлайн-порталы и телеканалы. Для всего этого потребовались память большой емкости, облачная вычислительная платформа профессионального уровня для обработки видео, операторская сеть с нулевой потерей пакетов, распределенные центры обработки данных и возможности (в ограниченном объеме) искусственного интеллекта. Интерес к китайским технологиям омнимедиа проявили сотни медиакомпаний и авторитетные медиагруппы из 15 стран, включая Францию, Италию, Великобританию, Иорданию и др.

В 2020-х годах омнимедиа стали демонстрировать высокие темпы роста в индустрии СМИ Китая. Проявилась и сопутствующая тенденция: работниками средств массовой информации в КНР становятся более молодые, более образованные и подготовленные в сфере информационных технологий люди. Только в секторе новостей Китая занято около 1 миллиона сотрудников [5]. В начале 2022 г. официально введена в эксплуатацию инновационная база омнимедиа газеты Dazhong Daily, основанной в 1939 г. и являющейся самым авторитетным, высокотиражным ежедневным изданием провинции Шаньдун, органом провинциального комитета Коммунистической партии Китая [6].

В КНР уже появилась первая омнимедийная корпорация — Guangdong Southern Finance and Economics Omnimedia Group, объединившая высококлассные финансовые и экономические медиаресурсы и производственные активы Nanfang Media Group и Гуандунской телерадиостанции [7].

Китай сегодня — безусловный лидер в области омнимедиа.

ФИЛОСОФИЯ ОМНИМЕДИА

Концепция «омни» пришла в СМИ из электронной коммерции и маркетинга. Термин «омни» произошел от латинского корня *omni* — собирательная форма со значением «все». Примерный перевод — целый, совокупный, универсальный, всеобщий. В обиход термин «омнимедиа» вошел на волне успеха американской компании и бренда «Martha Stewart Living Omnimedia Inc.» (MSLO). MSLO — диверсифицированная медиа- и мерчандайзинговая (от англ. *merchandising* — комплекс техник «выкладки»: товаров, продукции СМИ и т.д.) компания, основанная Мартой Стюарт.

В основе философии «омни» лежит общее пространство взаимодействия бизнеса и потребителя,

а в случае медиа — общее пространство взаимодействия СМИ и получателя информации. Потребитель (покупатель, читатель, зритель) выбирает набор товаров (видов информации) по разным каналам, а бизнес (СМИ) обеспечивает ему поставку товаров (информации) в той форме и в таких сочетаниях, которые желает покупатель (потребитель информации). При этом потребитель становится главным актором, он персонифицирован в отличие даже от многоканальной торговли или мультиканальных медиа, работающих с обезличенными клиентами.

Концепция омнимедиа кардинально меняет статус потребителя информации в сравнении с традиционными СМИ. Средствам массовой информации уже недостаточно предложить своей аудитории определенную информационную нишу. Люди выбирают разнообразные способы получения информации, и в конце концов у каждого формируются собственные предпочтения: например, свежие новости получать из интернета, спортивные соревнования смотреть по телевизору, аналитические статьи читать на сайте любимой газеты, а в воскресенье листать еженедельный выпуск о спорте. Традиционные СМИ не могут удовлетворить возросшие потребности таких потребителей. Но это делают омнимедиа, увязывая требования по времени, комплектуя информационный набор и предлагая его читателю (зрителю) в удобное для него время. Кроме того, учитывается его накопленный личный опыт, сезонный фактор (в отпуске, например, информационные потребности меняются), состояние здоровья потребителя, его занятость и т.д.

Стратегия омниканальности предполагает постоянное отслеживание трансформации предпочтений и ожиданий подписчиков, которые становятся все более разнообразными и динамичными. Как это делается? Каждый пользователь интернета оставляет в сети немало следов. Если он не применяет специальных средств защиты, то серверам, которые он посещает, доступна информация о его IP-адресе, по которому устанавливаются страна, регион, город, где пользователь вошел в сеть, а также провайдер, услугами которого он пользуется. Серверы, посещаемые пользователем, фиксируют и накапливают информацию о том, каким браузером пользуется клиент, с какого сайта он заходит и ряд других параметров. Даже если клиент вошел в сеть с компьютера с другим IP-адресом, сервер его опознает.

То же самое происходит при пользовании поисковыми системами. Если вы искали в сети гостиницы, где лучше остановиться, у вас на всех страницах, которые вы открываете для других целей, будет появляться реклама отелей. Процесс составления такого рода характеристик (интересов, потребностей) кон-

кретных пользователей называется профайлингом (от англ. *profile* — профиль). Помимо IP-адреса для идентификации клиента используются так называемые *cookie* — текстовая информация небольшого объема, которая сохраняется на компьютере пользователя по запросу веб-сервера и передается ему при повторных посещениях. Cookies хранят различные параметры пользователя, в том числе позволяющие программному обеспечению веб-сервера опознать пользователя. Схожим образом производится идентификация пользователя в рейтинговых системах, счетчиках, системах баннерного показа, онлайн-голосованиях.

Для доступа к максимальному объему привязанных к потребителю данных СМИ, выбравшему путь трансформации в омнимедиа, необходимо учесть, что каждый человек вовсе не обязательно пользуется единственным источником информации (данным СМИ), и поэтому необходимо контролировать информацию, распространяемую другими СМИ, отслеживать другие медиа, чтобы учитывать их (чужих) читателей и зрителей (борьба за клиента существует и в СМИ) и понять интересы и предпочтения в них своего читателя (зрителя) или того, за которого данное СМИ борется, а также их мотивацию при выборе того или иного СМИ.

Сегодня появились значительно большие возможности обработки структурированной и неструктурированной информации для выявления новых факторов с помощью технологии больших данных, что позволяет без излишне сложных алгоритмов, а посредством установления корреляций между отдельными фрагментами больших данных не только идентифицировать личность любого клиента, но и составить его точный портрет (профайл).

Эти методики и были взяты на вооружение СМИ, которые решили перейти на уровень омнимедиа, т.е. к общему способу и стратегии использования всех видов средств массовой информации и платформ. Но чтобы сделать СМИ омниканальным, в первую очередь требуется изменить логику ключевых организационных процессов, пересмотреть организационную структуру, заново создать техническую инфраструктуру на основе искусственного интеллекта. Причем все это должно происходить в виде распределенного во времени и пространстве процесса с определенными контрольными точками согласно выбранной стратегии.

Объединенная платформа для публикации статей и новостей — только часть феномена омнимедиа. Главное — это новая система, которая комплексно создает, распространяет и использует публикуемый контент, объединяет медиа разного типа и их совместные усилия для развития. Это своего рода «информаци-

онное ателье», в котором искусственный интеллект собирает информацию о каждом подписчике — его любимые темы, формы сообщений (печатные, аудио-, видео-), желательные размеры публикации и т.д., а затем предлагает подписчику в соответствии с его предпочтениями набор для «информационного наряда» в предпочитаемых им фасоне, расцветке, вплоть до подбора оттенков, с нужной фурнитурой, примеркой в обозначенное время и доставкой по указанному адресу в желательной упаковке. Характерные признаки ателье — творчество и индивидуализация, переход от ремесла к искусству, от конвейерного производства к персональным услугам, будь то мастерская художника, скульптора, фотографа или виртуоза индивидуального пошива костюмов. По сути, омни-медиа становятся универсальным интеллектуальным (в смысле использования искусственного интеллекта) сервисом, предлагающим разнообразную информацию для подписчиков и расширяющим их возможности получения информации.

Итак, омни-медиа — совокупный канал форматирования, распределения и распространения информации, ставящий на первое место подписчика (читателя, слушателя, зрителя), а более конкретно:

- а) персонафикацию информационного обслуживания и работу с ним на основе знания его профиля;
- б) использование текста, звука, видео, анимации, веб-страниц и других средств выражения мыслей и идей в СМИ (мультимедиа) для массового, но персонализированного распространения информации;
- в) использование различных форм СМИ, таких как радио, телевидение, аудио- и видеоматериалы, фильмы, публикации, газеты, журналы и веб-сайты (медиаинтеграция);
- г) распространение информации через интегрированную радио- и телевизионную сеть, телекоммуникационную сеть и интернет;
- д) интегрированный прием информации пользователем с помощью различных терминальных устройств, таких как телевизор, компьютер и мобильный телефон (три экрана в одном) в любое время, в любом месте, на любом оконечном устройстве для получения любой желаемой информации в нужных пропорциях и заданном составе.

ТЕХНОЛОГИИ ОМНИМЕДИА

Традиционные СМИ распространяют информацию линейным образом. Наиболее важными характеристиками линейной коммуникации являются отсутствие прерываний и односторонность распространения информации. Линейный коммуникационный процесс проходит по односторонней схеме: источник

информации — СМИ (коммуникатор) — получатель информации, который свободен в выборе газет, журналов, каналов и программ. Нелинейное распространение информации — одна из основных характеристик омни-медиа. Нелинейная коммуникация сохраняет автономию слушателя или зрителя, который может избирательно воспринимать информацию в соответствии со своими предпочтениями, но добавляет ему степени свободы: выбор времени, места, способа, формы приема информации и оконечного устройства.

В традиционных СМИ индивидуальные потребности аудитории частично удовлетворяются за счет собственного выбора ими информационных продуктов на рынке информации или с помощью вспомогательных технических средств (программирование записи). Например, на телевидении создается и транслируется программа. У каждой программы есть временной интервал, и зрители, которые хотят ее посмотреть, должны строго придерживаться времени трансляции программы, которое нельзя ни передвинуть, ни отложить. В таком режиме выбор зрителя ограничен, он не может увидеть все, что ему хотелось бы, в удобное время (правда, современные телевизоры имеют функцию программирования записи нужных передач). В противоположность односторонности традиционных СМИ омни-медиа используют интерактивность и многомерность. Множество каналов, поддерживая друг друга, становятся одним многомерным каналом, создающим персонализированные проекции множеству подписчиков.

С точки зрения коммуникатора, информация не зависит от единственного канала телевидения, радио, интернета и т.д. Коммуникаторы могут распространять информацию во всех направлениях с помощью различных СМИ, причем в кратчайшие сроки. В омни-медиа границы между отправителями и получателями информации становятся размытыми, нечеткими. Отправитель одновременно является получателем, и наоборот. Содержание информации становится значительно разнообразнее. Первая публикация многих сюжетов делается не профессиональными медиаорганизациями, а очевидцами, которые записывают ее на месте с помощью мобильных телефонов и выкладывают в интернет.

Наконец, главная характеристика омни-медиа — персонализация информационного продукта. Облачные вычисления и технологии больших данных позволяют медиакомпаниям собирать информацию о местоположении, привычках и предпочитаемых каналах индивидуумов, составляющих их аудиторию, чтобы предоставлять им индивидуальные программы в любое время, в любом месте и в любой желаемой форме. Новостная платформа омни-медиа выполняет

«интеллектуальное» (с помощью искусственного интеллекта) обнаружение контента для последующего объединения, выполняет анализ тем с помощью облачных вычислений и анализа больших данных, в режиме реального времени формирует свежие новости, предоставляет справочные данные для планирования выпуска новостей и — далее — персонализированного обслуживания потребителя.

Переход к облачным платформам омнимедиа для производства информационной продукции и вещания — это уже заметная тенденция и сфера, которую печатные СМИ, телевидение и радио начинают осваивать. Им придется обеспечить себя интеллектуальными, персонализированными, интегрированными возможностями производства и распространения информации «в одном флаконе», причем не стандартном, а подготовленном конкретно для каждого потребителя. Платформа омнимедиа позволит им сосредоточиться на расширении своих ключевых функций, включающих в себя поиск, обработку, производство, управление и распространение контента, а также на интеллектуальных операциях, диспетчеризации и согласованной совместной работе подсистем и структур. Превращение СМИ в омнимедиа — сложная задача, требующая радикального изменения не только взаимодействия с потребителем информации, но и, по большей части, подходов внутри самих СМИ, которые хотят перейти на платформу омнимедиа. Архитектура платформы омнимедиа выстраивается для функциональной интеграции онлайн-ресурсов мультимедийного контента, распространяемого омнимедиа.

Одна сторона омнимедиа — слияние множества медиаформ (что понятно), а другая — интеграция различных моделей управления. Среди последних можно выделить следующие:

- управление мультиканальным сбором информации и приготовлением информационного продукта для индивидуального одноканального обслуживания;
- управление классификацией информации, т.е. персонализация классификации в зависимости от информационных потребностей пользователя, осуществляемая на основе различных источников контента, таких как система сбора и записи информации в интернете (веб-сайт, микроблог, веб-чат);
- управление интеллектуальным поиском, т.е. поддержка возможности интеграции со сторонней интеллектуальной поисковой системой для осуществления согласованного поиска;
- управление ресурсами контента, включая его проверку и выбор содержания в зависимости от потребностей потребителя;

- управление интеграцией модулей платформы друг с другом и с внешними системами;
- управление единой платформой для обработки всех видов взаимодействия (звук, видео, IP-телефония, СМС, e-mail, веб-чаты, запросы с мобильных устройств и т.д.);
- управление метаданными конвергентных данных платформы, описанных в соответствии с единым стандартом, в целях их точного и единообразного использования применительно к материалам омнимедиа.

Необходимость управления такой сложной системой, как омнимедиа, без теории омниканальных медиа, только на основе которой можно выстроить алгоритмы управления, может столкнуться с внутренней противоречивостью функциональных особенностей омнимедиа и неизбежными ошибками руководства, что неминуемо приведет к негативным последствиям во взаимодействии омнимедиа с потребителями. Теории управления омнимедиа еще предстоит создать. На практике справляться с описанной многопараметрической задачей поручили искусственному интеллекту, выполняющему в составе омнимедиа следующие функции:

- сбор информации о пользователе, его запросах и истории взаимодействия с ним;
- классификация информации в целях персонализации информационного продукта;
- единое хранение информации в базе контента омнимедиа (тексты, изображения, видео- и аудиоматериалы, а также метаданные);
- поиск, обнаружение и извлечение из базы контента для последующего объединения с помощью облачных вычислений и анализа больших данных;
- «интеллектуальный» тематический анализ информации;
- маршрутизация обращений к специалистам (при необходимости) с помощью интеллектуальных модулей речевой и текстовой аналитики;
- планирование выпуска информационных сообщений;
- обеспечение единообразного объединения информации (профессиональный веб-сайт, микроблог, веб-чат), коммуникации, многоканальной записи и обратной загрузки информационной продукции в базу контента омнимедиа [8].

ОМНИМЕДИА И ТРАНСФОРМАЦИЯ ПРАВА

Информация, ставшая контентом, одновременно оказывается и товаром, правила обращения и защиты которого устанавливаются правом. Но омнимедиа ставит перед юридической наукой и практикой новые вопросы.

Мультиканальность, характерная для многих современных СМИ, означает, что в каждом конкретном канале коммуникации есть свои особенности, которые иногда мешают объединить все каналы едиными правилами и урегулировать соответствующие информационные отношения общими нормами права. Переход к омнимедиа — это трансформация многоканального распространения информации через кроссканальные возможности (снятие границ между каналами) в единый, но более сложный канал. Прежде всего это означает, что термины «СМИ» и «массмедиа» уже не могут применяться к омнимедиа: массовая информация предназначена для неопределенного круга лиц. В омнимедиа же информация существует в «массовом состоянии» только до завершения этапа сбора информации; после этого происходит индивидуализация информационного пакета для конкретного потребителя. Для таких медиа можно предложить термин «интегрированные средства информации» (ИСИ). ИСИ представляют собой омнимедийную платформу, объединяющую новостное агентство, газету, радио, телевидение, интернет и другие медиа, выступающие под единым логотипом. Персонализация информации в омнимедиа — хороший шанс снять неопределенность отношений между правом массовой информации и информационным правом, возникшую в результате частичного пересечения объектов регулирования (достаточно сравнить статьи законов «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» и «О средствах массовой информации»). Сегодня, когда СМИ в основном ушли в интернет, они частично сменили регулятор — право массовой информации на информационное право.

Вспомним, как у нас появилось право массовой информации. М.А. Федотов отмечает, что оно относится «к тем редким отраслям российского права, чья дата рождения может быть названа абсолютно точно. До 12 июня 1990 г. в нашей стране не существовало какого-либо правового акта, регулирующего общественные отношения, непосредственно связанные с организацией и деятельностью СМИ» [9]. 12 июня 1990 г. был принят Закон Союза ССР «О печати и других средствах массовой информации». (С М.А. Федотовым можно согласиться, если «дату рождения» заменить началом быстрого развития.)

В ч. 1 ст. 24 упомянутого Закона говорилось: «Граждане имеют право на оперативное получение через средства массовой информации достоверных сведений о деятельности государственных органов, общественных объединений, должностных лиц». В мире известны два пути наделения гражданина правом на информацию: непосредственно (через Закон о свободе информации) и опосредованно (через

Закон о средствах массовой информации), которые и предоставляют информацию гражданам. После неудачи с Законом «О гласности» [10] (советской формы полноценного Закона о праве на информацию) общество направило все усилия на скорейшее принятие Закона о СМИ, ставшего первичным для права массовой информации и надолго опередившего Закон об информации. В Федеральном законе «Об информации, информатизации и защите информации» от 20 февраля 1995 г. право на информацию даже не упомянуто (хотя он и содержал ст. 24 «Защита права на доступ к информации»). Оно появилось значительно позже — сначала в Конституции РФ 1993 г. (п. 4 ст. 29), а затем в Федеральном законе от 8 июля 2006 г. «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (п. 1 ст. 8). Этим объясняется сложившееся доминирование декларируемой законодательством свободы массовой информации над правом человека на информацию.

Возможно, появление феномена омнимедиа заставит законодателя вернуться к истокам — праву гражданина на информацию — и пересмотреть правовые основания, на которых установилось сложившееся соотношение информации и массовой информации. Для этого необходимо ввести два правовых начала:

- свободы поиска, получения, передачи, производства и распространения информации и производного от этого начала принципа;
- свободы поиска, получения, передачи, производства и распространения массовой информации.

Тогда каждый из элементов любой из этих формул можно комбинировать с элементами другой. Эти элементы будут использоваться в правовых нормах как в различных сочетаниях, так и по отдельности. В качестве примера возьмем такое действие, как «передача информации». На Конституционном совещании в 1993 г. в формулировку ст. 1 Закона РФ «О средствах массовой информации», предусматривавшей четыре действия — «поиск, получение, производство и распространение массовой информации», — при обсуждении ст. 29 проекта Конституции было предложено добавить и «передачу», чтобы оградить от негативных последствий тех, кто передает информацию на этапе ее сбора и до превращения в массовую информацию (тогда именно эта проблема была актуальной). Сегодня «передача информации» приобретает новый смысл, применимый к технологии омнимедиа: доставка «пакета» информации потребителю по индивидуальному каналу. Так что можно считать большой удачей, что в Конституции РФ оказался базовый элемент для омнимедиа-права.

В омнимедиа на этапе передачи информация, потеряв качество массовости (напомним, что в со-

ответствии с ч. 1 ст. 2 Закона о СМИ «под массовой информацией понимаются предназначенные для неограниченного круга лиц печатные, аудио-, аудиовизуальные и иные сообщения и материалы»), остается неопределенной. Нужно придать ей новое качество — «персонализированная информация». Соответствующее понятие должно быть введено в закон.

Напрашивающийся теоретический путь развития этого понятия — увязка его с концепцией персонализированного права, предполагающего разработку и реализацию индивидуализированных правовых норм посредством алгоритмической обработки данных подобно тому, как компании персонализируют свои услуги с использованием технологий больших данных [11, с. 26–28]. Понятие «персонализированное право» (англ. *personalized law*) впервые прозвучало в 2014 г. [12]. Со времени проведения в 2018 г. на базе Юридической школы Чикагского университета симпозиума «Personalized Law» в научном сообществе стал активно обсуждаться феномен персонализированного права, выражающийся в том, что единообразные правила уступают место индивидуализированным нормам, которые «примеряются» к нуждам и особенностям конкретного человека [13, с. 16]. Отдельные примеры движения в сторону индивидуализации норм в российской правовой системе имеются: в правилах дорожного движения, в разном уровне цен (гостиницы, билеты на поезд, доставка товара) для продавцов и потребителей, для профессиональных и непрофессиональных инвесторов и т.д. Но это лишь первые ступени дифференциации. Увеличение их числа грозит нормативным хаосом. Ю.А. Тихомиров предлагает ввести таблицу правовых регуляторов, своего рода юридическую «таблицу Менделеева» [14], что помогло бы установить систему, облегчающую индивидуализацию.

Однако для регулирования омнимедиа требуется спуститься по ступеням еще глубже и проводить различие между индивидуализированными (обезличенными) нормами и правилами, персонализированными на основе анализа персональных данных лица, культурных особенностей, интересов и предпочтений. Применительно к праву на информацию универсальная норма «Каждый имеет право на информацию» должна получить разные индивидуализации: «N имеет право на такую-то информацию там-то и тогда-то, в такой-то форме (текст, видео, аудио)».

Поскольку омнимедиа построены на сборе, анализе и обобщении информации о гражданах, при переходе к омнимедиа потребуются серьезная доработка Закона о персональных данных.

Своеобразно возникает вопрос цензуры в омнимедиа. Зададимся вопросом: осуществима ли цензура

персональная? Да, осуществима. Во времена минувших войн работала почтовая цензура, вскрывались и читались все отправления, но это дело сложное, трудоемкое и дорогое, а с переходом к электронной почте — практически невозможное. Сегодня блокируются сайты и другие площадки, но они предназначены для распространения массовой информации, а не персонифицированной. Однако начать сплошной контроль с помощью современной техники индивидуальных сообщений — лишь дело времени.

Формулировка понятия цензуры в действующем Законе «О средствах массовой информации» вытекала из представлений об этом институте, существовавшем и действовавшем в Российской империи и в СССР веками. Практически сразу после вступления Закона в силу стали множиться новые формы цензурирования, им не предусмотренные. С появлением современных информационных технологий проблема обострилась. Казалось бы, невозможно осуществлять предварительное цензурирование перед отправкой «пакета сообщений» подписчику, однако это не так. Поскольку учитываются предпочтения, склонности и вкусы клиента, в искусственный интеллект, осуществляющий отбор информации, должны быть заложены какие-то алгоритмы, отсекающие определенную информацию. Как будет применять «ограничительные алгоритмы» искусственный интеллект, какие новые «ограничительные алгоритмы» он выработает в результате самообучения на миллионах и миллиардах «пакетов» информации, нам неизвестно. Таким образом, в «интеллектуальные» СМИ, использующие искусственный интеллект, оказывается изначально встроен механизм «интеллектуальной цензуры». Очевидно, требуется сформулировать понятие «алгоритмическая цензура» и продумать меры для удержания ее в определенных пределах, поскольку избежать ее вовсе невозможно.

У цензуры есть еще один аспект, который необходимо обсудить. Поскольку получатель информации, которому традиционная цензура прежде препятствовала принять информацию, в системе омнимедиа становится полноправным коммуникатором, теперь возникает вопрос о возможности со стороны (извне омнимедиа) препятствовать отправке информации. И технически это вполне осуществимо.

Наконец, поскольку персональный информационный пакет создается с учетом ограничений, формируемых самим клиентом непосредственно и опосредованно на основании его профайла, их можно рассматривать как вид самоцензуры. Но в процессе работы омнимедиа с клиентом начинает работать нарастающая обратная связь, когда искусственный интеллект для удобства пользователя ужесточает ограни-

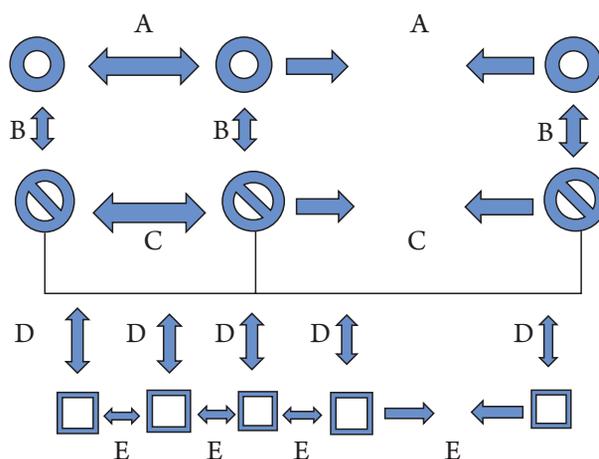
чения. Такая цензура, может быть, и не катастрофична для отдельной личности, но с учетом масштабов всей атомизированной аудитории она будет приводить в социальном плане к усиливающемуся взаимонепониманию и инфляции общественного мнения.

ЭПОХА ОМНИМЕДИА

Сегодня в Китае омнимедиа получили распространение далеко за пределами массовых коммуникаций. В первую очередь омнимедиа ведут к трансформации системы образования [15]. Пожалуй, быстрее других адаптируется к характеристикам омнимедиа киноискусство. Повлияли омнимедиа и на театральное искусство. Последний пример интересен тем, что театр, как утверждают некоторые исследователи, — прототип человеческой коммуникации. Театр «представляет свой объект, человеческую коммуникацию, посредством человеческой коммуникации» [16, с. 479]. В самом деле, в основе сюжета всегда лежит коммуникация персонажей вида «А» (см. рисунок). Актер, вживаясь в роль, включает коммуникацию «В». Актеры, играя спектакль, коммуницируют по типу «С». Каждый из зрителей воспринимает игру актеров и реагирует через коммуникационную связь «D». К финалу хорошего спектакля зрительный зал образует единство (связи вида «E»).

С развитием омнимедиа театральная аудитория перестает быть континуумом, атомизируется, но остается коммуникатором, причем связь «D», которая возникает, существенно отличается от общности зрительного зала с актерами на сцене хотя бы в силу того, что даже при совместном просмотре связи коммуникации «E», во-первых, немассовые, а во-вторых, опосредованные. В омнимедийной среде коммуникация со зрителем выходит за рамки привычной офлайн-и даже онлайн-коммуникации и превращается в омниканал.

Кроме того, традиционные спектакли представляют заданный контент в фиксированное время и в определенном месте. Эти правила становятся условными с появлением виртуальной реальности (VR), дополненной реальности (AR), с применением технологии 5G и омнимедиа, и высочайшая культура драматургии, коллективное эстетическое чувство, привносимое зрителями в театральное действие, сопереживание с актерами, которыми театр гордился веками, постепенно утрачивают свои преимущества, отчасти по причинам, описанным выше. Движение мысли и эстетическое удовольствие, приносимое драмой аудитории, значительно ниже при восприятии фрагментированного и таргетированного продукта,



Виды коммуникации на театральном спектакле

характерного для омнимедиа. С другой стороны, как иначе знакомить молодое поколение, фактически живущее в виртуальном пространстве, с традиционным театром? Правда, VR, AR, 5G и омнимедиа — лишь «обертка», техническое обеспечение спектакля, которое без изысканного артистизма, без художественного творчества, без глубоких традиций культурного наследия не достигает такой эффективности театральной коммуникации, какая бывает при непосредственном общении труппы и зрительного зала.

Но не все так грустно. Обедняя возможности искусства в одном, технологии омнимедиа обогащают их в другом. Омнимедиа-осведомленность как результат слежения за всеми процессами в театральном искусстве неизбежно выведет драму на новый творческий уровень, расширит тематику, внесет новации в структуру пьес, усилит возможности повествования, предложит новые формы спектаклей, изменит весь сценический облик. Омнимедиа позволят, создавая полноформатные постановки, сопровождать их связанными сюжетами и микродрамами. В этом контексте следует подчеркнуть важность защиты авторских прав, поскольку техника омнимедиа ставит и эти юридические проблемы [17].

Омнимедиа уже применяются в работе судов. Так, народный суд средней инстанции города Цзинань провинции Шаньдун проводил в прямом эфире в официальном микроблоге заседание суда. Верховный народный суд провел посредством омнимедиа заседание суда по апелляционной жалобе компании «Циху», спорившей с компанией «Тэнсюнь» [18].

Привычным, как для нас «эпоха интернета», для китайского языка стало выражение «эпоха омнимедиа» [17, 19]. Хочется надеяться, что и в русском языке, в сфере отечественных медиа, в российском праве понятие «омнимедиа» станет столь же обыденным и рабочим.

СПИСОК ИСТОЧНИКОВ

1. Батурин Ю.М., Синьцзюнь Ю. Феномен омнимедиа (на примере китайской газеты People's Daily) // Труды по интеллектуальной собственности (Works on Intellectual Property). 2022. Т. 43, № 4. С. 8–14.
2. Лозовский Б.Н. Антропология аудитории: новые измерения // Известия УрФУ. Сер. 1. Проблемы образования, науки и культуры. 2023. Т. 29. № 2. С. 63–76.
3. China's First Hybrid Omnimedia Cloud Launched at Huawei and Sobey Omnimedia Industry Summit. [Электронный документ]. — URL: <https://en.antaranews.com/news/99211/chinas-first-hybrid-omnimedia-cloud-launched-at-huawei-and-sobey-omnimedia-industry-summit> (дата обращения: 17 июля 2023 г.)
4. 2018 Omnimedia Summit of China Held Successfully in Hangzhou. [Электронный документ]. — URL: <http://www.cmhc.zju.edu.cn/cmhcen/2019/0125/c35719a1468641/page.htm> (дата обращения: 17 июля 2023 г.)
5. Omni-media, platform-based communication on the rise. [Электронный документ]. — URL: <https://www.chinadailyhk.com/article/271755> (дата обращения: 17 июля 2023 г.)
6. Shandong Dazhong Daily Omnimedia Innovation Base. [Электронный документ]. — URL: <https://en.takstar.com/news/642.html> (дата обращения: 17 июля 2023 г.)
7. Первая в КНР омнимедийная корпорация создает новую схему конвергенции СМИ. [Электронный документ]. — URL: <https://niros.ru/other/93198-regvaaya-v-knr-omni-mediynaya-korporaciya-sozdaet-povuyu-shemu-konvergencii-smi.html> (дата обращения: 17 июля 2023 г.)
8. Платформа обслуживания контента Mediasphere Omnimedia. [Электронный документ]. — URL: <http://www.cdv.com/en/?planshow/tp/545/id/9.html> (дата обращения: 17 июля 2023 г.)
9. Федотов М.А. Право массовой информации в Российской Федерации. М.: Междунар. отношения, 2002. С. 45.
10. Батурин Ю.М. Попытка гласности: к истории законодательной неудачи // Труды по интеллектуальной собственности. Т. IX. Гласность как предмет регулирования / под общ. ред. М.А. Федотова. М., 2009. С. 4–115.
11. Интерпретация и применение больших данных в юриспруденции и юридической практике / под ред. Ю.А. Тихомиров. М.: Юстицинформ, 2021. 188 с.
12. Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data. [Электронный документ]. — URL: https://www.researchgate.net/publication/256047335_Personalizing_Default_Rules_and_Disclosure_with_Big_Data (дата обращения: 17 июля 2023 г.)
13. Минникес И.А. Пределы индивидуального правового регулирования: новые аспекты проблемы // Вестник Восточно-Сибирского института МВД России. 2023. № 2 (105). С. 9–21.
14. Тихомиров Ю.А. Креативные регуляторы в правовом и виртуальном пространстве // Журнал российского права. 2023. Т. 27. № 3. С. 5–16.
15. Haoyu Wu. Exploration and Practice of Network Teaching Mode in Colleges and Universities in the Era of Omnimedia // Proceedings of 5th International Conference on Contemporary Education, Social Sciences and Humanities — Philosophy of Being Human as the Core of Interdisciplinary Research (ICCESSH 2020). [Электронный документ]. — URL: <https://www.atlantis-pess.com/proceedings/iccessh-20/125944225> (дата обращения: 17 июля 2023 г.)
16. Osolsobe I. On Ostensive Communication // Conference o cybernetice. Praha. Listopad? 1976.
17. Omni-media Era, Dramatic Challenges Become Opportunities. [Электронный документ]. — URL: <https://www.tellerreport.com/life/2022-02-17-in-the-omni-media-era--dramatic-challenges-become-opportunities.rylAe3Qs1c.html> (дата обращения: 17 июля 2023 г.)
18. Открытость правосудия и информатизация в работе судов. [Электронный документ]. — URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=36704682 (дата обращения: 17 июля 2023 г.)
19. New Path of Stranger Interaction Platform and Network Cross-Cultural Communication in the Omnimedia Era. [Электронный документ]. — URL: <https://www.hindawi.com/journals/wcmc/2022/6796160/> (дата обращения: 17 июля 2023 г.)

REFERENCES

1. Baturin Yu.M., Sin'czyun' Yu. Fenomen omnimedia (na primere kitajskoj gazety People's Daily) // Trudy po intellektual'noj sobstvennosti (Works on Intellectual Property). 2022. T. 43, No 4. S. 8–14.
2. Lozovskij B.N. Antropologiya auditorii: novye izmereniya // Izvestiya UrFU. Ser. 1. Problemy obrazovaniya, nauki i kul'tury. 2023. T. 29. No 2. S. 63–76.
3. China's First Hybrid Omnimedia Cloud Launched at Huawei and Sobey Omnimedia Industry Summit. [Elektronnyj dokument]. — URL: <https://en.antaranews.com/news/99211/chinas-first-hybrid-omnimedia-cloud-launched-at-huawei-and-sobey-omnimedia->

- industry-summit (data obrashcheniya: 17 iyulya 2023 g.)
4. 2018 Omnimedia Summit of China Held Successfully in Hangzhou. [Elektronnyj dokument]. — URL: <http://www.cmec.zju.edu.cn/cmecen/2019/0125/c35719a1468641/page.htm> (data obrashcheniya: 17 iyulya 2023 g.).
 5. Omnimedia, platform-based communication on the rise. [Elektronnyj dokument]. — URL: <https://www.chinadailyhk.com/article/271755> (data obrashcheniya: 17 iyulya 2023 g.).
 6. Shandong Dazhong Daily Omnimedia Innovation Base. [Elektronnyj dokument]. — URL: <https://en.takstar.com/news/642.html> (data obrashcheniya: 17 iyulya 2023 g.).
 7. Pervaya v KNR omni-mediynaya korporaciya sozdaet novuyu skhemu konvergencii SMI. [Elektronnyj dokument]. — URL: <https://niros.ru/other/93198-pervaya-v-krn-omni-mediynaya-korporaciya-sozdaet-novuyu-shemu-konvergencii-smi.html> (data obrashcheniya: 17 iyulya 2023 g.).
 8. Platforma obsluzhivaniya kontenta Mediasphere Omnimedia. [Elektronnyj dokument]. — URL: <http://www.cdv.com/en/?planshow/tp/545/id/9.html> (data obrashcheniya: 17 iyulya 2023 g.).
 9. Fedotov M.A. Pravo massovoj informacii v Rossijskoj Federacii. M.: Mezhdunar. otnosheniya, 2002. S. 45.
 10. Baturin Yu.M. Popytka glasnosti: k istorii zakonodatel'noj neudachi // Trudy po intellektual'noj sobstvennosti. T. IX. Glasnost' kak predmet regulirovaniya / pod red. M.A. Fedotova. M., 2009. S. 4–115.
 11. Interpretaciya i primenenie bol'shikh dannyh v yurisprudencii i yuridicheskoy praktike / Pod red. Yu.A. Tihomirova. M.: Yusticinform, 2021. 188 s.
 12. Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data. [Elektronnyj dokument]. — URL: https://www.researchgate.net/publication/256047335_Personalizing_Default_Rules_and_Disclosure_with_Big_Data (data obrashcheniya 17 iyulya 2023 g.).
 13. Minnikes I.A. Predely individual'nogo pravovogo regulirovaniya: novye aspekty problemy // Vestnik Vostochno-Sibirskogo instituta MVD Rossii. 2023. No 2 (105). S. 9–21.
 14. Tihomirov Yu.A. Kreativnye regulatory v pravovom i virtual'nom prostranstve // Zhurnal rossijskogo prava. 2023. T. 27. No 3. S. 5–16.
 15. Haoyu Wu. Exploration and Practice of Network Teaching Mode in Colleges and Universities in the Era of Omnimedia // Proceedings of 5th International Conference on Contemporary Education, Social Sciences and Humanities — Philosophy of Being Human as the Core of Interdisciplinary Research (ICCESSH 2020). [Elektronnyj dokument]. — URL: <https://www.atlantis-pess.com/proceedings/iccessh-20/125944225> (data obrashcheniya: 17 iyulya 2023 g.).
 16. Osolsobe I. On Ostensive Communication // Conference o cybernetice. Praha: Listopad, 1976.
 17. Omnimedia Era, Dramatic Challenges Become Opportunities. [Elektronnyj dokument]. — URL: <https://www.tellerreport.com/life/2022-02-17-in-the-omnimedia-era--dramatic-challenges-become-opportunities.rylAe3Qs1c.html> (data obrashcheniya: 17 iyulya 2023 g.).
 18. Otkrytosť pravosudiya i informatizaciya v rabote sudov. [Elektronnyj dokument]. — URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=36704682 (data obrashcheniya 17 iyulya 2023 g.).
 19. New Path of Stranger Interaction Platform and Network Cross-Cultural Communication in the Omnimedia Era. [Elektronnyj dokument]. — URL: <https://www.hindawi.com/journals/wcmc/2022/6796160/> (data obrashcheniya: 17 iyulya 2023 g.).

МЕДИАПРАВО АВСТРАЛИЙСКОГО СОЮЗА: СОВРЕМЕННЫЕ ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ

MEDIA LAW IN THE COMMONWEALTH OF AUSTRALIA: CURRENT TRENDS IN DEVELOPMENT

Мария Егоровна БОЧАРОВА

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Москва, Российская Федерация,
maria.bocharova00@gmail.com,
ORCID: 0009-0008-5542-5096

Виктор Николаевич МОНАХОВ

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Москва, Российская Федерация,
vm@48.org,
SPIN-код: 6768-4790

Информация об авторах

М.Е. Бочарова — выпускница бакалавриата факультета права НИУ ВШЭ

В.Н. Монахов — профессор департамента права цифровых технологий и биоправа факультета права НИУ «Высшая школа экономики», ассоциированный член Кафедры ЮНЕСКО НИУ ВШЭ, кандидат юридических наук, доцент

Аннотация. В современную эпоху сентенция о том, что миром правит информация, получает новое, на этот раз «цифроплатформенное», подтверждение своей истинности. С появлением в 1990-х годах глобальных интернет-платформ категории «свобода слова», «свобода массовой информации» и «свобода самовыражения», постепенно меняя технологические форматы своего воплощения и реализации, сохраняют неизменными свою демократическую сущность и роль в процессах личного, общественного и государственного развития.

По мере вступления человечества в очередной информационный цикл, охватывающий ориентировочно первые десятилетия XXI в., постепенно формируется, набирает институциональный и регулятивный потенциал исторически самая «молодая» информационно-коммуникационная свобода — свобода сетевой (онлайн-овой) информации и коммуникации. Как и ее предшественники (свобода слова, печати, радио- и телевидения),

- она требует определенного обновления механизмов социального регулирования по мере своего «созревания» и вхождения в жизнь глобальных, национальных и региональных обществ.
- Именно контекст реализации такого рода инноваций на примере конкретной страны — Австралии — определяет основной предмет данной статьи, ее сущностную составляющую. Конкретные и актуальные проявления этой сущности анализируются авторами статьи на примерах систем правового и иного регулирования в австралийской медиасфере. Так, одним из предметов анализа является вопрос о том, как Австралия справляется с задачей обновления механизмов социального регулирования в медиасфере. Логическим следствием этого вопроса является другой: есть ли в соответствующем опыте Австралии позиции, достойные рецепции в иных правовых и этических порядках?

Акцентируя внимание на этих вопросах, авторы рассматривают некоторые наиболее интересные решения, принятые правительством Австралии за последнее десятилетие. Они также анализируют действующее в Австралии законодательство и другие нормативные механизмы и инструменты, направленные на регулирование связей со СМИ в этой стране, а также основные тенденции их развития. В частности, такие, как пионерские (Австралия — признанный пионер в этой сфере правового регулирования) изменения в регулировании деятельности цифровых медиаплатформ на примере Google и Facebook¹ и вполне конкретные модификации австралийского национального законодательства о диффамации.

Ключевые слова: Австралия, Австралийский Союз, Европейский Союз, цифровые платформы, цифровые сервисы, массовые коммуникации, право массовых

¹ С 28 октября 2021 г. Meta Platforms, Inc. в России признана Тверским судом г. Москвы экстремистской организацией.

коммуникаций, законодательство в сфере массовых коммуникаций, российское право массовых коммуникаций, ASMA

Для цитирования: Bocharova M.E., Monakhov V.N. Media Law in the Commonwealth of Australia: Current Trends in Development. *Potest lectiones ad urbem et mundum // Труды по интеллектуальной собственности (Works on Intellectual Property)*. 2023. Т. 46, № 3. С. 20–28; DOI: 10.17323/tis.2023.17798

Maria E. BOCHAROVA

National Research University Higher School of Economics, Moscow, Russian Federation, maria.bocharova00@gmail.com, ORCID: 0009-0008-5542-5096

Victor N. MONAKHOV

National Research University Higher School of Economics, Moscow, Russian Federation, vnmonakhov@hse.ru, SPIN-code: 6768-4790

Information about the authors

M.E. Bocharova— Graduate of the Bachelor’s Degree of the Faculty of Law of the Higher School of Economics

V.N. Monakhov— Professor of the Department of the Digital Technologies Law and Bio Law of the Faculty of Law of the Higher School of Economics, Associate Fellow of the UNESCO Chair at HSE University, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor

Abstract. In the modern era, the not at all new maxim that information rules the world is getting a new, this time “digital-platform” confirmation of its truth. With the emergence of global online platforms in the 1990s, the categories of “freedom of speech”, “freedom of mass information” and “freedom of self-expression”, while gradually changing the technological formats of their embodiment and implementation, keep their democratic essence and role in the processes of personal, public and state development unchanged.

As humankind enters its next information cycle, roughly covering the first decades of the 21st century, institutional and regulatory potential of the historically “youngest” information and communication freedom — the freedom of web-based (online) information and communication — is gradually taking shape, gaining institutional and regulatory potential. Like its antecedents (freedom of speech, press, radio and television broadcasting), it requires a certain upgrade of its

- social regulatory mechanisms as it “matures” and enters into
- the life of global, national and regional societies.
- It is the context of the implementation of this kind
- of innovation on the example of a specific country —
- Australia — that determines the basic subject of this article, its main essential component. Specific and topical
- manifestations of this essence are analyzed by the authors of this article using examples of legal and other regulatory
- systems in the Australian media sphere. For example,
- one of the subjects of analysis is the question of how is
- Australia coping with the challenge of updating its social regulatory mechanisms in the media sphere. And, as a
- logical consequence of the former, is there any position in Australia’s relevant experience that is worthy of reception in other legal and ethical orders?
- Focusing on these issues the authors review some of the most interesting decisions taken by the Australian
- government over the past decade. The authors also analyse the current law and other regulatory mechanisms and instruments in Australia aimed at regulating the mass media public relations in this country as well as the main trends of
- their development. In particular, such as pioneer (Australia is a recognised pioneer in this sphere of legal regulation!) changes in the regulation of digital media platforms on the example of Google and Facebook (from October
- 28, 2021 — Meta Platforms, Inc. in Russia, admitted as extremist organization by the Moscow Tverskoi Court), and quite specific modifications of Australian national
- defamation law.

Keywords: Australia, Commonwealth of Australia, European Union, digital platforms, digital services, media, media law, media legislation, Russian Media Law, ASMA

For citation: Bocharova M.E., Monakhov V.N. Media Law in the Commonwealth of Australia: Current Trends in Development. *Potest lectiones ad urbem et mundum // Труды по Интеллектуальной Собственности (Works on Intellectual Property)*. 2023. Vol. 46 (3) P. 20–28; DOI: 10.17323/tis.2023.17798

*Potest lectiones ad urbem et mundum*²

THE COMMONWEALTH OF AUSTRALIA AS A SUBJECT OF ANALYSIS

Australia's media legal system was chosen as the focus of our study for a number of reasons. *The first* of these was Bloomberg's assessment [1] that Australia has become the world's 'testing ground for digital platform regulation' between 2017 and 2021. Although the News Media and Digital Platforms Mandatory Bargaining Code 2021 amendments to Australia's Competition and Consumer Protection Act, which incorporate the main supporting elements of Australia's model of legal regulation of the interaction between modern Australian digital journalism and the IT giants over the years, have yet to be fully tested in practice and, according to Australian university professor Curtin Tama Leaver, remain "an untested gun in the desk of the Australian federal exchequer", other countries have for some years now been keeping abreast in order to learn from its pioneering attempts to regulate certain areas of the world's IT giants.

The second reason is a certain exotic factor of this country, or more precisely, the fact that its legal system is little known to the majority of Russian readers. In particular, it can be seen as belonging to a different legal system than the domestic one (Anglo-Saxon) and a different historical development of the legal and political systems [2]. *Finally*, an important circumstance of our choice was the availability of legal information on the regulation of mass media relations in this country, which was already revealed at the very beginning of the research. It turned out that the Australian authorities are very responsible about the availability of their national legal information, which is quite abundant in the public domain on official sources.

THE STRUCTURE OF THE COMMONWEALTH OF AUSTRALIA

Before examining how the media sector is regulated in Australia, it is worth saying a few words about the state structure of the Commonwealth of Australia, as this is what deter-

mines the specifics of the legal system. Australia is a federal state comprising 6 states and 2 territories and the model of Australian federalism is very developed and both states and territories have significant law-making and law-enforcement powers as well as their own legal interests that do not always coincide with the interests of the federal authority. Because of this, and also because Australia is a member of the common law family, a bilevel legal system has been developed, combining federal and state and territory laws. Moreover, laws and regulations may regulate the same area of social relations in different territories in varying ways. At the same time, we should note that the sphere of mass communications in Australia is regulated by law at the federal level.

DEGREE OF REPRESENTATION OF THE SUBJECT MATTER OF THE ARTICLE IN GLOBAL ACADEMIC DISCOURSE

There are a number of studies of Australian media law in the legal scholarship. The most detailed analysis of the Australian media law and related problems can be found in the foreign legal scholarship. For example, Butler and Rodrick [3] analysed the case law, legislation and regulations governing media practices in various fields, such as journalism, advertising, multimedia and broadcasting in Australia. In addition to traditional forms of media, which include television, radio, film, and newspapers, the newest forms of media, such as the internet, online forums, and various digital technologies, are also analysed. Rolf analysed the basic principles of media law as well as the laws which regulate defamation, invasion of privacy, and freedom of information [4]. Fernandez also analysed defamation law, privacy and secrecy, invasion of privacy, freedom of information is also examined and, more than that, highlights some aspects of lawmaking in this area and initiatives to reform media regulation [5]. There are also some articles narrower in subject of analysis, for instance, Dent and Kenyon analyse defamation law in Australia through a comparative content analysis of Australian and US newspaper articles [6], and Flew examined the Australian media law through the perspective of new issues arising from increasing concentration of ownership and control over the internet by a limited number of giant digital corporations [7].

² Possible lessons for the city and the world (*latin*).

There are considerably fewer studies of Australian media law in the Russian legal scholarship. Certain and quite interesting aspects of Aboriginal copyright regulation in Australia are covered in Richter, A.G. “International standards and foreign practices of journalistic regulation” [8]. There are also few articles that analyse narrower aspects of media legislation in several states. For example, Nadirova analysed the Australian antimonopoly law in the media sphere through researching the practice and effectiveness of prohibiting cross-ownership of the media in Australia, the United Kingdom, and the United States [9]. She examined deals for the purchase of print and broadcast media from the point of view of their compliance with current legislation, as well as their impact on the level of media concentration, availability of information services and their diversification. Chikishev analysed the Australian law practice of redistribution of income at the mass media market [10]. Thus, we see that in the foreign legal scholarship there is a comprehensive study of the Australian media law, while in the Russian legal scholarship there is no such study.

CURRENT MEDIA LEGISLATION: THE AUSTRALIAN AND RUSSIAN MODELS

Australia does not have a specific media law identical to the Russian one [11]. However, the media legislation of this country comprises a system of federal laws regulating a more extensive sphere of social relations than the Russian media law. For example, telecommunications in Australia refer to communications by telephone, radio and the internet. Accordingly, telecommunications operators are regulated by the same law that regulates the media. The centerpiece of this system is the Australian Communications and Media Authority Act of 2005 [12] that regulates the establishment, functions, powers and responsibilities of the Australian Communications and Media Authority (hereafter ACMA). It is the ACMA that carries out the broadcasting, content and data transmission, spectrum management (radio broadcasting) and telecommunications functions within Australia.

Broadcasters are regulated in more detail by the Law on Broadcasting Services [13, 14]. The Australian Broadcasting Services Act is similar to the Russian Law of 27 December 1991 No 2124-1 “On the Mass Media” (it is almost the same age as the Russian law which took effect on February 8, 1992) but the system of support for its relevance and the pinpoint nature of its impact on the social relations which need to be regulated by its standards is in our opinion different from the similar system in Russia. The main difference is that while both Australia and the Russian Federation have a purely legislative subsystem to support the relevance of the above legislation, the Australian Broadcasting Services Act, like other media legislation, has a de-

veloped practice of upgrading its regulatory framework in the form of so-called Codes of Practice? Which explain in detail the narrower aspects of the application of the “main” law in relation to them and establishing “best practices”. In relation to the Law on Broadcasting Services, there is currently a Code of Practice for Commercial Television [15]. It contains basic rules for the placement of content for television broadcasters. The code also contains rules regarding advertising time and placement on television advertisements, gambling advertisements, program classifications, and rules for news reporting that require accuracy, fairness, and respect for privacy.

It is noteworthy that the Commonwealth of Australia also has standards for children’s television, enshrined in a specific law [16]. Their purpose is, firstly, to promote Australian programs to develop children’s sense of belonging to the Australian people [16, art. 6 (a)], and, secondly, to protect children from the possible harmful effects of television [16, art. 6 (b)]. The first goal is achieved by establishing quotas for different genres of television programs (including those based on the production budget of the programs). The standards also regulate advertising content on children’s television, and the bans contained there are identical to those in Russia, the only difference of which is that in Russia these bans are enshrined in the Federal Law on Advertising [17, art. 6]. For example, both Russian [17, art. 6, p. 4] and Australian [16, art. 20, p. 2] legislation contains a ban on advertising that gives children the impression that possession of the advertised product puts them in a preferential position compared to other children, as well as a ban on advertising that encourages children to persuade parents or others to purchase the advertised product [16, art. 20, p. 1; 17, art. 6 p. 2]. However, there are differences in the legislative regulation of “children’s” advertising: for example, the Children’s Television Standards contain rules about the proper representation of the advertised product. Thus, if the size of the advertised product is not clear, the advertiser must indicate it by means of comparison with something that a child can easily recognize [16, art. 21, p. 4], and if the advertised product requires accessories to use, the advertiser must clearly distinguish between the price of the product and the price of any accessories [16, art. 21, p. 5].

Broadcasters are regulated in a similar way, by the Broadcasting Act which contains basic rules concerning content [18].

COMPLAINTS MECHANISM FOR MEDIA LAW VIOLATIONS

It is noteworthy that if any media licensee (ranging from television and radio broadcasting to the internet) violates established standards, an appeal can be drafted that will

be investigated for a possible violation of media law [19]. ASMA reviews all complaints claiming a violation of broadcasting rules if the complainant has contacted the broadcaster and is not satisfied with the response, or if the complainant has not received a response. ASMA also considers all complaints alleging violations of licensing conditions, standards, and rules for providing online content. This tool for filing complaints is quite popular — in 2022 alone the Australian Communications and Media Authority has published 16 results of investigations [20], but the number of appeals is much higher — so, according to statistics [21], in April — June 2022 ACMA registered 64 appeals only. The largest number of complaints (25) was filed against commercial TV and radio broadcasters and 16 complaints were filed against state TV and radio broadcasters. However, as a result of investigating the complaints, violations were found only in the activities of commercial TV and radio broadcasters.

ACTUALISATION MECHANISMS

Thus, we see that the core of Australian media legislation was created in the 1990s and 2000s, approximately a quarter of a century ago. However, it is constantly being updated in order to ensure the necessary social and legal compliance of its norms with technological change. This is achieved, firstly, by regular amendments to the existing laws and, secondly, by passing codes of practice. In addition, new laws are being passed in areas related to the media, such as, for example, the Internet Safety Act 2021 [22]. Despite this, according to the Australian lawmaker, such measures do not fully cover the changes rapidly occurring in the media field, making 2019 an unprecedented year of review of Australian legislation in this area. Governments (Australia has both Federal and State and Territory governments) have admitted that the “media landscape” is now highly globalised, and have responded by seeking to ensure the relevance of Australian media laws in the digital age through reforming Australian media laws in two ways. *The first* area of reform was a change in the regulation of digital platforms, which includes Google and Meta Platforms, Inc., and *the second* was a change in national defamation law.

DIGITAL PLATFORMS AND COMPETITION PROTECTION ON MEDIA MARKETS

Let's take a closer look at the changing regulation of digital platforms. The Australian anti-monopoly regulator, the Australian Competition and Consumer Commission (ACCC), conducted an investigation that examined the impact of digital platforms (particularly Google and Meta Platforms, Inc.) on competition in the media and adver-

tising markets in general and the impact of digital platforms on journalistic content in particular. As a result of the investigation, the ACCC published a report [23] with 23 recommendations concerning issues such as competition, the relationship between digital platforms and traditional media, digital literacy, privacy law reform, taxation and unfair contract terms. The most important of these were recommendations to develop and implement a new regulatory framework to ensure effective supervision of all organisations involved in producing or providing content in Australia, with the aim of creating a level playing field that promotes competition in Australia's media and advertising markets. To achieve this goal, it was proposed that digital platforms appointed by the Australian Communications and Media Authority (ACMA) be required to implement a code of conduct to govern their relationships with news media businesses, which ACMA would oversee. Following ACMA recommendations, Australia drafted and passed new law in 2021 [24], requiring digital platforms such as Meta Platforms, Inc. and Google to pay local media and publishers for links to their content in news feeds or search results, sparking a broad public and national response [25]. According to Australian Communications Minister Paul Fletcher, “The code will ensure that news media businesses are fairly rewarded for the content they produce, which will help support journalism of public interest in Australia” [26]. The same purposes are intended to be achieved by the Canadian Act of June 22, 2023 [27]. This act is close in content to its Australian predecessor of 2021. However, in several aspects the Canadian act offers a more advanced response to the challenges which prompted the creation of these laws. This Act has been strongly opposed by Meta and Google [28].

INNOVATIONS IN THE SEARCH SYSTEM LIABILITY REGULATION

Next, let us discuss the reform of national defamation law. Although each of Australia's states and territories has its own defamation laws, these laws are largely similar in terms of containing a set of typical defamation provisions under which a defamation plaintiff must establish: a) the fact of publication (which can be done through any means of communication); b) the defamatory significance of publication, which is defined as such significance as to make the ordinary reasonable reader think badly of or avoid the plaintiff; c) the fact of identification (i.e., some or all readers will consider the message in question to be related to the plaintiff). However, there are defences to defamation charges, which include fair protected report defences, justification (truth) defences, a contextual truth defence, an honest opinion defence,

innocent dissemination and a triviality defence. If the defendant's actions could be qualified as acting under any of these defences, the defendant will not be liable for defamation [29]. The following defamation cases, involving the previously mentioned Meta Platforms, Inc. and Google corporations, have gained prominence in Australia over the past two years and resulted in significant changes in the regulation of liability of search systems in 2022. In *Google LLC v. Defteros, J.* Defteros won a lawsuit against Google after the company failed to remove an article that he claimed defamed him, but Google appealed the case to the High Court. The High Court, however, ruled that Google was not the publisher of the link to the defamatory third-party content displayed as part of the search result, because Google, by providing the search result in a form that includes a hyperlink, does not direct, entice or induce the user to click on the hyperlink [30]. For this reason the fact of publication was found innocent and, therefore, Google was immune from liability.

In *Fairfax Media Publications Pty Ltd; Nationwide News Pty Limited; Australian News Channel Pty Ltd v Voller* [31] plaintiff Dylan Voller sued Fairfax Media, Australian News Channel and Nationwide News for allegedly defamatory comments published at Meta Platforms, Inc. in response to articles posted on the pages of the Sydney Morning Herald, The Australian, Sky News, The Bolt Report and The Centralian Advocate from July 2016 to June 2017. These media organisations were found by the High Court to be the primary publishers of third-party comments made on their public pages at Meta Platforms, Inc. The court ruled that a person's liability as a publisher depends on whether that person, by aiding and abetting the message in question, participated in the transmission of the defamatory information to a third party. The court found that each media company, by creating a public page on Meta Platforms, Inc. and posting content on it, aided, contributed to, encouraged, and thereby promoted the publication of third-party comments.

As it can be seen from the court decisions cited, defamation in the Australian media sphere is an issue that has already led to a number of amendments to defamation legislation came into force in Australia in 2022. For example, a *serious harm test* has been introduced, modelled on the UK test but with significant differences in wording (for example, the Australian serious harm test operates independently of the defamation test). What is more, a single publication rule applied for limitation period purposes, so that the one-year limitation period will not be renewed in certain circumstances where there are multiple publications of substantially the same issue in substantially the same way. Also amendments to enforce the defence of contextual truth come into force. In addition, some amendments are expected to come into effect

from in 2024, such as third-party content defamation immunity for fully passive digital intermediaries providing channels, caching and storage services (especially internet service providers, cloud service providers and email providers), and defamation immunity for search systems that are automated tools for searching the internet [32].

CONCLUSION

Thus, as a result of the analysis of Australian media legislation, it is reasonable to draw the following conclusions.

First of all, there is no special law on the media in Australia identical to the law of the Russian Federation [9]. Its place is taken by a complex system of laws that regulate in detail the operation of social networks and the activities of the internet and mobile telephone service providers in addition to the activities of the media.

Despite the fact that the regulation of the media is combined with the regulation of other social relations, the activities of the media themselves are regulated in sufficient detail. There are many specialised standards for each form of media, including standards for children's television, as well as a mechanism for investigating complaints about violations of these standards and other media legislation, which makes Australian media law more effective.

Secondly, the analysis of the Australian media laws revealed important and useful nuances of legal technique that are only partially used in Russian media law. For example, a detailed list of the basic terms used in the law is given at the beginning of each of the laws mentioned, which immediately eliminates questions about their interpretation. A table of contents is placed at the beginning of each law, making it easier to read and search for information, and the most modern laws are preceded by a brief statement of the law's purpose and key issues.

Thirdly, *codes of practice* play an important role in enforcing media legislation by completing and explaining federal laws, as well as by establishing "best practices".

Fourthly, Australia was found to be thoroughly monitoring changes in media-related information technology and reflecting these changes in legislation in a proactive and up-to-date manner.

Finally, in the fifth place, the possible lessons of the Australian experience of regulating media activities in relation to the digital environment for Russia.

In the Russian Federation, there is no legislation to regulate "platform activity" in relation to the media sphere so far, although its formation is only a matter of time, since the globalisation processes in the economy and other spheres of life inevitably involve the globalisation of the law as well.

Global social, service, content and communication platforms play an arena of emergence, change and termi-

nation of a variety of cross-border private and public legal relations. The establishment of sustainable and harmonious relationships between their subjects, along the lines of the already relatively balanced relationship between the well-known IT giants and the Australian news industry, working for the common good of all subjects of the global information society, is the most important task of the emerging global law and global ethics.

Since the process of digital transformation of social relations in the media sphere is global in nature, Russian legislation and other social regulators of this sphere of social relations should be created with due regard to relevant foreign experience. In our opinion, as of today, the basic legal positions of such experience are most vividly represented in the following legislative and other regulatory acts: The Australian IT Giant Media Negotiation Code 2021 (News Media and Digital Platforms Mandatory Bargaining Code); Bill C-18: An Act respecting online communications platforms that make news content available to persons in Canada 2023; the EU Digital Copyright Directive 2021; and Regulation (EC) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on Competitive and Fair Markets in the Digital Sector and amending Directives (EC) 2019/1937 and (EC) 2020/1828 (Digital Markets Act); as well as the Council of Europe Committee of Ministers Declaration on the Protection of Freedom of Expression and Freedom of Association in Relation to Private Internet Platforms and Internet Service Providers, adopted on 7 December 2011 at the 1129th meeting [34].

The Council of Europe Committee of Ministers Declaration on the Protection of Freedom of Expression...2011 contains a position of principle, in one form or another of terminology, which is common to almost all of the aforementioned acts. According to this position, interference with content that is created for the public domain through Internet media or attempts to make Internet sites inaccessible must be considered in accordance with international standards designed to protect freedom of opinion and the right to impart and receive information, in particular the provision of Article 10 of the European Convention on Human Rights of 1950 and the relevant case law of the ECtHR.

Such an approach will help to form a system of national legal and ethical norms to facilitate the accelerated development of digital innovations, media-platform law as a separate set of normative-legal regulators of media relations in their digital environment, which, in turn, will ensure the successful formation and application of advanced socially significant innovations in the Russian Federation.

In this context, in our view, the legal and other regulatory potential contained in the Concept of technological development until 2030 [35] has a certain positive

perspective. In particular, the norms of this Concept recognise digital platforms and information services for networking of technological development entities as fundamentally new types of technological development entities, whose effective functioning, in turn, requires a qualitatively new institutional environment and new regimes of legal and other social regulation.

It is clear that so far this governmental regulatory initiative contains only initial guidelines for further search of directions for optimal development of national legislation and other regulatory mechanisms to regulate various forms of digital “platform activities” within the framework of the clearly evident global trend of scientific and technological development towards platformization.

The development of appropriate world-class legislation and other social regulators and their adoption in modern societies and states is not a swift process, it will take much time, but for our country even now it is essential to choose the right direction of development in order not to stray from the global course. We see as such a compass the synchronous and harmonious comprehension and assimilation of both technological aspects proper of the forthcoming modernization of Russian science [36] and economy and the solution of social, political, socio-economic and socio-cultural side effects of this modernization, which are already arising (although not yet in our country) [37].

REFERENCES

1. See more on this: *Maksimushkina E.* Facebook bent Australia to compromise. Australia's example will show other countries what can be demanded from tech companies // *Vedomosti*/ 24.02.2019. [Electronic resource]. — URL: <https://www.vedomosti.ru/technology/articles/2021/02/23/858998-facebook-avstraliyu>
2. It should be noted that even in the classic 20th century work on comparative law — *David R., Joffre_Spinozi K.* Main legal systems of modernity: Translated from French V.A. Tumanov. M.: International relations, 2003. 400 p. — These specific features of Australia's historical development have not been sufficiently clearly addressed.
3. *Butler D., Rodrick S.* Australian media law. — Thomson Reuters (Professional) Australia Limited) Australia Limited, 2015. — URL: <https://eprints.qut.edu.au/215356/> (date of access: 08.03.2023).
4. *Rolph D. et al.* Media law: Cases, materials and commentary. — Oxford University Press, 2015. — URL: <https://researchnow.flinders.edu.au/en/publications/media-law-cases-materials-and-commentary> (date of access: 08.03.2023).

5. Fernandez J. Media law in Australia: Principles, pitfalls and potentials. — Black Swan Press, 2013. — URL: <https://espace.curtin.edu.au/handle/20.500.11937/40768> (date of access: 08.03.2023).
6. Dent C., Kenyon A.T. Defamation law's chilling effect: A comparative content analysis of Australian and US newspapers // Media and Arts Law Review. 2004. T. 9. No 89. — URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=586684 (date of access: 08.03.2023).
7. Flew T. The platformized Internet: Issues for media law and policy // Available at SSRN 3395901. 2019. — URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3395901 (date of access: 08.03.2023).
8. Collective author: UNESCO Office Moscow, 2011, 360 p. Richter A., p. 260–264.
9. Nadirova Zh.K. Zapret na perekrestnoe vladenie SMI kak sredstvo ogranicheniya mediakontsentratsii (na primere deyatel'nosti kompanii "N'yus korP" i "XXI senchuri fokS" R. Mehrdoka v Avstralii, Velikobritanii i SSHA) // Nauchnyi dialog. 2017. No 6. S. 170–182. — URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/zapret-na-perekrestnoe-vladenie-smi-kak-sredstvo-ogranicheniya-mediakontsentratsii-na-primere-deyatelnosti-kompaniy-nyus-korp-i-xxi> (date of access: 08.03.2023).
10. Chikishev N.A. Novyi tsifrovoy poryadok: problema oplaty novostnogo kontenta v sotsial'nykh media (opyt Avstralii i Frantsii) // Medi@l'manakh. 2021. No 3 (104). — URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/novyy-tsifrovoy-poryadok-problema-oplaty-novostnogo-kontenta-v-sotsialnyh-media-opyt-avstralii-i-frantsii> (date of accessed: 12.03.2023).
11. Zakon RF ot 27.12.1991 No 2124-1 (red. ot 29.12.2022) "O sredstvakh massovoi informatsii" // Rossiiskaya gazeta. No 32 ot 08.02.1992. — URL: <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&nd=102013812&ysclid=lf8lo221ks133762647> (date of access: 08.03.2023).
12. Australian Communications and Media Authority Act 2005 No 44. — URL: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2005A00044>
13. Broadcasting Services Act 1992 [Elektr. resource]. — URL: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2023C00001> (date of access: 08.03.2023).
14. Compilations. — URL: <https://www.legislation.gov.au/Series/C2004A04401> (date of access: 08.03.2023).
15. Telecommunications Code of Practice 2021. — URL: <https://www.legislation.gov.au/Details/F2021L01524/Html/Text> (date of access: 08.03.2023).
16. Broadcasting Services (Australian Content and Children's Television) Standards 2020. — URL: <https://www.legislation.gov.au/Details/F2020L01653> (date of access: 08.03.2023).
17. Federal'nyi zakon ot 13.03.2006 No 38-FZ "O reklame" // Rossiiskaya gazeta. No 51 ot 15.03.2006. — URL: <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&nd=102105292&ysclid=lf8lwq1zbw269070936> (date of access: 08.03.2023).
18. Radiocommunications Act 1992 (legislation.gov.au). — URL: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2021C00462> (date of access: 08.03.2023).
19. Broadcasting compliance and investigations | ACMA. — URL: <https://www.acma.gov.au/broadcasting-compliance-and-investigations> (date of access: 08.03.2023).
20. Investigations into TV broadcasters | ACMA. — URL: <https://www.acma.gov.au/investigations-tv-broadcasters#about-our-investigations> (date of access: 08.03.2023).
21. Action on content complaints and investigations: April to June 2022 | ACMA. — URL: <https://www.acma.gov.au/publications/2022-11/report/action-content-complaints-and-investigations-april-june-2022> (date of access: 08.03.2023).
22. Online Safety Act 2021 (legislation.gov.au). — URL: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2022C000> (date of access: 08.03.2023).
23. Digital platforms inquiry — final report ACCC. — URL: <https://www.accc.gov.au/about-us/publications/digital-platforms-inquiry-final-report>
24. Treasury Laws Amendment (News Media and Digital Platforms Mandatory Bargaining Code) Act 2021. — URL: Treasury Laws Amendment (News Media and Digital Platforms Mandatory Bargaining Code) Act 2021 (legislation.gov.au) (date of access: 08.03.2023).
25. Avstraliya prinyala zakon o plate internet-platform za novostnoi content | Forbes.ru. — URL: <https://www.forbes.ru/newsroom/biznes/421935-avstraliya-prinyala-zakon-o-plate-internet-platform-za-novostnoy-kontent?ysclid=lbqjg6jpk5289799581> (date of access: 08.03.2023).
26. News Media and Digital Platforms Mandatory Bargaining Code | Treasury Ministers. — URL: <https://ministers.treasury.gov.au/ministers/josh-frydenberg-2018/media-releases/news-media-and-digital-platforms-mandatory-bargaining> (date of access: 08.03.2023).
27. An Act respecting online communications platforms that make news content available to persons in Canada Government Bill (House of Commons) C-18 (44-1) — Third Reading — Online News Act — Parliament of Canada [https://www.parl.ca/DocumentViewer/en/44-1/bill/C-18/third-reading/C-18\(44-1\)](https://www.parl.ca/DocumentViewer/en/44-1/bill/C-18/third-reading/C-18(44-1)) — LEGISInfo — Parliament of Canada. — URL: <https://www.parl.ca/LegisInfo/en/bill/44-1/c-18>

28. Facebook to end news access in Canada over incoming law on paying publishers | Reuters (turbopages.org). — URL: https://translated.turbopages.org/proxy_u/en-ru.ru.baa9f372-649c5fa5-53776078-74722d776562/https/www.reuters.com/technology/meta-end-access-news-facebook-instagram-canada-2023-06-22/
29. The Media and Entertainment Law Review — The Law Reviews. — URL: <https://thelawreviews.co.uk/title/the-media-and-entertainment-law-review/australia> (date of access: 08.03.2023).
30. Case M86/2021 — High Court of Australia. — URL: https://www.hcourt.gov.au/cases/case_m86-2021 (date of access: 08.03.2023).
31. Case S236/2020 — High Court of Australia. — URL: https://www.hcourt.gov.au/cases/case_s236-2020 (date of access: 08.03.2023).
32. Moving Australia's defamation laws into the digital age <https://lsj.com.au/articles/moving-australias-defamation-laws-into-the-digital-age/>
33. *Altukhov A.V., Kashkin S.Y.* Legal nature of digital platforms in Russian and foreign practice // Actual problems of Russian law. 2021. No 7, article available through ConsultantPlus database. Also: Platforms for connecting people and their cases, meanings and things. [Elektr. resource]. — URL: <https://issek.hse.ru/news/832629300.html>
34. European Court of Human Rights case law: Case law of the European Court of Human Rights. 2018. No 1. P. 93-94.
35. Decree of the Government of the Russian Federation of 20.05.2023 No 1315-r "On approval of the Concept of Technological Development for the period until 2030".
36. See more on this in an article by one of the authors of this paper: *Monakhov V.N.* The first online information freedom. Background. Current state. Prospects of development // Works on Intellectual Property (Trudi po Intellektualnoy Sobstvennosti). 2018. No 3 (vol. XXXIV). P. 5–56.
37. Recall the US Twitter Incident of January 2021 and the practice described in the article of Australia and other countries of helping national newspapers in their efforts to retain their share of the total amount of funds allocated by corporations to advertise their products.

РЕСТРУКТУРИРОВАННАЯ ИНФОРМАЦИЯ И КОНТЕНТ В ГРАЖДАНСКОМ ОБОРОТЕ

RESTRUCTURED INFORMATION AND CONTENT INVOLVEMENT INTO CIVIL TURNOVER

Владимир Львович ЭНТИН

МГИМО (У) МИД РФ, Центр правовой защиты интеллектуальной собственности, Москва, Российская Федерация,
entfin@klishin.ru,
ORCID: 0009-0002-7331-9728

Информация об авторе

В.Л. Энтин — директор некоммерческого фонда «Центр правовой защиты интеллектуальной собственности», адвокат, доцент МГИМО (У) МИД РФ, кандидат юридических наук, член-корреспондент Международной академии сравнительного права (Франция), ассоциированный член Кафедры ЮНЕСКО НИУ ВШЭ

Аннотация. Авторское право и смежные права регулируют гражданский оборот информации, которая приобретает структурированный характер в результате интеллектуальной деятельности. Структурированная информация, которая обрабатывается в автоматическом режиме, если она не описана в терминах права интеллектуальной собственности, оказывается вне сферы его действия. Структурированная информация, в отношении которой могут быть предъявлены требования в связи с владением, использованием или распоряжением ею, охраняется правом. Ее коммерческое использование получает моральную и юридическую оценку. Когда информация обезличена, моральная и юридическая оценки расходятся. Объекты авторских и смежных прав, независимо от того, охраняются имущественные права на них или нет, обезличиваются собирательным термином «контент». Размещение контента в интернете делает возможным его переработку без ведома правообладателя. Последствия такой переработки для создания результатов интеллектуальной деятельности естественным или искусственным интеллектом оцениваются правом. Примитивное присвоение осуждается правом и моралью. Присвоение через творческую

- переработку, агрегирование информации и майнинг — нет. Параллельно складываются универсальные тренды регулирования хранения и передачи личной информации, куда нередко попадают и «фейки».
- Слабости технического контроля над интернет-пространством государства стремятся компенсировать юридическими средствами. Усиливается регуляторный надзор. Ужесточается ответственность за несоблюдение административных предписаний. Расширение зон регулирования информации сопровождается разработкой специализированного правового аппарата, позволяющего вовлекать в гражданский оборот различные элементы информационного пространства.

Ключевые слова: присвоение информации, информационные пузыри, конкуренция регуляторов, фрагментация информационного пространства

- **Для цитирования:** Энтин В.Л. Реструктурированная информация и контент в гражданском обороте // Труды по интеллектуальной собственности (Works on Intellectual Property). 2023. Т. 46, № 3. С. 29–37; DOI: 10.17323/tis.2023.17800

Vladimir L. ENTIN

- MGIMO (U) of the Russian Federation Ministry of Foreign Affairs, Nonprofit Foundation “Centre for Intellectual Property Legal Protection”, Moscow, Russian Federation, entfin@klishin.ru,
- ORCID: 0009-0002-7331-9728

Information about the author

- V.L. Entin — Associate Professor of MGIMO (U), director of the Foundation, Associate Member of the International Academy of Comparative Law (France), Associate Fellow of the UNESCO Chair at HSE University, Candidate of Legal Sciences

- заменила оригинальное название фильма, переименовав его на «Away From Home»;
- заменила титры оригинального фильма;
- поместила в титры себя в качестве режиссера фильма и продюсера;
- сняла указания на то, что авторские права на фильм принадлежат ООО «СТУДИЯ “ПЧЕЛА”», обнародовавшему фильм в 2012 г.

В-четвертых, все указанные действия были совершены без согласия авторов фильма и правообладателей с нарушением авторских прав Натальи Чернышевой как создателя фильма и исключительных прав правообладателя — ООО «СТУДИЯ “ПЧЕЛА”». Такие действия нарушают авторские права, принадлежащие режиссеру и студии [2]. Действия по использованию произведения, полученного в результате нарушения прав авторов и правообладателей, квалифицируются французским правом как контрафакт. По законодательству Франции контрафактным считается «всякое воспроизведение, публичный показ или распространение любыми средствами произведения в нарушение прав автора, как они установлены законом» [3].

Направив фильм «Away From Home» различным дистрибьюторам, нанятым для продвижения фильма на фестивалях короткометражных и анимационных фильмов, Брунелла Де Кола совершила действия по изготовлению и организации распространения контрафактного продукта.

Данный пример показывает, как применение недопустимых способов присвоения информации ведет к основному юридически значимому делению участвующей в гражданском обороте информации на законную и противозаконную, исходя из юридической квалификации действий, приведших к ее появлению.

С необходимостью отсеивания способов превращения информации в интеллектуальную собственность сталкиваются все отрасли права. Тем не менее многие области использования информации оказываются в «ничейной» зоне.

РАСШИРЕНИЕ ЗОН ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Долгое время агрегирование накопленной информации в целях ее последующего использования в агрегированном виде оставалось вне зоны правового регулирования. Легитимация правового регулирования накопленной информации обосновывалась необходимостью обеспечить сохранность чувствительной информации личного характера от ее несанкционированного использования и разглашения.

Персональная информация имеет своего рода антиматерию в виде фейков. Правовое регулирование

сталкивается с необходимостью решения двуединой задачи — защиты персональной информации и противостояния ее антиподу. Защита публичного интереса обеспечивается главным образом с помощью многочисленных карательных санкций, а исправление дефектной информации, нарушающей права гражданина, зависит от него самого и эффективности специально созданных бюрократических структур. То есть на юридическом уровне, с позиций равенства возможностей, проблема не сбалансирована.

Стремительное распространение основанной на домыслах и предположениях информации, которую поисковики и социальные сети разносят по интернету, привело к разработке правового инструментария, позволяющего бороться с информационными подделками, которые называют фейками. Проблема состоит в том, что фейки изготавливаются в промышленных масштабах. Они нередко укореняются в публичных институтах, тогда как бремя борьбы с ними возлагается на индивида в личном качестве.

Человек, оказавшийся в ситуации, когда о нем распространяются фейки, становится жертвой бьющей по площадям техники массивированного информационного воздействия в разных направлениях:

а) внутри «информационных пузырей», когда всем окружающим персонально скапливаются поступающие из одного и того же источника подборки событий, информации, вычленимые алгоритмом на основе предпочтений получателя. Технология надувания «информационных пузырей» основывается на том, что люди склонны получать информацию из ограниченной группы источников, которые считают заслуживающими доверия, поэтому исходящая от них информация оценивается ими не критически как правдивая с высокой степенью вероятности. Например, в Европе представления о злокозненности всех, кто хоть как-то связан с Россией, получают статус факта, укореняясь в силу их многократного повторения в политическом дискурсе;

б) неумышленные фейки или так называемые личные мнения о человеке, без прямого умысла манипулировать общественным мнением;

в) целенаправленные фейки, или множители, делающие любую оценку, какой бы вздорной она ни была, известной огромному числу людей. Это техника создания так называемого информационного шума, который гасит здравый смысл. Информационный шум многократно усиливается, когда в качестве множителя используется отрицательная репутация страны происхождения;

г) направленная дезинформация, или операция влияния, — коммерчески или политически мотивированная стратегия управления информационным пространством.

Юридические средства ограждения граждан ЕС от поддельных новостей (fake news) являются одним из рекомендуемых направлений законодательной политики Комиссии ЕС [4].

ВОЗВРАЩЕНИЕ СУВЕРЕНИТЕТА НАД ИНФОРМАЦИОННЫМ ПРОСТРАНСТВОМ

Для мобилизации общественного мнения против чрезмерного могущества GAFA (под этой аббревиатурой понимается олигополия Google, Amazon, Facebook, Apple — четырех американских онлайн-платформ, которые вместе с Microsoft заняли господствующие позиции в киберпространстве), а также для преодоления сопротивления тех, кто по различным идеологическим основаниям выступает против правового регулирования в интернете, было разработано и принято несколько нормативных актов Европейского союза, развернувших правовое регулирование и правоприменительную практику в отношении крупнейших и экономически успешных онлайн-платформ в сторону активного государственного вмешательства.

Говоря об инструментах возвращения суверенитета в киберпространстве, мы имеем в виду прежде всего следующие нормативные документы:

1) Регламент ЕС 2016/679 от 27 апреля 2016 г. «О защите физических лиц в отношении обработки персональных данных и свободы движения таких данных и отмене Директивы 95/46 ЕС» (Общий регламент защиты данных, англоязычная аббревиатура — GDPR) [5];

2) Регламент ЕС 2018/1725 от 23 октября 2018 г. «О защите физических лиц в отношении обработки их персональных данных ведомствами, агентствами, учреждениями и юридическими лицами и свободного движения таких данных, отмена Регламента № 45/2001» и Решение комиссии ЕС № 1247/2002 [6].

Регламенты действуют на территории ЕС и стран Европейской ассоциации свободной торговли (ЕАСТ). Они служат правовой основой для действий против злоупотребления поисковиками и социальными сетями своими возможностями по фильтрации информационных потоков в сети, а также регулированию доступа к информации безотносительно к ее ценности или полезности.

Избранная правовая форма «регламент» превращает эти документы в акты прямого действия. Это означает, что при обращении в суд за защитой нарушенного права можно ссылаться на закрепленные в регламентах принципы, правовые позиции и нормы, независимо от их имплементации в национальное законодательство государств-членов. Кроме того, эти регламенты подстегнули национальное нормотвор-

чество в сторону усиления административного давления и увеличения штрафных санкций в случае несоблюдения положений регламентов.

Официально прокламируемой целью заявленных мер является повышение защищенности граждан ЕС от негативной информации, становящейся доступной благодаря размещению ее на общедоступных интернет-сайтах, с помощью законодательных мер, направленных на возвращение физическим лицам статуса субъекта информационного процесса.

В силу ст. 18 (бывшая ст. 12 Договора о Европейском сообществе) запрещается какая-либо дискриминация на основе гражданства [7], а ст. 19 (бывшая ст. 13 Договора о Европейском сообществе) особо запрещает какую-либо дискриминацию по причине расового или этнического происхождения [8]. Эти основополагающие положения могут быть использованы для оспаривания бездействия со стороны уполномоченных органов ЕС в случае игнорирования или неисполнения обязанностей, возложенных на них правом ЕС, если связать такое бездействие с тем обстоятельством, что гражданство является приобретенным, а не полученным в силу рождения.

В Регламенте ЕС 2016/679 [5] подчеркивается, что защита физических лиц в отношении обработки персональных данных является фундаментальным правом. Статья 8(1) Хартии Европейского союза об основных правах [9] и статья 16(1) Договора о функционировании Европейского союза (ДФЕС) [10] предусматривают, что каждый имеет право на защиту своих персональных данных. К основополагающим принципам относится положение, согласно которому *«принципы и правила защиты физических лиц в отношении обработки их персональных данных должны, независимо от гражданства или места жительства лиц, уважать их фундаментальные права и свободы, в частности их право на защиту персональных данных. Настоящий Регламент призван содействовать формированию свободного, безопасного, справедливого пространства, а также общего экономического пространства; содействовать созданию единого экономического пространства, а также экономическому и социальному развитию, укреплению и сближению экономик на внутреннем рынке, содействовать благосостоянию физических лиц»*.

В соответствии с приведенными выше регламентами специальные информационные права и средства их защиты действуют только применительно к обработке и распространению информации о персональных данных физических лиц — граждан ЕС. В результате происходит дробление всей персональной информации, аккумулированной на территории ЕС и стран Европейского экономического пространства, на три категории:

- 1) охраняемую правом ЕС;
- 2) охраняемую в силу соглашения между ЕС и третьими странами;
- 3) охраняемую в силу договора (согласия) на использование информации.

Положения о защите данных применяются к лицам, чьи персональные данные обрабатываются в любом контексте. Они неприменимы к умершим. Они не распространяются на юридических лиц.

Защита персональных данных распространяется на обработку личных данных полностью или частично в автоматическом режиме путем заполнения формуляров. Она распространяется на отдельные файлы или подборки файлов и их титульные страницы, структурированные по конкретным критериям.

Бремя доказывания существования преобладающего публичного интереса, деактивирующего охрану интересов, конституционных прав и свобод субъекта персональных данных, возложено на лицо, действующее в общественных интересах и осуществляющее свои официальные полномочия.

Каждый, чьи личные данные обрабатываются, должен иметь право подать жалобу Европейскому инспектору по защите данных (European Data Protection Supervisor) и пользоваться правом на эффективную судебную защиту в Суде справедливости ЕС, если субъект таких данных полагает, что: а) принадлежащие ему/ей права в соответствии с регламентом нарушены; б) Европейский инспектор по защите данных не отреагировал на жалобу, частично или полностью отклонил ее либо не действовал в том случае, когда действия были необходимы для защиты прав подателя жалобы. Обращение с жалобой требует проведения расследования в той мере, в какой это необходимо в конкретных обстоятельствах, а его результаты могут быть пересмотрены в судебном порядке.

Для упрощения подачи жалобы Европейский инспектор по защите данных должен предоставить формуляр подачи жалобы, который может быть заполнен в электронном виде, что не исключает использования других средств коммуникации.

На Европейского инспектора по защите данных возлагается обязанность осуществлять мониторинг применения положений Регламента ко всем процедурам обработки информации, выполняемым ведомствами и учреждениями ЕС.

В ст. 3 Регламента 2018/1725 [11] даны определения, которые стали общими для права ЕС и права государств-членов.

В п. 1 персональные данные определяются как *«любая информация, относящаяся к названному или идентифицируемому физическому лицу (субъекту данных). Идентифицируемым физическим лицом считается*

тот, кто может быть идентифицирован прямо или косвенно благодаря наличию идентификаторов. Ими служат: фамилия, идентификационный номер, местонахождение, онлайн-идентификатор, а также информация об особенностях физического, физиологического, генетического, ментального, экономического, культурного или социального характера, которые позволяют идентифицировать физическое лицо».

На управленческие структуры, получившие личные данные, возлагаются полномочия, обременения и ответственность, предусмотренные Регламентом. К ним применяется правовой режим «контроллера» (Controller) персональных данных. В силу подп. 8 ст. 3 Регламента [11] контроллером выступает любое ведомство, учреждение или организационная единица ЕС, которая самостоятельно или в сотрудничестве с другими определяет цели и способы обработки персональных данных; когда такие цели и способы определены в конкретном акте Союза, контроллер или критерии для его назначения определяются правом ЕС.

«Обработчик» в рамках контракта с контроллером решает, какие компьютерные программы будут использованы для обработки и хранения персональных данных, предоставленных контроллером.

Пункт 16 (ст. 12 GDPR) определяет, что «нарушение в отношении персональных данных» (personal data breach) означает нарушение, которое привело к случайному или незаконному уничтожению, потере, изменению, несанкционированному разглашению, доступу к персональным данным, переданным, хранящимся или иным образом обрабатываемым.

В ст. 4 Регламента 2018/1725 [11] перечислены принципы, которые должны быть положены в основу обработки персональных данных. Они должны обрабатываться на законных основаниях, справедливо и прозрачно для субъекта данных.

Сбор персональных данных должен осуществляться для достижения конкретных, четких и законных целей. Характер обработки и сроков хранения должен им соответствовать. Подпункт «d», касающийся требования точности, предусматривает принятие всех разумных мер, чтобы персональные данные, являющиеся неточными с точки зрения целей, для которых они обрабатываются, стирались или исправлялись незамедлительно.

Статья 10 касается обработки специальных категорий персональных данных. В п. 1 содержится общий запрет на обработку персональных данных, раскрывающих расовую или этническую принадлежность, политические взгляды, религиозные или философские убеждения, членство в профсоюзах. Обработка генетических данных, биометрических данных в целях идентификации физических лиц, данных о здоровье

или о сексуальной жизни или ориентации также запрещена. В п. 2 в подп. а–j перечислены случаи, когда приведенный выше запрет не применяется. Когда такие данные обрабатываются в режиме исключения, в отношении них должен соблюдаться режим конфиденциальности и ограниченного доступа.

Статья 11 устанавливает дополнительные требования к обработке персональных данных, относящихся к обвинительным приговорам по уголовным делам и другим правонарушениям. Обработка таких данных, а также данных, относящихся к мерам безопасности, должна осуществляться только под контролем официальных властей либо, когда их обработка разрешается правом Союза, при условии предоставления соответствующих гарантий прав и свобод субъектов персональных данных.

Статья 16 наделяет субъекта персональных данных правом на получение информации в тех случаях, когда персональные данные были получены не от субъекта. Когда персональные данные получены не от субъекта, на контроллера возлагаются следующие обязанности:

- 1) предоставить субъекту исходные данные:
 - а) наименование и контактные данные контроллера;
 - б) контактные данные должностного лица, отвечающего за охрану данных;
 - в) цели и правовые основания обработки данных;
 - г) категории данных, подлежащих обработке;
 - д) реципиенты данных;
 - е) намерение передать данные реципиенту в третьей стране;
- 2) сообщить субъекту:
 - а) сроки хранения данных, а если это нельзя сделать, то критерии, которыми указанные сроки будут определяться;
 - б) о его праве на обращение к контроллеру с просьбой о доступе, внесении исправлений или удалении персональных данных либо ограничении их обработки;
 - ...
 - г) о его праве подать жалобу Европейскому инспектору по защите данных;
 - е) из какого источника происходят эти персональные данные и поступили ли они из общедоступных источников.

Всю эту информацию контроллер должен предоставить в разумный срок, но не позднее месяца после обращения.

Статья 17 наделяет субъекта персональных данных правом доступа к тому, какая личная информация о нем перерабатывается или хранится, с полномочиями, аналогичными тем, что предусмотрены в ст. 16.

Статья 18 предоставляет субъекту данных право требовать от контроллера исправления без неоправданных задержек неточной информации личного характера. На основании целей обработки персональных данных оно включает в себя право дополнять неполную информацию, в том числе путем направления заявления о дополнении.

Статья 19 закрепляет право на удаление (право на забвение). Согласно этой статье субъект персональных данных должен иметь право требовать от контроллера удаления своих персональных данных без неоправданных задержек при наличии одного из следующих оснований:

- а) личные данные более не являются необходимыми для тех целей, для которых они были собраны;
- б) субъект персональных данных отозвал свое согласие на их обработку, а других правовых оснований для такой обработки нет;
- в) субъект персональных данных возражает против их обработки в связи с его особой ситуацией, а преобладающий публичный интерес отсутствует;
- г) персональные данные обрабатываются незаконно;
- д) персональные данные должны быть устранены во исполнение правовых предписаний, которым контроллер обязан подчиниться;
- е) персональные данные были собраны в связи с предложением, поступившим от провайдера информационных услуг, в обстоятельствах, предусмотренных ст. 8 (1), где говорится об использовании личных данных ребенка.

Когда контроллер сделал персональные данные публичными и обязан в силу указанных выше положений удалить персональные данные, он с учетом имеющихся технических возможностей и стоимости исполнения обязан предпринять разумные шаги по уведомлению иных контроллеров, нежели ведомства и учреждения ЕС, которые занимаются обработкой персональных данных, о том, что субъект данных обратился с просьбой убрать все ссылки на них, их копии или реплики.

Указанные положения не должны применяться в той мере, в какой обработка персональных данных необходима для следующего:

- а) осуществления права на свободу слова и информации;
- б) выполнения обязательств, вытекающих из требований закона, которым подчиняется контроллер, либо для решения задач, выполняемых им в общественных интересах или при осуществлении возложенных на контроллера властных полномочий;
- в) охраны публичных интересов в сфере здравоохранения;

d) достижения общественно полезных целей в области научных, исторических исследований или в области статистики, когда осуществление права на забвение сделает их проведение невозможным или серьезно им помешает;

e) установления, осуществления или защиты правовых требований.

Приведенный выше перечень показывает зарождение нового поколения прав человека, которые будут все более востребованными по мере становления метавселенной и возникновения присущих ей информационных прав.

ДРОБЛЕНИЕ ИНФОРМАЦИОННОГО ПРОСТРАНСТВА НА СЕКТОРА С УВЕЛИЧЕНИЕМ ЧИСЛА РЕГУЛЯТОРОВ

Принятие 14 декабря 2022 г. новой Директивы о кибербезопасности [12], направленной на повышение защищенности критических инфраструктур в ЕС, усиливает регуляторный надзор и правовой механизм принуждения к выполнению требований кибербезопасности в соответствии с более высокими стандартами применительно к деятельности широкого спектра компаний и правительственных учреждений.

Директива предусматривает единообразную процедуру реагирования на инциденты в области безопасности, задает стандарты соблюдения информационной безопасности в цепочках поставок, шифрования и выявления уязвимостей. Новые требования будут распространяться на инфраструктурные объекты в области энергетики, транспорта, банковского дела, здравоохранения, космической отрасли, цифровой инфраструктуры государственной администрации, пищевой промышленности, медицинских изделий, автомобилей, переработки мусора и канализации, почтовой службы, химической промышленности и поставки комплектующих, используемых в электронике. В Европарламенте полагают, что новые требования затронут 160 тыс. организаций на территории ЕС.

Регулирование вопросов, связанных с информацией, распадается на дискретные области. Каждая из них регулируется самостоятельно в соответствии с ее полезностью, известной на момент издания нормативного акта. Латентные свойства информации не могут являться объектом регулирования, что ведет к необходимости периодического обновления регуляторной ткани и корректировки полномочий регуляторов.

При этом все в большей степени проявляет себя конкуренция между регуляторами. Для стран романо-германской правовой семьи характерна обязательная инкорпорация в контракты между хозяйствующими субъектами стандартных предписаний (standard

contractual clauses, SCCs), действующих в данной сфере. В условиях, когда наряду с национальным законодательством действует интеграционное право, учащается обновление стандартных положений как проявление конкуренции между национальными регуляторами и Комиссией ЕС.

Предприятиям и публичным учреждениям, пользовавшимся предшествующими стандартными предписаниями, автоматически включаемыми в хозяйственные договоры, чтобы выполнить требования законодательства о защите персональных данных, необходимо было учесть новые обновления стандартных положений ЕС до 27 декабря 2022 г. Пропуск этого срока влечет штрафные санкции. Это обусловлено тем, что новые стандарты соответствия касаются главным образом передачи персональных данных за пределы ЕС.

ОТГОРАЖИВАНИЕ ОТ ФИЗИЧЕСКИХ И ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ ИНЫХ ЮРИСДИКЦИЙ С ПОМОЩЬЮ ПОНЯТИЙНОГО АППАРАТА, СВОЙСТВЕННОГО ТОЛЬКО ПРАВУ ЕС

В русле постепенной федерализации Европейского Союза Комиссия ЕС выступила с проектом регламента о создании Общеввропейского пространства данных здравоохранения [13]. Его необходимость обосновывается потребностью предусмотреть возможность доступа граждан к данным, касающимся их здоровья (первоначальное использование), а также облегчить повторное использование таких данных в социальных целях на территории ЕС (вторичное использование).

Проект регламента может легко затеряться в лабиринте законодательных предложений, регулирующих использование данных, которые исходят от Комиссии ЕС. Однако именно в сфере здравоохранения, где идея широкой доступности данных пользуется поддержкой напуганного ковидом населения, прорабатываются механизмы ускоренного получения принудительных лицензий. Общеввропейское пространство данных здравоохранения предусматривает упрощенный режим принудительного лицензирования данных здравоохранения в пользу третьих лиц. От бизнеса это потребует дополнительных усилий по защите прав интеллектуальной собственности на данные медицинского характера и их сортировке по назначению и степени доступности. Это касается в первую очередь права доступа к информации о состоянии здоровья, хранящейся в электронном виде, и степени контроля над повторным использованием собранных данных в дополнение к субъективным правам в отношении персональной информации, предус-

мотренным Директивой ЕС о защите персональных данных (GDPR) [5].

Регламент требует, чтобы организации, занимающиеся хранением и обработкой данных о здоровье, обеспечили операционную совместимость используемых систем, а также выполнение требований безопасности, предъявляемых к электронным документам. Европейской комиссии будут выделены средства на создание интернет-платформы MyHealth@EU, обеспечивающей трансграничный обмен данными о здоровье на территории ЕС. Хозяиствующие субъекты, включая изготовителей, импортеров и дистрибьюторов систем электронного хранения информации о здоровье, должны будут нанести соответствующую маркировку ЕС в подтверждение соблюдения технических требований регламента.

Общеввропейское пространство данных о здоровье EHDS создает техническую и правовую основу для доступа академических учреждений, бизнеса, политиков и регуляторов к обезличенным данным о здоровье непосредственно от организаций, хранящих данные о здоровье, или через посредство учреждения, обеспечивающего доступ к данным о здоровье, которое должно быть создано во всех государствах-членах. Для повторного использования данных о здоровье потребуются получение разрешения и оплата сбора в зависимости от вида использования.

ДАнные КАК АКТИВ, КОТОРЫМ НИКТО НЕ ДЕЛИТСЯ БЕСПЛАТНО

Специалисты практически единодушны в том, что важными драйверами многих сделок слияния и поглощения являются коммерческая ценность информации и перспективы реструктурирования ее использования и лицензирования. Данные как актив обычно рассматриваются с нескольких позиций:

- в частном секторе учитывается полезность или степень коммерческой ценности данных (например, когда речь идет о клиентской или пользовательской базе, оцениваемой исходя из числа обращений или пользователей);
- в публичном секторе регулируется доступность данных, что позволяет повысить эффективность управленческих решений публичных властей и бизнеса, чего нельзя добиться в рамках узкоотраслевого дробления информации. Обычно приводят пример Нью-Йорка, где расширение доступности данных, собираемых офисом мэра города (NY Open Data), позволило существенно сократить время ожидания медицинской помощи;
- обладание данными создает риски привлечения к ответственности по разным основаниям. Утечка

данных может нанести имущественный ущерб в виде потери ценного акта, вызвать применение штрафных санкций со стороны регулятора, привести к нарушению контрактных обязательств, вызвать недоверие имеющихся и потенциальных клиентов, нанести репутационный ущерб;

- в зависимости от используемых режимов обеспечения безопасности данных информация может охраняться как конфиденциальная, служебная и даже государственная тайна, секрет производства, коммерческая тайна, что предопределяет возможности и пределы ее использования в гражданском обороте. Сбор и организация данных коммерческого характера приведут к появлению баз данных, коммерческой тайны, где использование хранимой информации варьируется в зависимости от особенностей национального законодательства, а также контрактных ограничителей доступа и условий использования;
- повышенные сложности вызывает обращение с носителями персональной информации, стандарты требований к условиям хранения и передачи их для обработки третьим лицам меняются так часто, что административная отчетность по ним ложится бременем на бизнес, который включает его в цену товаров и услуг;
- борьба за контроль над некоторыми видами чувствительных данных может спровоцировать расследования антимонопольных органов, призванных пресекать злоупотребление доминирующим положением на рынке.

В сделках слияния и поглощения соблюдение требований относительно безопасного хранения, использования и передачи персональных данных третьим лицам, резидентам и нерезидентам ЕС и ЕАЭС соответственно может обернуться головной болью. Быстро развивается такое направление деятельности, как аутсорсинг проверки соблюдения требований и ограничений, предъявляемых к работе с чувствительными данными, в рамках процедуры должной осмотрительности (due diligence). В этой связи возникают вопросы достаточности контрактных средств предосторожности, таких как:

- требование возмещения штрафов, наложенных регулятором за несоблюдение регламентных или контрактных условий обработки информации;
- аудит интеллектуальных прав в связи со сбором и использованием информации;
- требование предоставления лицензии на производные произведения, патентоспособные усовершенствования, дизайнерские решения, то есть перекрестного лицензирования охраняемых результатов интеллектуальной деятельности;

- включение условий, связанных с используемыми алгоритмами, и права собственности на результаты, полученные благодаря применению искусственного интеллекта;
- соблюдение требований этики и санкционных ограничений.

Неясным остается вопрос, в какой мере страхование рисков, связанных с профессиональной деятельностью, распространяется на собственную и сопутствующую деятельность по производству и обработке расширяющегося потока информации. Хозяйствующие субъекты беспомощно барахтаются в информационном потоке, надеясь, что юристы и страховщики позволят им справиться с этой напастью с минимальными издержками. В результате фрагментация информационного пространства на автономные блоки получает правовое признание и юридическое закрепление.

СПИСОК ИСТОЧНИКОВ / REFERENCES

1. URL: <https://clermont-filmfest.org> (data obrashcheniya 26.07.2023).
2. Code de la propriété intellectuelle — Légifrance (legifrance.gouv.fr) art. L 122-4.
3. Code de la propriété intellectuelle — Légifrance (legifrance.gouv.fr) art. L335-3.
4. The legal framework to address “fake news”: possible policy actions at the EU level, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies Author: Andrea Renda (CEPS — Centre for European Policy Studies and College of Europe) Directorate-General for Internal Policies PE 619.013 — June 2018.
5. Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). Text with EEA relevance.
6. Regulation (EU) 2018/1725 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2018 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by the Union institutions, bodies, offices and agencies and on the free movement of such data, and repealing Regulation (EC) No 45/2001 and Decision No 1247/2002/EC Text with EEA relevance.
7. Article 18 (ex Article 12 TEC) Within the scope of application of the Treaties, and without prejudice to any special provisions contained therein, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited. The European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, may adopt rules designed to prohibit such discrimination. [Электронный документ]. — URL: EUR-Lex — 12012E/TXT — EN — EUR-Lex (europa.eu) (data obrashcheniya: 26 июля 2023 г.)
8. Article 19.1 (ex Article 13 TEC) Without prejudice to the other provisions of the Treaties and within the limits of the powers conferred by them upon the Union, the Council, acting unanimously in accordance with a special legislative procedure and after obtaining the consent of the European Parliament, may take appropriate action to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation. [Elektr. dokument]. — URL: EUR-Lex — 12012E/TXT — EN — EUR-Lex (europa.eu) (data obrashcheniya: 26.07.2023).
9. EU Charter of Fundamental Rights (europa.eu) (data obrashcheniya: 26.07.2023).
10. Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union [Elektr. dokument]. — URL: http://data.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2012/oj (data obrashcheniya: 26.07.2023).
11. Regulation (EU) 2018/1725 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2018 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by the Union institutions, bodies, offices and agencies and on the free movement of such data, and repealing Regulation (EC) No 45/2001 and Decision No 1247/2002/EC (Text with EEA relevance.) [Elektr. dokument]. — URL: <http://data.europa.eu/eli/reg/2018/1725/oj> (data obrashcheniya: 26.07.2023).
12. Directive (EU) 2022/2555 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 on measures for a high common level of cybersecurity across the Union, amending Regulation (EU) No 910/2014 and Directive (EU) 2018/1972, and repealing Directive (EU) 2016/1148 (NIS 2 Directive). Text with EEA relevance.
13. The European Health Data Space (EHDS) [Elektr. dokument]. — URL: <http://european-health-data-space.com> (data obrashcheniya: 26.07.2023).

Научная статья
УДК 347.78.01; 347.77
DOI: 10.17323/tis.2023.17801

Original article

ВВЕДЕНИЕ В КОНЦЕПТ ОБЩЕЙ ТЕОРИИ АВТОРСТВА THE INTRODUCTION INTO THE GENERAL THEORY OF AUTHORSHIP

Михаил Александрович ФЕДОТОВ

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Москва, Российская Федерация, mfedotov@hse.ru, ORCID: 0000-0002-2591-1770

Информация об авторе

М.А. Федотов — директор Международного научно-образовательного центра «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву, смежным, культурным и информационным правам» НИУ «Высшая школа экономики», доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ

Аннотация. В статье обоснованы возможность, целесообразность и актуальность разработки концепта общей теории авторства как метатеории современного права интеллектуальной собственности. Проанализированы — в целях выявления противоречий и лакун — основные положения существующего концепта права интеллектуальной собственности. Аргументирована безосновательность приравнивания средств индивидуализации к результатам интеллектуальной деятельности, выявлены недостатки в действующем законодательстве об интеллектуальной собственности. Исследовано соотношение понятий «интеллектуальная собственность», «права интеллектуальной собственности», «интеллектуальные права».

Концепт общей теории авторства ставит в центр всей экосистемы интеллектуальной собственности именно автора — субъекта права, творца, а не результат его интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, то есть объект права, как это фактически делает концепт права интеллектуальной собственности. Смена «точки отсчета» неминуемо меняет всю систему

- логических связей внутри данной сферы, формируя несколько иную «картину интеллектуального мира».
- Предлагаемый подход позволяет сформулировать основные понятия общей теории авторства, а именно «автор» и «объект интеллектуальной собственности», а также производные от них понятия, проанализировать основные свойства объектов интеллектуальной собственности, к числу которых относятся нематериальность, гетерогенность, человекоцентричность, креативность, герменевтичность.

- Существующие системы правовой охраны объектов интеллектуальной собственности в неявной форме предполагают существование помимо автора еще одного субъекта, без которого не может состояться объект интеллектуальной собственности как объект «для других», — того, кто признает техническое решение — изобретением, упаковку — промышленным образцом, а текст, изображение или трехмерный предмет — произведением науки, литературы или искусства. В случае с объектами регистрационной системы таким субъектом выступает патентное ведомство, в «созидательской» системе — пользователь, потребитель. В статье обосновывается тезис о «соавторстве» пользователя в создании объекта интеллектуальной собственности как объекта «для других».

- **Ключевые слова:** общая теория авторства, интеллектуальная собственность, авторство, интеллектуальные права, ВОИС, авторское право, патентное право, средства индивидуализации, культурные права, товарные знаки, информация

- **Для цитирования:** Федотов М.А. Введение в концепт общей теории авторства // Труды по интеллектуальной

собственности (Works on Intellectual Property). 2023. Т. 46, № 3. С. 38–75; DOI: 10.17323/tis.2023.17801

Mikhail A. FEDOTOV

National Research University “Higher School of Economics”, Moscow, Russian Federation
mfedotov@hse.ru,
ORCID: 0000-0002-2591-1770
Scopus ID: 57188800734

Information about the author

M.A. Fedotov — Doctor of Legal Sciences, Professor, Director of the International Scientific and Educational Center “UNESCO Chair on Copyright, Neighboring, Cultural and Information Rights” at the National Research University “Higher School of Economics”, Honorable Lawyer of the Russian Federation

Abstract. The article substantiates the possibility, expediency and relevance of developing the concept of the General Theory of Authorship as a metatheory of modern intellectual property law. Analyzed — in order to identify contradictions and gaps — the main provisions of the existing concept of intellectual property rights. The groundlessness of equating the means of individualization with the results of intellectual activity is substantiated, shortcomings in the current legislation on intellectual property are revealed. Correlations of the concepts “intellectual property”, “intellectual property rights”, “intellectual rights” are investigated.

The concept of the General Theory of Authorship puts the Author, that is, the subject of law, the creator, at the center of the entire ecosystem of intellectual property, and not the result of his intellectual activity or means of individualization, that is, the object of law, as the concept of intellectual property law actually does. Naturally, the change of the “starting point” inevitably changes the entire system of logical connections within this sphere, forming a somewhat different “picture of the intellectual world”.

The proposed approach allows us to formulate the basic concepts of the General Theory of Authorship, namely “author” and “object of intellectual property”, as well as concepts derived from them, to analyze the main properties of intellectual property objects, which include: intangibility, heterogeneity, human-centeredness, creativity, hermeneuticity.

The existing systems of legal protection of intellectual property objects implicitly imply the existence, in addition to the Author, of another subject, without which an intellectual property object cannot take place as an object “for others”, — the one who recognizes a technical solution as an invention, packaging as an industrial design, and a text,

- image or three-dimensional object is a work of science,
- literature or art. In the case of the objects of the registration
- system, such a subject is the patent office, in the creative
- system — the user, the consumer. The article substantiates
- the thesis about the “co-authorship” of the user in the
- creation of an object of intellectual property as an object
- “for others”.

- **Keywords:** General Theory of Authorship, intellectual property, authorship, intellectual rights, WIPO; copyright; patent law, trade marks; means of individualization, cultural rights, information

- **For citation:** Fedotov M.A. The Introduction into the Concept of General Theory of the Authorship // Trudi po Intellectualnoy Sobstvennosti (Works on Intellectual Property). 2023. Vol. 46 (3). P. 38–75; DOI: 10.17323/tis.2023.17801

Настоящая статья является продолжением серии работ, опубликованных ее автором в журнале «Труды по интеллектуальной собственности» и некоторых других изданиях в 2000-х — 2020-х годах и посвященных различным аспектам общей теории авторства [1]. Задача данной публикации — предложить вниманию научного сообщества некоторые тезисы, обосновывающие концепт общей теории авторства. Подчеркнем, что этот концепт предназначен не для того, чтобы прийти на смену существующей доктрине интеллектуальной собственности, а для того, чтобы с помощью «логической чистки понятий» (Г. Маркузе) и построения соответствующей метатеории выявить в ней пробелы и противоречия и позволить на продвинутом этапе перестроить ее, а следовательно, сделать более совершенными и прогнозируемыми как законодательство, так и правоприменение.

Изложение авторского видения проблемы начнем с критического анализа существующей доктрины интеллектуальной собственности. Ее построение на основе и вокруг понятия «объект интеллектуальной собственности» приводит, по мнению автора этой статьи, к игнорированию наличия института авторства во всех видах таких объектов, признанию его лишь в авторском праве и, в меньшей степени, в патентном праве.

Дальнейший анализ понятий «интеллектуальная собственность» и «права интеллектуальной собственности» приведет нас к пониманию производности последних от континуума международно признанных экономических, социальных и культурных прав человека.

Последующее рассмотрение таких постулатов существующей доктрины интеллектуальной собственности, как нематериальность объектов, производность правовой охраны от наличия соответствующих норм объективного права и приравнивание средств индивидуализации к результатам интеллектуальной деятельности, позволит выявить противоречия в общепризнанном концепте.

Затем мы перейдем к обоснованию концепта общей теории авторства. В отличие от существующей доктрины предлагаемый концепт строится, как уже упоминалось, на основе и вокруг понятия «автор». Сопоставление содержания понятий «интеллектуаль-

ная деятельность» и «творческий труд» позволяет скорректировать определение понятия «автор», которое, в свою очередь, дает возможность сформулировать отсутствующее в доктрине понятие «объект интеллектуальной собственности». Среди основных свойств объектов интеллектуальной собственности мы выделим *нематериальность, гетерогенность, человекоцентричность, креативность, герменевтичность* и покажем их проявление на примере «латентных» объектов интеллектуальной собственности.

Статья завершится кратким изложением некоторых предварительных выводов, касающихся концепта общей теории авторства.

ИНСТИТУТ АВТОРСТВА В КОНЦЕПТЕ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

В основании концепта интеллектуальной собственности уже несколько столетий лежит *преимущественно утилитарный* подход, согласно которому объектом частноправового оборота являются некие нематериальные сущности, имеющие коммерческую ценность. Такими сущностями признаются литературные и художественные произведения, изобретения, другие результаты интеллектуальной деятельности. К ним приравниваются средства индивидуализации.

Экономическую подопку исключительных прав отмечал классик российской цивилистики Г.Ф. Шершеневич еще во второй половине XIX в. Он писал, что исключительные права имеют «свое особое экономическое основание. Так, основанием установления права на фирму, на клеймо является стремление обеспечить за лицом материальную выгоду, создаваемую его честным отношением к своему торговому делу, обеспечить результаты трудовой деятельности, основанием авторского, художественного или музыкального права представляется желание обеспечить материальное существование лиц, чья деятельность сосредоточивается на духовных интересах общества. ... Такая природа исключительных прав, носящих притом имущественный характер, может служить основанием к тому, чтобы отвести им место в имущественном праве, именно между вещным и обязательственным правом» [2, с. 67-68].

Производной от результата интеллектуальной деятельности является категория «автора». Ее *вторичность* предопределена тем, что в частноправовом обороте первостепенное значение имеет результат, а не тот, кто его создает. Здесь господствует принцип: если нет результата, то нет и автора.

В системе *средств индивидуализации*, согласно существующей доктрине, автора вообще *не существует*. Его место здесь занимает заявитель, к которому, видимо, товарные знаки и фирменные наименования падают непосредственно с неба уже в готовом виде. Что же касается Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г., то она легко обходится без понятия «автор», абстрагируясь от того, каким образом в руки заявителя попали изобретение, промышленный образец, товарный знак и т.д. Это как бы остается «за кадром» и никак не стимулирует автора. Напротив, в Договоре ВОИС о патентном праве прямо указано: «понятие авторства определяется в соответствии с применимым законодательством» (ст. 16 и 18), что оставляет автору надежду быть замеченным хотя бы на уровне национального законодательства.

Действующее российское законодательство в этом плане гораздо гуманистичнее Парижской конвенции. В ст. 1347 ГК РФ указано, что автором подобных объектов промышленной собственности является «гражданин, творческим трудом которого создан соответствующий результат интеллектуальной деятельности». Лицо, указанное в качестве автора в заявке на выдачу патента, считается автором, если не доказано иное. При этом ст. 1345 ГК РФ закрепляет, что автору принадлежит не только исключительное право, но и право авторства. Согласно ст. 1356 ГК РФ, право авторства, то есть право признаваться автором изобретения, промышленного образца и т.д., неотчуждаемо и непередаваемо. Отказ от этого права ничтожен.

Но тогда непонятно, почему автору предоставлено право отказаться быть упомянутым в публикуемых сведениях о заявке на получение патента и о выдаче патента (ст. 1385, 1394 ГК РФ). В чем же тогда его право авторства? И еще один вопрос: куда и почему пропали другие личные неимущественные права, вытекающие из авторства, например право на имя? В некоторых случаях причины понятны. Например, далеко не на каждой полезной модели можно написать имя автора. Но на промышленном образце это возможно, тем более что промышленный образец одновременно является произведением дизайнера и его автору принадлежит не только право авторства, но и право на имя, другие личные неимущественные права, вытекающие из авторского права.

Важным элементом доктрины интеллектуальной собственности является *правообладатель*, который

легко может поглотить автора, оставив ему рудименты личных неимущественных прав или лишив его даже этого, как часто случается и случалось на протяжении многих веков в отношении так называемых литературных и музыкальных негров и подмастеров художников.

Последними в этой «пищевой цепочке» оказываются пользователь, потребитель, общество. При этом следует иметь в виду, что пользователь объектом интеллектуальной собственности далеко не всегда является его потребителем, и наоборот. Так, издательство, выпускающее книгу по договору с автором, является пользователем произведения, тогда как потребителем в этом случае становится читатель, аудитория. Представление о том, что потребитель является в определенном смысле соавтором результата интеллектуальной деятельности, никак не может вписаться в логику доктрины интеллектуальной собственности, которая строится на исключительном праве *использования* произведения, изобретения, товарного знака и т.д., а не на *свободе* научного, художественного и технического творчества и праве доступа к культурным ценностям и научным достижениям.

Даже Г.Ф. Шершеневич не заметил противоречия в собственных рассуждениях, когда отмечал, что интересы фабриканта или купца в отношении фабричного или торгового клейма «состоят в том, что известного рода продукты или товары обозначаются знаком, способствующим большему их распространению», тогда как интересы автора, художника, композитора заключаются в том, «чтобы сочинения, картины, музыкальные произведения не могли быть свободно распространяемы, исполняемы всеми другими лицами» [2, с. 68].

Напротив, концепт общей теории авторства ставит в центр всей экосистемы интеллектуальной собственности именно *автора*, то есть субъекта права, творца, а не результат его интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, то есть объект права. Естественно, смена «точки отсчета» неминуемо меняет всю систему логических связей внутри данной сферы, формируя несколько иную «картину мира», сохраняющую, однако, свою природу. Как отмечал Мераб Мамардашвили, анализируя философские воззрения Рене Декарта, «на этом, в частности, основана возможность переноса актов наблюдения как актов сознания из одной точки пространства в другую, в которой я могу реконструировать вас, что-то наблюдающих, в предположении, что и вы, и я, как бы мы ни двигались, придем к одному и тому же знанию. Это имплицитно в самом предположении общения, передачи и воспроизводства знания в любых точках гомогенного поля наблюдения, их корреляции и всеобщности. Процесс того, как другой

наблюдатель придет к своему знанию, я могу реконструировать трансцендентальным переносом самого себя в точку его наблюдения и, по Декарту, имею на это право» [3, с. 138].

Будучи «элементарной частицей» данной сферы правового регулирования, понятие «автор» характеризуется, с одной стороны, кажущейся ясностью, а с другой — глубинной неопределенностью и противоречивостью. Использование института авторства как некоего «среза» всей системы интеллектуальной собственности позволяет понять, что автор есть не только у результатов интеллектуальной деятельности, но и у средств индивидуализации (рис. 1). В максимальной степени фактор авторства наличествует в авторском и патентном праве, в смежных правах, в правовой охране топологии интегральных микросхем и т.д.; в меньшей степени — в товарных знаках, коммерческих обозначениях и фирменных наименованиях; в минимальной степени — в географических указаниях и наименованиях мест происхождения товара.



Рис. 1. Компонент авторства в объектах интеллектуальной собственности

В частности, наличие элемента авторства в географических указаниях предопределяется не только тем, что сами названия местностей являются, как правило, результатом растянутого во времени народного творчества, но и тем, что географические указания приобретают ценность в качестве средств индивидуализации — прежде всего как региональные бренды, popularизирующие качество, репутацию, художественные достоинства товара, происходящего с территории определенного географического объекта [4]. В свою очередь, отсутствующая в российском законодательстве категория бренда как совокупности средств индивидуализации, связанных с определенным товаропроизводителем, товаром или местом его происхождения, представляет собой искусственно созданную ментальную конструкцию, а значит, в ко-

нечном счете является результатом творческой деятельности автора или авторов.

Представляется, что у каждого бренда есть автор, то есть тот, кто его придумал, создав сначала в своем воображении, а потом уже отобразив его на бумаге или на экране компьютера либо в какой-то иной объективной форме, а в итоге, если речь идет, например, о товарном знаке, — материализовав его в заявке в Роспатент. Ни для кого не секрет, что, например, товарный знак может быть оригинальным, запоминающимся, эстетически привлекательным, а может быть серым, будничным, незаметным, хотя и не сходным до степени смешения с другим столь же невзрачным товарным знаком. Здесь налицо процесс трансформации результата интеллектуальной деятельности в средство индивидуализации. При этом, согласно правовой позиции Верховного Суда РФ, результат интеллектуальной деятельности, например произведение дизайнера или персонаж литературного произведения, может сохранить свою охраноспособность отдельно от средства индивидуализации, в частности промышленного образца или товарного знака, в котором использовано соответствующее произведение или соответствующий персонаж [5, п. 74].

Отмечу, что данная позиция полностью согласуется со Всемирной декларацией по интеллектуальной собственности от 26 июня 2000 г., где категория «автор» ассоциируется не только с традиционно понимаемыми результатами интеллектуальной деятельности, но и со средствами индивидуализации. Этот термин означает здесь «любое лицо или группу лиц, действующих независимо или под эгидой какой-либо правительственной или неправительственной организации с целью получения прибыли или по каким-либо другим основаниям, ответственных за творчество в любой области, включая науку и технику, искусство, включая исполнительское искусство и результат деятельности некоторых категорий производителей, таких как производители фонограмм и вещательные организации, товарные знаки, указатели деловых предприятий, промышленные образцы и развитие географических указаний» [6].

Данное определение примечательно признанием не только наличия элемента авторства в средствах индивидуализации, но и наличия иных целей для творчества, помимо извлечения прибыли, что принципиально важно для постепенного отхода от сугубо утилитаристского взгляда на интеллектуальную собственность в сторону концепта общей теории авторства.

Тот факт, что отечественный законодатель пока не увидел элемент авторства ни в товарных знаках, ни в фирменных наименованиях, ни в коммерческих обозначениях и т.д., не должен удивлять. Особенно если учесть, что гл. 75 ГК РФ не нашла автора и в ноу-

хау, хотя признала секрет производства результатом интеллектуальной деятельности (ст. 1240.1 ГК РФ). Причину этого можно усмотреть в избранной законодателем юридической конструкции ноу-хау — сведения любого характера, имеющие коммерческую ценность в результате их неизвестности третьим лицам (ст. 1465 ГК РФ).

Иные причины называет В.А. Дозорцев: «На секреты промысла права авторства не существует, оно свойственно только тем системам охраны, где объект выделяется по внешним признакам. Создатели секрета промысла не имеют права авторства, часто их персональный личностный состав неопределим, например, когда его содержание составляют опыт и навыки или объект вообще не является результатом творческого труда. Поэтому право закрепляется за тем, чей ресурс — материальный или интеллектуальный — был использован при создании результата» [7, с. 258].

Впрочем, в ст. 1470 ГК РФ законодатель все-таки приближается к тому, чтобы увидеть автора в институте ноу-хау, когда говорит о служебном секрете производства. Но юридическая логика требует, чтобы и в институте ноу-хау законодатель закрепил роль автора, то есть гражданина, результатом творческой деятельности которого стал секрет производства.

Действительно, не во всех объектах интеллектуальной собственности, перечисленных в ст. 1225 ГК РФ, легко найти элемент авторства. Наглядный пример — хранящийся в сейфе список адресов постоянных клиентов химчистки. Не менее трудно разглядеть результат интеллектуальной деятельности, скажем, в фонограмме морского прибойя, которая, согласно подп. 2 п. 1 ст. 1304 ГК РФ, имеет все основания считаться объектом смежных прав, поскольку является «исключительно звуковой записью иных звуков либо их отображений». При этом и такую фонограмму, и такой содержащийся в тайне список ГК РФ имплицитно признает охраноспособными *результатами интеллектуальной деятельности*.

Обратим внимание на то, что в ст. 1225 ГК РФ результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации перечислены единым списком, без разбивки на эти два вида объектов. Строго говоря, только п. 2 ст. 1240.1 ГК РФ дает безусловные основания относить, например, базы данных, изобретения и ноу-хау, непосредственно связанные с обеспечением обороны и безопасности, к результатам интеллектуальной деятельности, а не к средствам индивидуализации. Напротив, этого нельзя столь же определенно сказать об объектах авторских и смежных прав: в ГК РФ нет нормы, которая текстуально относилась бы произведения науки, литературы и искусства, исполнения, фонограммы и тому подобное к результатам интеллектуаль-

ной деятельности. Видимо, законодатель полагал само собой разумеющимся, что эти объекты не являются средствами индивидуализации.

Напротив, выделить средства индивидуализации из всего спектра объектов интеллектуальной собственности гораздо проще. Для этого достаточно ориентироваться на название гл. 76 ГК РФ «Права на средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий», а также на ее структуру, включающую параграфы, касающиеся фирменных наименований (§ 1), товарных знаков и знаков обслуживания (§ 2), географических указаний и наименований мест происхождения товара (§ 3), коммерческих обозначений (§ 4). Правда, помимо названия главы и ее структуры ничто более в гл. 76 ГК РФ не объединяет средства индивидуализации: никаких общих норм, касающихся всех средств индивидуализации, в данной главе нет. За пределами гл. 76 лишь п. 6 ст. 1252 ГК РФ устанавливает принцип старшинства как общее правило для средств индивидуализации: в случае тождества или сходства до степени смешения преимущество имеет средство индивидуализации, исключительное право на которое возникло ранее. При этом под средствами индивидуализации понимаются только фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания и коммерческое обозначение. Исключение составляют тождественные, а равно сходные до степени смешения географические указания и наименования мест происхождения товара, «на которые по известным только законодателю причинам принцип старшинства не распространяется» [8].

Факт отсутствия в действующем законодательстве ясного разделения объектов интеллектуальной собственности на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации дает повод задуматься над целесообразностью такого разделения, особенно если учесть сомнительность так называемого приравнивания, о чем подробно будет сказано ниже. На отсутствие нормативного разделения объектов интеллектуальной собственности на указанные выше два вида обращает внимание и Э.П. Гаврилов: «Какие именно объекты относятся к категории РИД, и какие — к СИ, в п. 1 ст. 1225 ГК не указано. Это — существенный недостаток нашего законодательства, который приходится восполнять путем толкования ГК» [9, с. 190].

Как будет показано ниже, концепт общей теории авторства позволяет *отказаться* от выделения средств индивидуализации и их приравнивания к результатам интеллектуальной деятельности. Показательно, что категория «средства индивидуализации» как отдельная группа объектов интеллектуальной собственности не упоминается ни в Парижской кон-

венции об охране промышленной собственности, ни в договоре ТРИПС, ни в многочисленных двусторонних и многосторонних международных договорах, за исключением соглашений, заключенных в рамках СНГ и ЕАЭС, а также с некоторыми странами, например с Никарагуа и Израилем [10].

В подтверждение органической связи результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации через посредство института авторства сошлюсь на древнегреческую вазу из коллекции Государственного Эрмитажа (рис. 2). Эта расписная ваза-бининга, то есть сочетающая чернофигурную и краснофигурную роспись, датируемая примерно 520 годом до н.э., имеет две примечательные надписи. В самом центре вазы, в круглом медальоне, вокруг черной фигуры бегущего с кувшином мужчины написано: ΝΙΣΧ[ΥΛΟΣ ΕΠΟΙΕ]ΣΕΝ — «Гисхил сделал». А на наружной стороне вазы рядом с изображением мула имеется вторая надпись: ΕΠΙΚΤΕΤΟΣ ΕΓΡΑΦΣΕΝ — «Эпиктет расписал». Эти надписи, видимо, должны были свидетельствовать *ubi et orbi*, что данное произведение принадлежит таланту двух соавторов: гончара Гисхила и вазописца художника Эпиктета. Можно предположить, что эта ваза изначально принадлежала им и в *проприетарном смысле*.



Рис. 2. Древнегреческая ваза-бининга (ок. 520 г. до н. э.)

Следы проприетарного понимания авторства можно найти и в древнеримской литературе, поскольку соб-

ственнические чувства в отношении созданных ими произведений были уже тогда хорошо знакомы авторам. Так, Марциал, обращаясь к своему коллеге Фидентину, писал в короткой эпиграмме:

«Мне говорят, будто ты, Фидентин, мои сочиненья
Всем декламируешь так, точно их сам написал.
Коль за мои признаешь, стихи тебе даром отдам я,
Коль за свои, — покупай: право получишь на них».

Приведенные примеры позволяют утверждать, что в Древней Греции и Древнем Риме авторство выполняло три функции: закрепление права авторства как морального, личного неимущественного права (функционал копирайта), индивидуализация производителя товара (функционал товарного знака), закрепление вещных прав на оригинал результата интеллектуальной деятельности (функционал вещного права). При этом первая функция представляется наиболее важной для древнегреческого автора, поскольку она больше соответствует господствовавшей в ту эпоху морали стремления, которая существовала как «концепция совершенного и подобающего поведения, т.е. поведения, приличествующего человеку, который действует наилучшим возможным образом» [11]. В пользу этой гипотезы свидетельствует, в частности, такая надпись на одной из древнегреческих vaz: «Евфимид, сын Полиаса, нарисовал это, как это никогда не умел Ефроний» [12].

Как бы то ни было, спустя два с половиной тысячелетия связь между авторами вазы и созданным ими произведением сохранилась исключительно в форме права авторства, которое, согласно существующей доктрине интеллектуальной собственности, охраняется бессрочно.

ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ: ПРАВА И (ИЛИ) ОБЪЕКТЫ ПРАВ

Одним из наиболее спорных и одновременно основополагающих вопросов доктрины интеллектуальной собственности является вопрос о соотношении понятий «интеллектуальная собственность» и «права интеллектуальной собственности». В этом вопросе в Стокгольмской конвенции 1967 г. об учреждении ВОИС и в ГК РФ отражены противоположные позиции.

Если обратиться к Стокгольмской конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности [13], то легко увидеть, с одной стороны, гетерогенность такой обособленной целостности, как интеллектуальная собственность, а с другой — ее незавершенность и разомкнутость, размытость и неокончателность ее границ.

Согласно ст. 2 (viii) Конвенции, понятие «интеллектуальная собственность» включает в себя *права, относящиеся к следующим объектам и явлениям:*

- 1) литературным, художественным и научным произведениям;
- 2) исполнительской деятельности артистов, звукозаписи, радио- и телевизионным передачам;
- 3) изобретениям во всех областях человеческой деятельности;
- 4) научным открытиями;
- 5) промышленным образцам;
- 6) товарным знакам, знакам обслуживания, фирменным наименованиям и коммерческим обозначениям;
- 7) защите против недобросовестной конкуренции, а также все другие права, относящиеся к интеллектуальной деятельности в производственной, научной, литературной и художественной областях.

Последнее, восьмое по счету положение представляется особенно важным, поскольку открывает путь для установления правовой охраны тех объектов интеллектуальной собственности, которые по той или иной причине не были перечислены в ст. 2 (viii) Конвенции. Речь идет, например, о наименовании мест происхождения товара, географических указаниях, топологиях интегральных микросхем, селекционных достижениях и т.д.

Отсюда следует еще один принципиально важный вывод: согласно ст. 2 (viii) Стокгольмской конвенции, интеллектуальная собственность представляет собой не *результаты* интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации, а именно *права*, относящиеся к этим объектам правоотношений. При этом, очевидно, речь идет не о праве в объективном смысле, а о праве субъективном.

Согласно классическим представлениям, право в субъективном смысле «есть та сфера внешней свободы, которая предоставляется человеческой личности нормами объективного права» [14]. Как отмечал С.С. Алексеев, «субъективное право — принадлежащая субъекту мера свободного, дозволенного поведения, обеспечиваемая государством» [15]. В свою очередь, субъективные права как мера дозволенного поведения возникают в результате регулирующего воздействия правовых норм на общественные отношения. Следовательно, с точки зрения Стокгольмской конвенции, интеллектуальная собственность представляет собой обособленную совокупность субъективных прав, относящихся «к интеллектуальной деятельности в производственной, научной, литературной и художественной областях» и возникающих в силу соответствующих правовых норм национального законодательства.

Правда, позднее авторы Всемирной декларации по интеллектуальной собственности от 26 июня

2000 г. отошли от предельно четкой правовой позиции Стокгольмской конвенции, заявив, что «термин “интеллектуальная собственность” означает любую собственность, признаваемую по общему согласию в качестве интеллектуальной по характеру и заслуживающей охраны, включая, но не ограничиваясь научными и техническими изобретениями, литературными или художественными произведениями, товарными знаками и указателями деловых предприятий, промышленными образцами и географическими указаниями» [6].

Действующее российское законодательство в вопросе о понятии интеллектуальной собственности оказывается ближе к Всемирной декларации, чем к Стокгольмской конвенции. С одной стороны, ст. 1225 ГК РФ распространяет правовую охрану только на прямо перечисленные в ней результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. С другой стороны, согласно правовой позиции Верховного Суда РФ, «термином “интеллектуальная собственность” охватываются только сами результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации, но не права на них». В свою очередь, «на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним индивидуализации (интеллектуальную собственность) в силу ст. 1226 ГК РФ признаются интеллектуальные права, которые включают в себя исключительное право, являющееся имущественным правом, а также личные неимущественные права (право авторства, право на имя, право на неприкосновенность произведения, право на обнародование, право на отзыв, право на неприкосновенность исполнения) и иные права (например, право следования, право доступа, право на вознаграждение за служебный результат интеллектуальной деятельности, право на защиту фонограммы от искажения при ее использовании, право на получение патента и др.). При этом личные неимущественные и иные права возникают и подлежат защите только в случаях, когда они специально поименованы и их охрана установлена положениями части четвертой ГК РФ о конкретном виде результатов интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации» [5, п. 32].

Отмечу, что понятие «интеллектуальная собственность» появилось в отечественном законодательстве лишь в начале 1990-х годов. В Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. [16] не использовался термин «интеллектуальная собственность», там применялся более нейтральный и интуитивно, на уровне обыденного сознания, более понятный термин — «результат интеллектуальной деятельности». К числу отношений, регулируемых Основами, относились «отношения,

возникающие в связи с созданием, использованием и охраной изобретений, промышленных образцов, товарных знаков, фирменных наименований, рационализаторских предложений, секретов производства и селекционных достижений, а также общие начала отношений, возникающих в связи с созданием, использованием и охраной произведений науки, литературы, искусства и иных результатов интеллектуальной деятельности» (подп. 5 п. 2 ст. 2 Основ).

Термин «интеллектуальная собственность» впервые появился в Законе РСФСР от 24 декабря 1990 г. № 443-1 «О собственности в РСФСР», где был определен через понятие «объект интеллектуальной собственности». Включение интеллектуальной собственности в данный нормативный правовой акт можно с уверенностью квалифицировать как результат законодательной ошибки, вызванной поверхностными юридическими знаниями депутатов Верховного Совета РСФСР, полагавших, что интеллектуальная собственность является разновидностью вещной собственности.

Согласно п. 4 ст. 2 данного Закона, «объектами интеллектуальной собственности являются произведения науки, литературы, искусства и других видов творческой деятельности в сфере производства, в том числе открытия, изобретения, рационализаторские предложения, промышленные образцы, программы для ЭВМ, базы данных, экспертные системы¹, ноу-хау, торговые секреты, товарные знаки, фирменные наименования и знаки обслуживания».

В то же время в п. 4 ст. 1 закреплялось: «Имущественные и личные неимущественные права авторов открытий, изобретений, рационализаторских предложений гарантируются и защищаются законом. Отношения по созданию и использованию произведений науки, литературы и искусства, открытий, изобретений, рационализаторских предложений, промышленных образцов, программных средств для электронно-вычислительной техники и других объектов интеллектуальной собственности регулируются авторским правом и иными актами гражданского законодательства, а также межправительственными соглашениями».

Отсюда следовало, что интеллектуальная собственность представляет собой субъективные права

¹ Под «экспертной системой» обычно понимают компьютерную систему, способную частично заменить специалиста-эксперта в разрешении проблемной ситуации. В сфере информационных технологий «экспертные системы» рассматриваются совместно с базами знаний как программа автоматического управления знаниями. Разновидностью экспертных систем считаются поисковые и справочные системы. В настоящее время «классическая» концепция экспертных систем, сложившаяся в 70-80 гг. прошлого века, переживает серьезный кризис (см., например, [17]).

в отношении неких нематериальных объектов. Если признать, что субъектом этих прав является автор результата интеллектуальной деятельности, а объектом — созданный его творческим трудом результат, то интеллектуальную собственность следует определить, как и в Стокгольмской конвенции, как совокупность исключительных прав субъекта (автора) в отношении объекта (результата интеллектуальной деятельности). Причем исключительность прав не ограничивается здесь имущественными отношениями и выражается прежде всего в их абсолютности, «естественной монопольности» применительно к любым возможным притязаниям третьих лиц.

Термин «интеллектуальная собственность» получил позднее закрепление в части первой ст. 44 Конституции Российской Федерации, а также в ст. 2 «Отношения, регулируемые гражданским законодательством», ст. 128 «Виды объектов гражданских прав» и ст. 138 «Интеллектуальная собственность» части первой ГК РФ. Анализ указанных статей позволяет заключить, что здесь, как и в Стокгольмской конвенции, под интеллектуальной собственностью понималось не что иное, как совокупность исключительных прав «гражданина или юридического лица на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, индивидуализации продукции, выполняемых работ или услуг (фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания и т.п.)» (ст. 138 ГК РФ). При таком понимании скульптурный памятник Петру Первому работы Зураба Церетели представлял собой объект исключительных прав, то есть объект интеллектуальной собственности, но не саму интеллектуальную собственность. Таким образом, представление об исключительных правах как одном из объектов гражданских прав вполне вписывалось в концепцию ст. 128 ГК РФ, где указывались помимо прочего как имущественные права, так и нематериальные блага.

Попутно замечу, что интеллектуальная собственность при таком понимании не включает в себя личные неимущественные права в отношении объекта интеллектуальной собственности: они рассматриваются в ст. 128 ГК РФ отдельно, как нематериальные блага. Более того, п. 1 ст. 150 ГК РФ прямо относит авторство к числу нематериальных благ, отрывая его таким образом от охраняемых результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации как самостоятельной разновидности объектов гражданских прав.

Однако закон, вводящий в действие часть четвертую ГК РФ, внес принципиальные изменения в ст. 2 и 128 ГК РФ, а ст. 138 «Интеллектуальная собственность» была исключена вообще. Теперь в ст. 2 ГК РФ

при определении отношений, регулируемых гражданским законодательством, исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации именуются не *интеллектуальной собственностью*, а *интеллектуальными правами*. В то же время в ст. 128 ГК РФ сами охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации в качестве объектов гражданских прав именуются интеллектуальной собственностью. Иными словами, скульптурный памятник Петру Первому работы Зураба Церетели теперь уже сам по себе является интеллектуальной собственностью, а исключительные и прочие права на него являются интеллектуальными правами.

Причина, по которой п. 1 ст. 1225 ГК РФ диаметрально разошелся со ст. 2 (VIII) Стокгольмской конвенции в определении понятия интеллектуальной собственности, состоит, видимо, в стремлении отечественного законодателя заместить понятие «интеллектуальная собственность» понятием «интеллектуальные права». При этом следует иметь в виду, что понятия «интеллектуальная собственность» и «права интеллектуальной собственности» (*Intellectual Property* и *Intellectual Property Rights*) общеприняты в мировой юриспруденции, тогда как понятие «интеллектуальные права» (*Intellectual Rights*) используется преимущественно в научных дискуссиях о юридической природе интеллектуальной собственности.

Как пишет заведующая Кафедрой ЮНЕСКО по авторскому праву Университета Буэнос-Айреса профессор Делия Липшиц (Delia Lipszyc), теория «интеллектуальных прав» обязана своим происхождением бельгийскому адвокату Эдмону Пикару (E. Picard, 1836–1924 гг.), разработавшему в конце XIX в. общую классификацию субъективных прав, в которой авторские права — вместе с изобретениями, промышленными образцами, полезными моделями и товарными знаками — причислялись к особой категории прав *sui generis*, являющейся самостоятельной: к категории «интеллектуальные права» (*jura in re intellectuali*), которая противопоставляется традиционной категории вещных прав (*jura in re materiali*)» [18]. Пикар полагал, что интеллектуальные права состоят из двух элементов: неимущественного, связанного с личностью автора, и имущественного, экономического элемента.

Подчеркнем, что представление о двойственном характере прав, относящихся к интеллектуальной собственности, получило широкое распространение задолго до появления работ Е. Пикара, а в XX в. — хотя и без использования термина «интеллектуальные права» — закрепилось в ряде документов, относящихся к международному праву в области прав

человека. Так, в ст. 27 (2) Всеобщей декларации прав человека 1948 г. утверждается: «Каждый человек имеет право на защиту его моральных и материальных интересов, являющихся результатом научных, литературных или художественных трудов, *автором* которых он является». Та же мысль зафиксирована в ст. 15 (1, с) Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах 1966 г., согласно которой участвующие в Пакте государства признают право каждого человека на «пользование защитой *моральных* и *материальных* интересов, возникающих в связи с любыми научными, литературными или художественными трудами, *автором* которых он является».

Именно на эти положения Всеобщей декларации прав человека ссылаются авторы Всемирной декларации по интеллектуальной собственности от 26.06.2000, определяя понятие «права интеллектуальной собственности». Отсюда следует, что права интеллектуальной собственности — это так называемые *культурные права* человека, из которых проистекают субъективные права в отношении объектов интеллектуальной собственности, то есть те самые, которые в ГК РФ называется интеллектуальными правами и которые, по мнению автора этой статьи, вполне могут именоваться «правами интеллектуальной собственности» или «правами, относящимися к интеллектуальной собственности».

Как отмечает М.А. Рожкова, хотя права интеллектуальной собственности во всем мире традиционно подразделяются на *moral rights* (моральные права) и *economic rights* (экономические права), «отечественные правоведы не смогли справиться с определением того, какие права следует относить к моральным (в российском праве — личным неимущественным), а какие — к экономическим (т.е. имущественным). Это привело к тому, что в российском законодательстве интеллектуальные права подразделяются не на две, а на три группы» [19].

Действительно, в ст. 1226 ГК РФ прямо закрепляется: «На результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации) признаются интеллектуальные права, которые включают исключительное право, являющееся имущественным правом, а в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, — также личные неимущественные права и иные права (права следования, право доступа и другие)».

В контексте поставленной в данной статье задачи — обоснование концепта общей теории авторства — принципиальное значение имеют верно подмеченные М.А. Рожковой особенности, отличающие личные неимущественные права, входящие в комплекс

так называемых интеллектуальных прав, от прочих субъективных гражданских прав. В частности, речь идет о том, что термин «исключительные права» в гораздо большей степени подошел бы для обозначения *личных неимущественных прав*, чем для имущественных прав, поскольку для первых исключена возможность «отделения их от личности автора-правообладателя и соответственно — отчуждения (распоряжения ими) и передачи (перехода) другому лицу. Именно для этих прав установлена ничтожность отказа от них, и именно эти права охраняются даже после смерти автора, что нехарактерно ни для каких иных прав». Наряду с этим, отмечает М.А. Рожкова, «в отличие от личных неимущественных, имущественные права на объекты интеллектуальной собственности не слишком выделяются из прочих имущественных прав» [19].

Сходной позиции придерживается О.А. Городов, который, говоря об авторстве в патентном праве, пишет, что «действующее законодательство об интеллектуальной собственности после кодификации, одним из результатов которой стало появление в высшей степени декоративной модели интеллектуальных прав, не рассматривает право авторства как право исключительное... Представляется, что такой подход не является оправданным ни с позиций доктрины, ни с практической точки зрения. Как известно, ни монистическая, ни дуалистическая теории исключительных прав, господствующие в области правовой охраны и использования результатов интеллектуальной деятельности, не посягают на присутствие в составе последних права авторства и не лишают их качеств исключительности. Специалисты в области интеллектуальной собственности также критически высказываются в адрес разработчиков четвертой части ГК РФ и указывают на ошибочность принятого решения по поводу права авторства и искусственность созданных правовых конструкций. С практической точки зрения лишение права авторства признаков исключительности, как представляется, размывает персонифицированную связь автора с предложенным им техническим решением или решением внешнего вида изделия, что ослабляет монопольную позицию их действительного автора по отношению к третьим лицам» [20, с. 14].

Как отмечает Ролан Дюма, специфический характер прав на результаты творческой деятельности как прав нематериальных, не позволяющий включить их ни в категорию вещных прав, ни в категорию личных прав, привел к идее отнесения их к правам *suī generis* — так называемым интеллектуальным правам, «которые могут быть лишь присвоены, но не являются интеллектуальной собственностью. В действительности же, каким бы соблазнительным оно ни было, одного названия «интеллектуальные права» недостаточно

для того, чтобы устранить двойственную природу авторских прав, их смешанную природу» [21, с. 18].

Таким образом, можно констатировать, что свойство исключительности интеллектуальных прав (прав интеллектуальной собственности) проявляется в отношении как имущественных, так и неимущественных прав. В отношении имущественных прав свойство исключительности заключается в «исключительной возможности совершения известного рода действий, причем все третьи лица обязываются к воздержанию от совершения таких же действий» [2, с. 67]. Что касается неимущественных прав, то здесь свойство исключительности выражается в их неотделимости от личности автора, в их неотчуждаемости и непередаваемости.

«ТРИ КИТА» ДОКТРИНЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Если попытаться выявить основные положения доктрины интеллектуальной собственности, то их окажется как минимум три. Во-первых, нематериальность объекта правоотношений. Во-вторых, наличие правовой охраны. В-третьих, приравнение средств индивидуализации к результатам интеллектуальной деятельности. Попробуем разобраться с каждым из этих «трех китов».

Первый «кит» — нематериальность объекта гражданских прав, то есть отсутствие у объекта материально-вещественной формы. Классические примеры — произведения науки, литературы и искусства, а также изобретения. Согласно ст. 128 ГК РФ, к объектам гражданских прав относятся как имущество, результаты работ и оказание услуг, так и нематериальные сущности. К числу нематериальных относятся, во-первых, охраняемые (подчеркнем это слово) результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации, а во-вторых, нематериальные блага, о которых почему-то не сказано, что они тоже охраняемые. В свою очередь, нематериальные объекты прав порождают как немущественные, так и имущественные права, что несколько нелогично, но совершенно естественно.

Вопрос о нематериальности удобнее рассматривать на примерах скульптуры или промышленного образца. Поэтому в качестве объекта нашего исследования возьмем скульптуру, которая всемирно известна как «Венера Милосская». Она была найдена в 1820 г. на острове Милос. Специалисты спорят о времени создания скульптуры, хотя надпись на утраченном впоследствии постаменте давала ясное указание не только на время (II в. до нашей эры), но и на имя автора: «Андрос, сын Менида, из города Антиохии Меландра сделал» [22]. Следуя существующей доктрине

интеллектуальной собственности, можно утверждать, что авторское право «Андроса Менидовича» на созданное им произведение изобразительного искусства возникло во II в. до нашей эры и продолжает, за исключением исключительного, то есть имущественного права, существовать и поныне ввиду бессрочности охраны авторства, права на имя и права на неприкосновенность произведения.

Однако современные информационные технологии позволяют разнообразным образом нарушать все эти права. В частности, неприкосновенность произведения легко нарушить, прикрепив к скульптуре отсутствующие руки: в интернете можно найти множество подобных изображений. Аналогичным образом можно нарушить неприкосновенность другого классического произведения — портрета Лизы дель Джокондо работы Леонардо да Винчи. В интернете есть масса примеров, когда в руках Моны Лизы оказывается котик или она сама превращается в рекламу бодибилдинга.

Таким образом, мы подходим к вопросу о механизме обеспечения неприкосновенности объекта интеллектуальной собственности в условиях его нематериальности. Что является объектом прав интеллектуальной собственности — скульптура Венеры или отображение, образ этой скульптуры? Если скульптура, то ее неприкосновенность была нарушена тогда, когда были утрачены руки Венеры. Если отображение, то оно нематериально только в сознании автора и ровно до того момента, пока оно не окажется воплощенным в мраморе, напечатанным на бумаге или отображенным на дисплее компьютера.

Думается, что представления о нематериальности объектов интеллектуальной собственности, доставшиеся современной юриспруденции от философов и правоведов прошлых веков, нуждаются в переосмыслении с учетом реалий цифрового мира. Примечательно, что в действующей редакции части четвертой ГК РФ нигде не упоминается о нематериальности объектов интеллектуальных прав, но неоднократно подчеркивается обязательность их существования — для целей правовой охраны — в какой-либо объективной форме. Так, п. 3 ст. 1259 ГК РФ устанавливает, что «авторские права распространяются как на обнародованные, так и на необнародованные произведения, выраженные в какой-либо объективной форме, в том числе в письменной, устной (в виде публичного произнесения, публичного исполнения и иной подобной форме), в форме изображения, в форме звуко- или видеозаписи, в объемно-пространственной форме». Наличие объективной формы требуется также для правовой охраны баз данных (ст. 1260) и программ для ЭВМ (ст. 1261).

Это же относится и к объектам смежных прав. Так, театральные постановки подлежат правовой ох-

ране, если они «выражаются в форме, позволяющей осуществить их повторное публичное исполнение при сохранении узнаваемости конкретной постановки зрителями, а также в форме, допускающей воспроизведение и распространение с помощью технических средств» (п. 1 ст. 1304). Для всех иных видов объектов интеллектуальных прав ГК РФ текстуально не требует наличия объективной формы, поскольку она в этих случаях, видимо, презюмируется.

Отсюда следует, что объективная форма репрезентации является обязательным условием *правообъектности*, то есть в данном случае — правовой охраны объекта интеллектуальной собственности. Но возможно ли, чтобы объект одновременно удовлетворял требованиям объективной формы и нематериальности, то есть невещественности? Или же налицо противоречие между требованием объективной формы как условием правовой охраны объектов интеллектуальной собственности и традиционно презюмируемым в доктрине свойством их нематериальности, идеальности?

Как отмечает Н.В. Смолянская, «нематериальность — одна из главных характеристик эпохи постмодерна. Она отсылает к информационным, цифровым технологиям, мультимедиа, непрощупываемому и неосязаемому» [23]. В свою очередь, «информация современной академической наукой общепризнанно характеризуется как нематериальный фактор, материальны только ее носители (биологические, бумажные, электронные и т.д.). Тем не менее, являясь нематериальной, информация имеет ряд количественных и качественных характеристик. Она может быть нейтральной, эмоционально насыщенной, устрашающей, правдивой, ложной и т.д., но все эти характеристики появляются только при наличии субъекта восприятия информации. Само по себе наличие информации на каком-либо носителе (вне субъекта или при отсутствии субъекта) — фактически не существует. Лишь живые существа (и в самой высокой степени — человек) могут являться одновременно и субъектами восприятия, и производителями, и носителями, и верификаторами информации» [24].

Таким образом, мы приближаемся к пониманию объектов интеллектуальной собственности как *нематериальных информационных сущностей*. Еще в 2000 г. отмечалось, что «в таком контексте корневое слово “информация” есть общий термин, относящийся ко всем произведениям, охраняемым авторским правом, либо услугам, подлежащим охране смежными правами, или же просто к фактической информации. ... Таким образом, налицо связь информационного права и права интеллектуальной собственности» [25].

Дальнейшее развитие данная идея получила, в частности, в трудах известного философа и правове-

да Е.А. Войниканис. «Имея в виду отраслевое деление права, — пишет она, — ученые-юристы продолжают ставить вопрос в форме как будто бы неизбежной дилеммы — либо право информационное (СМИ, персональные данные, охраняемые законом тайны), либо право интеллектуальной собственности. Но так ли по-прежнему безупречен подобный дуализм? И не скрывается ли за истиной о существовании единого контента, рожденной технологической реальностью, некой “сермяжной” правды об общей информационной природе всех без исключения продуктов человеческого труда, где идеальная компонента составляет основную ценность?». По ее мнению, «история права также подтверждает тезис об общем корне информационного права и права интеллектуальной собственности. По своей сути право интеллектуальной собственности представляет собой первую предпринятую правом попытку вторжения в обширную область нематериальных продуктов человеческой деятельности. Долгое время казалось, что объективированные результаты творчества являются единственными “идеальными” объектами, которые достойны внимания юриспруденции, и также единственными, доступными для правового регулирования. Однако прошло достаточно немного времени, и территория регулирования идеальной сферы начала расширяться. С одной стороны, расширялся перечень объектов интеллектуальной собственности, с другой стороны, стали развиваться механизмы регулирования различных правоотношений, связанных с «информацией» (т.е. с данными или фактами), начиная с новостных сообщений и заканчивая персональными данными. В конце концов сформировались различные отрасли и подотрасли права, однако предметы их регулирования внутренне взаимосвязаны — все они относятся к одной сфере, которую можно именовать знанием, информацией, контентом или сферой идей и смыслов, объективированных в культуре» [26].

Решение этого сугубо теоретического вопроса о нематериальной и сугубо информационной природе объектов интеллектуальной собственности принципиально важно, в частности, для понимания вполне практического спора о правах музеев в отношении хранящихся в их коллекциях произведений изобразительного искусства, исключительные права на которые перешли в общественное достояние [27, 28]. Представляется, что сам по себе факт нахождения в коллекции музея материального воплощения какого-либо произведения не порождает у музеев авторских прав на это произведение как на нематериальный объект. Другое дело — права собственности или иные вещные права на материальный носитель, в котором воплощено произведение.

Как было показано выше, бессрочность охраны авторства наталкивается как на сугубо информационную природу объектов интеллектуальной собственности, так и на древность авторства. Во Всемирной декларации по интеллектуальной собственности от 26.06.2000 прямо указано на происхождение товарных знаков от первых меток на глиняных изделиях Месопотамии, изобретательского права — от колеса, китайских счетов, печатной машины и сирийской астролябии, а происхождение авторского права — от самых ранних ритуалов доисторической эпохи, первой музыки и наскальных рисунков. Получается, что авторство в отношении как минимум товарных знаков, изобретений и произведений литературы и искусства гораздо древнее правовой охраны интеллектуальной собственности.

Это подводит нас к вопросу о втором «ките» концепта интеллектуальной собственности — о наличии *правовой охраны*. Поскольку нематериальность характерна не только для объектов интеллектуальной собственности, но и для нематериальных благ (жизнь и здоровье, достоинство личности, личная неприкосновенность, деловая репутация и т.д.), одного этого признака недостаточно для выделения интеллектуальной собственности в качестве обособленной правовой целостности. Вторым признаком традиционно считается наличие правовой охраны.

Такой подход, при котором права в отношении объектов интеллектуальной собственности возникают исключительно в силу действия правовых норм, можно назвать *нормативистским*. Его смысл — в том, что, если нет правовой нормы, устанавливающей правовую охрану, например, *научного открытия*, то не может быть и никаких прав в отношении данного результата интеллектуальной деятельности, хотя оно и прямо перечислено в ст. 2 (viii) Стокгольмской конвенции.

Подобное представление неоднократно подвергалось критике в философии и правовой науке. Так, Дени Дидро еще в середине XVIII в. в памфлете «Письмо о книжной торговле» писал: «В самом деле, если человеку не принадлежит творение его разума, неповторимое детище его штудий, изысканий и ночных бдений, плод долгих занятий и наблюдений; если ему не принадлежат самые чудесные часы, самые дивные мгновения его жизни; если ему не принадлежат его собственные мысли, сердечные волнения, важнейшая частица его самого — та, что не ведает тлена, та, что награждает его бессмертием, что же тогда ему принадлежит? ... Кто как не сам автор имеет право распоряжаться своим творением, отдавая его в дар или продавая его?» [29].

Представление об авторстве как естественном праве в XIX в. развили правоведы Блюнчли и Орлоф.

В частности, швейцарский правовед Иоанн Каспар Блюнчли писал: «Между автором и его сочинением существует естественная связь, как между произведением и его творцом, и этот последний имеет естественное право на то, чтобы подобное отношение уважалось всеми другими». Развитие этой идеи мы находим у немецкого правоведа Фридриха Ортофа: «Авторское право составляет естественное проявление личности человека, подобно отеческой власти, и вытекает из естественной свободы. ... Законодательство может произвести некоторые изменения в естественной свободе человека по отношению к своему авторскому праву, но ни в каком случае не может хвалиться тем, что создало этот институт. ... Несомненно, что создание духовного произведения представляет такой же юридический акт, как производство детей, служит выражением правоспособной личности автора, которая в пределах нравственной свободы имеет право на признание и защиту ее действий со стороны государства. Отчество, как и авторство, имеют свои основания в природе человека, а не во внешних отношениях гражданского общества, так что они силою закона только принимаются в состав правового организма, а не создаются им» (цит. по [2, с. 49]).

Данный подход получил в XX в. закрепление в ряде документов международного права, относящих защиту моральных и материальных прав автора к числу *основных прав человека*. В качестве примера можно указать ст. 27 (2) Всеобщей декларации прав человека 1948 г. и ст. 15 (1, с) Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах 1966 г., закрепивших право каждого человека на защиту его моральных и материальных интересов как результатов научных, литературных или художественных трудов, автором которых он является.

Наконец, обратимся к третьему «киту» современной доктрины интеллектуальной собственности — приравниванию средств индивидуализации к результату интеллектуальной деятельности. В действующем российском законодательстве есть немало примеров такого приравнивания: отдельные категории лиц приравниваются к ветеранам войны, некоторые территории — к районам Крайнего Севера и т.д. Смысл такого приравнивания состоит в распространение единого правового режима на приравненные субъекты или объекты правоотношений, а иногда и на приравненные нормативно-правовые акты. В связи с этим возникают вопросы об основаниях и последствиях приравнивания средств индивидуализации к результатам интеллектуальной деятельности.

Задача приравнивания прежде всего наталкивает на тот факт, что режимы правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности весьма различны.

Точно так же различны и результаты охраны. Достаточно вспомнить историю развития двух музыкальных инструментов: саксофона, конструкция которого была запатентована в 1846 г. и уже более 100 лет находится в общественном достоянии, и скрипок Страдивари и Гварнери, секрет изготовления которых передавался от мастеров к ученикам из поколения в поколения в режиме know-how и в итоге оказался окончательно утерян.

ГК РФ нигде не указывает, к какому виду результатов интеллектуальной деятельности приравниваются средства индивидуализации. Попытка сопоставить виды результатов интеллектуальной деятельности и виды средств индивидуализации сравнением режимов их правовой охраны приводит к следующим выводам.

Во-первых, правовая охрана средств индивидуализации не имеет ничего общего с правовой охраной объектов авторского права и смежных прав, поскольку в первом случае доминирует «регистрационная система», а во втором — «созидательская система». Как пояснял в свое время различие этих систем В.А. Дозорцев, «регистрационная система применяется прежде всего к содержательным достижениям и предполагает выполнение ряда формальностей лицом, претендующим на охрану (обращение по определенной форме к органу, предоставляющему охрану, экспертиза, принятие решения о предоставлении охраны). ... Созидательская система означает, что охрана возникает в результате создания произведения. Никаких дополнительных действий для возникновения охраны не требуется. Не нужно и выполнение каких-либо формальностей. Она возникает автоматически. Эта система применима к результатам, для которых существенна форма» [7, с. 43-44].

Хотя для средств индивидуализации существенна, на наш взгляд, именно форма, ни о каком их приравнивании к результатам интеллектуальной деятельности, охраняемым в рамках «созидательской системы», говорить невозможно. Впрочем, можно подумать о создании специальных средств индивидуализации для объектов авторских и смежных прав. Например, допустимо предположить, что в современных условиях для индивидуализации произведения литературы может быть недостаточно знака копирайта, то есть латинской буквы «С» в окружности, имени или наименования правообладателя и года первого опубликования произведения (ст. 1271 ГК РФ). Если сделать регистрацию такого специального средства индивидуализации факультативной, то появится некоторое основание для утверждения о его приравнивании, поскольку факультативная регистрация уже предусмотрена отечественным законодательством для охраняемых авторским правом программ для ЭВМ и баз данных (ст. 1262 ГК РФ).

Во-вторых, если говорить о существующих в ГК РФ средствах индивидуализации, то режимы их правовой охраны отчасти сходны лишь с режимами правовой охраны изобретений и других объектов промышленной собственности (см. таблицу). И это естественно, поскольку все они тоже относятся к промышленной собственности, как она понимается в ст. 1 (2) Парижской конвенции по охране промышленной собственности.

Отдельного рассмотрения заслуживает вопрос о возможности приравнивания коммерческих обозначений к результатам интеллектуальной деятельности. Поскольку данный вид средств индивидуализации получает правовую охрану без каких-либо регистрационных процедур, но не в силу своего создания, а в силу известности в пределах определенной территории (ст. 1539 ГК РФ), здесь на передний план выдвигается критерий распространенности информации. Это позволяет сопоставить коммерческие обозначения только с ноу-хау, так как в этом виде результатов интеллектуальной деятельности речь также идет именно о распространенности информации. Но если для коммерческого обозначения требуется максимальная распространенность информации, то для ноу-хау — недопустимость какого-либо распространения информации. В этом плане можно говорить об *ортого-*

нальном приравнивании коммерческих обозначений к результатам интеллектуальной деятельности.

Единственный признак, показывающий сходство средств индивидуализации с результатами интеллектуальной деятельности, — нематериальный характер объекта исключительных прав. И хотя этот признак наличествует также в нематериальных благах, никому не приходит в голову приравнивать средства индивидуализации к нематериальным благам. Более того, сам по себе институт приравнивания означает, как отмечалось выше, не сходство правовых явлений, а применение общего правового режима в отношении различных объектов или субъектов правоотношений.

ОСНОВАНИЯ КОНЦЕПТА ОБЩЕЙ ТЕОРИИ АВТОРСТВА

Теперь, разобравшись с «тремя китами» концепта интеллектуальной собственности, попробуем определить основания концепта общей теории авторства. В качестве первого «кита» здесь предлагается *нематериальность объекта интеллектуальной собственности как сугубо информационной сущности*. Причем эта нематериальность относительна и дискретна. Мы предлагаем исходить из того, что объект интеллектуальной собственности первоначально рождается в со-

Приравнивание средств индивидуализации к результатам интеллектуальной деятельности

Результаты интеллектуальной деятельности	Основания возникновения исключительного права	Средства индивидуализации	Основания возникновения исключительного права
Произведения науки, литературы и искусства	Авторское право / факт создания	Нет	
Программы для ЭВМ Базы данных	Авторское право + факультативная регистрация	Нет	
Исполнения Фонограммы Теле- и радиовещание	Смежные права / факт создания	Нет	
Изобретения Полезные модели Промышленные образцы Селекционные достижения Топологии интегральных микросхем	Патент или регистрация	Товарные знаки и знаки обслуживания Географические указания Наименования мест происхождения товаров	Регистрация в Роспатенте
?	?	Фирменные наименования	Регистрация в ЕГРЮЛ
Секреты производства	Коммерческая тайна (неизвестность третьим лицам)	Коммерческие обозначения	Известность в пределах определенной территории

знании или подсознании автора. Там он абсолютно нематериален, идеален и существует в виде замысла. Впрочем, творческая деятельность может быть как целенаправленной, так и спонтанной. Наличие замысла характерно только для целенаправленного творческого акта. Пример спонтанного творчества приводит французский философ XVIII в. Жюльен Офре Ламетри в одном из своих сочинений, рассказывая о художнике, который никак не мог изобразить покрытую пеной лошадь: «Цель была достигнута, когда он в отчаянии бросил свою кисть на полотно и получил необыкновенно удачное изображение пены. Нередко рок слепой сильнее всех расчетов» [30]. Возможно, в этом кроется разгадка того, что порой программисты, занимающиеся машинным обучением, не могут объяснить результат действия искусственного интеллекта.

Спонтанный творческий акт мотивируется подсознательными импульсами, подготавливающими формирование замысла. При этом следует иметь в виду, что «так как творческий процесс — процесс интеллектуальный, происходящий в сознании человека, самая природа этого процесса такова, что он остается за пределами правового регулирования» [31, с. 5].

Если согласиться с тем, что процесс создания объекта интеллектуальной собственности начинается с появления замысла, то на следующем этапе замысел обретает первоначальную объективную форму. Как отметил Р. Дюма, «в действительности наличие только замысла, то есть идеи, не дает оснований для возникновения права авторства. Только исполнение, в результате которого осуществляется переход от проекта к его воплощению, является охраняемым» [21, с. 21-22].

Разберем этот процесс на примере создания скульптуры. Итак, первоначально в воображении скульптора рождается некий образ будущего произведения. После этого скульптор делает набросок, потом — фигуру из мягкого материала (глины, пластилина и т.д.). На этой стадии появляется «произведение в себе», то есть произведение, которое видит только его автор. Затем форматор снимает с глиняной фигуры гипсовые формы, и, наконец, литейщик изготавливает произведение в бронзе. В любом случае окончательную форму скульптуре придает скульптор, без которого оригинал произведения не может состояться как нематериальный объект интеллектуальных прав, выраженный в материальном носителе. Соответственно творческий вклад автора — это *личностный вклад, основанный на свободе творчества*. Именно *свобода творчества* отличает скульптора от всех тех, кто помогает ему в процессе создания произведения.

На этом завершается процесс создания произведения как «произведения для себя», «произведения

для автора». И хотя формально оно уже подлежит правовой охране, для формирования произведения как «произведения для других» необходим еще один этап — восприятие произведения пользователем, потребителем, зрителем, читателем, слушателем. И здесь произведение снова обретает нематериальность, запечатлеваясь в сознании пользователя.

Но откуда возникает замысел произведения? Этот вопрос сейчас особенно актуален в связи с использованием технологий искусственного интеллекта. Представляется, что в числе источников замысла следует прежде всего назвать знания и воображение, то есть представление автора о создаваемом объекте интеллектуальной собственности до момента его создания. В этой связи сошлемся на авторитет Альберта Эйнштейна: «Я верю в интуицию и вдохновение. Иногда я чувствую, что стою на правильном пути, но не могу объяснить свою уверенность. Когда в 1919 году солнечное затмение подтвердило мою догадку, я не был ничуть удивлен. Я был бы изумлен, если бы этого не случилось. Воображение важнее знания, ибо знание ограничено, воображение же охватывает все на свете, стимулирует прогресс и является источником эволюции. Строго говоря, воображение — это реальный фактор в научном исследовании» [32].

Сказанное выше позволяет предложить следующую формулу процесса получения результата интеллектуальной деятельности:

$$A \wedge B \wedge C \wedge D \wedge E \leftrightarrow R,$$

где *A* — знания, *B* — воображение, *C* — замысел, *D* — объективирование, *E* — воплощение, *R* — результат интеллектуальной деятельности. При этом составляющие формулы появляются в процессе формирования результата в определенной последовательности. В этой связи вызывает недоумение формулировка, содержащаяся в части второй ст. 1448 ГК РФ, из которой следует, что топология интегральной микросхемы будет признана оригинальной только в том случае, если на дату ее создания она была *неизвестна автору*. Иными словами, автор должен создать то, что ему неизвестно на дату создания. Перенеся эту странную юридическую конструкцию на другие виды результатов интеллектуальной деятельности, мы с удивлением обнаружим, что правовую охрану должно получить только изобретение, которое было *неизвестно автору на момент его создания*. Абсурдность такого подхода становится очевидной, если признать, что процесс создания результата интеллектуальной деятельности проходит все стадии в указанной выше последовательности.

Как отметил О.А. Городов, «одним из наиболее спорных вопросов, связанных с правом авторства на

объекты патентных прав, является вопрос о моменте и основаниях возникновения этого права. И если в отношении права авторства на произведения науки, литературы и искусства особых проблем с установлением момента и оснований его возникновения не существует, поскольку для этого требуется всего лишь наличие объективной формы выражения произведения, то применительно к праву авторства на произведения технического и художественно-конструкторского творчества (объекты патентного права) юридическая наука единой позиции не выработала» [20, с. 9]. В подтверждение своей позиции он сравнивает точки зрения В.А. Рясенцева, В.Р. Скрипко, Э.П. Гаврилова, Б.А. Булаевского и других цивилистов, в результате чего приходит к выводу о необходимости различать право авторства и право считаться автором: «Очевидно, что признание гражданина автором можно и, видимо, нужно рассматривать как длящийся во времени фрагмент административной экспертной процедуры, теснейшим образом связанный с признанием заявленного решения патентоспособным, а следовательно, и охраняемым объектом. От результатов экспертной оценки заявленного результата будет зависеть ответ на вопрос: автором чего является заявитель?» [20, с. 13].

С позицией О.А. Городова перекликается позиция Д.В. Ивановой, которая отметила: «Европейская патентная конвенция не содержит определения авторства или соавторства. Таким образом, понятие “авторство” устанавливается национальным законодательством и сложившейся правоприменительной практикой. В немецкой практике автором изобретения признается физическое лицо, которое творческим трудом создало изобретательскую идею и разработало методы (инструкции) ее технической реализации. Соавтор — это лицо, внесшее свой творческий вклад в изобретательский замысел. В Великобритании автор — это фактический изобретатель изобретения, что, как правило, обозначает лицо, внесшее вклад в патентоспособные аспекты изобретения. Во французской практике изобретатель — это лицо или лица, от которых происходят изобретение и изобретательский уровень» [33].

Если абстрагироваться от различий между традиционно понимаемыми в доктрине результатами интеллектуальной деятельности и средствами индивидуализации и рассматривать их в общем контексте концепта авторства, то можно увидеть связь между категорией «автор» и категорией «авторитет», понимаемой как «полномочие», «правомочие». С.А. Аверинцев отметил: «auctor (“автор”) — nomen agentis, т.е. обозначение субъекта действия; auctoritas — (“авторитет”) — обозначение некоего свойства этого

субъекта. ... Легко усмотреть два аспекта изначального объема обсуждаемых понятий: во-первых, религиозно-магический, во-вторых, юридический. ... В самом деле: auctor — тот, кто полномочен и правомочен; auctoritas — сама его правомочность, сумма его полномочий; но полномочия — суть то, что можно делегировать, и как религиозная традиция, так и правовая традиция отрабатывают весьма многообразные механизмы такого делегирования. ... Как для культа, и религиозного, и магического, так и для права имя — категория из категорий. Но если имя — эквивалент лица, то что остается от лица? Не “личность” в смысле “индивидуальности”, но лишь присущее лицу и делегируемое им через имя достоинство, т.е. та же auctoritas. Для такого сознания имя “автора” есть знак “авторитета”; поскольку же “авторитетом” в конечном счете распоряжается культовая и гражданская община, она правомочна распоряжаться этим именем» [34, с. 105-106].

Такой подход позволяет понять двойную атрибуцию библейских текстов, «когда один и тот же псалом “приписан” одновременно Асафу, или Этану, или еще кому-нибудь, и, в составе сборника в целом, Давиду, когда один и тот же афоризм или цикл афоризмов “принадлежит” одновременно какому-нибудь Лемуилу и, на общих основаниях, Соломону, — не абсурд, не курьез, не ошибка, но свидетельство о себе сознания, понимающего авторство как авторитет и только как авторитет, т.е. как отношение власти» [34, с. 107-108]. Одновременно он позволяет в современных условиях увидеть в концепте авторства многоаспектную связь категорий «автор» и «авторитет», в которой отражаются отношения между творцом и носителем полномочий (государством, обществом, вторичным правообладателем и т.д.).

Примем во внимание также традиционный для культуры эллинизма принцип «агона», требующий от творца искать во всяком творчестве «собственный шанс, что рано или поздно ведет к растущей дифференциации жанров, а равно индивидуальных “имиджей”» [34, с. 118]. Как отметил С.С. Аверинцев, «пока идеал литературы остается нормативным, авторство есть в некотором роде авторитет — но авторитет, оспаривающий другие, ему подобные, и оспариваемый ими, осознанно пребывающий в состоянии спора, и притом не временного — каким был конфликт пророка и лжепророка в Ветхом Завете, — но длящегося, пока длится бытие культуры» [34, с. 122].

Таким образом мы подходим ко второму «киту» концепта авторства. Примем за аксиому имплицитно присутствующее в Бернской конвенции положение о том, что способность к творчеству присуща только человеку, и обозначим человекоцентричность как

одно из основных свойств интеллектуальной собственности в координатах общей теории авторства. В части первой ст. 1228 ГК РФ человекоцентричность закреплена следующим образом: «Автором результата интеллектуальной деятельности признается гражданин, творческим трудом которого создан такой результат». Представляется, что данная норма недостаточно корректна, поскольку она не позволяет определить соотношение понятий «интеллектуальная деятельность» и «творческий труд», без чего приведенная выше дефиниция категории «автор» утрачивает логическую стройность.

«ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ» И «ТВОРЧЕСКИЙ ТРУД»

В практике Суда по интеллектуальным правам (далее — СИП) и некоторых других судов понятия «интеллектуальная деятельность» и «творческий труд» часто применяются как синонимы. Например, СИП в одном из своих решений указывает, что «право автора возникает в силу самого факта создания творческим трудом соответствующего результата творческой деятельности» [35]. Аналогичное правоприменение прослеживается и в практике других судов, в решениях которых формула об «использовании творческого, интеллектуального труда» для создания произведения применяется регулярно [36].

Отсюда следует, что норму части первой ст. 1228 ГК РФ можно изложить следующим образом: «Автором результата интеллектуальной деятельности признается гражданин, интеллектуальной деятельностью которого создан такой результат» или «Автором результата творческого труда признается гражданин, творческим трудом которого создан такой результат».

Если мы обозначим используемые законодателем термины буквами латинского алфавита, то получим следующую формулу:

$$(A \wedge B \wedge C) \leftrightarrow D \wedge B \wedge C,$$

где A — автор, B — результат, C — творческий (интеллектуальный) труд, D — гражданин. Упростив эту формулу путем исключения повторяющихся составляющих, мы получим еще более простую формулу:

$$A = D,$$

или, в словесном выражении, «автором является гражданин».

Все остальное содержание анализируемого определения представляет собой логическую ошибку, известную как *idem per idem*.

Можно ли избежать такой ошибки? Представляется, что понятия «интеллектуальная деятельность» и «творческий труд» не являются тождественными, и при установлении соотношения между ними в части первой ст. 1228 ГК РФ следует исходить из следующих соображений.

Во-первых, для выявления соотношений между этими двумя понятиями введем третье понятие — «умственная деятельность», или «умственный труд», противопоставив его четвертому понятию — «физический труд». Так, Роспотребнадзор относит к работникам *умственного труда* следующие категории работников: «государственные служащие административных органов и учреждений, научные работники, преподаватели вузов, колледжей, учителя средних школ, студенты, специалисты-медики, психологи, диспетчеры, операторы, в том числе техники по обслуживанию ЭВМ и компьютерного обеспечения, программисты, работники финансово-экономической, юридической и административно-хозяйственной служб, работники конструкторских бюро и отделов, рекламно-информационных служб, архитекторы и инженеры по промышленному и гражданскому строительству, налоговые служащие, работники музеев, архивов, библиотекари, специалисты службы страхования, дилеры, брокеры, агенты по продаже и закупкам, служащие по социальному и пенсионному обеспечению, патентоведы, дизайнеры, работники бюро путешествий, справочных служб и других родственных видов деятельности» [37].

Из этого перечисления ясно следует, что *творческий труд* научных работников и преподавателей вузов, архитекторов, дизайнеров является *умственным трудом*, хотя умственный труд библиотекарей и техников по обслуживанию ЭВМ творческим трудом, видимо, не является. Поэтому не представляется удачной формулировка ст. 1 Модельного закона об архивах и архивном фонде СНГ, согласно которой «интеллектуальная собственность — продукт *умственной деятельности* человека, созданный в виде изобретений, произведений науки, литературы, искусства и других объектов *умственного труда* и закрепленный на бумажных или электронных носителях информации» [38].

Автор предлагает исходить из того, что именно *творческий труд* позволяет создать объект интеллектуальной собственности. При этом он не связывает напрямую творческую деятельность с конкретными профессиями или, тем более, должностями, учитывая такие экстраординарные случаи, когда, например, школьный учитель физики становится нобелевским лауреатом по литературе (Александр Солженицын), питерский кочегар — знаменитым музыкантом (Виктор Цой), а раненый сержант — всемирно известным изобретателем (Михаил Калашников).

Однако в вопросе о *творческом труде* нет полной нормативно-правовой ясности. Например, действующее законодательство относит к творческим работникам помимо таких совершенно очевидных категорий, как «артист», «балетмейстер», «дирижер», «корреспондент», «режиссер», «скульптор», «художник» и т.д., такие должности, как «администратор телевидения», и «ассистент оператора журналистского комплекта», «звукооператор», «заведующий аттракционом», «монтажер», «продюсер», «репетитор по технике речи», «суфлер», «фототехник», и такие профессии, как «настройщик пианино и роялей», «осветитель», «пиротехник», «реквизитор». Однако здесь нет ни композитора, ни сценариста, ни писателя [39].

Во-вторых, творческая деятельность не тождественна умственному труду, так как во многих профессиях умственный труд не подразумевает какого-либо творчества. Таков, например, труд бухгалтера, лаборанта химического анализа и других. С целью классифицировать нагрузки интеллектуального характера специалисты в области гигиены труда предлагают применять следующий критерий: используются ли работником для решения задач известные алгоритмы либо эвристические приемы. Разница состоит в наличии или отсутствии гарантии получения правильного результата. «Алгоритм — это логическая совокупность правил, которая, если ей следовать, всегда приводит к верному решению задачи. Эвристические приемы — это некоторые эмпирические правила (процедуры или описания), пользование которыми не гарантирует успешного выполнения задачи». Отсюда следует, что в качестве творческой «должна оцениваться такая работа, при которой способы решения задачи заранее не известны» [40].

Для создания объекта интеллектуальной собственности требуется именно *творческая деятельность*. В частности, при нормировании труда в сфере НИР и НИОКР рекомендуется следующий подход: «Научный труд представляет собой не только поиск средств удовлетворения практических потребностей общества, но и процесс удовлетворения интеллектуальных потребностей творческих работников. Творческий интерес к решению конкретной проблемы представляет собой важный субъективный фактор, резко повышающий продуктивность научного труда и соответственно сокращающий его трудоемкость» [41]. Отсюда следует, что традиционное разделение на творческую и научно-техническую интеллигенцию терминологически ущербно, поскольку создание объекта интеллектуальной собственности как в сфере литературы и искусства, так и в сфере науки и техники предполагает именно *творчество* автора.

В-третьих, творческая деятельность не тождественна интеллектуальной деятельности, так как творчество может включать в себя значительную долю *физического труда*. Таково, например, творчество артиста балета, скульптора, архитектора, самостоятельно возводящего строение, и т.д. Упомянем в этой связи и об «эстетико-творческих» видах спорта, понимаемых как «особый тип интеллектуальной спортивно-творческой поисковой деятельности». В этих видах спорта «произведение может быть создано интеллектуальным трудом участников спортивно-творческой деятельности — тренера, хореографа, спортсмена или ими совместно. При этом с приобретением спортивного опыта, мастерства и в зависимости от личных наклонностей спортсменов в “эстетико-творческих” видах спорта может быть не только исполнителем, но и автором (соавтором) результата интеллектуальной деятельности — произведения. На практике в “эстетико-творческих” видах спорта создается произведение» [42].

Очевидно, к таким видам спорта относится, например, фигурное катание. В этом виде спорта есть определенные элементы, авторский характер которых подчеркивается их наименованием. Например, прыжок «риттбергер» назван так в честь немецкого фигуриста Вернера Риттберга, впервые исполнившего этот прыжок в 1910 г., «лутц» — в честь австрийского фигуриста Алоиза Луца, исполнившего эту фигуру в 1913 г., «сальхов» — в честь шведского фигуриста Ульриха Сальхова, впервые исполнившего этот элемент в 1909-м. При этом для исполнения данных элементов другими фигуристами в рамках своих программ на соревнованиях или показательных выступлениях, видимо, не требуется согласия правообладателей исключительных прав. Представляется, что в подобных случаях хореографическим произведением следует считать не сам прыжок, а последовательность определенных движений фигуриста. В свою очередь, сам прыжок может рассматриваться как исполнение произведения.

Учитывая, что создание объекта интеллектуальной собственности может предполагать и определенную долю физического труда, предлагается определить творческую деятельность как *преимущественно* интеллектуальную деятельность автора.

Вывод о том, что понятия «интеллектуальная деятельность», «творческий труд» и «умственный труд» соотносятся, как пересекающиеся множества, согласуется с разработанным Минобрнауки России определением: «Интеллектуальная деятельность — умственная, мыслительная, познавательная и творческая деятельность человека» [43]. Однако, исходя из модели пересекающихся множеств, мы понимаем,

что не всякая интеллектуальная деятельность является творческой и не всякий творческий труд является исключительно умственным.

Как отмечал классик советской цивилистики О.С. Иоффе, творчество «в собственном смысле есть не что иное, как сознательный производящий акт, отличительную особенность которого составляет его качественная новизна. ...Творческий акт в собственном смысле слова и проявляется в новизне понятий или образов, либо в новизне выражающей их формы, либо в новизне того и другого, вместе взятых. Когда такая новизна налицо, тогда только и может возникнуть практическая надобность в использовании норм авторского или изобретательского права» [31, с. 4-5].

Немаловажен и вопрос о побудительных мотивах к творчеству. Г.Ф. Шершеневич отмечал: с одной стороны, «интеллектуальный труженик побуждается к своей работе внутренними стимулами, вытекающими из его духовной потребности, но не материальными соображениями», а с другой, — «экономическое основание авторского права заключается в необходимости предоставления литературному труженику материального обеспечения его существования» при том понимании, что «авторы склонны к безграничному расширению пределов юридической защиты своих имущественных интересов» путем увеличения сроков правовой охраны произведений [2, с. 10; 20; 152].

В контексте формирования общей теории авторства можно выделить следующие побудительные мотивы к созданию результата творческой деятельности: 1) самовыражение, 2) самоутверждение, 3) самореализация, 4) имущественные интересы. Первые три мотива напрямую связаны со свободой творчества, последний — со свободой предпринимательства. По мнению Г.Ф. Шершеневича, личные мотивы автора состоят в следующем: «В известности имени автора при распространении книги, в соответствии содержания последней с действительными взглядами автора, в неприкосновенной принадлежности мыслей, выраженных в сочинении, данному автору. Что касается первого из указанных интересов, то он охраняется не авторским правом, а личным правом свободы слова и печати. Этот интерес может оказаться беззащитным при существовании особого авторского права, если в известной стране допущена незначительная доля свободы печати, напротив, при широкой свободе проявления личности имя автора может получить значительную известность даже без института авторского права» [2, с. 63-64].

В условиях наступившего цифрового мира побудительные мотивы творчества могут серьезно измениться. Так, по мнению В.Е. Кострюкова, «сейчас мы живем в эпоху тотального авторства, когда равные ме-

дийные возможности имеют и писатели, и главы государств, и домохозяйки, и даже дети. На смену Декарту с его «Я мыслю, значит, я существую» пришла новая медийная реальность, в которой особую ценность приобретает цифровой след как свидетельство существования личности» [44].

С учетом разнообразия побудительных мотивов авторства задачи правового регулирования в данной сфере не должны ограничиваться охраной исключительных прав: закон может и должен *стимулировать творчество*.

Изложенные соображения позволяют выдвинуть предложение отказаться от традиционного в отечественном законодательстве понятия «результат интеллектуальной деятельности» в пользу более точного, на взгляд этой статьи, понятия «результат творческой деятельности». Естественно, такая замена неминуемо потребует изменения формулировки части первой ст. 1228 ГК РФ, дабы избежать еще более очевидной тавтологии. Вот почему предлагается принципиально иное определение искомого понятия: *автор — физическое лицо, творческим трудом которого создан объект интеллектуальной собственности*.

Более того, опираясь, с одной стороны, на принцип человекоцентричности, а с другой, на авторский — в большей или меньшей степени — характер объектов интеллектуальной собственности, можно предложить для *научной дисциплины* «право интеллектуальной собственности» иное название — «Творческое (креативное) право» или «Авторское право в широком смысле (*auctoris jus in sensu lato sum*)». Критики предлагаемого термина наверняка найдут в нем много недостатков, однако оно представляется более точным, нежели термин «право интеллектуальной собственности», безусловно, имеющий национальную и международную нормативно-правовую базу, историческую устойчивость и широкое употребление. Однако для наименования научной дисциплины не менее важна точность, которая в термине «интеллектуальная собственность» отсутствует, поскольку, во-первых, слово «интеллектуальный», как было показано выше, не тождественно слову «творческий», а именно творчество является источником создания объектов интеллектуальной собственности, а во-вторых, слово «собственность» не соответствует природе прав интеллектуальной собственности.

На это несоответствие обращают внимание многие отечественные и зарубежные исследователи. В частности, В.А. Дозорцев пишет: «Термин “интеллектуальная собственность” представляется юридически недостаточно корректным. Он может создать впечатление о распространении на результаты интеллектуальной деятельности и вообще на немате-

риальные объекты режима, установленного законом для права собственности. Это впечатление было бы ошибочным» [7, с. 37]. В подтверждение этого тезиса сошлюсь на п. 3 ст. 1227 ГК РФ, согласно которой к интеллектуальным правам не применяются положения разд. II ГК РФ «Право собственности и другие вещные права», если иное не установлено правилами части четвертой ГК РФ.

Менее однозначную позицию занимает Э.П. Гаврилов, который полагает, что «право собственности и иные вещные права, с одной стороны, и исключительные права — с другой, имеют много общего: они являются абсолютными и исключительными, а в их содержание входят права пользования (использования) и распоряжения. Конечно, неправильно говорить об их тождественности, идентичности, но сходство (причем иногда значительное) несомненно» [9, с. 141].

ПОНЯТИЕ ОБЪЕКТА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Предлагаемый здесь подход к определению понятия «автор» позволяет перейти к третьему «киту» концепта общей теории авторства и по-новому определиться со вторым главным понятием всей экосистемы интеллектуальной собственности — «объект интеллектуальной собственности». До настоящего времени отечественный законодатель определял интеллектуальную собственность как совокупность двух множеств: результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации. Предлагаемый общей теорией авторства подход позволяет понять, что средства индивидуализации также являются результатами творческой деятельности, и, следовательно, их приравнивание лишено правового смысла: понятие «объект интеллектуальной собственности» должно объединить все имеющиеся на сегодняшний день и возможные в будущем виды результатов творческой деятельности. При этом режимы правовой охраны различных объектов могут совпадать, быть сходными, родственными или, напротив, существенно различными — в зависимости от природы охраняемых объектов. Главное, чтобы режимы охраны соответствовали правовой природе охраняемых объектов интеллектуальной собственности. «Существует внутренняя зависимость между свойствами объекта и его правовым режимом», — подчеркивал В.А. Дозорцев [7, с. 39].

Автор статьи рассматривает отсутствие в действующем законодательстве об интеллектуальной собственности определения таких понятий, как «объект интеллектуальной собственности», «результат интеллектуальной деятельности» и «произведение»

как естественную лауну, predeterminedенную внутренней логикой построения существующего концепта интеллектуальной собственности. Нельзя не обратить внимание на то, что для ГК РФ, в отличие, например, от Закона РФ от 09.07.1993 № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах» (далее — Закон об авторском праве), характерно отсутствие норм-тезаурусов. Понятия здесь раскрываются по мере их появления в нормативном материале. В то же время ГК РФ строится на восхождении от общего к частному и потому в части первой определяет основные понятия, которые далее используются и в этой, и в других частях.

Исходя из этой логики, ГК РФ начинает построение законодательства об интеллектуальной собственности не с определения понятия «РИД и приравненные к ним средства индивидуализации», а с предмета регулирования. Уже в п. 1 ст. 2 ГК РФ упоминается, что «гражданское законодательство определяет правовое положение участников гражданского оборота, основания возникновения и порядок осуществления права собственности и других вещных прав, прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальных прав), регулирует ... имущественные и личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников».

При этом п. 2 ст. 2 ГК РФ устанавливает: «Неотчуждаемые права и свободы человека и другие нематериальные блага защищаются гражданским законодательством, если иное не вытекает из существа этих нематериальных благ». Данная норма, по мнению автора этой статьи, распространяется и на институт авторства, поскольку, как отмечалось выше, признание этого института правом человека вытекает из Всеобщей декларации прав человека, Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах и ст. 44 Конституции РФ. Однако применительно к институту авторства данная норма ГК теряет свою прецизионную точность. Являются ли права интеллектуальной собственности, вытекающие из права автора на защиту его моральных и материальных интересов (интеллектуальные права) неотчуждаемыми, если исключительное право — в отличие от личных неимущественных прав — может отчуждаться? Являются ли эти права нематериальными благами, если они включают в себя исключительное, имущественное право? В этом плане уместно вспомнить, что Г.Ф. Шершеневич сравнивал исключительные права в отношении объектов интеллектуальной собственности с существовавшими в прошлом исключительными правами «феодала, помещика,

откупщиков, например, исключительные права разведения и продажи лошадей, голубей, выкуривания и продажи вина, пива, меда и т.п.» [2, с. 68-69], а также с установленным в пользу врачей исключительным правом оказания медицинской помощи и в пользу адвокатов — исключительным правом «оказания юридической помощи перед судом» [2, с. 27].

Вопрос о соотношении нематериальных благ с правами интеллектуальной собственности остается спорным в современной цивилистике. В частности, Д.С. Шипилова выдвигает довольно смелое утверждение, что «нематериальные блага — способные удовлетворять потребности человека предметы нематериального (идеального) мира, которые невозможно ощущать в силу их нематериального характера» и которые включают в себя «результаты творческой деятельности (произведения науки, литературы и искусства, изобретения и т.п.), которые обычно становятся объектами исключительных прав, а также личные неимущественные блага, являющиеся объектами гражданско-правовой защиты. Нематериальные блага, за исключением личных неимущественных, также приобретают экономическую форму товаров, что и дает им возможность становиться объектами имущественных отношений. Особым объектом в данных случаях является информация» [45].

На имущественные аспекты нематериальных благ обращает внимание также И.А. Михайлова, отмечая, что «правовая сущность личных неимущественных прав авторов произведений науки, литературы и искусства столь же сложна и многогранна, как бесконечно сложна творческая деятельность, отражающая неповторимый индивидуализм духовно-интеллектуальной, психической сферы создателей таких произведений. Придавая правовое значение таким явлениям, которые связаны с творческой деятельностью и ее результатами, право не всегда может облечь их в стандартную правовую форму, свойственную иным личным неимущественным правам, поэтому авторские права в зависимости от конкретной ситуации могут обладать, а могут и не обладать всеми присущими им признаками. Именно этим объясняется многообразие представленных в современной доктрине взглядов и суждений относительно сущности рассмотренных авторских правомочий, создающих теоретическую основу для дальнейшего совершенствования соответствующего раздела российского законодательства» [46].

В отличие от ГК РФ, в Законе об авторском праве в ст. 4 дано определение основных понятий, причем начинается не с произведения, а с автора. В данном случае определяющей была, конечно, последовательность букв русского алфавита, однако логика также обязывает начинать построение системы понятий

интеллектуальной собственности именно с понятия «автор».

В Законе об авторском праве было дано следующее определение: «Автор — физическое лицо, творческим трудом которого создано произведение». При этом определения понятия «произведение» в Законе не было. В отсутствие определения родового понятия Закон содержал определения таких видовых понятий, как «аудиовизуальное произведение», «произведение декоративно-прикладного искусства», «экземпляр произведения». Попытки сформулировать отсутствующее определение родового понятия, исходя из имеющихся в Законе определений видовых понятий и определения понятия «автор», автору этой статьи неизвестны.

В ГК РФ также нет определения понятия «произведение», как и определений понятий «результат интеллектуальной деятельности», «средство индивидуализации», «объект интеллектуальных прав», что, разумеется, обедняет понятийный аппарат современной доктрины интеллектуальной собственности.

Концепт общей теории авторства позволяет, по мнению автора этой статьи, нащупать некоторые подходы к совершенствованию понятийного аппарата в данной сфере. С учетом сказанного выше об информационном характере объекта интеллектуальной собственности предлагается определить его как *идеальный, умственный результат творчества автора, получивший объективацию в текстовом, изобразительном, звуковом, аудиовизуальном или ином знаке, выполняющем функции накопления информации либо индивидуализации лиц, товаров, услуг, работ, предприятий*. В свою очередь, из этого базового определения можно далее выстраивать определения таких производных понятий, как «произведение», «изобретение», «товарный знак» и т.д.

ОСНОВНЫЕ СВОЙСТВА ОБЪЕКТОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Изложенные выше соображения позволяют в рамках концепта общей теории авторства выделить следующие основные свойства объектов интеллектуальной собственности: *нематериальность, гетерогенность, человекоцентричность, креативность, герменевтичность*. Эти свойства сочетаются друг с другом по модели пересекающихся множеств.

Нематериальность объектов интеллектуальной собственности, о чем подробно говорилось выше, является общепризнанной. Как отмечал В.А. Дозорцев, «будучи нематериальными, они по своим натуральным свойствам могут быть использованы одновременно неопределенным кругом лиц» [7, с. 53]. При

этом «нематериальным результатом можно только обладать, но не владеть — это другое по содержанию правомочие. Владение это физическое господство над вещью — материальным объектом, ограниченным в пространстве, которым может располагать только одно лицо. А обладание есть фактический доступ к нематериальному объекту, который могут иметь несколько лиц одновременно» [7, с. 119].

Нематериальная природа объекта интеллектуальной собственности есть следствие того, что он является продуктом мыслительной деятельности, творчества человека. Именно в сознании автора первоначально рождаются идеи, преобразующие окружающую действительность в понятия, образы, технические решения и пр., получающие в дальнейшем объективацию в форме произведений, изобретений, исполнений, товарных знаков и т.д.

Гетерогенность проявляется в том, что экосистема интеллектуальной собственности включает в себя разнородные объекты: произведения, исполнения, фонограммы, изобретения, фирменные наименования, товарные знаки и т.д. При том, что все эти объекты имеют общее свойство нематериальности и могут быть объединены предложенным выше общим определением, они одновременно разительно отличаются друг от друга.

Человекоцентричность выражается в том, что только человек, физическое лицо признается автором, создателем, творцом объектов интеллектуальной собственности. Поставив в центр концепта общей теории авторства человека, автора, мы можем попытаться скомпилировать всю современную экосистему интеллектуальной собственности на основе и вокруг института авторства, а следовательно, интерпретировать право интеллектуальной собственности как творческое (креативное) право, авторское право в широком смысле.

Из признания человекоцентричности вытекает еще одно свойство объектов интеллектуальной собственности — *креативность*. Можно согласиться с тезисом Генерального директора ВОИС в 2008–2020 гг. Фрэнсиса Гарри, что «интеллектуальная собственность касается только нового, оригинального и отличительного. Она охраняет лишь то, чего раньше не было, и поэтому она не означает какого-либо изъятия из сферы общественного достояния» [47]. С этим тезисом перекликается позиция В.А. Дозорцева: «Творчество есть сфера чисто индивидуальной деятельности, представленной лишь живым трудом, олицетворяемым личностью автора. ... Творческим результатам присуще первоначальное закрепление прав за автором. ... Охраняемым является только новое — результат живого творческого труда конкрет-

ного лица. Творчество — это всегда новое, хотя бы оно и базировалось на уже известном» [7, с. 280-281].

Действительно, если в основание концепта положить творчество как естественную функцию автора, то речь может идти только о создании чего-то, чего раньше не было. Причем, это, как представляется, должно распространяться и на научные открытия, и на многие другие результаты творчества, которые пока остаются вне правовой охраны. Другое дело — какой должна быть эта охрана.

По мнению автора этой статьи, правовая охрана не обязательно должна вести к *изъятию объекта* из сферы общественного достояния. И в этом плане невозможно согласиться с Фрэнсисом Гарри, когда он утверждает следующее: «Должно ли что-то быть объектом права ИС, ставит вопрос о том, что может быть изъято из обращения и перемещено в сферу частной собственности». Да, такое изъятие возможно, но, во-первых, оно далеко не обязательно, а, во-вторых, такой подход следует признать архаичным и неперспективным.

Наглядный пример — расцвет системы Creative Commons и других возможностей использования произведений на условиях открытой лицензии при параллельном существовании традиционной системы копирайта. Как пишет создатель системы Creative Commons Лоуренс Лессиг из Принстонского университета, «Многие пользуются пиринговыми сетями для доступа к такому защищенному копирайтом материалу, который больше не продается, либо покупка его вне Сети обходится слишком дорого. Подобное использование р2р-сетей наиболее выгодно многим. Песни, которые помнишь с детства, но давно исчезнувшие с рынка, магическим образом вновь всплывают в Сети. ... Для непродávающегося контента этот случай по-прежнему классифицируется как нарушение копирайта, хотя из-за того, что правообладатель больше не продает свой материал, экономический ущерб нулевой» [48]. При таком использовании, можно добавить, жизненный цикл произведения продлевается — оно продолжает использоваться, приумножая репутацию автора и не нанося ущерб ни ему, ни отличному от него правообладателю. Иными словами, в данном случае налицо ситуация win-win.

В нашей стране использование системы Creative Commons регулируется ст. 1286.1 ГК РФ. В то же время у нас есть и собственный механизм свободной лицензии. Он прописан в ч. 5 ст. 1233 ГК РФ и дает право автору или иному правообладателю сделать публичное заявление о предоставлении любым лицам возможности безвозмездно использовать принадлежащие ему произведения на определенных им условиях и в пределах установленного им срока. Но какова

эффективность этой нормы? Только через 10 лет после вступления в силу части четвертой ГК РФ появилось Постановление Правительства РФ от 8 июня 2019 г. об утверждении Правил размещения таких заявлений, в котором органом исполнительной власти, ведущим реестр соответствующих заявлений, было названо Министерство культуры РФ. Однако по сей день соответствующий информационный реестр на официальном сайте Минкультуры России отсутствует, а система Creative Commons, напротив, успешно работает, создавая благоприятные возможности для обмена и накопления интеллектуального потенциала общества знания.

Если учесть такие международно признанные права человека, как свобода творчества («свобода, безусловно, необходимая для научных исследований и творческой деятельности»), право на участие в культурной жизни, право на пользование результатами научного прогресса и их практического применения (ст. 15 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах), имплементированные в ст. 44 Конституции РФ, то станет понятно, что права интеллектуальной собственности призваны закрепить *баланс интересов авторов, пользователей, общества в целом*. Можно согласиться с В.А. Дозорцевым, что «общий принцип использования нематериальных объектов, имеющих содержательную направленность, заключается в том, что любой такой объект может быть использован совершенно свободно, без чьего бы то ни было разрешения и без выплаты какого бы то ни было вознаграждения, если закон не устанавливает специального запрета, как, например, авторское право и патентное право» [7, с. 233]. Основаниями для ограничения свободы использования объектов интеллектуальной собственности он полагал «статус и свойства личности, правила о соблюдении тайны личной сферы. При отсутствии этих изъятий действует общий принцип свободы использования» [7, с. 257-258].

В то же время нужно учитывать, что в современных условиях достижение такого баланса интересов становится все более затруднительным. А.С. Шаляпина отметила, что «доступность информации сделала авторский продукт доступным для восприятия неопределенному кругу лиц без учета воли и согласия его автора, что вылилось в отчуждение результатов творческой деятельности от их автора и появление института правообладания, ограничившего ряд прав авторов. Тенденция к коммерциализации авторства приводит к переосмыслению представлений о свободном творчестве. Интересы авторов, правообладателей и пользователей могут конфликтовать между собой» [49, с. 10-11].

Отсюда следует, что роль права интеллектуальной собственности в концепте общей теории авторства не может и не должна сводиться лишь к охране исключительного права и личных неимущественных прав. Роль права — и в том, чтобы обеспечить автору свободу творчества, защитить автора, увековечить его, обеспечить материально, воодушевить, стимулировать к созданию новых объектов интеллектуальной собственности. В то же время можно согласиться с Г.Ф. Шершеневичем, что «правовой институт не должен получать распространения за пределами цели своего существования» [2, с. 130]. Впрочем, цели эти с развитием человеческой цивилизации могут существенно меняться.

Хотя представления о правах интеллектуальной собственности как естественной монополии с очевидностью устарели, однако, как отметила А.С. Шаляпина, «анализ творческих достижений и социокультурной рефлексии о выгоде копирайта в наиболее успешных авторских бизнес-моделях современности Б. Гейтса, С. Джобса, М. Цукерберга свидетельствует о том, что копирайт не является однозначно тупиковой ветвью для развития массовой культуры. Однако его ужесточение не должно преследовать сугубо интересы мегакорпораций, а должно прислушиваться к реальным потребностям авторов и социума» [49, с. 12].

Последнее из предлагаемых здесь для обсуждения свойств объекта интеллектуальной собственности — *герменевтичность*. Поскольку герменевтика традиционно считается наукой о правилах понимания [50, 51], предлагается рассматривать *герменевтичность* как свойство объекта интеллектуальной собственности быть понятным потребителям, пользователям (зрителям, слушателям, читателям, исполнителям, предпринимателям, покупателям и т.д.).

Создание произведения (равно как и иного объекта интеллектуальной собственности) творческим трудом автора не завершает процесс формирования «произведения для других». Только будучи воспринятым третьим лицом именно как произведение, оно становится таковым вне пределов собственного видения автора. И этот процесс не менее важен, чем процесс авторского творчества, хотя во времени он не может ему предшествовать: сначала автор должен сам воспринять результат своего творчества как произведение, заслуживающее правовой охраны, а уже затем пользователь, потребитель может согласиться или не согласиться с такой авторской оценкой.

В качестве примера приведем возникший в 2021 г. спор датского художника-концептуалиста Йенса Хаанинга (Jens Haaning) с Музеем современного искусства Kunsten, заплатившим автору более 80 тыс. долларов за воспроизведение его более ранней рабо-

ты и отказавшимся принять в качестве выполненного заказа два пустых холста с надписью «Take the Money and Run» («Бери деньги и беги») [52]. С одной стороны, музей, заключая договор с художником на крупную сумму, тем самым признал его творцом, способным создать заказанное произведение изобразительного искусства. С другой стороны, полученный музеем заказ, очевидно, может рассматриваться как результат творческого труда художника, выраженный в объективной форме. Во всяком случае, налицо и творческий замысел автора, и его объективирование, и его воплощение в виде двух пустых рам и надписи.

Для появления «произведения для других» недостает только финальной стадии — восприятия результата пользователем, потребителем (в данном случае — заказчиком) в качестве именно произведения изобразительного искусства. Вот почему правовая позиция Верховного Суда РФ, согласно которой «само по себе отсутствие новизны, уникальности и (или) оригинальности» не может свидетельствовать о том, что результат интеллектуальной деятельности не является объектом авторского права [5, п. 80], нуждается в уточнении и расширении с учетом роли пользователя, потребителя (зрителя, читателя, слушателя) в восприятии произведения.

В этом плане заслуживает внимания позиция Р. Дюма, который отметил: «Творчество является решающим основанием предоставления правовой охраны, и таким образом, главным следствием этого становится выдвигание оригинальности в качестве единственного критерия охраны творческих произведений. Лишь оригинальность произведения определяет его охраноспособность». В то же время «признак новизны произведения совершенно не требуется для его охраны. Творческое произведение может быть чрезвычайно оригинальным и в то же время не быть новым». В качестве примера Р. Дюма сослался на тот факт, что почти одновременно на экраны вышло три фильма на один и тот же сюжет «Кармен» по новелле П. Мериме, «однако ни один из них нельзя упрекнуть в отсутствии оригинальности» [21, с. 24-25].

Однако, как известно, авторские права возникают из самого факта создания произведения и не зависят от реакции пользователя или общества в целом. Отсюда не следует невозможность факультативной, добровольной регистрации произведений их авторами. Во Франции до 1925 г. обязательным условием возникновения авторских прав было депонирование произведений в Национальной библиотеке. В США по сей день действует процедура регистрации объектов авторских прав в Copyright Office при Библиотеке Конгресса. Введение факультативной регистрации (депо-

нирования) произведений имеет свои преимущества: во-первых, она позволит сблизить различные модели правовой охраны результатов творческой деятельности, а во-вторых, поможет аудитории (читателю, зрителю, слушателю) отличить простую фотографию от фотографического произведения, детские «каляки-маляки» от произведения изобразительного искусства, самодеятельные «стихи в альбом» от литературного произведения, то есть позволяет включиться в процесс восприятия текста, изображения, звукового ряда именно как произведения, если, конечно, автор заявляет его в таком качестве.

По подсчетам А.А. Мирошниченко, за шесть тысяч лет существования письменности человечество выдвинуло из своих рядов 200–300 миллионов авторов, опубликовавших свои произведения для других людей. С наступлением эпохи социальных сетей число авторов возросло до 2 миллиардов [53]. Показательна в этом отношении позиция Г.Ф. Шершеневича: «Распространять юридическую защиту на каждую более или менее продолжительную речь человека, делать ее предметом исключительного права было бы, конечно, странно, и потому необходимо произвести оценку, насколько каждый из указанных видов произведений заслуживает [защиты] или, вернее сказать, нуждается в защите» [2, с. 166]. Другой вопрос, что эту оценку производит сам автор, поскольку возникновение авторского права не зависит от достоинств произведения (п. 1 ст. 1259 ГК РФ).

Система факультативной регистрации (депонирования) объектов авторского права и смежных прав не должна копировать патентную, так как здесь не требуется экспертиза. Речь идет именно о регистрации, основанной на уведомительном порядке. Существующая технология блокчейн [54] делает подобный механизм простым и удобным.

В этом плане следует обратить внимание на Указ Президента РФ от 28 июня 2021 года № 378 «О создании общероссийской общественно-государственной организации “Российский центр оборота прав на результаты творческой деятельности”». Основу создаваемой организации составляет ассоциация «Национальный координационный центр обработки транзакций с правами и объектами интеллектуальной собственности», так называемый РСCHAIN. По сути, авторам и иным правообладателям предлагается новая система коллективного управления исключительными правами на базе технологии блокчейн. Причем, поскольку в Указе говорится, что создаваемый Центр призван обеспечить инфраструктуру управления правами на результаты творческой деятельности, в том числе в научно-технической сфере, речь может идти и о коллективном управлении патентными правами.

Данный Указ главы государства заслуживает того, чтобы его реализация находилась в сфере постоянного внимания специалистов в области интеллектуальной собственности.

Механизм факультативной регистрации (депонирования) может быть удобен и для решения проблемы различения реального и титульного авторов. Известно, например, что Александр Дюма соглашался давать свое имя чужим сочинениям для большего их распространения. Мнимое соавторство можно наблюдать и в случаях, когда в числе соавторов оказываются лица, руководившие процессом создания изобретения. Отдельного рассмотрения заслуживает феномен соавторства в лице заказчика, когда заказчик дает тему, сюжетную линию, подход к решению технической задачи и т.д. Как известно, идеи не охраняются авторским правом, как и правом на топологии интегральных микросхем, но если кому-то кажется, что в этом вопросе можно поставить точку, то это далеко не так.

Наконец, система депонирования помогает выявить, наличествует ли у автора реальная потребность в признании его авторства. Если у неизвестного автора есть такая потребность, то он может себя назвать и тем самым обрести зарезервированные для него права авторства. Но может ли быть такая потребность у искусственного интеллекта, если он может лишь имитировать процессы мышления, а следовательно, может лишь имитировать потребность в авторстве?

Отмечу, что роли автора и пользователя в процессе создания произведения могут меняться. В качестве примера процитирую два красочных изображения. Одно из них создано крымским художником М.Ф. Клементьевым, работавшим во второй половине XX в. в стиле «каменной живописи» [55] (рис. 3). Второе изображение представляет собой полированный срез (спил) природной цветной яшмы [56] (рис. 4).

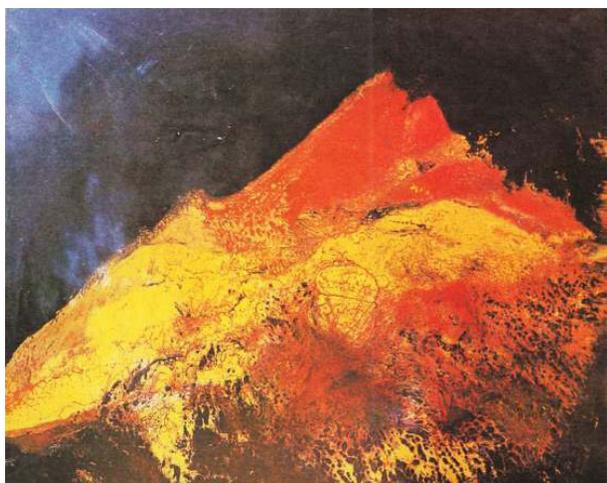


Рис. 3. «Девушка и Смерть», М.Ф. Клементьев, смешанная техника



Рис. 4. Спил пейзажной яшмы

Представляется возможным говорить о наличии автора у обоих изображений. Что касается произведения художника М.Ф. Клементьева, то авторский характер данного объекта интеллектуальной собственности несомненен: он был создан творческим трудом физического лица в соответствии с замыслом автора и воплощен в форме цветного трехмерного объекта, изготовленного из эпоксидной смолы. Правда, автор увидел в созданном им изображении не горный пейзаж, что напрашивается при беглом взгляде на картину, а иллюстрацию к романтической поэме Максима Горького «Девушка и Смерть». Автору настоящей статьи посчастливилось быть знакомым с этим замечательным художником и слышать его пояснения, в каких именно линиях и цветовых пятнах можно разглядеть фигуры влюбленной Девушки, грозного Царя и старухи, олицетворяющей Смерть. Безусловно, чтобы увидеть в изображении то, что видел художник, зрителю необходимо обладать не меньшим воображением, чем у древнейших астрономов, увидевших в созвездиях на ночном небе Большую Медведицу, Овна, Тельца, Лебедя, Скорпиона и т.д. Отсюда следует, что художник и зритель могут по-разному воспринимать одно и то же произведение в зависимости, видимо, от объема знаний и масштабов воображения, что, однако, не умаляет, но и не приумножает достоинства произведения как объекта интеллектуальной собственности.

Второе изображение (рис. 4) также может считаться авторским, поскольку тот, чье воображение позволило ему увидеть пейзаж в отполированном срезе цветной яшмы, также может считаться автором. Мы можем различить здесь все компоненты процесса создания произведения: знание природы камня, воображение, замысел (автор искал среди камней именно пейзажную яшму), объективирование (сделан и отполирован спил), воплощение (распознан пейзаж в рисунке камня), восприятие потребителем (рисунок спила воспринимается зрителем как произведение изобразительного искусства, выполненное в жанре пейзажа). Здесь вполне применима презумпция, сформулированная Верховным Судом РФ: «Пока не

доказано иное, результаты интеллектуальной деятельности предполагаются созданными творческим трудом» [5, п. 80].

Приведенные выше рассуждения приводят нас к выводу о роли потребителя, пользователя в создании объекта интеллектуальной собственности в качестве «произведения для других». Безусловно, понимание этой роли должно опираться на накопленные знания в области философии, социологии, психологии художественного, научного и технического творчества. В частности, сошлюсь на философское наследие М.М. Бахтина, который проблематизировал «кризис автора» [57], а также на знаковое эссе Ролана Барта «Смерть автора» [58], предвосхитившие явление «исчезновения авторства» в текстах, изображениях, музыкальных композициях и других нематериальных объектах, созданных искусственным интеллектом или коллективным творчеством пользователей социальных сетей. В свою очередь, тезис Л.С. Выготского о том, что «на долю личного авторского творчества следует отнести только выбор тех или иных элементов, их комбинацию, варьирование в известных пределах общепринятых шаблонов, перенесение одних традиционных элементов в другие системы и т.п.» [59], подлежит осмыслению в правовых категориях «произведения науки, литературы или искусства» и «части произведения» (п. 7 ст. 1259 ГК РФ), «новизна, изобретательский уровень, промышленная применимость, предназначение» изобретения (п. 2 ст. 1350 ГК РФ), «новизна и оригинальность» промышленного образца (ст. 1352 ГК РФ) и топологии интегральных микросхем (ст. 1448), «новизна, отличимость, однородность, стабильность» селекционного достижения (ст. 1413), «коммерческая ценность информации» в отношении секрета производства (ст. 1465) и т.д.

Как видим, ГК РФ занимает вариативную позицию в вопросе об обязательности признака оригинальности для признания охраноспособности результата творческой деятельности. Для произведений этого требования формально нет, для промышленных образцов и топологий — есть. Применительно к изобретениям функцию оригинальности выполняет, видимо, требование новизны. Если это так, то есть основание предположить, что универсальным требованием к результату творческой деятельности может быть признана оригинальность, понимаемая как наличие творческого вклада в создание нового объекта интеллектуальной собственности.

Представляется, что дискуссиям о «смерти автора» и его замене так называемым скриптором, который «несет в себе не страсти, настроения, чувства или впечатления, а только такой необъятный словарь,

из которого он черпает свое письмо, не знающее остановки» [58, с. 389], должно предшествовать прояснение вопроса о взаимообусловленности парных категорий автора и объекта интеллектуальной собственности: как автор создает объект, так и объект создает автора. Чем значительнее объект, тем авторитетнее становится автор. В свою очередь, чем авторитетнее автор, тем выше ожидания публики от создаваемого им объекта: произведения, открытия, изобретения и т.д.

Таким образом, существование автора доказывается существованием объекта интеллектуальной собственности. Автор может быть неизвестен, но его не может не быть, если есть такой объект. Так, наиболее значимые объекты интеллектуальной собственности в истории человеческой цивилизации — Библия как произведение и колесо как изобретение — до сих пор остаются «сиротскими», не имеющими авторов. В то же время, если автор известен, а например, оригинал его произведения утрачен, то авторство на нематериальный объект не исчезает и охраняется бессрочно.

В свою очередь, существование объекта интеллектуальной собственности доказывается либо его наличием в какой-либо объективной форме (авторское право, смежные права или, по выражению В.А. Дозорцева, «созидательская система»), либо фактом его государственной регистрации (патентное право или *регистрационная система*). «Созидательская» система *презюмирует* авторство лица, указанного в таком качестве на оригинале или экземпляре произведения (ст. 1257 ГК РФ), но не *удостоверяет* его. Напротив, *регистрационная система* не только *презюмирует* авторство лица, указанного в качестве автора в заявке на выдачу патента, но и *удостоверяет* патентом приоритет, авторство и исключительное право на объект интеллектуальной собственности (ст. 1347, 1354 ГК РФ).

Обе эти системы в неявной форме предполагают существование *еще одного субъекта*, без которого не может состояться объект интеллектуальной собственности, того, кто признает техническое решение — изобретением, упаковку — промышленным образцом, а текст, изображение или трехмерный предмет — произведением науки, литературы или искусства. В случае с объектами регистрационной системы таким субъектом выступает государство в лице *патентного ведомства*, организующего экспертизу заявки и выдающего патент.

В «созидательской» системе такой субъект лишен какой-либо институционализации. «Читатель — пишет Ролан Барт, — это то пространство, где запечатлеваются все до единой цитаты, из которых слагается письмо; текст обретает единство не в происхождении своем, а в предназначении, только предназначение

это — не личный адрес; читатель — это человек без истории, без биографии, без психологии, он всего лишь *некто*, сводящий воедино все те штрихи, что образуют письменный текст. ... Критике классического толка никогда не было дела до читателя; для нее в литературе существует лишь тот, кто пишет. ... Теперь мы знаем: чтобы обеспечить письму будущее, нужно опрокинуть миф о нем — рождение читателя приходится оплачивать смертью автора» [58, с. 391].

По мнению автора этой статьи, реальному процессу создания произведения более адекватно не противопоставление автора и пользователя (читателя, зрителя, слушателя и т.д.), а напротив, их взаимодействие в едином пространстве творческого акта. В качестве наглядной модели такого взаимодействия предлагается использовать ленту Мёбиуса — простейший топологический объект, представляющий собой неориентируемую поверхность с краем, одностороннюю в обычном трехмерном евклидовом пространстве. В данной модели предлагается поверхность ленты рассматривать как объект интеллектуальной собственности, а автора и пользователя — как субъектов, действующих на этой поверхности (рис. 5).

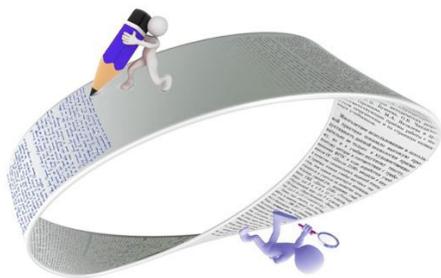


Рис. 5. Писатель и Читатель на ленте Мёбиуса

Поскольку данная поверхность имеет только одну сторону, постольку автор и пользователь могут свободно перемещаться по ней, не переходя в ситуацию «с одной стороны — с другой стороны». Именно на этой односторонней поверхности автор появляется, мультиплицируется, растворяется и исчезает в соавторстве, коллективном и массовом творчестве, иммерсивном сотворчестве, соавторстве с пользователем, потребителем и т.д. При этом следует иметь в виду некоторую условность использования в данном контексте категории «пользователь», поскольку тот, кто использует объект интеллектуальной собственности, и потребитель могут быть разными лицами. Пример: пользователь — радиостанция, передающая в эфир музыкальное произведение, а потребитель — радиослушатель.

Наиболее наглядно процесс сотворчества автора и пользователя (зрителя, читателя, слушателя) можно наблюдать в нефигуративном искусстве, в перфору-

мансах и инсталляциях. Здесь автор и пользователь могут вкладывать совершенно разные смыслы в произведение и по-разному оценивать его достоинства и недостатки, но если пользователь вообще не увидит произведение в представленном ему предмете, то произведение состоится только в восприятии автора в качестве «произведения в себе», а этого будет недостаточно для трансформации предмета в «произведение для других» даже при том, что сам предмет имеет объективную форму и является результатом творческого труда. Именно в этом видится проявление такого свойства объекта интеллектуальной собственности, как *герменевтичность*.

«ЛАТЕНТНЫЕ» ОБЪЕКТЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

В предыдущих разделах уже говорилось о проблемах, связанных с тем, что далеко не все виды объектов интеллектуальной собственности перечислены в ст. 1225 ГК РФ и, таким образом, они выпадают из системы правовой охраны интеллектуальной собственности, как она зафиксирована в части четвертой ГК РФ. В частности, мы обращали внимание на тот факт, что научное открытие, хотя и перечислено среди объектов интеллектуальной собственности в ст. 2 (viii) Стокгольмской конвенции, не упомянуто в ст. 1225 ГК РФ. Перестает ли в силу этого научное открытие быть результатом интеллектуальной деятельности на территории Российской Федерации? Видимо, нет. Лишается ли оно правовой охраны? Видимо, тоже нет, поскольку авторство, например, Георга Ома в отношении открытого им в 1826 г. закона, установившего связь силы тока в проводнике с напряжением на концах проводника и его сопротивлением (закон Ома), не может быть присвоено другим лицом, в том числе на территории Российской Федерации. Но откуда это следует, если научные открытия не подпадают под правовую охрану, предусмотренную частью четвертой ГК РФ?

Если внимательно разобраться в вопросе о том, что представляет собой научное открытие как результат авторского творчества, то окажется, что правовая охрана здесь не только возможна и необходима, но и реально существует. В этом плане показательным, что в Советском Союзе с 1959 года² действовала система

² Регистрация научных открытий была предусмотрена Постановлением Совета Министров СССР от 14.03.1947 «О Комитете по делам изобретений и открытий при Совете Министров СССР». Положение об этом органе государственного управления было утверждено Постановлением от 23.02.1956 № 274. Первое открытие («эффект Кабанова») было зарегистрировано в Союзе ССР 26.06.1957 с приоритетом от 15.03.1947.

правовой охраны научных открытий, включающая в себя их государственную регистрацию, официальное признание прав их авторов, выплату специального вознаграждения, предоставление соответствующих льгот (ст. 517 ГК РСФСР). При этом открытием признавалось «установление неизвестных ранее объективно существующих закономерностей, свойств и явлений материального мира, вносящих коренные изменения в уровень познания». На открытия географические, археологические, палеонтологические, на открытия месторождений полезных ископаемых и на открытия в области общественных наук данное определение не распространялось³.

Диплом на открытие выдавался на имя автора и удостоверял: а) признание выявленных закономерностей, свойств и явлений материального мира открытием, б) приоритет открытия и в) авторство на открытие. Регистрация открытий, выдача дипломов и выплата вознаграждения авторам относилась к ведению Государственного комитета СССР по делам изобретений и открытий.

Как видим, существовавшая система правовой охраны научных открытий не предусматривала признания за авторами каких-либо исключительных (имущественных) прав на использование сделанных открытий. Действительно, признание исключительных, естественно монопольных прав на открытия стало бы сильнейшим тормозом развития науки и техники. С одной стороны, легко представить, какие катастрофические последствия имело бы патентование закона Ома для развития электротехники в XIX в.: любое изобретение, в котором используется этот физический закон, стало бы возможным лишь с согласия патентообладателя. С другой стороны, было бы справедливым поощрить автора научного открытия, установив в его пользу либо выплачиваемое государством разовое вознаграждение, как это делалось в Советском Союзе, либо скромные, но обязательные отчисления от доходов, полученных в результате использования этого открытия, ограниченные, например, сроком жизни автора. Такие отчисления могли бы стать реальными инвестициями в развитие фундаментальной науки. Нечто подобное — «административную систему вознаграждения или альтернативную систему компенсации» авторам музыкальных и аудиовизуальных произведений — предлагает Р.А. Будник [60].

³ Указанные исключения перечислены и в Женевском договоре о международной регистрации научных открытий 1978 г. Они выглядят, на первый взгляд, вполне оправданными практическими соображениями, однако ничто логически не противоречит признанию, например, археологического открытия результатом интеллектуальной деятельности археолога.

В то же время закрепление за автором открытия права признаваться его *автором* способно не только стимулировать творческий процесс научного познания материального мира, но и защищать авторов от попыток присвоения авторства, принуждения к соавторству, к отказу от авторства или к отказу от подачи заявки на открытие, а равно от разглашения без согласия автора сущности предполагаемого открытия. В этом плане, безусловно, полезным было заключение в 1978 г. под эгидой ВОИС Женевского договора о международной регистрации научных открытий, который был призван обеспечивать по возможности самый широкий доступ к зарегистрированным научным открытиям и никоим образом не препятствовать свободному использованию идей, содержащихся в зарегистрированных научных открытиях. К сожалению, этот договор до сих пор не вступил в силу, поскольку для этого требуется его ратификация как минимум десятью странами — членами ВОИС.

Хотя Положение об открытиях, изобретениях и рационализаторских предложениях 1973 г. [61] утратило силу только с 1 января 2021 г. [62], фактически после распада Союза ССР оно уже не применялось. Попытка инициировать восстановление системы правовой охраны научных открытий была предпринята в 2010 г., когда Межпарламентская Ассамблея СНГ приняла Модельный закон об охране прав на научные открытия [63]. Другой попыткой можно считать утверждение Национального стандарта РФ ГОСТ Р 55384-2012 «Интеллектуальная собственность. Научные открытия» — странного документа в условиях отсутствия соответствующей нормативно-правовой базы. В реальности на сегодняшний день права авторов научных открытий защищаются исключительно как нематериальные блага по общим правилам ст. 150 ГК РФ. При этом вне правового регулирования остались вопросы официального признания открытия в качестве такового, установления приоритета открытия, выплаты вознаграждения и т.д.

Отсутствие понятия «открытие» в перечне объектов интеллектуальной собственности в ст. 1225 ГК РФ не мешает исследователям ставить вопрос о нахождении адекватной формы правовой охраны для данной категории результатов интеллектуальной деятельности. Согласимся с Е.А. Салицкой, что, «изобретая что-либо, человек сам выступает в роли творца; совершая открытие, он лишь обнаруживает нечто (явление или закономерность), существующее в природе» [64], однако подчеркнем, что само по себе обнаружение существующих в природе закономерностей, явлений или вещества, как это имеет место в случае гена, возможно лишь как *результат творческой деятельности человека*.

Изложенные выше соображения позволяют уже несколько иначе ответить на вопрос: лишается ли научное открытие правовой охраны в силу его отсутствия в ст. 1225 ГК РФ? Представляется, что наиболее адекватный ответ должен звучать следующим образом: «Научному открытию как результату интеллектуальной деятельности предоставляется правовая охрана в виде защиты нематериальных благ автора открытия по общим правилам ГК РФ».

Оригинальную концепцию регистрации и охраны научных открытий предложил киргизский ученый Р.О. Оморов. В его концепции предполагается, в частности, что за автором научного открытия признаются личные неимущественные права с предоставлением стимулирующих единовременных материальных вознаграждений и сбалансированных социальных льгот. Кроме того, при патентовании объектов, созданных на основе научных открытий, заявитель в материалах заявки обязан указать источник доведения научных открытий до всеобщего сведения. В свою очередь, ставшие общедоступными зарегистрированные научные открытия включаются в уровень техники при патентной экспертизе изобретений [65].

На этом можно было бы поставить точку, если бы не тот факт, что грань между понятиями «открытие» и «изобретение» не только чрезвычайно тонка, но и очень подвижна, что наглядно демонстрирует проблема патентования генов. Как отметили Л.А. Новоселова и М.А. Кольцдорф, «основным аргументом против отнесения подобных решений к патентоспособным изобретениям в большинстве правовых систем стало то обстоятельство, что такие объекты являются продуктом природы, а не результатом творчества человека; раскрытие же функций гена (частей гена) должно квалифицироваться как открытие, а не изобретение». В то же время авторы отмечают, что исследования в области биотехнологий требуют значительных инвестиций, а это предопределяет заинтересованность разработчиков в получении патентной охраны как наиболее эффективной. «Выдвигаются также предложения о создании специального режима охраны полученных результатов (по аналогии с программами для ЭВМ), однако они не находят серьезной поддержки» [66].

Представляется, что сама по себе идея создания *специального режима правовой охраны* для результатов интеллектуальной деятельности в области генетики заслуживает серьезного осмысления в более широком контексте. Напомним, что еще Г.Ф. Шершеневич рассматривал авторское право как часть широкой группы исключительных прав, включая «авторское, художественное, музыкальное право, привилегии на промышленные изобретения, право на фирму, на фабричное и товарное клеймо, право на фабричные

рисунки и модели. Содержание этой категории прав будет постепенно расти по мере дальнейшего усложнения современной экономической системы и создания совершенно новых отношений» [2, с. 20].

В свою очередь, рост содержания этой категории прав наталкивается на соответствующее повышение уровня ее гетерогенности. В настоящее время право интеллектуальной собственности объединяет весьма разнородные объекты, что сопровождается углублением дифференциации между различными моделями их правовой охраны. Как отмечал В.А. Дозорцев, «в наше время произошло резкое увеличение сфер охраны с помощью исключительных прав. Новые сферы часто требуют новых средств охраны. ... Выбор систем и средств охраны в ряде случаев определяется конъюнктурными и случайными факторами, а не сутью отношения. Опыт с большой определенностью показывает, что свойствам объекта соответствуют определенные черты правовой охраны, и игнорирование этой закономерности влечет за собой отрицательные практические последствия» [7, с. 20].

В качестве примера ошибочного выбора правовой модели В.А. Дозорцев приводил, в частности, охрану компьютерных программ как литературных произведений. Этот правовой механизм сложился в 80-х годах прошлого века, когда после долгих дискуссий в ВОИС было принято решение взять на вооружение теорию немецкого правоведа Э. Ульмера, согласно которой ввод программы в память компьютера равноценен воспроизведению, а ее воплощение на дисплее равнозначно показу произведения. Следовательно, доказывал Ульмер, компьютерная программа представляет собой такое же творческое произведение, как киносценарий, а значит, при условии оригинальности ее содержания и формы она должна охраняться авторским правом.

Примерно в это же время Ю.М. Батулин задавался вопросом: «Что же такое машинная информация — продукт материального производства или интеллектуальной деятельности? Уяснить это представляется крайне важным, так как сложившаяся правовая система проводит четкое различие между порядком присвоения первого и второго. Продукт интеллектуального труда составляет интеллектуальную собственность и охраняется авторским или изобретательским правом. Продукт производственной деятельности присваивается посредством перехода права собственности или права оперативного управления» [67, с. 65]. При этом он подчеркивал, что «опережающие темпы развития нормативной базы нужны не только для автоматизированных систем, но и для решения всего комплекса проблем, вызванных компьютеризацией общества» [67, с. 63].

Будучи закреплена как на международном уровне, так и в национальном законодательстве, модель Э. Ульмера потребовала введения для себя многочисленных исключений из общих норм авторского права, что подрывало их единство и системность. Но даже при всех этих исключениях модель правовой охраны программ для ЭВМ как литературных произведений продолжает порождать юридические парадоксы. Например, какую правовую природу будет иметь музыкальная композиция, ставшая результатом функционирования компьютерной программы? Если программу мы приравниваем к литературному произведению, то музыкальная композиция должна рассматриваться как производное от него произведение при том, что между ней и программой нет ничего общего ни по форме, ни по содержанию. Вывод Верховного Суда РФ о том, что «результаты, созданные с помощью технических средств в отсутствие творческого характера деятельности человека ... объектами авторского права не являются» [5, п. 80], лишь отчасти снимает проблему. Можно привести и немало других доводов в обоснование того, что охрана компьютерных программ «по модели авторского права, на основе созидательской системы, совершенно неадекватна и неэффективна. ... Несомненно, рано или поздно объективные потребности вынудят изменить ситуацию» [7, с. 21].

Определенные изменения в пользу сближения модели правовой охраны компьютерных программ с регистрационной системой, характерной для патентного права, были сделаны еще три десятилетия назад в ст. 13 Закона РФ от 23 сентября 1992 г. № 3523-1 «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных» путем предоставления правообладателю возможности зарегистрировать программу в соответствующем федеральном органе исполнительной власти. Представляется, что механизм факультативной регистрации может быть рассмотрен и применительно к другим объектам авторского права в качестве дополнительной гарантии защиты прав и законных интересов автора.

Изложенные выше соображения позволяют сделать вывод, что далеко не все виды результатов интеллектуальной деятельности получают правовую охрану именно в таком качестве, а только те, которые перечислены в ст. 1225 ГК РФ. Сходная ситуация имеет место и с некоторыми средствами индивидуализации. Так, наименования (названия) средств массовой информации (СМИ) также не упомянуты среди перечисленных в ст. 1225 ГК РФ средств индивидуализации, хотя, согласно правовой позиции Верховного Суда РФ, «основная функция названия средства массовой информации заключается в идентификации средства массовой информации для своей аудитории и потен-

циальных потребителей на рынке средств массовой информации». Однако, в отличие от законодательства о средствах индивидуализации, Закон РФ от 27 декабря 1991 г. «О средствах массовой информации» запрещает регистрировать СМИ с названием, буквально совпадающим с тем, которое было зарегистрировано ранее, а следовательно, «отказ в регистрации на том основании, что название средства массовой информации, проходящего регистрацию, является сходным до степени смешения с названием средства массовой информации, зарегистрированного ранее, не может быть признан законным» [68].

Новые, «латентные» средства индивидуализации появляются, например, и в спорте. Так, Министерство спорта РФ перечисляет следующие средства индивидуализации спортсменов и спортивных команд: «а) фотографии спортсменов и спортивных команд, за исключением фоторепортажей спортивных мероприятий; б) аудиовизуальные произведения с записями изображений спортсменов и спортивных команд, за исключением аудиовизуальных трансляций и записей проведения спортивных мероприятий; в) изображения спортсменов и спортивных команд в виде произведений изобразительного искусства; г) особые движения спортсмена, авторские лозунги, крылатые фразы, ассоциируемые с конкретным спортсменом; д) талисманы, названия команд» [69].

Вопрос о правовой охране результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации, не упомянутых в ст. 1225 ГК РФ, имеет принципиальное значение, поскольку эти объекты правоотношений могут конфликтовать с теми объектами интеллектуальной собственности, которые перечислены в ст. 1225 ГК. В связи с этим возникает вопрос о применимости к подобным конфликтам общих правил, предусмотренных п. 6 ст. 1252 ГК РФ и утверждающих преимущество более раннего приоритета возникновения исключительного права («принцип старшинства»). Применительно к вопросу о правовой охране названий СМИ Верховный Суд РФ в процитированном выше Постановлении Пленума разъяснил, что, «поскольку название средства массовой информации предназначено главным образом для отличия его от других средств массовой информации, использование сходных до степени смешения названий может вводить в заблуждение потребителей (аудиторию) относительно продукции средства массовой информации. В этом случае защита прав лиц, обладающих правом на название средства массовой информации, осуществляется способами, предусмотренными действующим законодательством». Представляется, что в отсутствие иных правил в данной сфере правового регулирования правоприменитель

должен ориентироваться именно на требования п. 6 ст. 1252 ГК РФ.

НЕКОТОРЫЕ ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЕ ИТОГИ

В свое время В.А. Дозорцев разработал и предложил научному сообществу уникальную схему исключительных прав, в которой он постарался систематизировать все существовавшие в тот момент в российском законодательстве объекты интеллектуальной собственности. Предлагаемый здесь концепт общей теории авторства представляет собой следующий шаг в попытке создать алгоритмическую систему правовых понятий, наиболее полно и непротиворечиво описывающих сферу интеллектуальной собственности. Это, в свою очередь, требует систематизировать знания о субъектах авторства, их мотивах и формах интеллектуальной деятельности, об объектах авторства и особенностях их видов, о необходимых и возможных правовых средствах реализации, охраны и защиты законных интересов авторов в целях достижения баланса интересов авторов, правообладателей, пользователей, потребителей, общества и мирового сообщества в целом, а также выявить пробелы в этих знаниях и предложить варианты их восполнения. Общая теория авторства призвана помочь сделать законодательство об интеллектуальной собственности выстроенным аксиоматически и опирающимся на синтаксически определяемые понятия, то есть допускающие перевод содержащих эти понятия выражений (аксиом, положений) «в дедуктивно эквивалентные выражения этого же закона, в которых определяемое понятие всюду замещено понятиями, его определяющими» [70].

Кстати, обратим внимание на использованные Г.Ф. Шершеневичем термины «художественное право» и «музыкальное право». Это наводит на мысль о возможности более дробной классификации прав интеллектуальной собственности: литературная собственность, научная собственность, изобразительная собственность, музыкальная собственность, аудиовизуальная собственность, цифровая собственность, хореографическая собственность, архитектурная собственность, промышленная собственность и т. д. В этом плане представляет интерес позиция, согласно которой «для полноценного юридического обеспечения системы отношений, связанных с созданием и использованием объектов ИС, необходимы использование всего накопленного юридической теорией и практикой арсенала правовых средств, комплексное применение различных подходов и даже определенная степень эклектичности при юридическом оформлении реально существующих правоотношений» [71].

В качестве правового элемента, который оказывается смысловым связующим звеном во всем многообразии прав, касающихся интеллектуальной собственности, видится институт автора. В отсутствие автора не может возникнуть никакой результат творческой деятельности уже в силу того, что нет субъекта такой деятельности. Иными словами, усматривается принципиальная особенность прав интеллектуальной собственности не в самой по себе исключительности этих прав, а в единственном источнике этой исключительности — в авторе.

СПИСОК ИСТОЧНИКОВ

1. Федотов М.А. На пути к общей теории авторства // Доклады кандидатов в члены РАН, баллотировавшихся по секции философии, политологии, социологии, психологии и права в 2022 г. / Российская академия наук; Отделение общественных наук РАН; Научно-консультативный совет по правовым, психологическим и социально-экономическим проблемам общества; (под общей редакцией академика РАН А.А. Гусейнова, академика РАН Г.А. Тосуняна). М.: Новые печатные технологии, 2023. С. 445-457; Федотов М.А. Интеллектуальная собственность и (или) интеллектуальные права: раскрывая скобки // Труды по интеллектуальной собственности. 2013. Т. XII. № 1. С. 26–86; Федотов М.А. О презумпции независимости прав интеллектуальной собственности от вещных прав // Труды по интеллектуальной собственности. 2013. Т. XIV. № 3. С. 4–17; Федотов М.А. Автор как «элементарная частица» правовой охраны интеллектуальной собственности // Труды по интеллектуальной собственности. 2013. Т. XV. № 4. С. 4–36; Федотов М.А. Проблема дифференциации в контексте модернизации гражданского законодательства // Вопросы правоведения. 2013. № 4 (20). С. 165–186; Федотов М.А. «Автор» и «произведение» как парные категории российского авторского права // Труды по интеллектуальной собственности. 2014. Т. XVI. № 1. С. 34–63; Федотов М.А. Срок действия исключительных прав: сверим часы // Труды по интеллектуальной собственности. 2014. Т. XVIII. № 3. С. 35–62; Федотов М.А. Субъектно-объектный состав прав интеллектуальной собственности // Россия: уроки реформ: научные труды ИМПЭ имени А.С. Грибоедова. Выпуск 2008. — М.: ИМПЭ имени А.С. Грибоедова, 2008. С. 210–237; Федотов М.А. Защита интеллектуальной собственности от попыток ее кодификации // Россия в период реформ: задачи, пути, решения: научные труды ИМПЭ имени А.С. Грибоедова. Вып. 2006. М.: Институт международного права и экономики имени А.С. Грибоедова, 2006.

- С. 152–164; Федотов М.А., Федотова К.В. Авторско-правовой контекст «казуса Пигмалиона» // Труды по интеллектуальной собственности. 2003. № 1. Т. VI. С. 6–24 и т.д.
2. Шершеневич Г.Ф. Избранное. Т. 3, включая «Авторское право на литературные произведения» / вступ. слово, сост.: П.В. Крашенинников. М.: Статут, 2017.
 3. Мамардашвили М. Картезианские размышления. М.: Прогресс; Культура, 1993.
 4. Пономарева Н.Г., Бунова Д.В. Процедура экспертизы географических указаний в Российской Федерации // ИС. Промышленная собственность. 2023. № 1. С. 48–56.
 5. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении судами части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2019. № 7.
 6. Декларация по интеллектуальной собственности, принятая Всемирной организацией интеллектуальной собственности 26.06.2000 // СПС «Консультант-Плюс».
 7. Дозорцев В.А. Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации: Сб. статей/ Исслед. центр частного права. — М.: Статут, 2003.
 8. Городов О.А., Петров А.В., Шмигельская Н.А. Недобросовестная конкуренция: учебно-практическое пособие / под ред. О.А. Городова. М.: Юстицинформ, 2020. С. 104.
 9. Гаврилов Э.П. Право интеллектуальной собственности. Общие положения. XXI век. М.: Юрсервитум, 2015. С. 190.
 10. Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Государства Израиль о сотрудничестве в области промышленных научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ. Заключено в Москве 22.03.2010; Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Никарагуа о сотрудничестве в сфере повышения квалификации кадров в области контроля за оборотом наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров. Заключено в Москве 07.06.2013 // СПС «КонсультантПлюс».
 11. Фуллер Лон Л. Мораль права / пер. с англ. Т. Даниловой под ред. А. Куряева. М.: ИРИСЭН, 2007. С. 15.
 12. Петракова А.Е. Античная расписная керамика: от «предмета быта» до «музейного экспоната»: к вопросу о восприятии, коллекционировании и изучении // Вестник Санкт-Петербургского государственного университета культуры и искусств. 2010. № 1 (5). С. 73.
 13. Конвенция, учреждающая Всемирную организацию интеллектуальной собственности. Подписана в Стокгольме 14.07.1967 (ред. от 02.10.1979). Документ вступил в силу для Российской Федерации как государства-продолжателя Союза ССР 26.04.1970 // СПС «КонсультантПлюс».
 14. Энциклопедия права. Проф. Университета св. Владимира кн. Е.Н. Трубецкого / Изд. Студ. Я. Щавинского. N.Y.: Chalidze Publications. 1982. С. 181.
 15. Алексеев С.С. Собрание сочинений: в 10 т. Т. 8: Учебники и учебные пособия. М.: Статут. 2010. С. 150.
 16. Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. // Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1991. № 26, ст. 733.
 17. Абызгильдин С.Ш. База знаний экспертной системы в области промышленной безопасности. Автореф. дисс. ... канд. тех. наук. Уфа. 2006.
 18. Липчик Делия. Авторское прав и смежные права: пер. с фр.; предисловие М.А. Федотова. М.: Ладомир; Издательство ЮНЕСКО, 2002. С. 26.
 19. Рожкова М.А. «Триада» интеллектуальных прав: верен ли законодательный подход // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2016. № 11. С. 14.
 20. Городов О.А. Право авторства на изобретения, полезные модели и промышленные образцы // Патенты и лицензии. 2015. № 12. С. 8–14.
 21. Дюма Р. Литературная и художественная собственность. Авторское право Франции: пер. с фр. — М.: Междунар. отношения, 1989.
 22. Антипов Н.П. Руки Венеры из Мелоса, или образ целостного в художественном произведении // Вестник Иркутского государственного лингвистического университета. 2013. № 4 (25). С. 168–178.
 23. Смолянская Н.В. Возвышенное в интерпретациях искусства постмодерна: концепция Ж.Ф. Лиотара для выставки «Нематериальное» // Философский журнал. 2009. № 1 (2). С. 128.
 24. Решетников М.М. Новые подходы к основному вопросу философии: прикладные аспекты // История и философия науки в эпоху перемен: сб. науч. статей: в 6 т. Т. 3. [Электронный ресурс]. М.: Русское общество истории и философии наук, 2018. С. 74–75.
 25. Федотов М.А. Материалы круглого стола «Актуальные проблемы информационного права» // Труды по интеллектуальной собственности. 2000. Т. II. С. 24.
 26. Войниканис Е.А. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. М.: Юриспруденция, 2013. С. 106–107.
 27. Кудряшов С.М. Международно-правовые аспекты музейного права // Труды по интеллектуальной собственности. 2017. № 2. С. 73–111.
 28. Бурдова В.Д. Дуализм правовой природы музейных прав // Труды по интеллектуальной собственности. 2022. № 2. С. 54–59.

29. Дидро Дени. Письмо о книжной торговле. М.: Грюндриссе, 2017. С. 47.
30. Ламетри Ж.О. Сочинения / Общ. ред., предисл. и примеч. В.М. Богуславского. М.: Мысль, 1979. С. 396.
31. Иоффе О.С. Основы авторского права. Авторское, изобретательское право, право на открытие. М.: Знание, 1969.
32. Эйнштейн Альберт. Как изменить мир к лучшему. М.: Алгоритм, 2013. С. 41.
33. Иванова Д.В. Объект патентного права, созданный в многонациональном соавторстве: право авторства и право на получение патента // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2015. № 4 (105). С. 43.
34. Аверинцев С.С. Авторство и авторитет // Историческая поэтика. Литературные эпохи и типы художественного сознания. М.: РАН, Институт мировой литературы имени А.М. Горького, 1994.
35. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 08.08.2022 № С01-607/2022 по делу № А40-167756/2021 // СПС «КонсультантПлюс».
36. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 19.03.2020 № Ф05-3110/2020 по делу № А40-186596/2019 // СПС «КонсультантПлюс».
37. Приказ Роспотребнадзора от 07.07.2020 № 379 «Об утверждении обучающих (просветительских) программ по вопросам здорового питания» // СПС «КонсультантПлюс».
38. Модельный закон об архивах и архивном фонде (Принят в Санкт-Петербурге 03.04.1999 Постановлением № 13-9 на 13-м пленарном заседании Межпарламентской ассамблеи государств — участников СНГ) // СПС «КонсультантПлюс».
39. Постановление Правительства РФ от 28.04.2007 № 252 «Об утверждении перечня профессий и должностей творческих работников средств массовой информации, организаций кинематографии, теле- и видеосъемочных коллективов, театров, театральных и концертных организаций, цирков и иных лиц, участвующих в создании и (или) исполнении (экспонировании) произведений, особенности трудовой деятельности которых установлены Трудовым кодексом Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».
40. Р 2.2.2006-05. 2.2. Гигиена труда. Руководство по гигиенической оценке факторов рабочей среды и трудового процесса. Критерии и классификация условий труда, утв. Главным государственным санитарным врачом РФ 29.07.2005 // СПС «КонсультантПлюс».
41. ШИФР 13.01.06. Методические рекомендации по нормированию труда на выполнение научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ, утв. ФГБУ НИИ ТСС Минтруда России 07.03.2014 № 006 // СПС «КонсультантПлюс».
42. Методические рекомендации о направлениях совершенствования правового регулирования прав на результаты интеллектуальной деятельности (включая авторские и смежные права) и средств индивидуализации в области физической культуры и спорта. Письмо Минспорта России от 27.07.2017 № ПН-05-10/5493 // СПС «КонсультантПлюс».
43. Методические рекомендации по признанию результатов интеллектуальной деятельности единой технологией, утв. Минобрнауки РФ 01.04.2010 // СПС «КонсультантПлюс».
44. Кострюков В.Е. Трансформация авторства при переходе от традиционных медиа к цифровым // Вестник Самарского государственного технического университета. Сер.: Философия. 2022. № 4 (4). С. 84.
45. Шипилова Д.С. Материальные и нематериальные блага как объекты гражданских прав // Международный журнал гуманитарных и естественных наук. 2020. № 6-3 (45). С. 210–211.
46. Михайлова И.А. Имущественная составляющая личных неимущественных авторских прав // Труды по интеллектуальной собственности. 2022. № 2 (41). С. 52.
47. Гарри Ф. Переосмысление роли интеллектуальной собственности [Электронный ресурс]. — URL: https://www.wipo.int/export/sites/www/about-wipo/ru/dg_gurry/speeches/pdf/dg_speech_melbourne_2013.pdf (дата обращения: 28 июля 2023 г.)
48. Лессиг Л. Свободная культура: гер. с англ. М.: Прагматика Культуры, 2007. 272 с. — С. 88.
49. Шаляпина А.С. Информационная культура: проблема авторства — автореферат дис. ... канд. философских наук: 24.00.2001. Ростов-на-Дону, 2011. С. 10–11.
50. Кривцова Л.А. Герменевтика изобразительного искусства: от смыслополагания к пониманию // Вестник Ивановского государственного университета. Сер.: Гуманитарные науки. 2013. № 2 (13). С. 53–69.
51. Борисов Г.А., Носков В.А. Герменевтика права: проблема интегративной трактовки // Научные ведомости Белгородского государственного университета. Сер.: Философия. Социология. Право. 2013. № 9 (152). С. 11–18.
52. URL: <https://edition.cnn.com/style/article/jens-haaning-kunsten-museum-modern-art/index.html> (дата обращения: 28 июля 2023 г.)
53. Мирошниченко А.А. Адаптация медиа. Взрывное освобождение авторства, вирусный редактор интернета и смерть газет // Социологический журнал. 2011. № 3. С. 75.

54. Тапскотт Алекс, Тапскотт Дон. Технология блокчейн: то, что движет финансовой революцией сегодня: пер. с англ. К. Шашковой, Е. Ряхиной. М.: Эксмо, 2017.
55. Информационный ресурс. — URL: https://archive.ru/artists/33960~Min_Fedoseevich_Klement%27ev (дата обращения: 28 июля 2023 г.)
56. URL: <https://www.livemaster.ru/topic/1211909-rejzazhnapaya-yashma-prekrasnye-kartiny-napisannye-samoj-prirodoj> (дата обращения: 28 июля 2023 г.)
57. Бахтин М.М. Собрание соч.: в 7 т. Т. 1: Философская эстетика 1920-х годов. М., 2003. С. 97–102.
58. Барт Р. Избранные работы: Семиотика. Поэтика. М., 1994. С. 384–391.
59. Выготский Л.С. Психология искусства. Ростов-на-Дону: Феникс, 1998. С. 21.
60. Будник Р.А. Эволюция системы авторских и смежных прав в информационном обществе: от исключительного к инклюзивному праву автора. М.: Юрлитинформ, 2013. С. 69–111.
61. Постановление Совета Министров СССР от 21.08.1973 № 584 «Об утверждении Положения об открытиях, изобретениях и рационализаторских предложениях» (ред. от 09.01.1989) // СПС «КонсультантПлюс».
62. Постановление Правительства РФ от 03.02.2020 № 80 «О признании не действующими на территории Российской Федерации актов СССР и их отдельных положений» // СПС «КонсультантПлюс».
63. Модельный закон об охране прав на научные открытия. Принят в Санкт-Петербурге 07.04.2010 Постановлением № 34-9 на 34-м пленарном заседании Межпарламентской ассамблеи государств — участников СНГ // СПС «КонсультантПлюс».
64. Салицкая Е.А. Разграничение понятий «изобретение» и «открытие» в контексте правовой охраны достижений в области геномной инженерии: докл. на XI Ежегодной конф. РИЭПП // Управление наукой и наукометрия. 2016. № 2 (20). С. 108.
65. Оморов Р.О. Регистрация и охрана прав на научные открытия // Труды по интеллектуальной собственности. 2023. № 2 (45). С. 25–31.
66. Новоселова Л.А., Кольцдорф М.А. Генетическая информация как объект интеллектуальных прав // Вестник Пермского университета. Сер. Юридические науки. 2020. Вып. 48. С. 317.
67. Батурич Ю.М. Компьютерное право: краткий реестр проблем // Советское государство и право. 1988. № 8. С. 65.
68. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 15.06.2010 № 16 «О практике применения судами Закона Российской Федерации “О средствах массовой информации”» (ред. от 09.02.2012) // СПС «КонсультантПлюс».
69. Письмо Минспорта России от 27.07.2017 № ПН-05-10/5493 «Методические рекомендации о направлениях совершенствования правового регулирования прав на результаты интеллектуальной деятельности (включая авторские и смежные права) и средств индивидуализации в области физической культуры и спорта» // СПС «КонсультантПлюс».
70. Тосунян Г.А., Викулин А.Ю. Государственное регулирование и мораль. Т. 1: Сила в правде. Некоторые признаки государственного имморализма на примере законодательства о кредитных историях. М.: ИКАР, 2018. С. 54.
71. Интеллектуальная собственность в современном мире / под ред. И.А. Близнаца. М.: Проспект, 2016. С. 50.

REFERENCES

1. Fedotov M.A. Na puti k Obshchej teorii avtorstva // Doklady kandidatov v chleny RAN, ballotirovavshihya po sekcii filosofii, politologii, sociologii, psihologii i prava v 2022 g. / RAN; Otdelenie obshchestvennyh nauk RAN; Nauchno-konsul'tativnyj sovet po pravovym, psihologicheskim i social'no-ekonomicheskim problemam obshchestva; (pod obshchej redakciej akademika RAN A.A. Gusejnova, akademika RAN G.A. Tosunyana). М.: Novye pechatnye tekhnologii, 2023. S. 445–457; Fedotov M.A. Intellektual'naya sobstvennost' I (ili) intellektual'nye prava: raskryvaya skobki // Trudy po intellektual'noj sobstvennosti. 2013. T. XII. No 1. S. 26–86; Fedotov M.A. O prezumpcii nezavisimosti prav intellektual'noj sobstvennosti ot veshchnyh prav // Trudy po intellektual'noj sobstvennosti. 2013. T. XIV. No 3. S. 4–17; Fedotov M.A. Avtor kak "elementarnaya chastica" pravovoj ohrany intellektual'noj sobstvennosti // Trudy po intellektual'noj sobstvennosti. 2013. T. XV. No 4. S. 4–36; Fedotov M.A. Problema differenciacii v kontekste modernizacii grazhdanskogo zakonodatel'stva // Voprosy pravovedeniya. 2013. No 4 (20). S. 165–186; Fedotov M.A. "Avtor" i "proizvedenie" kak parnye kategorii rossijskogo avtorskogo prava // Trudy po intellektual'noj sobstvennosti. 2014. T. XVI. No 1. S. 34–63; Fedotov M.A. Srok dejstviya isključitel'nyh prav: sverim chasy // Trudy po intellektual'noj sobstvennosti. 2014. T. XVIII. No 3. S. 35–62; Fedotov M.A. Sub"ektno-ob"ektnyj sostav prav intellektual'noj sobstvennosti // Rossiya: uroki reform: Nauchnye trudy IMPE imeni A.S. Griboedova. Vypusk 2008. М.: IMPE imeni A.S. Griboedova, 2008. S. 210–237; Fedotov M.A. Zashchita intellektual'noj sobstvennosti ot popytok ee kodifikacii // Rossiya v period

- reform: zadachi, puti, resheniya: Nauchnye trudy IMPE imeni A.S. Griboedova. Vypusk 2006. M.: Institut mezhdunarodnogo prava i ekonomiki imeni A.S. Griboedova, 2006. S. 152–164; Fedotov M.A., Fedotova K.V. Avtorsko-pravovoj kontekst «kazusa Pigmaliona» // Trudy po intellektual'noj sobstvennosti. 2003. T. VI. No 1. S. 6–24 i t.d.
2. Shershenevich G.F. Izbrannoe. T. 3, vklyuchaya "Avtorskoe pravo na literaturnye proizvedeniya" / Vstup. slovo, sost.: P.V. Krashennikov. M.: Statut, 2017.
 3. Mamardashvili M. Kartezianskie razmyshleniya. M.: Progress; Kul'tura, 1993.
 4. Ponomareva N.G., Bunova D.V. Procedura ekspertizy geograficheskikh ukazaniy v Rossijskoj Federacii / IS. Promyshlennaya sobstvennost'. 2023. No 1. S. 48–56.
 5. Postanovlenie Plenuma Verhovnogo Suda RF ot 23 aprelya 2019 g. No 10 "O primenenii sudami chasti chetvertoj Grazhdanskogo kodeksa Rossijskoj Federacii" // Byulleten' Verhovnogo Suda RF. 2019. No 7.
 6. Deklaraciya po intellektual'noj sobstvennosti, prinyataya Vsemirnoj organizaciej intellektual'noj sobstvennosti 26.06.2000 // SPS "Konsul'tantPlyus".
 7. Dozorcev V.A. Intellektual'nye prava. Ponyatie. Sistema. Zadachi kodifikacii. Sbornik statej / Issled. centr chastnogo prava. M.: Statut, 2003.
 8. Gorodov O.A., Petrov A.V., Shmigel'skaya N.A. Nedobrosovestnaya konkurenciya: uchebno-prakticheskoe posobie / pod red. O.A. Gorodova. M.: Yusticinform, 2020. S. 104.
 9. Gavrilov E.P. Pravo intellektual'noj sobstvennosti. Obshchie polozheniya. XXI vek. M.: Yurservitum, 2015. S. 190.
 10. Soglasenie mezhdru Pravitel'stvom Rossijskoj Federacii i Pravitel'stvom Gosudarstva Izrail' o sotrudnichestve v oblasti promyshlennykh nauchno-issledovatel'skikh i opytно-konstruktorskikh rabot. Zaklyucheno v g. Moskve 22.03.2010; Soglasenie mezhdru Pravitel'stvom Rossijskoj Federacii i Pravitel'stvom Respubliki Nikaragua o sotrudnichestve v sfere povysheniya kvalifikacii kadrov v oblasti kontrolya za oborotom narkoticheskikh sredstv, psihotropnykh veshchestv i ih prekursorov. Zaklyucheno v g. Moskve 07.06.2013 // SPS "Konsul'tantPlyus".
 11. Fuller Lon L. Moral' prava: per. s angl. T. Danilovoj pod red. A. Kuryaeva. M.: IRISEN, 2007. S. 15.
 12. Petrakova A.E. Antichnaya raspisnaya keramika: ot "predmeta byta" do "muzei nogo eksponata": k voprosu o vospriyatii, kollekcionirovaniy i izuchenii // Vestnik Sankt-Peterburgskogo gosudarstvennogo universiteta kul'tury i iskusstv. 2010. No 1 (5). S. 73.
 13. Konvenciya, uchrezhdayushchaya Vsemirnuyu Organizaciyu Intellektual'noj Sobstvennosti. Podpisana v Stokgol'me 14.07.1967 (red. ot 02.10.1979). Dokument vstupil v silu dlya Rossijskoj Federacii kak gosudarstva-prodolzhatel'ya Soyuzu SSR 26.04.197 // SPS "Konsul'tantPlyus".
 14. Enciklopediya Prava. Prof. Universiteta sv. Vladimira kn. E.N. Trubeckogo / Izd. Stud. Ya. Shchavinskogo. N.Y.: Chalidze Publications, 1982. S. 181.
 15. Alekseev S.S. Sobranie sochinenij: v 10 t. T. 8: Uchebniki i uchebnye posobiya. M.: Statut. 2010. S. 150.
 16. Osnovy grazhdanskogo zakonodatel'stva Soyuzu SSR i respublik 1991 g. // Vedomosti S"ezda narodnykh deputatov SSSR i Verhovnogo Soveta SSSR. 1991. No 26, st. 733.
 17. Abyzgil'din S.Sh. Baza znaniy ekspertnoj sistemy v oblasti promyshlennoj bezopasnosti. Avtoref. diss. ... kand. tekh. nauk. Ufa, 2006.
 18. Lipcik Deliya. Avtorskoe prav i smezhnye prava: per. s franc.; predislovie M.A. Fedotova. M.: Ladomir, Izdatel'stvo YUNESKO, 2002. S. 26.
 19. Rozhkova M.A. "Triada" intellektual'nykh prav: veren li zakonodatel'nyj podhod // Zhurnal Suda po intellektual'nym pravam. 2016. No 11. S. 14.
 20. Gorodov O.A. Pravo avtorstva na izobreteniya, poleznye modeli i promyshlennye obrazcy // Patenty i licenzii. 2015. No 12. S. 8–14.
 21. Dyuma R. Literaturnaya i hudozhestvennaya sobstvennost'. Avtorskoe pravo Francii: per. s fr. M.: Mezhdunar. otnosheniya, 1989.
 22. Antip'ev N.P. Ruki Venery iz Melosa, ili obraz celostnogo v hudozhestvennom proizvedenii // Vestnik Irkutskogo gosudarstvennogo lingvisticheskogo universiteta. 2013. No 4 (25). S. 168–178.
 23. Smolyanskaya N.V. Vozvyshennoe v interpretaciyah iskusstva postmoderna: koncepciya Zh.F. Liotara dlya vystavki "Nematerial'noe" // Filosofskij zhurnal. 2009. No 1 (2). S. 128.
 24. Reshetnikov M.M. Novye podhody k osnovnomu voprosu filosofii: prikladnye aspekty // Istoriya i filosofiya nauki v epohu peremen: sbornik nauchnykh statej: v 6 t. T. 3. [Elektronnyi resurs]. M.: Russkoe obshchestvo istorii i filosofii nauk, 2018. S. 74–75.
 25. Fedotov M.A. Materialy kruglogo stola "Aktual'nye problemy informacionnogo prava" // Trudy po intellektual'noj sobstvennosti. 2000. T. II. S. 24.
 26. Vojnikanis E.A. Pravo intellektual'noj sobstvennosti v cifrovuyu epohu: paradigma balansa i gibkosti. M.: Yurisprudenciya, 2013. S. 106–107.
 27. Kudryashov S.M. Mezhdunarodno-pravovye aspekty muzejnogo prava // Trudy po intellektual'noj sobstvennosti. 2017. No 2. S. 73–111.
 28. Burdova V.D. Dualizm pravovoj prirody muzejnykh prav // Trudy po intellektual'noj sobstvennosti. 2022. No 2. S. 54–59.

29. *Didro Deni*. Pis'mo o knizhnoj trgovle. M.: Gryundrisse Izdatel'stvo. 2017. S. 47.
30. *Lametri Zh.O.* Sochineniya. Obshch / red., predisl. i primech. V.M. Boguslavskogo. M.: Mysl', 1979. S. 396.
31. *Ioffe O.S.* Osnovy avtorskogo prava. Avtorskoe, izobretatel'skoe pravo, pravo na otkrytie. M.: Znanie, 1969.
32. *Ejnshtejn Al'bert*. Kak izmenit' mir k luchshemu. M.: Algoritm. 2013. S. 41.
33. *Ivanova D.V.* Ob"ekt patentnogo prava, sozdannyj v mnogonacional'nom soavtorstve: pravo avtorstva i pravo na poluchenie patenta // Vestnik Saratovskoj gosudarstvennoj yuridicheskoy akademii. 2015. № 4 (105). S. 43.
34. *Averincev S.S.* Avtorstvo i avtoritet // Istoricheskaya poetika. Literaturnye epohi i tipy hudozhestvennogo soznaniya. RAN, Institut mirovoj literatury imeni A.M. Gor'kogo. M., 1994.
35. Postanovlenie Suda po intellektual'nym pravam ot 08.08.2022 No S01-607/2022 po delu No A40-167756/2021 // SPS „Konsul'tantPlyus“.
36. Postanovlenie Arbitrazhnogo suda Moskovskogo okruga ot 19.03.2020 № F05-3110/2020 po delu № A40-186596/2019 // SPS “Konsul'tantPlyus”.
37. Prikaz Rospotrebnadzora ot 07.07.2020 No 379 “Ob utverzhdenii obuchayushchih (prosvetitel'skih) programm po voprosam zdorovogo pitaniya” // SPS “Konsul'tantPlyus”.
38. Model'nyj zakon ob arhivah i arhivnom fonde (Prinyat v Sankt-Peterburge 03.04.1999 Postanovleniem No 13-9 na 13-m plenarnom zasedanii Mezhpapamentnoj Assamblei gosudarstv-uchastnikov SNG) // SPS “Konsul'tantPlyus”.
39. Postanovlenie Pravitel'stva RF ot 28.04.2007 No 252 “Ob utverzhdenii perechnya professij i dolzhnostej tvorcheskikh rabotnikov sredstv massovoj informacii, organizacij kinematografii, tele- i videos”emochnyh kollektivov, teatrov, teatral'nyh i koncertnyh organizacij, cirkov i inyh lic, uchastvuyushchih v sozdanii i (ili) ispolnenii (eksponirovanii) proizvedenij, osobennosti trudovoj deyatel'nosti kotoryh ustanovleny Trudovym kodeksom Rossijskoj Federacii” // SPS “Konsul'tantPlyus”.
40. R 2.2.2006-05. 2.2. Gigiena truda. Rukovodstvo po gigienicheskoj ocenke faktorov rabochej sredy i trudovogo processa. Kriterii i klassifikaciya uslovij truda, utv. Glavnym gosudarstvennym sanitarnym vrachom RF 29.07.2005 // SPS “Konsul'tantPlyus”.
41. SHIFR 13.01.06. Metodicheskie rekomendacii po normirovaniyu truda na vypolnenie nauchno-issledovatel'skih i opytno-konstruktorskih rabot, utv. FGBU NII TSS Mintruda Rossii 07.03.2014 No 006 // SPS “Konsul'tantPlyus”.
42. Metodicheskie rekomendacii o napravleniyah sovershenstvovaniya pravovogo regulirovaniya prav na rezul'taty intellektual'noj deyatel'nosti (vkluchaya avtorskie i smezhnye prava) i sredstv individualizacii v oblasti fizicheskoy kul'tury i sporta. Pis'mo Minsporta Rossii ot 27.07.2017 No PN-05-10/5493 // SPS “Konsul'tantPlyus”.
43. Metodicheskie rekomendacii po priznaniyu rezul'tatov intellektual'noj deyatel'nosti edinoj tekhnologii, utv. Minobrnauki RF 01.04.2010 // SPS “Konsul'tantPlyus”.
44. *Kostyukov V.E.* Transformaciya avtorstva pri perekhode ot tradicionnyh media k cifrovym // Vestnik Samarskogo gosudarstvennogo tekhnicheskogo universiteta. Seriya: Filosofiya. No 4 (4). 2022. S. 84.
45. *Shipilova D.S.* Material'nye i nematerial'nye blaga kak ob"ekty grazhdanskikh prav // Mezhdunarodnyj zhurnal gumanitarnyh i estestvennyh nauk. 2020. No 6–3 (45). S. 210-211.
46. *Mihajlova I.A.* Imushchestvennaya sostavlyayushchaya lichnyh neimushchestvennyh avtorskih prav // Trudy po intellektual'noj sobstvennosti. 2022. No 2 (41). S. 52.
47. *Garri F.* Pereosmyslenie roli intellektual'noj sobstvennosti [Elektronnyj resurs]. — URL: https://www.wipo.int/export/sites/www/about-wipo/ru/dg_gurry/speeches/pdf/dg_speech_melbourne_2013.pdf (data obrashcheniya: 28 iyulya 2023 g.),
48. *Lessig L.* Svobodnaya kul'tura: per. s angl. M.: Pragmatika Kul'tury, 2007, 272 s. S. 88.
49. *Shalyapina A.S.* Informacionnaya kul'tura: problema avtorstva — avtoreferat dis. ... kand. filosofskih nauk: 24.00.01. Rostov-na-Donu, 2011. S. 10–11.
50. *Krivcova L.A.* Germenevtika izobrazitel'nogo iskusstva: ot smyslopolaganiya k ponimaniyu // Vestnik Ivanovskogo gosudarstvennogo universiteta. Ser.: Gumanitarnye nauki. 2013. No 2 (13). S. 53–69.
51. *Borisov G.A., Noskov V.A.* Germenevtika prava: problema integrativnoj traktovki // Nauchnye vedomosti Belgorodskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya: Filosofiya. Sociologiya. Pravo. 2013. No 9 (152). S. 11–18.
52. URL: <https://edition.cnn.com/style/article/jenshaaning-kunsten-museum-modern-art/index.html> (data obrashcheniya: 28 iyulya 2023 g.)
53. *Miroshnichenko A.A.* Adaptaciya media. Vzryvnoe osvobozhdenie avtorstva, virusnyj redaktor interneta i smert' gazet // Sociologicheskij zhurnal. 2011. No 3. S. 75.
54. *Tapskott Aleks, Tapskott Don.* Tekhnologiya blokchejn: to, chto dvizhet finansovoj revolyuciej segodnya: per. s angl. K. Shashkovej, E. Ryahinoy. M.: Eksmo, 2017.
55. URL: https://artchive.ru/artists/33960~Min_Fedoseevich_Klement%27ev (data obrashcheniya: 28 iyulya 2023 g.)

56. URL: <https://www.livemaster.ru/topic/1211909-pejzazhnaya-yashma-prekrasnye-kartiny-napisannye-samoj-prirodoy> (data obrashcheniya: 28 iyulya 2023 g.)
57. *Bahtin M.M.* Sbranie soch.: v 7 t. T. 1: Filosofskaya estetika 1920-h godov. M. 2003. S. 97–102;
58. *Bart R.* Izbrannye raboty: Semiotika. Poetika. M., 1994. S. 384–391.
59. *Vygotskij L.S.* Psihologiya iskusstva. Rostov-na-Donu: Feniks, 1998. S. 21.
60. *Budnik R.A.* Evolyuciya sistemy avtorskih i smezhnyh prav v informacionnom obshchestve: ot isklyuchitel'nogo k inklyuzivnomu pravu avtora. M.: Yurlitinform, 2013. S. 69–111.
61. Postanovlenie Soveta Ministrov SSSR ot 21.08.1973 No 584 "Ob utverzhdenii Polozheniya ob otkrytiyah, izobreteniyah i racionalizatorskih predlozheniyah" (red. ot 09.01.1989) // SPS "Konsul'tantPlyus".
62. Postanovlenie Pravitel'stva RF ot 03.02.2020 No 80 "O priznanii ne dejstvuyushchimi na territorii Rossijskoj Federacii aktov SSSR i ih otidel'nyh polozhenij" // SPS "Konsul'tantPlyus".
63. Model'nyj zakon ob ohrane prav na nauchnye otkrytiya. Prinyat v Sankt-Peterburge 07.04.2010 Postanovleniem 34-9 na 34-m plenarnom zasedanii Mezhpaparlamentskoj Assamblei gosudarstv-uchastnikov SNG // SPS "Konsul'tantPlyus".
64. *Salickaya E.A.* Razgranichenie ponyatij "izobretenie" i "otkrytie" v kontekste pravovoj ohrany dostizhenij v oblasti gennoj inzhenerii: dokl. na XI Ezhegodnoj konf. RIEPP // Upravlenie naukoy i naukometriya. 2016. No 2 (20). S. 108.
65. *Omorov R.O.* Registraciya i ohrana prav na nauchnye otkrytiya // Trudy po intellektual'noj sobstvennosti. No 2 (45). 2023. S. 25–31.
66. *Novoselova L.A., Kol'z Dorf M.A.* Geneticheskaya informaciya kak ob"ekt intellektual'nyh prav // Vestnik Permskogo universiteta. Yuridicheskie nauki. 2020. Vyp. 48. S. 317.
67. *Baturin Yu.M.* Komp'yuternoe pravo: kratkij reestr problem // Sovetskoe gosudarstvo i pravo. 1988. No 8. S. 65.
68. Postanovlenie Plenuma Verhovnogo Suda RF ot 15.06.2010 No 16 "O praktike primeneniya sudami Zakona Rossijskoj Federacii "O sredstvah massovoj informacii"" (red. ot 09.02.2012) // SPS "Konsul'tantPlyus".
69. Pis'mo Minsporta Rossii ot 27.07.2017 No PN-05-10/5493 "Metodicheskie rekomendacii o napravleniyah sovershenstvovaniya pravovogo regulirovaniya prav na rezul'taty intellektual'noj deyatel'nosti (vklyuchaya avtorskie i smezhnye prava) i sredstv individualizacii v oblasti fizicheskoy kul'tury i sporta" // SPS "Konsul'tantPlyus".
70. *Tosunyan G.A., Vikulin A.Yu.* Gosudarstvennoe regulirovanie i moral'. Tom 1: Sila v pravde. Nekotorye priznaki gosudarstvennogo immoralizma na primere zakonodatel'stva o kreditnyh istoriyah. M.: IKAR, 2018. S. 54.
71. Intellektual'naya sobstvennost' v sovremennom mire : monografiya / pod red. I.A. Blizneca. M.: Prospekt, 2016. S. 50.

ПРАВО АВТОРА НА САМОЦИТИРОВАНИЕ СРЕДИ ДРУГИХ АВТОРСКИХ ПРАВ

AUTHOR'S RIGHT TO SELF-QUOTE AMONG OTHER AUTHOR'S RIGHTS

Владимир Васильевич ЗАЙЦЕВ

Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, Москва, Российская Федерация,
vv.zaytsev@igsu.ru,
ORCID: 0000-0001-5299-3938

Ирина Александровна МИХАЙЛОВА

Российская государственная академия интеллектуальной собственности, Москва, Российская Федерация,
irina_mikhaylova@list.ru,
ORCID: 0000-0001-7305-5668

Информация об авторах

В.В. Зайцев — директор центра экономического правосудия Высшей школы правоведения ИГСУ, профессор кафедры правового обеспечения рыночной экономики РАНХиГС, доктор юридических наук
И.А. Михайлова — профессор кафедры международного права и международного сотрудничества в сфере интеллектуальной собственности РГАИС, доктор юридических наук

Аннотация. В статье анализируются проблемы, связанные с воспроизведением в научных работах фрагментов ранее опубликованных исследований, получившим наименование «самоцитирование», или «самоплагиат». Исследуя правовую сущность права на такое воспроизведение, авторы доказывают, что оно является личным неимущественным правом, вытекающим из содержания конституционного права на свободу литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества.

С введением тотальной проверки уровня оригинальности представленных научных произведений содержащиеся в них фрагменты ранее опубликованных работ расцениваются как «заимствованные», что становится препятствием к допуску диссертаций к защите. По мнению авторов, отрицание возможности использования в диссертации отрывков из ранее опубликованных

- работ означает, что от соискателя требуется проведение нескольких исследований: в виде диссертации и в форме научных статей, относящихся по содержанию к избранной проблематике, что противоречит логике научного исследования и отрицательно сказывается на его результатах.

- Много внимания уделяется характеристике использования автором фрагментов собственных текстов в научных статьях и монографиях без ссылок на первоисточник, которое нарушает положение, закрепленное в п. 1 ст. 1274, нормы научной этики и лишает читателей возможности сопоставить первоначальный и представленный авторские тексты и выявить в последнем наличие или отсутствие новизны.

- Проанализировав представленные в современной доктрине суждения относительно рассматриваемого правомочия, авторы формулируют следующие выводы: во-первых, о лексическом несоответствии его характеру термина «самоплагиат», в связи с чем предлагают именовать такое воспроизведение «недобросовестным самоцитированием»; во-вторых, об отсутствии недобросовестности автора во всех случаях, когда воспроизведенные им фрагменты прежних работ сопровождаются указанием на первоисточник. Доказывается, что в большинстве случаев такое воспроизведение свидетельствует не о недобросовестности автора, его лени или желании ввести читателей в заблуждение, а о его научной последовательности, преданности отстаиваемым научным идеям и о стремлении привлечь к ним новых сторонников.

- **Ключевые слова:** научное произведение, личные неимущественные права авторов, фрагменты ранее опубликованных работ, право автора на использование собственных текстов, самоцитирование, самоплагиат

Для цитирования: Зайцев В.В., Михайлова И.А. Право автора на самоцитирование среди других авторских прав // Труды по интеллектуальной собственности (Works on Intellectual Property). 2023. Т. 46. № 3.

- С. 76–83; DOI: 10.17323/tis.2023.17803

Vladimir V. ZAITSEV

Russian Academy of national economy and public service under the President of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation,
 vv.zaitsev@igsu.ru,
 ORCID: 0000-0001-5299-3938

Irina A. MIKHAYLOVA

Russian State Academy of Intellectual Property, Moscow, Russian Federation,
 irina_mikhaylova@list.ru,
 ORCID: 0000-0001-7305-5668

Information about the authors

V.V. Zaitsev — Director of the Center for Economic Justice Higher School of Law IGSU, Professor of the Department of Legal Support of the Market Economics of RANEPa, Doctor of Legal Sciences

I.A. Mikhaylova — Professor of the Department of International law and international cooperation in the field intellectual property of RSAIP, Doctor of Legal Sciences

Abstract. The article analyzes the problems associated with the reproduction in scientific works of fragments from previously published studies, which received the name “self-quoting” or “self-plagiarism” in the doctrine. Exploring the legal essence of the right to such reproduction, the authors prove that it is a personal non-property right of the author, arising from the content of the constitutional right to freedom of literary, artistic, scientific, technical and other types of creativity.

With the introduction of a total check of the level of originality of submitted scientific works, the fragments of works previously published by the author contained in them are regarded as “borrowed”, which becomes an obstacle to the admission of dissertations for defense. According to the authors, the denial of the possibility of using excerpts from previously published scientific articles in the dissertation means that the applicant is required to conduct several studies: firstly, in the form of a dissertation, and, secondly, in the form of scientific articles related in content to the chosen issue, which contradicts the logic of scientific research and negatively affects its results.

Much attention is also paid to the characterization of the use by the author of fragments of his own texts from early works in scientific articles and monographs without reference to the source, which violates the provision enshrined in paragraph 1 of Art. 1274, the norms of scientific ethics and deprives readers of such a work of the opportunity to compare the original and presented author’s texts and identify the presence or absence of novelty in the latter.

After analyzing the judgments presented in the modern doctrine regarding the boundaries and rules of the competence in question, the authors formulate the following conclusions: firstly, about the lexical inconsistency of its nature with the term “self-plagiarism”, in connection with which they propose to call such reproduction “unfair self-quoting”, and, secondly, about the absence of bad faith of the author in all cases when the fragments of previous works reproduced by him are accompanied by an indication of the original source. It is proved that in most cases such a reproduction does not indicate the author’s dishonesty, his laziness or desire to mislead readers, but his scientific consistency, devotion to the scientific ideas defended and the desire to attract new supporters to them.

Keywords: scientific work, personal non-property rights of authors, fragments of previously published works, the right of the author to use his own texts, self-citation, self-plagiarism

For citation: Zaitsev V.V., Mikhaylova I.A. Authors right to self-quote among other author’s rights // Trudi po Intellectualnoy Sobstvennosti (Works on Intellectual Property). 2023. Vol. 46 (3). P. 76–83; DOI: 10.17323/tis.2023.17803

В современной доктрине значительно активизировалось внимание к имущественным и личным неимущественным правам на результаты интеллектуальной деятельности, содержание и сфера реализации которых существенно расширились в результате модернизации гражданского законодательства [1, с. 9–26]. Объектом внимания становятся различные аспекты права интеллектуальной собственности, в том числе те из них, которые ранее на монографическом уровне не исследовались. К числу интереснейших работ последнего времени следует отнести монографию И.А. Близнеца и В.С. Витко «Персонаж как объект авторско-правовой охраны в законодательстве России» в которой глубоко и всесторонне анализируется институт авторского права, прослежена история его развития, а также основные положения законодательства, действующего в сфере авторских прав, в первую очередь — права авторства и иных правомочий по использованию произведений и распоряжению правами на них [2, с. 18-19].

Оживленная дискуссия ведется по многим вопросам, относящимся к имущественным и личным неимущественным правам авторов, в том числе по вопросу о сущности и особенностях реализации права автора на воспроизведение в научной работе фрагментов его ранее опубликованных исследований, получившего название «самоцитирование». Единое, общепризнанное мнение об оправданности повторного использования собственных текстов, его допустимых объемах, особенностях оформления соответствующих цитат, а также об этической составляющей подобных действий в современной доктрине пока не сформировалось.

Актуальность данной темы отмечают многие исследователи. Например, О.В. Беленькая, А.В. Кулешова и Ю.В. Чехович справедливо указывают, что в связи с отсутствием четких инструкций по оформлению и границам самоцитирования возникает множество споров и разногласий: авторы научных произведений полагают, что повторное использование собственных текстов ничем не ограничено, а сотрудники редакций и члены диссертационных советов занимают противоположную позицию и нередко проявляют излишнюю жесткость, вынуждая авторов изменять, пере-

писывать (перефразировать) представленные тексты, чтобы добиться формально более высоких процентов оригинальности диссертаций и статей [3, с. 15-16].

Обозначенная проблема имеет весьма важное теоретическое и практическое значение, в связи с чем заслуживает всестороннего анализа. Речь в первую очередь идет о правовой сущности и легальной регламентации рассматриваемого права, которое, безусловно, относится к личным неимущественным авторским правам, хотя указаний на него в качестве отдельного авторского правомочия в ст. 1255, 1228, 1265, 1266 и 1268 Гражданского кодекса Российской Федерации нет.

Принадлежность авторам научных произведений права на цитирование собственных работ непосредственно следует из содержания ст. 1274 ГК РФ, устанавливающей право на свободное использование произведений в информационных, исследовательских, научных, полемических, критических, учебных или культурных целях. Отсутствие в данной статье указаний на возможность использования исключительно чужих произведений означает, что автор вправе свободно использовать (цитировать) части (фрагменты) собственных работ, соблюдая при этом общие правила: во-первых, обязательно указывать источник заимствования и, во-вторых, воспроизводить соответствующий фрагмент в объеме, соответствующем цели цитирования.

Однако право автора на воспроизведение фрагментов ранее опубликованных работ следует толковать более широко, так как рассматриваемое правомочие наряду с другими элементами составляет содержание права на свободу литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества, гарантированную ст. 44 Конституции Российской Федерации.

В этом плане следует согласиться с В.А. Хохловым, по мнению которого личные неимущественные права авторов, названные в п. 2 ст. 1228 и ст. 1265 ГК РФ, по своему происхождению (генетически) являются частью личных неимущественных прав, относящихся к предмету гражданско-правового регулирования, поэтому они должны быть отнесены к классу личных возможностей, составляющих содержание общей гражданской правоспособности [4, с. 53-54].

Представляется, что именно «личной возможностью» в рамках свободы научно-исследовательской деятельности является право автора использовать в своем произведении фрагменты ранее опубликованных работ.

Такая возможность в той или иной степени реализовывалась дореволюционными, советскими и постсоветскими учеными, но случаи самоцитирования выявлялись достаточно редко и, как правило, не вызвали обсуждения и осуждения в научном сообществе. Ситуация кардинально изменилась с введением тотальной проверки системой «Антиплагиат» уровня оригинальности представленных научных произведений, в процессе которой фрагменты собственных ранее опубликованных работ, будучи результатом интеллектуального труда автора нового произведения, расцениваются как «заимствованные» наряду с включенными в текст без соответствующих ссылок фрагментов чужих исследований. В результате многие диссертационные советы не допускают к защите диссертации, содержащие такие фрагменты, утверждая, что они не соответствуют критерию новизны, а в доктрине встречаются следующие утверждения: «Самоплагиат в диссертации как злоупотребление цитированием собственных работ не приветствуется в научной среде и запрещается Высшей аттестационной комиссией».

Такая трактовка не соответствует требованиям, закрепленным в Положении о порядке присуждения ученых степеней [5, с. 3], о необходимости апробации результатов исследований, проведенных соискателем при подготовке диссертации, которые **должны быть опубликованы** в рецензируемых научных изданиях (п. 11).

Отрицание возможности использования в диссертации отрывков из ранее опубликованных собственных научных статей порождает парадоксальную ситуацию: от соискателя ученой степени кандидата или доктора наук требуется проведение не одного, а нескольких исследований: во-первых, в виде подготовленной им диссертации и, во-вторых, в форме научных статей, относящихся по содержанию к избранной проблематике, причем количество таких публикаций в изданиях, включенных в Перечень ВАК Минобрнауки РФ, достаточно велико (по юридическим наукам — не менее 15).

Отмеченный дуализм противоречит природе и логике научного исследования и отрицательно сказывается на его результатах, так как лишает соискателя возможности воспроизвести в диссертации научные выводы, которые были изложены в опубликованных работах и которые, возможно, представляют собой квинтэссенцию проведенного им исследования.

Нелогичность, нецелесообразность и несправедливость такого подхода явно выражаются и в том, что в настоящее время диссертация на соискание ученой степени доктора наук может быть оформлена в виде научного доклада на основе совокупности *ранее опубликованных соискателем работ* по соответствующей отрасли науки, имеющих большое значение для науки, техники и технологий (абз. 3 п. 15 Положения о порядке присуждения ученых степеней). Представляется, что такую возможность следует проецировать и на оценку содержащихся в диссертации научных результатов, ранее опубликованных соискателем, которые должны рассматриваться не в качестве «заимствования», а в качестве составных элементов проведенного им исследования.

Такую позицию последовательно отстаивают И.В. Понкин и А.И. Редькина, которые называют «ничем не обоснованным суждением о якобы недопустимости использования в диссертации ранее вышедших своих же материалов, поскольку такие материалы “уже не новые”, хотя очевидно, что новизна должна оцениваться в сравнении с другими авторами, а не с собой» [6, с. 53]. В свою очередь, в «Методических рекомендациях по эффективному внедрению и использованию системы “Антиплагиат. ВУЗ”» [7, с. 12] указано: «Для диссертационной работы обязательным является требование ВАК об опубликовании основных результатов научного исследования, поэтому в диссертации самоцитирование из более ранних публикаций соискателя допустимо в любом объеме».

Рассматриваемый вопрос исследован в работах М.А. Рожковой, предлагающей указывать в тексте диссертации, что «в данном разделе использованы материалы статьи “...” или сопровождать представленные в ней ранее обнародованные выводы или положения ссылками на соответствующие статьи, как при цитировании чужих работ» [8, с. 12]. Бесспорно, такое сопровождение полностью соответствует не только п. 1 ст. 1274 ГК РФ, но и п. 14 Положения о порядке присуждения ученых степеней, устанавливающему обязанность соискателя при использовании в диссертации результатов ранее выполненных им научных работ отметить в тексте это обстоятельство.

Окончательное и однозначное разрешение рассматриваемая проблема нашла в Рекомендации ВАК Минобрнауки РФ от 24 июня 2021 г. № 1-пл/5 «Об использовании электронных систем для подтверждения оригинальности диссертационных исследований» [9, с. 2], где закреплено: «Определение доли текста диссертации, воспринятого системой как заимствование и (или) цитирование, при необходимости следует осуществлять с учетом сопоставления текста диссертации с текстами его же [диссертанта] ранее

опубликованных работ (что нельзя считать неправомерным заимствованием), руководствуясь при этом нормативными положениями законодательства об авторском праве» (п. 2). Таким образом, в настоящее время воспроизведение соискателем в диссертации фрагментов собственных научных трудов в сопровождении ссылок на первоисточник не может расцениваться в качестве «заимствований» и служить препятствием к допуску диссертации к защите.

Однако проблемы, связанные с самоцитированием, возникают и при создании иных видов научных произведений, авторы которых в том или ином объеме используют фрагменты своих ранее опубликованных научных работ. В современной доктрине такое использование получило наименование «самоплагиат» (англ. *self-plagiarism*), который М.А. Рожкова определяет как «полное или частичное воспроизведение автором своей научной работы в другой своей научной работе без соответствующего указания на это» [8, с. 14].

В этой дефиниции усматривается некоторое противоречие с определением плагиата, сформулированным ВАК Минобрнауки РФ: «Под плагиатом в научной сфере понимается нарушение личных неимущественных прав автора (авторских прав) путем присвоения авторства на произведение науки (или часть произведения науки), выразившееся в неправомерном, то есть необоснованном целях цитирования, заимствовании чужого текста (части текста) без указания (ссылки) на истинного автора и источник заимствования, оформленного в соответствии с установленными правилами цитирования» [10, с. 17].

Квалифицирующие признаки плагиата анализируются многими современными учеными. Так, глубокое и интересное исследование доктринальных взглядов на рассматриваемое понятие провел В.С. Витко, по мнению которого, к таким признакам относятся, во-первых, совершение лицом действий по выражению мыслей в форме, созданной другим лицом — автором, и, во-вторых, несовершение лицом действия — указания имени создателя произведения (автора). Правовым последствием плагиата является нарушение права авторства, иных личных неимущественных прав автора первоначального произведения [11, с. 17].

Подавляющее большинство элементов, составляющих правовую сущность плагиата в приведенных определениях, неприменимо к случаям воспроизведения автором фрагментов собственного текста в новой научной работе, поскольку такое воспроизведение, во-первых, не нарушает личные неимущественные права автора; во-вторых, не представляет собой присвоение авторства на произведение или его часть;

в-третьих, не содержит чужого текста; в-четвертых, не является «неправомерным, то есть необоснованным целями цитирования». Цели воспроизведения в новой работе фрагментов ранее созданных своих произведений, как правило, в полной мере соответствуют п. 1 ст. 1274 ГК РФ, так как автор таким образом раскрывает свой творческий замысел; информирует читателей о том, что рассматриваемая проблема уже анализировалась в его работах; усиливает с помощью соответствующего фрагмента научную убедительность своих доводов; углубляет осуществляемое исследование либо полемизирует с учеными, придерживающимися иных позиций.

Единственным элементом, составляющим сущность плагиата, в полной мере применимым к «самоплагиату», является отсутствие ссылки на источник заимствования, оформленной в соответствии с установленными правилами, которое рассматривается в качестве сущности «самоплагиата» и другими авторами, определяющими «недобросовестное самоцитирование (самоплагиат) как повторное использование собственных текстов из более ранних произведений без ссылок на первоисточник» [6, с. 11].

Бесспорно, что в таких ситуациях нарушаются положение, закрепленное в п. 1 ст. 1274, а также нормы научной этики. В Государственном стандарте «Интеллектуальная собственность. Научные произведения» они определяются как «охраняемый законом результат интеллектуальной деятельности, полученный в ходе самостоятельного творческого труда физического лица (группы лиц) в сфере науки, выраженный в какой-либо объективной форме и содержащий *новое* научное знание». Читатели представленной статьи или монографии должны знать, что соответствующие положения уже были сформулированы автором в другой работе, для того чтобы иметь возможность сопоставить их текст и выявить наличие или отсутствие новизны в представленном произведении.

Однако применение к таким действиям понятия «самоплагиат» все же лексически неудачно. Использование данного термина обусловлено его выразительностью и содержащейся в нем негативной оценкой обозначаемого им явления, но он, как было показано, весьма далек от научной точности, которой должна обладать любая дефиниция. Весьма выразительно такое лексическое несоответствие охарактеризовали И.В. Понкин и А.И. Редькина: «Лексема “самоплагиат” (“автоплагиат”) — это лишенное смысла окказиональное выражение, оксюморон, поскольку невозможно “присвоить авторство чужой идеи”, если эта идея является своей собственной [6, с. 56].

С этим высказыванием следует полностью согласиться. Как известно, оксюморон представляет собой

образное сочетание противоречащих друг другу понятий, сочетание слов с противоположным значением (сочетание несочетаемого). Именно такой «стилистической фигурой, сочетающей несочетаемое», является термин «самоплагиат», который получил в современной доктрине чрезвычайно широкое распространение.

Аналогичная ситуация сложилась по поводу использования словосочетания «незарегистрированный брак» для обозначения близких, семейных отношений мужчины и женщины. С правовых позиций это понятие является таким же «сочетанием несочетаемого», так как в России признается только брак, *зарегистрированный* в установленном законом порядке (ст. 1 СК РФ), но оно весьма широко используется не только на бытовом уровне, но и представителями научных кругов, а также на практике.

Однако, независимо от того, как именовать воспроизведение автором фрагментов прежних работ в новом исследовании без указания на источник заимствования, недобросовестный характер действий лиц, прибегающих к таким приемам, не вызывает сомнений. По мнению М.А. Рожковой, такие действия весьма многообразны и включают в себя:

- *дублирующие / многократные публикации* автором одной и той же научной работы под разными названиями и в разных изданиях;
- *избыточные публикации*, т.е. воспроизведение значительной части текста опубликованной научной работы без соответствующей ссылки;
- *потокное воспроизведение*, т.е. публикация серии статей на одну тему с небольшим количеством нового материала в каждой из них;
- *сегментированные публикации / публикации «салями»*, то есть разбивка значительного по объему исследования на небольшие по объему статьи [8, с. 127].

До введения в научный оборот системы «Антиплагиат» выявить названные выше формы недобросовестного самоцитирования было достаточно сложно, чем пользовались некоторые представители современной науки, неоднократно публикуя одну и ту же статью под разными названиями в различных изданиях, что, как правило, было обусловлено стремлением автора увеличить количество публикаций, искусственно повысить свою так называемую публикационную активность.

Негативный характер имеют также «избыточная публикация», содержащая значительную часть текста ранее опубликованной работы без ссылки на первоисточник, а также публикация серии статей на одну тему с небольшим количеством нового материала в каждой из них («потокное воспроизведение»).

Однако в современных условиях возможность таких публикаций маловероятна в связи с жестким контролем подавляющего большинства изданий за обеспечением высокого уровня оригинальности размещаемых в них научных произведений, в рамках которого выявлению подлежит даже «перефразированный текст», поскольку включенный в систему «Антиплагиат» специальный модуль позволяет обнаружить в научной работе любые заимствования в форме перефразирования.

Все сказанное означает, что главным признаком недобросовестности воспроизведения в новой работе фрагментов ранее опубликованных статей является отсутствие указания на первоисточники, нарушающее положения, закрепленные в п. 3 ст. 1, п. 5 ст. 10 и п. 1 ст. 1274 ГК РФ. Вместе с тем, исходя из ранее отмеченного лексического несоответствия употребляемого в доктрине термина «самоплагиат», считаем правильным именовать такое воспроизведение «недобросовестным самоцитированием», которое заслуживает негативной оценки, как любые недобросовестные формы реализации предоставленных законом прав.

Однако в современной доктрине нередко негативно оцениваются и случаи добросовестного воспроизведения отрывков из собственных научных работ, совершенного в полном соответствии с правилами о цитировании. С такой оценкой решительно не согласны И.В. Понкин и А.И. Редькина: «Партикулярное (частичное) воспроизведение автором научного произведения текстовых фрагментов из своих ранее опубликованных научных произведений (в том числе в форме самоцитирования) вполне может быть правомерным и добросовестным, отвечать правилам научной этики, а нередко и быть неизбежным, если оно отвечает хотя бы одной из нижеследующих целей...» (в качестве этих целей авторы сформулировали ряд положений) [6, с. 57-58].

Полностью соглашаясь с общим выводом и глубокой характеристикой ситуаций, которые позволяют считать самоцитирование правомерным и добросовестным, считаем нужным дополнить эти выводы и выступить в защиту современных авторов, чья творческая деятельность поставлена в чрезвычайно жесткие рамки тотальной проверки и сопоставления произведений, созданных ими в различные периоды.

Между тем уровни креативности (талантливости) даже наиболее известных ученых существенно различаются, как различаются способности представителей любых сфер творческой деятельности. Авторов, обладающих счастливым даром продуцировать бесконечное множество оригинальных идей, совсем немного! Считанные единицы современных ученых могут охарактеризовать свой творческий процесс словами Константина Бальмонта [12, с. 187]:

*«Рождается внезапная строка,
За ней встает немедленно другая,
Мелькает третья ей издалека,
Четвертая смеется, набегая!
И пятая, и после, и потом,
Откуда, сколько, я и сам не знаю,
Но я не размышляю над стихом
И, право, никогда не сочиняю!»*

Таким даром обладали некоторые дореволюционные цивилисты, но в современной науке не так часто можно встретить авторов, наделенных подобным талантом. Для подавляющего большинства ученых создание научных произведений является результатом напряженного труда, когда «каждая строка», а тем более яркие и выразительные формулировки «рождаются» только после длительных раздумий и многократных корректировок. Это означает, что, сформулировав положение, четко, выразительно и глубоко отражающее занимаемую им позицию, и сопроводив его убедительной аргументацией, автор считает естественным и «оправданным целью цитирования» воспроизвести этот фрагмент при новом анализе той же проблемы.

Творческая деятельность многих ученых долгие годы протекает в избранной ими сфере, поэтому при обращении к анализу тех или иных ее аспектов неизбежно повторение ранее сформулированных суждений. Современная доктрина отличается плюрализмом мнений, в том числе и по тем цивилистическим институтам, которые, казалось бы, давно получили глубокую общепризнанную трактовку. Стремительно меняющаяся реальность, реформирование гражданского законодательства, распространение цифровых технологий постоянно приводят к появлению новых позиций и возникновению новых дискуссий, в том числе относительно многократно обсуждавшихся вопросов, что опять-таки побуждает обратиться к ранее сформулированным взглядам.

В большинстве случаев воспроизведение ученым ранее представленных суждений свидетельствует не о недобросовестности, лени или желании ввести читателей в заблуждение, а о научной последовательности, преданности отстаиваемым научным идеям, стремлении максимально широко распространить эти идеи и привлечь новых сторонников. В таких случаях автор произведения верно полагает, что далеко не все опубликованные им работы были прочитаны и оценены, поэтому в новой статье он привлекает внимание представителей науки и практики к ранее сформулированным им выводам и предложениям.

Оценка ситуаций, в которых автор научного произведения воспроизводит в нем фрагменты своих ранее опубликованных работ, лежит в сфере не только

правовых, но и этических категорий, в зависимости от которых такая оценка варьируется от резко негативной до положительной. На этические составляющие рассматриваемых ситуаций указывают многие современные авторы. Так, характеризуя феномен профессионализма субъектов, осуществляющих научную деятельность, А.О. Араkelова и Т.Т. Алиев справедливо отмечают, что критериями данного понятия должны служить и психологические компоненты, мотивы поведения, ценностные ориентиры ученого [13, с. 7].

Но в чем состоит нарушение этических принципов авторами, вновь обращающими внимание коллег на ранее сформулированные ими выводы и предложения? Иоганн Вольфганг Гете утверждал: «Говорят, истина лежит между двумя противоположными мнениями. Неверно! Между ними лежит проблема». Это высказывание в полной мере применимо к обсуждаемой коллизии, так как проблема оценки реализации автором права на воспроизведение (цитирование) собственных работ достаточно проста: она заключается в обязанности соблюдать установленное законом требование о сопровождении таких фрагментов указаниями на первоисточник и в негативных последствиях нарушения этой обязанности.

Участие в дискуссии по одному из наиболее интересных вопросов авторского права хочется завершить словами Г.Ф. Шершеневича, которые не потеряли и никогда не потеряют своей актуальности: «...мы принуждены были допустить возражения нашим уважаемым сотоварищам по науке, отдавая великую честь работам некоторых из них, ибо не полемический задор руководил нами, а исключительно желание добраться до истины» [14, с. 7].

СПИСОК ИСТОЧНИКОВ

1. Михайлов С.В. Презумпция творческого характера (оригинальности) объектов авторских прав // LEX RUSSICA. 2021. Т. 74. № 10 (179). С. 9–26.
2. Близнец И.А., Витко В.С. Персонаж как объект авторско-правовой охраны в законодательстве России. М.: ЮРИСТ, 2022. 144 с.
3. Кулешова А.В., Чехович Ю.В., Беленькая О.С. Полезию бритвы: как самоцитирование не превратить в самоплагиат // Научный редактор и издатель. 2019. № 4. С. 45–51. — URL: // <https://doi.org/10.24069/2542-0267-2019-1-2-45-51>.
4. Хохлов В.А. О праве авторства // Законы России: опыт, анализ, практика. 2012. № 4. С. 52–60.
5. Постановление Правительства РФ от 24.09.2013 № 842 (ред. от 26.01.2023) «О порядке присуждения ученых степеней» (вместе с Положением о присуждении ученых степеней) // Собрание законода-

- тельства Российской Федерации от 7 октября 2013 г. № 40 (часть III), ст. 5074.
6. Понкин И.В., Редькина А.И. Цитирование как метод сопровождения и обеспечения научного исследования. М.: ИНФРА-М, 2019. 86 с.
 7. Чехович Ю.В., Бельская О.С., Ивахненко А.А. Методические рекомендации по эффективному внедрению и использованию системы «Антиплагиат.ВУЗ»: 2-е изд., испр. и доп. СПб: Лань, 2022. 52 с.
 8. Рожкова М.А. Плагиат и иные виды некорректных заимствований в диссертациях: правовые и этические вопросы // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2021. № 3 (33). С. 124–140.
 9. Рекомендация ВАК Минобрнауки Российской Федерации от 24 июня 2021 г. № 1-пл/5 «Об использовании электронных систем для подтверждения оригинальности диссертационных исследований» // 2021_vak_plogiat.pdf
 10. О плагиате в диссертациях на соискание ученой степени: 2-е издание, перераб. и доп. М.: МИИ, 2015.
 11. Витко В.С. О признаках понятия «Плагиат» в авторском праве. М.: Статут, 2017. 142 с.
 12. Бальмонт Константин. Полное собрание поэзии и прозы в одном томе. — URL: <https://www.livelib.ru/quote/410558-polnoe-sobranie-poezii-i-prozy-v-odnom-tome> (дата обращения: 21 июля 2023 г.)
 13. Аракелова А.О., Алиев Т.Т. Проблемы авторских и смежных с ними прав, их свободного использования в научно-исследовательской и образовательной деятельности // Законы России: опыт, анализ, практика. 2021. № 5. С. 3–8.
 14. Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права в России. Сер.: Классика российской цивилистики. М.: Статут, 2003. 250 с.
 6. Ponkin I.V., Redkina A.I. Citirovanie kak metod soprovozhdeniia i obespecheniia nauchnogo issledovaniia: monografiia. M: INFRA-M, 2019. 86 s.
 7. Chehovich Yu.A., Belenskaia O.S., Ivahnenko A.A. Metodicheskie rekomendacii po effektivnomu vnedreniu i ispol'zovaniiu sistemu "Antiplagiat VUZ". SPb: Lan, 2022. 52 s.
 8. Rozhkova M.A. Plagiat i inue vidu nekorrektnuh zaimstvovaniy v dissertaciiakh: pravovue i eticheskie voprosu // Zhurnal Suda po intellektualnum pravam. 2021. No 3 (33). S. 124–140.
 9. Rekomendaciia VAK Minobrnayki Rossiiskoi Federacii "Ob ispol'zovaniiu elektronnuh system dlia podtverzhdeniia originalnosti dissertacionnuh issledovaniy" 24 iyunia 2021 g. No 1-pl/5 // 2021_vak_plogiat.pdf
 10. O plagiate v dissertaciiakh na soiskanie uchenoi stepeni. 2-e izd., pererab. i dop. M: MII, 2015.
 11. Vitko V.S. O priznakah poniatiiia "plagiat" v avtorskom prave: monografiia. M: Statut, 2017. 142 s.
 12. Balmont Konstantin. Polnoe sobranie poezii i prozy v odnom tome. — URL: <https://www.livelib.ru/quote/410558-polnoe-sobranie-poezii-i-prozy-v-odnom-tome> (data obracsheniya: 21 iyulya 2023 g.).
 13. Arakelova A.O., Aliev T.T. Problemy avtorskih I smezhnuh s nimi prav ih svobodnogo ispol'zovaniia v nauchno-issledovatel'skoi i obrazovatel'noi deiatel'nosti // Zakony Rossii: oput, analiz, praktika. 2021. No 5. S. 3–8.
 14. Shershenevich G.F. Nauka grazhdanskogo prava v Rossii. Ser. Klassika rossiiskoi civilistiki. M.: Statut, 2003. 250 s.

REFERENCES

1. Mikhailov S.V. Prezumpsiia tvorcheskogo haraktera (originalnosti) ob'ektov avtorskih prav // LEX RUSSICA. 2021. T. 74. № 10 (179). S. 9–26.
2. Bliznets I.A., Vitko V.S. Personazh kak ob'ekt avtorsko-pravovoi zashitu v zakonodatel'stve Rossii: monografiia. M.: IURIST, 2022. 144 s.
3. Kuleshova A.V. Po lezviu britvy: kak camocitirovanie ne prevratit v samoplagiat // Naychnui redactor i izdatel. 2019. No 4. S. 45–51. — URL: <https://doi.org/10.24069/2542-0267-2019-1-2-45-51>.
4. Hohlov V.A. O prave avtorstva // Zakonu Possii: oput, analiz, praktika. 2012. No 4. S. 52–60.
5. Postanovlenie Pravitel'stva PF "O poriadke prisuzhdeniia uchenuh stepenei" // Sobranie zakonodatel'stva Rossiiskoi Federacii 7 oktiabria 2013 g. ch. III, st. 5074.

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ФОТОГРАФИЙ: КАК НЕ НАРУШИТЬ ПРАВА ФОТОГРАФА И ИНЫХ ПРАВООБЛАДАТЕЛЕЙ

USAGE OF THE PHOTOS: HOW TO NOT VIOLATE THE RIGHTS OF THE PHOTOGRAPHER AND OTHER Rightholders

Наталья Владимировна БУЗОВА

Российский государственный университет правосудия, Москва, Россия,
nbuzova@yandex.ru,
ORCID: 0000-0003-2268-0345

Информация об авторе

Н.В. Бузова — доцент кафедры предпринимательского и корпоративного права Российского государственного университета правосудия, кандидат юридических наук

Аннотация. Фотографии активно используются в информационно-телекоммуникационных сетях. Они добавляют информативности сообщению, способствуют рекламе и продвижению товаров и услуг, позволяют фиксировать факты и даже служат доказательствами в суде. С расширением цифровой среды повысилась доступность фотографий, а цифровой формат упростил их воспроизведение. В результате увеличилось количество случаев неправомерного использования фотографий. При отсутствии должной осмотрительности и невнимательности по отношению к законодательству, в том числе об авторском праве, правонарушителями могут оказаться в том числе лица, изображенные на фотографиях, или обладатели прав на объекты, запечатленные на фотоснимках. При создании статьи использовались, в частности, методы анализа и синтеза, метод системности, формально-логический метод и др. В статье анализируются положения законодательных актов Российской Федерации и других стран, касающиеся прав на фотографии, а также правоприменительная практика. Уделяется внимание творческой деятельности фотографа, рассматриваются вопросы цитирования и внесения изменений в фотографии.

Ключевые слова: автор, авторское право, фотограф, фотография, цитирование

- Для цитирования: Бузова Н.В. Использование фотографий: как не нарушить права фотографа и иных правообладателей // Труды по интеллектуальной собственности (Works on Intellectual Property). 2023. Т. 46. № 3. С. 84–93; DOI: 10.17323/tis.2023.17804

Natalia V. BUZOVA

Russian State University of Justice, Moscow, Russia,
nbuzova@yandex.ru,
<https://orcid.org.0000-0003-2268-0345>

Information about the author

- N.V. Buzova — Associate Professor of the Department of Business and Corporate Law of Russian State University of Justice, Candidate of Legal Sciences

- **Abstract.** Photos are actively used in information and telecommunication networks. They add information content to the message, promote advertising and promotion of goods and services, allow you to record facts and even serve as evidence in court. With the expansion of the digital medium, the availability of photographs has increased, and the digital format has made them easier to reproduce. As a result, the number of cases of misuse has increased. In the absence of due diligence and inattention in relation to legislation, including copyright law, the offenders may be, including the persons depicted in the photographs, or the rightholders to the objects depicted in the photographs. When creating the article, in particular, the methods of analysis and synthesis, the systematic method, the formal-logical method, etc. were used. The article analyzes the provisions of the legislative acts of the Russian Federation and foreign countries regarding the rights to photographs, as well as law enforcement practice. The article focuses on the creative activity of the photographer, discusses the issues of citation and making changes to photographs.

Keywords: author, copyright, photographer, photography, citation

For citation: Buzova N.V. Usage of the photos: how to not violate the rights of the photographer and other rightholders // Trudi po Intellectualnoy Sobstvennosti (Works on Intellectual Property). 2023. Vol. 46 (3). С. 84–93; DOI: 10.17323/tis.2023.17804

Информационно-телекоммуникационные сети позволяют не только оперативно обмениваться информацией, материалами, но и дают возможность авторам и другим представителям творческих профессий рассказать о своем творчестве, о созданных ими произведениях или реализованных проектах. Если авторы произведений литературы, оформляя свою интернет-страницу, сайт или иной информационный ресурс, для наглядности и иллюстративности своего творчества могут разместить на них отрывки произведений, то о творениях художников, архитекторов, скульпторов, дизайнеров и авторов других произведений искусства могут поведать фотографии их работ.

Однако автору, оформляя свою интернет-страницу и подбирая фотографии своих работ, следует помнить, что использование без соблюдения требований законодательства чужих фотографических произведений, даже если на них изображены творческие произведения автора, может привести к нарушению интеллектуальных прав фотографа и привлечению автора как нарушителя к юридической ответственности.

Для издания автором произведения искусства, художественного альбома с фотографиями своих творческих работ или размещения фотографий своих работ на сайте творческого объединения, членом которого он является, требуется разрешение фотографа (или иного правообладателя). Дополнительное разрешение фотографа потребуется и для размещения в интернете портфолио из фотографий артиста-исполнителя, если, заказывая фотографии по договору об оказании услуг или договору авторского заказа, изображаемое на фотографиях лицо не согласовало условий о передаче исключительных прав или предоставлении прав использования фотографий либо не заключило с фотографом отдельных договоров о распоряжении исключительными правами на фотографии.

Как отметил Суд по интеллектуальным правам, рассматривая в кассационной инстанции дело о неправомерном использовании посредством воспроизведения и доведения до всеобщего сведения на сайте организации фотографий сотрудников, выполненных приглашенным профессиональным фотографом, без заключения с последним лицензионного договора, сама по себе фактическая передача истцом спорных

фотографических произведений ответчику не означает автоматического возникновения у последнего права использования объектов интеллектуальной собственности и выполнение ответчиком требований закона при использовании произведений [1].

За последнее столетие процесс создания фотографий претерпел существенные изменения. Если в период зарождения фотографии от фотографа требовалось применение на практике его творческих способностей, в том числе для ретуширования, фоторедактирования, то в настоящее время даже для реставрации запечатленных на снимке изображений все чаще используются технические средства, в том числе технология искусственного интеллекта. В отличие от художника за фотографа основную часть функций по изготовлению снимка выполняет техническое устройство.

Учитывая развитие технологий, каждый владелец смартфона может самостоятельно создавать фотографии, в отношении которых будут признаваться интеллектуальные права. Простота изготовления фотографий, точность передачи моментов объективной реальности, которая позволяет подтверждать определенные факты, возможность обрабатывать фотографии посредством различных приложений сделали фотографии одними из самых популярных произведений, которые используются в интернете. Но простота воспроизведения и доведения до всеобщего сведения в интернете, а также доступность поиска фотографий не означает свободу их использования третьими лицами.

Хотя некоторые фотографические произведения могут быть отнесены к настоящим шедеврам, в связи с совершенствованием техники и внедрением цифровых технологий во многих создаваемых в настоящее время фотографиях не только в России, но и во всем мире творческий вклад фотографа-любителя можно квалифицировать как незначительный. Но любой, даже самый незначительный, интеллектуальный труд должен быть поощрен в режиме авторского права. В литературе встречаются позиции, что любая фотография заслуживает правовой охраны [2, с. 35]. При этом, по мнению М.А. Рожковой и О.В. Исаевой, важным критерием для предоставления фотографическим произведениям авторско-правовой охраны является оригинальность, которая включает такие элементы как «особый стиль, техника съемки, ракурс, наличие отличительного элемента в кадре, выбор времени съемки и композиции фотографирования и т.д.» [3, с. 62]. М.В. Телюкина указывает на тройственную природу творческого характера создания фотографии, которая проявляется в действиях, направленных на подготовку фотокамеры к съемке, на подготовку снимка к печати и непосредственно печать фотографии [4, с. 23]. С учетом этого в России фотографии

так же как и произведения, созданные способом, аналогичным фотографии, отнесены к произведениям, охраняемым авторским правом (ст. 1259 ГК РФ). В отношении фотографов как авторов фотографий признаются интеллектуальные авторские права, включающие в себя личные неимущественные права, исключительное право и иные права (ст. 1255 ГК РФ).

Российское законодательство не делит фотографии на простые и творческие фотографические произведения, которые являются объектами авторского права. В ряде стран, например в Германии [5], Испании [6], Италии [7], «простые фотографии», к которым могут быть отнесены фотоснимки мероприятий, фотографии, созданные в автоматическом режиме, селфи, фотографии с камер наблюдения, медицинские снимки и подобные фотоработы, рассматриваются как объекты смежных прав. Как правило, обладателю прав на такие объекты предоставляется более ограниченный объем правомочий или более короткий срок правовой охраны. Так, в Испании срок действия исключительного права на простые фотографии равен 25 годам, считая с 1 января года, следующего за датой изготовления фотографии или ее воспроизведения (ст. 128 Закона Испании «Об интеллектуальной собственности») [6].

В ряде случаев недобросовестные пользователи, выступая ответчиками в суде, ссылаются на то, что использованные ими фотографии не являются результатами интеллектуальной деятельности. Однако такие утверждения требуют весомых доказательств, которых ответчики, как правило, не предоставляют. Так, Суд по интеллектуальным правам не согласился с мнением суда апелляционной инстанции, который посчитал, что фотографии, представляющие собой изображения изготавливаемой и реализуемой обществом продукции (промышленной мебели), не являются результатом творческой деятельности, поскольку относятся к технической фиксации объекта промышленного производства. Суд кассационной инстанции обратил внимание на положения п. 80 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее — Постановление № 10) [8], указав на презумпцию наличия творческого начала при создании объекта авторского права. Он также отметил, что само по себе отсутствие новизны, уникальности и (или) оригинальности результата интеллектуальной деятельности не может свидетельствовать о том, что такой результат создан не творческим трудом и, следовательно, не является объектом авторского права. Такая презумпция может быть опровергнута при рассмотрении конкретного дела применительно к соответствующему произведению, включая фотографию [9].

Как неоднократно указывалось в судебных решениях, творческая деятельность фотографа может выражаться не только в выборе экспозиции, размещении объекта в пространстве, но и в регулировании освещенности, выдержки, настройке диафрагмы, применении фильтров, редактировании фотографии или проявлении снимков и т.д. [10]. Ранее имели место случаи, когда суды признавали фотоснимки неохраняемыми объектами [11, с. 291] и отказывали в удовлетворении иска, отмечая нетворческий характер таких фотографий. Например, в решении Московского городского суда от 11 октября 2012 г. по делу № А40-97562/11 было отмечено, что *при съемке не использовалась постановка какой-либо композиции, отсутствует постановка света, другие творческие действия, осуществляемые при съемке фотографии, из чего суд не усмотрел творческого труда лица, сделавшего фотоснимок* [12]. В другом деле суд учел мнение привлеченного эксперта, согласно которому *автор фотографии не вложил в нее своего видения объекта фотографирования, не прибег к тому богатству художественных средств, которые предоставляет фотоискусство* [13].

Однако, как показывает анализ судебной практики, к настоящему времени в России вырабатывается общий подход, согласно которому *процесс создания любой фотографии или видеозаписи обладает признаками творческой деятельности, представляющей собой фиксацию с помощью технических средств различных отражений постоянно изменяющейся действительности* [14, 15].

При этом в случае наличия спора об авторстве и/или об отнесении фотографии к результатам творческой деятельности имеется необходимость привлечения фотографа к участию в деле, на что указал Суд по интеллектуальным правам, рассматривая кассационную жалобу по делу № А27-10649/2020 [16], поскольку рассмотрение вопроса об авторстве и творческом характере деятельности непосредственно затрагивает права фотографа. В то же время принятие судом решения, постановления о правах и об обязанностях лиц, не привлеченных к участию в деле, в соответствии с п. 4 ч. 4 ст. 288 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации является безусловным основанием для отмены судебного акта.

При этом, несмотря на общую презумпцию творческого характера произведений, созданных в том числе с помощью технических средств, имеются некоторые исключения. Так, согласно разъяснениям Верховного Суда Российской Федерации, объектами авторского права не являются результаты, созданные с помощью технических средств в отсутствие творческого характера деятельности человека (например,

фото- и видеосъемка работающей в автоматическом режиме камерой видеонаблюдения, применяемой для фиксации административных правонарушений) (п. 80 Постановления № 10) [8]. Аналогичный режим может быть применен к фотографиям, сделанным специальными аппаратами.

Также неоднозначен режим правовой охраны фотографий, созданных «на документы». Хотя фотограф может рекомендовать заказчику положение в пространстве, выставлять свет и использовать дополнительные технические приемы для создания более удачного изображения, в таких фотографиях уровень творческой свободы фотографа минимален. При изготовлении фотографий на документы установлены требования к изображениям и фотографиям не только по размеру и способу использования [17, 18], но по пропорциям лица по отношению к общему размеру фотографии, по освещенности и другим параметрам [19]. При этом, предлагая услуги по изготовлению фотографий на документы, фотограф осознает, что его снимок будет использоваться не только заказчиком, изображенным на фотографии, но и третьими лицами, в том числе без указания его имени.

В России в части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации не установлены специальные правила использования «фотографий на документы», и существующий порядок можно отнести к фактически устоявшей практике. Представляется, что после того, как фотография «вклеена» или иным образом размещена или воспроизведена в официальном документе, она становится частью такого документа, на который распространяется специальный режим, предусматривающий, что официальные документы не являются объектами авторского права (подп. 1 п. 6 ст. 1259 ГК РФ). В Федеральном законе Австрии от 9 апреля 1936 г. № 111/1936 «Об авторском праве на литературные и художественные произведения и смежных правах» (с изменениями) предусмотрены специальные положения для фотографий людей. По общему правилу, заказчик и его наследники, изображенное лицо, а после его смерти его прямые родственники и переживший его супруг или партнер могут сделать индивидуальные копии фотографии лица, созданной на заказ, если они не могут получить копии от уполномоченного лица или такое получение связано с несоразмерно большими трудностями. При этом копии таких фотографий могут распространяться бесплатно (ст. 75) [20].

В отличие, например, от литературных или музыкальных произведений фотографии, созданные фотографами-любителями, зачастую не сопровождаются названиями. Авторы, для которых создание фотографий является частью их предпринимательской

деятельности, стараются придумать для фотографий идентифицирующие их названия. Как было справедливо отмечено Судом по интеллектуальным правам при рассмотрении дела, касающегося неправомерного размещения на сайте ответчика фотографии «Большая Азишская пещера», хотя фактически на снимке была изображена пропасть Мацоха системы Пункевни, *исключительное право на фотографию не зависит от ее названия* [21].

Представляется, что такая позиция судебных органов справедлива и для других объектов. Несоответствие названия содержанию произведения, в том числе изображению на фотографии или картине, может вводить потребителей (лиц, ее воспринимающих) в заблуждение, но не оказывает влияния на наличие творческого характера деятельности при создании произведения, его новизну или оригинальность, а следовательно, на признание исключительного права на произведение, которое сопровождает название. Вместе с тем название фотографии, а точнее ее совпадение с экземпляром объекта, используемого ответчиком, и экземпляром (оригиналом), находящимся в распоряжении истца, может быть важным идентификатором произведения и наличия прав на него в случаях, когда исключительные права на определенные фотографии возникли по договору о предоставлении права использования, в том числе лицензионному, или договору о доверительном управлении, или по агентскому договору, договору о представительстве либо иному договору, предоставляющему лицу правомочие на защиту нарушенного исключительного права на фотографию (даже в отношении договоров о передаче исключительного права третьему лицу). Особенно — если экземпляры фотографий не приложены к договору на носителе, способному однозначно подтвердить предоставленное или переданное право в отношении конкретных объектов. То есть название может быть идентификатором предоставления или передачи по договору права на определенные результаты интеллектуальной деятельности.

Таким образом, для возникновения авторско-правовой охраны в отношении фотографии не имеет существенного значения, что изображено на ней, если для изображаемых объектов не установлен специальный правовой режим, а также идентифицируется ли такая фотография названием. Для признания авторских прав на фотографию важно наличие творческого элемента в деятельности фотографа, которое может быть установлено даже при применении для съемки современных цифровых фотоаппаратов.

Использование фотографии, созданной другим лицом, требует согласия такого лица посредством заключения с ним договора о распоряжении исключи-

тельным правом, кроме случаев, когда такое использование отнесено законодательством к исключению или ограничению исключительного права автора; к таким, в частности, относятся цитирование, иллюстрации (ст. 1274 ГК РФ).

В судебных решениях указывается, что ответчики, пытаясь доказать правомерность использования фотографии, ссылаются на то, что она была размещена на информационном интернет-ресурсе, который является местом, свободным для посещения, и в отношении такой фотографии отсутствовала какая-либо информация об ограничении или запрете ее использования. Однако такие доводы не принимаются во внимание судами. К случаям использования фотографий, размещенных на информационных ресурсах в интернете, не могут быть применены положения о свободном использовании произведений, постоянно находящихся в месте, открытом для свободного посещения. Как разъяснил Верховный Суд РФ, *«при применении ст. 1276 ГК РФ судам следует учитывать, что сеть “Интернет” и другие информационно-телекоммуникационные сети не относятся к местам, открытым для свободного посещения»* (п. 100 Постановления № 10) [8]. То есть к такому использованию не применяются положения ст. 1276 Гражданского кодекса Российской Федерации, и оно не относится к исключениям из авторского права.

Но и в случае, относящемся к ограничению или исключению из авторского права, требуется обязательное соблюдение установленных законодательством условий. Так, при размещении иллюстрации или цитировании необходимо в том числе указание имени автора и источника заимствования (ст. 1274 ГК РФ).

Не является основанием для освобождения от ответственности за нарушение авторских прав или для изменения размера компенсации использование фотографии, размещенной третьими лицами на иных интернет-ресурсах без указания автора. При рассмотрении дела № А56-27194/2022 ответчик указал на то, что спорная фотография находилась в открытом доступе в группе «ВКонтакте», и в отношении нее отсутствовали сведения об авторе. Однако, как отмечается в судебном решении, *«общедоступность информации не означает ее свободное использование без учета авторских прав»* [22].

Суды отклоняют доводы ответчиков о том, что фотография находилась в свободном доступе и не имела никакой информации об авторских правах. По мнению судов, пользователь может и должен осуществлять проверку *«публикуемой на своем интернет-сайте заимствованной (чужой) фотографии на предмет незаконного использования интеллектуальной собствен-*

ности и принимать меры по недопущению такого использования... Ответчик на этапе поиска необходимой ему для иллюстрирования области применения реализуемого товара фотографии имел возможность выяснить обстоятельства правомерности использования спорного фотоизображения, получить информацию о наличии разрешения на такое использование» [23]. Согласно позиции Суда по интеллектуальным правам, указанной в Постановлении от 13 января 2021 г. по делу № А56-6937/2020, которая применима в том числе в отношении фотографических произведений, «лица, не установившие автора использованного произведения и использовавшие его без согласия правообладателя, не освобождаются от ответственности за нарушение авторских прав» [24]. При невозможности установления автора фотографии у пользователя имеются и другие возможности не нарушать права фотографа: проиллюстрировать свое сообщение другой фотографией, имя автора которой ему известно, или опубликовать сообщение без фотографии, отсутствие фотографии не изменит содержания новости [25].

Нередко для иллюстрирования своих сообщений или творческих работ создатели используют «стоковые» фотографии, предлагаемые на возмездной или безвозмездной основе на специальных сервисах. Однако если фотограф размещает свои фотографии на стоковых сервисах, они не переходят в общественное достояние, в отношении них продолжает действовать авторско-правовая охрана, и необходимо соблюдать требования законодательства об авторском праве. Как справедливо указывают суды, ссылаясь на отсутствие в отношении фотографии правовой охраны, поскольку она относится к «стоковой», «основана на неверном толковании действующего законодательства» [26].

При использовании фотографий, размещенных в так называемых стоковых сервисах, целесообразно внимательно изучить правила пользования таким сервисом. Как правило, экземпляры фотографий предоставляются на условиях простой неисключительной лицензии. При этом в зависимости от сервисов условия использования фотографий могут различаться, в частности, такой сервис может относиться к иной юрисдикции, где положения законодательства об авторском праве имеют свои особенности. Правила пользования сервисом могут содержать условия, относящиеся к договору присоединения, и фотограф, размещая на нем свои фотографии, или другой человек, используя размещенные в сервисе снимки, соглашается с такими условиями. В любом случае, даже если фотография была приобретена за плату, если правила пользования сервисом не предусматривают иных условий, при использовании фотографии долж-

ны соблюдаться личные неимущественные права фотографа, включая указание его имени.

Для того чтобы сфокусировать внимание зрителей, пользователи фотографий иногда изменяют ее границы, делая обрезку. Действия по изменению границ фотографии рассматривается как кадрирование [27, 28], которое относят к такому способу использования произведений, как переработка.

Кадрирование как способ использования, предполагающий переработку произведения, следует отличать от цитирования. Цитирование применяется в том числе к произведениям искусства и фотографиям [29]. Дискуссии о возможности цитирования фотографий и допустимом объеме такого цитирования неоднократно поднимались в российской юридической литературе [30–33]. Цитирование предполагает использование в другом произведении посредством воспроизведения фрагмента (части), а в отдельных случаях, что имеет место в российской правоприменительной практике, например, в отношении фотографии, — целого произведения. Цитируемый фрагмент должен однозначно идентифицироваться как вставленный [34]. У цитируемого произведения, так же как и при кадрировании, могут быть изменены границы, использован отдельный фрагмент. Но по отношению к основному произведению цитируемое произведение (его фрагмент) имеет второстепенное значение. Такой фрагмент может иллюстрировать событие или предоставлять о нем дополнительную информацию, подтверждать факт, позицию другого автора, помогает более раскрыть содержание, основной замысел, идею, заложенную автором основного произведения, и т.д. При удалении цитируемого произведения из основного последнее не потеряет и существенным образом не изменит свою форму и содержание.

Кадрирование предполагает изменение границ изображения. Кадрируемое произведение является основным. Если говорить о переработке объектов авторского права, то по общему правилу оно предполагает творческий подход к вносимым изменениям.

В то же время остаются вопросы: во всех ли случаях кадрирование будет рассматриваться как переработка фотографии и каковы пределы изменения границ фотографии, чтобы оно рассматривалось как переработка? Или в отдельных случаях, например при незначительном изменении границ, такое действие не будет отнесено к переработке, а будет рассматриваться как внесение изменений в виде сокращения произведения, которое относится к личному неимущественному праву автора — праву на неприкосновенность произведения (ст. 1266 ГК РФ)? Представляется, что вопросы кадрирования произведений еще будут уточняться судебной практикой.

Но и сам фотограф, создавая и используя свои фотографии, должен соблюдать субъективные права лиц, которые могут признаваться в отношении изображений, запечатленных на фотографии. На фотографиях могут быть изображены объекты, охраняемые авторским правом, например произведения искусства, архитектуры или дизайна. По общему правилу фотограф должен получить согласие правообладателей объектов авторского права на их использование. Случаи свободного использования изображений произведений определены законодательством. В частности, ст. 1276 ГК РФ посвящена использованию изображений объектов, постоянно находящихся в месте, открытом для свободного посещения произведений архитектуры, градостроительства и произведений садово-паркового искусства. К таким местам относят парки, музеи, станции метро, торговые центры и др. [35, с. 104]. При этом не следует путать места, открытые для свободного посещения, с открытыми источниками информации, к которым обеспечена доступность, например, в информационно-телекоммуникационных сетях [36, с. 31–34].

Кроме того, в отношении изображений физических лиц и некоторых объектов законодательством также установлены специальные правовые режимы. Так, требуется согласие на обнародование и последующее использование изображений физических лиц (ст. 152.1 ГК РФ), на изготовление и распространение продукции, в которой воспроизведены объекты культуры и культурного достояния в соответствии со ст. 53 Основ законодательства Российской Федерации о культуре от 9 октября 1992 г. № 3612-1 (с изменениями) [37], на использование изображений музейных предметов и музейных коллекций (ст. 36 Федерального закона от 26 мая 1996 г. № 54-ФЗ «О Музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации») [38]. При этом следует учитывать, что, предоставляя право на использование фотографии, фотограф (или иной обладатель прав на фотографию) распоряжается только исключительным правом на фотографическое произведение, а не правами в отношении изображенных на ней лиц и объектов. Для использования фотографий в отдельных случаях могут потребоваться дополнительные разрешения управомоченных лиц.

Таким образом, использование фотографий, созданных другими лицами, требует учета правовых режимов, установленных как в отношении непосредственно фотографий, так и изображенных на них лиц и объектов. В Российской Федерации в связи с применением информационно-телекоммуникационных сетей увеличился объем использования фотографий, в том числе неправомерного использования, что уве-

личило количество рассматриваемых споров и создало импульсы для формирования определенных подходов в правоприменительной практике. По общему правилу, несмотря на то что фотографическое произведение является результатом интеллектуальной деятельности, созданным с применением технических средств, и его качественные характеристики зависят в большей степени от технических характеристик фотокамеры, в отношении фотографий применяются общая презумпция творческой деятельности автора, в данном случае фотографа, которая может быть опровергнута в процессе рассмотрения спора о нарушении интеллектуальных прав.

Применение технических средств при создании фотографий и особенности творческой деятельности фотографов не влияют на применение к фотографиям положений, касающихся исключительного права на произведение, а также исключений из этого права и ограничений в отношении него. Вместе с тем нельзя не отметить особый подход в части такого способа использования фотографий, как переработка посредством кадрирования, которая имеет схожие характеристики с внесением в произведение изменений, относящимся к праву на неприкосновенность произведения. В этой связи следует надеяться, что в процессе правоприменительной практики будут определены позиции, которые позволят более четко разделять право на переработку и право на неприкосновенность фотографий.

СПИСОК ИСТОЧНИКОВ

1. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 3 февраля 2022 г. по делу № А57-213/2021 // СПС «КонсультантПлюс».
2. Радецкая М.В. Критерии предоставления авторско-правовой охраны фотографическим произведениям // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2017. № 1. С. 35–48.
3. Рожкова М.А., Исаева О.В. Правовые режимы фотографии в российском праве // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2021. № 2 (32). С. 55–69.
4. Телюкина М. Проблемы определения места фотографии в системе объектов гражданских правоотношений // Хозяйство и право. 2018. № 8 (499). С. 21–36.
5. § 72. Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9 September 1965 Информационный ресурс. — URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/urhg/BJNR012730965.html> (дата обращения: 21 июля 2023 г.)
6. Título V. La protección de las meras fotografías. Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Информа-

- ционный ресурс. — URL: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930> (дата обращения: 21 июля 2023 г.)
7. Capo V (Diritti relativi alle fotografie). Legge 22 aprile 1941, No 633 sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio. Информационный ресурс. — URL: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/585941> (дата обращения: 21 июля 2023 г.)
 8. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».
 9. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 13 мая 2021 г. по делу № А27-10649/2020 // СПС «КонсультантПлюс».
 10. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 16 августа 2022 г. по делу № А56-103346/2021 // СПС «КонсультантПлюс».
 11. Гиричева В.В. Проблемы критериев правовой охраны фотографии как объекта авторского права // Международный журнал гуманитарных и естественных наук. 2017. № 12. С. 287–294.
 12. Решение Московского городского суда от 11 октября 2012 г. по делу № А40-97562/11. — URL: <https://ras.arbitr.ru/>
 13. Решение Арбитражного суда Пермского края от 20 сентября 2012 г. по делу № А50-4942/2012. — URL: <https://ras.arbitr.ru/>.
 14. Решение Арбитражного суда Тульской области от 19 ноября 2021 г. по делу № А68-4197/2020. — URL: <https://ras.arbitr.ru/>
 15. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 3 февраля 2022 г. по делу № А57-213/2021 // СПС «КонсультантПлюс».
 16. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 13 мая 2021 г. по делу № А27-10649/2020 // СПС «КонсультантПлюс».
 17. Пункт 11 Постановления Правительства Российской Федерации от 8 июля 1997 г. № 828 «Об утверждении Положения о паспорте гражданина Российской Федерации, образца бланка и описания паспорта гражданина Российской Федерации» (с изменениями) // СПС «КонсультантПлюс».
 18. Пункт 9 Постановления Правительства Российской Федерации от 18 ноября 2005 г. № 687 «Об утверждении образцов и описания бланков паспорта гражданина Российской Федерации, дипломатического паспорта гражданина Российской Федерации и служебного паспорта гражданина Российской Федерации, удостоверяющих личность гражданина Российской Федерации за пределами территории Российской Федерации, содержащих электронные носители информации» (с изменениями) // СПС «КонсультантПлюс».
 19. Пункт 36 Административного регламента Министерства внутренних дел Российской Федерации по предоставлению государственной услуги по выдаче, замене паспортов гражданина Российской Федерации, удостоверяющих личность гражданина Российской Федерации на территории Российской Федерации, утвержденного приказом МВД России от 16 ноября 2020 г. № 773 // СПС «КонсультантПлюс».
 20. Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte. Информационный ресурс. — URL: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/503812>
 21. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 2 апреля 2021 г. по делу № А32-61224/2019 // СПС «КонсультантПлюс».
 22. Решение Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 18 июля 2022 г. по делу № А56-27194/2022. — URL: <https://ras.arbitr.ru/>
 23. Постановление Двадцать первого арбитражного апелляционного суда от 29 апреля 2022 г. по делу № А83-19338/2021. — URL: <https://ras.arbitr.ru/>
 24. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 13 января 2021 г. по делу № А56-6937/2020 // СПС «КонсультантПлюс».
 25. Решение Арбитражного суда Красноярского края от 24 августа 2022 г. по делу № А33-9064/2022. — URL: <https://ras.arbitr.ru/>
 26. Решение Арбитражного суда Республики Мордовия от 14 сентября 2022 г. по делу № А39-551/2022. — URL: <https://ras.arbitr.ru/>
 27. Решение Арбитражного суда Республики Татарстан от 18 февраля 2021 г. по делу № А65-22073/2020. — URL: <https://ras.arbitr.ru/>
 28. Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 25 февраля 2021 г. по делу № А45-26806/2020. — URL: <https://ras.arbitr.ru/>
 29. Пункт 20 Обзора Судебной практики Верховного Суда РФ № 3 (2017), утвержденного Президиумом Верховного Суда РФ от 12 июля 2017 г. // СПС «КонсультантПлюс».
 30. Витко В. Судебная практика об информационной цели и допустимом объеме цитирования фотографий // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2019. № 5. С. 41–46.
 31. Павлова Е.А. Цитирование фотографий не противоречит закону // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 6. С. 14–18.
 32. Рожкова М. О «цитировании» фотографий, открытым доступе и подмене понятий // Хозяйство и право. 2017. № 1 (480). С. 31–41.

33. Сюльдина Ю. Анализ постановления сип: дело о цитировании фотографий и видеозаписи // Журнал РШЧП (Российской школы частного права, ныне — журнал «Цивилистика»). 2018. № 1. С. 148–154.
34. Определение Верховного Суда Российской Федерации от 27 ноября 2018 г. № 80-КГ18-12 // СПС «КонсультантПлюс».
35. Валдес-Мартинес Э.Р. Особенности использования объектов изо и фотографий в сми, социальных сетях и иных источниках распространения информации // Труды по интеллектуальной собственности. 2022. Т. 40. № 1. С. 100–112.
36. Рожкова М. О «цитировании» фотографий, открытом доступе и подмене понятий // Хозяйство и право. 2017. № 1 (480). С. 31–41.
37. Основы законодательства Российской Федерации о культуре от 9 октября 1992 г. № 3612-1 (с изменениями) // СПС «КонсультантПлюс».
38. Федеральный закон от 26 мая 1996 г. № 54-ФЗ «О Музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации» (с изменениями) // СПС «КонсультантПлюс».

REFERENCES

1. Postanovlenie Suda po intellektual'nym pravam ot 3 fevralya 2022 g. po delu No A57-213/2021 // SPS "Konsul'tantPlyus".
2. Radeckaya M. V. Kriterii predostavleniya avtorsko-pravovoy ohrany fotograficheskim proizvedeniyam // Intellektual'naya sobstvennost'. Avtorskoe pravo i smezhnye prava. 2017. No 1. S. 35–48.
3. Rozhkova M.A., Isaeva O.V. Pravovye rezhimy fotografii v rossijskom prave // Zhurnal Suda po intellektual'nym pravam. 2021. No 2 (32). S. 55–69.
4. Telyukina M. Problemy opredeleniya mesta fotografii v sisteme ob'ektov grazhdanskikh pravootnoshenij // Hozyajstvo i pravo. 2018. No 8 (499). S. 21–36.
5. § 72. Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. September 1965 Informationsressurs. — URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/urhg/BJNR012730965.html> (data obrashcheniya: 21 iyulya 2023 g.).
6. Título V. La protección de las meras fotografías. Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Informationsressurs. — URL: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930> (data obrashcheniya: 21 iyulya 2023 g.).
7. Capo V (Diritti relativi alle fotografie). Legge 22 aprile 1941, No 633 sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio. Informationsressurs. — URL: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/585941> (data obrashcheniya: 21 iyulya 2023 g.).
8. Postanovlenie Plenuma Verhovnogo Suda Rossijskoj Federacii ot 23 aprelya 2019 g. No 10 "O primeneni chasti chetvertoj Grazhdanskogo kodeksa Rossijskoj Federacii" // SPS "Konsul'tantPlyus".
9. Postanovlenie Suda po intellektual'nym pravam ot 13 maya 2021 g. po delu No A27-10649/2020 // SPS "Konsul'tantPlyus".
10. Postanovlenie Suda po intellektual'nym pravam ot 16 avgusta 2022 g. po delu No A56-103346/2021 // SPS "Konsul'tantPlyus".
11. Giricheva V.V. Problemy kriteriev pravovoj ohrany fotografii kak ob"ekta avtorskogo prava // Mezhdunarodnyj zhurnal gumanitarnyh i estestvennyh nauk. 2017. No 12. S. 287–294.
12. Reshenie Moskovskogo gorodskogo suda ot 11 oktyabrya 2012 g. po delu No A40-97562/11. — URL: <https://ras.arbitr.ru/>
13. Reshenie Arbitrazhnogo suda Permskogo kraja ot 20 sentyabrya 2012 g. po delu No A50-4942/2012. — URL: <https://ras.arbitr.ru/>
14. Reshenie Arbitrazhnogo suda Tul'skoj oblasti ot 19 noyabrya 2021 g. po delu No A68-4197/2020. — URL: <https://ras.arbitr.ru/>
15. Postanovlenie Suda po intellektual'nym pravam ot 3 fevralya 2022 g. po delu No A57-213/2021 // SPS "Konsul'tantPlyus".
16. Postanovlenie Suda po intellektual'nym pravam ot 13 maya 2021 g. po delu No A27-10649/2020 // SPS "Konsul'tantPlyus".
17. Punkt 11 postanovleniya Pravitel'stva Rossijskoj Federacii ot 8 iyulya 1997 g. No 828 "Ob utverzhdenii Polozheniya o pasporte grazhdanina Rossijskoj Federacii, obrazca blanka i opisaniya pasporta grazhdanina Rossijskoj Federacii" (s izmeneniyami) // SPS "Konsul'tantPlyus".
18. Punkt 9 postanovleniya Pravitel'stva Rossijskoj Federacii ot 18 noyabrya 2005 g. No 687 "Ob utverzhdenii obrazcov i opisaniya blankov pasporta grazhdanina Rossijskoj Federacii, diplomaticheskogo pasporta grazhdanina Rossijskoj Federacii i sluzhebного pasporta grazhdanina Rossijskoj Federacii, udostoverayushchih lichnost' grazhdanina Rossijskoj Federacii za predelami territorii Rossijskoj Federacii, sodержashchih elektronnye nositeli informacii" (s izmeneniyami) // SPS "Konsul'tantPlyus".
19. Punkt 36 Administrativnogo reglamenta Ministerstva vnutrennih del Rossijskoj Federacii po predostavleniyu gosudarstvennoj uslugi po vydache, zamene pasportov grazhdanina Rossijskoj Federacii, udostoverayushchih lichnost' grazhdanina Rossijskoj Federacii na territorii Rossijskoj Federacii, utverzhennogo prikazom MVD Rossii ot 16 noyabrya 2020 g. No 773 // SPS "Konsul'tantPlyus".

20. Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte. Informativnyj resurs. — URL: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/503812>
21. Postanovlenie Suda po intellektual'nym pravam ot 2 aprelya 2021 g. po delu No A32-61224/2019 // SPS "Konsul'tantPlyus".
22. Reshenie Arbitrazhnogo suda goroda Sankt-Peterburga i Leningradskoj oblasti ot 18 iyulya 2022 g. po delu No A56-27194/2022. — URL: <https://ras.arbitr.ru/>
23. Postanovlenie Dvadcat' pervogo arbitrazhnogo apellyacionnogo suda ot 29 aprelya 2022 g. po delu No A83-19338/2021. — URL: <https://ras.arbitr.ru/>
24. Postanovlenie Suda po intellektual'nym pravam ot 13 yanvarya 2021 g. po delu No A56-6937/2020 // SPS "Konsul'tantPlyus".
25. Reshenie Arbitrazhnogo suda Krasnoyarskogo kraya ot 24 avgusta 2022 g. po delu № A33-9064/2022. — URL: <https://ras.arbitr.ru/>
26. Reshenie Arbitrazhnogo suda Respubliki Mordoviya ot 14 sentyabrya 2022 g. po delu No A39-551/2022. — URL: <https://ras.arbitr.ru/>
27. Reshenie Arbitrazhnogo suda Respubliki Tatarstan ot 18 fevralya 2021 g. po delu No A65-22073/2020. — URL: <https://ras.arbitr.ru/>
28. Postanovlenie Sed'mogo arbitrazhnogo apellyacionnogo suda ot 25 fevralya 2021 g. po delu No A45-26806/2020. — URL: <https://ras.arbitr.ru/>
29. Punkt 20 Obzora Sudebnoj praktiki Verhovnogo Suda RF No 3 (2017), utverzhennogo Prezidiumom Verhovnogo Suda RF ot 12 iyulya 2017 g. // SPS "Konsul'tantPlyus".
30. Vitko V. Sudebnaya praktika ob informacionnoj celi i dopustimom ob"eme citirovaniya fotografij // Intellektual'naya sobstvennost'. Avtorskoe pravo i smezhnye prava. 2019. No 5. S. 41–46.
31. Pavlova E.A. Citirovanie fotografij ne protivorechit zakonu // Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossijskoj Federacii. 2017. № 6. S. 14–18.
32. Rozhkova M. O "citirovanii" fotografij, otkrytom dostupe i podmene ponyatij // Hozyajstvo i pravo. 2017. No 1 (480). S. 31–41.
33. Syul'dina Yu. Analiz postanovleniya sip: delo o citirovanii fotografij i videozapisi // Zhurnal RSHCHP. 2018. No 1. S. 148–154.
34. Opredelenie Verhovnogo Suda Rossijskoj Federacii ot 27 noyabrya 2018 g. No 80-KG18-12. / SPS "Konsul'tantPlyus".
35. Valdes-Martines E.R. Osobennosti ispol'zovaniya ob"ektov izo i fotografij v smi, social'nyh setyah i inyh istochnikah rasprostraneniya informacii // Trudy po intellektual'noj sobstvennosti. 2022. T. 40. No 1. S. 100–112.
36. Rozhkova M. O "citirovanii" fotografij, otkrytom dostupe i podmene ponyatij // Hozyajstvo i pravo. 2017. No 1 (480). S. 31–41.
37. Osnovy zakonodatel'stva Rossijskoj Federacii o kul'ture ot 9 oktyabrya 1992 g. No 3612-1 (s izmeneniyami) // SPS "Konsul'tantPlyus".
38. Federal'nyj zakon ot 26 maya 1996 g. No 54-FZ "O Muzejnom fonde Rossijskoj Federacii i muzeyah v Rossijskoj Federacii" (s izmeneniyami) // SPS "Konsul'tantPlyus".

Научная статья
УДК: 347.78.01; 347.77
DOI: 10.17323/tis.2023.17805

Original article

ИСКУССТВЕННЫЙ ИНТЕЛЛЕКТ И АВТОРСТВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND AUTHORSHIP OF INTELLECTUAL PROPERTY

Питер Б. МЭГГС

Иллинойский университет, г. Урбан-Шампейн, США,
p-maggs@illinois.edu,
ORCID: 0000-0001-6621-6785

Информация об авторе

Питер Блаунт Мэггс — профессор-исследователь в области права, Университет Иллинойса, ассоциированный член Кафедры ЮНЕСКО НИУ ВШЭ, Москва, доктор права

Аннотация. Появление чрезвычайно мощного чат-бота с искусственным интеллектом ChatGPT в конце 2022 г. сделало актуальным поиск решений вопросов авторства и защищенности произведений, созданных с помощью искусственного интеллекта. Эти вопросы особенно остро стоят в областях авторского права и патентного права, где творческая деятельность человека традиционно была условием защиты. В настоящей статье обсуждаются эти вопросы в свете экспериментов с ChatGPT.

Ключевые слова: искусственный интеллект, авторское право, патенты, товарные знаки, коммерческая тайна, ChatGPT, закон, авторство

Для цитирования: Maggs Peter B. Artificial Intelligence and Authorship of Intellectual Property // Труды по интеллектуальной собственности (Works on Intellectual Property). 2023. Т. 46, № 3. С. 94–100; DOI: 10.17323/tis.2023.17805

• Peter Blaunt MAGGS

• University of Illinois, Champaign, Illinois USA,
• p-maggs@illinois.edu,
• ORCID: 0000-0001-6621-6785

• Information about the author

• P.B. Maggs — Research Professor of Law, University of Illinois, Associate Fellow of the UNESCO Chair at the HSE University, Moscow

• **Abstract.** The appearance of the extremely powerful artificial intelligence chatbot “ChatGPT” in late 2022 has made urgent the finding of solutions to the questions of the authorship and protectability of works created with the aid of artificial intelligence. These questions are particularly acute in the areas of copyright and patent law where human creativity traditionally has been a requirement for protection. The present article discusses these issues in the light of experiments with ChatGPT.

• **Keywords:** artificial intelligence, copyright, patents, trademarks, trade secrets, ChatGPT, chatbots, law, authorship

• **For citation:** Maggs Peter B. Artificial Intelligence and Authorship of Intellectual Property // Trudi po Intellectualnoy Sobstvennosti (Works on Intellectual Property). 2023. Vol. 46 (3). P. 94–100; DOI: 10.17323/tis.2023.17805

In writing this Article I used Version 3.5 of ChatGPT (short for Chat Generative Pre-trained Transformer), a chatbot made available to the public in November 2022 by OpenAI in November 2022. Version 4.0 of ChatGPT became available in March 2022. It is much more powerful. For instance, Version 3.5 made an mediocre score on the examination used by many states in the United States for admission to the practice of law. In contrast Version 4.0 made an excellent showing on the same exam [1].

I asked ChatGPT: “What are the problems of authorship by AI in copyright and patent law?” It gave me the following answer:

“The increasing use of artificial intelligence (AI) in creative works has raised questions about the authorship and ownership of such works. While AI can generate unique and original content, it is currently incapable of legal personhood, raising concerns about who owns the rights to the work.

In copyright law, the traditional notion of authorship is based on human creativity, skill, and effort. Copyright protects original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, and the author has the exclusive right to reproduce, distribute, display, and perform their work. However, when AI is used to create a work, it is difficult to determine who the author is, as the contribution of the programmer and the AI system can be significant. It is also unclear whether the traditional standards of originality and creativity apply to AI-generated works.

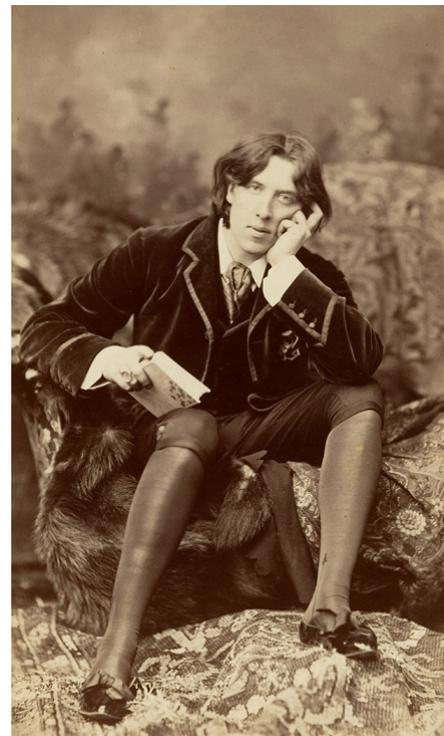
In patent law, inventorship is similarly based on human contribution, and a person who conceives of an invention is entitled to a patent. However, if AI systems are involved in the process of inventing, it is unclear whether they can be listed as inventors or co-inventors, as they are not legal persons.

Another issue is the potential for AI-generated works to infringe on the copyrights or patents of existing works. If an AI system is trained on existing copyrighted or patented material, it may generate works that are too similar to those protected by intellectual property rights. This raises questions about whether the use of AI in creative works could lead to an increase in copyright and patent infringement.

Overall, the problems of authorship by AI in copyright and patent law are complex and require careful consideration by legal scholars and policymakers”.

ChatGPT’s training data base did not include material after 2021. I would like to give an updated and more detailed answer to this question, specifically with respect to United States intellectual property law.

The starting point is a leading Supreme Court case, decided in 1884 [2]. This case concerned whether or not a portrait of the famous author Oscar Wilde could be protected by copyright, given that a camera had played a key role in the making of the photograph.



Pic. 1. Portrait of Oscar Wilde

The Supreme Court ruled in favor of copyright protection, on the finding that the photograph was:

“a useful, new, harmonious, characteristic, and graceful picture, and that plaintiff made the same ... entirely from his own original mental conception, to

which he gave visible form by posing the said Oscar Wilde in front of the camera, selecting and arranging the costume, draperies, and other various accessories in said photograph, arranging the subject so as to present graceful outlines, arranging and disposing the light and shade, suggesting and evoking the desired expression, and from such disposition, arrangement, or representation, made entirely by plaintiff, he produced the picture in suit”.

In contrast to this case, a federal court ruled that no copyright was available, because of lack of human creativity when a monkey took an excellent selfie [3]:



Pic. 2. Selfie made by a monkey

Unlike most countries, and in possible violation of the Berne Convention, the United States requires that works be registered to obtain full copyright protection. In 2022, the Copyright Office denied registration to a picture created entirely by artificial intelligence [4].

On March 16, 2023, the Copyright Office, drawing on the cases described above, issued detailed guidance on works created with the aid of artificial intelligence [5]. It stated:

“Consistent with the Office’s policies described above, applicants have a duty to disclose the inclusion of AI-generated content in a work submitted for registration and to provide a brief explanation of the human author’s contributions to the work”.



Pic. 3. Picture generated by AI

In addition to the pictorial works discussed above, copyright also applies to written works. However, a federal court has held that a work described by the parties as a collection of sayings “authored by non-human spiritual beings described in terms such as the Divine Counselor, the Chief of the Corps of Superuniverse Personalities, and the Chief of the Archangels of Nebadon” [6] could be protected by copyright for its selection and ordering of the “sayings” but that the individual “sayings” could not be copyright because they were not stated to be by a human author.

Consider the following (with my apologies to the Heinrich Heine and Mikhail Lermontov). I asked ChatGPT (in Russian) to write a short poem about a spruce in the north and a palm tree in the south.

Напишите короткую поэму о сосне на севере и пальме на юге!

ChatGPT:

*“На севере сосна, ветром колышется,
Зимой покрыта снегом, белым и пушистым.
А на юге пальма, солнцем обласкана,
Листьями мягкими, теплом насыщена”.*

Google Translate:

*“In the north, a pine sways in the wind,
In winter it is covered with snow, white and fluffy.
And in the south a palm tree, caressed by the sun,
The leaves are soft, full of warmth”.*

My translation:

*“The pine in the north with the wind may lean,
Covered in winter by snow, white and clean;
The palm in the south, touched by sun’s rays
With its fronds all soft and ablaze”.*

It is well established that not only great poems, but also bad poems are protected by copyright. Thus the poem produced by ChatGPT is not copyrightable because not created by a human, even though it would be copyrightable if written by a human.

Likewise the English translation made Google Translate is not copyrightable because not made by a human. However, your humble servant's bad translation of the uncopyrightable poem is protected by copyright, because even a bad human translation is protected by copyright. This suggests an interesting strategy. In 1997 someone published a purported translation of the 13th century diary of a European traveler, who purportedly visited China before Marco Polo. However, he stated that he withheld the original manuscript [7]. Assuming for the purpose of discussion that the diary is genuine, it would, after 700 years, be in the public domain. However, by publishing a translation and withholding the original, the author of the translation obtained copyright protection for the only available version of the diary.

ChatGPT can write computer code. I asked ChatGPT: "Write a program in the c language that prints "Hello World"."

ChatGPT:

Here's a simple C program that prints "Hello World" to the console:

```
#include <stdio.h>
int main() {
    printf("Hello World\n");
    return 0;
}
```

Complex questions will arise with respect to the extent of disclosure of artificial intelligence elements required to register copyright to computer code.

Patent law raises questions similar to copyright law. Consider the response of ChatGPT when asked (in Russian) to invent a bicycle ("Изобрети велосипед"). It provides some very good ideas for things that people might try to invent, but is very far from anything that could be submitted as a patent application. Here's ChatGPT's reply in Russian with my translation added.

ChatGPT:

Как искусственный интеллект я не являюсь экспертом в области проектирования велосипедов, но я могу предложить несколько идей, которые могут быть интересными.

[As an artificial intelligence, I am not an expert in the area of designing bicycles, but I can suggest some ideas that might be interesting.]

1. Светодиодные колеса: велосипед с пластиковыми колесами, в которых встроены светодиоды разных цветов. Это может быть полезно для безопасности вечером и при низкой видимости, а также для красивого эффекта.

[1. LED wheels: a bicycle with plastic wheels with LEDs of various colors mounted in them. This could be

useful for safety at night or low visibility and also for a beautiful effect.]

2. Велосипед на солнечных батареях: велосипед, который может заряжаться от солнечных батарей, расположенных на раме. Это может быть особенно полезно для дальних поездок, когда нет возможности зарядить аккумулятор велосипеда.

[2. A bicycle with solar panels: a bicycle that could be charged with by solar panels placed on the frame. This could be particularly useful for long trips when there is no way to charge the battery of the bicycle.]

3. Электрический велосипед с продвинутой системой навигации: велосипед, оснащенный современной системой GPS-навигации. Это может быть полезно для тех, кто любит кататься по незнакомым местам, и может предупреждать они о грядущей опасности.

[3. An electric bicycle with an advanced navigation system: a bicycle provided with a modern GPS-navigation system. This could be useful for those that love to ride in unfamiliar places and could warn they of threatening danger.]

4. Велосипед с универсальным рулем: велосипед с рулем, который может переставляться на любую сторону. Это может быть полезно для тех, кто имеет проблемы с зрением или управлением, когда нужно проехать на очень узком пространстве.

[4. A bicycle with a universal handlebar: a velocipede with a handlebar that could be mounted in any direction. This could be useful for those who have problems with vision or steering when it was necessary to go in a very narrow space.]

5. Складной велосипед-трансформер: велосипед, который может легко складываться и превращаться в другие формы транспорта — например, скейтборд или скутер. Это может быть особенно полезно для городской езды, когда нужно быстро перемещаться в разных режимах.

[5. A folding transformable bicycle: a bicycle that easily could be folded and transformed into other types of transport — for instance into a skateboard or scooter. This could be particularly useful for travel in town, when it is necessary to switch quickly to other setups.]

In the paragraph 3 of its answer ChatGPT, to my surprise, made a very basic mistake in Russian grammar. It said "предупреждать они", which I have translated as "warn they" using the analogous mistake in English grammar. Perhaps this mistake gives some clue as to how ChatGPT operates. Undoubtedly, this and similar problems will be fixed in improved versions of the chatbot.

The situation is very different with respect to trademark law. In the United States trademarks must

meet various specific requirements, such as identifying goods of a particular maker, not being confusingly close to existing trademarks, and as not being generic names. However, there is no requirement of human creativity. Consider the following reply by ChatGPT when I asked “Suggest a trademark for a new electric car company.”

ChatGPT:

Elevatelectric

This mark not only meets the legal requirements. It also has a positive tone that might be useful in selling electric vehicles.

Trade secrets are protected if they have economic value and are not publicly available. Since there is no requirement of creativity, information created by artificial intelligence can be fully protected if it meets the general trade secrecy requirements.

Now, I return to a warning that ChatGPT gave to me. As I mentioned above, it said:

“Another issue is the potential for AI-generated works to infringe on the copyrights or patents of existing works. If an AI system is trained on existing copyrighted or patented material, it may generate works that are too similar to those protected by intellectual property rights. This raises questions about whether the use of AI in creative works could lead to an increase in copyright and patent infringement”.

Getty Images, a leading supplier of stock photographs has filed suit against an artificial intelligence company, alleging [8]:

This case arises from Stability AI’s brazen infringement of Getty Images’ intellectual property on a staggering scale. Upon information and belief, Stability AI has copied more than 12 million photographs from Getty Images’ collection, along with the associated captions and metadata, without permission from or compensation to Getty Images, as part of its efforts to build a competing business. As part of its unlawful scheme, Stability AI has removed or altered Getty Images’ copyright management information, provided false copyright management information, and infringed Getty Images’ famous trademarks.

This case alleges copyright infringement at the stage of training of an artificial intelligence system. There may (or may not) be a defense of “transformative fair use,” since the defendant may claim that it is not duplicating Getty’s product but rather is merely using it as data to create a completely different and highly useful product.

However, if the resulting output to users includes images identical or highly similar to the photographs in Getty Images’ Collection, Getty would have a straightforward claim of copyright infringement.

To conclude, I fully agree with ChatGPT’s statement that:

“Overall, the problems of authorship by AI in copyright and patent law are complex and require careful consideration by legal scholars and policymakers”.

REFERENCES

1. URL: <https://en.wikipedia.org/wiki/ChatGPT>; “Introducing ChatGPT,” <https://openai.com/blog/chatgpt>; <https://openai.com/research/gpt-4> (discussing scores achieved on standard examinations).
2. *Burrow-Giles Lithographic Company v. Sarony*, 111 U.S. 53 (1884). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/111/53/>
3. *Naruto v. Slater*, 888 F.3d 418 (9th Cir. 2018). <https://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2018/04/23/16-15469.pdf>
4. URL: <https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/a-recent-entrance-to-paradise.pdf>
5. <https://www.federalregister.gov/documents/2023/03/16/2023-05321/copyright-registration-guidance-works-containing-material-generated-by-artificial-intelligence>
6. *Urantia Found. v. Kristen Maaherra*, 114 F.3d 955 (9th Cir. 1997). <https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1433972.html>
7. Doreen Carvajal, “Marco Polo: Is a Rivalry Just Fiction?”. <https://www.nytimes.com/1997/12/09/world/marco-polo-is-a-rivalry-just-fiction.html>; “Fact or Faked: The Travels of Jacob D’Anacona” — Guest Blog by Rachel Landau, <https://beyondvictoriana.com/2011/06/05/fact-or-faked-the-travels-of-jacob-danacona-guest-blog-by-rachel-landau/>
8. URL: https://cdn.vox-cdn.com/uploads/chorus_asset/file/24412807/getty_images_vs_stability_AI_delaware.pdf



О Кафедре ЮНЕСКО по авторскому праву, смежным, культурным и информационным правам НИУ «Высшая школа экономики»

Международный научно-образовательный центр «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву, смежным, культурным и информационным правам» (сокращенно — «Кафедра ЮНЕСКО НИУ ВШЭ») создан решением Ученого совета НИУ ВШЭ в октябре 2020 г. в соответствии с Соглашением между ЮНЕСКО и Национальным исследовательским университетом «Высшая школа экономики» (НИУ ВШЭ) от 7 августа 2020 г.

Свою историю Центр ведет от Кафедры ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности, созданной по инициативе Постоянного представителя Российской Федерации при ЮНЕСКО в 1993–1998 гг., Чрезвычайного и Полномочного посла РФ доктора юридических наук профессора М.А. Федотова. Соглашение о создании Кафедры ЮНЕСКО на базе Института международного права и экономики имени А.С. Грибоедова (ИМПЭ, ныне — Московский университет имени А.С. Грибоедова) было подписано 12 июня 1998 г. В 2009 г. Кафедра по согласованию с Секретариатом ЮНЕСКО была передислоцирована в Высшую школу экономики.

Кафедра ЮНЕСКО является научно-образовательным структурным подразделением НИУ ВШЭ. Одновременно она входит во всемирную сеть кафедр ЮНЕСКО в соответствии с Программой UNITWIN/UNESCO Chairs, учрежденной по решению 26-й сессии Генеральной конференции ЮНЕСКО в 1991 г. для развития межвузовского сотрудничества на глобальном, межрегиональном, региональном и субрегиональном уровнях по отдельным направлениям образования, науки, культуры и коммуникации. Программа UNITWIN/UNESCO Chairs объединяет в настоящее время более 830 кафедр и 20 специализированных кафедральных сетей в 110 странах.

Во всем мире кафедры ЮНЕСКО, действуя в духе академической солидарности, стимулируют процесс формирования крепких и устойчивых связей между вузами и академическими учреждениями, правительствами, местными властями, предпринимательскими кругами, гражданским обществом и т.д. Основопологающим принципом программы UNITWIN/UNESCO Chairs является полноценное и равноправное партнерство университетов, которые через кафедры ЮНЕСКО иницируют и реализуют в ее рамках различные проекты, уважая университетскую автономию и академическую свободу.

Кафедра ЮНЕСКО НИУ ВШЭ специализируется в области авторского права и смежных прав, культурных и информационных прав, включая правовое регулирование киберпространства, технологий искусственного интеллекта и трансгуманизма. Деятельность Кафедры осуществляется в сотрудничестве с соответствующими подразделениями Секретариата ЮНЕСКО, в особенности с Сектором культуры и Сектором информации и коммуникации, с Институтом ЮНЕСКО по информационным технологиям в образовании, а также с Комиссией Российской Федерации по делам ЮНЕСКО.

Разносторонняя исследовательская, образовательная, просветительская, законопроектная, консультационная и экспертная деятельность Кафедры ЮНЕСКО в сферах свободы творчества и свободы выражения мнений, правовых и этических аспектов информационного плюрализма, развития ин-

формационного общества, многоязычия в киберпространстве, преодоления цифрового неравенства, технологий трансгуманизма, влияния искусственного интеллекта на институты права и общественное развитие требует стабильного функционирования открытой дискуссионной площадки для обмена мнениями, обсуждения идей, передачи и популяризации знаний.

С 1999 г. Кафедра ЮНЕСКО выпускает ежеквартальный научно-аналитический журнал «Труды по интеллектуальной собственности» (Works on Intellectual Property, www.tis.hse.ru). У его истоков стояли такие выдающиеся российские правоведы, как И.Л. Бачило, М.М. Богуславский, Э.П. Гаврилов, В.А. Дозорцев, А.П. Сергеев, М.А. Федотов и их зарубежные коллеги Mihaly Ficsor (WIPO, CEECA, CITIP), Adolf Ditz (Max Planck Institute for Innovation and Competition), Peter Maggs (Illinois University), Kaarle Nordenstreng (University of Tampere) и др.

Журнал публикует научные статьи и аналитические материалы, рецензии на книги, экспертные мнения по широкому кругу правовых проблем интеллектуальной собственности и современной информационной экосистемы. В числе тем, привлекающих внимание авторов и читателей журнала, — актуальные проблемы авторского права и смежных прав, право интеллектуальной собственности в условиях цифровизации, культурные и информационные права в контексте конвенций и рекомендаций ЮНЕСКО, права человека в цифровую эпоху, правовое регулирование киберпространства, массовых коммуникаций, цифровых платформ и экосистем, технологий искусственного интеллекта и трансгуманизма.

Журнал выпускается на основании Соглашения между ЮНЕСКО и НИУ ВШЭ об учреждении Кафедры ЮНЕСКО по авторскому праву, смежным, культурным и информационным правам. Входит с 2014 г. в Перечень рецензируемых научных изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученой степени кандидата наук, на соискание ученой степени доктора наук (Перечень ВАК при Минобрнауки России). Журнал входит в Российский индекс научного цитирования (РИНЦ). Свежий номер и архив журнала доступны на сайте Кафедры ЮНЕСКО: <https://hse.ru/unesco/tis>, а также на странице журнала <https://tis.hse.ru/>

Кафедра ЮНЕСКО НИУ «Высшая школа экономики» выпускает также ежемесячный информационный бюллетень «Среда», который бесплатно рассылается в электронном виде по подписке. Бюллетень содержит информацию о вступающих в силу нормативных правовых актах, о проектах новых законов, указов и постановлений, о прецедентных судебных решениях, о прошедших и предстоящих научных конференциях, семинарах, форумах и т.д.

Контакты Кафедры ЮНЕСКО НИУ ВШЭ:

109028, Москва, Б. Трехсвятительский пер., 3, каб. 436;

тел./факс +7(495) 772-95-90 * 23017;

www.hse.ru/unesco/

tis@hse.ru



About the UNESCO Chair on Copyright, Neighboring, Cultural and Information Rights at HSE University

The International Scientific and Educational Center “UNESCO Chair on Copyright, Related, Cultural and Information Rights” (abbreviated as “UNESCO Chair of the NRU HSE”) was built by the decision of the Academic Council of the NRU HSE in October 2020 under the Agreement between UNESCO and the National Research University “Higher School of Economics” (NRU HSE) dated August 7, 2020.

The Center traces its history back to the UNESCO Chair on Copyright and Other Intellectual Property Rights, established by initiative of the Permanent Representative of the Russian Federation to UNESCO in 1993–1998, Ambassador Extraordinary and Plenipotentiary of the Russian Federation, Doctor of Legal Sciences, Professor M. A. Fedotov. The agreement on the organization of the UNESCO Chair based on the Institute of International Law and Economics. A.S. Griboyedov (IMPE, now — Moscow University named after A.S. Griboyedov) was signed on June 12, 1998. In 2009, the Chair, in agreement with the UNESCO Secretariat, was relocated to the Higher School of Economics.

The UNESCO Chair is a scientific and educational structural subdivision of the National Research University Higher School of Economics. It participates in the worldwide network of UNESCO Chairs Program called UNITWIN. The program works based on the decision of the 26th session of the General Conference of UNESCO in 1991. The program focuses on inter-university cooperation at the global and regional levels of education, science, culture, and communication. The UNITWIN/UNESCO Chairs program currently unites more than 830 Chairs and 20 specialized chair networks in 110 countries.

All over the world, UNESCO Chairs, acting in the spirit of academic solidarity, stimulate sustainable ties between universities and institutions, governments, local authorities, business circles, civil society, etc. The fundamental principle of the UNITWIN/UNESCO Chairs Program is an equal partnership of universities, which, through the UNESCO Chairs, initiate and implement various projects within its framework, respecting university autonomy and academic freedom.

The HSE UNESCO Chair specializes in copyright, related rights, and cultural and information laws, including the legal regulation of cyberspace, artificial intelligence technologies, and transhumanism. The Chair cooperates with the relevant divisions of the UNESCO Secretariat, particularly the Sector of Culture and Information and Communication. The Chair cooperates with the UNESCO Institute for Information Technologies in Education and the Commission of the Russian Federation for UNESCO.

UNESCO Chair realizes versatile research, education, consulting, and expert activities in the field of freedom of creativity and freedom of expression, legal and ethical aspects of information pluralism. The Chair works on the progress of the informational society and multilingualism in cyberspace. Chair toils on overcoming the digital divide, transhumanism technologies, and the impact of artificial intelligence on social and legal institutions. All this requires the stable functioning of an open discussion platform for the exchange of opinions, discussion of ideas, transfer, and knowledge popularization.

Since 1999, the UNESCO Chair has published a quarterly scientific and analytical magazine named Works on Intellectual Property (www.tis.hse.ru). Its origins were such prominent Russian jurists as I.L. Bachilo, M.M. Boguslavsky, E.P. Gavrilov, V.A. Dozortsev, A.P. Sergeev, M.A. Fedotov, and their foreign colleagues Mihaly Ficsor (WIPO, CEECA, CITIP), Adolf Ditz (Max Planck Institute for Innovation and Competition), Peter Maggs (Illinois University), Kaarle Nordenstreng (University of Tampere) and others.

The journal publishes scientific articles and analytics, book reviews, and expert opinions on a wide range of IP problems and the modern information ecosystem. Among the topics that attract the attention of the authors and readers of the journal are topical issues of copyright and related rights, intellectual property rights in the context of digitalization, and cultural and information rights in the context of UNESCO conventions and recommendations. The list embraces human rights in the digital age, legal regulation of cyberspace, mass communications, digital platforms and ecosystems, artificial intelligence technologies, and transhumanism.

The journal published based on the Agreement between UNESCO and the National Research University Higher School of Economics since 2014. The journal presented in the List of peer-reviewed scientific publications publishing the main scientific results of dissertations for the degree of Candidate of Science for the degree of Doctor of Science (the List of Higher Attestation Commission under the Ministry of Education and Science of Russia). The journal is on the Russian Science Citation Index (RSCI).

The latest issue and archive of the journal are on the website of the UNESCO Chair: <https://hse.ru/unesco/tis>; and on the magazine web page <https://tis.hse.ru/>.

The UNESCO Chair of the National Research University "Higher School of Economics" also publishes a monthly newspaper called "Sreda", distributed free of charge in electronic form by subscription. The Bulletin contains information about normative legal acts coming into force, drafts of new laws, decrees and resolutions, precedent judicial decisions, past and upcoming scientific conferences, seminars, forums, etc.

Contacts of the UNESCO Chair at HSE University:
109028, Moscow, B. Trekhsvyatitsky per., 3, room. 436;
tel./fax +7(495) 772-95-90 * 23017;
website: www.hse.ru/unesco/
e-mail: tis@hse.ru